

La gestation pour autrui : étude comparative entre la Belgique, les Etats-Unis, la France et le Royaume-Uni

Mémoire réalisé par
Lea TREFON

Promotrice
Céline ROMAINVILLE

Année académique 2016-2017
Master en droit

Plagiat et erreur méthodologique grave

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, en premier lieu, à remercier ma promotrice, Céline Romainville, pour ses conseils et le temps qu'elle a consacré à m'aider dans la rédaction de ce mémoire. Ma gratitude va également à Stéphanie Wattier qui a été la première à adhérer à mon projet ainsi qu'à mes professeurs de l'Université Saint-Louis et de l'UCL qui m'ont donné goût au droit.

De plus, ma reconnaissance va à ma maman, mon papa et mon frère pour leurs relectures et le soutien qu'ils m'ont apporté ces derniers mois, mais également tout au long de ces cinq années. Je remercie aussi Rémy pour sa précieuse aide quant à la mise en forme de ce travail et Flora à côté de qui ce fût un plaisir de travailler en bibliothèque.

GLOSSAIRE

- **Gestation pour autrui (GPA) :** « (...) pratique par laquelle une femme porte un fœtus, et poursuit la grossesse jusqu'à la naissance de l'enfant avec l'intention de transférer ensuite ses droits et devoirs parentaux au(x) parent(s) d'intention »¹.
- **Parent(s) d'intention :** personne ou couple qui a assuré le projet de GPA et à qui l'enfant sera remis après la naissance.
- **Parent génétique :** « (...) femme dont un ovocyte, ou (...) homme dont un spermatozoïde, après fécondation naturelle ou aidée permet la naissance de l'enfant »².
- **Parent(s) légal/légaux :** personne ou couple qui a des droits et devoirs parentaux envers l'enfant né de la GPA.
- **Mère porteuse :** femme qui porte un enfant pour le compte du/des parent(s) d'intention.
- **GPA de basse technologie :** GPA où la mère porteuse est la mère génétique.
- **GPA de haute technologie :** GPA où la mère porteuse n'est pas la mère génétique.
- **Mater semper certa est :** l'identité de la mère est toujours certaine.

¹ G. DELAISI DE PARSEVAL et C. COLLARD, « La gestation pour autrui : Un bricolage des représentations de la paternité et de la maternité euro-américaines », *L'Homme*, 2007, p. 29.

² J. MILLERAT, « Parents biologiques, génétiques, juridiques, adoptifs, affectifs, matériels... tout court ? », 2009, <http://www.akasig.org/2009/01/14/parents-biologiques-genetiques-juridiques-adoptifs-affectifs-materiels-tout-court/> (consulté le 4 août 2017).

INTRODUCTION

La gestation pour autrui (ci-après, GPA), aussi appelée maternité de substitution, « est une pratique par laquelle une femme porte un fœtus, et poursuit la grossesse jusqu'à la naissance de l'enfant avec l'intention de transférer ensuite ses droits et devoirs parentaux au(x) parent(s) d'intention »³. Cette mère porteuse, qu'on désigne également mère d'emprunt ou mère de substitution, va ainsi porter un enfant « (...) pour le compte d'un couple qui en a assuré le projet et à qui il sera remis après la naissance »⁴.

Il existe deux formes de GPA, l'une gestationnelle (ou de haute technologie), l'autre traditionnelle (ou de basse technologie)⁵. La première a lieu par fécondation *in vitro*, ce qui permet à au moins un des parents d'intention d'être le parent biologique de l'enfant à naître, la mère porteuse n'ayant aucun lien génétique avec ce dernier⁶. Dans la seconde, la mère de substitution est inséminée avec le sperme d'un donneur ou du père d'intention, faisant de celle-ci la mère génétique de l'enfant⁷.

La maternité de substitution, bien que bouleversant un des dogmes essentiels de la société qui est celui selon lequel la mère est celle qui accouche et celle qui a assumé la gestation de l'enfant, est devenue un « commerce mondial en plein essor » grâce à l'avancée dans le développement des techniques de procréation assistée⁸. En effet, ces techniques augmentent la liberté de choix et l'autonomie parentale des couples stériles et homosexuels ou des personnes célibataires, leur permettant de réaliser leur projet d'enfant⁹. Il est vrai que les personnes citées pourraient passer par une procédure d'adoption, mais celles-ci y sont plus réticentes. En cause, sa longueur, sa complexité, l'incertitude qui en découle, et le fait que l'enfant adopté ne leur est pas génétiquement lié, alors que la GPA garantit une transmission (partielle ou totale) de l'hérédité à l'enfant à naître¹⁰. D'autre part, il y a, dans nos sociétés modernes, un déclin de l'institution

³ G. DELAISI DE PARSEVAL et C. COLLARD, *op. cit.*, p. 29.

⁴ J.-L. BAUDOIN et C. LABRUSSE-RIOU, *Produire l'homme : de quel droit ? Étude juridique et éthique des procréations artificielles*, Paris, P.U.F., 1987, p. 107 ; N. MASSAGER, *Le droit de l'enfant à naître : le statut juridique de l'enfant à naître et l'influence des techniques de procréation médicalement assistée sur le droit de la filiation : étude de droit civil*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 817 ; L. VAN BUNNEN, « La gestation pour autrui et les droits de l'homme », *R.C.J.B.*, 2015, p. 33.

⁵ PLUMY L., « Juridische aspecten van draagmoederschap », in *Medisch begeleide voortplanting: in juridisch en ethisch perspectief*, Anvers, Intersentia, 2014, p. 121.

⁶ G. DELAISI DE PARSEVAL et C. COLLARD, *op. cit.*, p. 29 ; L. VAN BUNNEN, *op. cit.*, p. 34.

⁷ *Ibidem* ; *ibidem*.

⁸ G. DELAISI DE PARSEVAL et C. COLLARD, *ibidem*, p. 33 ; Secrétariat de la Commission des Episcopats de la Communauté Européenne, « Avis du Groupe de réflexion bioéthique sur la gestation pour autrui : La question de sa régulation au niveau européen ou international », 2015, p. 3.

⁹ G. DELAISI DE PARSEVAL et C. COLLARD, *ibidem*.

¹⁰ N. MASSAGER, *op. cit.*, p. 823.

de l'adoption et une diminution d'enfants à adopter dus, entre autres, à la dépénalisation de l'avortement et au développement de moyens de contraception¹¹.

En plus de bouleverser un des dogmes essentiels de la société, la GPA connaît une forte opposition et de nombreux arguments sont avancés en défaveur de celle-ci. Certains certifient que la maternité de substitution fait de la vie et de la femme une marchandise, qu'elle est contraire à l'intérêt de l'enfant et à la dignité humaine et que la maternité ne peut pas faire l'objet d'un contrat¹². Pour les opposants de la GPA, il est impossible de savoir si le consentement de la mère porteuse est libre et éclairé et la GPA stigmatise les femmes pauvres, plus enclines à accepter de porter un enfant pour le compte d'autrui moyennant le paiement d'une somme d'argent¹³. Enfin, ils jugent cette forme de reproduction contraire à la vision sociétale de la famille¹⁴. Traditionnellement, la notion de famille était définie biologiquement, suivant les liens génétiques existant entre parents et enfants, le seul moyen de devenir père ou mère étant par le biais de relations sexuelles ou l'adoption qui était limitée, jusqu'il y a peu, et qu'il l'est encore dans certains Etats, aux couples mariés hétérosexuels¹⁵.

Il existe, d'autre part, des adhérents à la maternité de substitution. Selon eux, chaque couple peut jouir d'une liberté individuelle lui permettant de recourir aux moyens existants afin de réaliser un projet parental. De surcroît, il découle de la GPA une idée de solidarité entre les couples stériles et les mères porteuses¹⁶. Le but ultime de ce procédé étant de donner vie à un enfant voulu et désiré, ils ne le considèrent dès lors ni immoral, ni contraire à l'éthique¹⁷. Il reste primordial que les mères porteuses agissent sans esprit de lucre, assurance qu'elles ne soient pas majoritairement issues de milieux défavorisés¹⁸.

Bien que la GPA fasse aujourd'hui l'objet de débats politiques et juridiques, celle-ci est cependant vieille comme le monde, faisant déjà partie des mœurs dans la Rome antique où l'expression *ventrem locare* était utilisée pour « (...) désigner le procédé qui permettait de solliciter les services d'une femme fertile pour donner un enfant à une femme qui était stérile

¹¹ N. MASSAGER, *op cit.*, p. 823.

¹² M. DUPUIS, « La gestation pour autrui : brève note anthropologique », in *La gestation pour autrui, vers un encadrement ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 36 ; D. HOFMAN, « Mama's Baby, Daddy's Maybe : A State-by-State Survey of Surrogacy Laws and Their Disparate Gender Impact », *William Mitchell Law Review*, 2009, p. 452 ; J. MASON et R. MACCALL SMITH, *Law and medical ethics*, Londres, Butterworths, 1983, p. 46 ; *ibidem*, p. 831.

¹³ D. HOFMAN, *ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*, p. 450 ; N. MASSAGER, *op. cit.*, p. 822.

¹⁶ N. MASSAGER, *ibidem*, p. 826.

¹⁷ J.-L. BAUDOIN et C. LABRUSSE-RIOU, *op. cit.*, p. 113.

¹⁸ N. MASSAGER, *op cit.*, p. 829.

(...) »¹⁹. La Bible fait également référence à l'usage de mères porteuses²⁰ lorsque, par exemple, Sarah, Rachel et Léa, toutes stériles, demandèrent chacune à leur mari de concevoir un enfant avec leur servante respective pour qu'elle le leur remette ensuite²¹.

Ce n'est pourtant que dans les années 1970-1980, avec le développement de la fécondation *in vitro*, que de réelles interrogations se sont posées concernant la GPA, qui n'allait plus seulement devoir se faire de manière ancestrale ou par insémination artificielle, mais qui allait être réalisable par la création d'un embryon implanté dans l'utérus d'une femme. Dès ce moment, des questions relatives à son encadrement et sa légalité ont vu le jour, entre autres, en Belgique, aux Etats-Unis, en France, et au Royaume-Uni, Etats que nous analyserons tout au long de ce mémoire.

Nous comparerons comment ces différents Etats abordent la question de la GPA à travers leur pratique, leur législation et leur jurisprudence et quelles sont les solutions qu'ils apportent face à ce phénomène grandissant. Cette analyse comparative de plusieurs Etats, aux cultures distinctes, est judicieuse. Elle aborde les différentes voies empruntées sur le sujet et démontre que des problèmes qui surgissent dans certains Etats pourraient être réglés s'ils empruntaient des solutions apportées par d'autres pays.

Afin d'aborder cette question, ce mémoire sera divisé en quatre chapitres. Les trois premiers traiteront, respectivement, de la GPA en Belgique, en Europe (et plus particulièrement de la GPA en France et au Royaume-Uni) et aux Etats-Unis, en se focalisant principalement sur les Etats du New Jersey, de la Californie et de l'Ohio. Le dernier chapitre concernera des questions qui se posent dans ces quatre Etats ainsi qu'en Europe et au niveau international.

Nous verrons, en début d'étude, la particularité de la GPA en Belgique : elle n'est ni légalement autorisée, ni légalement prohibée, aucune loi n'ayant été rédigée en la matière. Il en découle que les juges ont un rôle important dans ce pays car il leur revient de prendre des décisions relatives à la maternité de substitution sans pouvoir se reposer sur une base juridique.

Nous analyserons ensuite la position de la Cour Européenne des droits de l'homme (ci-après, CEDH) qui ne s'est prononcée qu'à quelques reprises sur la maternité de substitution, laissant une large marge de manœuvre aux Etats membres quant à la prise en charge de celle-ci. En

¹⁹ N. MASSAGER, *op. cit.*, p. 819.

²⁰ Genèse, XVI, 1-2 ; Genèse XXX, 1-3 ; Genèse, XXX, 10.

²¹ N. MASSAGER, *op. cit.*, p. 819 ; D. SMOLIN, « Surrogacy as the Sale of Children : Applying Lessons Learned from Adoption to the Regulation of the Surrogacy Industry's Global Marketing of Children », *Pepperdine Law Review*, 2016, p. 289.

raison de cette liberté, la France et le Royaume-Uni ont opté pour des directions radicalement opposées et, contrairement à la Belgique, ont légiféré en la matière. Là où la France prohibe expressément la GPA, le Royaume-Uni l'autorise moyennement le respect de certaines conditions.

La situation aux Etats-Unis est comparable à celle que nous avons actuellement en Europe : nous l'étudierons dans le troisième chapitre de ce travail. Tout comme la CEDH, les Etats-Unis laissent une large marge de manœuvre aux Etats américains quant à l'encadrement de la GPA : aucune loi fédérale n'existe à propos de ce mode de procréation. L'analyse de la position de l'entièreté des Etats américains étant irréalisable dans le cadre de ce mémoire vu la différence de points de vue qui existe entre ceux-ci, nous nous focaliserons essentiellement sur les trois Etats mentionnés ci-dessus, chacun ayant adopté un régime différent en la matière.

Nous terminerons ce travail en posant deux questions fondamentales. La première : « un encadrement de la GPA en Belgique, en Europe et aux Etats-Unis est-il pertinent et souhaitable ? ». En effet, l'absence d'encadrement juridique pose des problèmes majeurs qui seront développés tout au long de ce travail, mais le fait de contraindre un ou des Etats à adopter une certaine position peut engendrer d'autres difficultés. La seconde question concerne les diverses formes de discrimination créées par des lois relatives à la GPA. Quelles solutions déjà présentes dans certaines lois pourraient être apportées afin d'éviter ces formes de discriminations ?

CHAPITRE I. LA GPA EN BELGIQUE

Dans ce premier chapitre, nous commencerons par étudier la situation telle qu'elle se présente actuellement en Belgique en matière de GPA (section 1). Ensuite, nous verrons que suite à l'absence de législation relative à ce mode de reproduction, une importante construction jurisprudentielle a vu le jour (section 2). Nous passerons également en revue les différentes propositions législatives de 2010 et 2011 tentant de remédier à l'insécurité juridique qui caractérise la GPA (section 4) après avoir démontré que la GPA existe dans la pratique dans des centres de fécondation (section 3). Enfin, nous analyserons l'arrêt D. et autres contre (ci-après, c.) Belgique rendu par la CEDH le 8 juillet 2014 (section 5)²².

Section 1. La situation actuelle : absence de législation

La Belgique est réputée pour son ouverture aux questions éthiques. Par exemple, elle est le deuxième Etat, après les Pays-Bas à avoir légalisé le mariage pour tous²³. De plus, les couples de même sexe peuvent adopter des enfants depuis 2006²⁴ et la loi établissant la filiation de la coparente est entrée en vigueur en 2014²⁵. Enfin, la loi encadrant la procréation médicalement assistée (ci-après, PMA) fut votée en 2007²⁶. Ce dernier processus législatif fut mis en place grâce au passage, au sein des majorités gouvernementales, des partis socio-chrétiens (ne voulant pas inscrire à l'agenda des enjeux éthiques) aux coalitions fédérales laïques de 1999 à 2003 et de 2003 à 2007²⁷.

Bien que leur légalisation fût débattue, ces quatre lois ont été adoptées relativement aisément et ne semblent pas être remises en question au jour d'aujourd'hui²⁸. Il semble cependant plus difficile de trouver un accord encadrant la GPA, la Belgique s'abstenant frileusement de

²² C.E.D.H. (2^e section), 8 juillet 2014, D. et autres c. Belgique.

²³ Loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe, *M.B.*, 28 février 2003.

²⁴ 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.

²⁵ Loi du 5 mai 2014 portant établissement de la filiation de la coparente, *M.B.*, 7 juillet 2014.

²⁶ 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.

²⁷ N. SCHIFFINO et S. SAKKAS, « La gestation pour autrui : un laboratoire de la décision politique en Belgique », *in La gestation pour autrui, vers un encadrement ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 132.

²⁸ D. DISENHAUS et B. GOES, « La Gestation pour autrui en Belgique, état des lieux et projets vus par Homoparentalités asbl, une association de parents et de futurs parents homosexuels », Homoparentalité ASBL, p. 2.

légiférer en la matière, alors que c'est chose faite, entre autres, en France, ainsi qu'au Royaume-Uni²⁹.

Il convient, avant toute chose, de ne pas assimiler la GPA à la PMA, ceci revenant à négliger la différence absolue entre ces deux formes d'assistance à la procréation : dans le cadre de la PMA, c'est la mère intentionnelle qui accouche de l'enfant, même si le lien génétique peut faire défaut³⁰.

Ainsi, parce que la GPA ne fait l'objet d'aucune réglementation dans notre pays, elle n'est ni expressément autorisée, ni expressément interdite (elle n'est visée par aucune disposition de droit civil ou médical belge), mais son caractère exécutoire est contestable dû à l'illicéité de sa cause et de son objet³¹. En effet, un contrat de GPA, selon la doctrine majoritaire, serait contraire aux articles 6 et 1128 du Code civil³². Le premier disposant qu'« on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs », et le second qu'« il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions », ce qui n'est pas le cas des embryons, des gamètes et des fonctions reproductrices d'une femme. Enfin, en se basant sur le principe selon lequel *mater semper certa est*, la gestatrice est la mère juridique de l'enfant né d'une GPA car c'est elle qui a accouché (articles 55 et 312 §1er du Code civil³³). Conséquemment, le nom de la mère porteuse sera celui dont il est fait mention dans l'acte de naissance, peu importe l'identité de la mère génétique³⁴. Le père de l'enfant sera dès lors l'époux de la mère porteuse en vertu de l'article 315 du Code civil relatif à la présomption de paternité³⁵.

²⁹ D. DISENHAUS et B. GOES, *op. cit.*, p. 2 ; C. VERBROUCK et C. DE BOUYALSKI, « Gestation pour autrui : le temps d'un nécessaire encadrement de la pratique », *R.D.E.*, 2014, p. 163.

³⁰ N. GALLUS, « La validité de la convention de gestation pour autrui en droit belge actuel », in *La gestation pour autrui, vers un encadrement ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 181-182.

³¹ E. DOS REIS *et al.*, « La maternité de substitution », in *Parenté, Filiation, Origine*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 185 ; *ibidem*, p. 182 ; 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 ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 326 ; G. WILLEMS « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit de la personne et de la famille (2012-2014) », *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 114.

³² N. GALLUS, « La validité de la convention de gestation pour autrui en droit belge actuel », *op. cit.*, p. 183 ; F. GRANET, « La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant dans des Etats membres de la CIEC », 2014, <http://www.marinacastellaneta.it/blog/wp-content/uploads/2014/02/MaternitesSubstitution7.2.2014.pdf> (consulté le 22 mai 2017).

³³ G. VERSCHELDEN et L. PLUYM, « Chronique de jurisprudence belge concernant la gestation pour autrui (droit interne) », in *La gestation pour autrui, vers un encadrement ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 198.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ibidem*.

Ainsi, « (...) l'interdiction de commercialisation de parties du corps humain, la nullité qui frappe toute convention ne concernant pas des choses, et le fait que la femme qui accouche est considérée comme la mère de l'enfant sont des mesures légales afférentes à la GPA »³⁶.

La validité des contrats de mère porteuse est contestable à plusieurs titres : le défaut de consentement éclairé de la gestatrice, la contrariété au principe de l'état des personnes (la filiation juridique de l'enfant) et au principe de l'indisponibilité du corps humain (celui de la mère porteuse et de l'enfant)³⁷. Il importe toutefois de noter qu'au fil du temps, il y a eu une extension dans le domaine de la disponibilité de corps humain avec, par exemple, la réglementation de l'euthanasie, du transsexualisme et du don d'organe, traduisant un élargissement de l'autonomie individuelle relatif au corps bien qu'étant soumis à des conditions rigoureuses³⁸. Néanmoins, en matière de GPA, tout contrat conclu serait entaché d'une cause de nullité absolue et ne pourrait donner lieu à une exécution forcée dans l'hypothèse où la gestatrice souhaiterait garder l'enfant ou celle dans laquelle le couple commanditaire refuserait de le prendre en raison, par exemple, d'une malformation quelconque³⁹. La mère porteuse ne pourra pas non plus exiger l'exécution du contrat quant au paiement de la rémunération qui lui a été promise⁴⁰.

Section 2. La conséquence : une construction jurisprudentielle

Dû à l'absence de loi en matière de GPA, les cours et tribunaux belges ont été dans l'obligation de prendre des décisions sur le sujet lorsqu'ils y ont été confrontés. Deux tendances majoritaires peuvent être distinguées, répondant à des préoccupations opposées. D'une part, assurer le respect des articles 6, 1128 et 1131 du Code civil, ce dernier disposant que « l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet »⁴¹. D'autre part, veiller à la préservation de l'intérêt de l'enfant conçu et né suite à une GPA⁴².

³⁶ N. SCHIFFINO et S. SAKKAS, *op. cit.*, p. 133.

³⁷ N. GALLUS, « La validité de la convention de gestation pour autrui en droit belge actuel », *op. cit.*, p. 182 ; F. GRANET, *op. cit.*, p. 6 ; G. SCHAMPS et G. WILLEMS, *op. cit.*, p. 326.

³⁸ G. SCHAMPS et G. WILLEMS, *ibidem*, pp. 327-328.

³⁹ F. GRANET, *op. cit.*, p. 6.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*.

Des décisions ont été prises concernant l'adoption de l'enfant issu de la GPA, la GPA à titre onéreux, la GPA de basse technologie, la GPA mise en œuvre par des couples homosexuels et à l'étranger. De ces décisions prises au fil des années, divers enseignements peuvent être relevés et serviront de bases pour la jurisprudence à venir.

A. Quant à l'adoption de l'enfant issu de la GPA

Les cours et tribunaux belges ont été confrontés, à plusieurs reprises, à des demandes d'adoption d'enfants nés suite à une GPA. Ceux-ci devaient déterminer si cette adoption était fondée sur des justes motifs⁴³.

Ainsi, la Cour d'appel de Gand a, en 1989, refusé qu'un enfant né par le biais d'une mère porteuse puisse se faire adopter par le couple commanditaire⁴⁴. Cependant, le Tribunal de la jeunesse de Bruxelles⁴⁵ a, sept ans plus tard, « (...) homologué l'adoption plénière par des époux d'un enfant conçu par fécondation in vitro réalisée avec les gamètes du mari et de son épouse et porté par la sœur de celle-ci, tel étant l'intérêt de l'enfant »⁴⁶. Le Tribunal de première instance de Turnhout⁴⁷ a été dans le même sens en 2000, jugeant que si la mère porteuse ne percevait aucun gain, la convention n'était pas contraire à l'ordre public et que l'adoption par le couple commanditaire était « (...) conforme à l'intérêt de l'enfant conçu par fécondation in vitro avec les gamètes des deux adoptants, ainsi parents "sociaux-génétiques", seuls la gestation et l'accouchement ayant été assumés par une tierce personne proche d'eux »⁴⁸. Ensuite, selon Cour d'appel d'Anvers⁴⁹, la GPA réalisée dans le seul but d'assouvir le désir d'enfant n'est pas contraire à l'ordre public et est conforme à l'intérêt de ce dernier⁵⁰. De surcroît, la Cour rajoute que cette adoption est basée sur des justes motifs, ce qui est la condition de base pour l'adoption⁵¹. Enfin, le Tribunal de la jeunesse de Bruxelles⁵² souligne le fait que

⁴³ G. VERSCHELDEN et L. PLUYM, *op. cit.*, p. 202.

⁴⁴ Gand, 16 janvier 1989, *T.G.R.* 1989, p. 52.

⁴⁵ Trib. jeun. Bruxelles, 4 juin 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1182.

⁴⁶ F. GRANET, *op. cit.*, p. 7.

⁴⁷ Trib. jeun. Turnhout, 4 octobre 2000, *R.W.*, 2001-2002, p. 206.

⁴⁸ F. GRANET, *op. cit.*, p. 7.

⁴⁹ Anvers, 14 janvier 2008, *R.W.*, 2007-2008, p. 1774.

⁵⁰ G. VERSCHELDEN et L. PLUYM, *op. cit.*, p. 204.

⁵¹ *Ibidem*, p. 205.

⁵² Civ. Bruxelles, 6 mai 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1083.

la procédure d'adoption suite à une GPA est utilisée afin de combler les lacunes de la loi et est la seule procédure qui permet d'établir un lien de filiation maternelle⁵³.

Il ressort qu'au fil des années, la jurisprudence est passée d'une approche restrictive à une approche d'avantage permissive trouvant des solutions plus pragmatiques et faisant primer une économie des procédures⁵⁴. En effet, alors que les cours et tribunaux belges ont commencé par interdire l'adoption de l'enfant par les parents commanditaires, ceux-ci l'acceptent aujourd'hui à condition qu'elle soit basée sur des justes motifs.

B. Quant à la GPA à titre onéreux

Le Tribunal de la jeunesse de Bruges⁵⁵, en 2012, a statué au sujet d'une GPA à finalité commerciale. Dans le cas d'espèce, la mère porteuse avait reçu, en plus des frais relatifs à la grossesse, 1600€ de la part des parents d'intention⁵⁶. Ce Tribunal n'a pas suivi l'avis négatif du ministère public selon lequel « (...) la convention de gestation pour autrui à finalité commerciale, qui avait précédé l'adoption, est contraire à l'ordre public, rendant impossible le respect de la condition selon laquelle l'adoption doit se fonder sur de justes motifs. L'adoption ne peut pas être détournée de son objectif premier, qui est d'intégrer un enfant nécessitant des parents au sein d'une nouvelle famille »⁵⁷. En effet, le Tribunal a décidé de statuer sur la demande d'adoption sans tenir compte de la GPA l'ayant précédée⁵⁸.

Ensuite, concernant la GPA à titre onéreux, la Cour d'appel de Gand⁵⁹ l'a assimilée en 2012 à une vente d'enfant, de sorte que les droits fondamentaux de l'enfant n'étaient pas respectés (article 344-1 du Code civil) et que, dès lors, l'adoption n'était pas fondée sur des justes motifs⁶⁰. Par ailleurs, la Cour a déclaré que la GPA était « (...) contraire à la dignité humaine car elle ferait de l'enfant une chose dans le commerce, ce qui est contraire à l'ordre public interne et international. La Cour a invoqué à l'appui de son raisonnement les articles 1 et 5 de la Déclaration universelle des droits de l'homme⁶¹ à laquelle renvoient la Convention

⁵³ N. GALLUS, « La gestation pour autrui réalisée à l'étranger et les controverses sur la reconnaissance des actes de naissance des enfants », *Act. dr. fam.* 2011, p. 167.

⁵⁴ C. VERBROUCK et C. DE BOUYALSKI, *op. cit.*, p. 175 ; G. VERSCHULDEN et L. PLUYM, *op. cit.*, p. 202.

⁵⁵ Trib. jeun. Bruges, 19 janvier 2012, *T.J.K.*, 2012, p. 260.

⁵⁶ G. VERSCHULDEN et L. PLUYM, *op. cit.*, p. 207.

⁵⁷ *Ibidem.*

⁵⁸ *Ibidem.*

⁵⁹ Gand, 30 avril 2012, *R.G.D.C.*, 2012, p. 372

⁶⁰ F. GRANET, *op. cit.*, p. 6 ; G. VERSCHULDEN et L. PLUYM, *op. cit.*, p. 208.

⁶¹ Déclaration universelle des Droits de l'homme, adoptée le 10 décembre 1948 par l'Assemblée générale des Nations Unies.

européenne des droits de l'homme, l'article 35 de la Convention relative aux droits de l'enfant⁶² et les articles 1 à 3 du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant ainsi que les articles 6, 1128 et 1131 du Code civil »⁶³.

Dès lors, contrairement à l'adoption d'un enfant issu d'une GPA à titre gratuit qui est considérée comme étant fondée sur de justes motifs, l'adoption d'un enfant né d'une GPA à titre onéreux sera toujours contraire à l'ordre public et ne sera jamais fondée sur de justes motifs.

C. Quant à la GPA de basse technologie

La Cour d'appel de Gand a, à deux reprises⁶⁴, refusé l'adoption d'un enfant né d'une GPA dans le cadre de laquelle la mère porteuse est également la mère génétique de l'enfant. Selon la Cour, quand une telle situation se présente, un couple sans enfant ne peut pas en « commander » un afin de pouvoir l'intégrer dans son propre ménage par le biais de l'adoption⁶⁵. Telle n'est en effet pas l'intention du législateur.

Tout comme dans le cadre de l'adoption d'un enfant issu d'une GPA à titre onéreux, un enfant né d'une GPA de basse technologie ne pourra se faire adopter par les parents d'intention. Le but de cette interdiction étant de prévenir cette forme de GPA afin de protéger la mère porteuse pour qui il est psychologiquement plus difficile de porter un enfant qui a été conçu à partir d'un de ses ovules et vis-à-vis de qui aucun lien de filiation ne pourra être établi avec l'enfant qu'elle porte⁶⁶.

D. Quant à la GPA mise en œuvre par un couple homosexuel

Le Tribunal de première instance de Liège⁶⁷ et le Tribunal de la jeunesse de Namur⁶⁸ ont tous deux reconnu la double filiation paternelle d'un couple homosexuel d'un enfant né d'une GPA. Le premier fait référence au principe d'ordre public atténué afin de reconnaître cette filiation à l'égard de l'enfant né à l'étranger⁶⁹. Le second, bien que considérant la pratique comme illicite,

⁶² Convention internationale des Droits de l'Enfant, signée à New York le 20 novembre 1989, approuvée par la loi du 25 novembre 1991, *M.B.*, 17 janvier 1992.

⁶³ F. GRANET, *op. cit.*, p. 6.

⁶⁴ Gand, 16 janvier 1989, *T.G.R.*, 1989, p. 52 ; Gand, 30 avril 2012, *R.G.D.C.*, 2012, p. 372.

⁶⁵ G. VERSCHELDEN et L. PLUYM, *op. cit.*, p. 203.

⁶⁶ Audition de Mme A. VAN DEN BERGHE, Rapport d'information concernant l'examen des possibilités de créer un régime légal de coparentalité, *Doc. Parl.*, Sénat., sess. ord. 2015-2016, n°6-98/2, p. 196.

⁶⁷ Civ. Liège, 15 mars 2013, *R.T.D.F.*, 2013, pp. 714-720.

⁶⁸ Trib. jeun. Namur, 7 janvier 2011, *Act. dr. fam.*, 2013, p. 96.

⁶⁹ C. VERBROUCK et C. DE BOUYALSKI, *op. cit.*, p. 176.

déclare qu'« il appartient au tribunal non pas de se prononcer sur la licéité ou non de la pratique de la gestation pour autrui mais bien de statuer en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant à être adopté »⁷⁰. Le Tribunal de la jeunesse de Huy⁷¹, en 2011, a également été dans le sens que l'adoption par un couple homosexuel d'un enfant issu d'une GPA était fondée sur des justes motifs.

Aujourd'hui, les cours et tribunaux belges ne font dès lors plus de distinction entre une adoption réalisée par un couple hétérosexuel et un couple homosexuel dans le cadre d'une GPA.

E. Quant à la GPA réalisée à l'étranger

Le Tribunal de première instance de Nivelles⁷² fut saisi en 2011 d'une demande de retranscription et de reconnaissance d'un acte de naissance indien. Celui-ci va refuser de reconnaître cet acte en tant qu'acte de naissance au nom de l'ordre public, mais va admettre de le reconnaître en tant qu'acte authentique permettant d'établir la paternité du requérant⁷³. En effet, conformément au droit indien, seul le nom du père biologique est mentionné sur l'acte de naissance, non pas le nom de la mère porteuse ou de la mère intentionnelle⁷⁴. Cependant, les articles 57 et 312 du Code civil belge « (...) imposent de mentionner dans l'acte de naissance le nom de la femme qui accouche et (...) rattachent de plein droit la filiation maternelle à cet accouchement alors même qu'une autre femme serait la mère génétique »⁷⁵.

Il y a lieu, s'agissant de statuer sur la reconnaissance d'un acte authentique étranger, d'appliquer l'article 21 du Code de droit international privé (ci-après, CODIP). Dès lors, l'acte étranger pourra être reconnu à condition de vérifier sa validité au regard du droit belge, qu'il ne soit pas contraire à l'ordre public et qu'il n'ait pas été obtenu en fraude à la loi⁷⁶. Dans le cas d'espèce, le tribunal reconnaît l'établissement du lien de filiation paternel, malgré l'illicéité de la convention de GPA, en invoquant l'intérêt supérieur de l'enfant⁷⁷.

⁷⁰ Trib. jeun. Namur, 7 janvier 2011, *Act. dr. fam.*, 2013/5, p. 96.

⁷¹ Trib. jeun. Huy, 22 décembre 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 403.

⁷² Civ. Nivelles, 6 avril 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 162.

⁷³ N. GALLUS, « La gestation pour autrui réalisée à l'étranger et les controverses sur la reconnaissance des actes de naissance des enfants », *op. cit.*, p. 164 ; C. HENRICOT, « Contrat de gestation pour autrui : incidence de l'absence de mention du nom de la mère porteuse sur la (dis)qualification des « actes de naissance » », *R.T.D.F.*, 2011, p. 700.

⁷⁴ N. GALLUS, *ibidem*, p. 165.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ *Ibidem* ; C. HENRICOT, « Contrat de gestation pour autrui : incidence de l'absence de mention du nom de la mère porteuse sur la (dis)qualification des « actes de naissance » », *op. cit.*, pp. 700-701.

⁷⁷ C. HENRICOT, *ibidem*, p. 702.

Ensuite, une question importante fut définitivement tranchée par le Tribunal de première instance de Liège en 2013⁷⁸ : l'objet de la reconnaissance porte-t-il sur le jugement ou l'acte de naissance ? Dans le premier cas, il s'agira d'appliquer l'article 27 du CODIP (voir *supra*) et dans le second, l'article 22 du CODIP. Ce dernier prévoit que la reconnaissance du jugement étranger se fasse de plein droit à moins de se trouver face à un des motifs de refus de l'article 25 du CODIP⁷⁹.

Dans le cas d'espèce, un couple homosexuel belge s'est rendu en Californie afin de procéder à une GPA et, une fois les enfants nés, veut faire reconnaître en Belgique le double lien de filiation établi entre ces hommes et les jumelles par un jugement de la Cour supérieure de Californie reconnaissant ceux-ci comme étant les parents légaux⁸⁰. Le tribunal belge soulève le fait que le jugement californien crée un lien de filiation, à la différence d'un acte de naissance qui se contente de constater des faits⁸¹. Ainsi, « (...) pour la première fois dans la jurisprudence belge, une juridiction reconnaît le double lien de filiation monosexué établi par un jugement étranger dans le cadre d'une gestation pour autrui réalisée aux Etats-Unis (...) »⁸². En effet, le tribunal belge ordonna la transcription des actes de naissances des jumelles, mentionnant comme parents légaux les deux hommes mariés depuis 22 ans, sans devoir passer par une procédure d'adoption⁸³.

⁷⁸ Civ. Liège, 15 mars 2013, *Act. dr. fam.*, 2013, p. 93.

⁷⁹ C. HENRICOT, « Gestation pour autrui transfrontière. Reconnaissance d'un double lien de filiation monosexué : une première en Belgique ! », *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, pp. 723-724 ; Article 25 du CODIP :

§ 1er. Une décision judiciaire étrangère n'est ni reconnue ni déclarée exécutoire si :

1° l'effet de la reconnaissance ou de la déclaration de la force exécutoire serait manifestement incompatible avec l'ordre public; cette incompatibilité s'apprécie en tenant compte, notamment, de l'intensité du rattachement de la situation avec l'ordre juridique belge et de la gravité de l'effet ainsi produit;

2° les droits de la défense ont été violés;

3° la décision a été obtenue, en une matière où les personnes ne disposent pas librement de leurs droits, dans le seul but d'échapper à l'application du droit désigné par la présente loi;

4° sans préjudice de l'article 23, § 4, elle peut encore faire l'objet d'un recours ordinaire selon le droit de l'Etat dans lequel elle a été rendue;

5° elle est inconciliable avec une décision rendue en Belgique ou avec une décision rendue antérieurement à l'étranger et susceptible d'être reconnue en Belgique;

6° la demande a été introduite à l'étranger après l'introduction en Belgique d'une demande, encore pendante, entre les mêmes parties et sur le même objet;

7° les juridictions belges étaient seules compétentes pour connaître de la demande;

8° la compétence de la juridiction étrangère était fondée uniquement sur la présence du défendeur ou de biens sans relation directe avec le litige dans l'Etat dont relève cette juridiction; ou

9° la reconnaissance ou la déclaration de la force exécutoire se heurte à l'un des motifs de refus visés aux articles 39, 57, 72, 95, 115 et 121.

§ 2. En aucun cas, la décision judiciaire étrangère ne peut faire l'objet d'une révision au fond.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 724.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² *Ibidem*, p. 721.

⁸³ *Ibidem*.

Il ressort de ces développements jurisprudentiels que, dans un premier temps, l'intérêt de l'enfant supplante l'illicéité d'une convention de GPA établie à l'étranger, mais que seul le parent dont le nom est mentionné sur l'acte de naissance étranger sera reconnu comme tel, l'autre devant passer par une procédure d'adoption. Cependant, dans un deuxième temps, cette procédure ne sera plus nécessaire et les deux parents désignés par un jugement étranger seront reconnus en Belgique comme étant les parents d'intention.

Section 3. Les centres de fécondations

Le vide juridique entourant la GPA en Belgique n'empêche pas que celle-ci soit pratiquée dans certains centres hospitaliers ayant chacun des modalités d'accès qui leur sont propres tout en restant dans les limites imposées par la loi du 6 juillet 2007 relative à la PMA⁸⁴. Le centre hospitalier universitaire (ci-après, CHU) de Saint-Pierre⁸⁵, localisé à Bruxelles, pratique la GPA depuis la fin des années 90. Dans ce centre, la gestatrice ne peut avoir aucun lien génétique avec l'enfant qu'elle porte, l'embryon devant être fécondé par les gamètes des parents intentionnels. Le plus souvent, la mère porteuse fera partie de la famille des parents d'intention ou sera une amie de ceux-ci, la GPA commerciale étant interdite. Ensuite, le site internet de cet hôpital énumère certaines conditions et procédures supplémentaires concernant tant les parents d'intention que la mère porteuse. La mère d'intention doit être dans l'impossibilité de procréer et doit être âgée de 43 ans ou moins. La mère porteuse, quant à elle, doit déjà avoir eu un enfant, être âgée de 40 ans ou moins et ne pas être encline à une possibilité de grossesse à risque. Des consultations avec un gynécologue et un psychologue seront ensuite organisées et le dossier sera discuté en équipe pluridisciplinaire. Enfin, la GPA ne peut être commerciale, seuls des frais médicaux en lien avec la grossesse peuvent être payés par les parents d'intention à la mère porteuse⁸⁶.

⁸⁴ E. DOS REIS *et al.*, *op. cit.*, p. 186 ; D. DISENHAUS et B. GOES, *op. cit.*, pp. 4-5 ; 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.

⁸⁵ Site du CPMA du CHU Saint-Pierre Bruxelles, http://www.fivette.be/index.php?option=com_content&view=article&id=61:les-meres-porteuses (consulté le 23 novembre 2016).

⁸⁶ Audition du Dr. C. AUTIN, Rapport d'information concernant l'examen des possibilités de créer un régime légal de coparentalité, *Doc. Parl.*, Sénat., sess. ord. 2015-2016, n°6-98/2, p. 8.

Le CHU de Liège⁸⁷, depuis 1992, pratique également la GPA. Les mêmes conditions sont d'application mis à part le fait qu'ici, la mère d'intention doit être âgée de maximum 45 ans, que les parties doivent résider en Belgique, que les parents d'intention peuvent faire appel à un don d'ovocytes ou de sperme (la mère porteuse et son conjoint ne pouvant être à l'origine de ce don) et que tout comme la GPA commerciale, la GPA « transgénérationnelle » est récusée.

Le CHU de Gand⁸⁸, tout comme celui de Liège, et dans les mêmes conditions, accepte les dons de sperme et d'ovocytes. De plus, depuis avril 2011, ce centre a ouvert la GPA aux couples homosexuels masculins.

Seuls 150 à 200 cas de GPA ont été pris en charge par ces centres belges⁸⁹. Le CHU de Saint-Pierre, par exemple, a accepté cinquante-deux demandes en 15 ans de pratique avec 40% de demandes acceptées, 40% abandonnées et 20% refusées⁹⁰. Les motifs de refus peuvent être, entre autres, la fragilité psychologique ou sociale de la mère porteuse, le risque médical pour la mère porteuse, le manque de transparence dans le projet, ...⁹¹ La majorité des couples demandeurs sont belges et français mais aussi hollandais, espagnols, allemands, portugais et luxembourgeois⁹².

D'autres centres de fertilité prennent en charge des GPA, de manière plus occasionnelle. Il s'agit le plus souvent de couples que ces centres ont suivis dans le cadre d'une fécondation *in vitro* n'ayant pas porté ses fruits et qu'ils suivent dès lors dans le cadre d'une GPA⁹³.

⁸⁷ Site du CPMA du CHU de Liège,

<http://cpma-ulg.be/les-traitements/parentalite-alternative/le-principe/> (consulté le 23 novembre 2016).

⁸⁸ Site de l'UZ de Gent,

<http://www.uzgent.be/nl/zorgaanbod/mdspecialismen/Reproductieve%20geneeskunde/Donatie%20en%20draagmoederschap/Paginas/default.aspx> (consulté le 23 novembre 2016).

⁸⁹ Audition du Dr. C. AUTIN, Rapport d'information concernant l'examen des possibilités de créer un régime légal de coparentalité, *Doc. Parl.*, Sénat., sess. ord. 2015-2016, n°6-98/2, p. 6.

⁹⁰ Site du CPMA du CHU Saint-Pierre Bruxelles,

http://www.fivette.be/index.php?option=com_content&view=article&id=61:les-meres-porteuses (consulté le 23 novembre 2016).

⁹¹ *Ibidem* ; C. AUTIN, « Les mères porteuses ou la gestation pour autrui : vidéo d'information médicale. CHU Saint-Pierre », 15 novembre 2002, <https://www.stpierre-bru.be/fr/videos/les-meres-porteuses-ou-la-gestation-pour-autrui> (consulté le 22 mai 2017).

⁹² Site du CPMA du CHU Saint-Pierre Bruxelles,

http://www.fivette.be/index.php?option=com_content&view=article&id=61:les-meres-porteuses (consulté le 23 novembre 2016).

⁹³ Audition du Dr. C. AUTIN, Rapport d'information concernant l'examen des possibilités de créer un régime légal de coparentalité, *Doc. Parl.*, Sénat., sess. ord. 2015-2016, n°6-98/2, p. 5.

Il ressort de cette analyse que « l'accès à la maternité pour autrui, les conditions de sa mise en œuvre, les rapports entre ses protagonistes relèvent seulement et exclusivement des centres de médecines procréative »⁹⁴. Ainsi, il y a une délégation des médecins qui opère en la matière.

Section 4. Les propositions législatives

Selon Madame Autin, médecin au CHU de Saint-Pierre, l'absence de cadre légal en matière de GPA rend la pratique entièrement aléatoire⁹⁵. Dès lors, si les relations entre la mère porteuse et les parents d'intention dérapent, de réelles difficultés se posent, créant une insécurité juridique⁹⁶. En effet, il n'est pas souhaitable que la GPA se développe en dehors du droit et soit laissée à l'appréciation des médecins et des juges⁹⁷. Cette médecin s'est prononcée à ce sujet, au côté d'autres médecins, de juristes, de sociologues et de philosophes, dans le cadre du « Rapport d'information concernant l'examen des possibilités de créer un régime légal de coparentalité »⁹⁸ de 2015 rendu par le Sénat⁹⁹.

Pour tenter de remédier à cette insécurité juridique, plusieurs propositions de loi ont été rédigées en 2010 et en 2011 afin d'autoriser cette pratique et l'encadrer¹⁰⁰. Nous nous penchons ici sur quatre d'entre elles, émanant de parlementaires de l'Open Vld, du MR, du PS et du S.P.a¹⁰¹ : les propositions 5-130¹⁰², 5-236¹⁰³, 5-160¹⁰⁴ et 5-929¹⁰⁵ à propos de la convention de GPA en tant que telle, du mode de rattachement de l'enfant issu de la GPA, des droits et obligations des

⁹⁴ E. DOS REIS *et al.*, *op. cit.*, p. 191.

⁹⁵ Audition du Dr. C. AUTIN, Rapport d'information concernant l'examen des possibilités de créer un régime légal de coparentalité, *Doc. Parl.*, Sénat., sess. ord. 2015-2016, n°6-98/2, p. 13.

⁹⁶ *Ibidem* ; Audition de Mme L. PLUYM, Rapport d'information concernant l'examen des possibilités de créer un régime légal de coparentalité, *Doc. Parl.*, Sénat., sess. ord. 2015-2016, n°6-98/2, p. 37.

⁹⁷ E. DOS REIS *et al.*, *op. cit.*, p. 217 ; G. VERSCHULDEN et L. PLUYM, *op. cit.*, p. 212.

⁹⁸ Demande d'établissement d'un rapport d'information concernant l'examen des possibilités de créer un régime légal de coparentalité, *Doc. Parl.*, Sénat., sess. ord. 2014-2015, n°6-98/1.

⁹⁹ D. DISENHAUS et B. GOES, *op. cit.*, p. 8.

¹⁰⁰ G. SCHAMPS et G. WILLEMS, *op. cit.*, p. 325.

¹⁰¹ G. WILLEMS, *op. cit.*, pp. 115-116.

¹⁰² Proposition de loi réglementant la maternité de substitution, déposée par B. TOMMELEIN *et al.*, *Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 2010, n°5-130.

¹⁰³ Proposition de loi relative à la maternité pour autrui, déposée par P. MAHOUX, *Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 2010, n°5-236.

¹⁰⁴ Proposition de loi relative aux mères porteuses, déposée par C. DEFRAIGNE, *Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 2010, n°5-160.

¹⁰⁵ Proposition de loi portant organisation des centres de maternité de substitution, déposée par M. TEMMERMAN et G. SWENNEN, *Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 2010-2011, n°5-929.

parties et des centres de fécondation belges. Il convient enfin de poser les limites qui s'imposent au législateur belge lorsqu'il devra légiférer en la matière.

A. Quant à la convention de GPA et le mode de rattachement de l'enfant

En Belgique, actuellement, en vertu du principe *mater semper certa est*, la mère d'intention deviendra le parent légal de l'enfant né d'une GPA à la suite d'une procédure d'adoption normale laissant ainsi planer une certaine incertitude. Pour remédier à cela, la proposition de loi 5-130 prévoit que la convention conclue entre les parents d'intention et la mère porteuse devrait être perçue comme « (...) une déclaration d'adoption préalable, juridiquement contraignante. De cette manière, on garantit aux parents demandeurs le transfert du lien de parenté. (...) La force contraignante de la convention conclue renforcera à la transparence des relations entre les personnes concernées »¹⁰⁶. D'un côté, l'article 3 de cette proposition pose le principe de l'interdiction du recours aux conventions de mères porteuses, les exceptions à ce principe se trouvant à l'article 4. L'article 3 de la proposition 5-160 rajoute qu'« une convention portant sur une gestation pour autrui est en principe nulle pour contrariété à des règles d'ordre public »¹⁰⁷, l'article 5 prévoyant aussi des exceptions à ce principe. Par ailleurs, la proposition de M. Temmerman et G. Swennen, tous deux socialistes flamands, part du principe que la GPA est autorisée, sous certaines conditions¹⁰⁸.

Selon le commentaire de l'article 8 de cette proposition, l'autorisation de l'adoption d'un enfant né d'une GPA devrait avoir lieu immédiatement après la naissance, non pas deux mois après celle-ci comme lors d'une procédure d'adoption ordinaire¹⁰⁹.

La proposition 5-236 a opté pour un point de vue différent. En effet, la « décision de consentir à l'adoption de l'enfant né doit respecter le principe de l'adoption prévu à l'article 348-4 du Code civil, à savoir qu'un délai de deux mois doit être écoulé avant que la mère porteuse ne puisse

¹⁰⁶ Proposition de loi réglementant la maternité de substitution, déposée par B. TOMMELEIN *et al.*, *Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 2010, n°5-130, p. 6.

¹⁰⁷ Proposition de loi relative aux mères porteuses, déposée par C. DEFRAIGNE, *Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 2010, n°5-160, p. 6.

¹⁰⁸ N. SCHIFFINO et S. SAKKAS, *op. cit.*, p. 137.

¹⁰⁹ G. SCHAMPS et G. WILLEMS, *op. cit.*, p. 335 ; Proposition de loi réglementant la maternité de substitution, déposée par B. TOMMELEIN *et al.*, *Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 2010, n°5-130, p. 11.

consentir à adoption (...) »¹¹⁰. Les propositions de loi 5-160 et 5-929 ne prévoient quant à elles pas l'application des règles de l'adoption.

B. Quant aux droits et obligations des parties

La proposition de loi 5-130 prévoit, en son article 4, que la convention de GPA contraint la gestatrice à céder l'enfant aux parents d'intention qui l'accepteront sans réserve (même en cas d'handicap ou de naissance multiple)¹¹¹. De plus, toute partie ne respectant pas les obligations issues de la convention s'expose à des dommages et intérêts. La proposition 5-292 va dans le même sens en imposant aux parents demandeurs d'accueillir l'enfant chez eux, sans réserve quant au sexe de ce dernier, à sa condition physique et son état psychique¹¹². Cette même proposition, en son article 15, et la proposition 5-160, donnent le droit aux parents d'intention de voir leurs noms d'emblée inscrits sur l'acte de naissance de leur enfant¹¹³. En effet, dans ces deux propositions de loi, le contrat fonde la filiation et aucune manifestation de volonté de la part des parties n'est nécessaire afin d'établir la filiation à l'égard des parents d'intention¹¹⁴. Pour la proposition 5-236, la mère porteuse peut se rétracter à tout moment, même après son accouchement, les parents commanditaires ne pouvant récupérer les sommes payées¹¹⁵. Enfin, la proposition 5-929 prévoit qu'avant la grossesse, chacune des parties peut résilier la convention alors qu'après le début de la grossesse, seule la mère porteuse conservera ce droit¹¹⁶.

Ces quatre propositions de loi interdisent la rétribution de la mère porteuse mais autorisent la prise en charge des frais médicaux de cette dernière par les parents demandeurs. La proposition 5-236 mentionne également, en plus des frais médicaux, à l'article 16, les frais juridiques, administratifs et les frais relatifs à la conclusion d'une assurance¹¹⁷. Une énumération encore

¹¹⁰ Proposition de loi relative à la maternité pour autrui, déposée par P. MAHOUX, *Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 2010, n°5-236, p. 4.

¹¹¹ Proposition de loi réglementant la maternité de substitution, déposée par B. TOMMELEIN *et al.*, *Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 2010, n°5-130, p. 8.

¹¹² Proposition de loi portant organisation des centres de maternité de substitution, déposée par M. TEMMERMAN et G. SWENNEN, *Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 2010-2011, n°5-929, p. 16.

¹¹³ G. SCHAMPS et G. WILLEMS, *op. cit.*, p. 349.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ Proposition de loi relative à la maternité pour autrui, déposée par P. MAHOUX, *Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 2010, n°5-236, pp.18-19.

¹¹⁶ Proposition de loi portant organisation des centres de maternité de substitution, déposée par M. TEMMERMAN et G. SWENNEN, *Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 2010-2011, n°5-929, pp. 17-18.

¹¹⁷ G. SCHAMPS et G. WILLEMS, *op. cit.*, p. 363.

plus détaillée se trouve dans la convention type annexée à la proposition 5-929, invoquant, entre autres, la compensation pour perte de salaire¹¹⁸.

Seule la proposition de loi 5-160 ne traite pas des couples homosexuels, les autres leur ouvrant l'accès. Enfin, les conditions d'accès à la pratique diffèrent entre les différentes propositions mais toutes rejettent unanimement la GPA pour des raisons de convenances¹¹⁹.

C. Quant aux centres de fécondation

Le rôle et l'étendue de l'accompagnement des centres de fécondation sont envisagés dans les quatre propositions de loi précitées. La proposition de Monsieur Tommelein stipule la nécessité d'un centre, dans chacune des régions linguistiques, assurant un accompagnement psychologique, juridique, médical et social aux parties¹²⁰. Ces centres veilleraient aux décisions libres et éclairées des mères porteuses et devront publier un rapport sur leurs pratiques tous les deux ans¹²¹. Les propositions 5-160 et 5-236 disposent qu'une GPA ne pourra être réalisée que par un centre au sens de l'A.R. du 15 février 1999 fixant les normes auxquelles les programmes de soins « médecine de la reproduction » doivent répondre pour être agréées¹²². Enfin, la proposition déposée par Monsieur Temmerman et Madame Swennen impose aux centres de fécondation de suivre les parties avant, pendant et après la grossesse, de publier des rapports annuels relatifs à leurs activités et d'enquêter à long terme sur les enfants issus de la GPA¹²³.

D. Quant aux restrictions du législateur belge

La liberté de choix du législateur national en matière de GPA est réduite eu égard aux normes internationales s'imposant à notre ordre juridique¹²⁴. Selon Madame Gallus, devoir recourir à l'adoption de l'enfant né d'une GPA conduit à une discrimination entre les parents

¹¹⁸ Proposition de loi portant organisation des centres de maternité de substitution, déposée par M. TEMMERMAN et G. SWENNEN, *Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 2010-2011, n°5-929, p. 16.

¹¹⁹ G. WILLEMS, *op. cit.*, p. 116.

¹²⁰ G. SCHAMPS et G. WILLEMS, *op. cit.*, p. 339.

¹²¹ Proposition de loi réglementant la maternité de substitution, déposée par B. TOMMELEIN *et al.*, *Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 2010, n°5-130, p. 15.

¹²² A.R. du 15 février 1999 fixant les normes auxquelles les programmes de soins « médecine de la reproduction » doivent répondre pour être agréées, *M.B.*, 25 mars 1999.

¹²³ Proposition de loi portant organisation des centres de maternité de substitution, déposée par M. TEMMERMAN et G. SWENNEN, *Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 2010-2011, n°5-929, p. 8.

¹²⁴ N. GALLUS, *Le droit de la filiation : rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 397.

commanditaires car la mère intentionnelle est dans l'obligation d'adopter l'enfant alors que le père peut simplement le reconnaître¹²⁵. En outre, il s'agit d'un détournement de l'institution d'adoption, ce qui est non seulement contraire à notre droit interne (articles 344-2, 348-4, et 350 du Code civil¹²⁶) mais aussi au droit international¹²⁷. En effet, « tant dans la Convention internationale des droits de l'enfant que dans la Convention internationale de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, l'adoption est une mesure de protection de l'enfant qui doit répondre au principe de subsidiarité, ce qui signifie que la priorité doit être donnée au maintien dans la famille d'origine »¹²⁸. En outre, la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après, CEDH), en son article 8, ne garantit pas le droit d'adopter : « (...) d'une part, le droit au respect de la vie familiale présuppose l'existence d'une famille et ne protège pas le simple désir de fonder une famille, et, d'autre part, le but de l'adoption est de donner une famille à un enfant et non pas un enfant à une famille »¹²⁹.

Section 5. L'arrêt D. et autres contre Belgique

La Cour européenne des droits de l'homme (ci-après, CEDH) a récemment été amenée à statuer sur des affaires concernant la GPA. Ce fut, entre autres, en 2014 lors d'une affaire concernant

¹²⁵ N. GALLUS, *Le droit de la filiation : rôle de la vérité socio-affective...*, *op. cit.*, p. 402.

¹²⁶ Article 344-2. Une personne dont la filiation maternelle est établie ne peut pas être adoptée par sa mère. Une personne dont la filiation paternelle est établie ne peut pas être adoptée par son père ; Article 348-4. La mère et le père ne peuvent consentir à l'adoption que deux mois après la naissance de l'enfant. Ils sont informés sur l'adoption et les conséquences de leur consentement par le tribunal de la famille devant lequel le consentement doit être exprimé et par son service social. Cette information porte notamment sur les droits, aides et avantages garantis par la loi ou par décret aux familles, aux pères et mères, célibataires ou non, et à leurs enfants, ainsi que sur les moyens auxquels il est possible de recourir pour résoudre les problèmes sociaux, financiers, psychologiques ou autres posés par leur situation ; Article 350. L'établissement de la filiation de l'adopté à l'égard de l'adoptant ou de l'un des adoptants après que le jugement d'adoption soit coulé en force de chose jugée met fin dès ce moment et pour l'avenir à l'adoption à l'égard de cet adoptant ou de ces adoptants. L'établissement de la filiation de l'adopté à l'égard d'une personne autre que l'adoptant ou les adoptants après que le jugement d'adoption soit coulé en force de chose jugée ne met pas fin à celle-ci. S'il s'agit d'une adoption simple, cette filiation ne produit ses effets que dans la mesure où ils ne sont pas en opposition avec ceux de l'adoption. S'il s'agit d'une adoption plénière, cette filiation ne produit d'autre effet que les empêchements à mariage prévus aux articles 161 à 164.

¹²⁷ N. GALLUS, *Le droit de la filiation : rôle de la vérité socio-affective...*, *op. cit.*, pp. 402-403.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 403.

¹²⁹ *Ibidem*, pp. 403-404.

la Belgique à propos de la délivrance de documents de voyage permettant aux enfants de rejoindre la Belgique lorsque la GPA a été effectuée à l'étranger¹³⁰.

Après avoir passé en revue les faits principaux de l'affaire, nous nous attarderons sur le jugement rendu par la Cour, qui se base à titre principal, sur l'article 8 CEDH, et sur les conséquences de cet arrêt.

A. Les faits

Les requérants sont un couple de ressortissants belges s'étant rendus en Ukraine afin de procéder à une GPA. L'enfant né, ce couple obtient un acte de naissance ukrainien qui ne fit pas mention de la GPA et qui reconnut chacun des requérants comme les parents légaux de l'enfant. En effet, le droit ukrainien admet, sous certaines conditions, que le couple sollicitant la mère porteuse soit reconnu comme parents de l'enfant¹³¹. Cependant, l'ambassade belge de Kiev refusa de délivrer le passeport de ce dernier, les parents d'intention n'étant pas en mesure de donner les informations nécessaires quant à l'établissement de la filiation de l'enfant¹³².

Une demande en référé fut introduite devant le tribunal de première instance de Bruxelles. Elle fut rejetée au motif des incertitudes quant au mode de procréation utilisé. Les parents commanditaires interjetèrent appel de la décision mais leur droit de séjour touchant à sa fin, ils furent contraints de rentrer en Belgique sans l'enfant, pris en charge par une nourrice¹³³.

La Cour d'appel de Bruxelles, statuant en référé, finit par constater que les requérants avaient apporté de nombreuses informations complémentaires à leur dossier (notamment la paternité biologique du père commanditaire) et ordonna dès lors à la Belgique de délivrer le document de voyage à l'enfant, lui permettant de rejoindre ses parents d'intention¹³⁴. Parallèlement, les requérants initièrent une requête devant la CEDH¹³⁵.

¹³⁰ J. SOSSON, « La jurisprudence européenne et la gestation pour autrui », *J.D.E.*, 2015, p. 54 ; Audition de Mme J. SOSSON, Rapport d'information concernant l'examen des possibilités de créer un régime légal de coparentalité, *Doc. Parl.*, Sénat., sess. ord. 2015-2016, n°6-98/2, p. 96.

¹³¹ N. HERVIEU, « La Cour européenne des droits de l'homme, stratège juridictionnel face aux enjeux brûlants de société », *Rev. dr. hom.*, 2014, p. 14.

¹³² C.E.D.H. (2^e section), 8 juillet 2014, D. et autres c. Belgique, §8.

¹³³ *Ibidem*, §12.

¹³⁴ *Ibidem*, §16.

¹³⁵ N. HERVIEU, *op. cit.*, p. 15 ; Audition de Mme J. SOSSON, Rapport d'information concernant l'examen des possibilités de créer un régime légal de coparentalité, *Doc. Parl.*, Sénat., sess. ord. 2015-2016, n°6-98/2, p. 96.

B. Le jugement : article 8 CEDH

Les requérants invoquent la violation de l'article 8 CEDH¹³⁶, alléguant que la séparation entre eux et l'enfant « (...) du fait du refus des autorités belges de délivrer un document de voyage a rompu les relations entre un nourrisson âgé de quelques semaines et ses parents, ce qui aurait été contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant et au respect de la vie familiale des requérants »¹³⁷.

La Cour débute son raisonnement en affirmant que la situation présentée entre dans le champ d'application de l'article 8 CEDH, ce dernier étant applicable dès qu'il existe des liens familiaux de fait comme le certifient les arrêts X,Y et Z c. Royaume-Uni du 22 avril 1997 et Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg du 28 juin 2007¹³⁸. Il convient dès lors « (...) de déterminer si cette ingérence "était prévue par la loi", inspirée par un ou plusieurs des buts légitimes énoncés à l'article 8 §2 de la Convention et "nécessaire, dans une société démocratique" (...) »¹³⁹.

La Cour constate que le refus initial des autorités belges de fournir un document de voyage à l'enfant, provoquant une séparation effective avec les parents d'intention, a constitué une ingérence dans le droit au respect de la vie familiale des requérants¹⁴⁰. Cette ingérence était prévue par la loi du 14 août 1974 relative à la délivrance des passeports¹⁴¹ et poursuivait plusieurs buts légitimes, tels que la prévention d'infractions pénales, dont la lutte contre la traite des êtres humains, ainsi que la protection des droits d'autrui (ceux de la mère porteuse dans le cas d'espèce)¹⁴².

¹³⁶ Article 8. 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. 2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

¹³⁷ C.E.D.H. (2^e section), 8 juillet 2014, D. et autres c. Belgique, §28.

¹³⁸ *Ibidem*, §§48-49 ; C.E.D.H., 22 avril 1997, X, Y et Z c. Royaume-Uni ; C.E.D.H. (5^e sect.), 28 juin 2007, Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg.

¹³⁹ *Ibidem*, §50.

¹⁴⁰ Audition de Mme J. SOSSON, Rapport d'information concernant l'examen des possibilités de créer un régime légal de coparentalité, *Doc. Parl.*, Sénat., sess. ord. 2015-2016, n°6-98/2, p. 96-97 ; C.E.D.H. (2^e section), 8 juillet 2014, D. et autres c. Belgique, communiqué de presse, p. 3.

¹⁴¹ Loi du 14 août 1974 relative à la délivrance des passeports, *M.B.*, 21 décembre 1974, Article 7 : « S'il y a doute quant à l'identité ou à la nationalité du requérant, la délivrance du passeport ou du document en tenant lieu pourra être suspendue aussi longtemps que cette personne ou l'administration n'établiront pas son identité ou sa nationalité belge par des documents ou par des témoignages probants ».

¹⁴² Audition de Mme J. SOSSON, Rapport d'information concernant l'examen des possibilités de créer un régime légal de coparentalité, *Doc. Parl.*, Sénat., sess. ord. 2015-2016, n°6-98/2, p. 97 ; C.E.D.H. (2^e section), 8 juillet 2014, D. et autres c. Belgique, communiqué de presse, p. 3 ; C.E.D.H. (2^e section), 8 juillet 2014, D. et autres c. Belgique, §52.

Enfin, concernant la nécessité de l'ingérence dans une société démocratique, la Cour souligne que lorsqu'il n'y a pas de consensus sur une question éthique délicate, la marge d'appréciation des Etats membres est relativement large¹⁴³. En l'espèce, la Cour commence par relativiser la période de séparation entre les protagonistes (trois mois et douze jours), elle rajoute ensuite que les requérants se sont déplacés régulièrement en Ukraine et qu'ils pouvaient prévoir que la procédure de reconnaissance de la filiation engendrerait des délais¹⁴⁴. De surcroît, « (...) la Convention ne saurait obliger les Etats parties à autoriser l'entrée sur leur territoire d'enfants nés d'une mère porteuse sans que les autorités nationales aient pu préalablement procéder à certaines vérifications juridiques pertinentes »¹⁴⁵.

En conclusion, la CEDH estime que la Belgique, en refusant d'autoriser l'arrivée de l'enfant né de la GPA dans l'Etat belge, n'a pas outrepassé les limites de la marge d'appréciation dont elle bénéficie¹⁴⁶.

C. Les conséquences de l'arrêt

En affirmant la non-violation de l'article 8 CEDH, la juridiction européenne ne confère pas à la Belgique le droit de séparer une famille, même si elle a été constituée via une GPA, mais elle habilite les autorités nationales à opérer certaines vérifications afin d'apprécier les conditions dans lesquelles la famille a été créée¹⁴⁷. Ainsi, les Etats membres peuvent mettre en place des mesures de contrôles dans le but de protéger les droits de la mère porteuse et ceux de l'enfant¹⁴⁸.

Si la Cour ne dit rien sur les différentes formes possibles de création du lien de filiation entre l'enfant issu de la GPA et ses parents d'intention, l'apport de cet arrêt est néanmoins conséquent¹⁴⁹. En effet, l'article 8 CEDH aurait pu être violé si la Belgique s'était obstinée « (...) à refuser par principe l'accueil sur son territoire de la famille ainsi constituée légalement à l'étranger par gestation pour autrui »¹⁵⁰.

¹⁴³ N. HERVIEU, *op. cit.*, p. 15 ; J. SOSSON, *op. cit.*, p. 54 ; C.E.D.H. (2^e section), 8 juillet 2014, D. et autres c. Belgique, §54

¹⁴⁴ N. HERVIEU, *op. cit.*, p. 16 ; C.E.D.H. (2^e section), 8 juillet 2014, D. et autres c. Belgique, §55.

¹⁴⁵ *Ibidem*, §59.

¹⁴⁶ N. HERVIEU, *op. cit.*, p. 15 ; J. SOSSON, *op. cit.*, p. 54 ; C.E.D.H. (2^e section), 8 juillet 2014, D. et autres c. Belgique, communiqué de presse, p. 3 ; *ibidem*, §64.

¹⁴⁷ N. HERVIEU, *ibidem*, p. 16.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 17.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

CHAPITRE II. LE CADRE JURIDIQUE EUROPEEN

Après avoir établi la situation de la GPA en Belgique, nous nous tournons maintenant vers le cadre juridique européen. Il convient avant tout de montrer que les Etats membres du Conseil de l'Europe conservent une large marge d'appréciation quant à cette pratique (section 1). Dès lors, nous verrons que, contrairement à la Belgique qui n'a pas légiféré en la matière, la France a décidé de prohiber cette dernière (section 2) alors que le Royaume-Uni a légalisé la GPA moyennant le respect de certaines conditions (section 3).

Section 1. Marge d'appréciation des Etats membres du Conseil de l'Europe

La CEDH, avant de se prononcer dans l'arrêt *Mennesson c. France*¹⁵¹ que nous développerons postérieurement, n'avait pas adopté de position claire quant à la GPA. Ce n'est qu'en 2014, dans le cadre de cet arrêt, qu'elle entreprit une étude de droit comparé, à laquelle elle procéda en comparant trente-cinq pays membres du Conseil de l'Europe¹⁵². Elle en est arrivée à la conclusion que « (...) la gestation pour autrui est expressément interdite dans 14 pays et expressément autorisée dans sept pays. Dans dix pays, elle est interdite ou non tolérée par égard à des dispositions générales ou bien à tout le moins sa légalité est incertaine. Dans quatre pays, le procédé apparaît simplement toléré »¹⁵³. Pour la Cour, pareil dissensus présente la délicatesse des interrogations éthiques soulevées par la GPA, ceci confirmant que les Etats européens doivent se voir reconnaître une large marge d'appréciation en la matière et que la Cour a adopté, à cet égard, une attitude prudente¹⁵⁴.

Actuellement, il n'y a pas de consensus en Europe, ni sur la légalité de la GPA, ni sur la reconnaissance juridique du lien de filiation entre les enfants légalement conçus à l'étranger et les parents d'intention¹⁵⁵. Ainsi, la question de la GPA demeure du ressort des Etats. Nous verrons dans le troisième chapitre que la situation est similaire aux Etats-Unis : aucune loi fédérale n'existe en la matière, laissant aux Etats américains une large marge d'appréciation concernant l'encadrement de la maternité de substitution.

¹⁵¹ C.E.D.H (5e sect.), 26 juin 2014, *Mennesson c. France*.

¹⁵² G. WILLEMS, *op. cit.*, p. 743.

¹⁵³ *Ibidem* ; voy. Annexe I.

¹⁵⁴ J. SOSSON, *op. cit.*, p. 55.

¹⁵⁵ L. VAN BUNNEN, *op. cit.*, p. 46.

Section 2. Prohibition de la GPA : la France

Dans cette seconde section, nous étudierons le cas de la France avec le droit en vigueur dans ce pays et la conséquence de la prohibition de la GPA : le tourisme procréatif. Nous verrons ensuite que la position de la jurisprudence française a été critiquée et nous finirons par l'analyse de l'arrêt *Mennesson c. France* rendu par la CEDH le 26 juin 2014 et les conséquences de cet arrêt en France.

A. Le droit en vigueur

Contrairement à la Belgique où la prise de position de l'ordre juridique en matière de GPA n'est pas ferme, la France a légiféré en la matière. En effet, depuis la loi bioéthique du 29 juillet 1994¹⁵⁶, l'article 16-7 du Code civil dispose que « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle » et cette nullité est considérée comme étant d'ordre public¹⁵⁷. Cette solution trouve son origine dans l'arrêt d'Assemblée plénière rendu par la Cour de cassation en 1981¹⁵⁸ selon lequel la GPA contrevient au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain et de l'indisponibilité de l'état des personnes¹⁵⁹.

En vertu du premier principe, le fondement de la nullité d'une telle convention est l'extrapatrimonialité du corps humain¹⁶⁰, c'est-à-dire que celui-ci ne rentre pas dans le patrimoine d'une personne et qu'aucun contrat ne peut dès lors porter dessus¹⁶¹. Il convient ainsi de distinguer le contrat de don de substance ou d'organe qui est valable, du contrat par lequel une personne loue son corps, comme le contrat de prostitution ou de GPA, qui est nul. En effet, la GPA provoque des conséquences tant physiques sur le corps de la mère porteuse qui porte l'enfant durant neuf mois et accouche de celui-ci, que mentale, car elle doit abandonner l'enfant et le transmettre aux parents d'intention¹⁶². En vertu du second principe,

¹⁵⁶ Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain.

¹⁵⁷ C. LENGRAND et C. ESCUILLIE, « Statut juridique de l'enfant issu d'une GPA à l'étranger : Une avancée jurisprudentielle à demi-teinte », *Rev. dr. hom.*, 2015, p. 2.

¹⁵⁸ Cass. ass. plén., 31 mai 1991, n°90-20105.

¹⁵⁹ G. RUFFIEUX, « Retour sur une question controversée : le sort des enfants nés d'une mère porteuse à l'étranger », *R.D.L.F.*, 2014, p. 2.

¹⁶⁰ Article 16-1 al. 3 Code civil français : « Le corps humain est inviolable. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial ».

¹⁶¹ Etude du conseil d'état français sur la révision des lois de bioéthique, 9 avril 2009, p. 63.

¹⁶² M. FABRE-MAGNAN, *La gestation pour autrui. Fictions et réalité*, Paris, Fayard, 2013, pp. 78-79 ; *ibidem*, p. 62.

« (...) il est impossible de disposer de son état : la qualité de mère ou de père d'un enfant ne saurait se déduire des termes d'un contrat (...) »¹⁶³.

Cette sanction civile a été renforcée par une sanction pénale qui ne pourra toutefois s'appliquer que si au moins un élément constitutif des infractions pénales a eu lieu sur le territoire français¹⁶⁴: l'article 227-12 du Code pénal français dispose que « le fait de provoquer soit dans un but lucratif, soit par don, promesse, menace ou abus d'autorité, les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende » et l'article 227-13 du même code prévoit que « la substitution volontaire, la simulation ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ».

B. Le tourisme procréatif

Afin de pallier à cette interdiction, un couple vivant en France et incapable de procréer se rendra dans un pays étranger dans lequel la GPA n'est pas soumise à une telle prohibition. Ainsi, la condamnation légale de la GPA a seulement eu pour effet de la délocaliser hors de la France, non de la faire disparaître. En effet, une fois l'enfant né d'une GPA à l'étranger, les parents d'intention entendent rentrer en France et solliciter la transcription de l'acte étranger légalement obtenu reconnaissant leur paternité et parfois maternité¹⁶⁵.

Face à cette situation, deux points de vue s'opposent. Les tenants du premier point de vue considèrent que cette situation est contraire aux valeurs fondamentales françaises et priveront la GPA étrangère de tout effet¹⁶⁶. En effet, selon eux, l'ensemble du processus de la GPA est indivisible et le fait de reconnaître le lien juridique entre l'enfant et les parents commanditaires reviendrait à « (...) donner indirectement force de loi à la convention de maternité pour autrui, qui est pourtant nulle en vertu du droit français »¹⁶⁷. Les tenants du second point de vue, quant à eux, admettent que certains effets de cette GPA seront acceptés en France. Cette dernière hypothèse est un exemple du mécanisme d'ordre public atténué issu de l'arrêt Rivière de 1953

¹⁶³ Etude du conseil d'état français sur la révision des lois de bioéthique, 9 avril 2009, p. 63.

¹⁶⁴ M. DOUCET, « La France contrainte de faire primer l'intérêt supérieur de l'enfant issu d'une GPA, Note sous CEDH, 5e sec., 26 juin 2014, Labassee c. France, affaire numéro 65941/11 et Menesson c. France, affaire numéro 65192/11 », *Rev. gén. dr. on line*, 2014, num. 17851, www.revuegeneraledudroit.eu/?p=17851 (consulté le 12 décembre 2016) ; Etude du conseil d'état français sur la révision des lois de bioéthique, 9 avril 2009, p. 61.

¹⁶⁵ G. RUFFIEUX, *op. cit.*, p. 3.

¹⁶⁶ *Ibidem*.

¹⁶⁷ Y. CHARTIER, rapport sous Cass. Ass. plén., 31 mai 1991, p. 417.

selon lequel « la réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger »¹⁶⁸.

Jusqu'à récemment, la jurisprudence française refusait de reconnaître les effets de la GPA concernant la transcription des actes de naissance étrangers et l'établissement de la filiation suivant le droit français¹⁶⁹.

Afin, d'une part, de justifier le refus de transcription, la Cour de cassation française se base sur l'ordre public et, dès lors, les enfants nés de la GPA seront considérés comme ceux des parents commanditaires à l'étranger tandis qu'ils ne le seront pas en France, créant une situation juridique boiteuse¹⁷⁰.

Concernant, d'autre part, l'établissement de la filiation selon les règles de droit français, il convient de distinguer la filiation maternelle de la filiation paternelle¹⁷¹. Dans le premier cas, la mère juridique sera toujours la mère porteuse car, selon le droit français, la mère juridique est celle qui accouche de l'enfant¹⁷². La mère d'intention ne pourra donc ni adopter ni reconnaître l'enfant car ce serait fait en fraude à la loi française¹⁷³. Dans le second cas, lorsque le père était le père biologique de l'enfant, même s'il était issu d'une GPA effectuée à l'étranger, celui-ci pouvait reconnaître son enfant¹⁷⁴. Cependant, en 2013, la Cour de cassation a refusé cette reconnaissance en se fondant sur la fraude à la loi, ne faisant plus de distinction entre la filiation maternelle et paternelle et écartant l'intérêt de l'enfant au motif que d'autres valeurs plus importantes sont en contradiction avec lui¹⁷⁵.

« Les conséquences issues de la jurisprudence peuvent être récapitulées ainsi : la transcription des actes d'état civil étranger est impossible ; le jugement étranger conférant aux parents d'intention la qualité de parents juridiques n'est pas reconnu en France ; la possession d'état ne peut pas permettre l'établissement de la filiation à l'égard des parents d'intention ; le père

¹⁶⁸ Cass. civ., 17 avril 1953.

¹⁶⁹ G. RUFFIEUX, *op. cit.*, p. 3.

¹⁷⁰ *Ibidem.*

¹⁷¹ *Ibidem.*, p. 4.

¹⁷² *Ibidem.*

¹⁷³ *Ibidem.*

¹⁷⁴ *Ibidem.*

¹⁷⁵ F. CHENEDE, « Les arrêts Mennesson et Labassée ou l'instrumentalisation des droits de l'homme », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 7 ; M. DOUCET, *op. cit.*, p. 3 ; C. LENGRAND et C. ESCUILLIE, *op. cit.*, p. 2 ; Cass. 1^{re} civ., 13 septembre 2013, n°12-18.315 ; Rapport du groupe de travail « filiation, origines, parentalité », 2014, p. 193.

biologique ayant sollicité la femme porteuse étrangère ne peut pas valablement reconnaître l'enfant »¹⁷⁶.

Une telle situation est également susceptible de se dérouler en Belgique, les parents d'intention n'ayant aucune certitude quant à l'issue de la GPA dans leur pays dû à l'absence de législation en la matière. Le fait pour ces derniers de procéder à un « tourisme procréatif » avait, jusqu'à l'arrêt du Tribunal de première instance de Liège de 2013¹⁷⁷, les mêmes conséquences que rencontrent les parents d'intention français. De plus, une situation similaire se présente aux Etats-Unis : les parents désirant avoir un enfant par le biais de la maternité de substitution ne se rendront cette fois non dans un autre pays mais dans un Etat américain favorable à ce mode de reproduction.

C. Critique de la jurisprudence française

La position de la Cour de cassation française provoque, premièrement, des implications particulièrement graves pour l'enfant issu de la GPA à l'étranger. En effet, l'enfant n'ayant pas la nationalité française, il lui est impossible d'obtenir un acte d'état civil français. Ses parents devront lui obtenir un titre de séjour et de voyage¹⁷⁸. De plus, le fait qu'il n'y ait pas de lien de filiation entre les parents d'intention et l'enfant implique que les parents ne sont pas tenus de l'obligation alimentaire, ils ne sont pas titulaires de l'autorité parentale et l'enfant ne sera pas héritier réservataire¹⁷⁹.

Il convient, deuxièmement, de s'interroger sur la compatibilité du point de vue de de la Cour de cassation avec les engagements internationaux qu'a pris la France. En vertu de l'article 3, alinéa premier, de la Convention internationale des droits de l'enfant¹⁸⁰, l'intérêt de l'enfant est une considération primordiale, ce qui permettrait « (...) de sanctionner la position adoptée par la Cour de cassation, en considérant comme contraire à cet intérêt l'interdiction d'établir en France une filiation conforme à la vérité biologique, sociale et affective »¹⁸¹. Ensuite, la CEDH

¹⁷⁶ Rapport du groupe de travail « filiation, origines, parentalité », 2014, p. 193.

¹⁷⁷ Civ. Liège, 15 mars 2013, *Act. dr. fam.*, 2013.

¹⁷⁸ Rapport du groupe de travail « filiation, origines, parentalité », 2014, p. 194.

¹⁷⁹ G. RUFFIEUX, *op. cit.*, p. 3 ; Etude du conseil d'état français sur la révision des lois de bioéthique, 9 avril 2009, p. 64.

¹⁸⁰ Article 3, alinéa premier, de la Convention internationale des droits de l'enfant : « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

¹⁸¹ Rapport du groupe de travail « filiation, origines, parentalité », 2014, p. 194.

a ouvert la voie, dans les arrêts *Wagner c. Luxembourg* et *Negrepontis-Giannisis c. Grèce*¹⁸², à un principe de reconnaissance des situations valablement créées à l'étranger si elles correspondent au droit de ce pays et à la notion de vie familiale contenue dans l'article 8 de la CEDH¹⁸³. La CEDH, dans l'arrêt *Menesson c. France* de 2014, comme nous le verrons dans le point suivant, a confirmé ce principe.

D. L'arrêt Menesson contre France¹⁸⁴

Peu de temps avant de rendre l'arrêt D. et autres c. Belgique, la CEDH s'est prononcée sur une affaire concernant la non-retranscription en France des actes de naissances de jumelles nées d'une GPA en Californie. Tout comme dans le premier arrêt précité, les requérants ont invoqué la violation de l'article 8 CEDH.

Ici aussi, nous commençons par passer en revue les faits de l'arrêt en cause, le jugement ensuite et ses conséquences en France enfin.

1. Les faits

En raison de l'infertilité de Madame Menesson, elle et son époux, se heurtant à l'interdiction de la GPA en France, se rendirent en Californie où celle-ci est autorisée par la loi. Les embryons, issus des gamètes de Monsieur Menesson, furent implantés dans l'utérus d'une mère porteuse et des jumelles naquirent neuf mois plus tard. Par un jugement du 14 juillet 2000, la Cour Suprême de Californie reconnut, avant même leur naissance, qu'elles auraient pour père génétique Monsieur Menesson et comme mère légale Madame Menesson, ceci devant apparaître sur leur acte de naissance¹⁸⁵.

Lorsque le couple se rendit au consulat français de Los Angeles, les autorités refusèrent de retranscrire les actes de naissance des jumelles sur les registres de l'état civil français car il n'y avait aucune preuve établissant que Madame Menesson avait accouché des jumelles¹⁸⁶. Une

¹⁸² C.E.D.H. (1ere sect.), 27 juin 2007, *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg* ; C.E.D.H. (1ere sect.), 5 avril 2011, *Negrepontis-Giannisis c. Grèce*.

¹⁸³ Rapport du groupe de travail « filiation, origines, parentalité », 2014, p. 195.

¹⁸⁴ Le 19 janvier 2017, dans une affaire présentant des faits similaires à l'arrêt *Menesson c. France*, la CEDH condamna à nouveau la France pour les mêmes motifs : violation de l'article 8 CEDH (C.E.D.H. (5e sect.), 19 janvier 2017, *Laborie c. France*).

¹⁸⁵ C.E.D.H. (5e sect.), 26 juin 2014, *Menesson c. France*, §8.

¹⁸⁶ *Ibidem*, §27.

fois rentrés en France, les requérants obtinrent la retranscription sur instruction du Parquet, lequel assigna postérieurement les époux aux fins d'annulation¹⁸⁷. L'affaire est allée jusque devant la Cour de cassation qui débouta le couple Mennesson au motif que cette retranscription donnerait effet à une convention de GPA qui est contraire à l'ordre public français et au principe d'indisponibilité de l'état des personnes¹⁸⁸. De plus, selon la Cour, cette annulation ne prive pas les jumelles de la filiation paternelle et maternelle que le droit californien leur reconnaît et les autorise à vivre en France avec les époux Mennesson¹⁸⁹.

En réponse à ce refus, le couple initia une requête devant la CEDH en invoquant la violation de l'article 8 CEDH.

2. Le jugement : article 8 CEDH

La CEDH suit le même raisonnement que dans l'arrêt D. et autres c. Belgique précité afin de déterminer si l'article 8 CEDH est applicable et s'il a été violé. Ainsi, elle commence par affirmer que cet article s'applique tant dans son volet « vie familiale », car les époux s'occupent des jumelles comme s'ils étaient les parents depuis leur naissance, que « vie privée », car le droit à l'identité fait partie intégrale de ce volet et « (...) il y a une relation directe entre la vie privée des enfants nés d'une gestation pour autrui et la détermination juridique de leur filiation »¹⁹⁰.

Ensuite, la Cour estime que le fait, pour les autorités françaises, d'avoir refusé d'établir le lien de filiation, constitue une ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale des époux Mennesson mais que celle-ci était prévisible vu l'interdiction de la GPA par la loi française. Cette ingérence vise deux buts légitimes, la « protection de la santé » et « la protection des droits et libertés d'autrui », énumérés à l'article 8 CEDH¹⁹¹.

Enfin, la Cour examine si cette ingérence était « nécessaire dans une société démocratique ». Pour se faire, elle se réfère à la marge d'appréciation des Etats membres dont l'étendue sera plus ou moins large en fonction de l'existence de consensus entre ceux-ci sur le sujet concerné et si un élément essentiel de la personnalité d'un individu est en jeu¹⁹². Dans le cas de la GPA,

¹⁸⁷ C.E.D.H. (5e sect.), 26 juin 2014, Mennesson c. France, §8.

¹⁸⁸ *Ibidem.*, §27.

¹⁸⁹ *Ibidem.*

¹⁹⁰ C.E.D.H. (5e sect.), 26 juin 2014, Mennesson c. France, communiqué de presse, p. 3.

¹⁹¹ C.E.D.H. (5e sect.), 26 juin 2014, Mennesson c. France, §43.

¹⁹² F. CHÉNÉDÉ, *op. cit.*, p. 3.

laquelle suscite des interrogations d'ordre éthique délicates, il n'existe de consensus ni sur la reconnaissance du lien de filiation créé à l'étranger, ni sur sa légalité. Ainsi, bien que la marge d'appréciation des Etats membres est large en la matière, elle doit cependant être atténuée car la GPA touche à la filiation qui est un élément essentiel de la personnalité¹⁹³. « Par ailleurs, il incombe à la Cour de rechercher si un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts de l'Etat et ceux des individus directement touchés, eu égard notamment au principe essentiel selon lequel, chaque fois que la situation d'un enfant est en cause, l'intérêt supérieur de celui-ci doit primer »¹⁹⁴.

Une distinction est opérée entre, d'une part, la vie familiale des requérants, et, d'autre part, le droit des jumelles à leur vie privée¹⁹⁵. Dans le premier cas, il n'y a pas eu de violation car les parents ont pu s'établir avec les jumelles en France dans une situation globalement comparable aux autres familles¹⁹⁶. Dans le second cas, cependant, la Cour a conclu à une violation. En effet, les jumelles se trouvent dans une incertitude juridique car elles ne sont pas considérées comme étant les filles des époux Mennesson en France, ce qui porte atteinte à leur identité. De plus, il n'est pas conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant de le priver d'un lien juridique alors que la réalité biologique de ce lien (avec le père dans le cas d'espèce) est établie et que les jumelles et le père revendiquent sa pleine reconnaissance¹⁹⁷. Ici, c'est le défaut de reconnaissance de la filiation paternelle qui est condamné, non la filiation maternelle, car la mère d'intention n'a pas, dans le cas d'espèce, de lien biologique avec les jumelles¹⁹⁸.

3. Les conséquences de l'arrêt

Comme nous l'avons vu précédemment¹⁹⁹, la Cour de cassation française refusait de transcrire les actes de naissance étrangers sur le registre de l'état civil d'enfants qui, selon le ministère public, étaient issus d'une GPA.

¹⁹³ C.E.D.H (5e sect.), 26 juin 2014, Mennesson c. France, §75.

¹⁹⁴ C.E.D.H. (5e sect.), 26 juin 2014, Mennesson c. France, communiqué de presse, p. 3.

¹⁹⁵ L. VAN BUNNEN, *op. cit.*, pp. 46-47.

¹⁹⁶ *Ibidem*.

¹⁹⁷ F. KRENC et S. VAN DROOGHENBROECK, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – (1^{er} juillet - 31 décembre 2014) », J.T., 2015, p. 673 ; L. ROBERT, « Réification et marchandisation du corps humain dans la jurisprudence de la Cour EDH. Retour critique sur quelques idées reçues », *Rev. dr. hom.*, 2015, p. 12 ; C.E.D.H. (5e sect.), 26 juin 2014, Mennesson c. France, §81.

¹⁹⁸ M. FARGE, « La filiation des enfants issus d'une GPA à l'étranger : la CEDH se livre à un bon diagnostic des incohérences du droit français, mais prescrit un remède discutable », *R.D.L.F.*, 2014, p. 6.

¹⁹⁹ Chapitre II, section 2, point B.

Cependant, cette dernière fût influencée par la décision rendue par la CEDH le 26 juin 2014 et opéra un réel revirement de jurisprudence. En effet, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation accepta, sur base de l'article 47 du Code civil²⁰⁰, dans deux arrêts rendu le 3 juillet 2015²⁰¹, qu'un enfant issu d'une convention de GPA étrangère puisse voir son acte de naissance retranscrit en France s'il n'était ni falsifié, ni irrégulier et que les faits correspondaient effectivement à la réalité²⁰².

Une zone d'ombre subsiste néanmoins lorsqu'il s'agit de déterminer qui est la mère « réelle » de l'enfant : la Cour de cassation ne précise pas si c'est la mère porteuse ou la donneuse d'ovule²⁰³. De plus, tout comme l'arrêt de la CEDH, ces arrêts ne traitent pas de la question de la parenté sociale, c'est-à-dire du parent dépourvu de lien biologique avec l'enfant ce qui a pour conséquence que ce dernier sera entouré d'un vide juridique vis-à-vis de l'enfant et que seul le parent biologique sera en droit de reconnaître l'enfant²⁰⁴. Le 5 juillet 2017, la Cour de cassation française a voulu offrir une solution au parent sociologique²⁰⁵ : l'adoption de l'enfant né d'une GPA à l'étranger, la transcription pure et simple de son acte de naissance demeurant non envisageable²⁰⁶.

Enfin, si ces arrêts limitent les effets de la prohibition de la GPA en France, ils ne reviennent toutefois pas sur le principe de cette interdiction, ce qui serait contraire aux textes prohibant la GPA²⁰⁷.

Section 3. Autorisation de la GPA : le Royaume-Uni

Dans cette troisième et dernière section, nous verrons quelles ont été les étapes qui ont mené à la légalisation de la GPA dans le Royaume-Uni ainsi que les conditions dans lesquelles celle-

²⁰⁰ Article 47 du Code civil français : Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité.

²⁰¹ Cass. ass. plén., 3 juillet 2015, n°14-21.323 ; Cass. ass. plén., 3 juillet 2015, n°2015-015881.

²⁰² A. GOUTTENOIRE, « La Cour de cassation et les enfants nés de GPA à l'étranger : un revirement *a minima* », *J.C.P.*, 2015, p. 1615 ; P. LE MAIGAT, « Toujours pas de paix pour les “enfants fantômes de la République” », *Rev. dr. hom.*, 2016, p. 3.

²⁰³ P. LE MAIGAT, *ibidem*, p. 8.

²⁰⁴ *Ibidem*.

²⁰⁵ Cass. 1^{re} civ., 5 juillet 2017, n° 16-16.901.

²⁰⁶ « Les enfants nés d'une GPA à l'étranger pourront par l'adoption avoir deux parents légaux en France », *Le Monde*, 2017,

http://www.lemonde.fr/societe/article/2017/07/05/la-cour-de-cassation-ouvre-la-voie-a-l-adoption-d-enfants-nes-de-gpa-a-l-etranger-par-le-mari-du-pere-biologique_5156166_3224.html (consulté le 29 juillet 2017).

²⁰⁷ A. GOUTTENOIRE, *op. cit.*, p. 1617.

ci peut être pratiquée. Ensuite, nous étudierons l'arrêt CD c. ST rendu par la Cour de Justice de l'Union Européenne²⁰⁸ (ci-après, CJUE).

A. Le droit en vigueur

Dans cette première partie, nous passerons en revue les différentes étapes du droit britannique relatif à la GPA tel qu'il est en vigueur aujourd'hui en commençant par le *Warnock Report* en 1984 et en terminant par le *Human Fertilisation and Embryology Act* en 2008.

1. Le *Warnock Report* de 1984 et le *Surrogacy Arrangements Act* de 1985

C'est en 1984 que le comité d'enquête sur la fécondation et l'embryologie humaine examina les implications éthiques de la GPA et publia le *Warnock Report*. Celui-ci jugeait la GPA comme un mécanisme de pure convenance, qui, pour des motifs d'ordre public, devait être illégal²⁰⁹. Cependant, lors de la rédaction de ce rapport, une minorité du comité observa que l'opinion public au sujet de la GPA n'était pas intégralement formée et pouvait évoluer, ce qui empêcha le législateur britannique de prohiber entièrement cette pratique²¹⁰. En effet, un an après la publication de ce rapport et l'affaire Baby Cotton, le premier jugement rendu autorisant les parents d'intention (le père biologique et sa femme) à être les parents légaux d'un enfant né d'une GPA, le *Surrogacy Arrangements Act* fut adopté²¹¹. Cet acte prohibe la GPA commerciale et prévoit une sanction pénale pour toute personne faisant publiquement appel à une mère porteuse, faisant de la publicité pour divulguer ses services de mère porteuse et servant d'intermédiaire entre la gestatrice et les parents d'intention²¹². Cet acte a cependant omis de régler la question de la GPA altruiste²¹³.

²⁰⁸ C.J.U.E., 18 mars 2014, CD c. ST, C-167/12.

²⁰⁹ A. CASTER, « Don't split the baby : How the U.S. could avoid uncertainty and unnecessary litigation and promote equality by emulating the British surrogacy law regime », *Connecticut Public Interest Law Journal*, 2011, p. 4 ; I. MCCALLISTER, « Modern Reproductive technology and the law : surrogacy contracts in the United States and England », *Suffolk Transnational Law Review*, 1996-1997, p. 311 ; M. VIJAY, « Commercial Surrogacy Arrangements : The Unresolved Dilemmas », *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 3, 2014, p. 217.

²¹⁰ N. GAMBLE et L. GHEVAERT, « The Chosen Middle Ground: England, Surrogacy Law and the International arena », *I.F.L.*, 2009, p. 223 ; M. VIJAY, *ibidem*, p. 218.

²¹¹ N. GAMBLE et L. GHEVAERT, *ibidem*, pp. 223-224 ; I. MCCALLISTER, *op. cit.*, p. 312.

²¹² N. GAMBLE et L. GHEVAERT, *ibidem*, p. 224 ; M. HERJEET, « La gestation pour autrui commerciale : droit et éthique », *Travail, genre et sociétés*, 2012, pp. 173-174 ; M. WELSTEAD, « This child is my child; this child is your child; this child was made for you and me – Surrogacy in England and Wales », *The International Survey of Family Law*, 2011, p. 169.

²¹³ N. GAMBLE et L. GHEVAERT, *ibidem*.

2. Les Human Fertilisation and Embryology Acts de 1990, 2008 et 2010

Ce n'est qu'en 1990, avec l'adoption du *Human Fertilisation and Embryology Act*, que le législateur prévoyait la non-exécution du contrat de GPA tout en autorisant les parents d'intention à solliciter une ordonnance parentale endéans les six mois suivant la naissance de l'enfant leur transférant la parenté légale²¹⁴. En effet, les cours et tribunaux peuvent reconnaître la relation légale entre l'enfant né de la GPA et le couple commanditaire, sans devoir passer par une procédure d'adoption²¹⁵. Cependant, cette reconnaissance ne peut avoir lieu que sous certaines conditions : toutes les parties doivent être d'accord, les parents d'intention doivent chacun avoir plus de 18 ans, un des parents doit être domicilié au Royaume-Uni et ils ne peuvent donner de l'argent à la gestatrice à moins qu'il ne s'agisse de paiement pour couvrir les dépenses raisonnables de celle-ci²¹⁶. La décision sera prise par le juge en prenant en compte l'intérêt supérieur de l'enfant²¹⁷.

Avant l'octroi de cette ordonnance parentale, la mère légale est la gestatrice (même si les gamètes utilisés ne sont pas les siens) et le père légal est son mari ou, si celui-ci n'a pas consenti à la GPA ou si la mère porteuse n'est pas mariée, le père d'intention ayant donné son sperme sera considéré comme le père légal de l'enfant issu de la GPA²¹⁸.

Le *Human Fertilisation and Embryology Act* a ensuite été modifié en 2008 puis en 2010. Les seuls changements importants apportés sont que l'ordonnance parentale peut être demandée par les couples non mariés et les couples homosexuels²¹⁹. Ainsi, nous voyons que la loi britannique autorise la GPA si et seulement si, elle est altruiste, non commerciale, organisée de manière privée et regroupe le consentement de toutes personnes intéressées (y compris celui du mari de la gestatrice), mais le contrat de GPA reste non juridiquement contraignant, son exécution forcée ne pouvant être mise en œuvre²²⁰.

Il ressort de l'analyse de la législation du Royaume-Uni que celle-ci est la plus développée et la plus ouverte en Europe et qu'elle permet d'éviter le phénomène de « tourisme procréatif »

²¹⁴ A. CASTER, *op. cit.*, p. 5 ; N. GAMBLE et L. GHEVAERT, *op. cit.*, p. 225 ; M. HERJEET, *op. cit.*, p. 174 ; I. MCCALLISTER, *op. cit.*, p. 313.

²¹⁵ I. MCCALLISTER, *ibidem*.

²¹⁶ *Ibidem*.

²¹⁷ M. WELSTEAD, *op. cit.*, p. 170.

²¹⁸ M.-X. CATTO, « La gestation pour autrui : d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts ? », *Rev. dr. hom.*, 2013, p. 12 ; R. D'ALTON-HARRISON, « Mater semper incertus est : who's your mummy ? », *Medical Law Review*, 2014, p. 2 ; *Ibidem*.

²¹⁹ E. DOS REIS *et al.*, *op. cit.*, p. 197 ; N. GAMBLE et L. GHEVAERT, *op. cit.*, p. 225.

²²⁰ *Ibidem*, p. 199 ; *ibidem*.

présent aussi bien en Belgique et en France qu'aux Etats-Unis, tout en encadrant la GPA afin d'éviter certaines dérives.

B. L'arrêt CD contre ST

La CJUE, tout comme la CEDH, a été amenée à trancher des questions de bioéthique relatives, entre autres, à la prostitution²²¹, au statut juridique de l'embryon²²², à l'assistance médicale à la reproduction²²³ et, à la GPA dans l'arrêt CD c. ST rendu en 2014.

Dans ce second point, nous relaterons les faits de l'arrêt en cause pour ensuite étudier le jugement de la Cour et les conséquences de cet arrêt au Royaume-Uni.

1. Les faits

Madame D. a, conformément au *Human Fertilisation and Embryology Act* de 2008, conclu une convention de mère porteuse et n'a, de ce fait, jamais été enceinte. Cette dernière est employée par S.T. qui ne prévoit pas de congé ou d'indemnisation pour les mères d'intention, sauf si celle-ci adopte l'enfant issu de la GPA. Lors de la naissance de l'enfant, Madame D. et son concubin se sont vu conférer l'autorité parentale et Madame D. a allaité l'enfant pendant trois mois²²⁴.

L'*Employment Tribunal* de Newcastle a posé plusieurs questions préjudicielles à la CJUE afin de savoir si, en vertu de la directive 92/85/CEE²²⁵, la mère d'intention a le droit de bénéficier d'un congé de maternité lorsqu'elle est susceptible d'allaiter l'enfant né de la GPA et si, en vertu de la directive 2006/54/CE²²⁶, le refus d'octroyer ce congé est constitutif d'une discrimination fondée sur le sexe.

²²¹ C.J.C.E., 18 mai 1982, Adoui et Cornuaille c. Belgique, C-155 et 116/81.

²²² C.J.U.E., 18 novembre 2011, Brüstle c. Greenpeace, C-34/10.

²²³ C.J.U.E., 26 février 2008, Sabine Mayr v. Bäckerei, C-506/06.

²²⁴ C.J.U.E., 18 mars 2014, CD c. ST, C-167/12, §§21-22.

²²⁵ Directive 92/85/CEE du 19 octobre 1992 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail.

²²⁶ Directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail.

2. Le jugement : directive 92/85/CEE et directive 2006/54/CE

Le congé de maternité prévu par la directive 92/85/CEE « (...) vise à assurer, d'une part, la protection de la condition biologique de la femme au cours de sa grossesse ainsi qu'à la suite de celle-ci et, d'autre part, la protection des rapports particuliers entre la femme et son enfant au cours de la période postérieure à la grossesse et à l'accouchement (...) »²²⁷. En effet, c'est la vulnérabilité physique et psychologique de la mère qui est la raison d'être de cette directive européenne²²⁸.

Ainsi, pour bénéficier de ce congé, l'employée doit avoir accouché de l'enfant ce qui n'est pas le cas de Madame D. qui ne jouit dès lors pas de la protection accordée par la directive 92/85/CEE même si elle allaite l'enfant après sa naissance²²⁹. Selon la Cour, les Etats membres ne sont, par conséquent, pas tenus d'accorder un congé ou une indemnisation à une mère commanditaire. Cette directive constitue une harmonisation minimum, les Etats membres pouvant prévoir des dispositions plus favorables²³⁰.

L'avocate générale, Juliane Kokott, n'était pas du même avis que la Cour. En effet, elle estimait que dès que la mère d'intention s'occupe de l'enfant directement après sa naissance et que la GPA est autorisée dans le pays en question, elle devrait avoir droit à un congé de maternité afin de pouvoir développer une relation avec l'enfant²³¹. Les 14 semaines de ce congé seraient dès lors réparties entre la mère porteuse et la mère d'intention. En effet, « le congé déjà pris par la mère porteuse devrait être déduit du congé de la mère commanditaire et inversement. Les deux femmes devraient cependant se voir accorder la totalité du congé de maternité obligatoire de 2 semaines »²³².

Ensuite, la directive 2006/54/CE « (...) énonce que toute discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe est proscrite dans les secteurs public ou privé (...) »²³³. Or, dans le cas d'espèce, le père commanditaire est traité de la même manière que la mère d'intention car il n'est pas susceptible de jouir d'un congé payé semblable à un congé de maternité et ce refus ne désavantage pas les travailleuses par rapport aux travailleurs²³⁴. La seule discrimination

²²⁷ C.J.U.E., 18 mars 2014, CD c. ST, C-167/12, §34.

²²⁸ S. HENNETTE VAUCHEZ, « Deux poids, deux mesures : GPA, congé maternité de la mère commanditaire et procréation en droit de l'Union européenne », *Rev. dr. hom.*, 2014, p. 4.

²²⁹ C.J.U.E., 18 mars 2014, CD c. ST, C-167/12, §37.

²³⁰ M. FINCK et B. KAS, « Surrogacy leave as a matter of EU law: CD and Z. », *Common Market Law Review*, 2015, p. 289.

²³¹ *Ibidem*, p. 285 ; Conclusions de l'avocat général dans l'arrêt C.J.U.E., 14 mars 2014, CD c. ST, C-167/12

²³² Conclusions de l'avocat général dans l'arrêt C.J.U.E., 14 mars 2014, CD c. ST, C-167/12.

²³³ Article 14, §1.

²³⁴ S. HENNETTE VAUCHEZ, *op. cit.*, p. 10 ; C.J.U.E., 18 mars 2014, CD c. ST, C-167/12, §47.

envisageable serait celle entre la mère adoptive et la mère commanditaire car la première bénéficie, en vertu de diverses lois nationales, d'un congé d'adoption alors même qu'elle n'a pas accouché²³⁵. Cependant, la directive 2006/54/CE n'impose pas l'existence de tels congés, de sorte que la CJUE ne pourrait juger que Madame D. est discriminée par rapport aux mères adoptives²³⁶.

3. Les conséquences de l'arrêt

La Cour, dans l'interprétation des directives mentionnées ci-dessus, adopte une vision conservatrice et sexuée de la maternité en se basant sur la vulnérabilité tant physique que psychologique des femmes, sans prendre en compte la vulnérabilité de l'enfant²³⁷. De plus, elle adopte une lecture restrictive de la notion de mère travailleuse en la conditionnant à une grossesse préalable et en refusant de donner ce statut à Madame D. alors que celle-ci a obtenu une ordonnance parentale et a allaité l'enfant né de la GPA²³⁸.

De surcroît, cette interprétation est paradoxale par rapport à la jurisprudence antérieure de la Cour. En effet, dans un arrêt de 2008²³⁹, la CJUE a reconnu que licencier une femme quelques jours après une fécondation *in vitro* est une discrimination fondée sur le genre. En 2010²⁴⁰, la Cour a jugé que le droit national ne peut exclusivement réserver aux femmes le congé dont jouissent les travailleuses allaitantes, celui-ci devant également être accordé aux hommes en tant que parents, « (...) indépendamment du fait biologique de l'allaitement »²⁴¹.

Ces deux arrêts démontrent que la Cour « (...) n'a pas toujours réservé le bénéfice des protections liées à la maternité aux femmes ayant été enceintes ou accouché »²⁴². En effet, elle a protégé une femme ayant eu recours à la fécondation *in vitro* et un homme sollicitant un congé de paternité, mais elle refuse de protéger la femme qui devient mère suite à une GPA²⁴³.

²³⁵ S. HENNETTE VAUCHEZ, *op. cit.*, p. 10.

²³⁶ C.J.U.E., 18 mars 2014, CD c. ST, C-167/12, §47.

²³⁷ C. MARZO, « La Cour de justice de l'Union européenne et la Charte des droits fondamentaux : une illustration des splendeurs et misères de la régulation sociale par la mobilisation des droits sociaux fondamentaux par le juge », *Dr. soc.*, 2016, p. 212 ; *Ibidem*.

²³⁸ S. HENNETTE VAUCHEZ, *op. cit.*, p. 5.

²³⁹ C.J.U.E., 26 février 2008, Sabine Mayr c. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG, C-506/06.

²⁴⁰ C.J.U.E., 30 septembre 2010, Pedro Manuel Roca Álvarez c. Sesa Start España ETT SA, C-104/09.

²⁴¹ S. HENNETTE VAUCHEZ, *op. cit.*, p. 8.

²⁴² *Ibidem*.

²⁴³ *Ibidem*.

Enfin, la CJUE aurait pu, au lieu de considérer qu'il n'y avait pas de discrimination sur le fondement du sexe entre la mère et le père commanditaires, prévoir qu'ils puissent tout deux jouir d'un congé parental²⁴⁴.

²⁴⁴ C. MARZO, *op. cit.*, p. 216.

CHAPITRE III. LA GPA DANS TROIS ETATS AMERICAINS

Afin de clôturer notre analyse comparative, tournons-nous vers les Etats-Unis pour déterminer les points communs et les différences avec l'Europe en matière de GPA. Quelles questions se posent ? Quelles solutions proposent-ils ?

Tout comme en Europe, une large marge d'appréciation est laissée aux cinquante Etats américains lorsqu'il s'agit d'adopter des lois en matière de GPA, dû à l'absence de réglementation à ce sujet au niveau fédéral (section 1).

Nous verrons que les Etats américains ont des points de vue différents quant à la nécessité d'autoriser ou de prohiber la GPA et que les cours et tribunaux de ces Etats ont recours à des approches distinctes afin de justifier leurs choix. Le New Jersey (section 2), la Californie (section 3) et l'Ohio (section 4) serviront d'exemple afin d'illustrer ces propos, nous montrant que c'est à partir d'arrêts clefs que l'opinion sur la GPA et l'approche à adopter se sont forgés. L'étude de ces trois Etats se justifie par leur différence de point de vue quant à la maternité de substitution : le refus d'exécuter un contrat de GPA pour le New Jersey, son autorisation pour la Californie et sa légalité incertaine pour l'Ohio. Bien que chaque Etat américain ait la liberté de répondre à la question de la GPA comme il l'entend, la majeure partie de ceux-ci rentre dans une de ces trois catégories. De plus, le New Jersey, la Californie et l'Ohio ont été les premiers à développer, respectivement, les critères suivants afin de justifier leur prise de position : l'intérêt supérieur de l'enfant, le « test d'intention » et le lien génétique.

Il convient, enfin, de rappeler que les Etats-Unis, contrairement aux Etats européens étudiés, sont un pays de *Common Law* et suivent la règle du précédent. Selon ce principe, aussi appelé *stare decisis*, le juge américain doit appliquer le même raisonnement que celui qui a été suivi dans une affaire antérieure présentant des faits similaires à ceux qu'il doit juger²⁴⁵. Dès lors, les arrêts étudiés dans les sections suivantes datent des années 1980 et 1990 : ils servent encore aujourd'hui de précédents pour les cours et tribunaux du New Jersey, de la Californie et de l'Ohio.

²⁴⁵ D. ROMANENKO et O. DEKHNICH, « Analogy and precedent in the Common Law and the Civil Law : outstanding features and terminological differences », *Krasnoyarsk Science*, 2016, p. 10.

Section 1. Absence de réglementation fédérale

Aux Etats-Unis, le recours à la GPA est relativement peu fréquent : sur près de 4 millions de naissances par an, seuls 1 000 à 1 400 nouveaux nés sont le fruit de ce mode de reproduction (dont la moitié revient à des couples étrangers)²⁴⁶. Il existe cependant une disparité²⁴⁷ dans les lois relatives à la GPA dans les différents Etats de ce pays quant au droit de recourir à une mère porteuse, aux modalités de filiation et aux dédommagements autorisés²⁴⁸.

Il n'existe pas de loi fédérale relative à la GPA aux Etats-Unis, chacun des cinquante Etats a la possibilité de se pourvoir de la réglementation qu'il juge adéquate (ceci est souvent le cas pour des matières relatives au droit familial et au mariage)²⁴⁹. Ainsi, trois approches distinctes ont pu être relevées au sein des Etats américains face à la maternité pour autrui : la prohibition, l'inaction et l'encadrement législatif²⁵⁰. Dans le premier cas, les contrats de GPA à titre onéreux et/ou gratuits sont interdits et peuvent être assortis d'une peine civile et/ou criminelle et, dans certains cas, faire de la mère porteuse la mère légale de l'enfant²⁵¹. Dans le second cas, certains Etats ont refusé d'adopter des lois relatives à la GPA mais autorisent les cours et tribunaux à annuler les contrats relatifs à ce mode de reproduction pour contrariété à l'ordre public²⁵². Enfin, la troisième approche consiste à autoriser la GPA tout en l'encadrant et en l'assortissant de conditions qui varient d'un Etat à un autre²⁵³.

Il en ressort qu'une majeure partie des lois américaines relatives à la GPA sont immatures et obscures, ne spécifiant ni qui peut être mère porteuse et parent d'intention ni sous quelles conditions un contrat de GPA peut être exécuté²⁵⁴.

Deux conséquences négatives résultent de cette absence de réglementation fédérale et du manque de lois adoptées par les Etats américains. Premièrement, une majorité d'entre eux laissent le soin aux cours et tribunaux de statuer sur l'exécution ou la non-exécution des contrats

²⁴⁶ J. MERCHANT, « Une gestation pour autrui " éthique " est possible », *Travail, genre et sociétés*, 2/2012 (n° 28), p. 186.

²⁴⁷ *Voy.* Annexe II.

²⁴⁸ J. MERCHANT, *op. cit.*, p. 186.

²⁴⁹ J. MORRISSEY, « Surrogacy: the process, the law, and the contracts », *Willamette Law Review*, 2014-2015, p. 485.

²⁵⁰ C. SPIVACK, « National Report : The Law of Surrogate Motherhood in the United States », *The American Journal of Comparative Law*, 2010, p. 101.

²⁵¹ C. SPIVACK, *op. cit.*, p. 101

²⁵² *Ibidem.*

²⁵³ *Ibidem*, pp. 101-102.

²⁵⁴ L. GABRY, « Procreating Without Pregnancy: Surrogacy and the Need for a Comprehensive Regulatory Scheme », *Columbia Journal of Law and Social Problems*, 2012, p. 417.

de GPA, créant une insécurité juridique pour les parties contractantes²⁵⁵. Deuxièmement, les parties vont procéder, comme en France, à un tourisme procréatif au sein du pays, se rendant dans les Etats possédant les lois les plus libérales en la matière²⁵⁶.

Au cours de ces dernières années, suite à ces constats, de nombreux Etats américains sont arrivés à la conclusion qu'il était temps de légiférer de manière claire et précise sur la maternité de substitution²⁵⁷.

Section 2. L'inexécution de contrats de GPA : le New Jersey

Nous pouvons comparer la situation du New Jersey à la Belgique. En effet, contrairement à certains Etats tels que l'Arizona, le Michigan et New York où la GPA est légalement prohibée et assortie de sanctions, le New Jersey n'a pas légiféré en la matière, mais ses cours et tribunaux refusent de manière consistante, comme nous le verrons, à autoriser l'exécution de contrats relatifs à ce mode de reproduction²⁵⁸. Cette approche a été suivie suite à l'arrêt Baby M²⁵⁹, qui sera analysé dans cette seconde section.

A. L'arrêt Baby M (Cour Suprême du New Jersey)

Bien que les cours et tribunaux américains furent confrontés à des cas concernant la problématique de la GPA avant l'arrêt Baby M, c'est ce dernier qui a, en 1988, éveillé l'intérêt national sur la question²⁶⁰.

Nous commencerons par développer les faits de cet arrêt rendu par la Cour Suprême de l'Etat du New Jersey pour ensuite en donner le jugement et étudier les conséquences qu'a eu l'arrêt Baby M dans les autres Etats américains.

²⁵⁵ M. RUSSO, *The Crazy Quilt of Laws : Bringing Uniformity to Surrogacy Laws in the United States*, Senior Theses, Trinity College, Hartford, 2016, p. 49.

²⁵⁶ *Ibidem*.

²⁵⁷ Audition de M. TOM WIJNANT, Rapport d'information concernant l'examen des possibilités de créer un régime légal de coparentalité, *Doc. Parl.*, Sénat., sess. ord. 2015-2016, n°6-98/2, p. 15.

²⁵⁸ J. MORRISSEY, *op. cit.*, p. 496.

²⁵⁹ *In re Baby M*, 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396 (N.J. 1988).

²⁶⁰ L. BEHM, « Legal, Moral & International Perspectives on Surrogate Motherhood : The Call For A Uniform Regulatory Scheme In the United States », *DePaul Journal of Health Care Law*, 1999, p. 568 ; J. MORRISSEY, *op. cit.*, p. 465.

1. Les faits

Les époux Stern, ne pouvant procréer en raison des risques que courrait Madame Stern si elle tombait enceinte, conclurent un contrat de mère porteuse avec Madame Whitehead²⁶¹. Il stipulait que la mère porteuse serait inséminée artificiellement avec le sperme de Monsieur Stern et qu'elle recevrait 10 000€ le jour où elle transmettrait l'enfant aux parents d'intention qui pourraient alors l'adopter²⁶².

Cependant, à la naissance de l'enfant, Madame Whitehead refusa de le donner aux époux Stern et quitta le New Jersey avec la petite fille et son mari²⁶³. Quatre mois plus tard, la police les retrouva en Floride et confia l'enfant aux parents d'intention. Ceux-ci entamèrent une procédure afin de mettre en œuvre le contrat et obtenir la garde permanente de l'enfant issu de la GPA, ce que le tribunal leur accorda dans un premier jugement²⁶⁴. Cette décision fut basée sur l'intérêt supérieur de l'enfant mais également sur des droits constitutionnels tels que le droit au respect à la vie privée et le droit à une égalité de traitement qui, selon le juge américain Sorkow, justifient le recours à la GPA²⁶⁵.

2. Le jugement : l'intérêt supérieur de l'enfant

Madame Whitehead fit appel de cette décision et l'affaire alla jusque devant la Cour Suprême du New Jersey. Celle-ci annula le contrat de GPA conclu entre les parties, tout en octroyant la garde de l'enfant aux époux Stern, mais en reconnaissant certains droits parentaux à Madame Whitehead, l'autorisant à rendre visite à l'enfant²⁶⁶.

Dans son jugement, la Cour conclut que le contrat de GPA était incompatible avec les lois et l'ordre public du New Jersey car la promesse de délivrer un enfant avant sa conception ou sa

²⁶¹ L. BEHM, *op. cit.*, p. 568 ; J. MORRISSEY, *op. cit.*, p. 466.

²⁶² A. DANA, « The State of Surrogacy Laws: Determining Legal Parentage for Gay Fathers », *Duke Journal of Gender Law & Policy*, 2011, p. 364 ; In re Baby M, 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396 (N.J. 1988), §§36-37.

²⁶³ L. BEHM, *op. cit.*, pp. 568-569 ; *ibidem*, §37.

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 569 ; C. KERIAN, « Surrogacy : A Last Resort Alternative for Infertile Women or a Commodification of Women's Bodies and Children ? », *Wisconsin Women's Law Journal*, 1997, p. 125 ; E. SCOTT, « Surrogacy and the politics of commodification », *Law and contemporary problems*, 2009, p. 14 ; *ibidem*, §51.

²⁶⁵ Une femme doit pouvoir avoir le droit de vendre ses capacités de reproduction tout comme l'homme a le droit de vendre son sperme. Le juge arriva à la conclusion que le treizième amendement, qui prohibe l'esclavage, n'est pas violé dans le cas d'espèce puisque l'enfant est biologiquement connecté au père d'intention qui ne peut dès lors pas acheter ce qui lui appartient déjà. Au fur et à mesure du déroulement du procès, le public américain finit par percevoir la mère porteuse comme une victime, venant d'un milieu défavorisé, exploitée et injustement attaquée par de puissants adversaires.

²⁶⁶ C. SPIVACK, *op. cit.*, p. 100.

naissance est contraire aux lois relatives à l'adoption. Ces dernières n'autorisent celle-ci qu'après la naissance de l'enfant et après que la mère biologique ait suivi une thérapie²⁶⁷. De surcroît, il est nécessaire que la mère soit déclarée incapable de s'occuper de son enfant ou qu'elle ait renoncé de son plein gré à son autorité parentale pour qu'un enfant puisse être adopté. Celui-ci devrait, dans la mesure du possible, être élevé par ses parents naturels²⁶⁸.

Enfin, plus important encore, décider de qui aura la garde d'un enfant avant même sa naissance est contraire au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant : l'effet que produira la séparation avec sa mère biologique n'est pas pris en compte²⁶⁹. De plus, en offrant à Madame Whitehead une somme d'argent et faisant du contrat de GPA un contrat à titre onéreux, les époux Stern rendent la décision de la mère porteuse moins volontaire ce qui est également contraire à l'intérêt de l'enfant²⁷⁰. C'est à ce même principe que la Cour fit référence afin de déterminer quelle partie aura la garde de l'enfant. Selon la mère porteuse, afin de dissuader le public de recourir à des contrats de GPA, la garde devrait lui être attribuée sans tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ce raisonnement ne fut cependant pas suivi par la Cour Suprême. Elle déclara que le simple fait d'annuler le contrat et de prononcer son illégalité avait un effet dissuasif, l'intérêt supérieur de l'enfant ne devant pas être sacrifié pour autant²⁷¹.

C'est au terme d'une analyse de toutes les circonstances entourant l'affaire que la Cour jugea qu'il était dans l'intérêt de l'enfant de se voir confier aux époux Stern tout en confirmant que les contrats de GPA sont contraires au droit de l'Etat du New Jersey²⁷².

3. Les conséquences de l'arrêt aux Etats-Unis

L'affaire Baby M a eu une incidence notable à travers les Etats-Unis non seulement sur la scène politique et sociale mais également auprès de groupes féministes et religieux s'opposant fermement à l'adoption de lois autorisant la GPA²⁷³. Lorsque le jugement fut rendu en 1988, aucun Etat américain n'avait légiféré au sujet de la GPA, ce qui fit prendre conscience à certain d'entre eux, même avant le prononcé du jugement, qu'il était temps d'adopter des statuts

²⁶⁷ L. BEHM, *op. cit.*, p. 570 ; C. KERIAN, *op. cit.*, p. 126 ; C. SPIVACK, *op. cit.*, p. 100 ; In re Baby M, 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396 (N.J. 1988), §67.

²⁶⁸ C. SPIVACK, *ibidem* ; *ibidem*, §103.

²⁶⁹ L. BEHM, *op. cit.*, p. 570 ; C. KERIAN, *op. cit.*, p. 127.

²⁷⁰ In re Baby M, 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396 (N.J. 1988), §74.

²⁷¹ *Ibidem*, §152.

²⁷² *Ibidem*, §154.

²⁷³ C. KERIAN, *op. cit.*, p. 128 ; E. SCOTT, *op. cit.*, p. 117.

prohibant ce mode de reproduction ou autorisant celle-ci seulement si la mère porteuse n'est pas payée, afin d'éviter qu'une telle situation ne se reproduise aux Etats-Unis²⁷⁴. Le Michigan est le premier Etat à avoir adopté une loi prohibant la GPA lorsque la mère porteuse est payée pour son service²⁷⁵.

Cet arrêt n'a cependant pas diminué le nombre de naissances issues de GPA, en raison notamment des progrès scientifiques qui ont permis, dès 1988, d'implanter un embryon constitué du sperme d'un homme et de l'ovule d'une femme autre que la mère porteuse²⁷⁶.

Bien que le Congrès américain fût incapable d'adopter une loi nationale en la matière, divers modèles d'actes furent adoptés ou modifiés à l'issue de l'affaire Baby M, tels que le *Uniform Parentage Act* de 1973, révisé en 1988, et le *Uniform Status of Children of Assisted Conception Act* de 1988²⁷⁷. Ces actes ne sont pas contraignants mais permettent aux Etats d'avoir une directive quant à la manière de protéger les enfants nés de GPA et quant au contrôle que les cours américaines peuvent avoir sur l'exécution de contrats de GPA²⁷⁸.

B. La situation actuelle : construction jurisprudentielle

Ce n'est qu'en 2012, en réponse à une demande des juges de la Cour Suprême du New Jersey, que le législateur de cet Etat entreprit de réglementer la GPA en adoptant le *Gestational Carrier Act*, qui autorise, sous certaines conditions, le recours à ce mode de reproduction, considéré comme compatible avec l'ordre public du New Jersey²⁷⁹. Les conditions sont les suivantes : la mère porteuse doit avoir plus de 21 ans, avoir déjà porté un enfant et avoir complété un examen médical et psychologique²⁸⁰. De plus, les parents d'intention ne peuvent lui verser de l'argent que s'il s'agit de dépenses raisonnables, en lien avec la grossesse²⁸¹.

En réponse à cet acte, un second acte fut proposé, sans n'être jamais entré en vigueur. Il

²⁷⁴ L. GABRY, *op. cit.*, p. 416 ; E. SCOTT, *op. cit.*, p. 117.

²⁷⁵ « Baby M and the Question of Surrogacy », *The New York Times*, 2014, https://www.youtube.com/watch?v=fGb_D2TqZ9E (consulté le 12 mai 2017).

²⁷⁶ *Ibidem*.

²⁷⁷ M. RUSSO, *op. cit.*, p. 29 ; C. SPIVACK, *op. cit.*, p. 110.

²⁷⁸ M. RUSSO, *ibidem*, pp. 29-32.

²⁷⁹ D. MACHALOW, « Legislating Labors of Love: Revisiting Commercial Surrogacy in New York », *Indiana Law Journal Supplement*, 2014, p. 5 ; M. RUTH, « What to expect when someone is expecting for you : New Jersey needs to protect parties to gestational surrogacy agreements following *In Re T.J.S.* », *Villanova Law Review*, 2015, 493.

²⁸⁰ A. WILKINSON, « Gov. Christie Vetoes Gestational Surrogacy Bill in New Jersey », 2012, <http://www.cnsnews.com/news/article/abigail-wilkinson/gov-christie-vetoes-gestational-surrogacy-bill-new-jersey> (consulté le 30 juillet 2017).

²⁸¹ *Ibidem*.

s'opposait à la légalisation de la GPA, condamnant toute personne impliquée, y compris les médecins, à une peine criminelle²⁸².

Le *Gestational Carrier Act* finit par faire l'objet du veto du Gouverneur de l'époque, Chris Christie²⁸³ et, aujourd'hui, aucune loi n'autorise ou ne prohibe la GPA dans le New Jersey²⁸⁴. Les cours et tribunaux de cet Etat n'ont que très rarement autorisé l'exécution de contrat de GPA et, depuis la célèbre affaire Baby M, il fut établi qu'aucun contrat de GPA à titre onéreux ne pourra être exécuté²⁸⁵.

Dans les affaires A.H.W. c. G.H.B.²⁸⁶ et A.G.R c. D.R.H.²⁸⁷, par exemple, la cour a, dans le premier cas, refusé d'exécuter un contrat de GPA à titre gratuit alors que les parents d'intention étaient les parents biologiques de l'enfant et, dans le deuxième cas, la cour a suivi le même raisonnement que dans Baby M en octroyant des droits parentaux à la mère porteuse alors que celle-ci n'était pas la mère biologique de l'enfant²⁸⁸. En 2012²⁸⁹, la Cour Suprême du New Jersey rendit un jugement en allant dans le même sens que les arrêts précédents en prohibant l'exécution d'un contrat de GPA : la mère d'intention est dans l'obligation d'adopter l'enfant afin de pouvoir bénéficier de droits parentaux sur celui-ci²⁹⁰.

L'absence de législation relative à la GPA dans le New Jersey et le fait que les cours continuent de prohiber l'exécution de contrat portant sur ce mode de reproduction limitent les options ouvertes aux couples infertiles et font du New Jersey un Etat non favorable à la GPA. Légiférer en la matière permettrait d'apporter aux parties concernées une certaine sécurité, assurerait le bien-être de l'enfant à naître et éviterait le développement du « tourisme procréatif » aux Etats Unis²⁹¹.

²⁸² D. MACHALOW, *op. cit.*, p. 6.

²⁸³ *Ibidem* ; M. RUTH, *op. cit.*, p. 493.

²⁸⁴ M. RUTH, *ibidem*, p. 388.

²⁸⁵ J. MORRISSEY, *op. cit.*, p. 496 ; *ibidem*.

²⁸⁶ A.H.W. c. G.H.B, 772 A.2d 948, 339 N.J. Super. (2000).

²⁸⁷ A.G.R c. D.R.H, FD-09-001838-07, N.J Super (2009).

²⁸⁸ M. RUTH, *op. cit.*, pp. 390-392.

²⁸⁹ In re T.J.S., 54 A.3d 263, 264 (N.J. 2012).

²⁹⁰ M. RUTH, *op. cit.*, pp. 400-403.

²⁹¹ *Ibidem*, pp. 406-407.

Section 3. Autorisation de la GPA : la Californie

L'Etat Californien est connu pour être le plus avant-gardiste et le plus développé en matière de GPA aux Etats-Unis, mais aussi dans le monde. Sa prise de position afficha un tournant important en 1993, lorsque la Cour Suprême de Californie rendit l'arrêt Johnson c. Calvert, puis en 2012, lorsque le Gouverneur californien Jerry Brown signa une loi ouvrant expressément la GPA aux couples homosexuels²⁹².

A. L'arrêt Johnson contre Calvert (Cour Suprême de Californie)

Cinq ans après l'affaire Baby M, la Cour Suprême de Californie rendit un jugement concernant une situation présentant des faits similaires, même si dans l'affaire Johnson c. Calvert, la mère porteuse n'est pas la mère biologique de l'enfant. Après avoir relaté les faits de cet arrêt nous en analyserons le jugement. Afin de déterminer qui peut le mieux assurer la garde de l'enfant issu de la GPA, il utilise le « test d'intention », jamais utilisé dans ces circonstances auparavant. Enfin, nous verrons que ce test n'a pas fait l'unanimité auprès des juges de la Cour Suprême, l'un d'entre eux ayant écrit une opinion dissidente.

1. Les faits

Dans cette affaire, les époux Calvert conclurent un contrat de GPA avec une mère porteuse, Anna : elle porterait l'embryon créé par le sperme du mari et l'ovule de la femme, renoncerait à ses droits parentaux et recevrait du couple 10,000 dollars et une assurance vie²⁹³. Les relations entre les deux parties se sont toutefois détériorées et le couple introduisit une demande de jugement déclarant qu'ils étaient les parents légaux de l'enfant à naître et la mère porteuse fit la même démarche²⁹⁴.

Afin de déterminer qui étaient les parents légaux de l'enfant issu de la GPA, le tribunal de première instance devait établir qui était la mère naturelle de celui-ci selon la loi californienne²⁹⁵. Le tribunal arriva à la conclusion que les Calverts étaient les parents

²⁹² Johnson c. Calvert, 851 P.2d 776 (Cal. 1993).

²⁹³ R. KORT, « Johnson v. Calvert : California Supreme Court Enforces Surrogacy Contract », *Arizona State Law Journal*, 1994, p. 244 ; B. LEWIS, « Three lies and a truth: adjudicating maternity in surrogacy disputes », *University of Louisville Law Review*, 2011, p. 387 ; C. SPIVACK, *op. cit.*, p. 102.

²⁹⁴ R. KORT, *ibidem* ; C. SPIVACK, *ibidem*.

²⁹⁵ B. LEWIS, *op. cit.*, p. 388.

génétiques, biologiques et naturels de l'enfant et que Anna n'avait pas de droits parentaux sur l'enfant, rendant le contrat légal et exécutable²⁹⁶. La mère porteuse fit appel et l'affaire alla jusque devant la Cour Suprême de Californie.

2. Le jugement : le test d'intention

La majorité des juges de la Cour Suprême de Californie a confirmé le jugement de la Cour d'appel, considérant que les parents d'intention étaient, dans le cas d'espèce, les parents naturels de l'enfant porté par Anna, que les contrats de GPA n'étaient pas contraires à l'ordre public et que le fait de ne pas reconnaître de droits parentaux à la mère porteuse n'allait pas à l'encontre de ses droits fondamentaux²⁹⁷.

Afin de justifier son jugement, la Cour s'est tournée vers le *Uniform Parentage Act* de 1975, codifié par le Code civil californien, qui dispose que la relation entre la mère et son enfant peut être établie soit s'il est prouvé qu'elle lui a donné naissance, soit si un test sanguin démontre cette relation²⁹⁸. Dans le cas d'espèce, la mère porteuse et la mère d'intention sont capables de prouver ce lien alors que le droit californien n'autorise la reconnaissance que d'une mère naturelle sans qu'il y ait de préférence pour la mère ayant donné naissance ou la mère qui a prouvé cette relation par test sanguin²⁹⁹. Dès lors, la Cour Suprême va, pour la première fois en matière de maternité de substitution, se baser sur l'intention des parties afin de déterminer l'identité de la mère naturelle et, pour se faire, regarder qui a eu l'intention de mettre l'enfant au monde et de l'éduquer³⁰⁰.

La Cour commence son argumentation en précisant que l'enfant en question n'aurait pu voir le jour sans les efforts des époux Calverts, qui ont initié la procréation, alors que la mère porteuse a seulement facilité la mise au monde de l'enfant du couple³⁰¹. Ensuite, la Cour californienne

²⁹⁶ B. LEWIS, *op. cit.*, p. 388.

²⁹⁷ L. BEHM, *op. cit.*, p. 572 ; R. KORT, *op. cit.*, p. 245 ; Johnson c. Calvert, 851 P.2d 776 (Cal. 1993), §17.

²⁹⁸ R. KORT, *ibidem*, p. 245 ; B. LEWIS, *op. cit.*, p. 388 ; *ibidem*, §28.

²⁹⁹ R. KORT, *ibidem*.

³⁰⁰ A. DANA, *op. cit.*, p. 364 ; *ibidem*, p. 246 ; B. LEWIS, *op. cit.*, p. 389 ; J. ZUCKERMAN, « Extreme Makeover-Surrogacy Edition: Reassessing the Marriage Requirement in Gestational Surrogacy Contracts and the Right to Revoke Consent in Traditional Surrogacy Agreements », *Nova Law Review*, 2008, p. 665 ; Johnson c. Calvert, 851 P.2d 776 (Cal. 1993), §39.

³⁰¹ L. BEHM, *op. cit.*, p. 575 ; R. KORT, *ibidem* ; C. SPIVACK, *op. cit.*, p. 103 ; J. ZUCKERMAN, *ibidem*, p. 666 ; *ibidem*, §40.

insiste sur le fait que l'intention d'avoir un enfant marque le début de la relation parents-enfant et que placer ce dernier avec sa mère d'intention est dans son intérêt supérieur³⁰².

Il ressort de cette affaire que le jugement aurait été le même si la mère porteuse avait également été la mère génétique de l'enfant car ce qui importe afin de déterminer la maternité dans le cadre d'une GPA est l'intention des parties, pas les gènes³⁰³. Ce « test d'intention » permet ainsi aux parents commanditaires d'avoir la certitude que le contrat de GPA sera correctement implémenté car quand celui-ci est conclu, la mère porteuse n'a pas l'intention d'être reconnue comme étant la mère légale à la naissance de l'enfant³⁰⁴. De plus, ce test assure que la mère porteuse recevra l'argent nécessaire à ses dépenses tel que prévu dans le contrat, permettant à chacune des parties d'avoir une garantie de la bonne exécution de ce dernier³⁰⁵.

En Europe, la CEDH, dans les arrêts qu'elle a rendu à propos de la maternité de substitution, n'a jamais utilisé un tel test, préférant se focaliser, comme la Cour Suprême du New Jersey, sur l'intérêt supérieur de l'enfant.

3. Opinion dissidente du Juge Kennard

Selon un des juges de la Cour Suprême de Californie, Juge Kennard, l'intérêt supérieur de l'enfant doit toujours être pris en compte dans un jugement car c'est la seule personne concernée qui ne peut donner son avis³⁰⁶. D'après lui, il est préférable de continuer à utiliser une approche au cas par cas, sans appliquer automatiquement le « test d'intention » qui présume que le couple commanditaire est, dans tous les cas, le mieux placé pour éduquer l'enfant³⁰⁷.

L'approche proposée par le Juge Kennard n'est cependant pas dénuée de faiblesses. En effet, si la mère porteuse change d'avis, il suffira qu'elle prouve qu'elle est la plus apte à éduquer l'enfant qu'elle a porté pour avoir la garde de celui-ci³⁰⁸. De plus, les juges peuvent être influencés par leur culture et leur croyance en prenant leur décision, rendant cette façon de faire subjective, imprédictible et contraire à l'intention des parties³⁰⁹.

³⁰² Johnson c. Calvert, 851 P.2d 776 (Cal. 1993), §44.

³⁰³ B. LEWIS, *op. cit.*, p. 389.

³⁰⁴ A. DANA, *op. cit.*, p. 364 ; *ibidem*, p. 397.

³⁰⁵ B. LEWIS, *ibidem*, p. 389.

³⁰⁶ R. KORT, *op. cit.*, p. 247 ; B. LEWIS, *ibidem*, pp. 406-407 ; Johnson c. Calvert, 851 P.2d 776 (Cal. 1993), §144.

³⁰⁷ *Ibidem* ; *ibidem*, p. 407.

³⁰⁸ B. LEWIS, *ibidem*.

³⁰⁹ *Ibidem*.

L'Etat californien a continué d'appliquer ce « test d'intention », décidant de ne pas suivre l'opinion dissidente du Juge Kennard. Dans l'arrêt *In re Marriage of Buzzanca*³¹⁰, par exemple, une Cour d'appel de Californie a jugé que l'homme qui avait conclu un contrat de GPA avec sa femme était le père légal de l'enfant qui en était issu et qu'il en avait dès lors la charge, même s'il n'existait aucun lien génétique entre eux³¹¹.

B. Le droit en vigueur

La Californie, tout comme les Etats du Connecticut, Delaware, Nevada, New Hampshire, et Rhode Island, prévoit expressément dans son Code de droit familial, aux paragraphes 7960 à 7962, que la GPA est autorisée, qu'elle soit gratuite ou rémunérée³¹². Le contrat de GPA doit contenir les informations suivantes : le nom des parties, la date au jour duquel le contrat a été conclu et l'identité des donneurs de gamètes (sauf si le donneur est anonyme)³¹³. Lors de la rédaction de ce contrat, les parties devront être représentées par un avocat et ce n'est qu'après l'avoir signé devant un témoin que l'embryon pourra être implanté chez la mère porteuse³¹⁴. Enfin, les parents d'intention peuvent introduire une action afin de demander l'établissement de la relation entre eux et l'enfant avant même qu'il soit né³¹⁵.

Dans trois affaires³¹⁶ datant de 2005, la Cour Suprême de Californie reconnut que les deux personnes d'un couple homosexuel peuvent être considérées comme les mères d'intention même si l'une d'entre elles n'est pas le parent biologique de l'enfant³¹⁷. Le « test d'intention » n'a pas été suivi dans ces cas : les juges ont préféré donner priorité aux gènes³¹⁸. Ce n'est cependant qu'en 2012 que la Californie adopta une loi sur la GPA accordant les mêmes droits parentaux aux couples homosexuels qu'aux couples hétérosexuels, faisant de cet Etat le premier à légiférer en la matière³¹⁹. Suite à cette avancée, d'autres Etats tel que le Connecticut, le District

³¹⁰ *In re Marriage of Buzzanca*, California Court of Appeals, n° G022157 (1998).

³¹¹ C. SPIVACK, *op. cit.*, p. 103.

³¹² J. MORRISSEY, *op. cit.*, p. 489.

³¹³ Code californien de droit familial, §7962 (a).

³¹⁴ Code californien de droit familial, §7962 (b), (c), (d).

³¹⁵ Code californien de droit familial, §7962 (e).

³¹⁶ *Elisa B. v. Superior Court*, 117 P.3d 660 (Cal. 2005) ; *K.M. v. E.G.*, 117 P.3d 673 (Cal. 2005) ; *Kristine H. v. Lisa R.*, 117 P.3d 690 (Cal. 2005).

³¹⁷ J. MORRISSEY, *op. cit.*, p. 489.

³¹⁸ S. OROZCO, « *K.M. v. E.G., Elisa B. v. Superior Court, Kristine H. v. Lisa R. : Intent and biology in California's lesbian parenting cases* », *Jurimetrics*, 2005-2006, p. 436.

³¹⁹ Center for surrogate parenting, « California Enacts Landmark Legislation Giving Same Sex Parents Via Surrogacy Equal Parenting Rights », 2012, <http://www.prnewswire.com/news-releases/california-enacts-landmark-legislation-giving-same-sex-parents-via-surrogacy-equal-parenting-rights-174590041.html> (consulté le 14 mai 2017).

of Columbia, Delaware, le Maine, le New Hampshire, le Nevada, l’Oregon et Rhode Islande ont également légalement mis les couples hétérosexuels et homosexuels sur un pied d’égalité en matière de GPA³²⁰.

Ainsi, la GPA gestationnelle est aujourd’hui légalement autorisée en Californie et est accessible non seulement aux couples mariés hétérosexuels, mais également aux couples homosexuels, qu’ils soient mariés ou non, aux couples hétérosexuels non mariés et aux personnes célibataires³²¹. La GPA traditionnelle, quant à elle, est également réalisable en Californie, aucune loi ou jurisprudence ne prohibant cette dernière³²².

En 2016³²³, une mère porteuse fit appel aux tribunaux fédéraux afin d’abroger la loi californienne réglant la GPA. Selon elle, cette loi est inconstitutionnelle, traitant l’enfant comme une marchandise³²⁴. Cependant, la *District Court* ne fut pas du même avis et la loi en question est toujours applicable³²⁵.

Section 4. Légalité incertaine de la GPA : l’Ohio

Dans cette dernière section, la position de l’Etat de l’Ohio face à la GPA sera passée en revue. Le premier cas ayant apporté des réponses importantes en la matière est l’arrêt *Belsito c. Clark*³²⁶, dans lequel le juge de la *Court of Common Pleas* adopta un raisonnement original, non développé aux Etats-Unis et en Europe auparavant. Après avoir tiré des enseignements de cet arrêt, nous examinerons la situation actuelle de la GPA en Ohio, qui reste aujourd’hui, tout comme au New Jersey, purement jurisprudentielle vu l’absence de législation en la matière.

³²⁰ « Gestational surrogacy law across the United States. State-by-State Interactive Map for Commercial Surrogacy », <http://www.creativefamilyconnections.com/us-surrogacy-law-map> (consulté le 14 mai 2017).

³²¹ *Ibidem*.

³²² *Ibidem*.

³²³ *Cook c. Harding*, U.S. District Court, n° 16-cv-00742 (2016).

³²⁴ M. GOLDBERG, « Is a Surrogate a mother? », 2016,

http://www.slate.com/articles/double_x/doublex/2016/02/custody_case_over_triplets_in_california_raises_questions_about_surrogacy.html (consulté le 30 juillet 2017).

³²⁵ *Ibidem*.

³²⁶ *Belsito c. Clark*, Ohio C.P. Summit County, 644 N.E.2d 760 (1994).

A. L'arrêt Belsito contre Clark (Court of Common Pleas)

Dans ce premier point, nous analyserons l'arrêt Belsito c. Clark en donnant les faits et le jugement de celui-ci. Le juge de l'Ohio n'applique ni le raisonnement suivi dans Baby M, ni le « test d'intention » de l'arrêt Johnson c. Calvert, mais met en place un nouveau standard permettant de déterminer qui sont les parents légaux de l'enfant né d'une GPA.

1. Les faits

Anthony et Shelly Belsito, un couple américain, ne pouvaient avoir d'enfants de manière naturelle en raison d'une opération subie par Shelly. La perte de son utérus lui permettait cependant de continuer à produire des ovules³²⁷. Le couple conclut un contrat avec Carol Clark, la sœur de Shelly. Il les reconnaissait comme parents d'intention et Carol comme la personne portant l'embryon créé à partir du sperme du mari et de l'ovule de la femme³²⁸.

Cependant, selon la loi de l'Ohio, l'enfant né d'une GPA est considéré comme étant l'enfant de la personne qui accouche, et, de plus, le père d'intention n'étant pas marié à la mère porteuse, l'enfant est considéré comme illégitime, obligeant les deux parents d'intention à adopter celui-ci³²⁹. Afin d'éviter de devoir passer par le processus d'adoption, les époux Belsito introduisirent une demande arguant qu'ils étaient les parents biologiques et naturels de l'enfant à naître, ce qui les autorise à aussi être ses parents légaux et à avoir leurs noms sur l'acte de naissance de l'enfant³³⁰. Cette affaire, tout comme l'affaire Johnson c. Calvert, amène cette question : qui d'entre la mère porteuse et la mère génétique possède la qualité de mère légale de l'enfant à naître³³¹ ?

³²⁷ B. LEWIS, *op. cit.*, p. 384 ; V. FERGUS, « An interpretation of Ohio law on maternal status in gestational surrogacy disputes : Belsito v. Clark, 644 N.E.2d 760 (Ohio C.P. Summit County 1994) », *University of Dayton Law Review*, 1995-1996, p. 230 ; D. WENK, « Belsito v. Clark: Ohio's Battle with "Motherhood" », *University of Toledo Law Review*, 1996-1997, p. 262.

³²⁸ B. LEWIS, *ibidem*, p. 385 ; D. WENK, *ibidem*, pp. 262-263 ; Belsito c. Clark, Ohio C.P. Summit County, 644 N.E.2d 760 (1994).

³²⁹ B. LEWIS, *ibidem* ; V. FERGUS, *op. cit.*, p. 231 ; D. WENK, *ibidem*, p. 263 ; Belsito c. Clark, Ohio C.P. Summit County, 644 N.E.2d 760 (1994).

³³⁰ B. LEWIS, *ibidem* ; V. FERGUS, *ibidem* ; D. WENK, *ibidem* ; Belsito c. Clark, Ohio C.P. Summit County, 644 N.E.2d 760 (1994).

³³¹ V. FERGUS, *ibidem* ; Belsito c. Clark, Ohio C.P. Summit County, 644 N.E.2d 760 (1994).

2. Le jugement : la parenté acquise par la génétique

Contrairement à la Cour Suprême de Californie qui, dans l'arrêt *Johnson c. Calvert*, avait utilisé le « test d'intention », la *Court of Common Pleas* d'Ohio eut recours au lien génétique existant entre l'enfant et les parents commanditaires dans le but de déterminer qui étaient les parents légaux de ce dernier³³². Afin de parvenir à une réponse, la Cour débuta son raisonnement en définissant ce qu'était un « parent naturel ». Il est, selon elle, le parent ayant un lien de sang avec l'enfant et, dès lors, partageant un même ADN³³³. Ensuite, la Cour écarta, en raison des progrès des modes alternatifs de reproduction, la doctrine selon laquelle la personne qui accouche est obligatoirement la mère naturelle de l'enfant et évinça également le « test d'intention » développé par la Cour Suprême de Californie³³⁴. La Cour justifia ce dernier rejet par trois raisons. Premièrement, il est difficile d'appliquer le « test d'intention » car il n'est pas toujours aisé de prouver l'intention des parties, même en cas d'accord écrit³³⁵. Deuxièmement, ce test est contraire à l'ordre public car il ne va pas dans le sens de l'intérêt supérieur de l'enfant, ne donnant aucune garantie quant à son bien-être et sans assurance de vie avec des parents compétents³³⁶. Troisièmement, ce test ne tient pas compte de l'obligation d'avoir un consentement de toutes les parties, même celui de la personne qui donne son sperme ou son ovule et, enfin, il écarte le droit de pouvoir renoncer à ses droits parentaux³³⁷.

Suite à ces diverses raisons, la Cour arriva à cette conclusion : la mère porteuse ne peut, lorsqu'elle n'a pas contribué au patrimoine génétique de l'enfant qu'elle porte, être considérée comme sa mère naturelle³³⁸. Dès lors, il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant que ses parents génétiques soient ses parents légaux et, parce que la mère porteuse n'est pas la mère génétique de l'enfant ni sa mère naturelle, elle ne peut pas échanger ses droits parentaux contre de l'argent car elle n'a pas de droits sur l'enfant à naître³³⁹.

Il ne faut toutefois pas s'arrêter à la simple preuve qu'il existe un lien génétique entre l'enfant et les parents commanditaires, le consentement de ceux-ci d'assumer le statut légal de parent est également nécessaire³⁴⁰.

³³² V. FERGUS, *op. cit.*, p. 232 ; M. PIERCE-GEALY, « “Are you my mother?”: Ohio's crazy-making baby-making produces a new definition of mother », *Akron Law Review*, 1995, p. 538 ; C. SPIVACK, *op. cit.*, p. 105.

³³³ V. FERGUS, *ibidem* ; B. LEWIS, *op. cit.* ; p. 385 ; D. WENK, *op. cit.*, p. 265.

³³⁴ V. FERGUS, *ibidem*, pp. 232-233 ; M. PIERCE-GEALY, *op. cit.*, p. 553.

³³⁵ D. WENK, *op. cit.*, p. 266 ; *Belsito c. Clark*, Ohio C.P. Summit County, 644 N.E.2d 760 (1994).

³³⁶ D. WENK, *ibidem*, pp. 268-269 ; *ibidem*.

³³⁷ V. FERGUS, *op. cit.*, p. 233 ; D. WENK, *ibidem*, p. 272.

³³⁸ *Belsito c. Clark*, Ohio C.P. Summit County, 644 N.E.2d 760 (1994).

³³⁹ B. LEWIS, *op. cit.*, p. 385.

³⁴⁰ *Belsito c. Clark*, Ohio C.P. Summit County, 644 N.E.2d 760 (1994).

La Cour, dans le cas d'espèce, arriva à la conclusion que Anthony et Shelly Belsito étaient non seulement les parents naturels de l'enfant, ayant participé à la constitution de son patrimoine génétique, mais qu'ils étaient également les parents légaux de l'enfant que portait Carol Clark car ils n'ont pas renoncé à leurs droits parentaux³⁴¹. Enfin, la Cour considéra qu'une procédure d'adoption n'était pas nécessaire et que sur l'acte de naissance, le mari devait être inscrit comme le père et la femme comme la mère de l'enfant³⁴².

Cette décision créa une marche à suivre objective et facilement applicable à des situations très différentes, donnant aux personnes impliquées dans une GPA une certaine prévisibilité³⁴³. Ainsi, si la mère porteuse est également la mère biologique de l'enfant, elle sera sa mère légale alors que si la mère d'intention est la mère biologique, c'est cette dernière qui sera la mère légale. Ceci démontre qu'en Ohio, suite à cet arrêt, la femme ayant contribué au patrimoine génétique de l'enfant a plus de droits que la femme ayant donné naissance à l'enfant³⁴⁴.

La Cour n'a cependant pas tranché la question de savoir si les contrats de GPA étaient légaux et si ceux-ci pouvaient être exécutés, car, selon elle, il s'agit d'une question devant être réglée par le législateur et non pas par les cours et tribunaux dont le but est seulement de donner des lignes directrices en la matière, non de créer du droit³⁴⁵.

3. Critique de l'arrêt

Bien que le fait d'établir la parenté par la génétique apporte une forme de prévisibilité, cette approche n'est pas dénuée de problèmes. En effet, parce que la mère légale est la femme qui a donné son ovule, cela pourrait décourager les donneuses d'ovules qui ne sont ni la mère d'intention ni la mère porteuse³⁴⁶. En effet, si on suit le raisonnement de l'arrêt Belsito, celles-ci seraient les mères biologiques et légales de l'enfant, les obligeant à renoncer à leurs droits parentaux pour ne pas devoir assumer cette responsabilité³⁴⁷.

³⁴¹ B. LEWIS, *op. cit.*, p. 386 ; Belsito c. Clark, Ohio C.P. Summit County, 644 N.E.2d 760 (1994).

³⁴² Belsito c. Clark, Ohio C.P. Summit County, 644 N.E.2d 760 (1994).

³⁴³ D. WENK, *op. cit.*, p. 265.

³⁴⁴ B. LEWIS, *op. cit.*, p. 386.

³⁴⁵ D. WENK, *op. cit.*, pp. 272-273.

³⁴⁶ B. LEWIS, *op. cit.*, p. 395.

³⁴⁷ *Ibidem*.

D'autre part, cette approche pourrait également dissuader les parties de s'engager dans une GPA traditionnelle car ici, c'est la mère porteuse qui sera la mère biologique et légale de l'enfant qu'elle porte, l'obligeant également à devoir renoncer à ses droits parentaux³⁴⁸.

Dans les deux cas, les parents d'intention devront supporter les coûts de la procédure de renonciation aux droits parentaux de la mère biologique, ce qui augmente le coût de la GPA, sans savoir à l'avance si la donneuse d'ovule ou la mère porteuse agira effectivement dans ce sens, ne leur donnant aucune garantie quant au fait de savoir s'ils pourront réellement devenir les parents légaux³⁴⁹.

Enfin, bien que l'arrêt *Belisto* critique le « test d'intention » car celui-ci ne va pas dans le sens de l'intérêt supérieur de l'enfant, ne donnant aucune garantie quant au bien-être de celui-ci, le même argument peut être utilisé contre l'établissement du lien de parenté par la génétique³⁵⁰. En effet, avoir un lien de sang avec l'enfant n'assure pas que la personne sera un bon parent et ceci n'est pas nécessairement la meilleure manière de créer une relation parent-enfant.

B. La situation actuelle : construction jurisprudentielle

Bien qu'un appel fût fait, dans l'arrêt *Belsito c. Clark*, au législateur de l'Etat de l'Ohio de légiférer sur la légalité de la GPA, un tel résultat tarde encore à être atteint³⁵¹. Il faut se tourner vers la jurisprudence de cet Etat, comme pour la majorité des Etats américains, afin de déterminer dans quelles circonstances un contrat de GPA pourra être exécuté et considéré comme légal³⁵².

Les tribunaux de l'Ohio, au cours des dernières années, ont évolué dans leurs opinions et approches relatives à la GPA. En 1992³⁵³, la Cour d'appel de cet Etat refusa de donner la garde à une mère d'intention car elle n'avait pas de lien biologique avec l'enfant, qu'aucun contrat n'avait été conclu et que la légalité de la GPA était incertaine³⁵⁴. En 2003³⁵⁵, la Cour Suprême de l'Ohio détermina que la mère porteuse était la mère légale de l'enfant qu'elle porte lorsque celle-ci est inséminée avec le sperme d'un donneur n'ayant aucune relation avec le couple

³⁴⁸ B. LEWIS, *op. cit.*, p. 395.

³⁴⁹ *Ibidem*.

³⁵⁰ *Ibidem*.

³⁵¹ J. MORRISSEY, *op. cit.*, p. 498.

³⁵² *Ibidem* ; S. SWOVELAND, « Surrogacy and insurance: the call for statutory reform in Ohio », *Journal of Law and Health*, 2013, p. 167.

³⁵³ *Seymour c. Stotski*, Ohio Court of Appeal, n° 91AP-1336 (1992).

³⁵⁴ S. SWOVELAND, *op. cit.*, p. 168.

³⁵⁵ *Decker c. Decker*, Ohio Court of Appeals, n° 5-02-63 (2003).

d'intention. Ce n'est qu'en 2007³⁵⁶ que cette même Cour Suprême jugea que les contrats de GPA ne violaient pas l'ordre public³⁵⁷. En 2010³⁵⁸, la Cour d'appel conclut que rien, dans la loi de l'Ohio, n'interdisait les contrats de GPA (sauf les GPA traditionnelles)³⁵⁹. De plus, elle se basa sur le *Uniform Parentage Act*, codifié par le Code civil de l'Ohio³⁶⁰, qui dispose que donner naissance à l'enfant peut être une preuve de liens de parenté avec lui. L'usage du terme « peut » indique que la parenté peut être établie autrement, permettant à la mère d'intention d'être la mère légale de l'enfant dans l'affaire en question³⁶¹.

Il ressort de cette jurisprudence qu'il est aujourd'hui possible de conclure un contrat de GPA en Ohio mais que, lorsque les parents d'intention ne sont pas les parents biologiques de l'enfant, l'issue du jugement reste incertaine. Il en va de même pour les GPA traditionnelles, dont le contrat sera exécuté en fonction des circonstances et du juge³⁶².

³⁵⁶ J.F. c. D.B., 116 Ohio St.3d 363, 2007.

³⁵⁷ S. SWOVELAND, *op. cit.*, p. 168.

³⁵⁸ S.N. c. M.B., 935 N.E.2d 463, 470-71 (Ohio Ct. App. 2010).

³⁵⁹ S. SWOVELAND, *op. cit.*, p. 169.

³⁶⁰ Code civil de l'Ohio : chapitre 3111, section 02.

³⁶¹ S.N. c. M.B., 935 N.E.2d 463, 470-71 (Ohio Ct. App. 2010), §25.

³⁶² S. SWOVELAND, *op. cit.*, p. 169.

CHAPITRE IV. QUESTIONS POSÉES

Tout au long de ce travail, nous avons étudié la position de la Belgique, de la France, du Royaume-Uni et de trois Etats américains par rapport à la GPA. Dans ce dernier chapitre, nous nous tournerons vers deux questions générales concernant ces quatre pays et l'Union Européenne. Dans un premier temps, nous nous interrogerons sur la pertinence d'un encadrement juridique en Belgique, dans l'Union Européenne, aux Etats-Unis et à un niveau international (section 1). Ensuite, dans un second temps, nous constaterons que certaines lois relatives à la GPA et certains jugements créent des discriminations injustifiées dans la pratique (section 2).

Section 1. Un encadrement juridique est-il pertinent et souhaitable ?

Actuellement, il n'existe pas d'encadrement juridique de la GPA ni en Belgique, ni à un niveau européen et international, ni aux Etats-Unis. S'agissant d'une question éthique délicate, une large marge d'appréciation est laissée aux Etats. Nous étudierons dans cette section les arguments en faveur et en défaveur d'une réglementation et la pertinence ou pas d'un encadrement.

A. En Belgique

« Au plan interne, un Etat peut choisir d'interdire et de sanctionner la gestation pour autrui ou bien au contraire de l'autoriser et de l'encadrer. Il peut également choisir de ne pas la réglementer (...) »³⁶³. Comme nous l'avons étudié, la Belgique a opté pour cette dernière option tout en ayant cependant récemment étudié la question d'un potentiel encadrement juridique lorsque le Sénat rendit, après avoir auditionné des experts, un « Rapport d'information concernant l'examen des possibilités de créer un régime légal de coparentalité »³⁶⁴.

Selon Monsieur Wautelet, le fait de ne pas avoir d'encadrement ne veut pas dire que nous sommes face à un vide juridique en Belgique car nous fonctionnons aujourd'hui sur base du

³⁶³ 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 ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 239.

³⁶⁴ Demande d'établissement d'un rapport d'information concernant l'examen des possibilités de créer un régime légal de coparentalité, *Doc. Parl.*, Sénat., sess. ord. 2014-2015, n°6-98/1.

droit commun de la filiation, comme il a été développé dans le premier chapitre³⁶⁵. De plus, Monsieur Desquennes se pose la question de savoir si c'est un encadrement législatif dont nous avons besoin, ou seulement un encadrement plus important des centres de fécondations³⁶⁶.

Cependant, peu de personnes soutiennent ces points de vue, prônant au contraire un encadrement juridique et ce, pour diverses raisons. Selon Madame Sosson, « il y a aujourd'hui une réelle insécurité juridique. Laisser les choses en l'état en partant du principe juridique que la mère porteuse est la mère jusqu'à la naissance, puis prendre le modèle de l'adoption pure (impliquant un délai très insécurisant de deux mois d'attente) n'est pas la bonne piste à suivre »³⁶⁷. D'autre part, le fait que les contrats de GPA puissent être considérés comme nuls par les cours et tribunaux belges, sans sécurité juridique pour les parties, peut mener à des dérives car, d'une part, la cession de l'enfant ne pourra être imposée, et, d'autre part, les parents d'intention ne pourront être forcés d'accueillir l'enfant dans leur famille si, par exemple, ils se sont séparés entre temps ou si l'enfant naît avec un handicap³⁶⁸. Troisièmement, Monsieur Mahoux est d'accord avec Monsieur Desquennes sur le fait que les centres de fertilité ont un rôle majeur en matière de GPA mais cela n'empêche qu'ils doivent être encadrés par le législateur vu la responsabilité décisionnelle qu'ils ont³⁶⁹. Selon le même expert, la mère porteuse n'a aujourd'hui aucun droit par rapport à l'enfant et aux auteurs du projet parental, alors que la réussite de la GPA dépend principalement de la femme qui accepte de porter l'enfant³⁷⁰. Elle est mère de l'enfant tout au long de la grossesse jusqu'à ce qu'elle renonce à ce statut une fois que l'enfant est né³⁷¹.

Il ressort de ses arguments qu'un encadrement législatif, mais aussi médical et psychologique, en matière de GPA en Belgique est souhaitable et pertinent. Cependant, Monsieur Dupuis craint qu'une loi en matière de GPA « (...) ne soit une loi « *a minima* », qui ne fâche personne, mais qui ne donne pas l'encadrement nécessaire qui est attendu »³⁷². Il serait en effet préférable et

³⁶⁵ Audition de P. WAUTELET, Rapport d'information concernant l'examen des possibilités de créer un régime légal de coparentalité, *Doc. Parl.*, Sénat., sess. ord. 2015-2016, n°6-98/2, p. 26.

³⁶⁶ Audition de M. DUPUIS, Rapport d'information concernant l'examen des possibilités de créer un régime légal de coparentalité, *Doc. Parl.*, Sénat., sess. ord. 2015-2016, n°6-98/2, p. 60.

³⁶⁷ Audition de J. SOSSON, Rapport d'information concernant l'examen des possibilités de créer un régime légal de coparentalité, *Doc. Parl.*, Sénat., sess. ord. 2015-2016, n°6-98/2, p. 60.

³⁶⁸ N. MASSAGER, *op. cit.*, p. 837 ; Audition de T. WIJNANT, Rapport d'information concernant l'examen des possibilités de créer un régime légal de coparentalité, *Doc. Parl.*, Sénat., sess. ord. 2015-2016, n°6-98/2, p. 14.

³⁶⁹ Audition de L. PLYUM, Rapport d'information concernant l'examen des possibilités de créer un régime légal de coparentalité, *Doc. Parl.*, Sénat., sess. ord. 2015-2016, n°6-98/2, p. 40.

³⁷⁰ *Ibidem*.

³⁷¹ *Ibidem*.

³⁷² Audition de M. DUPUIS, Rapport d'information concernant l'examen des possibilités de créer un régime légal de coparentalité, *Doc. Parl.*, Sénat., sess. ord. 2015-2016, n°6-98/2, p. 60.

nécessaire de ne pas seulement adopter des conditions en matière de droit de la santé et de ne pas autoriser la GPA inconditionnellement, mais bien de prévoir des conditions strictes qui entourent toutes les étapes de ce mode de reproduction, un encadrement en amont et en aval du processus, concernant toutes ses parties³⁷³. Afin d'arriver à une législation satisfaisante, la Belgique pourrait s'inspirer du modèle britannique qui, tout en autorisant la GPA, entoure le déroulement de celle-ci de manière stricte, permettant de donner à toutes les parties une certaine prévisibilité, ce qui manque actuellement dans l'Etat belge.

B. Au niveau européen et international

Nous avons vu, dans le second chapitre, que les Etats européens disposaient d'une marge de manœuvre quant à l'encadrement qu'ils réservent à la GPA. Ainsi, il existe une importante disparité entre les Etats, là où certains l'autorisent, d'autres n'ont pas légiféré en la matière et d'autres encore la prohibent. Cette divergence entre les pays membres crée une incertitude tant pour les couples qui se rendent dans les Etats où la GPA est autorisée, que pour l'enfant qui est né de ce mode de reproduction³⁷⁴. En raison de cette disparité, nombre de couples infertiles se rendent dans les Etats possédant les lois les moins contraignantes en matière de maternité de substitution, créant un « tourisme procréatif »³⁷⁵. Ce phénomène mène à des questions de parenté légale et de nationalité de l'enfant né de la GPA car les cours et tribunaux des Etats membres ont des réponses différentes face à cette situation³⁷⁶. Dès lors, selon un rapport établi par des experts et déposé au Parlement européen, il faut instaurer dans l'Union Européenne une reconnaissance mutuelle des jugements relatifs à la parenté légale et des actes de naissances et harmoniser les lois nationales encadrant la GPA³⁷⁷. Ce rapport fût toutefois rejeté par le Parlement, selon lequel la GPA « (...) va à l'encontre de la dignité humaine de la femme, dont le corps et les fonctions reproductives sont utilisés comme des marchandises; estime que cette

³⁷³ Audition de L. PLYUM, Rapport d'information concernant l'examen des possibilités de créer un régime légal de coparentalité, *Doc. Parl.*, Sénat., sess. ord. 2015-2016, n°6-98/2, p. 38 ; Audition de J. SOSSON, Rapport d'information concernant l'examen des possibilités de créer un régime légal de coparentalité, *Doc. Parl.*, Sénat., sess. ord. 2015-2016, n°6-98/2, p. 93.

³⁷⁴ Secrétariat de la Commission des Episcopats de la Communauté Européenne, « Avis du Groupe de réflexion bioéthique sur la gestation pour autrui : La question de sa régulation au niveau européen ou international », 2015, p. 19.

³⁷⁵ K. TRIMMINGS et P. BEAUMONT, « International surrogacy arrangements : An urgent need for legal regulation at the international level », *Journal of Private International Law*, 2011, p. 630.

³⁷⁶ *Ibidem*, p. 631.

³⁷⁷ Parlement européen, « Recognition of parental responsibility : biological parenthood v. legal parenthood, i.e. mutual recognition of surrogacy agreements : What is the current situation in the MS? Need for EU action? », 2010, p. 27.

pratique, par laquelle les fonctions reproductives et le corps des femmes, notamment des femmes vulnérables dans les pays en développement, sont exploitées à des fins financières ou pour d'autres gains, doit être interdite et qu'elle doit être examinée en priorité dans le cadre des instruments de défense des droits de l'homme »³⁷⁸.

Une résolution appelant à un encadrement de la GPA au niveau européen fût également introduite devant le Conseil de l'Europe, sur base d'un rapport intitulé « l'intérêt de l'enfant dans la GPA commerciale ». Elle fut rejetée par 19 voix contre 17³⁷⁹.

Si une loi européenne relative à la maternité de substitution venait à voir le jour, celle-ci serait établie sur base d'un consensus « *a minima* » car il serait difficile de mettre tous les Etats d'accord, « (...) la famille étant un domaine où l'unanimité est requise au Conseil de l'Union européenne avant toute décision »³⁸⁰. Il serait en effet injuste et inapproprié d'imposer à un Etat qui prohibe la GPA une loi européenne encadrant ce mode de reproduction³⁸¹. Le seul point sur lequel les Etats membres sont d'accord est le fait qu'un enfant doit se voir attribuer un état civil et des parents légaux³⁸².

La question d'un encadrement au niveau international s'est également posée, notamment lors de la Conférence de la Haye de droit international privé, un tel encadrement étant souhaité pour les mêmes raisons exprimées ci-dessus³⁸³. L'idée n'est cependant pas ici d'établir une Convention unifiant les lois nationales relatives à la GPA, mais plutôt d'établir un mécanisme encadrant la coopération internationale entre les Etats, en mettant l'accent sur la procédure à adopter par les cours nationales, les autorités administratives et les acteurs privés³⁸⁴.

Il ressort que là où un encadrement au niveau européen semble peu pertinent en raison de l'absence de consensus entre les Etats et le risque de nivellement vers le bas que pourrait causer une loi européenne, l'idée d'une Convention internationale paraît plus souhaitable. En effet,

³⁷⁸ Parlement européen, « Résolution sur le rapport annuel de 2014 sur les droits de l'homme et la démocratie dans le monde et sur les politiques de l'Union Européenne en la matière », 2015, §114.

³⁷⁹ M. MEUNIER, « La GPA de nouveau en débat devant le Conseil de l'Europe », *La Croix*, 2016, <http://www.la-croix.com/Monde/Europe/La-GPA-nouveau-debat-devant-Conseil-lEurope-2016-09-21-1200790736> (consulté le 16 mai 2017).

³⁸⁰ A. LORRIAUX, « GPA : Un rapport européen donne des pistes pour encadrer la gestation pour autrui et les mères porteuses », *Huffpost*, 2013, http://www.huffingtonpost.fr/2013/06/06/gpa-un-rapport-europeen-_n_3392879.html (consulté le 16 mai 2017).

³⁸¹ Parlement européen, « A comparative study on the regime of surrogacy in EU member states », 2013, p. 164.

³⁸² A. LORRIAUX, *op. cit.*

³⁸³ A. ELDER, « Wombs to Rent : Examining the Jurisdiction of International Surrogacy », *Oregon Review of International Law*, 2014, p. 355 ; Secrétariat de la Commission des Episcopats de la Communauté Européenne, « Avis du Groupe de réflexion bioéthique sur la gestation pour autrui : La question de sa régulation au niveau européen ou international », 2015, p. 19.

³⁸⁴ K. TRIMMINGS et P. BEAUMONT, *op. cit.*, p. 637.

établir une Convention de droit international privé sur la GPA permettrait à chaque Etat de maintenir sa position sur le sujet tout en permettant de protéger l'enfant né du processus en s'assurant que l'issue de la GPA sera réglée de la même façon dans tous les tribunaux nationaux.

C. Aux Etats-Unis

Tout comme en Europe, les Etats américains disposent d'une large marge d'appréciation quand il s'agit de légiférer en matière de GPA dû au fait qu'il n'existe aucune loi fédérale réglant ce phénomène.

Dès 1989, il a cependant été question aux Etats-Unis d'adopter une loi fédérale, lorsque deux propositions de lois, ayant toutefois été rejetées, ont été introduites afin réglementer les contrats de GPA sur l'entièreté du territoire américain³⁸⁵. Selon les auteurs de ces propositions de loi, et, plus tard, les personnes en faveur d'une réglementation fédérale, l'absence d'uniformisation au niveau fédéral crée également un « tourisme procréatif », au sein d'un même pays cette fois, alors qu'un encadrement national permettrait de créer un équilibre entre toutes personnes désirant avoir recours à une mère porteuse³⁸⁶. De plus, une uniformisation protégerait, d'une part, les mères porteuses de tout abus, leur assurant des soins médicaux corrects et certains standards obligatoires et, d'autre part, les parents d'intention qui se verront donner des lignes directrices leur permettant de connaître à l'avance les conséquences de la maternité de substitution³⁸⁷. Ceci permettrait également aux juges de ne plus devoir prendre position sur l'attribution des droits parentaux et de déterminer si le contrat de GPA peut être exécuté sans pouvoir se baser sur une loi ou une jurisprudence antérieure³⁸⁸.

Il serait idéal qu'une loi fédérale contraigne les cinquante Etats américains à adopter une même position sur la GPA afin d'assurer une protection similaire de toutes les parties à la convention dans chaque Etat. Ce projet d'uniformisation ne semble pas aujourd'hui réalisable, pour les mêmes raisons qu'à un niveau européen.

³⁸⁵ L. BEHM, *op. cit.*, p. 585.

³⁸⁶ *Ibidem*, p. 586 ; V. GUZMAN, « A comparison of surrogacy laws of the U.S. to other countries: should there be a uniform federal law permitting commercial surrogacy ? », *Houston Journal of International Law*, 2016, p. 628 ; M. RUSSO, *op. cit.*, p. 49.

³⁸⁷ V. GUZMAN, *ibidem*, p. 628.

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 629.

Il existe cependant, depuis 2008, le *Model Act Governing Assisted Reproductive Technologies*³⁸⁹, créé par l'*American Bar Association*. Il stipule les conditions dans lesquelles se déroulent la GPA, mais ne sert de modèle que dans les Etats qui y ont consenti³⁹⁰. Il n'est dès lors pas contraignant. Cet acte offre deux alternatives. Pour la première, le contrat de GPA doit être validé par un tribunal pour pouvoir être exécuté. La seconde n'impose pas cette obligation, mais prévoit un contrat répondant à certaines conditions³⁹¹.

Sections 2. Discriminations

Bien que la maternité de substitution soit de plus en plus répandue aux Etats-Unis et en Europe, elle peut toutefois mener à des discriminations injustifiées dans la pratique. Dans cette section, nous allons passer en revue trois formes de discriminations. La première concerne les couples homosexuels, les couples non-mariés et les personnes célibataires. La deuxième se rapporte aux mères d'intention et la troisième touche les enfants nés d'une GPA de basse technologie.

A. Envers les couples homosexuels et les personnes célibataires ou non-mariées

Aux Etats-Unis, comme nous l'avons vu, certains Etats autorisent la GPA sous des conditions plus ou moins strictes. Parmi ces conditions, on y trouve l'obligation pour le couple désirant user de ce processus, d'être hétérosexuel et marié. C'est le cas de la Floride, du Texas et de l'Utah³⁹². Cette condition pose toutefois un problème constitutionnel plus important que le fait de simplement interdire l'accès à la maternité de substitution à tout le monde³⁹³. Elle crée une différence de traitement entre les couples homosexuels et hétérosexuels, les couples mariés et non mariés, ce qui est contraire à la *Equal Protection clause*, présente dans le quatorzième amendement de la Constitution américaine³⁹⁴.

Ce refus d'accès à la GPA aux couples homosexuels et aux personnes célibataires a été justifié par l'intérêt supérieur de l'enfant, comme ce fut le cas lorsque la Cour Suprême des Etats-Unis

³⁸⁹ American Bar Association, « Model Act Governing Assisted Reproductive Technologies », 2008.

³⁹⁰ M. RUSSO, *op. cit.*, p. 67.

³⁹¹ A. HOLMES, « Baby mama drama: parentage in the era of gestational surrogacy », *North Carolina Journal of Law and Technology*, 2010, p. 251 ; C. KINDREGAN et S. SYNDER, « Clarifying the Law of ART : The New American Bar Association Model Act Governing Assisted Reproductive Technology », *Family Law Quarterly*, 2008, pp. 221-223.

³⁹² M. FIELD, « Compensated Surrogacy », *Washington Law Review*, 2014, p. 1180.

³⁹³ *Ibidem*.

³⁹⁴ *Ibidem*, pp. 1180-1181.

a jugé qu'il était dans l'intérêt supérieur de l'enfant de se faire adopter par un couple hétérosexuel³⁹⁵. Dans son jugement, la Cour a considéré qu'un enfant devait être placé dans une famille avec un père et une mère, crucial pour son bon développement et sa stabilité³⁹⁶. Ce raisonnement paraît injustifié. Un couple homosexuel ou une personne célibataire peut apporter autant de stabilité à un enfant qu'un couple hétérosexuel et être autant impliqué³⁹⁷. De plus, ces Etats ne peuvent présumer l'incompétence des couples homosexuels ou des personnes célibataires, ni simplement leur retirer leurs droits parentaux sur des enfants qui souvent, grâce aux progrès de la médecine, sont leurs enfants biologiques³⁹⁸. En effet, si un Etat décide de limiter l'accès à la GPA aux personnes se montrant capables d'éduquer un enfant, ces preuves devraient être apportées par toutes personnes, pas seulement les couples homosexuels, les couples non-mariés et les personnes célibataires³⁹⁹.

Au Royaume-Uni, ainsi qu'en Californie, les couples de même sexe, ainsi que les couples non-mariés et les personnes célibataires ont le même accès à la GPA que les couples hétérosexuels mariés. En Belgique, « pour la N-VA, le MR, l'Open Vld et Ecolo-Groen, la possibilité de recourir à une gestation pour autrui doit être ouverte à tous : couples hétérosexuels et homosexuels, mariés ou non, cohabitants légaux ou non, ainsi qu'aux personnes célibataires »⁴⁰⁰.

En Belgique, la question s'est aussi posée de savoir s'il y avait une discrimination au sein même des couples homosexuels, entre les couples de femmes et les couples d'hommes⁴⁰¹. En vertu de loi de 2014 établissant la filiation de la coparente⁴⁰², les couples lesbiens peuvent d'emblée enregistrer la parentalité des deux femmes. Selon Madame Gallus, « dans les deux cas on a un projet parental monosexué qui implique l'intervention d'un tiers – intervention différente suivant qu'il s'agit d'un couple lesbien (donneur de gamètes) ou d'un couple gay (donneuse d'ovocytes et mère porteuse). Si l'intervention du tiers est différente, la question posée en droit est identique : la reconnaissance du projet parental comme fondement de la filiation, d'une filiation dont on accepte le caractère conventionnel, c'est-à-dire fondée sur la volonté, le projet

³⁹⁵ Lofton c. Sec'y of the Dep't of Children & Family Servs., U.S Court of Appeals, n° 358 F.3d 804 (2004).

³⁹⁶ Lofton c. Sec'y of the Dep't of Children & Family Servs., U.S Court of Appeals, n° 358 F.3d 804 (2004), §37.

³⁹⁷ R. RAO, « Equal Liberty : Assisted Reproductive Technology and Reproductive Equality », *The George Washington Law Review*, 2008, p. 1476.

³⁹⁸ *Ibidem*, p. 1477.

³⁹⁹ *Ibidem*

⁴⁰⁰ Rapport d'information concernant l'examen des possibilités de créer un régime légal de coparentalité, *Doc. Parl.*, Sénat., sess. ord. 2015-2016, n°6-98/2, p. 261.

⁴⁰¹ Audition de Y. AERTS, Rapport d'information concernant l'examen des possibilités de créer un régime légal de coparentalité, *Doc. Parl.*, Sénat., sess. ord. 2015-2016, n°6-98/2, p. 153.

⁴⁰² Loi du 5 mai 2014 portant établissement de la filiation de la coparente, *M.B.*, 7 juillet 2014.

parental, et d'une filiation dont on accepte dans les deux cas – couple lesbien ou gay – qu'elle est « mensongère » sur le plan génétique »⁴⁰³. Alors que selon Çavaria, ceci « (...) ne constitue pas une discrimination à l'égard des couples homosexuels masculins qui sont privés de cette possibilité »⁴⁰⁴, étant d'avis qu'ils ne sont pas dans la même situation que les couples de femmes qui ne doivent pas passer par une femme porteuse afin d'avoir un enfant⁴⁰⁵.

B. Envers les mères d'intention

En plus de discriminer les couples homosexuels, les couples non-mariés et les personnes célibataires, la GPA peut également produire cet effet en créant une différence de traitement entre le père d'intention et la mère d'intention de l'enfant à naître. En effet, au Royaume-Uni, par exemple, comme nous l'avons vu précédemment, avant que l'ordonnance parentale soit octroyée, la mère légale est la gestatrice et, si celle-ci n'est pas mariée ou si son mari n'a pas consenti à la GPA, c'est le père d'intention qui sera considéré comme étant le père légal de l'enfant issu de ce mode de reproduction, mais seulement si c'est son père biologique⁴⁰⁶. Il est ainsi plus aisé pour le père d'intention de reconnaître l'enfant, alors que la mère d'intention doit attendre que la mère porteuse renonce à ses droits parentaux pour pouvoir être considérée comme la mère de l'enfant, la mettant dans une situation de plus grande incertitude⁴⁰⁷.

Dans certains Etats américains et en Belgique, une issue similaire a lieu lorsque la mère d'intention est dans l'obligation d'adopter l'enfant né de la GPA alors que le père d'intention doit seulement reconnaître celui-ci lorsque la mère porteuse n'est pas mariée et qu'elle a donné son consentement⁴⁰⁸. En effet, comme nous l'avons vu dans le premier chapitre, « la jurisprudence belge a été confrontée à de nombreuses reprises, à des demandes d'adoption après gestation pour autrui »⁴⁰⁹, les juges devant alors vérifier si cette adoption se fonde ou non sur de justes motifs⁴¹⁰.

⁴⁰³ Audition de N. GALLUS, Rapport d'information concernant l'examen des possibilités de créer un régime légal de coparentalité, *Doc. Parl.*, Sénat., sess. ord. 2015-2016, n°6-98/2, p. 108.

⁴⁰⁴ Audition de Y. AERTS, Rapport d'information concernant l'examen des possibilités de créer un régime légal de coparentalité, *Doc. Parl.*, Sénat., sess. ord. 2015-2016, n°6-98/2, p. 153.

⁴⁰⁵ *Ibidem.*

⁴⁰⁶ R. D'ALTON-HARRISON, *op. cit.*, p. 2 ; M.-X. CATTO, *op. cit.*, p. 12 ; M. WELSTEAD, *op. cit.*, p. 170.

⁴⁰⁷ M.-X. CATTO, *ibidem*, p. 4.

⁴⁰⁸ L. VAN BUNNEN, *op. cit.*, p. 37.

⁴⁰⁹ *Ibidem.*

⁴¹⁰ *Ibidem.*

De plus, lorsqu'un homme infertile fait appel à un donneur de sperme, le premier est considéré comme le parent légal, alors qu'une femme infertile faisant appel à une mère porteuse ne peut recevoir ce titre⁴¹¹. Il n'y a pas là de discrimination, selon la Cour Suprême du New Jersey, l'homme et la femme étant différents en termes de procréation⁴¹². En effet, le donneur de sperme n'est pas investi émotionnellement, contrairement à la gestatrice qui porte l'enfant pendant neuf mois⁴¹³.

Afin de remédier à cette discrimination entre les parents d'intention, la Californie et le Royaume-Uni, comme mentionné précédemment, prévoient dans leur loi sur la GPA que les parents d'intention puissent demander un régime légal de parentalité avant la naissance. Ceci permet à la mère et au père d'intention d'être parents légaux de l'enfant et de garantir à la mère la même reconnaissance que le père.

C. Envers les enfants nés d'une GPA de basse technologie

Une troisième forme de discrimination peut être mentionnée, celle qui existe entre les enfants nés d'une GPA de haute technologie et d'une GPA de basse technologie. En effet, selon Monsieur Senaeve, il n'est « (...) pas judicieux d'ancrer uniquement la gestation pour autrui de haute technologie – c'est-à-dire la gestation pour autrui où la mère porteuse n'est pas la mère génétique – dans le système légal. Il faut garantir une protection indépendamment de l'existence d'un lien génétique entre la mère porteuse et l'enfant. De surcroît, le fait d'exclure du régime de protection légal les enfants nés d'une gestation pour autrui de basse technologie – c'est-à-dire la gestation où la mère porteuse est aussi la mère génétique – constituerait, du point de vue de l'enfant, une discrimination injustifiée »⁴¹⁴.

Il existe cependant des arguments en faveur de la prohibition de la GPA de basse technologie. En effet, Madame Carroll affirme que ce type de maternité de substitution force une mère génétique d'accepter à l'avance d'abandonner son enfant, alors que dans la GPA de haute technologie, la femme ne fait que porter un enfant qui n'est pas le sien car il est génétiquement

⁴¹¹ K. ZERNIKE, « Court's Split Helps Provide Little Clarity On Surrogacy », *New York Times*, 2012, <http://www.nytimes.com/2012/10/25/nyregion/in-surrogacy-case-nj-supreme-court-is-deadlocked-over-whom-to-call-mom.html> (consulté le 30 juillet 2017).

⁴¹² *Ibidem*.

⁴¹³ *Ibidem*.

⁴¹⁴ Audition de P. SENA EVE, Rapport d'information concernant l'examen des possibilités de créer un régime légal de coparentalité, *Doc. Parl.*, Sénat., sess. ord. 2015-2016, n°6-98/2, p. 130.

lié aux parents d'intention⁴¹⁵. De plus, Madame Carroll sous-entend que la parenté est déterminée par les liens génétiques plutôt que par la connexion qui existe entre la gestatrice et l'enfant qu'elle porte, rendant la cession de l'enfant plus facile pour la mère porteuse qui n'est pas la mère biologique⁴¹⁶. Cette affirmation laisse à penser qu'une gestatrice ne portant pas son enfant biologique ne sera dès lors pas considérée comme la mère légale de l'enfant, alors que cela ne représente pas la réalité vu le nombre d'Etats qui présume que la personne qui accouche est la mère légale de l'enfant⁴¹⁷.

Il existe cependant aussi des arguments en défaveur de la GPA de haute technologie : elle est plus risquée et intrusive que la GPA traditionnelle, ce qui peut être dangereux pour la mère porteuse et pour l'enfant à naître et elle est plus chère qu'une simple insémination artificielle⁴¹⁸. Ce type de maternité de substitution reste pourtant prédominant. De nombreuses lois s'alignent aux propos de Madame Carroll, ce qui n'est que le reflet des préférences de la société : un désir d'enfants issus de ses propres gènes plutôt que des gènes d'autrui⁴¹⁹.

Contrairement au Royaume-Uni et à la Californie qui autorisent la GPA traditionnelle, la Belgique et de nombreux Etats américains continuent de refuser l'adoption d'un enfant né d'une GPA où la mère porteuse est également la mère génétique de l'enfant⁴²⁰. Ce refus crée une discrimination entre l'enfant né d'une GPA traditionnelle et d'une GPA de haute technologie, le premier se voyant refuser la reconnaissance d'un lien de filiation, contrairement au second.

L'alternative à ce refus catégorique serait, pour les cours et tribunaux, une prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant. En effet, ce critère permettrait des décisions au cas par cas, en tenant compte de ce qui est plus judicieux pour l'enfant, seul à ne pouvoir exprimer son opinion⁴²¹. Dans tous les cas, il sera dans l'intérêt de l'enfant d'avoir des parents légaux et de ne pas subir le choix qu'ont pris ceux-ci⁴²².

⁴¹⁵ A. CARROLL, « Discrimination in Baby Making : The Unconstitutional Treatment of Prospective Parents Through Surrogacy », *Indiana Law Journal*, 2013, p. 1190.

⁴¹⁶ E. HISANO, « Gestational surrogacy maternity disputes : refocusing on the child », *Lewis & Clark Law Review*, 2011, pp. 530-531 ; R. RAO, « Hierarchies of Discrimination in Baby Making ? A response to Professor Carroll », *Indiana Law Journal*, 2013, p. 1219.

⁴¹⁷ R. RAO, « Hierarchies of Discrimination in Baby Making... », *op. cit.*, p. 1220.

⁴¹⁸ *Ibidem*, p. 1221.

⁴¹⁹ *Ibidem*, pp. 1220-1221.

⁴²⁰ G. VERSCHULDEN et L. PLUYM, *op. cit.*, p. 203.

⁴²¹ E. HISANO, *op. cit.*, p. 544.

⁴²² M.-X. CATTO, *op. cit.*, p. 13.

CONCLUSION

Nous avons pu observer dans ce travail que la GPA bouleverse les valeurs de notre société, dont la vision de la famille traditionnelle : un père et une mère accouchant d'un enfant partageant leurs gènes. Ce mode de procréation pose également des questions en matière de droits fondamentaux car il utilise le corps comme un moyen parmi d'autres afin de réaliser un projet parental⁴²³. Enfin, l'intérêt de l'enfant a aussi été considéré. Il est le seul à ne pas pouvoir faire entendre son opinion alors qu'il est celui qui subira les conséquences des décisions prises à son égard. Il n'existe cependant pas, actuellement, d'étude précise quant à l'influence de la GPA sur le développement psychologique et relationnel d'enfants qui en sont issus⁴²⁴.

Malgré son côté controversé, la maternité de substitution n'a toutefois pas attendu l'aval de la société et du législateur pour se développer et un manque de consensus existe à son sujet, tant au niveau international et européen, qu'au sein même de certains Etats, comme nous l'avons vu avec les Etats-Unis et la Belgique. De plus, même lorsqu'un pays légifère en la matière et décide de prohiber cette pratique, comme la France, les couples infertiles continueront d'user de la GPA, soit clandestinement au sein de leur Etat, soit en se rendant à l'étranger⁴²⁵. En effet, le désir pour un couple stérile d'avoir un enfant qui partage, partiellement ou entièrement, ses gènes, surpasse toute interdiction. Ainsi, comme l'a exprimé Madame Rubellin-Devichi dans un avis défavorable à une telle prohibition, « si l'ignorance et la réprobation systématiques ne sont pas plus dangereuses que l'acceptation, (...) ne vaut-il pas mieux tolérer ce que de toute façon, l'on ne saura pas empêcher, et se montrer attentif pour limiter les excès, et veiller à la plus raisonnable protection des intérêts en cause ? »⁴²⁶.

De nombreuses lois mentionnent les notions de « père », « mère » et « enfant », sans toutefois en donner de définitions claires et précises⁴²⁷. La GPA redéfinit-elle la notion de maternité, en distinguant, d'une part, la « maternité du ventre », qui dure neuf mois, et, d'autre part, la « maternité d'intention » qui engage tout le futur d'une famille⁴²⁸ ? La paternité, quant à elle, est moins controversée car, contrairement à la conception traditionnelle selon laquelle la mère est toujours certaine car c'est la personne qui donne naissance à l'enfant, le père, lui, est incertain et le nom de l'homme qui se trouvera sur l'acte de naissance ne sera pas

⁴²³ M. DUPUIS, *op. cit.*, p. 44.

⁴²⁴ M. MASSAGER, *op. cit.*, pp. 840-841.

⁴²⁵ *Ibidem*, p. 841.

⁴²⁶ J. RUBELLIN-DEVICHI, « Les procréations assistées : état des questions », *R.T.D.C.*, 1987, p. 496.

⁴²⁷ G. DELAISI DE PARSEVAL et C. COLLARD, *op. cit.*, p. 49.

⁴²⁸ R. D'ALTON-HARRISON, *op. cit.*, p. 361.

nécessairement le père biologique de l'enfant⁴²⁹. De nombreux experts sont d'avis que le statut de parent ne dépend pas du lien biologique avec l'enfant mais repose sur la capacité à aimer l'enfant et à l'éduquer dans un environnement sain, ce qui est tout aussi important que d'avoir un lien de sang avec celui-ci et ce qui permet d'établir un attachement psychologique avec lui⁴³⁰.

En comparant les Etats-Unis avec l'Europe, et plus particulièrement la Belgique, la France et le Royaume-Uni, nous avons pu constater que ces différents pays n'accordent pas la même importance à la place à réserver à la mère porteuse, aux parents d'intention et à l'enfant issu de la GPA. En effet, la CEDH et la Belgique utilisent l'intérêt supérieur de l'enfant comme critère. Ceci afin de décider qui seront les parents légaux et, qui de la mère porteuse ou de la mère d'intention sera considérée comme la mère légale de l'enfant. Afin d'établir cette parenté légale, les cours et tribunaux prennent l'entièreté des circonstances en considération afin de prendre une décision qui correspond au mieux à l'intérêt de l'enfant. Le New Jersey, dans son premier arrêt relatif à la GPA (Baby M), a également pris l'intérêt de l'enfant en compte lorsque la Cour Suprême confia ce dernier à ses parents d'intention, et non à la mère porteuse.

Le Royaume-Uni, quant à lui, dans son *Human Fertilisation and Embryology Act*, favorise les parents d'intention qui, avant la naissance de l'enfant issu de la GPA, peuvent introduire une action afin de recevoir le statut de parents légaux. La Californie prévoit, dans son Code de droit familial, une même issue pour les couples d'intention. En effet, cet Etat a, depuis l'arrêt Johnson c. Calvert, toujours considéré que les parents légaux de l'enfant issu de la GPA étaient les parents commanditaires car ce sont eux qui ont eu l'intention de mettre l'enfant au monde et de l'éduquer, non la mère porteuse.

L'Ohio, de son côté, met l'accent sur la génétique plutôt que sur l'intérêt de l'enfant ou l'intention des parties. Dès lors, si les parents d'intention sont les parents génétiques de l'enfant, ils seront également considérés comme les parents légaux de celui-ci. Dans le cas contraire, cependant, l'issue de la GPA restera incertaine.

Il ressort de cette analyse qu'en réalité, quel que soit le critère utilisé (l'intérêt supérieur de l'enfant, le « test d'intention » ou le lien génétique), les tribunaux arrivent, dans la plus grande majorité des cas, à une même conclusion : les parents d'intention devraient être les parents légaux de l'enfant né de la GPA. Il serait ainsi pertinent pour les Etats mentionnés de suivre le

⁴²⁹ R. D'ALTON-HARRISON, *op. cit.*, pp. 358-359.

⁴³⁰ *Ibidem*, p. 367.

modèle britannique et californien, ce qui permettrait à toutes les personnes concernées par la maternité de substitution d'avoir un encadrement légal respectant leurs intérêts respectifs et de prévoir l'issue de la GPA. Enfin, une telle réglementation permettrait également de diminuer le « tourisme procréatif » et les discriminations envers les mères d'intention, qui seraient mises sur un même pied d'égalité que les pères d'intention.

L'ambiguïté et l'incertitude entourant la GPA sont des thèmes récurant dans ce travail : qui est la mère de l'enfant ? L'intérêt de l'enfant doit-il être pris en compte ? Faut-il faire primer l'intention des parents sur la génétique ? Comment prévoir les évolutions biomédicales, y compris d'un point de vue éthique ? Il y a encore du travail à faire afin de répondre à ces questions et réduire l'écart entre, d'une part, les besoins et les attentes de la société et, d'autre part, le cadre juridique, fragmenté et imparfait tant en Europe qu'aux Etats-Unis.

TABLE DES MATIERES

| | |
|---|----|
| INTRODUCTION | 1 |
| | |
| CHAPITRE I. La GPA en Belgique | 5 |
| Section 1. La situation actuelle : absence de législation..... | 5 |
| Section 2. La conséquence : une construction jurisprudentielle..... | 7 |
| A. Quant à l'adoption de l'enfant issu de la GPA..... | 8 |
| B. Quant à la GPA à titre onéreux..... | 9 |
| C. Quant à la GPA de basse technologie..... | 10 |
| D. Quant à la GPA mise en œuvre par un couple homosexuel..... | 10 |
| E. Quant à la GPA réalisée à l'étranger..... | 11 |
| Section 3. Les centres de fécondations..... | 13 |
| Section 4. Les propositions législatives..... | 15 |
| A. Quant à la convention de GPA et le mode de rattachement de l'enfant..... | 16 |
| B. Quant aux droits et obligations des parties..... | 17 |
| C. Quant aux centres de fécondation..... | 18 |
| D. Quant aux restrictions du législateur belge..... | 18 |
| Section 5. L'arrêt D. et autres contre Belgique (CEDH)..... | 19 |
| A. Les faits..... | 20 |
| B. Le jugement : article 8 CEDH..... | 21 |
| C. Les conséquences de l'arrêt..... | 22 |
| | |
| CHAPITRE II. Le cadre juridique européen | 23 |
| Section 1. Marge d'appréciation des Etats membres..... | 23 |
| Section 2. Prohibition de la GPA : la France..... | 24 |
| A. Le droit en vigueur..... | 24 |
| B. Le tourisme procréatif..... | 25 |
| C. Critique de la jurisprudence française..... | 27 |
| D. L'arrêt Mennesson contre France (CEDH)..... | 28 |
| 4. Les faits..... | 28 |
| 5. Le jugement..... | 29 |
| 6. Les conséquences de l'arrêt..... | 30 |

| | |
|--|-----------|
| Section 3. Autorisation de la GPA : le Royaume-Uni..... | 31 |
| A. Le droit en vigueur..... | 31 |
| 1. Le <i>Warnock Report</i> de 1984 et le <i>Surrogacy Arrangements Act</i> de 1985... | 32 |
| 2. Les <i>Human Fertilisation and Embryology Acts</i> de 1990, 2008 et 2010..... | 33 |
| B. L'arrêt C.D. contre S.T. (CJUE)..... | 34 |
| 1. Les faits..... | 34 |
| 2. Le jugement : directive 92/85/CEE et directive 2006/54/CE..... | 35 |
| 3. Les conséquences de l'arrêt..... | 36 |
| | |
| CHAPITRE III. La GPA dans trois états américains..... | 39 |
| Section 1. Absence de réglementation fédérale..... | 39 |
| Section 2. Inexécution de contrats de GPA : le New Jersey..... | 41 |
| A. L'arrêt Baby M (Cour Suprême du New Jersey)..... | 41 |
| 1. Les faits..... | 42 |
| 2. Le jugement : l'intérêt supérieur de l'enfant..... | 43 |
| 3. Les conséquences de l'arrêt dans les autres états..... | 43 |
| B. La situation actuelle : construction jurisprudentielle..... | 44 |
| Section 3. Autorisation de la GPA : la Californie..... | 46 |
| A. L'arrêt Johnson contre Calvert (Cour Suprême de Californie)..... | 46 |
| 1. Les faits..... | 46 |
| 2. Le jugement : le test d'intention..... | 47 |
| 3. Opinion dissidente du Juge Kennard..... | 48 |
| B. Le droit en vigueur..... | 49 |
| Section 4. Légalité incertaine de la GPA : l'Ohio..... | 50 |
| A. L'arrêt Belsito contre Clark (<i>Court of Common Pleas</i>)..... | 51 |
| 1. Les faits..... | 51 |
| 2. Le jugement : la parenté acquise par la génétique..... | 52 |
| 3. Critique de l'arrêt..... | 53 |
| B. La situation actuelle : construction jurisprudentielle..... | 54 |
| | |
| CHAPITRE IV. Questions posées..... | 57 |
| Section 1. Un encadrement juridique est-il pertinent et souhaitable ?..... | 57 |
| A. En Belgique..... | 57 |

| | |
|---|-----------|
| B. Au niveau européen et international..... | 59 |
| C. Aux Etats-Unis..... | 61 |
| Sections 2. Discriminations..... | 62 |
| A. Envers les couples homosexuels et les personnes célibataires ou non-mariées..... | 62 |
| A. Envers les mères d'intention..... | 64 |
| B. Envers les enfants nés d'une GPA de basse technologie..... | 65 |
| CONCLUSION..... | 67 |
| TABLE DES MATIERES..... | 71 |
| BIBLIOGRAPHIE..... | 75 |

BIBLIOGRAPHIE

DOCTRINES

- BAUDOIN J.-L. et LABRUSSE-RIOU C., *Produire l'homme : de quel droit ? Étude juridique et éthique des procréations artificielles*, Paris, P.U.F., 1987.
- BEHM L., « Legal, Moral & International Perspectives on Surrogate Motherhood : The Call For A Uniform Regulatory Scheme In the United States », *DePaul Journal of Health Care Law*, 1999, pp. 557-604.
- CARROLL A., « Discrimination in Baby Making : The Unconstitutional Treatment of Prospective Parents Through Surrogacy », *Indiana Law Journal*, 2013, pp. 1187-1206.
- CASTER A., « Don't split the baby: How the U.S. could avoid uncertainty and unnecessary litigation and promote equality by emulating the British surrogacy law regime », *Connecticut Public Interest Law Journal*, 2011, pp. 139-184.
- CATTO M.-X., « La gestation pour autrui : d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts ? », *Rev. dr. hom.*, 2013, pp. 1-53.
- CHENEDE F., « Les arrêts Mennesson et Labassée ou l'instrumentalisation des droits de l'homme », *Recueil Dalloz*, 2014, pp. 1-14.
- D'ALTON-HARRISON R., « Mater semper incertus est : who's your mummy ? », *Medical Law Review*, 2014, pp. 357-383.
- DANA A., « The State of Surrogacy Laws: Determining Legal Parentage for Gay Fathers », *Duke Journal of Gender Law & Policy*, 2011, pp. 353-390.
- DELAISI DE PARSEVAL G. et COLLARD C., « La gestation pour autrui : Un bricolage des représentations de la paternité et de la maternité euro-américaines », *L'Homme*, 2007, pp. 29-53.
- DOUCET M., « La France contrainte de faire primer l'intérêt supérieur de l'enfant issu d'une GPA, Note sous CEDH, 5e sec., 26 juin 2014, Labassee c. France, affaire numéro 65941/11 et Menesson c. France, affaire numéro 65192/11 », *Rev. gén. dr. on line*, 2014, num. 17851, www.revuegeneraledudroit.eu/?p=17851 (consulté le 12 décembre 2016).
- DUPUIS M., « La gestation pour autrui : brève note anthropologique », in *La gestation pour autrui, vers un encadrement ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 35-46.
- DOS REIS E. *et al.*, « La maternité de substitution », in *Parenté, Filiation, Origine*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 169-215.

- ELDER A., « Wombs to Rent : Examining the Jurisdiction of International Surrogacy », *Oregon Review of International Law*, 2014, pp. 347-374.
- FABRE-MAGNAN M., *La gestation pour autrui. Fictions et réalité*, Paris, Fayard, 2013.
- FARGE M., « La filiation des enfants issus d'une GPA à l'étranger : la CEDH se livre à un bon diagnostic des incohérences du droit français, mais prescrit un remède discutable », *R.D.L.F.*, 2014, pp. 1-10.
- FERGUS V., « An interpretation of Ohio law on maternal status in gestational surrogacy disputes : Belsito v. Clark, 644 N.E.2d 760 (Ohio C.P. Summit County 1994) », *University of Dayton Law Review*, 1995-1996, pp. 229-248.
- FIELD M., « Compensated Surrogacy », *Washington Law Review*, 2014, pp. 1155-1184.
- FINCK M. et KAS B., « Surrogacy leave as a matter of EU law : CD and Z. », *Common Market Law Review*, 2015, pp. 281-298.
- GABRY L., « Procreating Without Pregnancy : Surrogacy and the Need for a Comprehensive Regulatory Scheme », *Columbia Journal of Law and Social Problems*, 2012, pp. 415-450.
- GALLUS N., « La validité de la convention de gestation pour autrui en droit belge actuel », in *La gestation pour autrui, vers un encadrement ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 181-194.
- GALLUS N., « La gestation pour autrui réalisée à l'étranger et les controverses sur la reconnaissance des actes de naissance des enfants », *Act. dr. fam.* 2011, pp. 164-167.
- GALLUS N., *Le droit de la filiation : rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Bruxelles, Larcier, 2009.
- GAMBLE N. et GHEVAERT L., « The Chosen Middle Ground : England, Surrogacy Law and the International arena », *I.F.L.*, 2009, pp. 223-227.
- GOUTTENOIRE A., « La Cour de cassation et les enfants nés de GPA à l'étranger : un revirement *a minima* », *J.C.P.*, 2015, pp. 1614-1617.
- GUZMAN V., « A comparison of surrogacy laws of the U.S. to other countries : should there be a uniform federal law permitting commercial surrogacy ? », *Houston Journal of International Law*, 2016, pp. 619-652.
- HENNETTE VAUCHEZ S., « Deux poids, deux mesures : GPA, congé maternité de la mère commanditaire et procréation en droit de l'Union européenne », *Rev. dr. hom.*, 2014, pp. 1-16.

- HENRICOT C., « Gestation pour autrui transfrontière. Reconnaissance d'un double lien de filiation monosexuée : une première en Belgique ! », *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, pp. 721-729.
- HENRICOT C., « Contrat de gestation pour autrui : incidence de l'absence de mention du nom de la mère porteuse sur la (dis)qualification des « actes de naissance » », *R.T.D.F.*, 2011, pp. 700-704.
- HERJEET M., « La gestation pour autrui commerciale : droit et éthique », *Travail, genre et sociétés*, 2012, pp. 173-181.
- HERVIEU N., « La Cour européenne des droits de l'homme, stratège juridictionnel face aux enjeux brûlants de société », *Rev. dr. hom.*, 2014, pp. 1-33.
- HISANO E., « Gestational surrogacy maternity disputes : refocusing on the child », *Lewis & Clark Law Review*, 2011, pp. 517-554.
- HOFMAN D., « Mama's Baby, Daddy's Maybe : A State-by-State Survey of Surrogacy Laws and Their Disparate Gender Impact », *William Mitchell Law Review*, 2009, pp. 449-468.
- HOLMES A., « Baby mama drama : parentage in the era of gestational surrogacy », *North Carolina Journal of Law and Technology*, 2010, pp. 233-258.
- KERIAN C., « Surrogacy : A Last Resort Alternative for Infertile Women or a Commodification of Women's Bodies and Children ? », *Wisconsin Women's Law Journal*, 1997, pp. 113-166.
- KINDREGAN C. et SYNDER S., « Clarifying the Law of ART : The New American Bar Association Model Act Governing Assisted Reproductive Technology », *Family Law Quarterly*, 2008, pp. 203-230.
- R. KORT, « *Johnson v. Calvert* : California Supreme Court Enforces Surrogacy Contract », *Arizona State Law Journal*, 1994, pp. 243-252.
- KRENC F. et VAN DROOGHENBROECK S., « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – (1^{er} juillet - 31 décembre 2014) », *J.T.*, 2015, pp. 669-677.
- LE MAIGAT P., « Toujours pas de paix pour les “enfants fantômes de la République” », *Rev. dr. hom.*, 2016, pp. 1-12.
- LENGRAND C. et ESCUILLIE C., « Statut juridique de l'enfant issu d'une GPA à l'étranger : Une avancée jurisprudentielle à demi-teinte », *Rev. dr. hom.*, 2015, pp. 1-12.

- LEWIS B., « Three lies and a truth : adjudicating maternity in surrogacy disputes », *University of Louisville Law Review*, 2011, pp. 371-414.
- MACHALOW D., « Legislating Labors of Love : Revisiting Commercial Surrogacy in New York », *Indiana Law Journal Supplement*, 2014, pp. 1-29.
- MARZO C., « La Cour de justice de l'Union européenne et la Charte des droits fondamentaux : une illustration des splendeurs et misères de la régulation sociale par la mobilisation des droits sociaux fondamentaux par le juge », *Dr. soc.*, 2016, pp. 209-218.
- MASON J. et MACCALL SMITH R., *Law and medical ethics*, Londres, Butterworths, 1983.
- MASSAGER N., *Le droit de l'enfant à naître : le statut juridique de l'enfant à naître et l'influence des techniques de procréation médicalement assistée sur le droit de la filiation : étude de droit civil*, Bruxelles, Bruylant, 1997.
- MCCALLISTER I., « Modern Reproductive technology and the law : surrogacy contracts in the United States and England », *Suffolk Transnational Law Review*, 1996-1997, pp. 303-318.
- MERCHANT J., « Une gestation pour autrui " éthique " est possible », *Travail, genre et sociétés*, 2/2012 (n° 28), pp. 183-189.
- MORRISSEY J., « Surrogacy : the process, the law, and the contracts », *Willamette Law Review*, 2014-2015, pp. 459-558.
- OROZCO S., « K.M. v. E.G., Elisa B. v. Superior Court, Kristine H. v. Lisa R. : Intent and biology in California's lesbian parenting cases », *Jurimetrics*, 2005-2006, pp. 421-436.
- PIERCE-GEALY M., « "Are you my mother?" : Ohio's crazy-making baby-making produces a new definition of mother », *Akron Law Review*, 1995, pp. 535-572.
- PLUYM L., « Juridische aspecten van draagmoederschap », in *Medisch begeleide voortplanting : in juridisch en ethisch perspectief*, Anvers, Intersentia, 2014, pp. 119-166.
- RAO R., « Hierarchies of Discrimination in Baby Making ? A response to Professor Carroll », *Indiana Law Journal*, 2013, pp. 1217-1221.
- RAO R., « Equal Liberty : Assisted Reproductive Technology and Reproductive Equality », *The George Washington Law Review*, 2008, pp. 1457-1489.
- ROBERT L., « Réification et marchandisation du corps humain dans la jurisprudence de la Cour EDH. Retour critique sur quelques idées reçues », *Rev. dr. hom.*, 2015, pp. 1-23.

- ROMANENKO D. et DEKHNICH O., « Analogy and precedent in the Common Law and the Civil Law : outstanding features and terminological differences », *Krasnoyarsk Science*, 2016, pp. 8-24.
- RUBELLIN-DEVICHI J., « Les procréations assistées : état des questions », *R.T.D.C.*, 1987, pp. 457-497.
- RUFFIEUX G., « Retour sur une question controversée : le sort des enfants nés d'une mère porteuse à l'étranger », *R.D.L.F.*, 2014, pp. 1-8.
- RUSSO M., *The Crazy Quilt of Laws : Bringing Uniformity to Surrogacy Laws in the Unites States*, Senior Theses, Trinity College, Hartford, 2016.
- RUTH M., « What to expect when someone is expecting for you : New Jersey needs to protect parties to gestational surrogacy agreements following *In Re T.J.S.* », *Villanova Law Review*, 2015, pp. 383-410.
- 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 ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 325-374.
- SCHIFFINO N. et SAKKAS S., « La gestation pour autrui : un laboratoire de la décision politique en Belgique », in *La gestation pour autrui, vers un encadrement ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 127-154.
- SCOTT E., « Surrogacy and the politics of commodification », *Law and contemporary problems*, 2009, pp. 108-146.
- SMOLIN D., « Surrogacy as the Sale of Children: Applying Lessons Learned from Adoption to the Regulation of the Surrogacy Industry's Global Marketing of Children », *Pepperdine Law Review*, 2016, pp. 265-344.
- SOSSON J., « La jurisprudence européenne et la gestation pour autrui », *J.D.E.*, 2015, pp. 28-32.
- SPIVACK C., « National Report : The Law of Surrogate Motherhood in the United States », *The American Journal of Comparative Law*, 2010, pp. 97-114.
- SWOVELAND S., « Surrogacy and insurance : the call for statutory reform in Ohio », *Journal of Law and Health*, 2013, pp. 143-179.
- TRIMMINGS K. et BEAUMONT P., « International surrogacy arrangements : An urgent need for legal regulation at the international level », *Journal of Private International Law*, 2011, pp. 627-648.

- VAN BUNNEN L., « La gestation pour autrui et les droits de l'homme », *R.C.J.B.*, 2015, pp. 32-54.
- VERBROUCK C. et DE BOUYALSKI C., « Gestation pour autrui : le temps d'un nécessaire encadrement de la pratique », *R.D.E.*, 2014, pp. 163-179.
- VERSCHELDEN G. et PLUYM L., « Chronique de jurisprudence belge concernant la gestation pour autrui (droit interne) », in *La gestation pour autrui, vers un encadrement ?*, Bruylant, Bruxelles, 2013, pp. 195-212.
- VIJAY M., « Commercial Surrogacy Arrangements : The Unresolved Dilemmas », *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 3, 2014, pp. 200-236.
- WELSTEAD M., « This child is my child; this child is your child; this child was made for you and me – Surrogacy in England and Wales », *The International Survey of Family Law*, 2011, pp. 165-186.
- WENK D., « Belsito v. Clark: Ohio's Battle with "Motherhood" », *University of Toledo Law Review*, 1996-1997, pp. 247-278.
- 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 ?*, Bruylant, Bruxelles, 2013, pp. 239-286.
- WILLEMS G., « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit de la personne et de la famille (2012-2014) », *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, pp. 701-758.
- ZUCKERMAN J., « Extreme Makeover- Surrogacy Edition: Reassessing the Marriage Requirement in Gestational Surrogacy Contracts and the Right to Revoke Consent in Traditional Surrogacy Agreements », *Nova Law Review*, 2008, pp. 661-685.

TRAVAUX PARLEMENTAIRES

- Rapport d'information concernant l'examen des possibilités de créer un régime légal de coparentalité, Rapport fait au nom de la Commission des affaires institutionnelles, *Doc. Parl.*, Sénat., sess. 2015-2016, n°6-98/2.
- Proposition de loi réglementant la maternité de substitution, déposée par B. TOMMELEIN *et al.*, *Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 2010, n°5-130.

- Proposition de loi relative aux mères porteuses, déposée par C. DEFRAIGNE, *Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 2010, n°5-160.
- Proposition de loi relative à la maternité pour autrui, déposée par P. MAHOUX, *Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 2010, n°5-236.
- Proposition de loi portant organisation des centres de maternité de substitution, déposée par M. TEMMERMAN et G. SWENNEN, *Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 2010-2011, n°5-929.

JURISPRUDENCE

JURISPRUDENCE EUROPEENNE

- C.E.D.H. (5^e sect.), 19 janvier 2017, Laborie c. France.
- C.E.D.H. (1^{ere} sect.), 27 juin 2007, Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg
- C.E.D.H. (2^e sect.), 8 juillet 2014, D. et autres c. Belgique.
- C.E.D.H. (5^e sect.), 26 juin 2014, Mennesson c. France.
- C.E.D.H. (1^{re} sect.), 5 avril 2011, Negrepontis-Giannisis c. Grèce.
- C.E.D.H. (5^e sect.), 28 juin 2007, Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg.
- C.E.D.H., 22 avril 1997, X, Y et Z c. Royaume-Uni.
- C.J.U.E., 18 mars 2014, CD c. ST, C-167/12.
- C.J.U.E., 18 novembre 2011, Brüstle c. Greenpeace, C-34/10.
- C.J.U.E., 30 septembre 2010, Pedro Manuel Roca Álvarez c. Sesa Start España ETT SA, C-104/09.
- C.J.U.E., 26 février 2008, Sabine Mayr c. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OGH, C-506/06.
- C.J.C.E., 18 mai 1982, Adoui et Cornuaille c. Belgique, C-155 et 116/81.

JURISPRUDENCE BELGE

- Gand, 30 avril 2012, *R.G.D.C.*, 2012.
- Anvers, 14 janvier 2008, *R.W.*, 2007-2008.
- Gand, 16 janvier 1989, *T.G.R.* 1989.
- Civ. Liège, 15 mars 2013, *R.T.D.F.*, 2013.

- Trib. jeun. Namur, 7 janvier 2011, *Act. dr. fam.*, 2013.
- Trib. jeun. Bruges, 19 janvier 2012, *T.J.K.*, 2012.
- Civ. Nivelles, 6 avril 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011.
- Trib. jeun. Huy, 22 décembre 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012.
- Civ. Bruxelles, 6 mai 2009, *J.L.M.B.*, 2009.
- Trib. jeun. Turnhout, 4 octobre 2000, *R.W.*, 2001-2002,
- Trib. jeun. Bruxelles, 4 juin 1996, *J.L.M.B.*, 1996.

JURISPRUDENCE FRANÇAISE

- Cass. 1^{re} civ., 5 juillet 2017, n° 16-16.901.
- Cass. ass. plén., 3 juillet 2015, n°14-21.323.
- Cass. ass. plén., 3 juillet 2015, n°2015-015881.
- Cass. 1^{re} civ., 13 septembre 2013, n°12-18.315.
- Cass. ass. plén., 31 mai 1991, n°90-20105.

JURISPRUDENCE AMERICAINE

- In re T.J.S., 54 A.3d 263, 264 (N.J. 2012).
- Kristine H. c. Lisa R., 117 P.3d 690 (Cal. 2005).
- Elisa B. c. Superior Court, 117 P.3d 660 (Cal. 2005).
- K.M. c. E.G., 117 P.3d 673 (Cal. 2005).
- Johnson c. Calvert, 851 P.2d 776 (Cal. 1993).
- In re Baby M, 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396 (N.J. 1988).
- Lofton c. Sec'y of the Dep't of Children & Family Servs., U.S. Court of Appeals, n° 358 F.3d 804 (2004).
- Decker c. Decker, Ohio Court of Appeals, n° 5-02-63 (2003).
- In re Marriage of Buzzanca, California Court of Appeals, n° G022157 (1998).
- Seymour c. Stotski, Ohio Court of Appeal, n° 91AP-1336 (1992).
- Cook c. Harding, U.S. District Court, n° 16-cv-00742 (2016).
- A.G.R c. D.R.H, FD-09-001838-07, N.J Super (2009).
- A.H.W. c. G.H.B, 772 A.2d 948, 339 N.J. Super. (2000).

- Belsito c. Clark, Ohio C.P. Summit County, 644 N.E.2d 760 (1994).

LEGISLATION & REGLEMENTATION

LEGISLATION & REGLEMENTATION BELGES

- Code civil : articles 6, 55, 57, 312 §1^{er}, 315, 344-1, 348-4, 350, 1128 et 1131.
- Loi du 5 mai 2014 portant établissement de la filiation de la coparente, *M.B.*, 7 juillet 2014.
- 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.
- 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.
- Loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé, *M.B.*, 27 juillet 2004.
- Loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe, *M.B.*, 28 février 2003.
- Loi du 14 août 1974 relative à la délivrance des passeports, *M.B.*, 21 décembre 1974.
- A.R. du 15 février 1999 fixant les normes auxquelles les programmes de soins « médecine de la reproduction » doivent répondre pour être agréées, *M.B.*, 25 mars 1999.

LEGISLATION ETRANGERE

○ DROIT FRANÇAIS

- Code civil français : articles 16-1 al. 3, 16-7, 47.
- Code pénal français : articles 227-12 et 227-13.
- Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain.

○ DROIT BRITANNIQUE

- Human Fertilisation and Embryology Act, 2010.
- Human Fertilisation and Embryology Act, 2008.
- Human Fertilisation and Embryology Act, 1990.
- Surrogacy Arrangements Act, 1985.

○ DROIT AMERICAIN

- Code californien de droit familial : §7960, §7961 et §7962.
- Code civil de l'Ohio : chapitre 3111, section 02.
- Model Act Governing Assisted Reproductive Technologies, 2008.
- Uniform Parentage Act, 1988.
- Uniform Status of Children of Assisted Conception Act, 1988.

○ DROIT EUROPEEN

- Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950.
- Directive 92/85/CEE du 19 octobre 1992 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail.
- Directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail.

○ DOIT INTERNATIONAL

- Convention internationale de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale.
- Convention internationale des Droits de l'Enfant, signée à New York le 20 novembre 1989, approuvée par la loi du 25 novembre 1991, *M.B.*, 17 janvier 1992.
- Déclaration universelle des Droits de l'homme, adoptée le 10 décembre 1948 par l'Assemblée générale des Nations Unies.

SITES INTERNET

- AUTIN C., « Les mères porteuses ou la gestation pour autrui : vidéo d'information médicale. CHU Saint-Pierre », 15 novembre 2002, <https://www.stpierre-bru.be/fr/videos/les-meres-porteuses-ou-la-gestation-pour-autrui> (consulté le 22 mai 2017).

- GOLDBERG M., « Is a Surrogate a mother? », 2016
http://www.slate.com/articles/double_x/doublex/2016/02/custody_case_over_triplets_in_california_raises_questions_about_surrogacy.html (consulté le 30 juillet 2017).
- GRANET F., « La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant dans des Etats membres de la CIEC », 2014,
<http://www.marinacastellaneta.it/blog/wp-content/uploads/2014/02/MaternitesSubstitution7.2.2014.pdf> (consulté le le 22 mai 2017).
- LORRIAUX A., « GPA : Un rapport européen donne des pistes pour encadrer la gestation pour autrui et les mères porteuses », *Huffpost*, 2013,
http://www.huffingtonpost.fr/2013/06/06/gpa-un-rapport-europeen-_n_3392879.html (consulté le 16 mai 2017).
- MEUNIER M., « La GPA de nouveau en débat devant le Conseil de l'Europe », *La Croix*, 2016,
<http://www.la-croix.com/Monde/Europe/La-GPA-nouveau-debat-devant-Conseil-IEurope-2016-09-21-1200790736> (consulté le 16 mai 2017).
- MILLERAT J., « Parents biologiques, génétiques, juridiques, adoptifs, affectifs, matériels... tout court ? », 2009,
<http://www.akasig.org/2009/01/14/parents-biologiques-genetiques-juridiques-adoptifs-affectifs-materiels-tout-court/> (consulté le 4 août 2017).
- WILKINSON A., « Gov. Christie Vetoes Gestational Surrogacy Bill in New Jersey », 2012, <http://www.cnsnews.com/news/article/abigail-wilkinson/gov-christie-vetoes-gestational-surrogacy-bill-new-jersey> (consulté le 30 juillet 2017).
- ZERNIKE K., « Court's Split Helps Provide Little Clarity On Surrogacy », *New York Times*, 2012, <http://www.nytimes.com/2012/10/25/nyregion/in-surrogacy-case-nj-supreme-court-is-deadlocked-over-whom-to-call-mom.html> (consulté le 30 juillet 2017).
- « Les enfants nés d'une GPA à l'étranger pourront par l'adoption avoir deux parents légaux en France », *Le Monde*, 2017, http://www.lemonde.fr/societe/article/2017/07/05/la-cour-de-cassation-ouvre-la-voie-a-l-adoption-d-enfants-nes-de-gpa-a-l-etranger-par-le-mari-du-pere-biologique_5156166_3224.html, (consulté le 29 juillet 2017).

- « Baby M and the Question of Surrogacy », *The New York Times*, 2014, https://www.youtube.com/watch?v=fGb_D2TqZ9E (consulté le 12 mai 2017).
- Center for surrogate parenting, « California Enacts Landmark Legislation Giving Same Sex Parents Via Surrogacy Equal Parenting Rights », 2012, <http://www.prnewswire.com/news-releases/california-enacts-landmark-legislation-giving-same-sex-parents-via-surrogacy-equal-parenting-rights-174590041.html> (consulté le 14 mai 2017).
- « Gestational surrogacy law across the United States. State-by-State Interactive Map for Commercial Surrogacy », <http://www.creativefamilyconnections.com/us-surrogacy-law-map> (consulté le 14 mai 2017).
- Site du CPMA du CHU Saint-Pierre Bruxelles, http://www.fivette.be/index.php?option=com_content&view=article&id=61:les-meres-porteuses (consulté le 23 novembre 2016).
- Site du CPMA du CHU de Liège,
- <http://cpma-ulg.be/les-traitements/parentalite-alternative/le-principe/> (consulté le 23 novembre 2016).
- Site de l'UZ de Gent, <http://www.uzgent.be/nl/zorgaanbod/mdspecialismen/Reproductieve%20geneeskunde/Donatie%20en%20draagmoederschap/Paginas/default.aspx> (consulté le 23 novembre 2016).

DIVERS

- DISENHAUS D. et GOES B., « La Gestation pour autrui en Belgique, état des lieux et projets vus par Homoparentalités asbl, une association de parents et de futurs parents homosexuels », Homoparentalité ASBL, 2016.
- Secrétariat de la Commission des Episcopats de la Communauté Européenne, « Avis du Groupe de réflexion bioéthique sur la gestation pour autrui : La question de sa régulation au niveau européen ou international », 2015.
- Parlement européen, « Résolution sur le rapport annuel de 2014 sur les droits de l'homme et la démocratie dans le monde et sur les politiques de l'Union Européenne en la matière », 2015.
- Rapport du groupe de travail « filiation, origines, parentalité », 2014.

- C.E.D.H. (2^e section), 8 juillet 2014, D. et autres c. Belgique, communiqué de presse.
- C.E.D.H. (5^e sect.), 26 juin 2014, Mennesson c. France, communiqué de presse.
- Parlement européen, « A comparative study on the regime of surrogacy in EU member states », 2013.
- Parlement européen, « Recognition of parental responsibility : biological parenthood v. legal parenthood, i.e. mutual recognition of surrogacy agreements: What is the current situation in the MS? Need for EU action? », 2010.
- Etude du conseil d'état français sur la révision des lois de bioéthique, 9 avril 2009.
- American Bar Association, « Model Act Governing Assisted Reproductive Technologies », 2008.
- CHARTIER Y., rapport sous Cass. Ass. plén., 31 mai 1991.

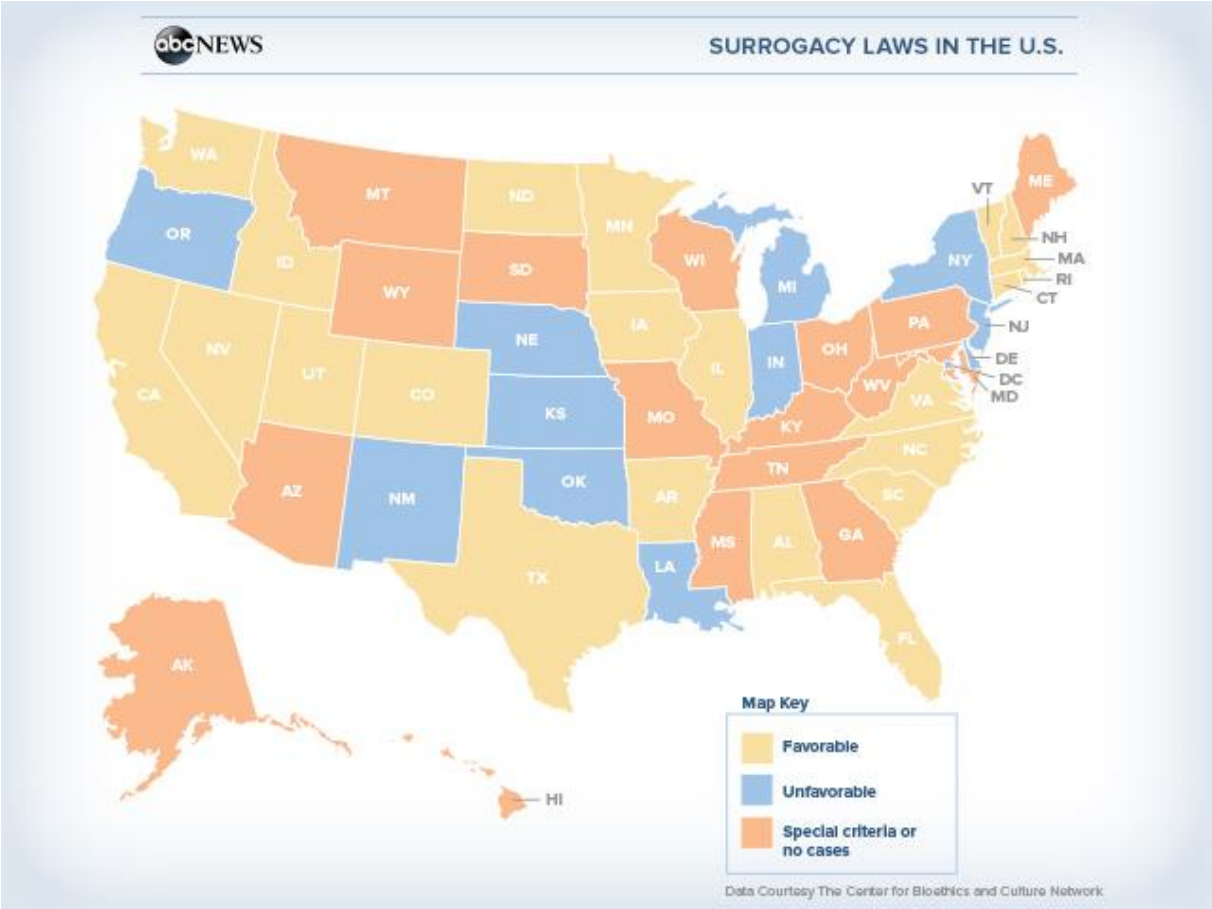
ANNEXES

ANNEXE I. Carte représentant la situation de la GPA en Europe



Source : S. LEGRAND et M. DEHLINGER, « CARTE. La gestation pour autrui en Europe : qui l'autorise et sous quelles conditions ? » 2014, <http://www.scoop.it/t/cartomapping/p/4029256803/2014/10/05/carte-la-gestation-pour-autrui-en-europe-qui-l-autorise-et-sous-quelles-conditions> (consulté le 23 mai 2017).

ANNEXE II. Carte représentant la situation de la GPA dans les cinquante Etats américains



Source : S. DONALDSON JAMES, « Woman Sets Out to Ban Surrogacy », 2014, <http://abcnews.go.com/Health/woman-sets-ban-surrogacy/story?id=24262290> (consulté le 23 mai 2017).

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/drt

