

La pratique de la gestation pour le compte d'autrui, une légitimité et une licéité justifiées ...

Mise en perspective des droits et principes fondamentaux de notre société.

Mémoire réalisé par
Marie-Astrid Dolne-Pholien

Promoteur
Nathalie Dandoy

Année académique 2014-2015
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>.

Une étude telle que le travail de fin d'études, ne peut être menée à bien sans soutien.

Je tiens donc à remercier sincèrement tous les acteurs ayant participé directement ou indirectement à sa réalisation, et tout particulièrement mon promoteur, Madame Nathalie Dandoy, pour sa confiance accordée dans l'élaboration de mon mémoire ainsi que pour sa disponibilité et ses conseils.

Introduction

Force est de constater que la pratique de la gestation pour le compte d'autrui suscite actuellement de nombreux débats extrêmement controversés. Cependant, nous pouvons observer que le recours aux mères porteuses est une pratique vieille comme le monde. En effet, déjà dans la Bible, on retrouve des situations de maternité de substitution. Ainsi, nous pouvons lire dans l'histoire d'Abraham et de Sarah : « ...*va donc vers mon esclave ; peut-être, par elle, aurai-je un enfant* »¹. Bien qu'il s'agisse d'un des plus vieux procédés de procréation, la gestation pour autrui fait toujours l'objet de vives réprobations, en raison de la modification des valeurs de notre société.

De leur côté, les perpétuels progrès scientifiques poussent considérablement vers une réforme, parfois inéluctable de notre droit. Droit qui doit également faire face aux volontés certes de plus en plus exigeantes des individus. Néanmoins, le rôle du droit ne consiste pas à les assouvir mais bien à en fixer les limites éthiques, assurant de cette manière leur légitimité et par là, leur licéité. En effet, l'éthique reste quoi qu'il en soit le maître mot de l'histoire de notre humanité, tant dans le domaine médical que juridique.

Par conséquent, pouvons-nous vraiment nier cette pratique ? Alors qu'à bien des égards, les conventions de gestation pour autrui sont conformes aux principes fondamentaux de notre société... Ainsi, si le recours à cette pratique s'avère en tout point légitime, sur quelle base pourrions-nous fonder l'illicéité de la gestation pour autrui ? Pouvons-nous vraiment aller à l'encontre de la réalisation, pour le moins légitime, d'un projet parental mis à mal par des contrariétés médicales ou par des orientations sexuelles inconciliables avec une procréation ? C'est, selon moi, regrettable.

L'objet de mon étude consistera donc à démontrer la légitimité ainsi que la licéité du procédé de la gestation pour le compte d'autrui au regard des principes et droits fondamentaux de notre société, dans l'optique de fonder l'opportunité d'une adaptation du droit assurant de la sorte la légalité de la pratique.

¹ Genèse, 16, *in* La Bible –L'Ancien Testament et le Nouveau Testament, traduction œcuménique, La Pochothèque, Classiques modernes, nouvelle édition revue, 1996, pp. 34-35.

Afin de faciliter au mieux la compréhension du raisonnement poursuivi, un sommaire succinct des termes et notions exploités précèdera l'étude proprement dite. Par ailleurs, la démonstration de l'aspect légitime et licite de ce nouveau processus d'engendrement s'articulera en quatre phases.

À cet égard, la première phase traitera de l'application de principes d'ordre public aux conventions de gestation pour le compte d'autrui, tels que les principes de l'indisponibilité du corps humain, de l'état des personnes et de la dignité de la personne humaine. Ce second titre aura vocation à démontrer le recours légitime à la gestation pour autrui au vu de l'expansion croissante de l'autonomie de la volonté.

La seconde phase se référera essentiellement à deux droits fondamentaux permettant de légitimement justifier le recours à la pratique de la gestation pour autrui. Ainsi, ce troisième titre comprendra le développement du droit à l'égalité et à la non-discrimination d'une part, et le droit au respect de la vie privée et familiale d'autre part.

Ensuite, il sera procédé à un examen des notions de désir d'enfant et d'intérêt supérieur de l'enfant en tant que fondements légitimes de ce nouveau procédé de procréation.

Enfin, je clôturerai mon développement par la démonstration de l'opportunité d'un encadrement juridique, belge voire international, des conventions de gestation pour autrui au nom de sa légitimité éthique et de sa licéité juridique.

Titre 1 : Préambule

Chapitre 1 : Terminologie

Section 1 : La procréation pour autrui et la gestation pour autrui

Au travers des termes « gestation pour autrui ou maternité pour autrui » on vise, de façon générale, la pratique par laquelle une femme s'engage à porter un enfant pour le compte d'un couple commanditaire, hétérosexuel ou homosexuel, auquel sera remis l'enfant après la naissance².

Le Comité consultatif de bioéthique définit dans un de ses avis du 5 juillet 2004 « la gestation pour autrui » comme étant « *la pratique par laquelle une femme porte un fœtus ou un enfant, et poursuit la grossesse jusqu'à la naissance de cet enfant avec l'intention de transférer ensuite tous ses droits et devoirs parentaux aux parents demandeurs* »³.

Deux types de « maternité pour autrui » peuvent néanmoins être envisagés : la maternité pour autrui de haute technologie (procréation pour autrui) et la maternité pour autrui de basse technologie (gestation pour autrui)⁴. Dans le premier cas, il est fait usage de l'ovocyte de la femme qui porte l'enfant, cette dernière étant simultanément génitrice et gestatrice : on parle alors de "mère de substitution"⁵. En revanche, dans le second cas, aucun matériel génétique n'est fourni par la femme qui porte l'enfant, usuellement nommée "mère porteuse"⁶, l'ovocyte provenant soit de la mère d'intention soit d'une tierce donneuse.

On notera d'ailleurs que diverses variantes sont envisageables suivant l'origine de l'embryon implanté chez la mère porteuse : soit l'embryon est conçu in vitro avec les gamètes du couple commanditaire, soit seul l'un des parents d'intention (le père d'intention ou la mère

² L. VAN BUNNEN, « La gestation pour autrui et les droits de l'homme », note sous C.E.D.H., 26 juin 2014, *R.C.J.B.*, 1^{er} trim., 2015, p. 33.

³ Avis n° 30 du 5 juillet 2004 « relatif à la gestation pour autrui (mères porteuses) » du Comité consultatif de bioéthique de Belgique, p. 4.

⁴ G. SCHAMPS, J. SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui : Vers un encadrement ?*, Actes du colloque organisé par la Faculté de droit e l'U.C.L. le 24 avril 2012, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 2.

⁵ L. VAN BUNNEN, « La gestation pour autrui et les droits de l'homme », *op. cit.*, p. 35.

⁶ *Ibid.*

d'intention) est le parent biologique de l'enfant, soit aucun des parents d'intention n'est l'auteur génétique de l'enfant⁷.

Il convient de préciser qu'au regard de nos droits fondamentaux, la présente étude relative à la légitimité éthique de la pratique de la « gestation pour autrui » ne se rapporte pas à la procréation pour autrui, c'est-à-dire à la situation dans laquelle la mère gestatrice est également la mère génétique de l'enfant. En effet, les hypothèses de gestation pour autrui où la mère porteuse n'est pas la mère génétique de l'enfant me semblent sans conteste légitimement et éthiquement acceptables. Ainsi, lorsqu'il est fait usage de la terminologie de la gestation pour autrui, on se réfère exclusivement à la pratique par laquelle un couple commanditaire recourt à une femme uniquement gestatrice ou porteuse.

Section 2 : La légitimité éthique et la licéité juridique

Se pose alors la question de la légitimité et de la licéité des conventions de gestation pour autrui.

La légitimité s'entend d'un acte qui est conforme à l'équité, à la raison, à la morale et au droit naturel. La légitimité se distingue de la légalité en ce qu'elle va au-delà de ce qui est légal, se référant tantôt à des principes en contradiction avec la loi.

La légalité se dit du caractère de ce qui est autorisé par le droit positif.

En revanche, la licéité désigne principalement ce qui est en conformité avec le droit, l'ordre public et les bonnes mœurs.

Chapitre 2 : Origines, filiation, parenté, parentalité : un nouveau droit de la famille en gestation⁸

Avant toute chose, il convient de distinguer les termes juridiques employés dans le cadre de l'intitulé du chapitre afin de comprendre au mieux les concepts auxquels ils se rapportent.

⁷ *Ibid.*

⁸ H. FULCHIRON, « Parenté, filiation, origines : un nouveau monde en gestation », in *Parenté, Filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs* (sous la dir. de H. FULCHIRON et J. SOSSON), Bruxelles, Bruylant, 2013, p.7.

L'accès à ses origines personnelles constitue un droit *stricto sensu* indépendant de toute reconnaissance d'un lien juridique de filiation⁹. De cette manière, les origines se distinguent de la parenté et de la parentalité en ce sens que la connaissance de l'identité du tiers donneur d'engendrement ne conduit pas inéluctablement à l'établissement du lien juridique de parenté fidèle à la réalité biologique¹⁰. En effet, la levée de l'anonymat confère simplement à l'enfant le droit de savoir à qui il doit d'être né, entendu comme le droit d'accéder à l'identité de son donneur¹¹.

La filiation et la parenté sont deux notions intimement liées attendu que la filiation constitue le fondement juridique de la parenté. La filiation s'entend du lien juridique indissoluble¹² « *qui unit l'enfant à son père ou à sa mère et, à travers eux, à leurs lignées respectives* »¹³. Le lien juridique de filiation confère à la mère et au père juridique de l'enfant un certain nombre de droits et de devoirs : le droit subjectif des parents d'exercer l'autorité parentale sur l'enfant, le droit de transmettre son nom à l'enfant, le devoir de transmettre une part de son patrimoine à son décès au travers de la vocation successorale de premier ordre établie en faveur de ses enfants ayant ainsi la qualité d'héritiers réservataires, le devoir d'éducation et d'entretien de l'enfant (article 203 du Code civil),¹⁴...

La parenté constitue donc le « *lien unissant les personnes dont l'une descend de l'autre ou qui descendent d'un auteur commun* »¹⁵.

La parentalité représente quant à elle « *l'exercice de fonctions d'éducation et de soins par des personnes qui n'ont pas de titre de filiation sur l'enfant* »¹⁶, tel est notamment le statut du beau parent.

⁹ J. SOSSON, « Filiation, origines, parentalité », in *Filiation et parentalité* (sous la dir. de J.-L. RENCHON et J. SOSSON), Actes du XIIIe colloque de l'Association "Famille & droit", Louvain-la-Neuve, 29 novembre 2013, coll. Famille et droit, 7, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 13.

¹⁰ *Ibid.*, p. 18.

¹¹ G. MATHIEU et G. WILLEMS, « Origines, parentalité et parenté dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Filiation et parentalité* (sous la dir. de J.-L. RENCHON et J. SOSSON), Actes du XIIIe colloque de l'Association "Famille & droit", Louvain-la-Neuve, 29 novembre 2013, coll. Famille et droit, 7, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 58-59.

¹² J. SOSSON, « Filiation, origines, parentalité », *op. cit.*, in *Filiation et parentalité*, *loc. cit.*, p. 18.

¹³ *Ibid.*, p. 8.

¹⁴ *Ibid.*, p. 9.

¹⁵ *Ibid.*, p. 8.

¹⁶ *Ibid.*, p. 13.

Les concepts d'origines, de filiation/parenté et de parentalité recouvrent trois réalités bien distinctes à ne pas confondre : le premier permet la conception et/ou la naissance, le second inscrit l'enfant dans « *une parenté instituant et indissoluble* »¹⁷, et le troisième prévoit une fonction d'éducation subsidiaire¹⁸.

Les évolutions relatives à la maîtrise de la procréation et de la vie ont incontestablement bouleversé les trois piliers sur lesquels reposait le modèle traditionnel de la parenté et par là le droit de la filiation¹⁹, à savoir « *l'hétérosexualité de la filiation, l'unicité des liens paternel et maternel, et l'adéquation de principe entre le juridique et le biologique* »²⁰.

On peut relever trois phénomènes à l'origine de cet ébranlement : les droits fondamentaux, les progrès scientifiques et la revendication homosexuelle²¹.

De prime abord, la parenté a été touchée par l'émergence de droits et principes fondamentaux tels que le droit de connaître ses origines, l'intérêt supérieur de l'enfant, ou encore le droit de recourir à l'assistance médicale à la procréation²².

Parallèlement, l'évolution constante de la science permettant la multiplicité de personnes susceptibles d'intervenir dans le cadre d'un même projet parental (jusqu'à cinq personnes dans le cadre d'une gestation pour autrui) a davantage complexifié la question de la détermination des parents juridiques de l'enfant²³. Cela nous amène alors inévitablement à nous interroger sur la conception actuelle des notions de la parenté telles que la maternité et la paternité ainsi que sur leur consécration en termes juridiques. Pour ce faire, il convient de repenser le modèle traditionnel de la parenté en faveur d'une multi parenté²⁴ ou d'une multi parentalité, incluant de la sorte le tiers donneur d'engendrement.

¹⁷ *Ibid.*, p. 20.

¹⁸ *Ibid.*, p. 17.

¹⁹ H. FULCHIRON, « Parenté, filiation, origines : un nouveau monde en gestation », *op. cit.*, in *Parenté, Filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, *loc. cit.*, p. 7.

²⁰ *Ibid.*, p. 7.

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*, p. 8.

²³ *Ibid.*

²⁴ GALLUS N., *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge - La nécessité de légiférer et les propositions de loi encadrant la licéité de la gestation pour autrui*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 407.

Enfin, l'hétérosexualité de la filiation fut mise à l'épreuve par la revendication homosexuelle attendu que l'établissement d'une double parenté « monosexuée » s'oppose aux règles naturelles de la filiation jusqu'ici établies sur base d'un modèle hétérosexuel²⁵.

L'éclatement des configurations familiales, les reconsidérations des modèles de procréation et les nouvelles techniques médicales confrontent continuellement nos sociétés à de nouveaux questionnements éthiques et à de nouvelles responsabilités²⁶. On le comprend, le travail d'adaptation du législateur est perpétuel car le droit de la personne et de la famille « fait office de véritable boîte de Pandore »²⁷.

Chapitre 3 : La gestation pour autrui : une réalité qui dérange et pourtant...

Bien qu'elle soit fréquemment critiquée, la pratique de la gestation pour autrui s'inscrit, à maints égards, dans la continuité de l'évolution historique et juridique du droit familial²⁸.

On peut notamment constater depuis près d'un demi-siècle la rupture du lien entre l'institution matrimoniale et l'engendrement légitime de l'enfant. Le mariage ne constitue *a fortiori* plus l'unique cadre légitime de procréation.

On a également pu observer depuis peu une volonté de libérer la filiation de la différence des sexes au nom du principe d'égalité et de non-discrimination par l'ouverture de l'adoption au couple de même sexe²⁹.

De plus, les avancées scientifiques et médicales ont indéniablement influencé les profondes mutations opérées en matière de parenté et de filiation. A cet égard, on peut relever deux types de dissociation inédite dans l'histoire de l'espèce humaine : celle produite entre la sexualité et la procréation suite à la maîtrise de la procréation au moyen de la contraception

²⁵ H. FULCHIRON, « Parenté, filiation, origines : un nouveau monde en gestation », *op. cit.*, in *Parenté, Filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, *loc. cit.*, p. 8.

²⁶ E. DOS REIS, G. RUFFIEUX, J. TEREL, G. WILLEMS, « Maternité de substitution », in *Parenté, Filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs* (sous la dir. de H. FULCHIRON et J. SOSSON), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 220 ; M. DUPUIS, « La gestation pour autrui : brève note anthropologique », in *La gestation pour autrui – Vers un encadrement ?* (sous la dir. de G. SCHAMPS, J. SOSSON), Actes du colloque organisé par la Faculté de droit e l'U.C.L. le 24 avril 2012, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 44.

²⁷ L. BRUNET et J. SOSSON, « L'engendrement à plusieurs en droit comparé : quand le droit peine à distinguer filiation, origines et parentalité », in *Parenté, Filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs* (sous la dir. de H. FULCHIRON et J. SOSSON), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 31.

²⁸ Conférence du 31 mars 2014 organisée par ELSA, « La gestation pour autrui, contrat privé ou embarras éthique », avec X. DIJON, C. AUTIN, G. SCHAMPS, J. SOSSON et G. MATHIEU.

²⁹ J. SOSSON, « Filiation, origines, parentalité », *op. cit.*, in *Filiation et parentalité*, *loc. cit.*, p. 6.

d'une part³⁰, et celle créée entre la sexualité et la procréation par le recours aux capacités reproductives d'un ou de plusieurs tiers au moyen de techniques d'assistance médicale à la procréation d'autre part³¹.

Cette dernière dissociation résultant de l'intervention de tiers dans le processus de procréation pousse considérablement nos sociétés à repenser les fondements de la parenté. On peut néanmoins souligner que la technique d'assistance médicale à la procréation n'intéresse que les couples hétérosexuels ou lesbiens, les couples d'hommes étant physiologiquement confrontés à la contrainte de la gestation³².

Dès lors, en vertu du principe fondamental qu'est le principe d'égalité et de non-discrimination, l'accès aux techniques de procréation médicalement assistée (P.M.A.) renvoie incontestablement à la pratique de la gestation pour autrui médicalisée³³. Nous aborderons ce dernier point ultérieurement au travers du chapitre 4 du titre 2.

Titre 2 : Les conventions de gestation pour autrui entre autonomie de la volonté et ordre public international

Nombreux sont ceux qui à l'heure actuelle, mettent en péril la validité de la convention de gestation pour autrui. Nonobstant la question de la licéité, il convient au préalable, d'apprécier la légitimité de cette pratique. À cet égard, après un exposé succinct du phénomène d'autonomie individuelle et de contractualisation progressive des matières familiales, le présent titre sera essentiellement axé sur les principes généraux et fondamentaux de l'ordre public international. Ainsi, je tâcherai de confronter le principe d'indisponibilité du corps humain, le principe de l'état des personnes et le principe de la dignité de la personne humaine aux conventions de gestation pour le compte autrui.

³⁰ J. SOSSON, « Filiation, origines, parentalité », *op. cit.*, in *Filiation et parentalité, loc. cit.*, p. 6.

³¹ *Ibid.*, p. 7.

³² H. FULCHIRON, « Parenté, filiation, origines : un nouveau monde en gestation », *op. cit.*, in *Parenté, Filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs, loc. cit.*, p. 9.

³³ *Ibid.*

Chapitre 1 : L'autonomie de la volonté

Le rôle croissant de l'autonomie individuelle est indubitablement associé à une contractualisation des relations personnelles et familiales³⁴. Certains soutiennent d'ailleurs que « *le contrat s'insinue partout [...] au point qu'il est désormais courant d'évoquer un mouvement expansif de "contractualisation" qui affecterait [...] aussi les branches du droit les plus naturellement rétives à l'instrument contractuel, comme [...] le droit familial* »³⁵.

Ce phénomène parfois qualifié de « *révolution familiale individualiste* »³⁶ s'explique par le déclin progressif des principes généraux d'indisponibilité d'une part, et par l'épanouissement des accords de volonté d'autre part³⁷. À titre exemplatif, on peut invoquer la prédominance du contrat dans le domaine de la procréation médicalement assistée, du mariage (contrat de mariage), de la procédure de divorce (divorce par consentement mutuel³⁸), ...³⁹.

Précisons toutefois que la manifestation des accords de volonté dans le domaine personnel et familial résulte rarement d'une forme exclusivement contractuelle⁴⁰. En effet, la portée du champ de la disponibilité dans la sphère du droit de la personne et de la famille est limitée par

³⁴ G. SCHAMPS et G. WILLEMS, « La convention de gestation pour autrui entre autonomie de la volonté, ordre public et droits fondamentaux : quelles garanties formelles et substantielles ? », in *La gestation pour autrui – Vers un encadrement ?* (sous la dir. de G. SCHAMPS, J. SOSSON), Actes du colloque organisé par la Faculté de droit de l'U.C.L. le 24 avril 2012, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 327.

³⁵ *Ibid.* ; G. LEWKOWICZ et M. XIFARAS, « Repenser le contrat : droit et philosophie face aux nouvelles pratiques contractuelles », in *Repenser le contrat* (sous la dir. de G. LEWKOWICZ et M. XIFARAS), coll. Méthodes du droit, Paris, Dalloz, 2009, pp. 1-2.

³⁶ 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 ? », *op. cit.*, in *La gestation pour autrui – Vers un encadrement ?*, *loc. cit.*, p. 327 ; J.-L. RENCHON, « Indisponibilité, ordre public et autonomie de la volonté en droit des personnes et de la famille », in *Le code civil entre ius commune et droit privé européen* (sous la dir. de A. WIJFFELS), Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 269-332.

³⁷ 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 ? », *op. cit.*, in *La gestation pour autrui – Vers un encadrement ?*, *loc. cit.*, p. 327.

³⁸ F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Divorce et contrat », in *La contractualisation de la famille* (sous la dir. de D. Fenouillet et P. de VAREILLES-SOMMIERES), coll. Etudes juridiques, vol. 14, Paris, Economica, 2001, pp. 67-79.

³⁹ 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 ? », *op. cit.*, in *La gestation pour autrui – Vers un encadrement ?*, *loc. cit.*, p. 327.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 328 ; P. MURAT, « Rattachement familial de l'enfant et contrat », in *La contractualisation de la famille* (sous la dir. de D. Fenouillet et P. de VAREILLES-SOMMIERES), coll. Etudes juridiques, vol. 14, Paris, Economica, 2001, p. 150.

l'aménagement de conditions et de procédures ayant pour but d'encadrer au mieux l'autonomie individuelle consentie⁴¹.

Par cette extension du terrain de la disponibilité en matière familiale et personnelle, et par ce mouvement de contractualisation, les exigences individuelles s'intensifient considérablement de telle manière qu'il peut être allégué que « *le concept contractuel perd en puissance ce qu'il gagne en étendue* »⁴².

Dès lors, nous pouvons constater que les conventions de gestation pour le compte d'autrui s'inscrivent clairement dans l'axe du phénomène d'individualisation et de contractualisation du droit de la famille présenté.

Chapitre 2 : Le principe de l'indisponibilité du corps humain

Section 1 : Principe

Aucune disposition juridique ne semble prévoir la règle de l'indisponibilité du corps humain. Cela nous amène à nous questionner sur la légitimité actuelle de cette règle d'autant qu'elle n'a pas « *la vocation à la généralité indispensable à la qualification de principe général de droit* »⁴³. Néanmoins, ce principe peut être fondé sur les articles 6 et 1128 du Code civil⁴⁴ : articles stipulant d'une part, qu'« *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* », et énonçant d'autre part, que seules « *les choses qui sont dans le commerce (...) puissent être l'objet des conventions* ».

⁴¹ 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 ? », *op. cit.*, in *La gestation pour autrui – Vers un encadrement ?*, *loc. cit.*, p. 328.

⁴² *Ibid.* ; F. TERRÉ, « Rapport de synthèse », in *La contractualisation de la famille* (sous la dir. de D. Fenouillet et P. de VAREILLES-SOMMIERES), coll. Etudes juridiques, vol. 14, Paris, Economica, 2001, p. 313.

⁴³ N. GALLUS, « La validité de la convention de gestation pour autrui en droit belge actuel », in *La gestation pour autrui – Vers un encadrement ?* (sous la dir. de G. SCHAMPS, J. SOSSON), Actes du colloque organisé par la Faculté de droit et l'U.C.L. le 24 avril 2012, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 185 ; N. GALLUS, *Bioéthique et droit*, Précis de la faculté de droit et de criminologie de l'ULB, Limal, Anthémis, 2013, p. 132 ; N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge - La nullité de la convention de gestation pour autrui en droit actuel*, *loc. cit.*, p. 360.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 358.

Ce qui revient à dire que le principe d'indisponibilité du corps humain se réfère à la *summa divisio*⁴⁵ entre les choses et les personnes, de manière telle que les éléments constitutifs de la personne ne peuvent être l'objet de convention à titre onéreux, ni d'emprise de la volonté humaine au motif que la personne n'est pas une chose se trouvant dans le commerce⁴⁶.

Section 2 : La disponibilité du corps humain

Nous pouvons néanmoins remarquer que le corps humain se révèle être, à bien des égards, non pas indisponible mais bien disponible.

Et pour cause, on retrouve de multiples exceptions au principe d'indisponibilité du corps ainsi que de nombreux cas légaux d'implication du corps humain dans le commerce juridique⁴⁷.

En effet, l'individu est aujourd'hui libre de disposer de son corps à titre gratuit ou pour des motifs thérapeutiques le concernant (transsexualisme⁴⁸, euthanasie⁴⁹, don d'organes⁵⁰..) ou concernant autrui (don d'organes, don de sang, don de gamètes, don de gestation...)⁵¹. Notons d'ailleurs que le corps humain représente à lui seul depuis des millénaires un instrument de travail, de gain⁵².

Bien que ces divers actes de disposition du corps humain prévus par la loi reflètent la disponibilité du corps humain, ces cas ne suffisent toutefois pas à eux seuls à démontrer la légitimité et la licéité de la convention de gestation pour autrui⁵³. Il convient de respecter

⁴⁵ N. GALLUS, « La validité de la convention de gestation pour autrui en droit belge actuel », *op. cit.*, in *La gestation pour autrui – Vers un encadrement ?*, *loc. cit.*, p. 183 ; GALLUS N., *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge - La nullité de la convention de gestation pour autrui en droit actuel*, *loc. cit.*, p. 358.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ N. GALLUS, « La validité de la convention de gestation pour autrui en droit belge actuel », *op. cit.*, in *La gestation pour autrui – Vers un encadrement ?*, *loc. cit.*, p. 185 ; N. GALLUS, *Bioéthique et droit*, *loc. cit.*, p. 132 ; Gallus N., *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge - La nullité de la convention de gestation pour autrui en droit actuel*, *loc. cit.*, p. 360.

⁴⁸ Loi du 10 mai 2007 relative à transsexualité, *M.B.*, 11 juillet 2007, p. 37823.

⁴⁹ Loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie, *M.B.*, 22 juin 2002, p. 28515.

⁵⁰ Loi du 13 juin 1986 sur le prélèvement et la transplantation d'organes, *M.B.*, 14 février 1987, p. 2129.

⁵¹ N. GALLUS, « La validité de la convention de gestation pour autrui en droit belge actuel », *op. cit.*, in *La gestation pour autrui – Vers un encadrement ?*, *loc. cit.*, p. 185 ; N. GALLUS, *Bioéthique et droit*, *loc. cit.*, p. 132 ; Gallus N., *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge - La nullité de la convention de gestation pour autrui en droit actuel*, *loc. cit.*, p. 360.

⁵² G. GENICOT, « Gestation pour autrui, autonomie personnelle et maîtrise corporelle : plaidoyer pour un droit neutre et libéré », in *La gestation pour autrui – Vers un encadrement ?* (sous la dir. de G. SCHAMPS, J. SOSSON), Actes du colloque organisé par la Faculté de droit e l'U.C.L. le 24 avril 2012, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 165.

⁵³ N. GALLUS, « La validité de la convention de gestation pour autrui en droit belge actuel », *op. cit.*, in *La gestation pour autrui – Vers un encadrement ?*, *loc. cit.*, p. 185 ; N. GALLUS, *Bioéthique et droit*, *loc. cit.*, p. 133 ;

notamment le principe général de droit et d'éthique de la dignité de la personne humaine, principe qui sera analysé ultérieurement⁵⁴.

A ce propos, on peut invoquer un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 15 juin 1990 dans lequel fut opérée une articulation entre d'une part, le principe d'indisponibilité de la personne humaine et d'autre part, le principe de dignité de la personne humaine.

Effectivement, il est notoirement entendu que seule l'éthique, à savoir la légitimité de l'acte, peut justifier toute dérogation au principe d'indisponibilité du corps humain⁵⁵. Vu sous cet angle, la Cour d'appel de Paris avait avancé dans son arrêt du 15 juin 1990 « *qu'on ne peut soutenir que tout contrat ayant pour objet le corps humain serait illicite, un certain nombre de dérogations étant d'ores et déjà intervenues – tel le don d'organe – en fonction de l'évolution sociale et des progrès de la technique médicale, et qu'en l'état actuel de la société et des diverses mutations que connaît la famille, la maternité pour autrui – en tant que portant sur les capacités de gestation de la mère de substitution – librement consentie et assumée, appliquée avec la prudence et les garanties qui s'imposent, doit être admise au nombre de ces dérogations, dès lors qu'il n'est pas démontré que, plus que d'autres modes de procréation artificielle ou même de filiations de substitution largement pratiquées ou organisées, elle serait de nature à constituer un danger social, spécialement pour l'enfant, ou qu'elle entraverait le libre exercice de leurs droits naturels par les autres membres de la société* »⁵⁶.

Dans cette optique, il peut être affirmé que tout acte de disposition du corps humain peut déroger au principe d'indisponibilité du corps humain pour autant que cette disposition soit conforme à la dignité de la personne humaine.

N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge - La nullité de la convention de gestation pour autrui en droit actuel*, loc. cit., p. 360.

⁵⁴ Cf. Chapitre 3 du présent titre.

⁵⁵ N. GALLUS, « La validité de la convention de gestation pour autrui en droit belge actuel », *op. cit.*, in *La gestation pour autrui – Vers un encadrement ?*, loc. cit., p. 186 ; Gallus N., *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge - La nullité de la convention de gestation pour autrui en droit actuel*, loc. cit., p. 361.

⁵⁶ Paris, 15 juin 1990, *J.C.P.*, 1991, II, p. 21653.

Section 3 : De la maîtrise corporelle à la maîtrise de la maternité

Le phénomène d'individualisation traduit par l'intention de contrôler son corps, de le personnaliser, mène inmanquablement à un détachement progressif à son égard⁵⁷. Le corps en tant que « *construction personnelle susceptible de maintes métamorphoses* »⁵⁸ est alors coupé de l'homme devenant de la sorte un *alter ego*⁵⁹.

La maîtrise corporelle se manifeste par le pouvoir de dire non, de s'opposer à toute atteinte corporelle non voulue mais aussi par le pouvoir d'en faire, dans le respect d'autrui, ce que l'on veut⁶⁰. Dans le domaine scientifique et médical, les dons doivent être réalisés à titre gratuit et toute atteinte faite à l'intégrité physique d'une personne humaine n'est légitime que si elle est consentie par celle-ci, sauf circonstances exceptionnelles⁶¹. Cependant, l'exigence de gratuité des dons, résultant de l'extra-patrimonialité du corps humain et de ses éléments, ne signifie aucunement qu'il se trouve hors du commerce juridique, ni qu'il soit indisponible pour l'être humain⁶².

Ainsi, en vertu de l'autonomie de la volonté, la femme qui accepte de porter l'enfant d'autrui est totalement libre de disposer de ses fonctions reproductrices. En effet, rappelons-le, le processus d'engendrement est entièrement maîtrisé par la femme, cette dernière pouvant choisir de ne pas l'engager (contraception) ou même de l'interrompre (interruption volontaire de grossesse)⁶³. Ce revirement d'une « maternité involontaire » à une « maternité délibérée » permet de concrétiser la maternité pour autrui et, plus spécifiquement, la pratique de la gestation pour autrui, comme une nouvelle forme de maîtrise corporelle⁶⁴.

Soulignons que la critique basée sur l'absence d'un libre consentement dans le chef de la mère porteuse, au vu des troubles physiologiques et psychologiques de l'acte médical, n'est

⁵⁷ D. LE BRETON, « La question anthropologique de la gestation pour autrui », in *Les incidences de la biomédecine sur la parenté* (sous la dir. de B. FEUILLET-LIGER et J. COMMAILLE), coll. Droit, bioéthique et société, 11, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 341.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ G. GENICOT, « Gestation pour autrui, autonomie personnelle et maîtrise corporelle : plaidoyer pour un droit neutre et libéré », *op. cit.*, in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, *loc. cit.*, p. 166.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Ibid.*, p. 171.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 168.

pas déterminante car cette contrariété se dégage de toute convention relative à un acte médical⁶⁵.

Le rôle du droit est assurément de prévoir un encadrement des pratiques émanant de l'autonomie des volontés afin d'éviter les excès et les dérives qu'elles renferment, tout en respectant la liberté et l'autonomie de la maîtrise des facultés corporelles de chaque individu⁶⁶.

Dès lors, on imagine difficilement les motifs en vertu desquels la société s'opposerait à cette maîtrise corporelle qu'est la pratique de la gestation pour autrui, dans la mesure où aucun couple ni aucune femme n'est contraint d'y adhérer⁶⁷.

Chapitre 3 : Le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes

Section 1 : Principe

Tout comme le principe d'indisponibilité du corps humain, l'indisponibilité de l'état des personnes ne constitue qu'un « *voile factice à l'emprise de la volonté sur le destin* »⁶⁸. En effet, aucun dogme indérogeable déduit de la science, du droit, de la philosophie et de l'éthique ne semble affirmer l'indisponibilité de l'état des personnes⁶⁹.

Ainsi, le changement de nom, de domicile, d'état civil, de sexe, remettent clairement en cause le principe fondamental d'indisponibilité de l'état des personnes⁷⁰.

Il est d'ailleurs souligné par le professeur Michelle Gobert que, les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes n'ont « *de valeur qu'incantatoire* »⁷¹. « *Inexistants*

⁶⁵ N. GALLUS, « La validité de la convention de gestation pour autrui en droit belge actuel », *op. cit.*, in *La gestation pour autrui – Vers un encadrement ?*, *loc. cit.*, p. 184 ; N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 851 ; Gallus N., *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge - La nullité de la convention de gestation pour autrui en droit actuel*, *loc. cit.*, p. 360.

⁶⁶ G. GENICOT, *Nouveaux dialogues en droit médical - Tour d'horizon de quelques acquis et enjeux actuels*, CUP, vol. 136, Liège, Anthemis, 2012, p. 34.

⁶⁷ G. GENICOT, « Gestation pour autrui, autonomie personnelle et maîtrise corporelle : plaidoyer pour un droit neutre et libéré », *op. cit.*, in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, *loc. cit.*, p. 171.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 168 ; G. GENICOT, *Nouveaux dialogues en droit médical - Tour d'horizon de quelques acquis et enjeux actuels*, *loc. cit.*, p.35.

⁶⁹ G. GENICOT, « Gestation pour autrui, autonomie personnelle et maîtrise corporelle : plaidoyer pour un droit neutre et libéré », *op. cit.*, in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, *loc. cit.*, p. 168.

⁷⁰ X. DUON, « Chronique d'une avalanche annoncée : les présupposés philosophiques de la gestation pour autrui », in *La gestation pour autrui – Vers un encadrement ?* (sous la dir. de G. SCHAMPS, J. SOSSON), Actes du colloque organisé par la Faculté de droit e l'U.C.L. le 24 avril 2012, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 79.

en droit positif, ils appartiennent à l'imaginaire d'une certaine doctrine, et ne sont pas en prise avec l'état actuel du droit, des pratiques et des besoins sociaux »⁷².

Comme stipulé dans le cadre de l'indisponibilité du corps humain, c'est à nouveau l'éthique qui commande les libertés individuelles indépendamment de tout principe général pouvant prétexter y faire obstacle⁷³. Auparavant, les principes généraux étaient à ce point attachés au contexte social, qu'il n'était pas requis de les formuler *ad litteram* dans l'ordre juridique pour qu'ils soient respectés⁷⁴.

Mais il semble que dorénavant ce fondement éthique s'est quelque peu dissipé, de telle manière que les libertés individuelles des individus ne sont dorénavant limitées que par des règles légales explicites⁷⁵.

Dès lors, il convient de se demander s'il existe dans le droit belge ou même à plus forte raison, dans le droit international, une disposition légale interdisant à une femme de porter l'enfant d'autrui. A bien y regarder, la réponse semble à tout le moins négative.

Section 2 : L'indisponibilité de l'état des personnes et les conventions de gestation pour autrui

Il est très souvent reproché à la convention de gestation pour autrui de modifier les règles de la parenté par la renonciation anticipée de la qualité de mère juridique à l'égard de la femme qui accouche ainsi que par l'engagement anticipé de cession des éléments constitutifs de l'état de l'enfant à naître aux parents d'intention⁷⁶. Cette atteinte au principe d'indisponibilité de l'état des personnes remet *a priori* en cause le fondement légal de la maternité qui jusqu'à présent découle de l'accouchement⁷⁷.

⁷¹ G. GENICOT, « Gestation pour autrui, autonomie personnelle et maîtrise corporelle : plaidoyer pour un droit neutre et libéré », *op. cit.*, in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, *loc. cit.*, p. 165 ; M. GOBERT, « Réflexions sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (A propos de la maternité de substitution) », *R.T.D. civ.*, 1991, pp. 489-528 ; G. GENICOT, *Nouveaux dialogues en droit médical - Tour d'horizon de quelques acquis et enjeux actuels*, *loc. cit.*, p.32.

⁷² *Ibid.*

⁷³ X. DIJON, « Chronique d'une avalanche annoncée : les présupposés philosophiques de la gestation pour autrui », *op. cit.*, in *La gestation pour autrui – Vers un encadrement ?*, *loc. cit.*, p. 79.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ N. GALLUS, « La validité de la convention de gestation pour autrui en droit belge actuel », *op. cit.*, in *La gestation pour autrui – Vers un encadrement ?*, *loc. cit.*, p. 188 ; N. GALLUS, *Bioéthique et droit*, *loc. cit.*, p. 135.

⁷⁷ N. GALLUS, « La validité de la convention de gestation pour autrui en droit belge actuel », *op. cit.*, in *La gestation pour autrui – Vers un encadrement ?*, *loc. cit.*, p. 188 ; N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, *loc. cit.*, p. 78 ; M. GOBERT, « Réflexions sur les sources du droit et les principes d'indisponibilité du corps

Par ailleurs, bien qu'il ne s'agisse pas de l'objet exclusif de la présente section, on peut soulever que le socio-affectif est davantage présent dans le droit de la filiation. A cet égard, il semble aujourd'hui hasardeux de penser que la volonté suffit à ordonner à elle seule les conséquences d'un éclatement inéluctable entre la maternité gestationnelle, la maternité génétique et la maternité d'intention⁷⁸. L'intervention du législateur dans cette matière est donc indispensable afin de garantir l'accès au lien juridique de filiation⁷⁹. Cette dissociation sera davantage développée ultérieurement⁸⁰.

Dans son arrêt du 13 décembre 1989, la Cour de cassation française, avait d'ailleurs déclaré que les conventions de gestation pour autrui « *contrevenaient au principe d'ordre public de l'indisponibilité de l'état des personnes en ce qu'elles ont pour but de faire venir au monde un enfant dont l'état ne correspondra pas à sa filiation réelle au moyen d'une renonciation et d'une cession, également prohibées, des droits reconnus par la loi à la future mère* »⁸¹.

Bien qu'il soit fait, à juste titre, référence à la "filiation réelle", on peut s'interroger quant au bien-fondé de cet argument. En effet, la notion de "filiation réelle" s'avère équivoque attendu qu'en droit, le concept de filiation revêt un caractère *multidimensionnel*⁸².

J'entends par là qu'il est difficile de délimiter une réalité unique, la maternité pour autrui pouvant couvrir diverses formes selon l'origine biologique de l'embryon porté par la mère gestatrice⁸³.

Par conséquent, la pratique de la gestation pour autrui, c'est-à-dire l'hypothèse dans laquelle il est fait usage du patrimoine génétique des parents d'intention ou de tiers donneur, poursuit l'objectif qui consiste à conférer à l'enfant une filiation légale correspondant à la filiation

humain et de l'état des personnes, à propos de la maternité de substitution », *op. cit.*, p. 522 ; N. GALLUS, *Bioéthique et droit*, *loc. cit.*, p. 135.

⁷⁸ N. GALLUS, « La validité de la convention de gestation pour autrui en droit belge actuel », *op. cit.*, in *La gestation pour autrui – Vers un encadrement ?*, *loc. cit.*, p. 188 ; N. GALLUS, *Bioéthique et droit*, *loc. cit.*, p. 135.

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ Cf. Titre 3, chapitre 3.

⁸¹ Cass. fr., 13 décembre 1989, *J.C.P.*, 1990, II, p. 21526, note A. SERIAUX.

⁸² N. GALLUS, « La validité de la convention de gestation pour autrui en droit belge actuel », *op. cit.*, in *La gestation pour autrui – Vers un encadrement ?*, *loc. cit.*, p. 190 ; N. GALLUS, *Bioéthique et droit*, *loc. cit.*, p. 136.

⁸³ *Ibid.*

biologique⁸⁴. Dans cette optique, on pourrait indirectement interpréter cet arrêt comme étant la manifestation d'une position favorable de la Cour de cassation française à l'égard des conventions de gestation pour autrui telles que visées par la présente étude.

Chapitre 4 : Le principe de la dignité de la personne humaine

Section 1 : Principe

Le principe de la dignité de la personne humaine vise à délimiter ce qui est actuellement perçu par nos sociétés contemporaines comme socialement et éthiquement acceptable dans le cadre des relations entre humains. Dès lors, ce principe relève davantage de la sensibilité de chaque société que d'une vérité juridique⁸⁵.

Selon l'avis n° 110 du Comité consultatif national d'éthique, « *il demeure cependant, malgré le consensus général en faveur du respect de la dignité humaine, un clivage entre ceux qui estiment que la dignité donne aussi à l'individu des devoirs envers lui-même, afin de se montrer "digne" de sa condition d'homme et ceux qui pensent que, dans la mesure où il n'est pas porté atteinte à la dignité d'autrui, chacun demeure libre de déterminer ce qui est de l'ordre de sa propre dignité* »⁸⁶.

Section 2 : La dignité de la personne humaine et les conventions de gestation pour autrui

En matière de gestation pour autrui, comme pour tous enjeux bioéthiques, la fonction régulatrice du principe de la dignité de la personne humaine est davantage plus éloquente que son contenu propre⁸⁷.

En effet, suivant la conception promue, la dignité de la mère porteuse sera respectée si l'on estime que sa "condition d'homme" lui prohibe de se proposer pour cette tâche, ou si, *a*

⁸⁴ N. GALLUS, « La validité de la convention de gestation pour autrui en droit belge actuel », *op. cit.*, in *La gestation pour autrui – Vers un encadrement ?*, *loc. cit.*, p. 190.

⁸⁵ J. VERHELLEN, « Draagmoederschap : het internationaal privaatrecht uitgedaagd », *Rev. dr. priv.*, 2010, n° 4, p. 169.

⁸⁶ Avis n° 110 « sur les problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui (G.P.A.) », C.C.N.E., 1^{er} avril 2010, p. 14.

⁸⁷ M.-G. PINSART, « La gestation pour autrui dans les avis des comités de bioéthique belge et français – Mise en perspective des femmes », in *Droit des familles, genres et sexualité* (sous la dir. de N. GALLUS), Centre de droit privé – Unité de droit familial, Limal, Anthémis, 2012, p. 189.

contrario, on considère que cette pratique ne porte pas atteinte à sa dignité ni à la dignité d'autrui⁸⁸.

Ainsi, bien que la définition de la notion de dignité amène à délimiter les conceptions de chacun, elle ne permet toutefois pas de dégager une solution recevable pour tous⁸⁹.

§ 1 : *Le fantasme de l'abandon d'enfant*

D'aucuns avancent l'argument de l'abandon de l'enfant par la mère porteuse comme fondant l'illégitimité de la pratique de la gestation pour autrui.

Cependant, dans l'hypothèse où la mère porteuse n'est que mère porteuse, cet argument me paraît éthiquement infondé. En effet, peut-on toujours parler d'abandon d'enfant lorsque l'exécution de la convention de la gestation pour le compte d'autrui a pour ultime but la remise de l'enfant à ses parents biologiques, ou dans l'hypothèse de tiers donneur, à ses parents d'intention.

De plus, la participation de la mère porteuse est, comme le souligne N. Gallus, « *constitutif d'un don en faveur des parents intentionnels et non d'un engagement en faveur de l'enfant* »⁹⁰.

Il n'est par ailleurs pas inconcevable que la mère porteuse se voie accorder une place de nature familiale dans la vie de l'enfant⁹¹. De cette façon, le rôle rempli par la mère porteuse dans la venue au monde de l'enfant est reconnu en tant que tel.

§ 2 : *La mise à disposition de compétences gestatrices et non d'enfants*

La représentation de la pratique de la gestation pour autrui, comme réalisant la cession d'un enfant, est profondément inconvenante et abusive à mon sens.

À ce propos, je me dois de retranscrire le développement pour le moins convaincant de Marcela Iacub⁹² : « *ce qui caractérise ce procédé controversé est que l'enfant qui en résulte*

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ N. GALLUS, *Bioéthique et droit*, *loc. cit.*, p. 170.

⁹¹ 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 ? », *op. cit.*, in *La gestation pour autrui – Vers un encadrement ?*, *loc. cit.*, p. 364.

⁹² M. IACUB, « Maternité pour autrui », in *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale* (sous la dir. de M. CANTO-SPERBER), Paris, P.U.F., Quadrige, 2004, t. 2, pp. 1225-1226.

est conçu dans le cadre d'un projet parental qui est étranger à la porteuse, pour lequel elle consent à apporter ses puissances gestatrices. Ce sont ceux qui s'engagent dans ces accords comme commanditaires qui décident de la création de l'enfant, ses "auteurs", les parents de l'enfant, et non la femme qui accouche. Dans ce sens, en dépit de l'engagement corporel lourd qu'elle implique, la maternité pour autrui ne se différencie pas des autres techniques médicales de procréation telles que le don de sperme, d'ovule ou d'embryon. Néanmoins, les idées communes associées à la grossesse ne semblent pas faciliter ce processus d'abstraction des corps au profit des projets et donc des volontés dans la parentalité qui caractérisent les autres techniques médicales de procréation.

[...] en réalité, l'obligation de la femme porteuse est une obligation de moyens et non pas de résultat, c'est-à-dire celle de mettre à disposition d'autrui ses compétences (...) gestatrices, car l'enfant qui en résulte lui est d'emblée étranger. Elle n'a jamais eu à aucun moment de droit sur l'enfant : cet enfant est conçu dans l'optique d'être l'enfant du couple commanditaire. On ne vend pas un produit mais un travail de gestation [...] »⁹³.

Dans cette perspective, on ne peut nullement parler de cession ou même de donation d'enfant étant entendu que la mère porteuse ne met pas à disposition des parents intentionnels, « *un produit mais un travail de gestation* »⁹⁴.

§ 3 : Le risque évitable des dérives mercantiles

Bien qu'il existe d'évidence un risque de marchandisation d'enfant, cette critique ne peut, à elle seule, justifier une interdiction radicale de la pratique de la gestation pour autrui, attendu qu'un encadrement juste et rigoureux de celle-ci permettrait d'enrayer ce risque⁹⁵.

C'est d'ailleurs ce que précise la Cour européenne des droits de l'homme au travers d'un arrêt *S.H. et autres c. Autriche* du 1^{er} avril 2010 ; « *à propos du don de gamètes par un tiers dans le cadre d'une fécondation in vitro, interdit par la loi autrichienne, (...) les risques d'abus – qu'il convient assurément de combattre – ne constituent pas une raison suffisante pour interdire totalement telle ou telle technique de procréation dès lors que son utilisation peut*

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ G. GENICOT, « Gestation pour autrui, autonomie personnelle et maîtrise corporelle : plaidoyer pour un droit neutre et libéré », *op. cit.*, in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, *loc. cit.*, p. 159 ; G. GENICOT, *Nouveaux dialogues en droit médical - Tour d'horizon de quelques acquis et enjeux actuels*, *loc. cit.*, p. 35.

être encadrée par des règles précises et que des garanties peuvent être instaurées pour empêcher qu'ils ne se réalisent »⁹⁶.

§ 4 : La solidarité humaniste versus l'instrumentalisation du corps de la femme

Le raisonnement fondé sur l'asservissement de la mère porteuse pêche, selon Gilles Genicot, « par dogmatisme »⁹⁷. En effet, avancer cela omet d'une part, l'autonomie de volonté dont dispose la femme à l'égard de son corps, et d'autre part, le phénomène actuel d'utilisation fréquente du corps humain au service de fins poursuivies par l'individu⁹⁸.

Dès lors, le raisonnement basé sur la réification de la femme prétendant que le couple commanditaire ne perçoit la mère porteuse que comme un simple objet, un « incubateur »⁹⁹, ne correspond aucunement aux situations dans lesquelles cette dernière est un proche des parents d'intention, intégrée de la sorte dans le « roman familial »¹⁰⁰ contrairement à un tiers donneur de gamètes.

En effet, le fait pour la femme gestatrice de consentir à la pratique considérée par altruisme à l'égard du couple commanditaire montre de plus belle que celle-ci est réellement considérée comme un personne généreuse contribuant à la réalisation du projet parental d'autrui¹⁰¹.

En ce sens, l'avis n° 30 du Comité consultatif de bioéthique de Belgique estime que « la mère porteuse offre aux parents demandeurs, par solidarité, un service qui engage potentiellement en profondeur son intimité corporelle et sa personnalité. [...] Son acte appartient de la sorte à la sphère de la gratuité, en d'autres mots, à ces actes auxquels nul ne peut être obligé, mais

⁹⁶ C.E.D.H., *S.H. et autres c. Autriche*, 1^{er} avril 2010, § 77.

⁹⁷ G. GENICOT, « Gestation pour autrui, autonomie personnelle et maîtrise corporelle : plaidoyer pour un droit neutre et libéré », *op. cit.*, in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, *loc. cit.*, p. 160 ; G. GENICOT, *Nouveaux dialogues en droit médical - Tour d'horizon de quelques acquis et enjeux actuels*, *loc. cit.*, p. 36.

⁹⁸ G. GENICOT, « Gestation pour autrui, autonomie personnelle et maîtrise corporelle : plaidoyer pour un droit neutre et libéré », *op. cit.*, in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, *loc. cit.*, p. 160.

⁹⁹ N. GALLUS, « La validité de la convention de gestation pour autrui en droit belge actuel », *op. cit.*, in *La gestation pour autrui – Vers un encadrement ?*, *loc. cit.*, p. 184 ; Gallus N., *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge - La nullité de la convention de gestation pour autrui en droit actuel*, *loc. cit.*, pp. 359-360.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ N. GALLUS, *Bioéthique et droit*, *loc. cit.*, p. 135 ; Gallus N., *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge - La nullité de la convention de gestation pour autrui en droit actuel*, *loc. cit.*, p. 363.

qu'une personne entreprend au-delà de ses obligations. La gestation pour autrui est un "cadeau" de nature telle qu'il ne peut certainement pas être considéré comme appartenant à la sphère des devoirs usuels (surrogatoire)»¹⁰².

Plus spécifiquement, la non-commercialisation de la gestation émane d'un souci d'égalité dans l'accès à la pratique afin de ne pas encourager les femmes de milieu défavorisé à se tourner vers cette pratique¹⁰³.

En effet, comme soulevé par l'avis n° 30 du Comité consultatif de bioéthique de Belgique, « *la commercialisation augmente les risques d'exploitation des femmes qui se présenteraient comme mères porteuses* »¹⁰⁴ attendu que « *l'exploitation consiste à réaliser des avantages inévitables à partir de prestations d'un autre* »¹⁰⁵. On parlera d'exploitation quand l'équilibre entre les coûts et les bénéfices est rompu au profit d'un des protagonistes ou lorsque le consentement d'un des intervenants a été vicié¹⁰⁶.

De plus, le don de gestation rendu par la mère porteuse étant rare et assorti de risques, l'exploitation de cette dernière devrait être contrecarrée par l'attribution d'une rémunération suffisamment importante¹⁰⁷. Cependant, cela porterait inévitablement atteinte à l'égalité d'accès des soins de santé¹⁰⁸.

Dès lors, ce sentiment de solidarité, légitime naturellement la disposition du corps de la mère porteuse. Par conséquent, tout but lucratif qui se verrait attaché à la pratique de la gestation pour autrui, altérerait inévitablement sa légitimité éthique¹⁰⁹.

¹⁰² Avis n° 30, *op. cit.*, p. 26 ; M.-G. PINSART, « La gestation pour autrui dans les avis des comités de bioéthique belge et français – Mise en perspective des femmes », *op. cit.*, in *Droit des familles, genres et sexualité, loc. cit.*, pp. 184-185.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ Avis n° 30, *op. cit.*, p. 29

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ M.-G. PINSART, « La gestation pour autrui dans les avis des comités de bioéthique belge et français – Mise en perspective des femmes », *op. cit.*, in *Droit des familles, genres et sexualité, loc. cit.*, p. 185.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ L. VAN BUNNEN, « La gestation pour autrui et les droits de l'homme », *op. cit.*, p. 35.

Titre 3 : Les conventions de gestation pour autrui et les droits fondamentaux

Chapitre 1 : Le principe d'égalité et de non-discrimination

Section 1 : Notion

Le principe d'égalité et de non-discrimination a pour finalité l'extension de la liberté et de l'autonomie individuelle dans le cadre de situations inégales.

Considéré par la Cour Constitutionnelle comme étant « *l'un des fondements d'un Etat de droit démocratique* »¹¹⁰, le principe d'égalité et de non-discrimination occupe une position stratégique, du moins fondamentale dans notre système constitutionnel belge. En effet, de par sa situation centrale au sein de notre Constitution, cette garantie se réfère aux dispositions les plus fondamentales de liberté et d'égalité.

§1 : Le domaine d'application ratione materiae

Le principe d'égalité et de non-discrimination se distingue des autres droits fondamentaux dans le sens où il ne peut être assimilé dans une catégorie de droit, telle que le droit civil, politique, économique ou encore social, mais est cependant intégré au sein de chacune d'entre elle. De cette manière, ce principe n'a pas de "*contenu matériel propre*"¹¹¹ puisqu'il veille au respect d'un ensemble de droits fondamentaux.

Cette égalité de principe est d'ailleurs garantie par le droit international, par le droit communautaire ainsi que par le droit interne. Ceci traduit davantage la prédominance et la portée considérable de ce principe au sein de l'univers juridique tout entier.

Ainsi, pour ne citer que quelques exemples, au niveau international, nous trouvons l'article 1^{er} de la Déclaration Universelle des droits de l'homme¹¹² : « *Tous les êtres humains naissent*

¹¹⁰ C. const., 12 février 2009, n°17/2009, B.10.3., *Arr. C.A.*, 2009, liv. 1, p.291 ; *M.B.*, 12 mars 2009, p. 21664 et <http://moniteur.be> (13 mars 2009).

¹¹¹ B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le principe d'égalité et de non-discrimination », in *Les droits constitutionnels en Belgique - Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du conseil d'Etat et de la Cour de cassation* (sous la dir. de M. VERDUSSEN et N. BONBLED), vol.2, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 570.

¹¹² Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 10 décembre 1948.

libres et égaux en dignité et en droits [...] », l'article 26 du Pacte International des Droits Civils et Politiques de l'ONU : « *Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. A cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation* »¹¹³. Par conséquent, le droit international reconnaît comme étant discriminatoire toutes atteintes à la jouissance d'un droit ou d'une liberté spécifique issue de droits fondamentaux ou même d'intérêts¹¹⁴. En d'autres termes, les dispositions de droit international concernant la garantie d'égalité doivent obligatoirement être invoquées en association avec d'autres dispositions fondamentales du droit national. Il ne suffit dès lors pas de réclamer d'être traité également sans spécifier en quoi l'égalité est violée.

Dans le droit communautaire, l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme¹¹⁵ selon lequel « *la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* », n'est applicable que si la différence de traitement jugée discriminatoire, tombe sous l'emprise d'une disposition au moins de la Convention¹¹⁶.

En revanche, dans notre droit interne belge, la Cour affirme que les règles constitutionnelles d'égalité et de non-discrimination (articles 10¹¹⁷ et 11¹¹⁸ de la Constitution) sont quant à elles

¹¹³ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Art. 26, approuvé par la loi du 15 mai 1981 portant approbation des Actes internationaux suivants: a) Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels; b) Pacte international relatif aux droits civils et politiques, faits à New York le 19 décembre 1966, M.B., 06 juin 1983, p. 08806.

¹¹⁴ B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le principe d'égalité et de non-discrimination », *op. cit.*, in *Les droits constitutionnels en Belgique - Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du conseil d'Etat et de la Cour de cassation, loc. cit.*, p. 571.

¹¹⁵ Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, art. 14, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, M.B., 19 août 1955, p. 5028.

¹¹⁶ Cour eur. D.H., arrêt E.B. c. France du 22 janvier 2008, n° 43546/02, §47, <http://www.echr.coe.int>.

¹¹⁷ Const., art. 10 ; « *Il n'y a dans l'État aucune distinction d'ordres. Les Belges sont égaux devant la loi; seuls ils sont admissibles aux emplois civils et militaires, sauf les exceptions qui peuvent être établies par une loi pour des cas particuliers. L'égalité des femmes et des hommes est garantie.* »

¹¹⁸ Const., art. 11 ; « *La jouissance des droits et libertés reconnus aux Belges doit être assurée sans discrimination. A cette fin, la loi et le décret garantissent notamment les droits et libertés des minorités idéologiques et philosophiques.* »

applicables en tous cas et en toutes situations¹¹⁹ : « les articles 10 et 11 de la Constitution ont une portée générale. Ils interdisent toute discrimination, quelle qu'en soit l'origine : les règles constitutionnelles de l'égalité et de la non-discrimination sont applicables à l'égard de tous les droits et de toutes les libertés, en ce compris ceux résultant des conventions internationales liant la Belgique »¹²⁰.

En effet, en cas de violation, les articles 10 et 11 de la Constitution peuvent être invoqués devant la Cour Constitutionnelle, seuls ou bien en combinaison avec d'autres règles constitutionnelles, conventionnelles, internationales ou encore avec des principes généraux du droit¹²¹ et cela sans qu'il soit nécessaire que les conventions internationales aient été rendues applicables dans l'ordre juridique interne à travers une loi d'assentiment et aient effet direct comme il était prévu jusqu'en 2003¹²².

Outre les bases légales, la garantie d'égalité et de non-discrimination trouve également sa source dans les principes dits généraux du droit¹²³. Ainsi, sont parfois associés avec les articles 10 et 11 de la Constitution, certains principes généraux de droit tels que le principe de bonne administration de la justice, le principe de la sécurité juridique, le principe de confiance légitime, le principe de non-rétroactivité des lois¹²⁴, ...

Le principe d'égalité et de non-discrimination se développe donc dans toutes les matières du droit puisque la violation des articles 10 et 11 de la Constitution dénonce toujours une discrimination dans la jouissance ou l'obtention d'un droit fondamental ou même d'un

¹¹⁹ B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le principe d'égalité et de non-discrimination », *op. cit.*, in *Les droits constitutionnels en Belgique - Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, *loc. cit.*, p. 571.

¹²⁰ C. const., 24 novembre 2004, n°189/2004, B.3. ; Arr. C.A., 2004, liv. 5, p. 2125; <http://www.const-court.be> (29 novembre 2004); M.B., 11 janvier 2005, p. 796 et <http://moniteur.be> (7 février 2005).

¹²¹ CH. HOREVOETS, P. BOUCQUEY, *Les questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage - Aspects théoriques et pratiques*, Centre d'études constitutionnelles et administratives, n°20, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp.31-32.

¹²² C. const., 22 juillet 2003, n°106/2003, B.2. ; Arr. C.A., 2003, liv. 3, p.1417; M.B., 4 novembre 2003, p. 53695 et <http://moniteur.be> (13 novembre 2003) ; « compétente pour apprécier si une norme législative viole les articles 10 et 11 de la Constitution, la Cour doit, lorsqu'elle est interrogée sur une violation de ces dispositions combinées avec une convention internationale, non pas examiner si celle-ci a effet direct dans l'ordre interne, mais apprécier si le législateur n'a pas méconnu de manière discriminatoire les engagements internationaux de la Belgique ».

¹²³ B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le principe d'égalité et de non-discrimination », *op. cit.*, in *Les droits constitutionnels en Belgique - Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, *loc. cit.*, p. 573-574.

¹²⁴ *Ibid.*

intérêt¹²⁵. De ce fait, toutes dispositions normatives, qu'elles soient issues du droit familial, social, fiscal ou pénal, sont passibles d'un contrôle de compatibilité avec les articles 10 et 11 de la Constitution.

§2 : Le domaine d'application ratione personae

En vertu des articles 10 et 11 de la Constitution (anciens articles 6 et 6 bis), l'égalité et la non-discrimination ne sont garanties qu'au profit des *personnes*. De plus, nous remarquons que la Cour Constitutionnelle assimile au sens du terme de "personnes" à la fois l'ensemble des personnes de droit privé, physiques ou morales, mais également l'ensemble des personnes morales de droit public¹²⁶.

§3 : La comparabilité : la clé de l'égalité

D'après l'arrêt du 12 juillet 1995, « *l'application des principes constitutionnels d'égalité et de non-discrimination suppose que les catégories de personnes entre lesquelles une discrimination est alléguée se trouvent dans une situation comparable* »¹²⁷.

Ainsi, la garantie d'égalité condamne la discrimination active, autrement dit toutes différences de traitement établies, sans justification valable, entre des groupes de personnes de situations *comparables*. De la même manière, elle prohibe tout traitement identique, sans justification valable, de catégories de personnes de situations *non comparables*, communément qualifié de discrimination passive¹²⁸.

La comparabilité des situations conduit donc à examiner la présence d'une justification admissible quant aux distinctions de traitement appliquées ou non.

Notons que la comparabilité des situations ne correspond pas à l'identification par les deux situations analysées, de *toutes les caractéristiques communes*¹²⁹, mais *d'une seule*

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le principe d'égalité et de non-discrimination », *op. cit.*, in *Les droits constitutionnels en Belgique - Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du conseil d'Etat et de la Cour de cassation, loc. cit.*, p. 569.

¹²⁷ C.C, 12 juillet 1995, n°58/95, B.16.2. ; *Arr. C.A.*, 1995, p. 859; *M.B.*, 31 août 1995, p. 24.844.

¹²⁸ B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le principe d'égalité et de non-discrimination », *op. cit.*, in *Les droits constitutionnels en Belgique - Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du conseil d'Etat et de la Cour de cassation, loc. cit.*, p. 578.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 579.

*caractéristique commune*¹³⁰. Ainsi, lorsque deux situations sont soumises à la règle de comparabilité, celles-ci doivent au moins présenter une composante commune pertinente à l'égard de la disposition mise en cause¹³¹.

La Cour constitutionnelle a cependant admis un manquement argumentatif quant au test de comparabilité étant donné que celui-ci implique inéluctablement le jugement de valeur de l'examineur. Ainsi, selon la Cour, « *l'allégation selon laquelle des situations ne sont pas suffisamment comparables ne peut tendre à ce que les articles 10 et 11 de la Constitution ne soient pas appliqués. Elle ne peut avoir pour effet que d'abrégé la démonstration d'une compatibilité avec ces dispositions lorsque les situations sont à ce point éloignées qu'il est immédiatement évident qu'un constat de discrimination ne saurait résulter de leur comparaison minutieuse* »¹³².

Dès lors, l'épreuve de comparabilité des situations ne constitue en aucun cas un obstacle au principe d'égalité et de non-discrimination puisqu'elle n'apparaît pas comme étant une condition essentielle à la poursuite du raisonnement¹³³.

Section 2 : L'égalité entre hommes et femmes

La légitimité des formes de vie en couple hors mariage, l'ouverture du mariage pour tous ou encore l'accès de la femme seule à la maternité, constituent autant d'hypothèses de concrétisation du principe d'égalité et de non-discrimination en matière familiale.

Parallèlement, le développement de la science et des techniques va permettre en outre, comme explicité antérieurement, le rééquilibrage de situations jugées discriminatoires au regard du droit fondamental de procréation¹³⁴.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 579.

¹³¹ *Ibid.*

¹³² C. const., 26 janvier 2005, n° 23/2005, B.5.2. ; Arr. C.A., 2005, liv. 1, p. 277; <http://www.arbitrage.be> (31 janvier 2005); *M.B.*, 10 mars 2005, p. 10063 et <http://moniteur.be> (16 mars 2005).

¹³³ B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le principe d'égalité et de non-discrimination », *op. cit.*, in *Les droits constitutionnels en Belgique - Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, *loc. cit.*, p. 580.

¹³⁴ X. DIJON, « Chronique d'une avalanche annoncée : les présupposés philosophiques de la gestation pour autrui », *op. cit.*, in *La gestation pour autrui - Vers un encadrement ?*, *loc. cit.*, p. 68.

On peut d'ailleurs avancer que la gestation pour autrui s'inscrit dans la parfaite continuité de cette évolution égalitaire, tant à l'égard des couples hétérosexuels qu'homosexuels¹³⁵.

À cet égard, nous verrons que l'argument de l'égalité entre hommes et femmes, invoqué à propos de la gestation pour autrui, résulte d'un souci d'égalité dans la réalisation du projet parental et dans l'établissement de la parenté.

§1 : *Entre liberté, égalité, science et droit*

Actuellement, le droit se conçoit davantage comme la norme habilitant chaque individu à remporter, au nom de la liberté et de l'égalité, la lutte menée contre la discrimination dont il est atteint¹³⁶.

Cette liberté qui permet à tout sujet de droit de se défaire des contraintes qui l'affectent, envisage l'être humain, homosexuel ou hétérosexuel, égal à tout autre individu¹³⁷.

De cette façon, la liberté et l'égalité promues par les droits de l'homme semblent s'affirmer jusqu'en biologie car, comme le souligne le professeur Xavier Dijon : « *les corps sont devenus interchangeables puisqu'ils ont été rendus égaux entre eux par la liberté que chacun des sujets a pu prendre à leur égard* »¹³⁸.

La science, en déliant les liens naturellement établis entre les êtres procréateurs et leur corps, va permettre aux esprits de combler « *en dehors de leur corps, leur désir le plus subjectif* »¹³⁹.

§2 : *La comparabilité homme-femme*

La comparabilité des situations constitue, nous l'avons vu, le fondement légitime de l'égalité juridique.

La conception, selon laquelle un homme et une femme ne sont pas comparables et plus spécifiquement un couple hétérosexuel et un couple homosexuel, a pour unique but de maintenir « *sur les sujets des contraintes dont ils pourraient se libérer, (...), grâce au*

¹³⁵ *Ibid.*, p. 72.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 73.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 74.

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ *Ibid.*

réaménagement de leur double lien, à autrui, par l'édiction du droit, à leur propre corps, par les prouesses de la science »¹⁴⁰.

En effet, dans la mesure où « *le sujet de droit n'est caractérisé, ni par les liens qu'il a noués, soit dans les données involontaires de sa conception ou de sa naissance, soit dans l'engagement volontaire du mariage, ni par sa condition corporelle, soit masculine ou féminine, soit encore féconde ou stérile, il devient possible de comparer des figures qui, autrefois, passaient pour incomparables »¹⁴¹.*

Et pour cause, « *les différences qui justifiaient (...) le traitement distinct des sujets de droit n'en sont précisément plus puisque ces sujets sont autorisés à s'en détacher (...) »¹⁴². Ainsi, « les esprits (...) dégagés de leurs liens et de leurs corps, deviennent "comparables", autorisés dès lors à mettre en cause les traitements qui les discriminent »¹⁴³.*

§3 : L'égalité dans la réalisation du projet parental

Le critère de l'engendrement « *ne semble à même de favoriser ni l'égalité entre les personnes ni le développement des libertés corporelles. En effet, si l'on prend la grossesse comme seul fondement valable de la maternité biologique, ceci crée une inégalité non seulement entre les hommes et les femmes mais aussi et surtout entre les femmes fertiles et les femmes stériles »¹⁴⁴. Ce qui nous amène à penser le principe en vertu duquel « *mater semper certa est* » comme un adage devenu totalement archaïque.*

Ainsi, selon les propos du professeur Neirinck : « *la modernisation, la dissociation autorisée par la science entre génitrice à l'origine de la moitié du capital génétique de l'enfant et gestatrice qui accouche, aurait justifié au moins une réflexion sur la place exclusive de l'accouchement dans la maternité »¹⁴⁵.*

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 73.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 72.

¹⁴² *Ibid.*, p. 73.

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ M. IACUB, « Maternité pour autrui », *op. cit.*, in *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale, loc. cit.*, pp. 1225-1226.

¹⁴⁵ C. NEIRINCK, « La maternité », *Dr. famille*, Dossier spécial filiation, 2006, étude n° 2 ; E. DOS REIS, G. RUFFIEUX, J. TEREL, G. WILLEMS, *op. cit.*, « Maternité de substitution », in *Parenté, Filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs, loc. cit.*, p. 178.

Loin de nous l'idée de faire abstraction de la différence objective et naturelle existant entre l'homme et la femme, la discrimination dans la réalisation de la volonté de devenir parent, part donc du constat que seule la femme détient la maîtrise du processus d'engendrement tel qu'il fut exposé dans le préambule de cette étude¹⁴⁶.

Dès lors, le désir d'enfant de l'homme ne peut se réaliser qu'au travers d'une adoption ou d'un recours à une femme porteuse.

Cette réflexion mène *in fine* à se demander au nom de quel principe la volonté de la femme prédomine sur celle de l'homme en ce qui concerne la procréation d'un être humain.

Soulignons qu'il est ici question de discrimination affective entre l'homme et la femme car nous ne sommes pas en présence de deux situations traitées, sans motif raisonnable, différemment au sens juridique du terme¹⁴⁷.

Par ailleurs, on peut également relever une différence de traitement injustifiée entre deux catégories de femmes : celles qui ne produisent pas d'ovules et celles qui bien qu'ovulant normalement, ne peuvent mener une grossesse à terme pour des raisons médicales. Il y a, dès lors, une discrimination attendu que les premières ont accès aux ressources de l'assistance médicale à la procréation, tandis que les secondes ne bénéficient jusqu'à présent d'aucune aide¹⁴⁸.

Dans cette perspective, le recours à la pratique de la gestation pour autrui représente la solution médicale surmontant le désespoir d'individus infertiles, humainement ou socialement, pour lesquels les techniques classiques d'assistance à la procréation demeurent vaines¹⁴⁹.

¹⁴⁶ N. GALLUS, *Bioéthique et droit*, *loc. cit.*, p. 150.

¹⁴⁷ *Ibid.*, pp. 150-151.

¹⁴⁸ E. DOS REIS, G. RUFFIEUX, J. TEREL, G. WILLEMS, « Maternité de substitution », *op. cit.*, in *Parenté, Filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, *loc. cit.*, p. 216.

¹⁴⁹ G. GENICOT, « Gestation pour autrui, autonomie personnelle et maîtrise corporelle : plaidoyer pour un droit neutre et libéré », *op. cit.*, in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, *loc. cit.*, p. 172.

§4 : L'égalité dans la parenté

L'égalité entre hommes et femmes et l'intérêt supérieur de l'enfant promeuvent une égalité entre toutes les formes de parenté. Ainsi, il ne peut être question de hiérarchie entre la bi-parenté, la mono-parenté ou encore entre la parenté biologique et sociale¹⁵⁰.

En effet, « *pourquoi enfin, alors que nos sociétés organisent depuis maintenant plus d'un demi-siècle une façon nouvelle de mettre des enfants au monde dont le trait majeur est justement de ne pas pouvoir reposer sur la procréation du couple parental, accuse-t-on les couples homosexuels qui y ont recours [...] de vouloir "mentir aux enfants" en se faisant passer pour un couple procréateur [...] »*¹⁵¹.

Bien que la conception résulte, on ne le nie aucunement, de la rencontre de gamètes mâles et femelles, il n'est, en revanche, pas formellement démontré que l'éducation, l'affection et les soins donnés à l'enfant, nécessitent la présence d'un homme et d'une femme¹⁵². Par conséquent, s'il ne peut être remis en cause le fait que l'enfant soit élevé par deux personnes de même sexe, il est légitime de concrétiser juridiquement l'établissement d'un double lien de filiation mono-sexuée. Ce point fera l'objet d'une analyse plus nuancée dans le cadre du quatrième titre.

De plus, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée, une femme seule peut décider de procéder à une insémination artificielle ou à une fécondation *in vitro* à l'aide de tiers donneur de gamètes mâles. Dans cette hypothèse légale, seul le lien de parenté maternelle sera établi.

Dès lors, en quoi ce cas de figure paraîtrait-il plus légitime que l'établissement d'un double lien de filiation bisexuée ou mono-sexuée issu du recours à la pratique de la gestation pour autrui.

¹⁵⁰ N. GALLUS, *Bioéthique et droit*, loc. cit., p. 150.

¹⁵¹ I. THÉRY, « Engendrement et filiation au temps du démariage », in *Parenté, Filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs* (sous la dir. de H. FULCHIRON et J. SOSSON), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 330 ; J. SOSSON, « Filiation, origines, parentalité », op. cit., in *Filiation et parentalité*, loc. cit., pp. 30-31.

¹⁵² N. GALLUS, *Bioéthique et droit*, loc. cit., p. 151 ; M. GODELIER, « *Un homme et une femme ne suffisent pas à faire un enfant* », La lettre de l'enfance et de l'adolescence, n° 59-2005/1, Toulouse, éd. Érès, p. 26.

De la même manière, l'ouverture de la procréation médicalement assistée aux couples homosexuels féminins légitime davantage au regard du principe d'égalité et de non-discrimination, l'accès à la gestation pour autrui pour les couples homosexuels masculins¹⁵³. Si un couple de femmes peut concevoir un enfant par insémination d'un tiers donneur de sperme, un couple d'hommes doit, de la même manière, pouvoir avoir recours au service d'une femme tierce uniquement gestatrice¹⁵⁴.

Notons que les avancées scientifiques et médicales permettent, dans le cadre de la gestation pour autrui, la fécondation *in vitro* avec transfert de l'embryon chez la femme porteuse, rendant de la sorte les corps insignifiants puisque l'enfant n'est pas porté par le ventre de la mère intentionnelle et la parenté des parents d'intention n'est vécue qu'au travers du corps d'une femme tierce¹⁵⁵.

Dans cette perspective, le principe d'égalité entre les modes de structure des vies familiales et le principe de non-discrimination entre les enfants qui en sont issus, justifie légitimement l'adoption d'un encadrement juridique de la pratique de la gestation pour le compte d'autrui.

Chapitre 2 : Le droit au respect de la vie privée et familiale

L'absence de reconnaissance du lien de filiation d'un enfant issu d'une gestation pour autrui touche inévitablement au droit au respect de la vie privée et familiale tant de l'enfant que de ses parents d'intention¹⁵⁶. Dès lors, nous tacherons dans un premier temps d'analyser ce droit fondamental à l'appui de sa base légale. À cet égard, nous verrons notamment les obligations tant positives que négatives, que ce droit met à charge des États parties à la Convention. Ensuite, nous détaillerons explicitement les notions de vie privée et de vie familiale que renferme ce droit. Enfin, ce chapitre se clôturera par l'application concrète du droit au respect de la vie privée et familiale à la pratique de la gestation pour le compte d'autrui.

¹⁵³ N. GALLUS, *Bioéthique et droit*, loc. cit., p. 152.

¹⁵⁴ M.-G. PINSART, « La gestation pour autrui dans les avis des comités de bioéthique belge et français – Mise en perspective des femmes », *op. cit.*, in *Droit des familles, genres et sexualité*, loc. cit., p. 150.

¹⁵⁵ X. DIJON, « Chronique d'une avalanche annoncée : les présupposés philosophiques de la gestation pour autrui », *op. cit.*, in *La gestation pour autrui – Vers un encadrement ?*, loc. cit., p. 74.

¹⁵⁶ C. VERBROUCK et C. de BOUYALSKI, « Gestation pour autrui : le temps d'un nécessaire encadrement de la pratique », *Rev. dr. étr.*, 2014, n° 177, pp. 172-173.

Section 1 : Le droit à la protection de la vie privée et familiale

§1 : Fondement juridique

L'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales (C.E.D.H.) stipule que ;

« 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 »¹⁵⁷.

De surcroît, la cour européenne souligne que *« sur le terrain de l'article 8 de la Convention en particulier, où la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de cette disposition, la sphère personnelle de chaque individu est protégé, y compris le droit pour chacun d'établir les détails de son identité d'être humain »¹⁵⁸*. En d'autres termes, cette disposition renferme, outre le droit au respect de la vie privée et familiale, un droit propre à l'autodétermination conférant à chaque individu la liberté de mener sa vie privée et/ou familiale comme il l'entend¹⁵⁹.

§2 : Les obligations positives et négatives des États membres

Comme soulevé par la Cour, l'article 8 de la C.E.D.H. *« tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics »¹⁶⁰*. Ainsi, il *« ne*

¹⁵⁷ C.E.D.H., art. 8, § 1 et 2.

¹⁵⁸ Cour eur. D.H., arrêt Van Kück c. Allemagne du 12 juin 2003, n° 35968/97, § 69, <http://www.echr.coe.int> ; Cour eur. D.H., arrêt Christine Goodwin c. Royaume-Uni du 11 juillet 2002, n° 28957/95, § 90, <http://www.echr.coe.int> ; Cour eur. D.H., arrêt I. c. Royaume-Uni du 11 juillet 2002, n° 25680/94, § 70, <http://www.echr.coe.int>.

¹⁵⁹ J. MARTENS, « L'aide sociale face à l'irrésistible besoin de donner la vie. A propos de la dignité humaine d'un couple stérile et de l'assistance médicale à la procréation », *Chron. D.S.*, 2006, liv. 4, p. 191.

¹⁶⁰ Cour eur. D.H., arrêt Kroon et autres c. Pays-Bas du 27 octobre 1994, *Public. Cour eur. D.H.*, Série A, n° 297-C, § 31 ; Cour eur. D.H., arrêt Keegan c. Irlande du 26 mai 1994, *Public. Cour eur. D.H.*, Série A, n° 290, § 49.

se contente pas de commander à l'Etat de s'abstenir de pareilles ingérences »¹⁶¹, puisqu'« à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée ou familiale [...] »¹⁶².

Cette effectivité du droit au respect de la vie privée et familiale est ainsi assurée par la prise de mesures actives visant à protéger les droits conférés aux individus par ladite disposition¹⁶³. Dès lors, les États parties à la Convention s'acquittent d'obligations positives s'avérant principalement inhérentes à l'intérêt de l'enfant. L'on relèvera notamment les mesures garantissant juridiquement l'insertion de l'enfant dans sa famille dès le moment de sa naissance¹⁶⁴ ainsi que celles favorisant le maintien des relations entre l'enfant et ses parents¹⁶⁵.

Il n'est cependant pas aisé de déterminer les situations dans lesquelles une action positive s'impose aux États en vertu du droit au respect de la vie privée et familiale. En effet, la notion de "respect", pour le moins nébuleuse, et la pluralité des cas, entraîne fatalement un examen au cas par cas¹⁶⁶.

À cet égard, nous pouvons constater que la jurisprudence de Strasbourg est encline à créer une obligation positive lorsqu'un droit individuel prédomine manifestement sur l'intérêt de l'État¹⁶⁷. Ainsi, dans le cadre de l'affaire *Marckx c. Belgique*, il fut déclaré que le respect de la vie familiale, entre une mère célibataire et son enfant, exigeait de l'État qu'il prenne des mesures actives afin d'assurer l'intégration de cet enfant dès la naissance dans sa famille¹⁶⁸.

¹⁶¹ Cour eur. D.H., arrêt X. & Y. c. Pays-Bas du 26 mars 1985, n° 8978/80, § 23, <http://www.echr.coe.int>.

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ U. KILKELLY, *Le droit au respect de la vie privée et familiale. Un guide sur la mise en œuvre de l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Précis sur les droits de l'homme, n°1, 2003, p. 21.

¹⁶⁴ C. VERBROUCK et C. de BOUYALSKI, « Gestation pour autrui : le temps d'un nécessaire encadrement de la pratique », *op. cit.*, p. 173 ; Cour eur. D.H., arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, *Public. Cour eur. D.H.*, Série A, n° 31, p. 15 ; Cour eur. D.H., arrêt *Johnston c. Irlande* du 18 décembre 1986, *Public. Cour eur. D.H.*, Série A, n° 112, p. 25 ; Cour eur. D.H., arrêt *Kroon et autres c. Pays-Bas* du 27 octobre 1994, *Public. Cour eur. D.H.*, Série A, n° 297-C, § 32.

§ 32 ; Cour eur. D.H., arrêt *Keegan c. Irlande* du 26 mai 1994, *Public. Cour eur. D.H.*, Série A, n° 290, § 50.

¹⁶⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Eriksson c. Suède* du 22 juin 1989, *Public. Cour eur. D.H.*, Série A, n° 156 ; Cour eur. D.H., arrêt *Hokkanen c. Finlande* du 23 septembre 1994, *Public. Cour eur. D.H.*, Série A, n° 2299-A.

¹⁶⁶ U. KILKELLY, *Le droit au respect de la vie privée et familiale. Un guide sur la mise en œuvre de l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, *loc. cit.*, p. 21.

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ Cour eur. D.H., arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, *Public. Cour eur. D.H.*, Série A, n° 31.

Dans cette optique, la Cour déclare de surcroît, que le droit au maintien des relations familiales entre les parents et l'enfant, primait sur les intérêts de la collectivité¹⁶⁹.

Autrement dit, sur le plan juridique, l'intérêt de l'enfant à se voir intégrer dans sa famille est supérieur à l'intérêt de l'État à consacrer les familles fondées sur le mariage. Cette tendance fut notamment confirmée au travers de la reconnaissance par la Convention européenne d'un statut juridique en faveur des enfants nés hors mariage.

À côté des obligations positives, les États membres ont une obligation négative de non-ingérence. Autrement dit, ils ne peuvent s'immiscer arbitrairement dans la vie privée et familiale des individus.

Une ingérence au droit au respect de la vie privée et familiale peut toutefois être réalisée par un État pour autant que celle-ci soit « *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* »¹⁷⁰.

L'éventuelle ingérence faite par l'autorité publique doit donc remplir trois conditions cumulatives : être « *prévue par la loi* », c'est-à-dire trouver son fondement dans une base légale, poursuivre l'un des objectifs énumérés par ladite disposition et être nécessaire dans une « *société démocratique* ». Cette dernière condition requiert néanmoins davantage de précisions. Bien que les caractéristiques de la société démocratique ne soient pas explicitement détaillées par les Juges Strasbourgeois, ces derniers invoquent à ce propos « *la tolérance et l'esprit d'ouverture* »¹⁷¹. Ils rajoutent en outre, que la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales est avant tout conçue « *pour sauvegarder et promouvoir les idéaux et valeurs d'une société démocratique* »¹⁷².

En ce qui concerne la signification du terme « nécessaire », la Cour de Strasbourg précise que « [...] *la notion de nécessité implique une ingérence fondée sur un besoin social impérieux et notamment proportionnée au but légitime recherché* »¹⁷³. Ce critère de proportionnalité

¹⁶⁹ Cour eur. D.H., arrêt Berrehab c. Pays-Bas du 21 juin 1988, *Public. Cour eur. D.H.*, Série A, n° 138.

¹⁷⁰ C.E.D.H., art. 8, § 2.

¹⁷¹ Cour eur. D.H., arrêt Dudgeon c. Royaume-Uni du 22 octobre 1981, n° 7525/76, § 53, <http://www.echr.coe.int>.

¹⁷² Cour eur. D.H., arrêt Soering c. Royaume-Uni du 7 juillet 1989, n° 14038/88, § 87, <http://www.echr.coe.int>.

¹⁷³ Cour eur. D.H., arrêt Olsson c. Suède du 24 mars 1988, n° 10465/83, <http://www.echr.coe.int>.

consiste en un juste équilibre entre la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu d'une part, et les exigences de l'intérêt général de la collectivité d'autre part.

« *La frontière entre les obligations positives et les obligations négatives de l'Etat au titre de cette disposition ne se prête toutefois pas à une définition précise. [...] A ces deux égards, il faut tenir compte du juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble; de même, aux deux égards, l'Etat jouit d'une certaine marge d'appréciation* »¹⁷⁴.

Par conséquent, le droit au respect de la vie privée et familiale confère aux autorités nationales une certaine compétence discrétionnaire, attendu qu'ils bénéficient du pouvoir de déterminer ce que commande le concept de "respect"¹⁷⁵. Cette large marge d'appréciation peut néanmoins se trouver restreinte, comme vu dans le cadre de l'affaire *Marckx c. Belgique*¹⁷⁶, par des obligations positives s'imposant aux États membres.

Section 2 : Les concepts de "vie privée" et de "vie familiale"

Il convient avant tout de préciser ce qu'il est entendu par "vie privée" et "vie familiale" au sens de l'article 8 de la C.E.D.H., d'autant que ces notions sont totalement indépendantes l'une de l'autre¹⁷⁷.

§1 : Le concept de "vie familiale"

Le concept de "vie familiale" suppose la présence d'une famille ainsi que l'existence d'un lien personnel suffisamment étroit entre ses membres¹⁷⁸. On peut se demander quelles relations sont à l'heure d'aujourd'hui constitutives d'une vie familiale et *in fine* couvertes par l'article 8 de la C.E.D.H.

¹⁷⁴ Cour eur. D.H., arrêt Keegan c. Irlande du 26 mai 1994, *Public. Cour eur. D.H.*, Série A, n° 290, p. 19, § 49 ; Cour eur. D.H., arrêt Kroon et autres c. Pays-Bas du 27 octobre 1994, *Public. Cour eur. D.H.*, Série A, n° 297-C, § 31.

¹⁷⁵ U. KILKELLY, *Le droit au respect de la vie privée et familiale. Un guide sur la mise en œuvre de l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, loc. cit., p. 21.

¹⁷⁶ Cour eur. D.H., arrêt Marckx c. Belgique du 13 juin 1979, *Public. Cour eur. D.H.*, Série A, n° 31.

¹⁷⁷ C. VERBROUCK et C. de BOUYALSKI, « Gestation pour autrui : le temps d'un nécessaire encadrement de la pratique », *op. cit.*, p. 173.

¹⁷⁸ Cour eur. D.H., arrêt K. et T. c. Finlande du 12 juillet 2001, n° 25702/94, § 150, <http://www.echr.coe.int>.

À ce propos, Nicole Gallus avance que « *la notion de vie familiale ne se limite plus aujourd'hui à la seule institution d'une famille en tant que cellule organisée et protégée par le droit : elle couvre au contraire de nombreux domaines tels que l'autorité parentale, les droits des enfants naturels et adultérins, les mesures de placement des enfants, la transsexualité, l'homosexualité, l'établissement des liens de filiation ...* »¹⁷⁹.

Une vie familiale existe évidemment de plein droit lorsqu'un lien de sang est présent entre le parent et l'enfant. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales avance qu'« *un enfant né de parents ayant contracté un mariage légal et non fictif s'insère de plein droit dans cette relation, du seul fait de sa naissance* »¹⁸⁰, de manière telle que cette relation rentre toujours dans le champ de l'article 8 paragraphe premier de la C.E.D.H. Notons que la relation entre la mère célibataire et l'enfant¹⁸¹, ainsi que la relation entre les couples non mariés et l'enfant¹⁸², sont toutes deux constitutives d'une vie familiale et bénéficient dès lors de la protection de l'article 8 paragraphe premier de la C.E.D.H., en vertu de l'article 14¹⁸³ de cette même Convention.

Il convient également de préciser que la cohabitation n'est pas essentielle à la constitution d'une vie familiale telle que stipulée dans la Convention¹⁸⁴. Ainsi, les membres d'une famille qui viendraient à ne plus vivre ensemble, continueront à jouir de ce droit au respect de la vie familiale¹⁸⁵.

¹⁷⁹ N. GALLUS, « Les relations parentales et la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. dr. U.L.B.*, 2/2005, p. 14.

¹⁸⁰ Cour eur. D.H., arrêt Berrehab c. Pays-Bas du 21 juin 1988, *Public. Cour eur. D.H.*, Série A, n° 138.

¹⁸¹ Cour eur. D.H., arrêt Marckx c. Belgique du 13 juin 1979, *Public. Cour eur. D.H.*, Série A, n° 31, § 31 ; « *respect de la vie familiale implique en particulier, aux yeux de la Cour, l'existence en droit national d'une protection juridique rendant possible dès la naissance l'intégration de l'enfant dans sa famille* ».

¹⁸² Cour eur. D.H., arrêt Johnston c. Irlande du 18 décembre 1986, *Public. Cour eur. D.H.*, Série A, n° 112, § 74 ; « *le développement normal des liens familiaux naturels entre des parents non mariés et leur enfant exige que ce dernier soit placé, juridiquement et socialement, dans une position voisine de celle d'un enfant légitime* ».

¹⁸³ Article formulé comme suit ; « *la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* ».

¹⁸⁴ Cour eur. D.H., arrêt Berrehab c. Pays-Bas du 21 juin 1988, *Public. Cour eur. D.H.*, Série A, n° 138.

¹⁸⁵ U. KILKELLY, *Le droit au respect de la vie privée et familiale. Un guide sur la mise en œuvre de l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, loc. cit., p. 16.

Cependant, une vie familiale peut également être constatée en dehors de tout lien de sang entre le parent d'intention et l'enfant¹⁸⁶. En effet, dans l'arrêt X., Y. & Z. c. Royaume-Uni du 22 avril 1997¹⁸⁷, la Cour avait conclu que la relation entre un père transsexuel et son enfant né par insémination artificielle avec tiers donneur constituait une vie familiale semblable à celle de toute famille traditionnelle d'autant que le parent transsexuel était intervenu en qualité de père de l'enfant¹⁸⁸.

Bien que la Cour n'ait pas encore statué sur la présence ou non d'une vie familiale à l'égard des relations de couple de même sexe, nous pourrions légitimement assimiler, par référence au précédent arrêt, ces types de relations à une vie familiale nonobstant l'absence d'un lien biologique¹⁸⁹.

En d'autres termes, la présence de liens personnels étroits, indépendants de tout lien génétique, entre le parent d'intention et l'enfant suffit à estimer cette relation comme constitutive d'une vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales¹⁹⁰.

§2 : *Le concept de "vie privée"*

En ce qui concerne la "vie privée", aucune définition exhaustive¹⁹¹ ne peut être donnée attendu que sa portée s'avère largement étendue¹⁹². Ce concept fait donc l'objet d'une appréciation de fait et non de droit¹⁹³.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 17.

¹⁸⁷ Cour eur. D.H., arrêt X., Y. et Z. c. Royaume-Uni du 22 avril 1997, n° 21830/93, <http://www.echr.coe.int>.

¹⁸⁸ U. KILKELLY, *Le droit au respect de la vie privée et familiale. Un guide sur la mise en œuvre de l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, loc. cit., pp. 17-18.

¹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁰ Cour eur. D.H., arrêt Keegan c. Irlande du 26 mai 1994, *Public. Cour eur. D.H.*, Série A, n° 290 ; Cour eur. D.H., arrêt Kroon et autres c. Pays-Bas du 27 octobre 1994, *Public. Cour eur. D.H.*, Série A, n° 297-C.

¹⁹¹ Cour eur. D.H., arrêt Costello-Roberts c. Royaume-Uni du 25 mars 1993, n° 13134/87, § 36, <http://www.echr.coe.int>.

¹⁹² C. VERBROUCK et C. de BOUYALSKI, « Gestation pour autrui : le temps d'un nécessaire encadrement de la pratique », *op. cit.*, p. 173 ; U. KILKELLY, *Le droit au respect de la vie privée et familiale. Un guide sur la mise en œuvre de l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, loc. cit., p. 10.

¹⁹³ C. VERBROUCK et C. de BOUYALSKI, « Gestation pour autrui : le temps d'un nécessaire encadrement de la pratique », *op. cit.*, p. 173.

Dans un arrêt de 1992, les Juges de Strasbourg ont d'ailleurs estimé qu'il s'agissait « *d'un concept évolutif en constant élargissement* »¹⁹⁴ et qu'il était « *trop restrictif de la limiter à un « cercle intime » où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise et d'en écarter entièrement le monde extérieur à ce cercle* »¹⁹⁵.

Dans cette perspective, la Cour a considéré que « *le respect de la vie privée doit aussi englober, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables* »¹⁹⁶ ainsi qu'avec le monde extérieur¹⁹⁷.

Section 3 : Le droit au respect de la vie privée et familiale dans le cadre de la gestation pour le compte d'autrui

Le refus de reconnaissance du lien de filiation d'un enfant, né par le recours à la pratique de la gestation pour autrui, met inéluctablement ce dernier dans une situation d'insécurité juridique¹⁹⁸.

D'ailleurs, ce refus a été considéré, par la Cour européenne des droits de l'Homme, comme constituant une violation de la vie privée des enfants nés d'une gestation pour autrui, au vu des préjudices disproportionnés causés à leur droit à l'identité au sein de la société¹⁹⁹. En effet, cette dernière y déclare que ; « *[...] les effets de la non reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d'intention ne se limitent pas à la situation de ces derniers qui, seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises : ils portent aussi sur celles des enfants eux-mêmes, dont le droit au respect de la vie privée implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouve significativement affecté. Se pose donc une question grave de compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur des enfants, dont le respect doit guider toute décision les concernant* »²⁰⁰. De surcroît, la Cour estime « *compte tenu des conséquences de cette grave restriction sur l'identité et le droit au respect de la vie privée [...], qu'en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à*

¹⁹⁴ Cour eur. D.H., arrêt Niemietz c. Allemagne du 16 décembre 1992, n° 13710/88, § 29. <http://www.echr.coe.int>.

¹⁹⁵ *Ibid.*

¹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸ C. VERBROUCK et C. de BOUYALSKI, « Gestation pour autrui : le temps d'un nécessaire encadrement de la pratique », *op. cit.*, p. 174.

¹⁹⁹ *Ibid.*

²⁰⁰ Cour eur. D.H., arrêt Mennesson c. France du 26 juin 2014, n° 65941/11, § 99, <http://www.echr.coe.int>.

l'établissement en droit interne de leur filiation à l'égard de leur père biologique, l'État défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation »²⁰¹.

L'État luxembourgeois fut condamné également par la même Cour au motif qu'il « *ne pouvait raisonnablement passer outre au statut juridique créé valablement à l'étranger et correspondant à une vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention »²⁰². Dans cette optique, un récent arrêt impliquant l'État belge a d'ailleurs confirmé l'existence d'une vie familiale au sens de l'article 8 dès le moment de la naissance de l'enfant issu d'une mère porteuse²⁰³.*

D'après la Cour de Strasbourg, la prévalence des règles nationales sur la réalité sociale constitue *de jure*, une ingérence disproportionnée au regard du droit au respect de la vie privée et familiale²⁰⁴. Cela nous amène à constater que la présence d'un aspect primordial de l'existence ou de l'identité d'un être humain, tel que le lien de filiation, entraîne une atténuation de la marge d'appréciation dont disposent les États en la matière²⁰⁵.

Et pour cause, il est totalement injuste que les conséquences de l'absence de reconnaissance du lien de filiation d'enfants issus d'une gestation pour autrui, édictée pour l'heure par maints États, portent exclusivement atteintes à leur droit au respect de la vie privée et familiale²⁰⁶.

²⁰¹ *Ibid.*, § 100.

²⁰² Cour eur. D.H., arrêt Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg du 28 juin 2007, n° 76240/01, § 133, <http://www.echr.coe.int>.

²⁰³ Cour eur. D.H., arrêt D. et autres c. Belgique du 8 juillet 2014, n° 29176/13, § 49. <http://www.echr.coe.int>.

²⁰⁴ C. VERBROUCK et C. de BOUYALSKI, « Gestation pour autrui : le temps d'un nécessaire encadrement de la pratique », *op. cit.*, p. 173.

²⁰⁵ L. VAN BUNNEN, « La gestation pour autrui et les droits de l'homme », *op. cit.*, p. 46.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 43.

Titre 4 : Le désir d'enfant et l'intérêt de l'enfant comme fondements légitimes de la pratique de la gestation pour autrui

L'ordre public familial, initialement conçu comme un ordre de direction, s'est totalement métamorphosé en faveur d'un ordre de protection de la partie faible, à savoir, en matière de filiation, de l'enfant²⁰⁷. Cette protection de l'enfant se voit d'ailleurs garantie par la prise en considération *in concreto* de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Parallèlement, le désir d'enfant des parents d'intention, animé par la volonté de conception d'un projet de vie et par là d'une famille, se révèle être une aspiration parfaitement respectable sur le plan de la légitimité éthique.

À cet égard, le présent titre examinera ces deux notions évolutives qui, nous le verrons, permettent de fonder la légitimité éthique de la pratique de la gestation pour le compte d'autrui.

Chapitre 1 : Le désir d'enfant

« Le désir d'enfant puise sa force dans une volonté naturelle aux espèces vivantes de se reproduire, de transmettre leurs gènes »²⁰⁸.

Section 1 : Le désir d'enfant, un droit à l'enfant ?

Le désir d'enfant et le droit à l'enfant sont deux notions sensiblement opposées : le désir s'entend d'une espérance purement individuelle tandis que le droit à la parenté révèle un devoir à l'égard d'autrui²⁰⁹.

Il convient donc d'envisager avec cohérence la place et la fonction du droit au regard de l'autonomie et de la liberté individuelle. Et pour cause, on ne peut véritablement envisager que le pouvoir de décision d'octroi ou de refus des "*permis de procréer*"²¹⁰ puisse revenir au droit.

²⁰⁷ N. GALLUS, *Bioéthique et droit, loc. cit.*, p. 143.

²⁰⁸ M.-G. PINSART, « La gestation pour autrui dans les avis des comités de bioéthique belge et français – Mise en perspective des femmes », *op. cit.*, in *Droit des familles, genres et sexualité, loc. cit.*, p. 176.

²⁰⁹ N. GALLUS, *Bioéthique et droit, loc. cit.*, p. 145.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 146.

En effet, le rôle du droit consiste davantage à établir les limites éthiques relatives à l'exigence de clarté et de liberté des consentements, à l'âge limite, à l'absence de finalité lucrative, plutôt qu'à s'arroger le pouvoir de décision quant à la réalisation du désir d'enfant.

Une parfaite articulation, entre le respect de la liberté individuelle et l'intervention du droit, semble dès lors nécessaire attendu que la mise en œuvre du désir d'enfant touche à la liberté d'autrui.

Relevons que la procréation ne peut se référer exclusivement aux principes d'autonomie de la volonté et de liberté dans la mesure où elle entraîne inéluctablement une relation à autrui²¹¹. En ce sens, nous ne pouvons considérer le désir d'enfant comme un droit à l'enfant *stricto sensu*.

Section 2 : Le droit de fonder une famille

§1 : La notion de famille au 21^{ème} siècle

Le concept de famille tel qu'utilisé dans notre société, consiste en « *une pure création de l'humanité* »²¹². L'anthropologue français Maurice Godelier précise d'ailleurs que « (...) *la conception de la famille modelée depuis des siècles par le christianisme est propre à l'Occident et n'a aucun sens dans beaucoup de sociétés. (...)*

Chez les Baruya, chaque individu a plusieurs pères et plusieurs mères. Tous les frères du père sont considérés comme des pères, toutes les sœurs de la mère comme des mères. Est-ce que toutes les autres familles que celles de l'Occident post-chrétien sont irrationnelles ?

C'est l'humanité qui les a inventées ! Les résistances sont normales, elles accompagnent un grand changement social et mental.

Ce qu'il faut comprendre, c'est que les notions de paternité et de maternité ont deux dimensions, biologiques et sociales.

Dans l'histoire, la plupart des sociétés ont mis en avant le social. La nôtre tend à l'inverse. Mais aujourd'hui, au sein des familles recomposées, la parenté sociale s'étend. On attend du

²¹¹ *Ibid.*, p. 145.

²¹² C. VERBROUCK et C. de BOUYALSKI, « Gestation pour autrui : le temps d'un nécessaire encadrement de la pratique », *op. cit.*, p. 169.

nouveau compagnon ou de la nouvelle compagne qu'ils se comportent comme des pères et des mères vis-à-vis des enfants conçus par d'autres »²¹³.

Dès lors, la famille recouvre inmanquablement outre sa dimension biologique, une dimension sociale.

En ce sens, « (...) aux juristes et aux moralistes trop impatientes, les anthropologues prodiguent des conseils de libéralisme et de prudence. Ils font valoir que même les pratiques et les aspirations qui choquent le plus l'opinion (...) ont leur équivalent dans d'autres sociétés qui ne s'en portent pas plus mal »²¹⁴.

En parallèle, l'individualisation du lien social, c'est-à-dire le phénomène de détachement des sujets avec le collectif, va entraîner la désinstitutionnalisation de la famille, qui ne représente plus « la cellule élémentaire de la société »²¹⁵ mais « un refuge sentimental, un lieu provisoire, consensuel de l'entre soi »²¹⁶.

§2 : Le droit de procréer

Comme le soutient Jérôme Martens, juge au tribunal du travail de Bruxelles, le besoin de donner la vie, exprimé par le besoin de procréer, constitue un « *besoin vital et fondamental qui s'exprime au-delà des générations* »²¹⁷.

L'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme décrète qu'« *à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit* ». Ce droit de fonder une famille s'assimile en droit international au droit d'avoir des enfants, autrement dit au droit de procréer²¹⁸.

²¹³ M. GODELIER, *Métamorphoses de la parentalité*, Paris, Flammarion, coll. Champs Essais, 2010 ; C. VERBROUCK et C. de BOUYALSKI, « Gestation pour autrui : le temps d'un nécessaire encadrement de la pratique », *op. cit.*, p. 169.

²¹⁴ C. LÉVI-STRAUSS, *L'anthropologie face aux problèmes de monde moderne*, Paris, éd. Seuil, coll. La librairie du XXe siècle, 2011, p. 150.

²¹⁵ D. LE BRETON, « La question anthropologique de la gestation pour autrui », *op. cit.*, in *Les incidences de la biomédecine sur la parenté*, *loc. cit.*, pp. 339-40.

²¹⁶ *Ibid.*

²¹⁷ J. MARTENS, « L'aide sociale face à l'irrésistible besoin de donner la vie. A propos de la dignité humaine d'un couple stérile et de l'assistance médicale à la procréation », *op. cit.*, p. 191.

²¹⁸ A. CARILLON, « L'influence des arrêts *Christine Goodwin et I.* sur le consentement au mariage en droit français », *Rev. trim. D. H.*, 2005, p. 351.

Il est précisé en outre, par le tribunal du travail de Charleroi que « *dans la mesure où le souhait légitime de procréer correspond à la volonté profonde des intéressés et constitue un élément essentiel de l'équilibre, voire de la survie de leur couple, il fait partie intégrante de leur dignité ; qu'ils doivent dès lors, bénéficier de la mise en œuvre des techniques et moyens, éventuellement médicaux, pharmaceutiques ou autres, de nature à leur permettre d'atteindre cet objectif* »²¹⁹.

Ainsi, « *dans un régime d'interdiction des maternités pour autrui, [...] seules auraient droit à procréer celles que les compétences corporelles habilitent. Curieuse façon de distribuer le droit de procréer, car elle suppose que les compétences corporelles et parentales sont liées les unes aux autres. Comme si les corps enfermaient une sagesse que l'on ne saurait ni imiter ni contredire. Par ailleurs, un tel fondement limite sérieusement les possibilités des femmes fertiles de disposer de leurs puissances corporelles comme elles l'entendent, en l'occurrence au bénéfice d'autrui, produisant une entorse injustifiée à la liberté d'enfanter* »²²⁰.

§ 3 : L'infertilité humaine et sociale

Le processus d'engendrement s'avère être, en raison de la stérilité humaine et sociale, de moins en moins naturel et involontaire.

L'infertilité, à savoir l'incapacité de procréer, constitue selon Marie-Geneviève Pinsart, un état pathologique²²¹. On entend par pathologie « *la science qui a pour objet l'étude et la connaissance des causes et des symptômes des maladies* »²²².

Or, l'infertilité ne se révèle pas être *de facto* une maladie telle que définie par le *Dictionnaire médical* : « *toute altération de l'état de santé se traduisant habituellement de façon subjective par des sensations anormales* »²²³. En ce sens, bien que l'infertilité ne soit ni une maladie, ni une pathologie au sens large du terme, cela ne justifie aucunement le défaut d'intervention de la médecine en la matière.

²¹⁹ Trib. trav. Bruxelles, 10 décembre 1998, *Chr. D. S.*, 2000, p. 253.

²²⁰ M. IACUB, « Maternité pour autrui », *op. cit.*, in *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale, loc. cit.*, pp. 1225-1226.

²²¹ M.-G. PINSART, « La gestation pour autrui dans les avis des comités de bioéthique belge et français – Mise en perspective des femmes », *op. cit.*, in *Droit des familles, genres et sexualité, loc. cit.*, p. 173.

²²² Dictionnaire "Le Robert Micro", sous la coord. de A. REY, Paris, 2008, p. 951.

²²³ Dictionnaire médical, sous la coord. de J. QUEVAUVILLIERS et A. FINGERHUT, Paris, éd. Masson, 3^e éd., 2001, p. 590.

En effet, comme nous l'avons déjà vu précédemment, l'accès aux techniques de procréation médicalement assistée (P.M.A.) renvoie incontestablement, en vertu du principe fondamental d'égalité et de non-discrimination, à la pratique de la gestation pour autrui médicalisée²²⁴. Ainsi, la pratique de la gestation pour autrui pourrait représenter une technique parmi d'autres d'assistance médicale à la procréation.

À cet égard, la conférence des Nations Unies sur la population et le développement définit la "santé reproductive" comme étant « *un état de complet bien-être physique, mental et social, pour tout ce qui concerne l'appareil reproducteur, ses fonctions et son fonctionnement, et non pas seulement l'absence de maladie ou d'infirmité. Cela suppose donc qu'une personne (...) a la capacité de procréer et la liberté de le faire aussi souvent ou aussi peu souvent qu'elle le désire. Cette dernière condition implique qu'hommes et femmes ont le droit d'être informés et d'utiliser la méthode de planification familiale de leur choix, ainsi que d'autres méthodes de leur choix de régulation des naissances qui ne soient pas contraires à la loi, méthodes qui doivent être sûres, efficaces, abordables et acceptables, ainsi que le droit d'accéder à des services de santé qui (...) donnent aux couples toutes les chances d'avoir un enfant en bonne santé. Il faut donc entendre par services de santé en matière de reproduction l'ensemble des méthodes, techniques et services qui contribuent à la santé et au bien-être en matière de procréation en prévenant et résolvant les problèmes qui peuvent se poser dans ce domaine (...)* »²²⁵.

Le plan d'action de cette conférence vise notamment à prévenir et à traiter la stérilité en garantissant l'accès pour tous aux soins de santé en matière de reproduction²²⁶.

La santé reproductive, telle que définie au niveau international, peut par ailleurs être assimilée à de l'aide médicale à la procréation²²⁷. Par conséquent, nous pouvons considérer la pratique de la gestation pour le compte d'autrui comme relevant du ressort de la "santé reproductive".

Relevons, en outre, que l'absence de solution médicale à l'infertilité humaine et sociale porte directement atteinte au désir d'enfant de certains couples.

²²⁴ H. FULCHIRON, « Parenté, filiation, origines : un nouveau monde en gestation », *op. cit.*, in *Parenté, Filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, *loc. cit.*, p. 9.

²²⁵ Conférence internationale sur la population et le développement, Le Caire, 1994, Programme d'action, §7.2.

²²⁶ J. MARTENS, « L'aide sociale face à l'irrésistible besoin de donner la vie. A propos de la dignité humaine d'un couple stérile et de l'assistance médicale à la procréation », *op. cit.*, pp. 190-191 ; Conférence internationale sur la population et le développement, Le Caire, 1994, Programme d'action, §7.6.

²²⁷ J. MARTENS, « L'aide sociale face à l'irrésistible besoin de donner la vie. A propos de la dignité humaine d'un couple stérile et de l'assistance médicale à la procréation », *op. cit.*, p. 191.

L'infertilité humaine est celle qui touche les couples hétérosexuels dans lesquels la femme ovule mais ne peut mener à bien une grossesse, tandis que l'infertilité sociale frappe les couples homosexuels masculins qui sont physiologiquement inaptes à mener une gestation. Ces couples voient dans ces hypothèses de non-assistance médicale à la procréation, la révélation d'une véritable injustice créée à leur égard²²⁸.

De plus, la souffrance générée par l'infertilité tant humaine que sociale, ressort explicitement de l'avis rendu par le Comité consultatif de bioéthique qui dispose que « *le manque d'enfant comporte des implications émotionnelles énormes (...). Les troubles de la fertilité humaine touchent en effet l'individu au plus profond de son intimité, de sa sexualité et de ses émotions. Ils ont un effet direct sur la dynamique du couple et son intégration sociale et culturelle. Ces aspects induisent une grande vulnérabilité chez les personnes infécondes* »²²⁹.

Dans cette optique, l'argument de l'absence de motif thérapeutique n'est pas décisif, attendu que conformément à la définition de l'Organisation mondiale de la santé, la notion d'acte médical est « *évolutif et axé sur l'atténuation des souffrances et non pas sur la seule guérison des pathologies* »²³⁰. De surcroît, ce défaut de pathologie se retrouve également dans le domaine de la procréation médicalement assistée : il n'est donc pas propre à la pratique de la gestation pour autrui²³¹.

Section 3 : Le désir d'enfant entre conception naturelle, génétique voire élective

§ 1 : La dissociation des composantes de la maternité : la génétique, la gestation et le socio-affectif

²²⁸ M.-G. PINSART, « La gestation pour autrui dans les avis des comités de bioéthique belge et français – Mise en perspective des femmes », *op. cit.*, in *Droit des familles, genres et sexualité*, *loc. cit.*, p. 149.

²²⁹ Avis n° 6 du 8 juin 1998 concernant les bases éthiques pour l'optimisation de l'offre et des critères de fonctionnement des centres de fécondation *in vitro*, Comité consultatif de bioéthique de Belgique.

²³⁰ N. GALLUS, « La validité de la convention de gestation pour autrui en droit belge actuel », *op. cit.*, in *La gestation pour autrui – Vers un encadrement ?*, *loc. cit.*, p. 184 ; Gallus N., *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge - La nullité de la convention de gestation pour autrui en droit actuel*, *loc. cit.*, p. 359.

²³¹ N. GALLUS, « La validité de la convention de gestation pour autrui en droit belge actuel », *op. cit.*, in *La gestation pour autrui – Vers un encadrement ?*, *loc. cit.*, p. 184 ; Gallus N., *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge - La nullité de la convention de gestation pour autrui en droit actuel*, *loc. cit.*, p. 358.

Les progrès technico-scientifiques sont inéluctablement à l'origine de l'éclatement actuel des composantes de la maternité. En effet, on se trouve aujourd'hui face à ce que l'on pourrait communément appeler une "maternité partagée"²³².

Deux hypothèses peuvent être envisagées : d'une part, l'hypothèse dans laquelle la femme stérile intervient uniquement en qualité de génitrice et d'autre part, celle où elle participe à la maternité en qualité de gestatrice²³³.

Dans le premier cas, on prélève sur la femme stérile un ovocyte qui sera inséminé *in vitro* avec un gamète mâle, puis on transfère le zygote produit dans l'utérus de la femme porteuse²³⁴. L'enfant a alors deux mères biologiques : la mère génétique, à savoir la mère d'intention donneuse de l'ovocyte et la mère porteuse²³⁵. Cependant, au niveau juridique, l'enfant n'aura pour mère que la femme qui en a accouché²³⁶. L'enfant n'a donc qu'une seule mère légale puisqu'en droit, l'accouchement fonde toujours la maternité²³⁷.

Dans le second cas, c'est le gamète femelle d'une femme tierce donneuse qui est inséminé *in vitro* avec le sperme du parent d'intention ou d'un tiers, pour ensuite être implanté dans l'utérus de la mère d'intention²³⁸. De la même façon, seule la mère d'intention sera la mère de l'enfant au sens juridique, quand bien même la maternité serait biologiquement partagée avec la tierce donneuse d'ovocyte²³⁹.

§ 2 : L'évolution des fondements de la filiation

Le recours à la pratique de la gestation pour autrui peut sembler extrême au sens où elle confère « à la volonté, le pouvoir exorbitant d'ébranler l'antique certitude de la maternité »²⁴⁰.

A l'instar de Nicole Gallus, la "certitude" en matière de filiation, à tout le moins celle fondée sur un élément physiologique, est mise à mal par les contradictions opérées par l'évolution de

²³² L. VAN BUNNEN, « La gestation pour autrui et les droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 36-37.

²³³ *Ibid.*, pp. 36-37.

²³⁴ *Ibid.*

²³⁵ *Ibid.*

²³⁶ *Ibid.*

²³⁷ Civ., art. 312, § 1^{er}: « L'enfant a pour mère la personne qui est désignée comme telle dans l'acte de naissance ».

²³⁸ L. VAN BUNNEN, « La gestation pour autrui et les droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 36-37.

²³⁹ *Ibid.*

²⁴⁰ N. GALLUS, *Bioéthique et droit*, *loc. cit.*, p. 169.

la biologie et de la médecine²⁴¹. En effet, bien que la science permette d'établir la vérité biologique, les techniques de procréation médicalement assistée mettent quant à elles, en exergue la vérité socio-affective²⁴².

En ce sens, François Terré avance que « *la donnée biologique (...) n'a jamais été de taille à épuiser la symbolique des rapports de filiation qui sont toujours l'objet d'une reconstruction personnelle de l'individu par l'individu (...) de sorte qu'on doit admettre que le lien biologique, évacué en cas d'insémination avec donneur de gamètes, peut aussi reculer en cas de maternité pour autrui* »²⁴³.

De plus, il est à noter qu'il est désormais possible d'établir le lien de filiation de la coparente à l'égard de l'enfant de sa compagne²⁴⁴. Autrement dit, deux femmes peuvent actuellement être toutes deux parentes d'un enfant commun. De cette façon, un double lien de filiation maternelle est établi à l'égard de l'enfant. Cette évolution juridique demeure en revanche hautement discriminatoire attendu que pareille possibilité n'est pas encore reconnue aux couples d'hommes²⁴⁵. À ce propos, notons qu'une éventuelle étendue du bénéfice de la loi aux couples d'hommes reviendrait à légitimer de manière implicite la pratique de la gestation pour le compte d'autrui²⁴⁶.

De la même façon, on peut relever que l'adoption conjointe par deux personnes de même sexe²⁴⁷ entraîne le cumul de filiations maternelles ou paternelles. L'établissement de ce double lien simultané de filiation affective mono-sexuée est donc révélateur de l'évolution des fondements de la filiation. En effet, cette hypothèse de concrétisation juridique de l'homoparenté reflète la flexibilité du droit attendu qu'il tient dorénavant compte, non plus simplement du fait biologique, mais de la volonté de l'engendrement²⁴⁸.

²⁴¹ *Ibid.*

²⁴² *Ibid.*

²⁴³ G. GENICOT, *Nouveaux dialogues en droit médical - Tour d'horizon de quelques acquis et enjeux actuels*, loc. cit., p. 37 ; F. TERRÉ, *L'enfant de l'esclave. Génétique et droit*, Paris, Flammarion, 1987, pp. 182-184.

²⁴⁴ Loi du 5 mai 2014 portant établissement de la filiation de la coparente, *M.B.*, 7 juillet 2014, p. 51703.

²⁴⁵ C. VERBROUCK et C. de BOUYALSKI, « Gestation pour autrui : le temps d'un nécessaire encadrement de la pratique », *op. cit.*, p. 178.

²⁴⁶ *Ibid.*

²⁴⁷ Civ., art. 343, §1^{er}.

²⁴⁸ N. GALLUS, *Bioéthique et droit*, loc. cit., p. 171 ; G. GENICOT, *Nouveaux dialogues en droit médical - Tour d'horizon de quelques acquis et enjeux actuels*, loc. cit., pp. 34-35 ; G. GENICOT, « Gestation pour autrui,

Puisque le droit concrétise le double lien de filiation mono-sexuée en matière d'adoption et tous les effets juridiques y découlant, on imagine mal en quoi une copaternité ou une comaternité, avec des conséquences davantage symboliques que juridiques, heurterait notre conception de la paternité ou de la maternité lors de la réalisation d'un projet parental par recours à la gestation pour autrui²⁴⁹.

Par conséquent, la différence des sexes, autrefois présentée comme « *le repère indispensable de la structuration de l'enfant* »²⁵⁰, ne constitue plus le fondement juridique de la filiation et de la famille.

Chapitre 2 : L'intérêt supérieur de l'enfant

« *L'humanité doit donner à l'enfant ce qu'elle a de meilleur* »²⁵¹.

Section 1 : La notion de « l'intérêt supérieur de l'enfant »

L'intérêt supérieur de l'enfant occupe une place prépondérante dans notre système juridique, tant national qu'international. On peut notamment invoquer l'article 22 de la constitution, l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, l'article 24 de la Charte des Droits Fondamentaux de L'union européenne ou encore l'article 3 de la Convention Internationale relative aux droits de l'enfant.

Dès lors, lorsque les droits fondamentaux d'un enfant sont en jeu, l'intérêt supérieur de cet enfant doit impérativement primer, quand bien même un principe d'ordre public ou une loi nationale serait mis en balance²⁵². Ce qui revient à dire que « *l'intérêt de l'enfant, simple valeur en 1987, est devenu, (...), un droit fondamental et un principe constitutionnel* »²⁵³. Par conséquent, « *la prise en considération de l'intérêt de l'enfant est aujourd'hui*

autonomie personnelle et maîtrise corporelle : plaidoyer pour un droit neutre et libéré », *op. cit.*, in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, *loc. cit.*, pp. 167-168.

²⁴⁹ N. GALLUS, *Bioéthique et droit*, *loc. cit.*, pp. 171-172.

²⁵⁰ *Ibid.*

²⁵¹ Déclaration de Genève sur les droits de l'enfant, 26 septembre 1924, Préambule.

²⁵² C. VERBROUCK et C. de BOUYALSKI, « Gestation pour autrui : le temps d'un nécessaire encadrement de la pratique », *op. cit.*, p. 171.

²⁵³ G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « L'intérêt de l'enfant sur le fil – Réflexions à partir des arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation », *J.T.*, 2013, p. 436.

incontestablement un principe qui régit le droit de la filiation aux côtés d'autres principes, tel celui d'égalité et de non-discrimination »²⁵⁴

Section 2 : La consécration juridique de la filiation des parents d'intention dans l'intérêt de l'enfant

L'absence de concrétisation sur le plan juridique des liens de filiation des parents d'intention est tout à fait contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant attendu qu'elle mène à considérer l'enfant issu d'une gestation pour autrui comme un "enfant illégal"²⁵⁵.

A cet égard, Nicole Gallus considère que « *priver l'enfant de tout statut au motif que le même projet parental a été mis en œuvre à l'étranger ne correspond pas à l'exigence de respect de son intérêt supérieur* »²⁵⁶ car cette conduite vise « *à sanctionner l'enfant en lui refusant la protection du lien de filiation pour des motifs reposant sur des critères qui lui sont étrangers, tels que les choix de vie de ses auteurs et leurs choix quant aux modalités de conception* »²⁵⁷.

Dans le même sens, on peut retranscrire l'extrait d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris dans lequel cette dernière avait déclaré que « *la non transcription des actes de naissance aurait des conséquences contraires à l'intérêt supérieur des enfants qui, au regard du droit français, se verraient priver d'acte d'état civil indiquant leur lien de filiation, y compris à l'égard de leur père biologique* »²⁵⁸. Il y a donc, au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant, une réelle nécessité d'établir en droit les liens de filiation des parents d'intention.

On peut d'ailleurs constater, à s'en réjouir, que les juridictions nationales et européennes prennent davantage en considération cette notion en matière de filiation et tendent à renverser progressivement les présomptions légales en faveur d'un jugement au cas par cas²⁵⁹.

²⁵⁴ *Ibid.*

²⁵⁵ C. VERBROUCK et C. de BOUYALSKI, « Gestation pour autrui : le temps d'un nécessaire encadrement de la pratique », *op. cit.*, p. 171.

²⁵⁶ *Ibid.*

²⁵⁷ Civ. Huy (4^{ème} ch.), 22 mars 2010, *J.T.*, p. 424, note N. GALLUS.

²⁵⁸ Paris, 25 octobre 2007, *J.D.I.*, 2008, p.145.

²⁵⁹ C. VERBROUCK et C. de BOUYALSKI, « Gestation pour autrui : le temps d'un nécessaire encadrement de la pratique », *op. cit.*, p. 171.

A ce propos, il est notamment affirmé dans la doctrine que « *la haute juridiction* »²⁶⁰, à savoir la Cour constitutionnelle, « *impose aujourd'hui au juge un contrôle concret et effectif de l'intérêt de l'enfant. A l'instar de la juridiction strasbourgeoise, elle veut protéger des "droits non pas théoriques ou illusoire mais effectifs et concrets". Cette position paraît pleine de bon sens : l'intérêt d'un enfant ne sera pas celui d'un autre et c'est en prenant en considération tous les aspects concrets du dossier que le juge pourra au mieux s'en rapprocher. Il est en effet, impossible de pouvoir embrasser théoriquement la diversité des situations* »²⁶¹.

A titre d'exemple, l'arrêt de la Cour Constitutionnelle du 9 août 2012 en matière de parenté incestueuse conclut qu'« *il n'y a pas de lien nécessaire entre l'interdiction du mariage entre les personnes qui partagent un lien de sang et la prohibition de l'établissement du double lien de filiation dans le chef des enfants issu d'une relation entre ces personnes* »²⁶².

Ainsi, partageant l'avis de la Cour constitutionnelle, on ne peut garantir²⁶³ « *qu'il est toujours dans l'intérêt de l'enfant né dans de telles circonstances que sa double filiation ne soit pas établie* »²⁶⁴.

L'objectif fondamental est d'éviter, autant que possible, que l'enfant ne supporte le fardeau de la sanction de l'illicéité des contrats conclus par ceux qui ont désiré sa venue au monde²⁶⁵. Il est donc selon moi, primordial de concrétiser juridiquement, au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant, les liens de filiation de l'enfant issu d'une relation incestueuse bien que l'inceste soit formellement prohibé par le droit.

Comme le souligne légitimement Nicole Gallus, « *une règle contraignante serait inefficace (..), puisque la sanction atteindrait l'enfant, fût-ce indirectement* »²⁶⁶. Et pour cause, ce sont les enfants qui sont les premiers à pâtir des incidences d'une absence de consécration juridique. Dès lors, l'enfant étant là, on ne peut nier le lien juridique de filiation sous prétexte

²⁶⁰ G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « L'intérêt de l'enfant sur le fil – Réflexions à partir des arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation », *J.T.*, 2013, p. 433.

²⁶¹ *Ibid.*

²⁶² C. const., 9 août 2012, n° 103/2012, *Act. Dr. fam.*, 2012, p. 150, note A.-Ch. VAN GYSEL; *J.L.M.B.*, 2012, p. 1281, note P. MARTENS, B.4.2.

²⁶³ C. const., 9 août 2012, n° 103/2012, B.5. ; C. VERBROUCK et C. de BOUYALSKI, « Gestation pour autrui : le temps d'un nécessaire encadrement de la pratique », *op. cit.*, pp. 171-172.

²⁶⁴ C. const., 9 août 2012, n° 103/2012, B.5.

²⁶⁵ N. GALLUS, *Bioéthique et droit*, *loc. cit.*, p. 144.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 154.

que l'origine de sa conception déroge aux règles en vigueur car ce serait contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant, « *clé de voûte du droit de la filiation* »²⁶⁷.

A l'instar de cet arrêt dans lequel l'intérêt supérieur de l'enfant prévaut sur la violation de l'ordre public par l'inceste²⁶⁸, cet intérêt doit tout autant être privilégié à une violation de l'ordre public par la pratique de la gestation pour autrui²⁶⁹.

Faute de quoi une inégalité apparaîtrait entre les enfants nés d'une gestation pour autrui et les autres, au regard de leur intérêt à voir consacrer juridiquement leur filiation²⁷⁰. En effet, toute réglementation qui aurait pour objectif ou pour conséquence secondaire de préjudicier l'enfant né d'une gestation pour autrui s'interprète nécessairement comme une discrimination fondée sur la naissance²⁷¹.

Partant de ce postulat, on peut affirmer que l'intérêt *in concreto* de l'enfant doit nécessairement primer sur toute autre considération²⁷². Les États se doivent donc de réglementer la matière tout en préservant une certaine cohérence entre leur droit national et les droits fondamentaux garantis singulièrement aux enfants²⁷³.

De plus, il est dans l'intérêt de l'enfant de ne pas multiplier les procédures d'établissement des liens de filiation attendu que ceux-ci se verront dans tous les cas établis *in fine*. En d'autres termes, il convient d'envisager une reconnaissance immédiate de la double parenté des parents d'intention²⁷⁴.

Une jurisprudence relativement récente, applicable à mon sens aux cas de recours de gestation pour autrui tant des couples homosexuels qu'hétérosexuels, permet d'illustrer admirablement cette réflexion.

²⁶⁷ G. KESSLER, « La consolidation des situations illicites dans l'intérêt de l'enfant », *Dr. fam.*, 2005, comm. 16, p. 11.

²⁶⁸ C. const., 9 août 2012, n° 103/2012 ; C. VERBROUCK et C. de BOUYALSKI, « Gestation pour autrui : le temps d'un nécessaire encadrement de la pratique », *op. cit.*, p. 171-172.

²⁶⁹ *Ibid.*

²⁷⁰ *Ibid.*

²⁷¹ E. DOS REIS, G. RUFFIEUX, J. TEREL, G. WILLEMS, « Maternité de substitution », *op. cit.*, in *Parenté, Filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, *loc. cit.*, p. 216.

²⁷² *Ibid.*

²⁷³ *Ibid.*

²⁷⁴ C. VERBROUCK et C. de BOUYALSKI, « Gestation pour autrui : le temps d'un nécessaire encadrement de la pratique », *op. cit.*, p. 172.

Il s'agit d'un arrêt du Tribunal de première instance de Liège qui prévoit que « *dans l'ordre interne, en l'état actuel de la loi et de la jurisprudence, la gestation pour autrui n'est pas spécifiquement interdite (...) la jurisprudence, invoquant le principe fondamental de l'intérêt supérieur de l'enfant, admet la reconnaissance du lien de filiation à l'égard du parent biologique – mais à l'égard de celui-là seul – rendant par-là nécessaire une procédure ultérieure d'adoption afin de recréer le lien à l'égard du second parent.*

L'important est de constater qu'en matière de gestation pour autrui, au bout d'un processus qui se réalise en deux temps, le double lien de filiation monosexuée est bel et bien confirmé juridiquement, en toute harmonie avec nos principes d'ordre public.

La situation étant telle actuellement, on voit mal les raisons pour lesquelles il faudrait, dans le cadre de la présente procédure de reconnaissance d'une décision judiciaire étrangère, "détricoter" partiellement la décision américaine, avec toutes les incidences négatives qu'une telle opération implique sur le plan de l'intérêt des enfants, de la cohérence et de la permanence de leur statut personnel – objectifs fondamentaux en la matière – dès lors qu'il est certain que le lien sera rétabli grâce à une procédure ultérieure d'adoption. En effet, l'intérêt supérieur des enfants consistera manifestement à voir le lien de filiation établi à l'égard de leurs deux parents (...) »²⁷⁵.

²⁷⁵ Civ. Liège (3^e ch.), 15 mars 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 3/2013, pp. 721-729., note C. HENRICOT.

Titre 5 : De la légitimité à la licéité de la pratique de la gestation pour le compte d'autrui

La gestation pour le compte d'autrui est une pratique qui, comme tous nouveaux procédés médicaux faisant intervenir un tiers dans la conception d'un individu, pose la délicate réflexion de savoir ce qui est socialement et éthiquement acceptable dans nos sociétés. La prudence ainsi attachée à l'acceptation du recours envers cette pratique permet de justifier sa légitimité éthique et *in fine*, sa licéité juridique.

Chapitre 1 : Etat du droit en matière de gestation pour autrui

Un examen succinct de droit comparé permet de mettre en exergue la pluralité actuelle des réactions étatiques à l'égard de la pratique de la gestation pour le compte d'autrui²⁷⁶. Trois types d'États peuvent toutefois y être dégagés : les États prohibant juridiquement le procédé, ceux dépourvus de réglementation en la matière, et enfin, les États autorisant légalement la gestation pour autrui.

Tout d'abord, le choix d'une stricte prohibition du recours à ce nouveau procédé d'engendrement ne représente pas une voie acceptable. En effet, le fait de frapper de nullité absolue la convention de gestation pour autrui entraîne un refus radical d'attacher des conséquences juridiques au processus, refus qui se répercute *in fine* sur l'état civil de l'enfant²⁷⁷. Or, cette répression n'est éthiquement pas défendable au regard du légitime désir d'enfant éprouvé par le couple d'intention, de l'œuvre altruiste accomplie par la mère porteuse, ainsi qu'au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant, « *clé de voûte du droit de la filiation* »²⁷⁸. De plus, cette position mène à une attitude de « *non-droit* »²⁷⁹ qui au contraire incite l'exil ou la clandestinité, empêchant de cette façon toute régulation sociale.

De la même manière, la neutralité juridique affichée par certains pays à l'égard du processus de gestation pour autrui ne semble pas plus souhaitable. L'absence de réglementation mène en réalité à une gestion improvisée du processus, occasionnant de la sorte un véritable sentiment

²⁷⁶ E. DOS REIS, G. RUFFIEUX, J. TEREL, G. WILLEMS, « Maternité de substitution », *op. cit.*, in *Parenté, Filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, *loc. cit.*, p. 173.

²⁷⁷ N. GALLUS, *Bioéthique et droit*, *loc. cit.*, p. 139.

²⁷⁸ G. KESSLER, « La consolidation des situations illicites dans l'intérêt de l'enfant », *op. cit.*, p. 11.

²⁷⁹ N. GALLUS, *Bioéthique et droit*, *loc. cit.*, p. 149.

d'insécurité dans les relations personnelles entre protagonistes. Cette catégorie d'États dont relève la Belgique confronte alors le juriste à la problématique de la valeur juridique de tels arrangements²⁸⁰.

Enfin, il existe des États qui autorisent légalement les conventions de gestation pour autrui nonobstant le respect de certaines limites éthiques. Cette option semble être la plus recevable face à l'autonomie de la volonté, au droit au respect de la vie privée et familiale, au désir d'enfant et à l'intérêt supérieur de l'enfant. En effet, ces limites éthiques, à l'autonomie de la volonté fixées par le droit dans le recours à la gestation pour autrui, veillent à prévoir et à éviter, autant que faire se peut, les éventuelles dérives qui jusqu'ici fondaient son illégitimité éthique et son illicéité juridique.

Chapitre 2 : L'opportunité d'un encadrement juridique de la gestation pour autrui

Section 1: La réalité des gestations pour autrui transfrontalières

Le traitement juridique de la gestation pour autrui relève *a priori* de l'ordre juridique interne des États qui se voient reconnaître, comme explicité antérieurement, une large marge d'appréciation en la matière par la Cour de Strasbourg. En effet, la question d'autoriser ou d'interdire ce processus de procréation est éminemment nationale attendu que les représentations de la famille, de la procréation et de la filiation dépendent intimement de l'histoire, de la culture et de la sociologie d'un pays²⁸¹. En 2001, Nathalie Massager avait d'ailleurs déjà affirmé que « *l'approche juridique du phénomène de la gestation pour autrui est directement conditionné par le jugement moral qui est porté sur cette pratique* »²⁸².

La complexité de l'attitude des États pourvus d'une législation interdisant la pratique, tels que la France, réside indirectement dans la « *délocalisation procréative* »²⁸³, plus couramment

²⁸⁰ E. DOS REIS, G. RUFFIEUX, J. TEREL, G. WILLEMS, « Maternité de substitution », *op. cit.*, in *Parenté, Filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, *loc. cit.*, pp. 185-186.

²⁸¹ *Ibid.*, pp. 170-171.

²⁸² N. MASSAGER, « Gestation pour autrui », in *Nouvelle encyclopédie de bioéthique* (sous la dir. de G. HOTTOIS et J.-N. MISSA), Bruxelles, De Boeck Université, 2001, p. 484 ; J. SOSSON, « Mère porteuse mariée : danger ? », *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 637 ; G. GENICOT, « Gestation pour autrui, autonomie personnelle et maîtrise corporelle : plaidoyer pour un droit neutre et libéré », *op. cit.*, in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, *loc. cit.*, p. 155.

²⁸³ Cass. (1^{er} civ.), 17 décembre 2008, *D.*, 2009, note L. BRUNET, p. 340.

dénommée "tourisme procréatif". En effet, force est de constater que les couples de ces États qui souhaitent recourir à cette pratique vont naturellement s'orienter vers des pays considérés comme plus libéraux dans ce domaine²⁸⁴. Et pour cause, les pays autorisant légalement le recours à la gestation pour autrui n'imposent généralement pas l'exigence d'être ressortissant d'un État ne s'y opposant pas radicalement²⁸⁵, ouvrant de la sorte davantage l'accès à ce procédé.

Par conséquent, l'émergence du tourisme procréatif va exiger des législateurs nationaux qu'ils statuent également sur l'intégration de situations régulièrement établies à l'étranger dans leur ordre juridique interne²⁸⁶.

Dans le sens de la critique émise par le professeur Géraud De Geouffre de la Pradelle, il convient de s'interroger sur l'opportunité « *de maintenir l'interdiction des conventions de maternité pour autrui, donc de refuser de réglementer une pratique de plus en plus répandue, légale ou tolérée dans des pays étrangers facilement accessibles (...). On ne peut s'empêcher de penser qu'en cette matière le bon sens devrait enfin prévaloir...* »²⁸⁷.

Section 2 : De la légitimité éthique à la licéité juridique

Dans une matière aussi éthiquement sensible que celle de la conception d'un enfant, l'intervention du droit apparaît comme une légitime nécessité²⁸⁸. En effet, l'absence d'encadrement juridique rend tous processus de procréation fondamentalement incertains. Les protagonistes n'ont alors aucune certitude et sécurité quant à la pleine exécution de la convention de gestation pour le compte d'autrui.

Dès lors, légiférer apparaît indéniablement comme l'unique solution envisageable pour prévenir les abus et les états de fait irréversibles²⁸⁹.

²⁸⁴ E. DOS REIS, G. RUFFIEUX, J. TEREL, G. WILLEMS, « Maternité de substitution », *op. cit.*, in *Parenté, Filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, *loc. cit.*, p. 175.

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 177.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 171.

²⁸⁷ Paris, 18 mars 2010, *D.*, n° 26, p. 1687, note De GEOUFFRE de la PRADELLE.

²⁸⁸ E. DOS REIS, G. RUFFIEUX, J. TEREL, G. WILLEMS, « Maternité de substitution », *op. cit.*, in *Parenté, Filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, *loc. cit.*, p. 217.

²⁸⁹ C. VERBROUCK et C. de BOUYALSKI, « Gestation pour autrui : le temps d'un nécessaire encadrement de la pratique », *op. cit.*, p. 177.

Plus spécifiquement, « *procédant du souci d’appréhender la réalité juridique et sociale d’une manière cohérente, avec exactitude et sans faux-fuyant, la licéité de principe de la G.P.A. s’en déduit d’elle-même* »²⁹⁰. En ce sens, Gilles Genicot considère que la prohibition de telles conventions « *repose sur du sable* »²⁹¹ et consiste en « *une échappatoire commode évitant d’analyser en profondeur les arguments qui aspirent à l’élaboration d’une réglementation équilibrée* »²⁹².

À l’instar du raisonnement développé dans la présente étude, les principes d’indisponibilité du corps humain et de l’état des personnes, devenus pour l’heure véritablement archaïques, ne permettent plus à eux seuls de réfuter radicalement ce nouveau processus de procréation.

En effet, le phénomène de disponibilité du corps humain met au contraire l’accent sur l’importance de l’autonomie de l’individu au motif qu’il semble inconcevable, dans une société dite libérale, que notre corps puisse être assujéti à une autre souveraineté que la nôtre. En effet, toute atteinte corporelle est légitime si elle est autorisée par le consentement de la personne qui la subit. Ainsi, je cite ; « *seuls les excès doivent être contenus ou sanctionnés, sans mettre en péril le modèle même promouvant l’utilisation libre et autonome de ses propres facultés corporelles* »²⁹³.

S’agissant du principe de l’indisponibilité de l’état des personnes, pareil constat est observé. Attendu que les conventions de gestation pour autrui ont pour but de faire naître des enfants dont l’état ne correspond pas à leur filiation réelle, la création du lien de parenté unissant l’enfant aux parents d’intention ainsi que la reconnaissance par le droit de ce lien, relèvent *de facto* en partie d’autonomie personnelle. De plus, « *aucun dogme indérogeable ne paraît faire obstacle* »²⁹⁴ à un aménagement des mécanismes, assurément atypique, de filiation de l’enfant. Par conséquent, l’indisponibilité de l’état des personnes n’est je cite : « *qu’un voile factice à l’emprise de la volonté sur le destin* »²⁹⁵.

²⁹⁰ G. GENICOT, *Nouveaux dialogues en droit médical - Tour d’horizon de quelques acquis et enjeux actuels*, loc. cit., p.35.

²⁹¹ *Ibid.*

²⁹² *Ibid.*, p. 36.

²⁹³ *Ibid.*, p. 34.

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 35.

²⁹⁵ *Ibid.*

Parmi les motifs légitimes de rejet de la pratique de la gestation pour autrui, demeure généralement l'argument de l'exploitation des femmes démunies. La pertinence de cette objection est néanmoins réfutable pour deux raisons.

D'une part, la clairvoyance et l'équilibre émotionnel de la mère porteuse sont vérifiés au travers d'un encadrement médical et psycho-social de la grossesse²⁹⁶. Dès lors, il ne s'agit aucunement d'une aliénation mais bien d'une utilisation de facultés corporelles qui ne nuit à qui que ce soit²⁹⁷. D'autre part, bien qu'il y ait en bioéthique une volonté permanente d'éviter les dérives mercantiles ainsi que l'instrumentalisation du corps de la femme, cette volonté « *n'impose nullement une interdiction radicale, fût-elle implicite ou indirecte, de la technique considérée : un encadrement soigneux, strict mais raisonnable, est de nature à contenir adéquatement ces risques* »²⁹⁸.

Dans le même sens, les préjudices psychologiques, souvent allégués à ce processus dans le chef de l'enfant et de la mère porteuse, semblent jusque maintenant totalement spéculatifs. En effet, il s'avère impossible, faute d'études le démontrant, de certifier « *l'existence, la consistance et l'importance d'un véritable impact psychologique de la gestation pour autrui sur les enfants nés de cette pratique* »²⁹⁹. Dès lors, tant que cette pratique se verra explicitement ou implicitement prohibée, on ne pourra notoirement l'affirmer.

À cette fin, on constate qu'aucun motif ne permet de fonder légitimement la nullité des conventions de gestation pour le compte d'autrui. Dès lors, comme il vient d'être souligné, « *leur licéité de principe peut se recommander du droit au respect de la vie privée et familiale des parents d'intention, (...) de la maîtrise corporelle de la mère porteuse* »³⁰⁰, du principe d'égalité et de non-discrimination, du désir d'enfant et de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Dans un processus d'engendrement aussi périlleux et délicat que celui de la gestation pour le compte d'autrui, les objections à la licéité juridique de telles conventions doivent se revendiquer « *d'une louable dose de raisonnable prudence* »³⁰¹.

²⁹⁶ *Ibid.*

²⁹⁷ *Ibid.*

²⁹⁸ *Ibid.*, p. 36.

²⁹⁹ *Ibid.*

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 37.

³⁰¹ *Ibid.*, p. 36.

Et pour cause, une régulation, « gagnant à être la plus neutre possible au regard des chemins de vie et des conséquences individuelles »³⁰², de cette pratique plutôt qu'un rejet pur et simple de celle-ci, demeure pour le moins nécessaire³⁰³.

Section 3 : Les solutions envisageables

§1 : L'encadrement juridique

Il appartient exclusivement au législateur d'assumer la responsabilité des choix éthiques, culturels et sociologiques les plus fondamentaux par l'adoption de règles minimales³⁰⁴.

Dans le domaine de la gestation pour le compte d'autrui, « un encadrement fondé sur un équilibre entre liberté individuelle, responsabilité et solidarité permet d'assurer le respect de la volonté, sans exclure le contrôle nécessaire pour assurer la concordance d'une légitimité et d'une légalité conditionnée par le respect de la dignité humaine, c'est-à-dire, notamment, de la non-commercialisation de la pratique et de la reconnaissance des libertés réciproques »³⁰⁵.

En Belgique, on retrouve d'ailleurs toute une série de propositions de loi³⁰⁶ déposées au Parlement qui ont pour vocation la détermination d'un cadre légal propre au processus de gestation pour le compte d'autrui.

³⁰² G. GENICOT, *Nouveaux dialogues en droit médical - Tour d'horizon de quelques acquis et enjeux actuels*, loc. cit., p. 30.

³⁰³ *Ibid*, p. 37.

³⁰⁴ N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge - La nécessité de légiférer et les propositions de loi encadrant la licéité de la gestation pour autrui*, loc. cit., p. 392.

³⁰⁵ N. GALLUS, *Bioéthique et droit*, loc. cit., p. 149.

³⁰⁶ Proposition de loi réglementant la maternité de substitution, déposée le 9 septembre 2010 par M. TOMMELEIN et consorts (Open VLD), *Doc. parl.*, Sénat, 2010, n° 5-130/1 ; Proposition de loi relative aux mères porteuses, déposée le 23 septembre 2010 par Mme Chr. DEFRAIGNE (MR), *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 2010, n° 5-160/1 ; Proposition de loi relative à la maternité pour autrui, déposée le 6 octobre 2010 par M. Ph. MAHOUX (PS), *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr., 2010-2011, n° 5-236/1 ; Proposition de loi modifiant le Code pénal en ce qui concerne la maternité de substitution à finalité commerciale, déposée le 28 octobre 2010, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2010-2011, n° 53-497/1 ; Proposition de loi portant organisation des centres de maternité de substitution, déposée le 5 avril 2011 par Mme TEMMERMAN et S. SWENNEN (SP. A), *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2010, n° 5-929/1 ; Proposition de loi complétant le Code pénal par des dispositions relatives à la commercialisation de la maternité de substitution et à la médiation aux fins de celle-ci, déposée le 4 mai 2011, *Ch. rep.*, sess. ord. 2010-2011, n° 53-1429/1 ; Proposition de loi portant organisation des centres de maternité de substitution, déposée le 12 mai 2011, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2010-2011, n° 53-1453/1 ; Proposition de résolution concernant la

Il convient d'envisager en outre, un modèle juridique flexible qui opère une distinction entre parenté et parentalité, afin de permettre à chacun des protagonistes d'avoir une place juridiquement sécurisée auprès de l'enfant³⁰⁷. Cette même réflexion est d'ailleurs proposée par Nicole Gallus qui songe notamment « à des systèmes de plurimaternité impliquant l'indication dans l'acte de naissance du nom des deux mères – génétique et gestatrice –, étant entendu que la maternité légale n'existerait que dans le chef de celle qui assume le projet parental »³⁰⁸.

Ainsi, dans un champ contractuel strictement encadré par une législation³⁰⁹, la gestation pour autrui constituerait une nouvelle forme légale de parenté conventionnelle, à savoir une nouvelle hypothèse légale d'implication de l'autonomie individuelle dans le droit de la filiation³¹⁰.

§ 2 : L'admission du fait accompli

Devant un tourisme procréatif en pleine expansion, il s'avère légitimement concevable de mettre à charge des États, du Conseil de l'Europe du moins, une obligation de reconnaissance du lien de filiation légalement constitué à l'étranger d'un enfant né d'une mère porteuse³¹¹. Cette obligation positive permettrait ainsi de garantir à la fois la sécurité et la stabilité juridique de l'état civil de l'enfant. *A contrario*, nous serions face à une situation pour le moins boiteuse, attendu que les parents d'intention seraient reconnus à l'étranger comme étant les parents légaux de l'enfant mais pas dans leur pays d'origine.

réglementation internationale de la maternité de substitution, déposée le 9 juin 2011 par Mmes E. SLEURS et I. FAES, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord., 2010-2011, n° 5-1075/1.

³⁰⁷ E. DOS REIS, G. RUFFIEUX, J. TEREL, G. WILLEMS, « Maternité de substitution », *op. cit.*, in *Parenté, Filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, *loc. cit.*, p. 219.

³⁰⁸ N. GALLUS, « Approche juridique nouvelle des parentés et parentalités en droit belge », *R.J.T.*, 2010, p. 150.

³⁰⁹ Sur les perspectives *de lege ferenda*, voy. la doctrine : G. SCHAMPS G., J. SOSSON, *La gestation pour autrui – Vers un encadrement ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

³¹⁰ G. GENICOT, « Gestation pour autrui, autonomie personnelle et maîtrise corporelle : plaidoyer pour un droit neutre et libéré », *op. cit.*, in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, *loc. cit.*, p. 393 ; N. GALLUS, *Bioéthique et droit*, *loc. cit.*, p. 158.

³¹¹ E. DOS REIS, G. RUFFIEUX, J. TEREL, G. WILLEMS, « Maternité de substitution », *op. cit.*, in *Parenté, Filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, *loc. cit.*, p. 172.

À titre d'exemple, on peut relever que les juridictions belges ont tendance à concilier le droit et le fait par la mobilisation des instruments juridiques en vigueur, bien que le système juridique belge ne garantisse pas encore la totale exécution de la convention de gestation pour autrui³¹².

Autrement dit, l'État belge va opérer « *une accession des parents d'intention au rang de parents légaux par le truchement des mécanismes du droit de la filiation, tels que l'adoption et la reconnaissance* »³¹³. La Cour d'appel d'Anvers a reconnu, à cet égard, la possibilité pour la mère d'intention d'établir un lien de parenté avec l'enfant issu d'une mère porteuse par la voie de l'adoption³¹⁴. Dans le même sens, de nombreux arrêts et jugements belges ont également considéré qu'il y avait lieu d'autoriser le père d'intention à reconnaître l'enfant issu d'une gestation pour autrui³¹⁵.

Au Canada, dans la province d'Ontario, les juges opèrent un rattachement quasi systématique de l'enfant aux parents d'intention dans la mesure où « *un arrangement merveilleux* » à l'élaboration de la convention de gestation pour autrui existe entre les protagonistes³¹⁶.

§ 3 : *Vers une européanisation du droit de la famille*³¹⁷ ...

La matière de la gestation pour autrui suscite de sensibles réflexions d'ordre éthique³¹⁸ tant au niveau de l'autorisation ou non de ce mode de procréation, que de la reconnaissance ou non, des liens de filiation valablement acquis à l'étranger de l'enfant qui en est issu³¹⁹.

³¹² *Ibid.*, p. 188.

³¹³ *Ibid.*

³¹⁴ F. SWENNEN, « *Adoptie na draagmoederschap revisited* », *R.W.*, 2007-2008, p. 1774.

³¹⁵ C. HENRICOT, S. SAROLÉA et J. SOSSON, « *La filiation d'enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger* », *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p.754.

³¹⁶ *J. R. and J.K. v. L.H. and G.H.*, 2002, O.J. No. 3998 (Ont. Sup. Ct.) : voy. M.-J. MOSSMAN, *Families and the Law in Canada : Cases and Commentary*, Toronto, Edmond Montgomery Publications, 2004, p. 200.

³¹⁷ M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « *Vers une européanisation du droit de la famille ? Une approche politique* », in *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité* (sous la dir. de H. FULCHIRON), Actes des trois journées de réflexion sur le thème « *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité* », organisées par le Centre de droit de la famille de l'université Jean Moulin, Dalloz, 2009, p. 279.

³¹⁸ Cour eur. D.H., arrêt *Mennesson c. France* du 26 juin 2014, n° 65941/11, § 79, <http://www.echr.coe.int>.

³¹⁹ J. SOSSON, « *La jurisprudence européenne et la gestation pour autrui* », *J.D.E.*, 2015, p. 54.

L'adoption d'« *instruments internationaux juridiquement obligatoires qui essaieraient d'harmoniser les conceptions sur cette question réduisant ainsi les risques de law shopping* »³²⁰, représente l'une des solutions envisageables.

Aucun consensus européen n'étant pour l'heure établi dans ce domaine, une large marge d'appréciation est alors reconnue à chaque État membre tant par la Cour de justice que par la Cour européenne des droits de l'Homme. Ainsi, ces dernières adoptent une posture qualifiée par de nombreux auteurs de "ni-ni"³²¹ : à savoir qu'elles ne prônent au travers de ces arrêts, ni l'admission, ni la prohibition de cette pratique.

Cependant, le choix de cette position de neutralité ne s'avère pas véritablement neutre³²². En effet, bien que la Cour strasbourgeoise se garde de débattre sur le principe même de la gestation pour autrui, elle se concentre en revanche spécifiquement sur l'examen des implications concrètes d'une éventuelle prohibition de la pratique³²³. À ce sujet, nous pouvons constater que la Cour, au terme des arrêts précités³²⁴, aboutissait *in fine* à l'incompatibilité de l'incertitude juridique engendrée par le refus de transcription et de reconnaissance de la filiation régulièrement établie à l'étranger, avec l'intérêt supérieur de l'enfant³²⁵.

³²⁰ E. DOS REIS, G. RUFFIEUX, J. TEREL, G. WILLEMS, « Maternité de substitution », *op. cit.*, in *Parenté, Filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, *loc. cit.*, p. 173 ; H. BOSSE-PLATIÈRE, « Le tourisme procréatif. L'enfant hors la loi française », *Inf. soc.*, 2006, n° 131, p. 96.

³²¹ N. HERVIEU, « La Cour européenne des droits de l'homme, stratège juridictionnel face aux enjeux brûlants de société - Gestation pour autrui, transsexualisme et mariage des couples de même sexe (Art. 8 et 12 CEDH) », *Rev. dr. hom.*, 2014, n° 31.

³²² J. SOSSON, « La jurisprudence européenne et la gestation pour autrui », *op. cit.*, p. 55.

³²³ N. HERVIEU, « La Cour européenne des droits de l'homme, stratège juridictionnel face aux enjeux brûlants de société - Gestation pour autrui, transsexualisme et mariage des couples de même sexe (Art. 8 et 12 CEDH) », *op. cit.*, n° 30.

³²⁴ Cour eur. D.H., arrêt *Mennesson c. France* du 26 juin 2014, n° 65941/11, § 99 et § 100, <http://www.echr.coe.int> ; Cour eur. D.H., arrêt *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg* du 28 juin 2007, n° 76240/01, § 133, <http://www.echr.coe.int>.

³²⁵ J. SOSSON, « La jurisprudence européenne et la gestation pour autrui », *op. cit.*, p. 54.

Conclusion

Les débats inhérents à la légalisation de la pratique de la gestation pour le compte d'autrui sont inévitablement dans l'air du temps : on se doit donc de prendre acte de cette avancée sociétale d'autant que l'intérêt d'un enfant entre inévitablement en jeu.

Malgré cela, de nombreux questionnements d'ordre éthique divisent l'opinion publique en ce domaine. Et pour cause, cette pratique bouleverse considérablement les conceptions traditionnelles de la famille, de la maternité, de l'engendrement et de la filiation. Souvent perçue *a priori* comme une dérive des progrès opérés dans le champ de la procréation, elle représente pour certains, au contraire, l'opportunité d'accomplir leur légitime désir d'enfant mis à mal par des considérations d'ordre physiologique ou pathologique.

La question de l'encadrement juridique de la gestation pour autrui relève, à défaut de texte juridiquement contraignant adopté au niveau international, du ressort des États. On observe une diversité d'attitudes étatiques en la matière : alors que certains la légalisent ou la condamnent, d'autres n'en disent même rien. Fort heureusement, on constate pour l'heure une évolution de la jurisprudence, tant nationale qu'internationale, vers une prise de décisions davantage en adéquation avec la réalité des faits.

Même si ce nouveau processus d'engendrement rencontre encore de vives réprobations, il ne demeure nullement en contradiction avec les droits et principes fondamentaux de notre société, comme souligné tout au long de cette étude.

Ainsi, il a été démontré, à juste titre, que les principes d'indisponibilité du corps humain, de l'état des personnes et de dignité de la personne humaine ne pouvaient plus être invoqués à l'encontre de l'admission de ce processus de procréation. À cet égard, nous avons pu relever un renversement du principe de l'indisponibilité du corps humain au nom d'une autonomie individuelle de plus en plus prépondérante en matière familiale. Cette autonomie de la volonté encourage, sous réserve du respect de la dignité de la personne humaine, la libre maîtrise des facultés corporelles de chaque individu, autrement dit la libre disposition du corps humain. En effet, il apparaît inconcevable que, dans une société dite libérale, notre corps puisse être assujéti à une autre souveraineté que la nôtre : toute atteinte corporelle n'étant légitime que si elle est admise par celui qui la subit.

Le principe de l'indisponibilité du corps humain ne permet pas non plus de fonder l'illicéité de la pratique attendu que la gestation pour le compte d'autrui, plus particulièrement l'hypothèse dans laquelle il est fait usage du patrimoine génétique des parents d'intention ou de tiers donneur, recherche légitimement à conférer à l'enfant une filiation légale correspondant à sa filiation génétique.

De la même façon, le principe de la dignité de la personne humaine ne constitue pas davantage un argument permettant d'y faire obstacle. En effet, de par son caractère altruiste, la disposition du corps de la mère porteuse au profit des parents d'intention est naturellement légitimée. Ce sentiment de solidarité permet d'exclure ainsi tout soupçon d'instrumentalisation du corps de la femme.

D'autre part, le principe d'égalité entre les modes de structure des vies familiales et le principe de non-discrimination entre les enfants qui en sont issus justifient immanquablement la nécessité d'un encadrement juridique. Et pour cause, comme il a déjà été souligné, l'équité des genres et l'intérêt supérieur de l'enfant consacrent une égalité dans la réalisation du projet parental ainsi que dans toutes les formes de parenté.

Parallèlement, il apparaît à l'examen du droit au respect de la vie privée et familiale que la présence d'un aspect primordial de l'identité d'un être humain, tel que le lien de filiation, peut à juste titre, atténuer la marge d'appréciation des États en la matière. Cette restriction en faveur de la gestation pour autrui s'avère parfaitement fondée attendu que l'absence de reconnaissance du lien de filiation de l'enfant issu d'une mère porteuse, porte exclusivement atteinte à son droit au respect de la vie privée et familiale.

Enfin, deux notions fondamentales se sont avérées particulièrement essentielles pour l'examen de la légitimité des conventions de gestation pour autrui : il s'agit du désir d'enfant et de l'intérêt supérieur de l'enfant. Bien que le désir d'enfant ne constitue pas un droit à l'enfant *stricto sensu*, on imagine mal en quoi, alors que le droit concrétise le double lien de filiation mono-sexuée en matière d'adoption ainsi que tous les effets légaux y découlant, une copaternité ou une comaternité, avec des conséquences davantage symboliques que juridiques, heurterait notre conception de la paternité ou de la maternité lors de la réalisation d'un projet parental par recours à la gestation pour autrui. Ainsi, le désir d'enfant des parents d'intention, animé par la volonté de conception d'un projet de vie et par là d'une famille, se révèle être une aspiration parfaitement respectable sur le plan de la légitimité éthique.

De plus, l'intérêt supérieur de l'enfant, en tant que considération primordiale de toutes décisions, requiert la concrétisation juridique des liens de filiation des parents d'intention à l'égard de l'enfant afin d'assurer la sécurité et la stabilité de son état civil.

Au terme de cette étude, il ressort que les conventions de gestation pour le compte d'autrui revêtent, à tout le moins, un caractère éthiquement et socialement légitime. Ainsi, nous voyons difficilement quel droit, principe ou même intérêt, pourrait encore restreindre la liberté du législateur de consacrer, juridiquement, cette nouvelle forme de parenté conventionnelle.

Par ailleurs, face à un monde libéral dans lequel le fait devance le droit, on ne peut que solliciter du droit une régulation du processus par la détermination de limites éthiques, épargnant de la sorte les dérives qui fondaient jusqu'à présent, son illégitimité et son illicéité.

La légitimité du procédé étant ainsi démontrée au regard de droits et principes fondamentaux de notre société, il s'avère primordial, dans un contexte où l'on promeut vivement le respect des droits de l'homme, d'aménager le droit de la filiation à cette nouvelle forme de procréation afin de garantir légalement les intérêts de chacun des protagonistes.

Table des matières

| | |
|---|-----------|
| INTRODUCTION..... | 1 |
| TITRE 1 : PRÉAMBULE..... | 3 |
| CHAPITRE 1 : TERMINOLOGIE | 3 |
| <i>Section 1 : La procréation pour autrui et la gestation pour autrui.....</i> | <i>3</i> |
| <i>Section 2 : La légitimité éthique et la licéité juridique.....</i> | <i>4</i> |
| CHAPITRE 2 : ORIGINES, FILIATION, PARENTÉ, PARENTALITÉ : UN NOUVEAU DROIT DE LA FAMILLE EN GESTATION | 4 |
| CHAPITRE 3 : LA GESTATION POUR AUTRUI : UNE RÉALITÉ QUI DÉRANGE ET POURTANT... .. | 7 |
| TITRE 2 : LES CONVENTIONS DE GESTATION POUR AUTRUI ENTRE AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ ET ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL | 8 |
| CHAPITRE 1 : L’AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ..... | 9 |
| CHAPITRE 2 : LE PRINCIPE DE L’INDISPONIBILITÉ DU CORPS HUMAIN | 10 |
| <i>Section 1 : Principe.....</i> | <i>10</i> |
| <i>Section 2 : La disponibilité du corps humain</i> | <i>11</i> |
| <i>Section 3 : De la maîtrise corporelle à la maîtrise de la maternité</i> | <i>13</i> |
| CHAPITRE 3 : LE PRINCIPE DE L’INDISPONIBILITÉ DE L’ÉTAT DES PERSONNES | 14 |
| <i>Section 1 : Principe.....</i> | <i>14</i> |
| <i>Section 2 : L’indisponibilité de l’état des personnes et les conventions de gestation pour autrui.....</i> | <i>15</i> |
| CHAPITRE 4 : LE PRINCIPE DE LA DIGNITÉ DE LA PERSONNE HUMAINE..... | 17 |
| <i>Section 1 : Principe.....</i> | <i>17</i> |
| <i>Section 2 : La dignité de la personne humaine et les conventions de gestation pour autrui</i> | <i>17</i> |
| § 1 : Le fantasme de l’abandon d’enfant | 18 |
| § 2 : La mise à disposition de compétences gestatrices et non d’enfants..... | 18 |
| § 3 : Le risque évitable des dérives mercantiles..... | 19 |
| § 4 : La solidarité humaniste versus l’instrumentalisation du corps de la femme | 20 |
| TITRE 3 : LES CONVENTIONS DE GESTATION POUR AUTRUI ET LES DROITS FONDAMENTAUX | 22 |
| CHAPITRE 1 : LE PRINCIPE D’ÉGALITÉ ET DE NON-DISCRIMINATION | 22 |

| | |
|---|-----------|
| <i>Section 1 : Notion</i> | 22 |
| §1 : Le domaine d'application <i>ratione materiae</i> | 22 |
| §2 : Le domaine d'application <i>ratione personae</i> | 25 |
| §3 : La comparabilité : la clé de l'égalité | 25 |
| <i>Section 2 : L'égalité entre hommes et femmes</i> | 26 |
| §1 : Entre liberté, égalité, science et droit | 27 |
| §2 : La comparabilité homme-femme | 27 |
| §3 : L'égalité dans la réalisation du projet parental | 28 |
| §4 : L'égalité dans la parenté | 30 |
| CHAPITRE 2 : LE DROIT AU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE ET FAMILIALE | 31 |
| <i>Section 1 : Le droit à la protection de la vie privée et familiale</i> | 32 |
| §1 : Fondement juridique | 32 |
| §2 : Les obligations positives et négatives des États membres | 32 |
| <i>Section 2 : Les concepts de "vie privée" et de "vie familiale"</i> | 35 |
| §1 : Le concept de "vie familiale" | 35 |
| §2 : Le concept de "vie privée" | 37 |
| <i>Section 3 : Le droit au respect de la vie privée et familiale dans le cadre de la gestation pour le compte d'autrui</i> | 38 |
| TITRE 4 : LE DÉsir D'ENFANT ET L'INTÉRÊT DE L'ENFANT COMME FONDEMENTS LÉGITIMES DE LA PRATIQUE DE LA GESTATION POUR AUTRUI | 40 |
| CHAPITRE 1 : LE DÉsir D'ENFANT | 40 |
| <i>Section 1 : Le désir d'enfant, un droit à l'enfant ?</i> | 40 |
| <i>Section 2 : Le droit de fonder une famille</i> | 41 |
| §1 : La notion de famille au 21 ^{ème} siècle | 41 |
| §2 : Le droit de procréer | 42 |
| §3 : L'infertilité humaine et sociale | 43 |
| <i>Section 3 : Le désir d'enfant entre conception naturelle, génétique voire élective</i> | 45 |
| §1 : La dissociation des composantes de la maternité : la génétique, la gestation et le socio-affectif..... | 45 |
| §2 : L'évolution des fondements de la filiation..... | 46 |
| CHAPITRE 2 : L'INTÉRÊT SUPÉRIEUR DE L'ENFANT | 48 |
| <i>Section 1 : La notion de « l'intérêt supérieur de l'enfant »</i> | 48 |

| | |
|---|-----------|
| <i>Section 2 : La consécration juridique de la filiation des parents d'intention dans l'intérêt de l'enfant</i> | 49 |
| TITRE 5 : DE LA LÉGITIMITÉ À LA LICÉITÉ DE LA PRATIQUE DE LA GESTATION POUR LE COMPTE D'AUTRUI | 53 |
| CHAPITRE 1 : ETAT DU DROIT EN MATIÈRE DE GESTATION POUR AUTRUI..... | 53 |
| CHAPITRE 2 : L'OPPORTUNITÉ D'UN ENCADREMENT JURIDIQUE DE LA GESTATION POUR AUTRUI | 54 |
| <i>Section 1: La réalité des gestations pour autrui transfrontalières</i> | 54 |
| <i>Section 2 : De la légitimité éthique à la licéité juridique</i> | 55 |
| <i>Section 3 : Les solutions envisageables</i> | 58 |
| § 1 : L'encadrement juridique | 58 |
| § 2 : L'admission du fait accompli..... | 59 |
| § 3 : Vers une européanisation du droit de la famille | 60 |
| CONCLUSION | 62 |
| TABLE DES MATIÈRES | 65 |
| BIBLIOGRAPHIE | 68 |
| LÉGISLATION : | 68 |
| <i>Documents parlementaires</i> : | 68 |
| JURISPRUDENCE : | 69 |
| DOCTRINE : | 71 |
| DIVERS : | 76 |
| ANNEXE : | 77 |
| <i>Fiche de lecture</i> | 77 |

Bibliographie

Législation :

- Déclaration de Genève sur les droits de l'enfant, 26 septembre 1924.
- Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 10 décembre 1948, art.16.
- Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Art. 26, approuvé par la loi du 15 mai 1981 portant approbation des Actes internationaux suivants: a) Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels; b) Pacte international relatif aux droits civils et politiques, faits à New York le 19 décembre 1966, *M.B.*, 06 juin 1983, p. 08806.
- Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Art. 8 et 14, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955, p.5028.
- Const., art. 10 et 11.
- C. civ., art. 6; art. 312, §2; art. 343, §1^{er}; art. 1128.
- Loi du 13 juin 1986 sur le prélèvement et la transplantation d'organes, *M.B.*, 14 février 1987, p. 2129.
- Loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie, *M.B.*, 22 juin 2002, p. 28515.
- Loi du 10 mai 2007 relative à transsexualité, *M.B.*, 11 juillet 2007, p. 37823.
- Loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, *M.B.*, 17 juillet 2007, p. 38575.
- Loi du 5 mai 2014 portant établissement de la filiation de la coparente, *M.B.*, 7 juillet 2014, p. 51703.

Documents parlementaires :

- Proposition de loi règlementant la maternité de substitution, déposée le 9 septembre 2010 par M. TOMMELEIN et consorts (Open VLD), *Doc. parl.*, Sénat, 2010, n° 5-130/1.
- Proposition de loi relative aux mères porteuses, déposée le 23 septembre 2010 par Mme Chr. DEFRAIGNE (MR), *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 2010, n° 5-160/1.
- Proposition de loi relative à la maternité pour autrui, déposée le 6 octobre 2010 par M. Ph. MAHOUX (PS), *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr., 2010-2011, n° 5-236/1.

- Proposition de loi modifiant le Code pénal en ce qui concerne la maternité de substitution à finalité commerciale, déposée le 28 octobre 2010, Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2010-2011, n° 53-497/1.
- Proposition de loi portant organisation des centres de maternité de substitution, déposée le 5 avril 2011 par Mme TEMMERMAN et S. SWENNEN (SP. A), *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2010, n° 5-929/1.
- Proposition de loi complétant le Code pénal par des dispositions relatives à la commercialisation de la maternité de substitution et à la médiation aux fins de celle-ci, déposée le 4 mai 2011, Ch. rep., sess. ord. 2010-2011, n° 53-1429/1.
- Proposition de loi portant organisation des centres de maternité de substitution, déposée le 12 mai 2011, Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2010-2011, n° 53-1453/1.
- Proposition de résolution concernant la réglementation internationale de la maternité de substitution, déposée le 9 juin 2011 par Mmes E. SLEURS et I. FAES, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord., 2010-2011, n° 5-1075/1.

Jurisprudence :

- Cour eur. D.H., arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, *Public. Cour eur. D.H.*, Série A, n° 31, § 31.
- Cour eur. D.H., arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1981, n° 7525/76, § 53, <http://www.echr.coe.int>.
- Cour eur. D.H., arrêt *X. & Y. c. Pays-Bas* du 26 mars 1985, n° 8978/80, § 23, <http://www.echr.coe.int>.
- Cour eur. D.H., arrêt *Johnston c. Irlande* du 18 décembre 1986, *Public. Cour eur. D.H.*, Série A, n° 112, § 74.
- Cour eur. D.H., arrêt *Olsson c. Suède* du 24 mars 1988, n° 10465/83, <http://www.echr.coe.int>.
- Cour eur. D.H., arrêt *Berrehab c. Pays-Bas* du 21 juin 1988, *Public. Cour eur. D.H.*, Série A, n° 138.
- Cour eur. D.H., arrêt *Eriksson c. Suède* du 22 juin 1989, *Public. Cour eur. D.H.*, Série A, n° 156.
- Cour eur. D.H., arrêt *Soering c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, n° 14038/88, § 87, <http://www.echr.coe.int>.

- Cour eur. D.H., arrêt Niemietz c. Allemagne du 16 décembre 1992, n° 13710/88, § 29. <http://www.echr.coe.int>.
- Cour eur. D.H., arrêt Costello-Roberts c. Royaume-Uni du 25 mars 1993, n° 13134/87, § 36, <http://www.echr.coe.int>.
- Cour eur. D.H., arrêt Keegan c. Irlande du 26 mai 1994, *Public. Cour eur. D.H.*, Série A, n° 290, § 49 et 50.
- Cour eur. D.H., arrêt Hokkanen c. Finlande du 23 septembre 1994, *Public. Cour eur. D.H.*, Série A, n° 2299-A.
- Cour eur. D.H., arrêt Kroon et autres c. Pays-Bas du 27 octobre 1994, *Public. Cour eur. D.H.*, Série A, n° 297-C, § 31 et § 32.
- Cour eur. D.H., arrêt X., Y. et Z. c. Royaume-Uni du 22 avril 1997, n° 21830/93, <http://www.echr.coe.int>.
- Cour eur. D.H., arrêt K. et T. c. Finlande du 12 juillet 2001, n° 25702/94, § 150, <http://www.echr.coe.int>.
- Cour eur. D.H., arrêt I. c. Royaume-Uni du 11 juillet 2002, n° 25680/94, § 70, <http://www.echr.coe.int>.
- Cour eur. D.H., arrêt Christine Goodwin c. Royaume-Uni du 11 juillet 2002, n° 28957/95, § 90, <http://www.echr.coe.int>.
- Cour eur. D.H., arrêt Van Kück c. Allemagne du 12 juin 2003, n° 35968/97, § 69, <http://www.echr.coe.int>.
- Cour eur. D.H., arrêt Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg du 28 juin 2007, n° 76240/01, § 133, <http://www.echr.coe.int>.
- Cour eur. D.H., arrêt E.B. c. France du 22 janvier 2008, n° 43546/02, §47, <http://www.echr.coe.int>.
- Cour eur. D.H., arrêt Mennesson c. France du 26 juin 2014, n° 65941/11, § 79, 99 et 100, <http://www.echr.coe.int>.
- Cour eur. D.H., arrêt D. et autres c. Belgique du 8 juillet 2014, n° 29176/13, § 49. <http://www.echr.coe.int>.
- C. const, 12 juillet 1995, n°58/95, B.16.2. ; *Arr. C.A.*, 1995, p. 859; *M.B.*, 31 août 1995, p. 24.844.
- C. const., 22 juillet 2003, n°106/2003, B.2. ; *Arr. C.A.*, 2003, liv. 3, p.1417; *M.B.*, 4 novembre 2003, p.53695 et <http://moniteur.be> (13 novembre 2003)

- C. const., 24 novembre 2004, n°189/2004, B.3. ; *Arr. C.A.*, 2004, liv. 5, p.2125; <http://www.const-court.be> (29 novembre 2004); *M.B.*, 11 janvier 2005, p. 796 et <http://moniteur.be> (7 février 2005).
- C. const., 26 janvier 2005, n° 23/2005, B.5.2. ; *Arr. C.A.*, 2005, liv. 1, p. 277; <http://www.arbitrage.be> (31 janvier 2005); *M.B.*, 10 mars 2005, p. 10063 et <http://moniteur.be> (16 mars 2005).
- C. const., 12 février 2009, n°17/2009, B.10.3., *Arr. C.A.*, 2009, liv. 1, p.291 ; *M.B.*, 12 mars 2009, p. 21664 et <http://moniteur.be> (13 mars 2009).
- C. const., 9 aout 2012, n° 103/2012, *Act. Dr. fam.*, 2012, p. 150, note A.-Ch. VAN GYSEL.
- *J. R. and J.K. v. L.H. and G.H.*, 2002, O.J. No. 3998 (Ont. Sup. Ct.).
- Cass. fr., 13 décembre 1989, *J.C.P.*, 1990, II, p. 21526, note A. SERIAUX.
- Cass. (1^{er} civ.), 17 décembre 2008, *D.*, 2009, note L. BRUNET, p. 340.
- Paris, 15 juin 1990, *J.C.P.*, 1991, II, p. 21653.
- Paris, 25 octobre 2007, *J.D.I.*, 2008, p.145.
- Paris, 18 mars 2010, *D.*, n° 26, p. 1687, note De GEOUFFRE de la PRADELLE.
- Trib. trav. Bruxelles, 10 décembre 1998, *Chr. D. S.*, 2000, p. 253.
- Civ. Huy (4^{ème} ch.), 22 mars 2010, *J.T.*, p. 424, note N. GALLUS.
- Civ. Liège (3^e ch.), 15 mars 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 3/2013, pp. 721-729., note C. HENRICOT.

Doctrine :

- Avis n° 6 du 8 juin 1998 concernant les bases éthiques pour l'optimalisation de l'offre et des critères de fonctionnement des centres de fécondation *in vitro*, Comité consultatif de bioéthique de Belgique.
- Avis n° 30 du 5 juillet 2004 « relatif à la gestation pour autrui (mères porteuses) », Comité consultatif de bioéthique de Belgique, p. 4.
- Avis n° 110 du 1^{er} avril 2010 « sur les problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui (G.P.A.) », C.C.N.E., p. 14.
- BOSSE-PLATIÈRE H., « Le tourisme procréatif. L'enfant hors la loi française », *Inf. soc.*, 2006, n° 131, p. 96.

- BRUNET L. et J. SOSSON J., « L'engendrement à plusieurs en droit comparé : quand le droit peine à distinguer filiation, origines et parentalité », in *Parenté, Filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs* (sous la dir. de SCHAMPS G. et SOSSON J.), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 31-70.
- CARILLON A., « L'influence des arrêts *Christine Goodwin et I.* sur le consentement au mariage en droit français », *Rev. trim. D. H.*, 2005, p. 351.
- DALCQ J., « La gestation pour autrui – Vers un encadrement ? », *Chronique judiciaire, J.T.*, liv. 4, 2014, p. 64.
- DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., « Divorce et contrat », in *La contractualisation de la famille* (sous la dir. de FENOUILLET D. et de VAREILLES-SOMMIERES P.), coll. Etudes juridiques, vol. 14, Paris, Economica, 2001, pp. 67-79.
- DIJON X., « Chronique d'une avalanche annoncée : les présupposés philosophiques de la gestation pour autrui », in *La gestation pour autrui – Vers un encadrement ?* (sous la dir. de SCHAMPS G. et SOSSON J.), Actes du colloque organisé par la Faculté de droit e l'U.C.L. le 24 avril 2012, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 61-108.
- DOS REIS E., RUFFIEUX G, TEREL J., WILLEMS G., « Maternité de substitution », in *Parenté, Filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs* (sous la dir. de FULCHIRON H. et SOSSON J.), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 169-220.
- DUPUIS M., « La gestation pour autrui : brève note anthropologique », in *La gestation pour autrui – Vers un encadrement ?* (sous la dir. de SCHAMPS G. et SOSSON J.), Actes du colloque organisé par la Faculté de droit e l'U.C.L. le 24 avril 2012, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 35-45.
- FULCHIRON H., « Parenté, filiation, origines : un monde en gestation », in *Parenté, Filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs* (sous la dir. de FULCHIRON H. et SOSSON J.), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp.7-12.
- GALLUS N., « Approche juridique nouvelle des parentés et parentalités en droit belge », *R.J.T.*, 2010, p. 150.
- GALLUS N., *Bioéthique et droit*, Précis de la faculté de droit et de criminologie de l'ULB, Limal, Anthémis, 2013, pp. 128-172.
- GALLUS N., *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge - La nullité de la convention de gestation pour autrui en droit actuel*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 357-367.
- GALLUS N., « Les relations parentales et la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. dr. U.L.B.*, 2/2005, p. 14.

- GENICOT G., « Gestation pour autrui, autonomie personnelle et maîtrise corporelle : plaidoyer pour un droit neutre et libéré », in *La gestation pour autrui – Vers un encadrement ?* (sous la dir. de SCHAMPS G. et SOSSON J.), Actes du colloque organisé par la Faculté de droit e l'U.C.L. le 24 avril 2012, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 165.
- GENICOT G., *Nouveaux dialogues en droit médical - Tour d'horizon de quelques acquis et enjeux actuels*, CUP, vol. 136, Liège, Anthemis, 2012, pp. 29-37.
- GOBERT M., « Réflexions sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (A propos de la maternité de substitution) », *R.T.D. civ.*, 1991, pp. 489-528.
- GODELIER M., *Métamorphoses de la parentalité*, Paris, Flammarion, coll. Champs Essais, 2010.
- GODELIER M., « Un homme et une femme ne suffisent pas à faire un enfant », *La lettre de l'enfance et de l'adolescence*, n° 59-2005/1, Toulouse, éd. Érès, p. 26.
- HENRICOT C., S. SAROLÉA S. et SOSSON J., « La filiation d'enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger », *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p.754.
- HERVIEU N., « La Cour européenne des droits de l'homme, stratège juridictionnel face aux enjeux brûlants de société - Gestation pour autrui, transsexualisme et mariage des couples de même sexe (Art. 8 et 12 CEDH) », *Rev. dr. hom.*, 2014, n° 31.
- HOREVOETS Ch. et BOUCQUEY P., *Les questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage- Aspects théoriques et pratiques*, Centre d'études constitutionnelles et administratives, n°20, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp.31-32.
- IACUB M., « Maternité pour autrui », in *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale* (sous la dir. de CANTO-SPERBER M.), Paris, P.U.F., Quadriège, 2004, t. 2, pp. 1225-1226.
- KESSLER G., « La consolidation de situation illicites dans l'intérêt de l'enfant », *Dr. fam.*, 2006, étude n°16.
- KILKELLY U., *Le droit au respect de la vie privée et familiale. Un guide sur la mise en œuvre de l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Précis sur les droits de l'homme, n°1, 2003, pp. 10-21.
- LE BRETON D., « La question anthropologique de la gestation pour autrui », in *Les incidences de la biomédecine sur la parenté* (sous la dir. de FEUILLET-LIGER B. et COMMAILLE J.), coll. Droit, bioéthique et société, 11, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 339-341.
- LÉVI-STRAUSS C., *L'anthropologie face aux problèmes de monde moderne*, Paris, éd. Seuil, coll. La librairie du XXe siècle, 2011, p. 150.

- LEWKOWICZ G. et XIFARAS M., « Repenser le contrat : droit et philosophie face aux nouvelles pratiques contractuelles », in *Repenser le contrat* (sous la dir. de LEWKOWICZ G. et XIFARAS M.), coll. Méthodes du droit, Paris, Dalloz, 2009, pp. 1-2.
- MARTENS J., « L'aide sociale face à l'irrésistible besoin de donner la vie. A propos de la dignité humaine d'un couple stérile et de l'assistance médicale à la procréation », *Chron. D.S.*, 2006, liv. 4, pp. 189-192.
- MASSAGER N., « Gestation pour autrui », in *Nouvelle encyclopédie de bioéthique* (sous la dir. de HOTTOIS G. et MISSA J.-N.), Bruxelles, De Boeck Université, 2001, p. 484.
- MASSAGER N., *Les droits 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*, Série Collection de la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, n° 13, 1997, p. 851
- MATHIEU G. et RASSON A.-C., « L'intérêt de l'enfant sur le fil – Réflexions à partir des arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation », *J.T.*, 2013, p. 436.
- MOSSMAN M.-J., *Families and the Law in Canada : Cases and Commentary*, Toronto, Edmond Montgomery Publications, 2004, p. 200.
- MEULDERS-KLEIN M.-Th., « Vers une européanisation du droit de la famille ? Une approche politique », in *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité* (sous la dir. de FULCHIRON H.), Actes des trois journées de réflexion sur le thème « Mariage-conjugalité, parenté-parentalité », organisées par le Centre de droit de la famille de l'université Jean Moulin, Dalloz, 2009, pp. 279-283.
- MURAT P., « Rattachement familial de l'enfant et contrat », in *La contractualisation de la famille* (sous la dir. de FENOUILLET D. et de VAREILLES-SOMMIERES P.), coll. Etudes juridiques, vol. 14, Paris, Economica, 2001, p. 150.
- NEIRINCK C., « La maternité », *Dr. famille*, Dossier spécial filiation, 2006, étude n° 2.
- PINSART M.-G., « La gestation pour autrui dans les avis des comités de bioéthique belge et français – Mise en perspective des femmes », in *Droit des familles, genres et sexualité* (sous la dir. de GALLUS N.), Centre de droit privé – Unité de droit familial, Limal, Anthémis, 2012, pp. 169-190.
- RENAULD B. et VAN DROOGHENBROECK S., « Le principe d'égalité et de non-discrimination », in *Les droits constitutionnels en Belgique - Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du conseil d'Etat et de la Cour de cassation* (sous la dir. de VERDUSSEN M. et BONBLED N.), vol.2, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 570.

- RENCHON J.-L., « Indisponibilité, ordre public et autonomie de la volonté en droit des personnes et de la famille », in *Le code civil entre ius commune et droit privé européen* (sous la dir. de WIJFFELS A.), Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 269-332.
- SCHAMPS G. et SOSSON J. (dir.), *La gestation pour autrui : Vers un encadrement ? - Introduction*, Actes du colloque organisé par la Faculté de droit e l'U.C.L. le 24 avril 2012, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 2-5.
- SCHAMPS G. et WILLEMS G., « La convention de gestation pour autrui entre autonomie de la volonté, ordre public et droits fondamentaux : quelles garanties formelles et substantielles ? », in *La gestation pour autrui – Vers un encadrement ?* (sous la dir. de SCHAMPS G. et SOSSON J.), Actes du colloque organisé par la Faculté de droit de l'U.C.L. le 24 avril 2012, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 325-409.
- SOSSON J., « Filiation, origines, parentalité », in *Filiation et parentalité* (sous la dir. de RENCHON J.-L. et SOSSON J.), Actes du XIIIe colloque de l'Association "Famille & droit", Louvain-la-Neuve, 29 novembre 2013, coll. Famille et droit, 7, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 5-33.
- SOSSON J., « La jurisprudence européenne et la gestation pour autrui », *J.D.E.*, 2015, p. 54.
- SOSSON J., « Mère porteuse mariée : danger ? », *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 637.
- SWENNEN F., « Adoptie na draagmoederschap revisited », *R.W.*, 2007-2008, p. 1774.
- TERRÉ F., *L'enfant de l'esclave. Génétique et droit*, Paris, Flammarion, 1987, pp. 182-184.
- TERRÉ F., « Rapport de synthèse », in *La contractualisation de la famille* (sous la dir. de FENOUILLET D. et de VAREILLES-SOMMIERES P.), coll. Etudes juridiques, vol. 14, Paris, Economica, 2001, p. 313.
- THÉRY I., « Engendrement et filiation au temps du démariage », in *Parenté, Filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs* (sous la dir. de FULCHIRON H. et SOSSON J.), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 330.
- VAN BUNNEN L., « La gestation pour autrui et les droits de l'homme », note sous C.E.D.H., 26 juin 2014, *R.C.J.B.*, 1^{er} trim., 2015, pp. 32-54.
- VERBROUCK C. et de BOUYALSKI C., « Gestation pour autrui : le temps d'un nécessaire encadrement de la pratique », *Rev. dr. étr.*, 2014, n° 177, pp. 163-179.
- VERHELLEN J., « Draagmoederschap : het internationaal privaatrecht uitgedaagd », *Rev. dr. priv.*, 2010, n° 4, p. 169.

Divers :

- Genèse, 16, *in* La Bible –L’Ancien Testament et le Nouveau Testament, traduction œcuménique, La Pochothèque, Classiques modernes, nouvelle édition revue, 1996, pp. 34-35.
- Dictionnaire "Le Robert Micro", sous la coord. de A. REY, Paris, 2008, p. 951.
- Dictionnaire médical, sous la coord. de J. QUEVAUVILLIERS et A. FINGERHUT, Paris, éd. Masson, 3^e éd., 2001, p. 590.
- Conférence internationale sur la population et le développement, Le Caire, 1994, Programme d’action.
- Conférence du 31 mars 2014 organisée par ELSA, « La gestation pour autrui, contrat privé ou embarras éthique », avec Xavier Dijon, Candice Autin, Geneviève Schamps, Jehanne Sosson et Geraldine Mathieu.

Annexe :

Fiche de lecture

GENICOT G., *Nouveaux dialogues en droit médical - Tour d'horizon de quelques acquis et enjeux actuels*, CUP, vol. 136, Liège, Anthemis, 2012, pp. 29-37 :

Lors de mes premières recherches, l'article « Tour d'horizon de quelques acquis et enjeux actuels -Vers une légitimation et un encadrement de la gestation pour autrui », m'a paru être davantage en lien avec l'objectif que je désire poursuivre dans le cadre de mon mémoire. En effet, dans l'optique d'une démonstration de la légitimité et de la licéité de la pratique de la gestation pour autrui au regard de principes et droits fondamentaux, cette contribution réalisée par Gilles GENICOT dans l'ouvrage collectif « *Nouveaux dialogues en droit médical* » (sous la dir. de GENICOT G.), constitue selon moi, une excellente base dans mon étude.

Cette contribution milite pour une régulation juridique, « *gagnant à être la plus neutre possible au regard des chemins de vie et des conséquences individuelles* » (p. 30), des conventions de gestation pour autrui plutôt que d'un rejet pur et simple de celles-ci (p. 37). L'auteur y considère par ailleurs, que la prohibition de telles conventions « *repose sur du sable* » (p. 35) et consiste en « *une échappatoire commode évitant d'analyser en profondeur les arguments qui aspirent à l'élaboration d'une réglementation équilibrée* » (p. 36).

L'auteur débute son argumentation par la démonstration de la disponibilité de principes d'ordre public, à savoir la disponibilité du corps humain et de l'état des personnes.

En ce qui concerne la disponibilité du corps humain, il met l'accent sur l'importance de l'autonomie du patient au motif qu'il semble inconcevable, dans une société dite libérale, que notre corps puisse être assujéti à une autre souveraineté que la nôtre. En effet, toute atteinte corporelle est légitime si elle est autorisée du consentement de la personne qui la subit. Ainsi, je cite ; « *seuls les excès doivent être contenus ou sanctionnés, sans mettre en péril le modèle même promouvant l'utilisation libre et autonome de ses propres facultés corporelles* » (p. 34).

Gilles GENICOT fait le même constat s'agissant du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes. Attendu que les conventions de gestation pour autrui ont pour but de faire naître des enfants dont l'état ne correspondra pas à leur filiation réelle, la création d'un lien de parenté et la reconnaissance par le droit de ce lien unissant l'enfant aux parents d'intention,

relève *de facto* d'une part d'autonomie personnelle. L'auteur précise par ailleurs qu'« *aucun dogme indérogeable ne parait faire obstacle* » à un aménagement des mécanismes, assurément atypique, de filiation de l'enfant. Par conséquent, l'indisponibilité de l'état des personnes n'est je cite ; « *qu'un voile factice à l'emprise de la volonté sur le destin* » (p. 35). Ensuite, il est invoqué l'argument de l'exploitation des femmes démunies comme cause légitime du rejet de la gestation pour autrui. La pertinence de cette objection est alors réfutée par l'auteur pour deux raisons. D'une part, il mentionne que la lucidité et la stabilité émotionnelle de la mère porteuse est vérifiée en vertu de l'encadrement médical et psychosocial de l'acte. Dès lors, il ne s'agit en aucun cas d'une aliénation mais d'une utilisation corporelle qui ne nuit à qui que ce soit. D'autre part, bien qu'il y ait en bioéthique une volonté permanente d'éviter les dérives mercantiles et la marchandisation des corps, cette volonté « *n'impose nullement une interdiction radicale, fût-elle implicite ou indirecte, de la technique considérée : un encadrement soigneux, strict mais raisonnable, est de nature à contenir adéquatement ces risques* » (p. 36).

Enfin, l'auteur allègue que les conséquences sanitaires et psychologiques de la gestation pour autrui pour l'enfant et la mère porteuse, sembleraient incertaines. En effet, il s'avère impossible, faute d'études le démontrant, de certifier « *l'existence, la consistance et l'importance d'un véritable impact psychologique de la gestation pour autrui sur les enfants nés de cette pratique* » (p. 36). Dès lors, l'auteur considère que nous resterons dans cette incertitude aussi longtemps qu'on en prohibera la pratique.

A cette fin, il est constaté une inexistence de fondements établissant la nullité de telles conventions ainsi qu'une absence d'étude ou de *case law* objectivant leurs effets négatifs. Par conséquent, il semble selon l'auteur que « *leur licéité de principe peut se recommander du droit au respect de la vie privée et familiale des parents d'intention, et de la maîtrise corporelle de la mère porteuse* » (p. 37). Néanmoins, bien que les objections aux conventions de gestation pour le compte d'autrui doivent être prises en compte, il reste évident qu'elles doivent se revendiquer « *d'une louable dose de raisonnable prudence* » (p. 36).

Par ces divers points, on observe que cette contribution rejoint partiellement le résultat de recherche que je poursuivrai dans le cadre de mon mémoire. En effet, l'auteur met en exergue la légitimité ainsi que la licéité des conventions de gestation pour le compte d'autrui afin de fonder la nécessité d'un encadrement juridique de celles-ci. Je tâcherai en revanche, de

poursuivre l'argumentation de Gilles GENICOT en allant plus loin dans la recherche de principes et de droits fondant la légitimité de cette pratique. En effet, je ferai application d'autres principes fondamentaux tels que la dignité de la personne humaine, l'égalité et la non-discrimination, le désir d'enfant ou encore l'intérêt supérieur de l'enfant.

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

