Institutional Repository - Research Portal
Dépôt Institutionnel - Portail de la Recherche
researchportal.unamur.be
University of Namur

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'enfant né d'une gestation pour autrui

Mathieu, Géraldine; Sosson, Jehanne

Published in:
La gestation pour autrui

Publication date:
2013

Document Version
le PDF de l'éditeur

Link to publication

Citation for pulished version (HARVARD):
Mathieu, G & Sosson, J 2013, L'enfant né d'une gestation pour autrui: quelle filiation ? Quels liens avec la mère porteuse? dans G Schamps & J Sosson (eds), *La gestation pour autrui: vers un encadrement ?.* Bruylant, Bruxelles, pp. 375-490.

General rights
Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy
If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Download date: 03. Jul. 2025

et – corrélativement – l'exécution sereine de la convention. Ainsi, si l'exigence d'un acte notarié nous paraît insuffisante lorsqu'elle est isolée, et nous semble peu utile si elle s'ajoute à d'autres formes de contrôle *a priori*, il nous paraît que la suspension de la mise en œuvre du processus de la maternité de substitution à l'autorisation d'un juge ou d'une instance *ad hoc* serait plus adéquat pour un examen du projet procréatif au regard des impératifs de protection de l'intérêt général et des intérêts particuliers. Il serait également souhaitable qu'un éventuel texte légal insiste, comme le fait la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée, sur l'accompagnement des parties par le centre de médecine de la reproduction, avec des responsabilités dans son chef, ce qui pourrait favoriser un déroulement harmonieux de la gestation pour autrui.

44. Le pragmatisme sans relativisme. Constater l'existence de la pratique qu'est la gestation pour autrui et l'encadrer légalement ne revient pas nécessairement, dans une société démocratique, à abandonner toute ambition de définir un certain nombre de valeurs partagées. La tâche n'est évidemment pas simple pour le législateur dans un contexte où la définition de valeurs est peut-être de plus en plus considérée comme une affaire essentiellement privée. Mais il est permis, par exemple à propos des mères porteuses, de pointer quelques éléments susceptibles de rencontrer l'adhésion d'une large majorité. D'une part, il nous apparaît essentiel que le processus de maternité de substitution conserve un caractère strictement non commercial, dès lors qu'au regard de l'objet singulier du contrat considéré, les échanges financiers sont de nature à jeter un inacceptable doute sur l'authenticité du consentement libre de la mère porteuse. D'autre part, il ne nous semble en principe pas possible que la mère porteuse puisse se départir de sa liberté décisionnelle en matière de soins de santé, sous réserve, par exemple, de son éventuelle responsabilité contractuelle en cas de refus de soins dont les implications sont négatives pour la vie du fœtus ou l'état de santé de l'enfant à naître.

Par-delà ces deux éléments, parmi d'autres, les interrogations d'opportunité ne s'estompent pas mais il peut devenir concevable d'examiner, dans un cadre procédural offrant des garanties de sécurité, la pluralité des options ouvertes par la perspective comparatiste.

L'ENFANT NÉ D'UNE GESTATION POUR AUTRUI : QUELLE FILIATION ? QUELS LIENS AVEC LA MÈRE PORTEUSE ?

PAR

Jehanne SOSSON*

ET

Géraldine MATHIEU**

1. L'établissement du lien juridique de filiation entre l'enfant et le[1] ou les parents d'intention est, à l'évidence, un élément capital dans le processus de gestation pour autrui. Si le législateur belge fait le choix d'encadrer le processus, comment établir le lien juridique de filiation avec le père et/ou la mère d'intention ? Quand devrait-il être établi ? Par quel moyen ?

La gestation pour autrui met à mal la conception classique de l'établissement de la filiation. Si, aujourd'hui, le père d'intention peut en principe établir un lien juridique de filiation paternelle avec l'enfant via la reconnaissance[2], l'établissement d'un lien de filiation maternelle avec la mère d'intention est plus problématique : la filiation maternelle est établie, selon l'article 312, § 1, du Code civil belge[3],

* Professeur extraordinaire à la Faculté de droit et de criminologie de l'U.C.L. (Centre de droit de la personne, de la famille et de son patrimoine), chargée de cours à l'université Saint-Louis Bruxelles, avocat au barreau de Bruxelles.

** Assistante-doctorante en droit de la famille à l'Université de Namur.

(1) Sachant que la proposition de loi n° 5-130 ouvre l'accès à la gestation pour autrui aux femmes célibataires et que la proposition de loi n° 5-236 ne pose pas pour condition d'être en couple : *cf.* M.-N. DERÈSE, « L'accès à la gestation pour autrui », *Cet ouvrage*, pp. 304 à 306.

[2] Hormis si la mère porteuse est mariée et non officiellement séparée de fait depuis plus de trois cents jours, auquel cas son mari est présumé père de l'enfant (articles 315 et 316*bis* du Code civil). Par ailleurs, pour reconnaître l'enfant, le père d'intention doit avoir le consentement de la mère porteuse parce qu'elle est juridiquement la mère de l'enfant (article 329 du Code civil), et la procédure en cas de refus de consentement ne lui permettra, le cas échéant, de pouvoir reconnaître l'enfant malgré l'absence de consentement de la mère porteuse que s'il est le père biologique de celui-ci et si la reconnaissance n'est pas considérée par le tribunal comme contraire à l'intérêt de l'enfant.

[3] Libellé comme suit : « L'enfant a pour mère la personne qui est désignée comme telle dans l'acte de naissance. »

par la mention obligatoire[4] du nom de la femme qui accouche dans l'acte de naissance de l'enfant (article 57 du Code civil). Ce principe implique donc actuellement que la mère porteuse qui accouche de l'enfant en Belgique, qu'elle ait fourni ses gamètes ou non, en devient dans tous les cas juridiquement la mère[5]. Seul le recours à l'adoption permet, aujourd'hui, de « rattacher » un enfant issu d'une gestation pour autrui à sa mère d'intention[6].

Les propositions de loi qui visent à encadrer la gestation pour autrui ont dès lors logiquement toutes abordé cette question. Si l'une d'entre elles se limite à suggérer le « *statu quo* » (proposition n° 5-236), les trois autres prévoient des mécanismes particuliers dont certains, si ces propositions étaient adoptées, bouleverseraient fondamentalement les modes d'établissement de la filiation pour – et uniquement pour – les enfants nés d'une gestation pour autrui, sachant par ailleurs que la technique mobilisée pour établir le lien de filiation n'est pas sans conséquence sur les liens entre l'enfant et la mère porteuse (I).

Il importe de percevoir que le débat n'est pas uniquement technique : la voie juridique mobilisée pour consacrer le lien de filiation influera directement sur la transparence ou l'opacité des modalités particulières de l'engendrement, notamment pour l'enfant qui en sera issu, et dès lors aussi sur la place qui sera conférée (ou non) à la mère porteuse. Il convient donc de prendre conscience des deux « logiques » qui sous-tendent les possibles choix législatifs, logiques

[4] L'accouchement sous X n'est pas permis en Belgique. Différentes propositions de loi visent à instaurer la possibilité d'accoucher dans la « discrétion » : proposition de loi relative à l'accouchement dans la discrétion du 20 février 2013, *Doc. parl.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-1972/1 ; proposition de loi modifiant le Code civil et le Code judiciaire en vue de permettre l'accouchement discret du 10 juillet 2012, *Doc. parl.*, Sénat, 2011-2012, n° 5-1705/1 ; proposition de loi relative à l'accouchement anonyme du 18 novembre 2010, *Doc. parl.*, Sénat, 2010-2011, n° 5-502/1 ; proposition de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne l'accouchement discret du 15 octobre 2010, *Doc. parl.*, Sénat, 2010-2011, n° 5-347/1 ; proposition de loi modifiant le Code civil afin de permettre l'accouchement discret du 8 octobre 2010, *Doc. parl.*, Sénat, 2010, n° 5-258 ; proposition de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne l'accouchement discret du 2 septembre 2010, *Doc. parl.*, Sénat, 2010, n° 5-46. Voy. à cet égard : G. MATHIEU, « L'accouchement anonyme : les termes du débat en Belgique » et « Pour un réel équilibre des intérêts en présence : plaidoyer pour l'instauration d'un accouchement dans la réelle discrétion, en droit belge et français », *Journ. dr. j.*, février 2013, n° 322, pp. 28 à 37.

[5] La situation est différente si la mère porteuse accouche anonymement à l'étranger (en France, au Luxembourg ou en Italie). Rien n'empêche alors la mère d'intention de reconnaître l'enfant en Belgique, conformément à l'article 313 du Code civil (voy. à cet égard Cass., 29 janvier 1993, *Pas.*, 1993, p. 121). Pour plus de détails sur ce procédé, voy. G. VERSCHELDEN, « Pleidooi voor een familierechtelijke regeling van draagmoederschap in België », *T.P.R.*, 2011/4, pp. 1444 et s.

[6] Pour une recension de la jurisprudence en la matière, voy. G. VERSCHELDEN, *op. cit.*, pp. 1465 et s.

que l'on décèle aussi dans les pays ayant déjà fait choix de légiférer en la matière (II).

Il s'agit dès lors de pouvoir déterminer les enjeux réels du débat : que souhaite-t-on réellement mettre en place ? La question n'est peut-être pas tant de savoir « comment » faire, mais bien de ce que l'on veut faire (III).

I. – Analyse des propositions de loi[7]

A. – *L'établissement du lien de filiation avec le(s) parent(s) d'intention : les « techniques juridiques » envisagées dans les propositions de loi*

1. *La filiation « via » la convention*

Deux propositions de loi font le choix de fonder directement la filiation sur la convention conclue entre les parents d'intention et la mère porteuse : la proposition de loi n° 5-160 et la proposition de loi n° 5-929.

a) La proposition de loi n° 5-160

2. La proposition de loi n° 5-160 prévoit que l'officier de l'état civil devra recevoir de l'établissement hospitalier dans lequel la mère porteuse a accouché, outre l'avis de l'accouchement, un exemplaire de la convention de gestation pour autrui.

À la naissance, la mère porteuse ne sera pas désignée comme la mère légale de l'enfant, ce qui implique qu'elle n'aura aucun droit à « garder » l'enfant après la naissance : l'officier de l'état civil mentionnera directement dans l'acte de naissance les noms de la mère et du père repris dans la convention (modification de l'article 57 du Code civil).

Le double lien de filiation (maternelle et paternelle) serait donc établi dès la rédaction de l'acte de naissance par la mention dans l'acte de naissance du nom des parents d'intention[8]. Ceux-ci seraient

[7] Voy. égal. G. VERSCHELDEN, « Pleidooi voor een familierechtelijke regeling van draagmoederschap in België », *op. cit.*, pp. 1481 et s.

[8] Actuellement, seule la filiation maternelle est établie par l'inscription du nom dans l'acte de naissance, conformément à l'article 312 du Code civil (*cf. supra*, n° 1). Aucune disposition de cette proposition de loi ne prévoit par contre que la filiation paternelle est établie par la mention du nom

dès lors d'emblée les parents de l'enfant, et le resteraient[9], le lien de filiation trouvant ici son fondement dans la convention, sans qu'aucun contrôle judiciaire, ou de type médical ou éthique, ne vienne, à quelque moment que ce soit, avaliser le processus[10].

On rappellera qu'aux termes de la proposition n° 5-160, l'enfant doit être conçu à partir des gamètes des deux membres du couple[11]. *A priori*, la mère porteuse n'est donc jamais la mère génétique de l'enfant. La proposition est toutefois ambiguë sur ce point car elle prévoit dans d'autres dispositions la possibilité de recourir à une mère porteuse dite « traditionnelle », c'est-à-dire « inséminée artificiellement avec le sperme du père ou d'un donneur », et donc elle-même donneuse d'ovule[12]. Elle n'ouvre en tous cas la gestation pour autrui qu'aux couples hétérosexuels.

b) La proposition de loi n° 5-929

3. La proposition n° 5-929 prévoit quant à elle de compléter l'article 57 du Code civil par un alinéa prévoyant qu'en cas de

du père dans l'acte de naissance de sorte qu'il nous paraît qu'en l'absence de disposition spécifique insérée dans le Code civil à ce propos, l'établissement de la filiation paternelle devrait continuer à se faire selon les règles du droit commun de la filiation : par application de la présomption de paternité en faveur du mari de la mère d'intention si elle est mariée, par une reconnaissance dans le cas contraire. Dans le même sens, Gerd Verschelden indique, à propos de cette proposition : « deze bepaling lijkt er van uit te gaan dat de vermelding van de vader in de geboorteakte van het kind afstammingsbepalend is zoals bij het moederschap, *quod non*. Voor kinderen geboren binnen het huwelijk van de moeder wordt het vaderschap enkel door de wet vastgesteld (van rechtswege overeenkomstig de artikelen 315-317 BW, terwijl buitenhuwelijkse kinderen nog door de wensvader met toepassing van art. 319 BW moeten worden erkend) » (G. Verschelden, « Pleidooi voor een familierechtelijke regeling van draagmoederschap in België », *op. cit.*, p. 1489). Le consentement à une reconnaissance de la mère d'intention serait alors exigé, avec la difficulté qui pourrait surgir en cas de refus de consentement dès lors que les gamètes mâles seraient issus d'un donneur, ce que n'exclut pas la proposition (art. 5 et 6).

[9] La proposition prévoit que l'action en contestation de paternité ou maternité de la mère porteuse ainsi que de la mère et/ou du père d'intention qui a élevé l'enfant comme le sien serait irrecevable.

[10] Les auteurs de cette proposition de loi prévoient que la convention de gestation pour autrui doit être passée devant notaire (voy. la contribution de G. Schamps et G. Willems, *Cet ouvrage*, p. 337). Ils indiquent à cet égard, dans le commentaire des articles proposés, ce qui suit : « Vu l'importance de l'acte, la convention passée entre les parents et la mère porteuse et qui détermine, entre autres, les modalités de la grossesse ainsi que les engagements de chacune des parties, doit être souscrite devant le notaire. Le notaire constituera, comme le psychiatre, un garde-fou à l'égard de ce genre de pratique » (commentaire des articles, p. 9). On peut néanmoins s'interroger quant à la compétence d'un notaire pour apprécier si les conditions d'une gestation pour autrui sont remplies et sur la nature du rôle qui serait ainsi conféré à celui-ci : opèrerait-t-il un véritable contrôle ? De quel type ? Pourrait-il refuser d'authentifier une convention qu'il estimerait non conforme aux conditions légales ?

[11] Proposition de loi n° 5-160, art. 5, § 3.

[12] *Ibidem*, art. 6. Voy. sur ce point la contribution de M.-N. Dereèse, « L'accès à la gestation pour autrui », *Cet ouvrage*, p. 299.

recours à une mère porteuse dans les conditions de la loi, le nom « du père et de la mère mentionnés comme tels dans la convention authentique » sont indiqués dans l'acte de naissance. L'article 312 du Code civil serait également complété par un alinéa prévoyant que si la naissance résulte d'une convention de maternité de substitution, « le parent demandeur est indiqué comme parent dans l'acte de naissance ».

Le commentaire des articles explique comme suit le système souhaité pour l'établissement de la filiation : « Le principe de base est que la mère demandeuse est déjà désignée comme mère dans l'acte de naissance. Conformément à l'article 315, son mari y est repris comme père. La législation existante autorise le partenaire à reconnaître l'enfant. Cela vaut aussi pour un couple homosexuel marié ou non. Enfin, il est prévu que la mère porteuse ne peut engager aucune action en contestation de maternité ou de paternité »[13].

On retiendra de cette proposition la volonté de voir la convention, qui n'est soumise à aucun type de contrôle judiciaire ou autre[14], servir de base à l'établissement du lien de filiation maternelle, le lien de filiation paternelle étant quant à lui établi par application des règles « classiques » du droit de la filiation.

On peut toutefois constater que l'affirmation selon laquelle les mêmes règles pourraient s'appliquer au couple homosexuel marié ou non est inexacte puisqu'en l'état actuel du droit de la filiation, la présomption de paternité ne s'applique pas dans les couples de même sexe et qu'une reconnaissance par un partenaire de même sexe n'est pas possible[15]. Faut-il en déduire une volonté implicite de déroger aux

[13] Proposition de loi n° 5-929, développements, pp. 10 et 11.

[14] La proposition prévoit que la convention doit être « authentique », donc passée devant notaire, sans préciser le rôle de celui-ci et en tout cas sans lui conférer expressément le pouvoir de contrôler son contenu et, le cas échéant, de refuser de l'authentifier. Certes, la proposition de loi permet au centre de fertilité, en amont, de « refuser l'accompagnement s'il estime que la maternité de substitution représenterait une charge physique ou psychologique trop lourde pour la mère porteuse ou pour les parents demandeurs » (voy. art. 8 de la proposition). Toutefois, cette marge de manœuvre offerte aux centres de fertilité sous la forme d'une « clause de conscience », à l'instar de ce qui existe en matière de procréation médicalement assistée, peut difficilement s'apparenter à un réel contrôle éthique tel qu'il en existe en Nouvelle-Zélande ou en Israël (*cf.* G. Willems et J. Sosson, « Légiférer en matière de gestation pour autrui : quelques repères de droit comparé et de droit international », *Cet ouvrage*, pp. 250 et 258 et s., n^{os} 22 et 41).

[15] On signalera néanmoins qu'une proposition de loi a été déposée au Sénat visant à transposer la présomption de paternité aux couples de femmes mariées (proposition de loi modifiant le Code civil en vue de régler l'établissement de la co-maternité lesbienne déposée le 27 octobre 2010 par M. G. Swennen, *Doc. part.*, Sénat, 2010-2011, n° 5-399/1). Une seconde proposition de loi a été déposée visant quant à elle à permettre « l'acceptation de la co-maternité chez les femmes homosexuelles » (proposition de loi modifiant le Code civil en vue de permettre l'acceptation

règles qui président en matière d'établissement du double lien de filiation à l'égard des parents de même sexe ? C'est ce qu'affirme en tout cas Gerd Verschelden, qui considère que l'intention des auteurs de la proposition de loi est précisément de permettre, dès lors que les parents sont de même sexe, l'établissement du double lien de filiation *ab initio*, comme pour les parents de sexe différent. Au sein du couple homosexuel marié, la présomption de paternité s'appliquerait, tandis que le partenaire non marié aurait la possibilité de reconnaître l'enfant. L'auteur retient comme argument le fait que le texte de la proposition prévoit l'inscription dans l'acte de naissance du nom du parent d'intention (*wensouder*)[16]. Il n'empêche, selon nous, qu'une telle « solution » nécessiterait d'autres aménagements du Code civil qui ne sont pas opérés par cette proposition de loi. Il n'est peut-être pas anodin de signaler néanmoins qu'un des auteurs de cette proposition de loi est précisément l'auteur d'une autre proposition de loi visant à instaurer la « co-maternité lesbienne » par une modification du Code civil prévoyant que l'enfant né pendant le mariage de deux femmes aurait pour mère l'épouse[17]. Sans doute, dans l'esprit de ces parlementaires, ces deux réformes du Code civil devraient-elles aller de pair.

Par ailleurs, certains points prévus dans le libellé du projet de convention tel que proposé en annexe de cette proposition ne semblent pas correspondre aux principes annoncés. Ainsi, le projet de convention, en sa section II, indique que « La mère porteuse et son partenaire remettent l'enfant aux parents demandeurs... jour(s) après la naissance. La mère porteuse et son partenaire certifient qu'ils collaboreront à toute action juridique que les parents demandeurs devraient éventuellement entreprendre pour obtenir la parentalité juridique, et ce dans un délai raisonnable après la naissance

de la co-maternité chez les femmes homosexuelles déposée le 9 septembre 2010 par Mme N. Lijnen et M. G. De Padt, *Doc. parl.*, Sénat, 2010, n° 5-71/1). Il s'agirait de mettre en place une procédure plus simple que l'adoption pour établir un lien de filiation entre un enfant et la partenaire ou l'épouse de sa mère, compte tenu des liens de fait existants. Voulant « éviter toute interférence avec la terminologie juridique en vigueur en matière d'adoption et de reconnaissance », elle instaure une nouvelle notion : l'« acceptation de la co-maternité », qui constituerait, si cette proposition de loi était adoptée, une figure juridique inédite s'inspirant de la reconnaissance réservée aux couples lesbiens. Pour une analyse de cette proposition, voy. : S. Cap, L. Galichet, F. Maisonnasse, A. Molière, S. Tetard, « Le statut juridique du co-parent de même sexe : aperçu de droit comparé », in *Parenté, filiation, origines : le droit et l'engendrement à plusieurs* (H. Fulchiron et J. Sosson dir.), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 117, n° 37 et p. 124, n° 44.

[16] G. Verschelden, « Pleidooi voor een familierechtelijke regeling van draagmoederschap in België », *op. cit.*, p. 1489.

[17] Proposition de loi modifiant le Code civil en vue de régler l'établissement de la co-maternité lesbienne déposée par M. G. Swennen le 27 octobre 2010, Sénat, 2010-2011, n° 5-399/1.

de l'enfant »[18]. Est-ce à dire qu'une action juridique serait nécessaire alors même que le commentaire des articles indique que le principe de base serait que la mère demandeuse est désignée comme mère dans l'acte de naissance ?

Au-delà de ces difficultés et questionnements quant au système réellement prôné par cette proposition, il semble en tous cas que, comme envisagé dans la proposition n° 5-160, il n'y aurait pas de filiation établie à la naissance à l'égard de la femme qui accouche ; la mère porteuse (qui dispose néanmoins de certains délais de réflexion avant la naissance[19]) n'aurait pas de droit de « rétention » de l'enfant après la naissance ; il n'y aurait pas de contrôle judiciaire ni en amont, ni en aval et la mère porteuse ne serait pas recevable à agir en contestation de maternité ou paternité.

Enfin, on relèvera que cette proposition exige qu'au moins un des parents d'intention ait un lien génétique avec l'enfant. En outre, ni la mère porteuse ni son conjoint ou compagnon ne peuvent donner leurs gamètes de sorte que la mère porteuse ne sera jamais la mère génétique de l'enfant[20].

2. *Adoption ou « pré-adoption »*

Les deux autres propositions analysées font le choix en revanche de recourir à l'adoption ou à une forme de pré-adoption pour l'établissement de la filiation avec les parents d'intention qui ne découlerait donc pas de la convention elle-même.

a) Proposition de loi n° 5-236 : adoption « classique »

4. Cette proposition n'apporte en réalité aucun changement majeur par rapport au droit de la filiation actuel. Elle ne prévoit pas de « mesures » ou « techniques » spécialement réservées à l'établissement du lien de filiation en cas de gestation pour autrui.

Ainsi, aux termes de la proposition n° 5-236, la convention de gestation pour autrui est sans effet sur la filiation et une procédure judiciaire d'adoption doit être réalisée après la naissance, sans adaptation particulière de cette procédure.

[18] Projet de convention-type de maternité de substitution annexé à la proposition de loi n° 5-929, p. 12.

[19] Proposition de loi n° 5-929, art. 12.

[20] *Ibidem*, art. 3 ; M.-N. Derèse, « L'accès à la gestation pour autrui », *Cet ouvrage*, p. 300.

La filiation est ainsi établie à l'égard de la femme qui accouche conformément à l'article 312 du Code civil, comme actuellement. La proposition prévoit néanmoins que la présomption de paternité ne s'appliquerait pas lorsque le mari de la mère porteuse a signé la convention.

Le délai dont dispose la mère porteuse pour consentir à l'adoption est de deux mois après la naissance, une interdiction de tout consentement préalable à la naissance de l'enfant étant prévue. Là non plus, aucun changement ne serait donc apporté par rapport au « droit commun » de l'adoption.

Un droit de « rétention » serait dès lors conservé par la mère porteuse puisqu'elle n'a pas d'obligation de consentir à l'adoption.

On relèvera que cette proposition ne permet le recours à la gestation pour autrui (qu'elle ouvre aux couples hétéro- et homosexuels) que si l'enfant à naître présente un lien de filiation biologique avec au moins un des parents d'intention[21]. Elle n'exclut donc pas que la mère porteuse puisse être la mère génétique de l'enfant.

b) Proposition de loi n° 5-130 : « pré-adoption »

5. Aux termes de la proposition n° 5-130, la convention de gestation pour autrui aurait le statut d'une « déclaration d'adoption préalable » dès que le processus aboutit à une grossesse.

L'exposé des motifs de la proposition indique que cette déclaration d'adoption préalable serait « contraignante » de façon à garantir, d'une part, aux parents demandeurs le transfert du lien de parenté, et, d'autre part, à la mère porteuse que ceux-ci tiendront leurs engagements (même en cas de naissance d'un enfant handicapé par exemple)[22]. Ce caractère contraignant ne se retrouve toutefois pas dans le commentaire des articles puisqu'il y est indiqué que la convention constituerait un « élément important du dossier sur lequel le juge se basera pour prononcer l'adoption »[23]. Par ailleurs, les modifications suggérées aux Codes civil et judiciaire ne semblent pas non plus assurer un caractère contraignant à cette déclaration. La procédure d'adoption est néanmoins adaptée, notamment en ce que la mère porteuse et son partenaire pourraient donner leur consentement à l'adoption dès la naissance.

[21] M.-N. Dersse, « L'accès à la gestation pour autrui », *Cet ouvrage*, p. 300.
[22] Proposition de loi n° 5-130, exposé des motifs, p. 6.
[23] Proposition de loi n° 5-130, commentaire des articles, p. 8.

La filiation serait ainsi établie à l'égard de la femme qui accouche conformément à l'article 312 du Code civil.

On s'interroge donc quant à savoir si elle disposerait finalement d'un droit de « rétention » : il semble qu'elle n'aurait pas d'obligation de consentir à l'adoption même si la convention est « un élément important » d'appréciation.

Le système imaginé implique en tous cas un contrôle judiciaire qui a lieu en aval via la procédure d'adoption[24], celle-ci étant néanmoins accélérée.

Enfin, l'action en contestation de maternité ou de paternité serait irrecevable si elle émane de la mère porteuse, ou de la mère ou du père qui a élevé l'enfant comme le sien[25].

Il convient par ailleurs de souligner que la proposition de loi ne permet la gestation pour autrui que pour les couples hétérosexuels et si un des parents d'intention au moins a un lien biologique avec l'enfant[26]. La mère porteuse peut donc être la génitrice lorsqu'elle fournit l'ovule.

B. – *Les conséquences des techniques juridiques mobilisées sur les liens entre l'enfant et la mère porteuse*

6. Contrairement à la philosophie de la loi sur la procréation médicalement assistée du 6 juillet 2007 (anonymat obligatoire pour le don d'embryon, optionnel pour le don de gamètes[27]), les propositions de loi à l'examen ne prévoient pas l'anonymat de la mère porteuse à l'égard des parents d'intention.

Les parties sont en effet, par la force des choses, amenées à se rencontrer et à signer une convention. Certaines propositions préconisent que la mère porteuse ne soit pas, dans la mesure du possible, une proche des parents d'intention (proposition de loi n° 5-160), tandis que d'autres propositions de loi privilégient un

[24] Ainsi, les parents d'intention ne sont pas dispensés de la préparation à l'adoption ni de l'obtention d'un certificat d'aptitude. En vertu de l'article 344-1 du Code civil, le juge devra également vérifier que l'adoption se fonde sur de justes motifs, qu'elle est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant et aux droits fondamentaux qui lui sont reconnus en droit international.
[25] Cette référence au droit commun de la filiation surprend dès lors que le choix posé est celui du recours à l'adoption. Pour Gerd Verschelden, il s'agit d'une erreur « nu de vastelling van de afstamming van de wensouders in dit wetsvoorstel helemaal niet via oorspronkelijke afstamming, maar precies via adoptie is geregeld » (G. Verschelden, « Pleidooi voor een familierechtelijke regeling van draagmoederschap in België », *op. cit.*, p. 1491).
[26] M.-N. Dersse, « L'accès à la gestation pour autrui », *Cet ouvrage*, pp. 305 et 306.
[27] Art. 22 et 57 de la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes.

système où les parents d'intention proposeraient eux-mêmes la mère porteuse de leur choix (proposition de loi n° 5-130)[28].

La question de l'accès de l'enfant à ses origines, ou à tout le moins celle du lien entre l'enfant et la mère porteuse, n'est toutefois abordée explicitement par aucune des propositions de loi à l'examen.

1. *Contacts entre l'enfant et la mère porteuse*

7. Aucun des textes en projet n'évoque la question d'un éventuel droit de l'enfant à maintenir des contacts avec la mère porteuse, ni inversement d'un éventuel droit de la mère porteuse à solliciter des contacts avec l'enfant après l'accouchement.

Seul le projet de convention-type de maternité de substitution annexé à la proposition de loi n° 5-929 laisse aux parties la possibilité d'établir conventionnellement un droit de visite après la naissance de l'enfant. La section IV relative au « Comportement de la mère porteuse » est libellée comme suit : « Après la naissance de l'enfant, la mère porteuse et son partenaire... (fixer les modalités d'un droit de visite) ». La section II du projet de convention-type prévoit toutefois que « la mère porteuse déclare que ni elle, ni son partenaire ne souhaite nouer une relation enfant-parent avec l'enfant ». On peut donc supposer qu'il appartiendrait aux parties de convenir soit de l'exercice d'un droit de visite, soit de l'absence de contacts possibles. On pourrait légitimement s'interroger sur la validité d'une telle clause. L'on admet certes que, disposant de l'autonomie de leurs volontés individuelles pour régler eux-mêmes les modalités d'exercice de leur autorité parentale à l'égard de leurs enfants, les père et mère, titulaires de cette autorité dès lors que leur lien de filiation est établi, règlent conventionnellement certaines modalités d'exercice de leur autorité parentale[29]. La situation est plus délicate quand il s'agit d'enfants à naître : les père et mère ne sont pas encore titulaires de l'autorité parentale dès lors qu'aucun lien de filiation n'est établi (il ne le sera qu'à la naissance, lorsque l'enfant naîtra vivant et viable). Jean-Louis Renchon[30] considère qu'un engagement conventionnel

[28] M.-N. Derese, « L'accès à la gestation pour autrui », *Cet ouvrage*, p. 320.

[29] J.-L. Renchon, « Les clauses des conventions entre époux et cohabitants relatives à l'exercice de l'autorité parentale à l'égard de leurs enfants », in *L'autonomie de la volonté et les conventions entre époux et cohabitants*, Actes de la 7e journée d'études juridique Jean Renaud organisées par le Centre de droit de la personne, de la famille et de son patrimoine de l'U.C.L., Louvain-la-Neuve, 25 novembre 2011, p. 5.

[30] Cet auteur aborde cette problématique en général, et non spécifiquement en cas de gestation pour autrui ; mais la même logique prévaut, selon nous.

que de futurs père et mère qui ont un projet parental prennent l'un à l'égard de l'autre ne serait pas illicite, n'étant pas contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, mais ne constituerait qu'une promesse bilatérale d'exécuter selon telle ou telle modalité une éventuelle autorité parentale future et non une véritable convention portant sur les modalités de cette autorité qui n'existe pas encore[31]. Dès lors, pour cet auteur, « elle ne pourrait donc en tant que telle faire déjà loi – au sens d'une obligation juridique contraignante – tant dans les relations entre les parties qu'à l'égard de leur enfant. Elle impliquera seulement que les époux ou les cohabitants se seraient engagés, pour l'hypothèse où un enfant naîtrait, à exercer selon telle ou telle modalité leur autorité parentale future »[32].

Comment, dans ce contexte juridique, apprécier alors la portée d'une convention conclue, dans le cadre d'une gestation pour autrui, entre de futurs parents juridiques d'un enfant à naître et la mère porteuse (qui, selon le mode d'établissement de la filiation, pourra ou non avoir été un temps la mère juridique de l'enfant...) et son éventuel partenaire ? Les parties ont-elles la libre disposition, et, partant, peuvent-elles régler conventionnellement l'exercice du droit aux relations personnelles entre l'enfant (car c'est lui qui est concerné, et il n'est pas partie à la convention !) et un tiers ? Peuvent-elles licitement exclure par exemple la possibilité de tout contact entre l'enfant et la mère porteuse ? L'on voit mal, en l'état actuel du droit, pourquoi une telle clause prévue dans une convention de gestation pour autrui échapperait au principe général en matière d'autorité parentale d'une possible révision par le juge compétent si le respect de l'intérêt de l'enfant ou des droits de l'enfant l'exige, sachant que les relations personnelles entre l'enfant et un tiers sont actuellement régies par l'article 375*bis* du Code civil qui prévoit que le droit d'entretenir de telles relations avec l'enfant peut être octroyé à toute personne ayant un lien particulier d'affection avec l'enfant si tel est l'intérêt de ce dernier, le tribunal de la jeunesse étant compétent pour régler l'exercice de ce droit à défaut d'accord entre les parties.

[31] J.-L. Renchon, « Les clauses des conventions entre époux et cohabitants relatives à l'exercice de l'autorité parentale à l'égard de leurs enfants », in *L'autonomie de la volonté et les conventions entre époux et cohabitants*, Actes de la 7e journée d'études juridique Jean Renaud organisées par le Centre de droit de la personne, de la famille et de son patrimoine de l'U.C.L., Louvain-la-Neuve, 25 novembre 2011, p. 6.

[32] *Ibidem*, pp. 6 et 7.

Ces questions méritent, nous paraît-il, d'être posées, et en tous cas approfondies si le législateur décidait d'autoriser une telle clause dans une convention de gestation pour autrui. Certes, l'on peut penser que si le législateur opte en amont pour la création d'un nouveau mode de filiation fondé sur la seule volonté des parties et la convention, décidant ainsi de contractualiser la filiation elle-même, l'on voit mal comment l'on pourrait alors soutenir que l'établissement anticipé d'un droit aux relations personnelles de la mère porteuse et de son partenaire à l'égard de l'enfant à naître serait illicite. Mais une telle contractualisation de la filiation pose, elle aussi, assurément question... Nous y reviendrons ci-dessous.

2. *Droit d'accès à des informations*

8. Pas plus que la question des contacts, celle d'un éventuel droit de l'enfant à accéder à des informations sur la mère porteuse n'est envisagée.

Seule la proposition de loi n° 5-929 aborde, certes indirectement, cette question dans le cadre du projet de convention-type annexé au texte de la proposition. Ainsi, dans une section III intitulée « Engagement », le projet de convention-type prévoit que les informations recueillies lors de l'examen psychologique et de l'examen médical de la mère porteuse et de son partenaire pourront être communiquées à l'enfant, dans son intérêt, pour autant qu'il ait atteint l'âge de 16 ans, que l'autorisation de communication sera donnée par le juge de paix et que la mère porteuse et son partenaire seront avertis par écrit de la communication de ces informations à l'enfant. S'agissant d'une compétence nouvelle qui serait ainsi octroyée au juge de paix, on relèvera qu'une modification du Code judiciaire serait alors indispensable, ce dont les auteurs de la proposition de loi ne semblent pas s'être aperçus[33]. Plus fondamentalement, on s'interrogera sur la différence de traitement qui serait ainsi instaurée entre l'enfant né d'une gestation pour autrui, qui serait habilité à obtenir, dès l'âge de 16 ans et dans son intérêt, les informations recueillies lors de l'examen médical mais aussi psychologique de la mère porteuse et de son partenaire, et l'enfant né suite à un don de gamètes ou d'embryon qui n'a lui aucun droit d'accès à ce genre d'informations

[33] En cas de mise en place d'un tribunal de la famille, il y aurait également lieu de s'interroger sur l'opportunité de confier cette mission au juge de paix plutôt qu'à celui-ci.

à propos du ou des donneurs[34]. Le centre de fécondation ne peut en effet communiquer d'autres informations relatives au(x) donneur(s) que celles de nature médicale susceptibles de revêtir une importance pour le développement sain de l'enfant et surtout, il ne peut communiquer ces informations qu'à la receveuse ou au couple receveur qui en fait la demande au moment de faire un choix ou au médecin traitant de l'enfant, de la receveuse ou du couple receveur, pour autant que la santé de l'enfant le requière[35]. Cette différence de traitement est d'autant moins compréhensible que la proposition interdit à la mère porteuse et à son compagnon de donner leurs gamètes[36] de sorte que si l'on présuppose qu'il est dans l'intérêt de l'enfant qu'il puisse obtenir à partir d'un certain âge des informations de nature médicale et psychologique relatives à la mère porteuse et son compagnon, avec lesquels il ne partage aucun lien génétique, on comprend mal sur quelle base l'accès aux mêmes informations relativement à son donneur de gamètes pourrait lui être refusé...

3. *Le secret du mode de conception*

9. Enfin, aucune des propositions de loi envisagées ne règlemente la question même du secret du mode de conception.

Si cette question peut paraître peu pertinente tant le recours à une mère porteuse passera difficilement inaperçu pour l'entourage, elle se pose néanmoins par rapport à l'enfant concerné.

La philosophie est ici identique à celle adoptée lors de l'élaboration de la loi du 6 juillet 2007[37] : il n'appartient pas au législateur de contraindre les parents à révéler à l'enfant les circonstances

[34] Hormis via l'intermédiaire de ses parents dans l'hypothèse d'un don non anonyme de gamètes résultant d'un accord entre le donneur et le receveur ou le couple receveur. L'enfant ne dispose toutefois d'aucun recours pour forcer ses parents à lui communiquer les informations dont ils disposent. En tout état de cause, le centre de fécondation reste tenu de rendre inaccessible toute donnée permettant l'identification du donneur, que le don soit anonyme ou non, et toute personne travaillant pour ou dans un tel centre qui prend connaissance, de quelque manière que ce soit, d'informations permettant l'identification des donneurs d'embryons ou de gamètes est tenu au secret professionnel (art. 28 et 57 de la loi du 6 juillet 2007). Voy. en ce sens les travaux parlementaires : « le centre ne pourra communiquer aucune donnée, même si l'enfant le demande. Mais les parents et le donneur, eux, peuvent le faire s'ils le souhaitent » (Proposition de loi relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, *Doc. parl.*, Sénat, 2005-2006, séance du 2 mai 2006, n° 1440/6, p. 5).

[35] Art. 35, 36, 64 et 65 de la loi du 6 juillet 2007.

[36] Proposition de loi n° 5-929, art. 3.

[37] Proposition de loi relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, *Doc. parl.*, Sénat, 2005-2006, séance du 8 mars 2006, n° 1440/3, p. 10.

particulières de sa conception. Le choix de dévoiler à l'enfant son mode particulier de conception relève de la sphère de la vie privée des parents et ne doit pas être coulé dans une obligation légale.

Autre chose est de se demander si le législateur fait le choix ou non de suppléer le silence éventuel des parents. Tout dépendra de l'option prise concernant le mode d'établissement de la filiation : le choix posé quant au mode de rattachement de l'enfant à ses parents d'intention aura des répercussions directes sur la place conférée à la mère porteuse et dès lors sur la possibilité pour l'enfant d'accéder aux informations sur ses origines.

Si le législateur choisit de fonder directement la filiation sur la convention nouée entre les parents d'intention et la mère porteuse, privilégiant la validation la plus directe du projet parental (proposition de loi n° 5-160 et proposition de loi n° 5-929[38]), l'acte de naissance mentionnera le nom des parents d'intention comme étant les parents juridiques de l'enfant et aucune mention de l'identité de la mère porteuse n'apparaîtra dans ce cas sur les documents de l'état civil. Dans cette hypothèse, la loi ne permettra pas à l'enfant d'accéder, via l'obtention d'une copie conforme de son acte de naissance, à l'information sur ses origines. La possibilité pour l'enfant d'obtenir des informations sur les modalités de sa conception et sur l'identité de la mère porteuse sera laissée à l'entière discrétion des parents d'intention. Certes, les deux propositions de loi optant pour un établissement direct de la filiation à l'égard des parents d'intention prévoient que la convention authentique de gestation pour autrui doit être adressée à l'officier de l'état civil mais il n'est nulle part question d'une obligation d'annexer cette convention à l'acte de naissance ou de la conserver dans un registre spécifique, pas plus évidemment que n'est évoquée l'idée d'un droit de l'enfant d'y accéder.

Si en revanche le législateur choisit de mobiliser le mécanisme de l'adoption, avec ou sans déclaration préalable (propositions de loi n° 5-130 et n° 5-236[39]), l'acte de naissance mentionnera, en copie conforme, l'identité de la mère porteuse comme étant la mère légale de l'enfant. Le droit belge ne connaît en effet pas le secret

[38] On rappellera que ces deux propositions de loi n'autorisent ni l'une ni l'autre que l'enfant ait un lien génétique avec la mère porteuse (avec les réserves énoncées *supra* quant à la proposition n° 5-160) (*cf. supra*, n°s 2 et 3).

[39] Aux termes de ces deux propositions de loi, l'enfant à naître est porté par une mère de substitution qui peut être également sa mère génétique mais il est nécessairement apparenté à l'un de ses parents d'intention (*cf. supra*, n°s 4 et 5).

de l'adoption[40] et l'enfant pourra, à sa majorité, via l'obtention de la copie conforme de son acte de naissance, connaître l'identité de la mère porteuse.

II. – Les logiques à l'œuvre dans les propositions de loi et en droit comparé

10. Le droit peut imaginer recourir à des « outils » juridiques existants ou à créer pour que le lien de filiation entre l'enfant et ses parents d'intention soit établi. Le droit pourra *a priori* toujours trouver une « technique » juridique pour ce faire.

Mais la question n'est pas seulement celle du choix d'une technique : le choix de la voie juridique est en lien avec la place que l'on veut donner à chacun des protagonistes et plus spécifiquement à la mère porteuse, sachant que deux « logiques » peuvent être à l'œuvre :

- soit on fait le choix d'organiser une filiation *ab initio* entre l'enfant et ceux qui ont voulu sa naissance, et l'on fait découler cette filiation du projet parental lui-même et de la convention de maternité de substitution, l'objectif étant de créer un lien de filiation entre l'enfant et ses parents d'intention « dès le départ » ; il s'agit de créer une forme de parenté de type conventionnel qui éclipse la participation d'une femme porteuse à l'engendrement ;
- soit on choisit de ne pas fonder directement la filiation sur le projet parental et de ne pas occulter totalement la participation d'une autre femme à l'engendrement en recourant, pour l'établissement du lien de filiation à l'égard des parents d'intention, à l'adoption (avec ou sans adaptation), ce qui permet d'adjoindre une filiation adoptive en complément ou en « remplacement » d'une filiation d'origine qui n'est pas occultée ; il y va d'une logique en quelque sorte « additive » ou « de complément ».

Ce sont bien ces deux « logiques » qui se retrouvent dans les propositions de loi belges : les propositions n° 5-160 et n° 5-929 font le choix d'une logique de parenté purement conventionnelle

[40] Le jugement prononçant une adoption (tant simple que plénière), qui contient l'identité du ou des parents d'origine, est en effet transcrit dans les registres de l'état civil et une mention en est faite en marge de l'acte de naissance de l'enfant (en tous cas lorsque celui-ci a été dressé en Belgique), ce qui laisse l'origine de l'enfant visible (art. 1231-19 du Code judiciaire et 368-1 du Code civil belge).

en prônant l'établissement de la filiation *ab initio* à travers ou au moyen de la convention elle-même (convention qui n'est soumise à aucun réel contrôle[41]), tandis que les propositions n° 5-236 et n° 5-130, même si elles diffèrent, participent quant à elles d'une logique additionnelle via l'utilisation de la figure de l'adoption, adaptée ou non.

11. Dans les pays qui ont choisi de réglementer la gestation pour autrui, on retrouve également ces deux approches[42] : certains États ou entités fédérées ont fait le choix d'une logique déclarative, d'autres d'une logique complétive.

Les enseignements pouvant être retirés d'une analyse comparée ne peuvent néanmoins se limiter à « classer » les pays selon cette première distinction : le choix de l'une ou de l'autre de ces « logiques », et le sens ou la portée à donner à ce choix, dépendent d'une autre donnée : l'existence ou non d'un contrôle du processus de gestation pour autrui, en « amont » ou en « aval », conditionne le plus souvent, ou à tout le moins est en lien avec la voie choisie pour rattacher l'enfant qui en est issu aux parents d'intention.

A. – *Législations consacrant une logique d'établissement de la filiation ab initio*

12. Deux « catégories » radicalement différentes de pays ayant légiféré en matière de gestation pour autrui ont choisi une logique « déclarative » : il s'agit d'une part d'États ayant une approche permissive voire ultra-permissive de la gestation pour autrui et qui ne régulent pas ou très peu le processus des gestations pour autrui, tels que l'Ukraine ou encore l'État américain de l'Illinois (1.), et, d'autre part, de pays ayant choisi de réguler la totalité du processus, en exigeant une autorisation donnée par une autorité judiciaire habilitée à contrôler le respect des conditions légales posées, cette autorisation

[41] *Cf. supra*, n°s 2 et 3.

[42] Voyez aussi l'analyse comparée approfondie faite par le Bureau Permanent de la Conférence de la Haye de droit international privé, *A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements, Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international*, Document préliminaire n° 10 de mars 2012 à l'intention du Conseil d'avril 2012 sur les affaires générales et la politique de la Conférence, not. pp. 10 et s. (http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10en.pdf). Voy. égal. : G. WILLEMS et J. SOSSON, « Légiférer en matière de gestation pour autrui : quelques repères de droit comparé et de droit international », cet ouvrage, pp. 239 et s. ; E. DOS REIS, G. RUFFIEUX, J. TEREL et G. WILLEMS, « La maternité de substitution », *in Parenté, filiation, adoption : le droit et l'engendrement à plusieurs* (H. FULCHIRON et J. SOSSON dir.), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 169 et s.

et ce contrôle « en amont » permettant ou justifiant le rattachement de l'enfant directement aux parents d'intention dès la naissance (2.).

Il s'agit de deux approches qui ont certes en commun de permettre l'établissement *ab initio* de la filiation avec les parents d'intention mais qui pour le reste diffèrent fondamentalement dans leur conception même du procédé.

1. *L'établissement* ab initio *de la filiation sans contrôle en amont : l'Ukraine et l'État de l'Illinois*[43]

13. Dans ces deux États, la loi a défini certaines conditions d'accès au procédé sans toutefois organiser de contrôle du respect de ces conditions.

Ainsi, en Ukraine, les conditions fixées par l'article 123 du Code de la famille (la maternité de substitution doit être réalisée avec les gamètes du couple d'intention ou données par des tiers et est *a priori* réservée aux couples hétérosexuels) ne font l'objet d'aucun contrôle judiciaire ou éthique. Le seul « garde-fou » prévu est la nécessité d'un acte notarié censé garantir le consentement de la mère porteuse à un contrat qui, quoiqu'il en soit, ne lui confère aucun droit dans ce pays où la gestation pour autrui est devenue, comme on le sait, un véritable commerce[44]. L'existence d'un contrat notarié est donc la seule exigence posée pour que la filiation de l'enfant soit établie directement dans l'acte de naissance à l'égard des parents d'intention.

Dans un sens similaire, dans l'État de l'Illinois, le *Gestation Surrogacy Act* ne prévoit aucun contrôle de la part d'une instance médicale ou éthique, ou d'une juridiction, du respect des conditions légalement et/ou contractuellement posées[45] aux parents d'intention (dont l'obligation pour l'un d'eux de procurer ses gamètes) et aux mères porteuses (âge, naissance préalable d'un enfant, etc.), alors que la convention fondera la filiation de l'enfant qui sera directement établie à l'égard des parents d'intention sans que la mère porteuse ne soit considérée comme la mère de l'enfant. La seule « garantie » est la nécessité pour chacune des parties d'être représentée par un avocat qui certifie que les conditions prévues sont remplies.

[43] On pourrait également ranger l'Inde dans cette catégorie mais nous avons choisi d'étudier et de comparer les réglementations ayant organisé la gestation pour autrui et l'attribution de la filiation, réglementation actuellement inexistante en Inde.

[44] Voy. not. G. WILLEMS et J. SOSSON, *op. cit., Cet ouvrage*, pp. 267 et s.

[45] *Ibidem*, p. 263.

Il s'agit, dans ces deux États, d'établir une filiation purement conventionnelle, dispensée de tout contrôle « en amont » et « en aval » du processus. Le contrat de gestation pour autrui fonde la filiation. Les volontés privées, « encadrées » uniquement par un professionnel du droit qui n'est pas un juge (un notaire en Ukraine, un avocat dans l'Illinois), suffisent par elles-mêmes à fonder la filiation.

2. *L'établissement* ab initio *de la filiation fondé sur une autorisation judiciaire en amont : Grèce, Afrique du Sud, Virginie...*

14. D'autres États ayant opté pour l'établissement de la filiation directement à l'égard des parents d'intention l'ont fait dans le cadre d'une réglementation complète et d'un réel encadrement de la gestation pour autrui en assurant le respect des conditions posées légalement par la voie d'un contrôle judiciaire réalisé avant le début du processus de gestation ou à tout le moins avant la naissance de l'enfant. La logique déclarative se fonde et se justifie par ce contrôle : il est prévu que les parents d'intention seront directement les parents de l'enfant sachant que (ou parce que ?) une juridiction a pu contrôler, en « amont », que toutes les conditions à remplir l'étaient.

Le droit grec[46] est une illustration saisissante de cette logique, sachant qu'il exclut que la mère porteuse procure son matériel génétique à l'enfant qu'elle porte pour le compte d'autrui. Le système repose sur un contrôle judiciaire qui intervient de manière préliminaire à toute l'opération. L'accord écrit de gestation pour autrui suppose en effet une autorisation judiciaire avant que l'embryon ne puisse être implanté chez la femme porteuse. Le droit grec prévoit que la mère légale de l'enfant né par gestation pour autrui est présumée être celle à qui est accordée l'autorisation judiciaire[47].

Outre-Atlantique, la même logique a été adoptée par plusieurs États américains. Ainsi par exemple, en Virginie, en Utah, au Texas, au New Hampshire, le contrôle du juge intervient de manière préalable à toute conception d'un enfant (*preconception judicial approval*), avant que la grossesse de la femme « porteuse » n'ait débuté, pour autoriser la mise en œuvre de l'accord de *surrogacy*. À la naissance de l'enfant, une simple requête des parents d'intention, dans un délai requis, devant le juge suffira pour obtenir des actes de naissance établissant leur parenté légale. En Californie, les contrats donnent lieu à un jugement de validation anténatal (*pre-birth judgement*) qui transfère la parenté, et les droits y afférents, aux parents d'intention dès avant la naissance de l'enfant. Après la naissance, le juge, saisi par requête, délivre une ordonnance pour faire établir les actes de naissance directement au nom des parents d'intention. L'intervention du juge après la naissance de l'enfant n'est alors pas constitutive du lien de filiation entre l'enfant et ses parents. Elle joue comme condition suspensive du transfert de parenté dont le principe est acquis dans la période prénatale ; une fois l'enfant né, l'ordonnance du juge sert de relais pour déclencher l'obtention des actes de naissance[48].

Le processus est similaire en Afrique du Sud. L'article 295 du *Children Act*[49] de 2005 (amendé en 2007) prévoit que les conventions passées par les parties doivent être soumises au tribunal afin d'être validées. Aux termes de l'article 297 du même instrument, l'enfant mis au monde par la mère porteuse conformément à une convention *ad hoc* est, dès le moment de sa naissance, considéré comme l'enfant des parents d'intention (sachant qu'en tout état de cause, l'un des deux parents d'intention doit procurer son matériel génétique).

Dans ces pays, la mère porteuse n'est donc à aucun moment la mère légale de l'enfant qu'elle a porté. Elle ne doit conséquemment pas, comme au Royaume-Uni[50], exprimer postérieurement à la naissance de l'enfant son consentement à l'adoption par les parents d'intention. C'est le contrôle judiciaire « en amont », avant la naissance voire la conception de l'enfant, qui conditionne ou permet l'établissement de la filiation directement avec les parents d'intention à la naissance.

[46] La gestation pour autrui y est autorisée et encadrée par une loi du 19 décembre 2002 révisée en 2005 : Law 3089/2002 et Law 3305/2005 disponibles en ligne à l'adresse : http://www.bioethics.gr/category.php?category_id=68.

[47] P. AGALLOPOULOU, « La loi hellénique concernant les procréations médicalement assistées », *Droit de la famille*, 2004, étude n° 11 ; A. PAPACHRISTOS, « Le don d'utérus et le droit hellénique », *in Gestation pour autrui : Surrogate motherhood* (F. MONÉGER dir.), Société de législation comparée, 2011, pp. 169 à 171.

[48] L. BRUNET, « De l'art d'accommoder la gestation pour autrui au droit français », *Revue générale de droit médical*, 2008, p. 184 ; G. WILLEMS et J. SOSSON, *op. cit.*, *Cet ouvrage*, pp. 260 et s. La loi nouvelle (entrée en vigueur le 1er janvier 2013) n'exclut néanmoins pas que le jugement puisse aussi avoir lieu après la naissance (Family Code, Section 7962 (e) et (f) (2)).

[49] Le texte complet du *Children's Act* est disponible en pdf sur le site officiel du gouvernement sud-africain à l'adresse suivante : http://www.info.gov.za/view/DownloadFileAction?id=67892.

[50] *Cf. infra*, n° 17.

15. Les pays ou États ayant opté pour une formule suivant laquelle le lien de filiation est établi à la naissance de l'enfant à l'égard des parents d'intention n'accordent *a priori* pas de place à la mère porteuse après la naissance de l'enfant, pas plus qu'ils ne reconnaissent un droit pour l'enfant d'accéder à ses « origines ». On rappellera que la question de l'accès de l'enfant à ses « origines » se pose en des termes sans doute différents (mais se pose tout de même) dans la mesure où ces pays ou États excluent tous que la mère porteuse soit la mère génétique de l'enfant.

En Grèce, en Ukraine ainsi que dans l'État de l'Illinois, la loi est en tous cas silencieuse quant à cette problématique spécifique.

Le droit sud-africain prévoit expressément que la mère porteuse et son éventuel mari, ou les membres de sa famille, sont sans droit quelconque à l'égard de l'enfant, que ce soit sur le terrain de la parenté ou sur celui de la parentalité[51]. Il est prévu dans la loi que la mère porteuse et sa famille n'ont pas de droit au contact à l'égard de l'enfant mais les parties peuvent déroger à ce principe dans le cadre de la convention qu'elles passent et décider que des contacts seront maintenus[52].

En Californie, cet aspect est laissé à la volonté des parties. Certains centres de médecine procréative proposent des processus qualifiés *open* dans le cadre desquels des contacts peuvent éventuellement exister entre l'enfant et la mère porteuse après la naissance tandis que d'autres prennent le parti contraire de garantir à leur clientèle que le maintien de contacts sera contractuellement exclu[53].

B. – *Législations consacrant une logique « de complément »*

16. D'autres États ont opté pour une réglementation visant à mettre en place en aval une procédure permettant aux parents d'intention de devenir les parents légaux de l'enfant né suite à une gestation pour autrui. La mère porteuse est considérée au départ comme la mère de l'enfant, en application des règles générales de la filiation, et le transfert de parenté est organisé après la naissance, impliquant,

[51] Art. 297, 1, c du *Children's Act* de 2005.
[52] Art. 297, 1, d du *Children's Act* de 2005.
[53] Sur le site internet de la société *The Fertility Institutes*, basée notamment à Los Angeles, on peut lire : « We do not accept surrogates who demand a post-delivery relationship with the couple, and contractually require that the surrogate not attempt to contact the couple after delivery unless the couple so desires ».

le cas échéant, un contrôle de la régularité du processus de gestation pour autrui ainsi opéré *a posteriori*.

Il en est ainsi en Israël et en Nouvelle-Zélande, pays dans lesquels une forme de contrôle quant à l'accès au processus est confiée à une instance de type « éthico-médical ». En Nouvelle-Zélande, c'est un comité d'éthique national (*Ethics Committee on Assisted Reproductive Technology* – ECART) qui est appelé à déterminer l'opportunité de mettre en œuvre un projet de maternité de substitution déterminé[54]. En Israël, le contrat de maternité de substitution est soumis au contrôle d'une instance pluridisciplinaire (*Committe for Approving Surrogate Motherood Agreements*) composée de sept membres soit trois médecins, un psychologue, un assistant social, un membre issu de la société civile avec des connaissances en droit et un ecclésiastique ressortissant au même culte que les parties[55]. Mais dans les deux cas, la filiation de l'enfant ne sera pas établie directement à l'égard des parents d'intention. On constate donc qu'un contrôle de nature « éthico-médical », au contraire du contrôle judiciaire instauré dans certains pays, tel qu'évoqué ci-dessus[56], n'induit pas la possibilité d'établir *ab initio* la filiation des parents d'intention.

17. Les dispositions du droit anglais qui encadrent la maternité de substitution sont, elles aussi, exemplatives d'une logique « de complément » : l'enfant né d'une femme porteuse est considéré comme son enfant (et le cas échéant celui de son conjoint), même si elle n'en est pas la mère génétique (les conventions de gestation pour autrui ne peuvent recevoir d'exécution forcée)[57]. Il est enregistré comme tel sur le registre central des naissances. Ce n'est qu'au terme de l'intervention du juge, dans le cadre d'un échéancier précis qui ménage un droit de veto à la femme porteuse, que la parenté est transférée aux parents d'intention. Une telle procédure (*Parental Order*[58]) s'apparente à une adoption, même si les conditions en sont allégées par rapport au modèle de droit commun. La prééminence de la mère de naissance sur la mère sociale est même renforcée, puisqu'à la différence de ce qui se passe dans la procédure ordinaire

[54] Voy. G. WILLEMS et J. SOSSON, *op. cit.*, *Cet ouvrage*, p. 251.
[55] Voy. G. WILLEMS et J. SOSSON, *op. cit.*, *Cet ouvrage*, p. 258.
[56] *Cf. supra*, n° 14.
[57] *Cf. supra*, G. WILLEMS et J. SOSSON, *op. cit.*, *Cet ouvrage*, pp. 252 et s., et les références citées.
[58] Le *Parental order* (« ordonnance parentale ») est la procédure qui permet, suite à une G.P.A., de transférer la parenté des parents d'origine aux parents d'intention. Pour plus de détails, voy. : http://www.surrogacyuk.org.

de l'adoption, le juge ne pourra passer outre le refus de la première de donner son consentement au transfert de parenté, même si ce refus est considéré comme abusif et contraire à l'intérêt de l'enfant[59]. À l'issue de cette procédure judiciaire, l'enfant est placé sous la responsabilité des parents intentionnels et un nouveau certificat de naissance est établi conformément au jugement, sans pour autant que l'acte historique de naissance qui mentionne le nom de la mère porteuse ne soit annulé[60]. Il y a ici une sorte de cumul par sédimentation entre les deux statuts maternels. C'est bien une logique « de complément » qui prévaut.

Tout comme la personne adoptée, l'enfant né suite à une convention de gestation pour autrui pourra ainsi avoir accès à son acte de naissance originaire (dès l'âge de 16 ans en Écosse[61], 18 ans au Royaume-Uni[62]) et, dès lors, connaître l'identité de la mère porteuse.

C. – *Les enjeux du choix entre une logique « ab initio » ou une logique « complétive »*

18. L'opposition entre les systèmes choisissant de faire découler l'établissement du lien de filiation avec les parents d'intention directement du projet parental commun, avec ou sans contrôle judiciaire en amont du processus, d'une part, et ceux qui choisissent au contraire de créer des voies permettant à une « autre filiation » de se substituer à la première, d'autre part, se concentre sur la place

[59] M. Welstead, (« This child is my child ; this child is you child ; this child was made for you and me – Surrogacy in England and Wales », *The International Survey of Family Law*, 2011 Edition, Family Law, p. 172) indique que dans la majorité des affaires dans lesquelles une mère porteuse a décidé de garder l'enfant, les tribunaux anglais ont refusé de prononcer une décision en faveur des parents d'intention. Elle indique qu'il est rare qu'un juge soit prêt à détruire le lien maternel qui est perçu comme indestructible entre la mère porteuse et l'enfant et que « la gestation combinée avec le lien biologique avec l'enfant tend à triompher » (*cf.* not. A v C (1985) FLR 445 ; Re T (*a child*) (*surrogacy : residence order*) (2011) All ER (D) 171 (Jan). Elle relate toutefois une affaire où les droits de la mère porteuse (qui était la mère génétique de l'enfant) n'ont pas prévalu sur ceux des parents d'intention (Re P (*Surrogacy : Residence*) (2008) 1 FLR 177) en raison du comportement de la mère porteuse qui utilisait en réalité le recours à la gestation pour autrui pour se faire inséminer par un tiers et avait gardé l'enfant après avoir fait croire, à deux reprises, à des parents d'intention qu'elle avait fait une fausse couche. *Cf.* not. E. Steiner, « Angleterre : Maternité pour autrui entre prohibition et permission », in *Gestation pour autrui* (F. Monéger dir.), Académie de législation comparée, Société de législation comparée, vol. 14, 2011, pp. 43 et s.

[60] D. Morgan, « Enigma Variations : Surrogacy, Rights and Procreative Tourism », *Surrogate Motherhood, International perspective*, ed. R. Cook, S. Day Sclater, F. Kaganas, Hart Publishing, 2003, p. 84.

[61] S. 55 *Adoption and Children (Scotland) Act 2007.*

[62] S. 60 *Adoption and Children Act* 2002.

réservée au tiers qui participe à l'engendrement pour autrui, à savoir la femme qui prête ses fonctions gestationnelles.

De facto, la délégation de la grossesse, phase publique et de plus en plus contrôlée de la procréation[63], rend difficile l'occultation du rôle de la femme porteuse. Lorsque la gestation est menée au bénéfice d'un couple homosexuel, la contribution de cette tierce personne est encore plus flagrante. Or, les systèmes qui s'inspirent de la logique *ab initio* sont-ils compatibles avec le souci d'accorder une juste considération à la femme porteuse ? Comment la fiction d'engendrement qu'emporte cette logique serait-elle conciliable avec le besoin de rendre compte de ce processus collaboratif ? N'y aurait-t-il pas dès lors une « supériorité éthique » des systèmes qui souscrivent à une logique complétive dans la mesure où la femme porteuse est reconnue comme la mère originelle et que son libre choix de donner l'enfant est davantage protégé ?

La réponse à cette interrogation implique sans doute de distinguer selon que la gestatrice est, ou non, aussi la génitrice, au cas où ses ovocytes ont été utilisés dans la conception de l'enfant qu'elle porte.

Parmi les pays ouverts à la gestation pour autrui, nombre de ceux qui ont opté pour une logique complétive autorisent aussi bien la gestation pour autrui *stricto sensu* que la procréation pour autrui. Il est ainsi admis au Royaume-Uni que la femme porteuse peut assumer l'ensemble des fonctions procréatrices (conception et gestation). La procédure spécifique anglaise (tout comme d'ailleurs le système par défaut forgé par les tribunaux belges actuellement, en l'absence de loi[64]) s'accommode parfaitement d'un tel cumul de fonctions dans la personne de la femme porteuse : l'acte de naissance initial la reconnaît comme mère légale et si son double investissement, génétique et physiologique, la conduit à regretter son engagement, les mécanismes de type complétif lui ménagent toujours une voie de rétractation : elle pourra *in fine* refuser de consentir à l'adoption[65].

[63] Voy. not. S. Hennette-Vauchez et D. Roman, « La procréation est-elle vraiment devenue une question de choix ? La question du genre dans le droit médical et biomédical », *Droit, sciences et techniques, quelles responsabilités ?*, Paris, LexisNexis, 2011, pp. 167 à 190.

[64] G. Verschelden et L. Pluym, « Chronique de jurisprudence belge concernant la gestation pour autrui (droit interne) », *Cet ouvrage*, pp. 195 et s..

[65] Voy. High Court of Justice, Family Division, Birminghman district, The matter of TT, 21/01/2011, [2011] EWHC 33 (Fam). *Contra* : références citées par E. Steiner, p. 44 : in the matter on N. (a child), [2007] EWCA Civ. 1053.

Dans les systèmes construits sur la logique d'établissement *ab initio* de la filiation via le projet parental commun au contraire, un tel droit de rétractation à la naissance n'existe pas et, corrélativement, seule la gestation pour autrui sans apport génétique de la mère porteuse est admis. Le rattachement *ab initio* de l'enfant à ses parents d'intention semble exclure l'existence d'un lien biologique entre la femme porteuse et l'enfant qu'elle porte. Le pouvoir de transformation des faits par le droit achoppe ici sur la surqualification maternelle de la femme porteuse lorsqu'elle est aussi la mère génétique de l'enfant[66].

La désignation de la mère légale, dès lors qu'il y a deux postulantes, résulte d'une sorte d'arbitrage : l'engagement de la mère d'intention ne fait pas le poids face à la double contribution de la femme porteuse qui assume à la fois la gestation et la conception au moyen de ses ovocytes. Mais dès lors que la femme porteuse n'a pas fourni ses ovocytes, c'est l'engagement de celle qui a voulu l'enfant qui prévaut, même si cette dernière n'a pas non plus fourni ses ovocytes (hypothèse du recours à une donneuse extérieure) et n'aura donc pas de lien biologique avec son enfant. L'intention l'emporte alors sur la gestation.

Par où l'on voit que la détermination de la maternité, lorsqu'il y a eu collaboration entre plusieurs femmes, se déduit d'une pesée entre différents critères : à part égale, la volonté d'être parent prédomine sur le lien charnel de la grossesse ; mais tout s'inverse si le lien génétique vient s'ajouter à celui-ci : la balance désigne alors la femme porteuse comme mère. Une telle grille d'analyse de la maternité explique que les systèmes qui ont organisé le transfert de parenté sur une logique *ab initio* sont réservés aux hypothèses où la femme porteuse contribue seulement à la gestation[67].

[66] La démonstration en est apportée *a contrario* par la « clause de dédit » prévue par les systèmes de type déclaratif pour le cas où, en contrariété avec les textes, la femme porteuse serait aussi la mère biologique. Ainsi la Grèce lui ouvre alors pendant six mois la possibilité d'une action en contestation pour faire établir rétroactivement son lien de maternité (1464 du Code civil grec). Ce droit est aussi ouvert à la mère d'intention.

De la même manière, l'Afrique du Sud permet à celle qui est à la fois gestatrice et génitrice de dénoncer, dans les soixante jours de la naissance, le contrat de gestation pour autrui de façon à être désignée comme la mère légale de l'enfant (*Children Act*, sect. 298-299). Parmi les États américains qui ont opté pour un transfert *ab initio* de la parenté, certains ménagent aussi une faculté de retrait de même nature, même si le délai peut en être plus restreint : en Virginie la femme porteuse qui a fourni ses ovocytes dispose de 180 jours depuis le début de sa grossesse pour revenir sur son engagement et être considérée comme mère de l'enfant dont elle accouchera (*Code of Virginia*, §§ 20-158 à 161 (2010)).

[67] *Cf.* égal. 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, adoption : le droit et l'engendrement à plusieurs* (H. FULCHIRON et J. SOSSON dir.), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 52 et s.

III. – Que souhaiterait-on mettre en place en Belgique ?

19. Si le choix politique est posé de légiférer pour encadrer le processus de gestation pour autrui en Belgique, de nombreuses questions devront être tranchées non seulement quant aux conditions d'accès à ce mode de conception et au contenu de la convention qui interviendra, mais aussi quant au mode d'établissement du ou des liens de filiation avec les parents d'intention. Pour les raisons exposées ci-dessus, cette question n'est pas une « simple » question de technique juridique : elle induit des choix éthiques qui doivent, selon nous, être posés en amont car elle conditionne la place et le rôle que le droit entend donner à chaque acteur du processus.

En d'autres termes, il nous paraît que le législateur devrait d'abord définir les objectifs qu'il souhaite atteindre et poser des choix éthiques avant et afin de choisir la voie juridique la plus adéquate pour atteindre ces objectifs et mettre en œuvre ces choix. Et non l'inverse : il ne serait pas adéquat, selon nous, de choisir « aveuglément » un mécanisme juridique sans percevoir ce qu'il induit quant à la place et au rôle de chacun.

Or, force est de constater que les propositions analysées peuvent sembler procéder plutôt de la sorte. Disons à tout le moins que l'on ne voit pas, ou pas clairement, quelles sont les options de base qui permettent de justifier le choix de telle ou telle voie juridique plutôt qu'une autre.

Il nous paraît donc que les questions reprises ci-dessous devraient être posées en amont du choix de la voie juridique utilisée.

A. – *Les choix à opérer quant au mode d'établissement du lien de filiation*

20. Quelle est la « logique » que l'on souhaite mettre en œuvre ? Une logique d'établissement *ab initio* (et même conventionnelle) de la filiation ou une logique de complément ? Souhaite-t-on retenir un « système » qui occulte ou au contraire qui traduit et respecte l'histoire de la conception de l'enfant ? En d'autres termes, souhaite-t-on reconnaître que la mère porteuse est (fût-ce temporairement) la mère ou pas ?

Souhaite-t-on, en conséquence, qu'elle puisse/doive consentir et donc puisse s'opposer ou non au transfert filiation ? Souhaite-t-on lui donner le droit de se rétracter ou non ?

Dans l'affirmative, souhaite-t-on lui conférer un droit de veto absolu au transfert de filiation, sans recours judiciaire, ou un droit

d'opposition, de « rétention » ? À quelles conditions ? Au moment de la convention et/ou après la naissance ? Dans quel délai ? Avec quelles conséquences ?

Devrait-on/souhaite-t-on opérer des distinctions selon que la mère porteuse a ou n'a pas de lien biologique avec l'enfant ? Devrait-on ou pourrait-on le cas échéant choisir une « logique » et donc un outil juridique différent dans l'un et l'autre cas, comme par exemple une logique d'établissement de la filiation « conventionnelle » en cas de gestation pour autrui sans lien génétique avec la mère porteuse et une logique « de complément » en cas d'existence d'un lien génétique avec la mère porteuse ?

Ou faudrait-il s'orienter vers une troisième voie (inexistante en droit comparé) en instaurant un système organisant une forme de « plurimaternité » impliquant l'indication dans l'acte de naissance du nom de deux mères – génétique et gestatrice –, étant entendu que la maternité légale n'existerait que dans le chef de celle qui assume le projet parental ?[68]

Faudrait-il opérer une distinction selon qu'un des parents d'intention est le père biologique ou non ?

Quelle place souhaite-t-on donner au mari ou partenaire de la mère porteuse ?

21. Les réponses à ces questions seront nécessairement influencées par un choix de base à opérer entre deux modèles de filiation, entre les deux « logiques » présentées ci-dessus[69] : celle d'une filiation établie *ab initio* à l'égard des parents d'intention ou d'une filiation de type « complétif ».

Mais de plus, comme le démontre l'analyse de droit comparé, le choix d'une logique d'établissement de la filiation directement à l'égard des parents d'intention peut s'inscrire dans deux « modèles » radicalement différents dans leurs options de base et leurs conséquences (notamment quant à la place de la mère porteuse et aux droits de l'enfant lui-même[70]) : il s'agira de choisir de fonder la filiation soit uniquement sur une convention n'ayant fait l'objet

[68] Pour reprendre la suggestion de N. GALLUS, « Approche juridique nouvelle des parentés et parentalités en droit belge », in *Regards croisés sur le couple à la lumière des droits québécois et belges*, coll. de la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles, vol. 38, 2008-2, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 150.

[69] *Cf. supra*, n°s 10 et s.

[70] Comme explicité ci-dessous n° 24.

d'aucun contrôle (filiation de type purement conventionnel, comme le fait le droit ukrainien ou de l'État de l'Illinois[71]), soit sur une convention ayant fait l'objet d'un contrôle, judiciaire ou autre, quant au respect des conditions légales imposées et des droits de chacun, contrôle opéré en amont du processus de gestation pour autrui, et qui justifie voire fonde précisément l'établissement des liens de filiation dès la naissance à l'égard des parents d'intention (comme en Grèce, en Afrique du Sud ou plusieurs États américains[72]).

Comme indiqué ci-dessus[73], on retrouve actuellement les deux logiques dans les propositions de loi analysées : les propositions n° 5-160 et n° 5-929 font le choix d'une logique de parenté *ab initio*, tandis que les propositions n° 5-236 et n° 5-130, même si elles diffèrent, participent quant à elles d'une logique additionnelle via l'utilisation de la figure de l'adoption, adaptée ou non.

On constate aussi, et peut-être surtout, que les propositions qui choisissent une logique d'établissement direct de la parenté avec les parents d'intention s'inscrivent très clairement dans un modèle d'établissement purement conventionnel de la filiation puisque ni la proposition n° 5-160 ni la proposition n° 5-929 ne prévoient de contrôle judiciaire de la convention : les deux ont en commun de prévoir un acte notarié, sans pour autant conférer au notaire un réel rôle de contrôle (et serait-ce son rôle quoiqu'il en soit ?).

La proposition n° 5-160, si elle pose l'exigence d'attestations délivrées par un gynécologue (notamment quant à l'impossibilité physiologique pour la femme du couple stérile d'être enceinte[74]), ne confère pas à ce médecin ni au centre (aucune « agréation » des centres pouvant pratiquer les gestations pour autrui n'étant par ailleurs prévue), ni à une quelque autre instance, un pouvoir de contrôle du respect des conditions légales. On est bien dans une logique totalement conventionnelle.

Si le législateur belge choisissait de suivre cette proposition, il choisirait donc un système tout à fait similaire à celui mis en place en droit ukrainien.

La proposition n° 5-929 prévoit quant à elle qu'il appartiendrait à des centres de maternité de substitution agréés par arrêté royal

[71] *Cf. supra*, n° 13.

[72] *Cf. supra*, n° 14.

[73] *Cf. supra*, n°s 2 à 9 et n° 10.

[74] Article 5 de la proposition.

d'accepter ou non la demande, le centre pouvant refuser « si les conditions légales n'ont pas été remplies et/ou s'il considère que la maternité de substitution représenterait une charge physique ou psychologique trop lourde pour une des parties »[75]. On serait en présence d'une forme de contrôle opéré par le centre, et par lui uniquement, contrôle à la fois formel (respect des conditions légales) mais aussi proche d'un contrôle en opportunité lorsqu'il s'agirait d'apprécier si la maternité de substitution représenterait une charge trop lourde physiquement ou psychologiquement pour une des parties. Le choix ainsi posé est de faire jouer au centre le rôle de contrôleur et de décideur, en dehors de toute intervention judiciaire ou d'une instance pluridisciplinaire ou autre, « supérieure » au centre lui-même. On rappellera que les pays qui ont choisi une forme de contrôle par une instance de type « éthico-médical », d'une part confient ce contrôle à une instance nationale comme en Nouvelle-Zélande et en Israël[76], et, d'autre part ne prévoient pas l'établissement de la filiation directement à l'égard des parents d'intention mais bien par le biais d'une procédure d'adoption[77] ou de transfert de parenté[78] au profit de ceux-ci postérieurement à la naissance. Il n'est donc pas anodin de constater que les pays ayant choisi une forme de contrôle non judiciaire s'inscrivent, quant à la filiation, dans une logique « complétive » et non « déclarative ».

Si le législateur belge choisissait de suivre cette proposition, il choisirait donc une voie de type particulier qu'aucun autre pays, à notre connaissance, n'a choisi d'emprunter.

Il est important de rappeler que ces deux propositions de loi (n° 5-160 et 5-929) n'autorisent ni l'une ni l'autre que l'enfant ait un lien génétique avec la mère porteuse, alors que les deux propositions de loi faisant le choix d'une logique « complétive » (n° 5-130 et 5-236), impliquant un recours à l'adoption ou à une pré-adoption pour établir le lien juridique avec à tout le moins la mère d'intention, n'excluent pas que la mère porteuse soit la mère génétique de l'enfant.

22. On peut sincèrement se demander si, que la mère porteuse puisse ou non être la mère génétique de l'enfant, le modèle de filiation complétive, à travers l'adoption ou une forme d'adoption

[75] Article 7, dernier alinéa, de la proposition.
[76] *Cf. supra*, n° 16 et G. WILLEMS et J. SOSSON, *op. cit.*, *Cet ouvrage*, p. 251, n° 25 et p. 258, n° 41.
[77] Nouvelle-Zélande, *cf.* G. WILLEMS et J. SOSSON, *op. cit.*, *Cet ouvrage*, p. 252, n° 26.
[78] Israël, *cf.* G. WILLEMS et J. SOSSON, *op. cit.*, *Cet ouvrage*, p. 258, n° 42.

« revisitée », n'aurait pas le mérite, quant à lui, de ne pas masquer la réalité de l'engendrement, tout en permettant le rattachement juridique définitif de l'enfant à ses seuls parents d'intention, de sexe différent ou de même sexe, avec des effets juridiques totalement identiques une fois l'adoption réalisée (en cas d'adoption plénière, forcément à privilégier ici). La volonté (qui s'exprime dans le projet parental) n'est alors pas toute puissante à créer *ab initio* la filiation ; elle se conjugue pour ce faire avec une forme de contrôle social à travers l'appréciation judiciaire de l'intérêt de l'enfant. Ce contrôle est-il inacceptable ? Ne peut-on peut penser ou accepter de penser que dès lors qu'une société est sollicitée pour réaliser ce que la nature seule ne permet pas, il n'est pas totalement illégitime qu'à travers une procédure judiciaire, cette société apprécie si l'intérêt de l'enfant est respecté ?

Si le mécanisme de l'adoption, plus respectueux selon nous du respect de l'histoire de la conception de l'enfant, est utilisé, il devrait être adapté pour correspondre à la particularité de ce type d'adoption, qui n'est pas « une adoption comme une autre ». C'est ce qu'a d'ailleurs constaté la Cour constitutionnelle qui, dans deux arrêts rendus le 12 juillet 2012[79], a considéré que le caractère absolu du refus de consentement de la mère légale, sans possibilité pour le juge d'apprécier la validité de ce refus au regard de l'intérêt de l'enfant, d'une part, et l'impossibilité de procéder à l'adoption d'un enfant après la fin de la cohabitation de fait entre deux femmes, d'autre part, n'étaient pas proportionnés dans le cas d'enfants issus d'un projet parental commun de deux femmes, la loi ayant posé ces conditions en fonction d'objectifs définis pour des adoptions hétérofamiliales. Il conviendrait logiquement de raisonner de la même façon en cas d'encadrement du recours à la gestation pour autrui (par des couples homo ou hétérosexuels), les conditions pour passer outre au refus de consentement de la mère porteuse (et/ou de son mari ou partenaire le cas échéant) ne pouvant être celles définies pour une adoption « classique »[80]. Une

[79] C.C., 12 juillet 2012, n° 93/2012 et n° 94/2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, pp. 166 et s., note S. CAP et J. SOSSON, « Quand la Cour constitutionnelle revisite les conditions de l'adoption homoparentale… ».
[80] Aux termes de l'article 348-11 du Code civil belge, l'adoption ne peut être prononcée en l'absence de consentement du parent que si celui-ci s'est manifestement désintéressé de l'enfant ou en a compromis la santé, la sécurité ou la moralité. C'est cette disposition légale qui a été déclarée inconstitutionnelle en cas d'adoption par la conjointe de la mère légale. Pour une analyse de ces deux arrêts et de leurs conséquences, *cf. S.* CAP et J. SOSSON, « Quand la Cour constitutionnelle

adaptation quant au moment où le consentement à l'adoption pourrait ou devrait être donné serait sans doute nécessaire également, mais dans une forme et avec des conséquences plus précises que dans la proposition de loi n° 5-130 qui actuellement suggère, maladroitement selon nous, l'instauration d'une pré-adoption[81].

23. Enfin, un lien ne devrait-il pas être fait avec les propositions de loi visant à instaurer un « accouchement discret » ? Quelles seraient en effet les conséquences de l'instauration d'une possibilité d'accoucher dans la discrétion sur les gestations pour autrui ?[82]

Il ne semble pas opportun, et même possible, d'opérer une réforme sur ce point, au nom d'objectifs de principes sur lesquels il y aurait à débattre très largement (notamment – mais non exclusivement –, quant à l'adéquation de la création d'un accouchement discret pour les atteindre et au respect du droit à connaître ses origines), sans percevoir les incidences qu'elle aurait sur la gestation pour autrui.

Une proposition de loi modifiant le Code civil et le Code judiciaire en vue de permettre l'accouchement discret déposée le 10 juillet 2012 par la sénatrice Elke Sleurs[83] le relève très pertinemment : « Si l'accouchement anonyme était permis, la maternité de substitution s'en trouverait aussi sensiblement facilitée »[84].

C'est, semble-t-il, une évidence volontairement ou involontairement oubliée par le législateur…

B. – *Les liens entre l'enfant et la mère porteuse*

24. Nous l'avons vu, la question du lien entre l'enfant et la mère porteuse n'est abordée explicitement par aucune des propositions de loi à l'examen[85] ; seul le choix de la logique déclarative ou complétive déterminera l'intensité de ce lien.

revisite les conditions de l'adoption homoparentale… », note sous C.C., 12 juillet 2012, n° 93/2012 et n° 94/2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, pp. 177 et s.

[81] Commentée ci-dessus n° 5.

[82] Si la problématique est certes différente, on ne peut ne pas apercevoir que l'instauration en Belgique de la possibilité d'un accouchement anonyme aurait inévitablement des répercussions sur les gestations pour autrui. En ce sens également : G. VERSCHELDEN, *op. cit.*, p. 1496.

[83] *Doc. parl.*, Sénat, 2011-2012, n° 5-1705/1.

[84] La proposition de résolution concernant la réglementation internationale de la maternité de substitution déposée au Sénat le 9 juin 2011 par la même sénatrice (*Doc. parl.*, Sénat, 2010-2011, n° 5-1075/1) appelle d'ailleurs le gouvernement belge à reconnaître le lien existant entre la législation relative à l'accouchement sous X et celle relative à la maternité de substitution.

[85] *Cf. supra*, n°s 6 et s.

La première question qu'il convient de se poser est de savoir si l'on souhaite que la loi établisse un cadre minimal réglant la question de l'accès aux origines dans le chef de l'enfant et celle des liens entre celui-ci et la mère porteuse, ou si l'on choisit de laisser ces questions en dehors du champ du droit impératif en permettant aux parties de prévoir conventionnellement le type de lien qu'elles désirent établir, le cas échéant, entre la mère porteuse et l'enfant, avec toutes les questions que cette contractualisation pose assurément[86].

S'il ne nous semble pas opportun de légiférer dans le sens d'une obligation ou d'une interdiction de contacts entre la mère porteuse et l'enfant, cette question ne pouvant, à notre sens, que difficilement être réglée avant même la naissance de l'enfant[87], il nous paraît par contre inconcevable de ne pas opter pour une réglementation minimale sur la question de l'accès de l'enfant à ses origines. Le législateur ne peut faire abstraction de l'article 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant ni de l'article 22*bis* de la Constitution, qui lui imposent de prendre en compte de manière primordiale l'intérêt de l'enfant dans toute décision qui le concerne. Or, l'instauration d'un système qui permettrait la complète négation de la participation de la femme qui a porté l'enfant durant neuf mois, voire qui a également fourni ses ovocytes, permet sans doute de servir l'intérêt des parents d'intention, à tout le moins dans l'immédiat, mais ne servira que difficilement l'intérêt de l'enfant qui a, rappelons-le, un intérêt à pouvoir accéder à ses origines et aux racines de son histoire[88], dont cette gestation fait aussi partie qu'on le veuille ou non.

Au demeurant, il nous semble également indispensable de rappeler une évidence, à savoir qu'il n'existe pas de droit « à » l'enfant[89], *a fortiori* à un enfant « vierge de toute histoire ». Il nous

[86] Voy. *supra*, n° 7.

[87] Rappelons que les modalités d'hébergement de l'enfant avec un tiers, telles que prévues à l'article 375*bis* du Code civil belge, supposent un lien particulier d'affection et sont décidées en fonction de l'intérêt de l'enfant. Il nous paraît à cet égard périlleux d'envisager cet intérêt avant même que l'enfant ne naisse.

[88] Voy. à cet égard la jurisprudence foisonnante de la Cour européenne des droits de l'homme, notamment, mais non exhaustivement, dans un ordre chronologique : Cour eur. D.H., arrêt Gaskin c. Royaume-Uni, 7 juillet 1989, req. n° 10454/83 ; Cour eur. D.H., arrêt Mikulic c. Croatie, 7 février 2002, req. n° 53176/99 ; Cour eur. D.H., arrêt Odièvre c. France, 13 février 2003, req. n° 42326/98 ; Cour eur. D.H., arrêt Jäggi c. Suisse, 13 juillet 2006, req. n° 58757/00 ; Cour eur. D.H., arrêt Godelli c. Italie, 25 septembre 2012, req. n° 33783/09.

[89] Isabelle Lammerant le rappelait encore récemment lors du Congrès organisé à l'occasion des 50 ans de l'École de Sexologie et de Sciences de la Famille de l'Université catholique de Louvain (12-16 octobre 2011) : « En conclusion sur le désir d'enfant, et parce qu'un certain discours actuel pourrait tendre à gommer cette évidence, rappelons qu'il n'existe, ni ontologiquement ni

paraît inopportun de privilégier la logique de l'inscription immédiate dans l'acte de naissance du nom des parents d'intention sans qu'apparaisse celui de la mère porteuse. Une chose est de rencontrer le désir tout à fait respectable des auteurs du projet parental de devenir parents à part entière, autre chose est de « faire comme si rien ne s'était passé à l'origine », en niant totalement les modalités particulières de la conception. Seule la logique complétive, qui a le mérite de ne pas nier la place de la femme qui a, durant neuf mois, « porté » dans son corps et sa conscience ce projet parental, permettant ainsi à cet enfant de voir le jour, est susceptible, selon nous, de respecter à la fois la liberté et le désir de ceux qui souhaitent devenir parents via le recours à la gestation pour autrui, la liberté et la dignité de la femme qui a accepté de mettre son corps au service de ce désir, mais surtout l'intérêt de l'enfant ainsi mis au monde.

Le nombre d'enfants nés après une gestation pour autrui est sans doute encore trop faible que pour que l'on connaisse leurs sentiments, et il sera de toute façon difficile de les qualifier ou de les mesurer. Faut-il toutefois attendre ? Le principe de précaution ne devrait-il pas l'emporter dans un domaine où l'intérêt de l'enfant devrait rester, plus qu'ailleurs, prédominant ? Si le législateur s'arroge ainsi le droit de multiplier les cas où un hiatus existe entre filiations biologique et juridique, augmentant de la sorte les situations qui susciteront un questionnement des origines, n'a-t-il pas le devoir élémentaire de prévenir tout risque lié aux conséquences possibles sur le développement de la personnalité de l'enfant, à une époque où l'importance de la transparence et de l'honnêteté sur la question des origines n'est plus à démontrer ?

C. – *Une problématique éludée : l'inceste ?*

25. En matière de procréations médicalement assistées en général, la problématique de l'existence de relations biologiques entre des personnes issues d'un même donneur pouvant potentiellement créer des empêchements à mariage fondés sur la consanguinité est

juridiquement, pas de droit à l'enfant. Mais bien une liberté de devenir parent, assortie d'obligations positives de plus en plus larges pour l'État, de garantir à toute personne, sans discrimination, l'accès aux techniques médicales et à l'adoption. Toute la difficulté résidant dans la détermination des limites du cadre légal » (L. LAMMERANT, « 50 ans de droit de la filiation en Europe », Contribution au Congrès organisé à l'occasion des 50 ans de l'École de Sexologie et de Sciences de la Famille de l'Université catholique de Louvain – 12-16 octobre 2011, à paraître, *Documents du Congrès*, Academia Bruylant).

éludée dans la plupart des systèmes juridiques (tant ceux qui lèvent l'anonymat que ceux qui le prévoient), hormis par le droit anglais[90].

La question de l'inceste pourrait prendre une acuité particulière pour des enfants issus de la même femme porteuse, en tous cas si on permet qu'elle donne son matériel génétique : peut-on totalement nier l'existence de liens génétiques entre ces demi-frères ou sœurs « utérins » qui s'ignorent et qui pourraient donc se rencontrer et développer des relations amoureuses, voire se marier ou conclure un partenariat[91] ? Le droit peut-il rester indifférent à ces liens dans la mesure où il continue à poser des interdits à mariage liés à la parenté légale, au nom des liens biologiques ou sociologiques que cette parenté consacre ? Le choix de faire découler la filiation de la convention elle-même et de gommer l'intervention de la mère porteuse implique

[90] Le droit anglais est le seul qui a organisé dès 1990 en matière de procréations médicalement assistées la possibilité pour l'enfant majeur issu d'un don de demander à l'autorité compétente (*Human Fertilisation and Embryology Authority*) de lui communiquer non seulement l'identité des autres enfants issus du même donneur si ceux-ci y consentent, mais aussi, et ce à partir de ses 16 ans, s'il est ou pourrait être apparenté avec la personne avec laquelle il souhaite se marier. Le texte a ensuite été étendu en 2008 à la personne avec laquelle il souhaite contracter un partenariat civil et même avec laquelle il a ou se propose d'avoir une relation physique intime (*cf.* art. 31ZE et 31ZB du *Human Fertilisation & Embryology Act* tel que modifié par l'article 24 du *Human Fertilisation & Embryology Act* 2008). Pour plus de détails, *cf.* 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, adoption : le droit et l'engendrement à plusieurs*, (H. FULCHIRON et J. SOSSON dir.), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 63 et s. Prônant une levée de l'anonymat en France au nom précisément de l'importance de la protection juridique de l'interdit de l'inceste, voy. F. MILLET, « La voie d'une homoparentalité bien ordonnée : retour aux fondamentaux de la filiation », *Recueil Dalloz*, 2012, p. 1975.

[91] En matière d'établissement de la filiation, la Cour constitutionnelle belge, dans un arrêt du 9 août 2012, a considéré comme contraire au principe constitutionnel d'égalité l'impossibilité absolue prévue par le Code civil belge d'établir le double lien de filiation maternelle et paternelle lorsqu'il existe un empêchement à mariage entre les père et mère biologiques pour lequel aucune dispense ne peut être obtenue, la possibilité devant être laissée à un juge de constater que l'établissement de ce double lien juridique de filiation correspond à l'intérêt de l'enfant. Elle a néanmoins rappelé dans cet arrêt les deux fondements légitimes de l'inceste en indiquant (point B.4.1. de l'arrêt) que « les empêchements à mariage en ligne directe ou en ligne collatérale se fondent sur l'interdit de l'inceste, fondé lui-même sur des raisons diverses. Une première raison, d'ordre physiologique et eugénique, est le risque accru que les enfants issus de mariage consanguins pourraient naître gravement handicapés. Une deuxième raison, de nature éthique ou morale, est d'éviter que des personnes qui font partie d'un même cercle familial n'aient des liens qui pourraient porter atteinte à l'ordre des structures familiales existantes. En outre, à travers l'empêchement à mariage, le législateur veut garantir la place de chaque génération au sein de la famille » (C.C., arrêt n° 103/2012 du 9 août 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, pp. 204 et s.). Voy. à propos de cet arrêt : Y.-H. LELEU et L. SAUVEUR, « La filiation incestueuse et la Cour constitutionnelle », *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, pp. 213 et s. ; P. MARTENS, « Inceste et filiation : égalité et tabou. Obs. sous C.C., 9 août 2012, n° 103/2012 », *J.L.M.B.*, 2012, pp. 1286 et s. ; G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « L'interdit de l'inceste : une norme symbolique évanescente ? », *Journ. dr. j.*, novembre 2012, pp. 23 à 34 ; A.-Ch. VAN GYSEL, « La fin de l'interdit de l'inceste en droit belge ? », *Act. dr. fam.*, 2012, pp. 152 à 156 ; M. VERHOEVEN, « Vaststelling dubbele afstamming bij incest mogelijk », *Juristenkrant*, 2012, liv. 253, pp. 4 et 5 ; T. WUYTS, « Het verbod tot vaststelling van een afstammingsband ingeval daaruit incest blijkt strijdig bevonden met het gelijkheidsbeginsel », *T. fam.*, 2012, pp. 221 et s.

a priori qu'il n'y aurait aucun empêchement à mariage avec elle ni avec sa famille. Serait-ce logique si elle est la mère biologique de l'enfant, ses propres enfants étant, dans cette hypothèse, les demi-frères ou sœurs biologiques de celui-ci ?[92] Le recours à l'adoption induirait en revanche un double réseau d'empêchements à mariage, tant à l'égard de la mère porteuse et de sa famille (ceux-ci étant maintenus après adoption plénière par rapport à la famille d'origine dans le droit actuel[93]) qu'à l'égard des parents d'intention, en tant que parents adoptifs, et de leur famille. Mais serait-ce logique si la mère porteuse n'est pas la mère biologique de l'enfant ?

Enfin, même lorsque la mère porteuse n'a été « que » gestatrice, peut-on totalement éluder la proximité physiologique entre deux enfants nés du même « ventre » ? Cette proximité ne pourrait-elle être considérée, à tort ou à raison, comme une autre forme d'inceste dans les représentations et l'imaginaire collectifs ? La question est assurément complexe…

IV. – Conclusion

26. Nous n'avons évidemment pas la prétention de répondre aux questions multiples et très délicates que poserait un encadrement législatif de la gestation pour autrui quant à l'établissement du lien de filiation avec l'enfant et aux liens avec la mère porteuse. Cela ne relève assurément pas de notre compétence mais de choix politiques devant être opérés selon nos règles démocratiques. Mais, si le législateur considère que légiférer en la matière est opportun, ces questions nous semblent en tous cas devoir être clairement posées et résolues. À défaut, le dispositif mis en place risque de ne présenter aucune cohérence.

Au-delà du désir et des accords des adultes, il conviendra de se rappeler que c'est d'abord et avant tout d'un enfant qu'il s'agit.

Et même si la gestation pour autrui est, certes, une modalité « particulière » d'engendrement d'un enfant, les questions qu'elle pose sont révélatrices, à nos yeux, des mouvements de fond plus

[92] On rappellera qu'à ce stade, les deux propositions qui envisagent de faire découler la filiation de la convention et du projet parental lui-même (à savoir les propositions n° 5-160 d'une part, n° 5-929 d'autre part) n'autorisent ni l'une ni l'autre que l'enfant ait un lien génétique avec la mère porteuse, de sorte que la question soulevée ici ne s'y pose pas.

[93] Art. 356-1 du Code civil.

fondamentaux qui traversent aujourd'hui le droit de la filiation. Elle nous ramène à la question essentielle que d'autres évolutions scientifiques ou sociales nous forcent aussi à nous poser : qu'est-ce qui fonde ou devrait fonder aujourd'hui le lien de filiation ? Et plus fondamentalement même, qu'est-ce que la filiation aujourd'hui ?

Ces questions vont donc bien au-delà de la satisfaction du désir légitime d'enfant : il s'agit, selon nous, de savoir comment le réaliser tout en respectant la réalité de l'engendrement et les besoins de structuration par le droit de l'ensemble de la société, besoins que l'on ne peut, sans dommage, occulter au seul nom de l'accomplissement des souhaits ou volontés individuels.