

La gestation pour autrui: le point sur la jurisprudence récente

Selon la définition donnée par le Comité Consultatif de Bioéthique belge, la gestation-pour-autrui est «*la pratique par laquelle une femme porte un fœtus ou un enfant, et poursuit la grossesse jusqu'à la naissance de cet enfant avec l'intention de transférer ensuite tous ses droits et devoirs parentaux au(x) parent(s) demandeur(s)*»¹.

Dans différents pays étrangers, la pratique de la gestation-pour-autrui fait l'objet de réglementations. Certaines y sont favorables²: elles autorisent le recours à une mère porteuse dans des cas définis, à titre gratuit ou à titre onéreux. Dans d'autres pays, la gestation-pour-autrui est formellement interdite³.

En Belgique, le droit est marqué par un vide juridique en la matière. La gestation-pour-autrui n'est pas légalement interdite, elle ne fait l'objet d'aucune répression, mais la convention de gestation-pour-autrui est considérée comme nulle⁴ et par conséquent, ne confère aucun droit aux parents contractants⁵. Dans les faits, la gestation-pour-autrui se pratique aussi en Belgique⁶, soit dans l'intimité, soit par l'intervention d'un centre médical⁷. Le lien de filiation qui en découle peut s'établir valablement selon les règles belges du droit de la filiation. La mère porteuse sera inscrite dans l'acte de naissance comme la mère de l'enfant (qu'elle en soit la mère biologique ou seulement la mère gestatrice). Le père commanditaire établira sa paternité par une reconnaissance. Quant à la mère commanditaire, la législation belge ne lui permet pas d'inscrire directement son nom dans l'acte de naissance, même si elle est la mère biologique de l'enfant. Dès lors, le seul moyen légal d'établir son lien avec l'enfant sera la voie de l'adoption⁸.

Les tribunaux belges sont ainsi saisis de situations de gestation-pour-autrui trouvant leur origine à l'étranger, mais également en Belgique.

Le tribunal de première instance de Bruxelles s'est prononcé, le 15 février dernier, en faveur de la reconnaissance d'un lien de filiation issu d'un processus de gestation-pour-autrui⁹.

Les faits de la cause se déroulent en Ukraine où un couple homosexuel belge décide de concrétiser leur projet d'enfant avec l'aide d'une mère porteuse. L'accord passé avec la mère porteuse est un accord rémunéré, qui est licite en Ukraine. La naissance de l'enfant est déclarée conjointement par la mère porteuse et par le père biologique belge auprès des autorités locales ukrainiennes. L'acte de naissance désigne ainsi la mère porteuse comme mère légale de l'enfant et le père commanditaire, comme père légal. La suite de la procédure se poursuit de la façon suivante: la mère porteuse manifeste son refus d'assumer l'éducation de l'enfant. Celle-ci est alors confiée au père par un tribunal ukrainien privant la mère porteuse de son autorité parentale. Le père biologique, souhaitant revenir en Belgique accompagné de l'enfant, introduit une demande de passeport belge pour celui-ci, demande à laquelle l'ambassade belge va refuser de donner droit. Ce refus va fonder l'action en reconnaissance de l'acte de naissance ukrainien introduite auprès du tribunal de première instance de Bruxelles¹⁰.

1 Avis n° 30 du 5 juillet 2004 relatif à la gestation-pour-autrui, Comité Consultatif de Bioéthique, p. 4. On peut parler de maternité pour autrui «génétique», lorsque la mère porteuse est également la mère biologique de l'enfant et de maternité «de gestation», lorsque la mère porteuse n'est pas la mère biologique, l'ovule venant de la mère commanditaire.

2 Nous pouvons citer, les Pays-Bas, le Royaume-Uni, certains États d'Amérique, l'Ukraine, la Russie...

3 Nous pouvons citer la France, l'Allemagne, l'Italie.

4 Cette nullité découle de l'article 6 du Code civil («*On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs*») et de l'article 1128 du Code civil («*Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions*»). Notamment, civ. Huy, 4^och., 22 mars 2010, J.L.M.B., 2010/38, p. 815, obs. de P. Wautelet, et jurisprudence citée de la Cour de cassation française.

5 Notamment si, à la naissance de l'enfant, la mère porteuse refuse de céder l'autorité parentale sur l'enfant.

6 Voyez par exemple Bruxelles (3^{ème} ch.), 1^{er} mars 2007, RTDF, 3/2007, p. 754 et Civ. Gand, 24 décembre 2009, www.dipr.be, p. 133.

7 Les interventions auprès d'un centre médical concernent majoritairement des situations où la mère porteuse n'est pas la mère génétique de l'enfant mais reçoit le matériel génétique de la mère commanditaire et porte l'enfant pour cette dernière. Les centres acceptent de procéder à la gestation-pour-autrui dans des cas strictes: la demande de gestation-pour-autrui doit être motivée par des considérations médicales et les demandes pour raisons de convenance (esthétisme, carrière) sont rejetées. Avis n° 30 du Comité Consultatif de Bioéthique, *op. cit.*, p. 6.

8 La mère légale ne peut consentir à l'adoption que deux mois après la naissance de l'enfant (art. 348.4 C.civ.).

9 Décision publiée dans cette newsletter, rubrique DIP.

10 Sur base de l'article 23 du Codip.

Dans les circonstances de l'espèce, le tribunal va raisonner strictement à partir de la question de la reconnaissance du lien de filiation, la détachant de celle de la validité de la convention de gestation-pour-autrui dont il est issu.

En vertu de l'article 62, §1, du Codip, l'établissement de la paternité du père belge est soumise aux conditions de la loi belge. En l'absence de lien matrimonial avec la mère de l'enfant, le lien de filiation doit ici résulter d'une reconnaissance de paternité (art. 329bis C.civ.). A cet égard, le tribunal estime que les éléments de la cause démontrent à suffisance l'existence du consentement de la mère et confirme le respect de l'article 329bis du Code civil. Quant à la contrariété à l'ordre public soulevée par le Ministère public, le tribunal considère que la reconnaissance d'un enfant par son père biologique ne peut être retenue comme une atteinte à l'ordre public. L'objet de la requête déposée est de reconnaître la paternité d'un père biologique et non de donner effet à la convention de mère porteuse. Le tribunal motive également sa décision par référence à l'intérêt de l'enfant. En outre, le tribunal conclut que le requérant ne s'est pas rendu en Ukraine dans le seul but d'échapper à la loi belge et qu'il n'y a donc pas de fraude à la loi. Sur ce point, le tribunal reste vague quant à sa motivation¹¹.

Dans un arrêt de la Cour d'appel de Liège¹² se prononçant dans le cadre d'une gestation-pour-autrui pratiquée en Californie, la cour va considérer que le poids de la contrariété à l'ordre public de la convention de gestation-pour-autrui ne peut peser sur l'établissement du lien de filiation de manière telle qu'il porterait atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant. En effet, sans la reconnaissance du lien de filiation paternelle, l'enfant se retrouverait dépourvu de filiation puisqu'en l'espèce la mère porteuse a été évincée de l'acte de naissance. La décision du tribunal californien, rendue avant la naissance de l'enfant, a en effet prévu que l'acte de naissance soit dressé au nom des parents commanditaires (en l'occurrence, un couple homosexuel). Au final, la cour d'appel de Liège va reconnaître le lien de filiation à l'égard du père biologique (mais pas la filiation en faveur de l'autre époux repris dans l'acte de naissance comme mère de l'enfant¹³). La décision réformée, rendue en première instance par le tribunal de Huy¹⁴ avait refusé de reconnaître le lien de filiation issu de la convention de gestation-pour-autrui, considérant cette convention comme une atteinte aux droits de l'enfant lorsqu'elle est conclue à des fins commerciales. Selon le tribunal, reconnaître l'acte de naissance cautionnerait le fait qu'un enfant puisse faire l'objet d'une convention commerciale.

Une troisième situation que l'on peut évoquer ici¹⁵ fait état d'une enfant né en Ukraine d'une mère porteuse et dont les parents commanditaires (biologiques) belges, mari et femme, ont été inscrits directement dans l'acte de naissance, comme le permet le droit ukrainien. Dans cette hypothèse, le juge belge a refusé la reconnaissance du lien de filiation maternelle au motif qu'en droit belge applicable en l'espèce, c'est la femme qui accouche de l'enfant qui doit être considérée comme la mère de l'enfant. La filiation paternelle est reconnue, l'exception d'ordre public n'ayant pas été retenue. Par contre, la question de la fraude à la loi est évoquée plus longuement. Si elle pouvait ici se poser avec plus de pertinence - la législation ukrainienne, à l'inverse de ce qui se fait en Belgique, offre la possibilité, aux parents commanditaires d'écarter la filiation de la mère porteuse et d'inscrire directement la mère commanditaire dans l'acte de naissance - le tribunal ne la retient pas. Selon celui-ci, le but principal des parents était d'avoir un enfant biologique et non de voir inscrire le nom de l'épouse comme mère de l'enfant.

Au vu de ce qui précède, nous pouvons constater que certaines positions jurisprudentielles considèrent que l'éventuelle contrariété à l'ordre public de la convention de gestation-pour-autrui n'est pas suffisante pour porter atteinte, au regard de l'intérêt de l'enfant, au lien de filiation établi dans ce cadre ; à tout le moins lorsque le lien de filiation concerne un parent biologique et pour autant que les règles de dip soient respectées.

11 Remarquons à ce sujet, que dans le cas d'espèce, le père biologique aurait pu, d'un point de vue juridique, réaliser en Belgique son désir d'enfant selon une démarche similaire à celle entreprise en Ukraine (inscription de la mère porteuse dans l'acte de naissance et reconnaissance par le père commanditaire) voir *supra*.

12 Liège, 6 septembre 2010, www.juridat.be, ou RTDF, 4/2010, p. 1125, note de C. HENRICOT, S. SAROLEA et J. SOSSON. Voyez également J.L.M.B., 2011/2, p. 52, obs. P. WAUTELET.

13 L'établissement de la filiation "maternelle" en faveur de l'époux homosexuel fut écarté sur base de l'examen des règles de dip. Le droit belge applicable ne permet pas, en effet, d'établir une double filiation paternelle en dehors du cas de l'adoption.

14 Civ. Huy, 22 mars 2010, *op. cit.*, ou J.T., 2010, p. 420, obs. N. GALLUS.

15 Civ. Anvers, 19 décembre 2008, www.dipr.be, p. 140. Pour une analyse critique et détaillée de la décision, veuillez lire Jinske VERHELLEN, « Draagmoederschap : het internationaal privaatrecht uitgedaagd », www.dipr.be, p. 164.

S'il est justifié que l'intérêt de l'enfant interfère dans l'appréciation d'une éventuelle contradiction à l'ordre public, cette même préoccupation commanderait de prévoir en amont un dispositif pour encadrer la pratique de la gestation pour autrui en Belgique. A ce sujet, diverses propositions de loi¹⁶ sont déposées actuellement. Si elles se prononcent en faveur d'une interdiction de principe, elles prévoient des exceptions lorsqu'il existe des indications médicales strictes¹⁷ et n'envisagent la gestation-pour-autrui qu'en dehors de toute commercialisation. Certaines de ces propositions de loi se positionnent d'ailleurs en faveur d'une incrimination de la gestation-pour-autrui lorsqu'elle est utilisée à des fins commerciales.

Caroline Apers
Juriste ADDE

16 PL du 9/09/10, doc. Sénat, n° 5-130/1 ; PL 23/09/10, doc. Sénat, n°5-160/ ; PL 6/10/10, doc.Sénat, n° 5-236/1, PL 28/10/10, doc. Chambre, n° 53, 0497/001 ; PL du 22/12/10, doc. Chambre, n° 53, 0874/001. Voyez aussi un avis du CE, Doc. Sénat, Session 2005-2006, n°3-417/3.

17 Par exemple, si la femme est stérile ou ne peut mener à bien une grossesse.