

gnant d'ailleurs au juge de limiter le choix de la mesure d'instruction à ce qui est suffisant pour la solution du litige, en privilégiant la mesure la plus simple, la plus rapide et la moins onéreuse.

#### DÉCISION

LE TRIBUNAL,

Statuant contradictoirement ;

Donne acte au tuteur *ad hoc* et à la dame L. S. de leur intervention volontaire ;

Reçoit la demande et la dit fondée ;

En conséquence,

Dit pour droit que G. G., né à (...) le (...) 1979, n'est pas le père des enfants de sexe féminin V. G. et de sexe masculin E. G., nés à (...) le (...) 2013, inscrits dans les registres de l'état civil de la commune de Ottignies-Louvain-la-Neuve en date du 3 avril 2013 sous les n<sup>os</sup> (...) et (...);

Dit pour droit que monsieur L. R., né à (...) le (...) 1979, est le père des enfants V. et E., nés à (...) le (...) 2013 ;

Dit que le dispositif du présent jugement, coulé en force de chose jugée, sera transcrit dans les registres de l'état civil de la ville de Ottignies-Louvain-la-Neuve aux conditions et selon les modalités de l'article 333 du Code civil et que mention en sera faite en marge des actes de naissance (...) des enfants concernés ;

Fait interdiction à tout officier de l'état civil de délivrer expédition ou copie de l'acte de naissance des enfants concernés sans faire mention de la rectification marginale dont question ci-dessus, le tout sous réserve de dommages et intérêts ;

Vu la qualité des parties, compense les dépens non liquidés à défaut d'état récapitulatif.

Déboute le demandeur du surplus de sa demande ;

Ordonne l'exécution provisoire du présent jugement, nonobstant tout recours et sans caution.

#### Note

##### Mère porteuse mariée : danger ?

1. L'établissement d'un lien juridique de filiation entre un enfant issu d'une gestation pour autrui et ses parents d'intention pose moins de questions et de difficultés juridiques lorsque cette gestation pour autrui a lieu en Belgique plutôt qu'à l'étranger<sup>(1)</sup>. Cette modalité particulière d'engendrement de l'enfant questionne

---

<sup>(1)</sup> Sur les difficultés que suscite la reconnaissance d'un lien de filiation après une gestation pour autrui réalisée à l'étranger, *cfr* J. SOSSON et J. MARY, «Gestation pour autrui pratiquée à l'étranger: l'intérêt de l'enfant, sésame d'une reconnaissance en Belgique?», note sous Civ. Bruxelles, 18 décembre 2012 et Bruxelles, 31 juillet 2013, *cette revue*, pp. 552 et s.

néanmoins l'application du droit commun de la filiation, qui n'a pas été conçu pour les situations «d'engendrement à plusieurs»<sup>(2)</sup>.

L'adoption est actuellement, en droit belge, la seule voie juridique ouverte pour l'établissement de la filiation maternelle avec la mère d'intention, dès lors que la femme qui accouche est, nécessairement, désignée comme étant la mère légale de l'enfant<sup>(3)</sup>.

L'on pourrait néanmoins s'interroger, dans un cas d'espèce comme celui qui fait l'objet du jugement commenté, à savoir celui d'enfants conçus via un transfert d'embryons fécondés avec les ovocytes de la mère et le sperme du père d'intention, sur la possibilité, pour la mère d'intention (qui est aussi la mère génétique) de contester la maternité ainsi légalement établie: elle pourrait le faire en tant que «personne qui revendique la maternité de l'enfant», titulaire, aux termes de l'article 312, § 2, du Code civil, de l'action en contestation de maternité<sup>(4)</sup>. Une telle action obligerait le tribunal, quant au fond, à trancher une question extrêmement difficile: quelle «maternité» devrait primer, la maternité génétique ou la maternité gestatrice<sup>(5)</sup>? La doctrine<sup>(6)</sup> a considéré jusqu'ici que la preuve de la maternité génétique devrait céder le pas devant la maternité gestationnelle, en considérant que la maternité découle de l'accouchement aux termes des articles 312, § 1<sup>er</sup> et 314,

<sup>(2)</sup> Pour reprendre l'expression de l'ouvrage *Parenté, filiation, origines: le droit et l'engendrement à plusieurs*, H. FULCHIRON et J. SOSSON (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2013.

<sup>(3)</sup> Article 312, § 1<sup>er</sup>, du Code civil.

<sup>(4)</sup> Pour être recevable, une telle action devrait être intentée par la mère d'intention «dans l'année de la découverte du caractère mensonger de la filiation maternelle» (voy. la note suivante quant à la pertinence de cette notion ici), c'est-à-dire concrètement dans l'année de la naissance de l'enfant (car la mère d'intention sait depuis la conception de l'enfant qu'il est biologiquement le sien). Par ailleurs, l'article 312, § 2, du Code civil prévoit que l'action est irrecevable si l'enfant a la possession d'état envers sa mère légale, à savoir la mère porteuse, ce qui serait possible si celle-ci décide de garder l'enfant porté et de l'élever. Il est difficile de penser que l'on puisse d'emblée considérer que cette fin de non-recevoir pourrait être écartée au motif qu'en matière de filiation paternelle (et hors cas de gestation pour autrui), la Cour constitutionnelle a déclaré cette fin de non-recevoir inconstitutionnelle. Une nouvelle question préjudicielle serait, selon nous, nécessaire pour qu'il en soit ainsi (*cfr.* sur la portée des arrêts de la Cour constitutionnelle, not. A. RASSON-ROLAND et J. SOSSON, «Coups de tonnerre dans la filiation: l'article 318 du Code civil dans la tourmente...», *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, pp. 581-613, et spéc. pp. 599 et s., n° 11).

<sup>(5)</sup> La référence dans l'article 312, § 2, du Code civil au «caractère mensonger» de la filiation ne donne pas d'indication et est éminemment ambiguë dans le contexte d'une maternité devenue «multidimensionnelle» en cas de gestation pour autrui... Il paraîtrait quoi qu'il en soit peu probable qu'un tribunal considère que la maternité gestatrice serait mensongère et que la maternité génétique, découlant de la transplantation d'un ovule, fonderait quant à elle une maternité réelle.

<sup>(6)</sup> N. GALLUS, *Le droit de la filiation: rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 365; N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître: le statut juridique de l'enfant à naître et l'influence des techniques de procréation médicalement assistée sur le droit de la filiation: étude de droit civil*, coll. de la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 768 et s., n° 340.

alinéa 3, du Code civil<sup>(7)</sup>, sans que pour autant l'on ne puisse affirmer qu'il s'agisse d'une assertion et d'une solution imparables<sup>(8)</sup>.

Mais c'était uniquement de la filiation paternelle des enfants qu'il s'agissait dans le jugement commenté.

2. En l'espèce, les enfants concernés étaient issus d'une gestation pour autrui « doublement relationnelle » : un couple (hétérosexuel) marié décide de « faire don » d'une gestation à un autre couple dont ils sont les amis. Il s'agit bien uniquement d'un don de gestation : les enfants ont été conçus avec les gamètes des deux parents d'intention, qui en sont, dès lors, les deux parents biologiques.

Mais, étant donné que la mère porteuse est mariée, son mari est légalement présumé père des enfants. Le père d'intention (et père biologique) de ceux-ci ne peut donc les reconnaître, comme cela se passe classiquement et sans difficulté quand la mère porteuse n'est pas mariée (et consent à cette reconnaissance). D'où la nécessité de contester cette présomption, ce qui pouvait être fait ici, en vertu de l'article 318, § 1<sup>er</sup>, du Code civil, par la mère légale, à savoir la mère porteuse, par l'homme à l'égard duquel la filiation est établie, c'est-à-dire le mari de la mère porteuse, et « par la personne qui revendique la paternité de l'enfant », à savoir ici le père d'intention<sup>(9)</sup>.

Le choix s'est logiquement porté vers ce dernier, son action ayant, aux termes de l'article 318, § 5, du Code civil, la particularité d'avoir un double effet : la présomption de paternité ne sera mise à néant que si la non-paternité du mari de la mère, d'une part, et la paternité du demandeur, d'autre part, sont prouvées, et dès lors que cette dernière sera établie aux termes du même jugement.

Le tribunal ne s'attarde pas sur les conditions de recevabilité de l'action : les enfants sont nés le 21 mars 2013 et l'action a été introduite le 6 juin 2013, donc à l'évidence, pour le père d'intention, « dans l'année de la découverte qu'il est le père de l'enfant »<sup>(10)</sup> (il le sait certes depuis la conception des enfants, mais c'est bien la naissance de ceux-ci, vivants et viables, acquérant donc la personnalité juridique et donc un état dont la filiation fait partie, qui constitue le point de départ concret de ce délai).

<sup>(7)</sup> L'article 314, alinéa 3, du Code civil prévoit que, pour qu'un lien de filiation maternelle soit établi par jugement, la preuve que « l'enfant est celui dont la mère prétendue a accouché » doit être rapportée. Le libellé de cette disposition légale, qui n'a pas été modifié lors des dernières réformes du droit de la filiation, n'a toutefois pas été conçu pour les cas d'engendrement avec tiers donneur ou de gestation pour autrui, de sorte qu'il est sans doute difficile, selon nous, d'en tirer argument aujourd'hui pour ces hypothèses...

<sup>(8)</sup> Pour plus de détails sur cette question, *cfr* J. Sossion, « La création d'un lien légal avec la mère génétique d'un enfant conçu par gestation pour autrui : une question de filiation ou d'adoption ? », note sous Trib. jeun. Bruxelles, 6 mai 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 178.

<sup>(9)</sup> Outre l'enfant qui aurait pu agir entre ses douze et vingt-deux ans ou dans l'année de la découverte du fait que le mari n'est pas son père aux termes de l'article 318, § 2, du C. civ., ce délai ayant toutefois été déclaré inconstitutionnel (*cfr* sur ce point not. J. Sossion, « Cour constitutionnelle, filiation et intérêt de l'enfant : "C'est quand qu'on va où ?" », *Actualités de droit des personnes et des familles*, Larcier, C.U.P., vol. 141, 2013, pp. 113 et s.).

<sup>(10)</sup> Article 318, § 2, du Code civil.

Le tribunal aurait pu mentionner qu'aucune possession d'état n'existait entre le mari de la mère et l'enfant, comme cela ressort indirectement de l'exposé des faits et d'autres points du jugement (à supposer qu'elle eût existé, cette fin de non-recevoir aurait pu être écartée en application des arrêts rendus par la Cour constitutionnelle sur ce point<sup>(11)</sup>).

Contrairement à l'avis du ministère public, qui avait relayé la position soutenue par Yves-Henri Leleu<sup>(12)</sup> ou encore Gilles Genicot<sup>(13)</sup> selon laquelle le droit de l'individu à maîtriser son corps implique qu'une convention de gestation pour autrui serait licite si elle n'est pas « commerciale », le tribunal reprend la thèse de la doctrine et de la jurisprudence majoritaires<sup>(14)</sup> qui considèrent que le contrat est frappé de nullité en raison de la violation de la règle de l'indisponibilité du corps humain, qui ne peut être l'objet d'un contrat, et de la violation du principe d'indisponibilité de l'état des personnes, ce qui ne doit toutefois pas entacher la réalisation du projet parental et l'établissement des liens de filiation par les voies juridiques adéquates si toutes les parties consentent<sup>(15)</sup>. La nullité du contrat n'empêche donc pas l'établissement du lien de filiation par l'application des règles du droit de la filiation ou par adoption.

Jusque-là, ce jugement ne surprend pas.

En revanche, il nous paraît mériter un commentaire sur d'autres points.

Le premier concerne la recevabilité de l'action.

Le tribunal écarte en effet la fin de non-recevoir spécifique à ce type d'action prévue à l'article 318, § 4, du Code civil.

Cette disposition légale prévoit que « la demande en contestation de la présomption de paternité n'est pas recevable si le mari a consenti à l'insémination artificielle ou à un autre acte ayant la procréation pour but, sauf si la conception de l'enfant ne peut en être la conséquence ».

---

<sup>(11)</sup> C. const., arrêt n° 20/2011 du 3 février 2011 ; C. const., arrêt n° 105/2013 du 9 juillet 2013.

<sup>(12)</sup> Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2<sup>e</sup> édition, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 137 et s.

<sup>(13)</sup> G. GENICOT, « Gestation pour autrui, autonomie personnelle et maîtrise corporelle : plaider pour un droit neutre et libéré », *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, G. SCHAMPS et J. SOSSON (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 155 et s.

<sup>(14)</sup> *Cfr not.* N. GALLUS, « La validité de la convention de gestation pour autrui en droit belge actuel », *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, *op. cit.*, pp. 181 et s. et l'ensemble des références doctrinales et jurisprudentielles qui y sont citées ; N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, *op. cit.*, pp. 851 et s. Quant à la jurisprudence, *cfr not.* le relevé opéré par G. VERSCHOLDEN et L. PLUYM, « Chronique de jurisprudence belge concernant la gestation pour autrui (droit interne) », *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, *op. cit.*, pp. 195 et s.

<sup>(15)</sup> C'est en réalité l'adéquation de l'utilisation de la notion même de contrat dans les maternités de substitution qui pose question, induisant l'inévitable question du disponible et du non-disponible dès lors que le corps humain et la filiation des enfants sont en jeu. *Cfr not.* G. SCHAMPS et G. WILLEMS, « La convention de gestation pour autrui entre autonomie de la volonté, ordre public et droits fondamentaux : quelles garanties formelles et substantielles ? », *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, *op. cit.*, pp. 325 et s.

Il s'agit de la seule disposition introduite dans le Code civil lui-même, et ce par la loi du 31 mars 1987, qui vise spécifiquement les procréations médicalement assistées. Son objectif est d'éviter que la présomption de paternité du mari puisse être contestée lorsqu'il a consenti à une insémination artificielle ou à une fécondation *in vitro* homologue et surtout par donneur, sachant que dans ce cas, par définition, il n'est pas génétiquement le père de l'enfant. On l'empêche, en quelque sorte, de revenir sur son engagement d'être juridiquement le père, ou tout autre titulaire de l'action de mettre à mal cet engagement<sup>(16)</sup>. Comme l'indique N. Gallus, dans ce cas «la volonté du mari sera le fondement garanti d'une paternité que la loi rend incontestable, précisément dans le seul cas où la non-vérité biologique est certaine»<sup>(17)</sup>.

La référence à «autre acte ayant la procréation pour but» renvoyait, selon les travaux préparatoires, à ce qu'on appelle pudiquement «l'adultère consenti», c'est-à-dire à l'hypothèse d'un mari qui consentirait à l'adultère de son épouse en vue de procréer un enfant<sup>(18)</sup>.

Certes, la situation ainsi visée n'est pas celle d'une gestation pour autrui où, comme dans l'espèce commentée, le mari de la mère porteuse n'est nullement le père d'intention de l'enfant conçu avec les gamètes du «couple commanditaire» et porté par son épouse pour être «remis» à ce couple. Il n'y a pas eu de don de sperme, mais bien utilisation du matériel génétique du père d'intention pour concevoir et procréer un enfant qu'il désire, enfant qui sera porté par une autre femme.

Toutefois, les termes de l'article 318, § 4, du Code civil sont généraux et ne contiennent pas d'exception pour la gestation pour autrui; littéralement parlant, le mari de la mère porteuse a bien consenti à une insémination artificielle ou à un autre acte ayant la procréation pour but. Tel est bien le cas concrètement en cas de gestation pour autrui, et *a priori* le motif de ce consentement n'est pas important<sup>(19)</sup>.

De plus, il ne ressort pas de cette disposition qu'elle ne viserait que l'hypothèse de l'action en contestation intentée par le mari, et non par les autres titulaires de cette action. Les travaux préparatoires de la loi du 31 mars 1987 qui a introduit

<sup>(16)</sup> Cfr not. M.-Th. MEULDERS-KLEIN, «L'établissement et les effets personnels de la filiation selon la loi belge du 31 mars 1987», *Ann. dr.*, 1987, p. 249, n° 79. Comme le précise cet auteur, les principes généraux de la filiation ne permettraient en effet pas de tenir ledit consentement pour une renonciation valable à l'action en contestation d'état qui est indisponible aux termes de l'article 331<sup>quater</sup> du Code civil.

<sup>(17)</sup> N. GALLUS, *Le droit de la filiation: rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, op. cit., p. 342.

<sup>(18)</sup> Projet de loi modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation et à l'adoption, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par M<sup>me</sup> Staels-Dompas, 18 juin 1985, *Doc. parl.*, Sénat, session 1984-1985, Doc. 904 (1984-1985), n° 2, p. 56. De réelles difficultés de preuve peuvent se poser dans ce cas, contrairement à celui du recours à une procréation médicalement assistée où la convention passée avec le centre de fécondité fera foi.

<sup>(19)</sup> M.-N. VEYS, «Afstamming na medisch begeleide voortplanting en draagmoederschap», *T.B.B.R.*, 2006, p. 408, n° 30; G. VERSCHelden et L. PLUYM, «Chronique de jurisprudence belge concernant la gestation pour autrui (droit interne)», *La gestation pour autrui: vers un encadrement?*, op. cit., p. 197, n° 3.

cette fin de non-recevoir et qui, dans le même temps, ouvrait l'action en contestation de la paternité du mari à la mère et à l'enfant, le précisent en effet<sup>(20)</sup> <sup>(21)</sup>. Le texte indique que «la demande» est irrecevable dans ce cas, et non «la demande du mari».

En conséquence, jusqu'ici la doctrine<sup>(22)</sup> était unanime à considérer que cette disposition légale constituait une fin de non-recevoir en cas de gestation pour autrui et à considérer dès lors qu'une action en contestation de la paternité du mari de la mère porteuse, quel que soit le titulaire qui l'intente, était irrecevable, la seule voie pour éviter l'application de cette fin de non-recevoir et laisser libre cours à la contestation de la paternité du mari de la gestatrice étant de se ménager la preuve que celui-ci n'a pas consenti à l'opération, ou à tout le moins de veiller à éviter de créer tout indice en ce sens<sup>(23)</sup>.

<sup>(20)</sup> Projet de loi modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation et à l'adoption, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par M<sup>me</sup> Staels-Dompas, 18 juin 1985, *Doc. parl.*, Sénat, session 1984-1985, Doc. 904 (1984-1985), n° 2, p. 56. Il est indiqué notamment ce qui suit : «Si les conditions prescrites au § 4 sont remplies, l'action en contestation de paternité doit être déclarée irrecevable. Pour être complet, on a ajouté que la contestation par l'enfant et par la mère est exclue du même coup». Il est également indiqué : «... il faut exclure le plus possible la contestation ; en effet, l'irrecevabilité de l'action est basée sur le fait que le mari a consenti à l'acte» (*ibidem*).

L'article 320 du Code civil tel qu'instauré par la loi du 31 mars 1987 permettait néanmoins une contestation de la filiation paternelle de l'époux de la gestatrice lorsque les conditions particulières prévues dans cette disposition légale, qui permettait une substitution de la paternité du demandeur à celle du mari, étaient remplies (époux engagés dans une procédure en divorce ou séparés de fait au moment de la conception de l'enfant). La loi du 1<sup>er</sup> juillet 1986 a supprimé cette possibilité pour la remplacer par une désactivation possible de la présomption de paternité dans ces cas (article 316bis actuel du Code civil) et a ouvert la possibilité de contester la paternité du mari à l'homme qui revendique la paternité, sans qu'aucune modification ne soit apportée à l'article 318, § 4, du Code civil pour autant.

<sup>(21)</sup> Comme l'indique P. Senaeve, même si la formulation de cette fin de non-recevoir n'a pas été modifiée par la loi du 1<sup>er</sup> juillet 2006, l'extension des titulaires de l'action en contestation de paternité opérée par cette loi en a étendu le champ d'application (P. SENA EVE, F. SWENNEN en G. VERSCHelden (éds), *De hervorming van het afstammingsrecht*, Antwerpen — Oxford, Intersentia, 2007, p. 74, n°s 151 et 152).

Confirmant, avant la réforme de 2006, que tous les titulaires sont visés : G. VERSCHelden, *Afstamming*, Algemene Praktische Rechtverzameling, p. 671, n° 1228 et p. 677, n° 1238 ; A. HEYVAERT, « Art. 318 B.W. », *Personen en familierecht*, Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, maj. 20 septembre 1997 ; P. SENA EVE, « De afstamming langs vaderszijde binnen het huwelijk », *Het nieuwe afstammingsrecht*, P. SENA EVE (éd.), Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, n°s 78-81 ; E. VIEUJEAN, « Le nouveau droit de la filiation », *Ann. Dr. Liège*, 1987, p. 112.

<sup>(22)</sup> N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, op. cit., p. 950, n° 419 ; N. MASSAGER, « L'influence des techniques de procréation », *Dix années d'application du nouveau droit de la filiation*, vol. 1, Liège, Éd. du Jeune Barreau de Liège, 1997, p. 232, n° 89 ; G. MAHIEU et D. PIRE, « La filiation », *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 1999, p. 78, n° 58 ; G. VERSCHelden, *Afstamming*, Algemene Praktische Rechtverzameling, pp. 671 et s., n°s 1228 et s. ; M.-N. VEYS, « Afstamming na medisch begeleide voortplanting en draagmoederschap », *T.B.B.R.*, 2006, p. 408, n° 30.

<sup>(23)</sup> N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, op. cit., p. 950, n° 419 ; N. MASSAGER, « L'influence des techniques de procréation », *Dix années d'application du nouveau droit de la filiation*, op. cit., p. 232, n° 89.

Le tribunal civil de Gand, dans une décision assez ancienne, avait ainsi considéré que l'action était recevable parce que l'époux de la gestatrice avait manifesté, dans un acte notarié, sa volonté de ne pas être le père juridique de l'enfant et de ne pas être impliqué dans la procédure d'adoption<sup>(24)</sup>.

Dans le jugement ici commenté, le tribunal balaie d'un revers de main l'application de cette fin de non-recevoir particulière en indiquant que : « Il n'y a évidemment pas lieu en l'espèce de faire application du § 4 de l'article 318 du Code civil dès lors que le couple formé par la mère porteuse et son époux n'ont [*sic*] jamais eu l'intention d'être les parents des enfants à venir suite à la procédure de procréation médicalement assistée subie, qu'aux dires non contestés de toutes les parties, les enfants concernés vivent avec leurs parents biologiques "depuis toujours" ».

En accord avec la doctrine reprise ci-dessus, nous ne pensons pas que cette affirmation était suffisante ou pertinente pour écarter la présomption.

Une justification à l'écartement de cette fin de non-recevoir aurait-elle pu être trouvée dans une interprétation téléologique des articles 27 et 56 de la loi du 6 juillet 2007 sur les procréations médicalement assistées, qui prévoient que « les règles du Code civil jouent en faveur des auteurs du projet parental »<sup>(25)</sup>, en lieu et place d'une application littérale de l'article 318, § 4, du Code civil? Ceci nous paraîtrait en l'occurrence particulièrement audacieux, et même incorrect, dès lors que la loi du 6 juillet 2007 s'applique aux procréations médicalement assistées mais pas à la gestation pour autrui<sup>(26)</sup>.

En conclusion sur ce point, il ne nous paraît pas évident, comme l'indique le tribunal, qu'il n'y avait pas lieu en l'espèce de faire application de l'article 318, § 4, du Code civil.

On mentionnera par ailleurs que le tribunal n'évoque pas l'article 332*quinquies* du Code civil qui s'appliquait pourtant ici puisque l'article 318, § 5 y renvoie. Il aurait pu à tout le moins préciser qu'en l'espèce les conditions fixées dans cette disposition légale ne posaient pas de difficultés : la mère légale ne s'opposait évidemment pas à l'établissement de la filiation paternelle à l'égard du père d'intention.

Tel aurait pu être, en revanche, le cas si elle avait refusé d'exécuter le contrat et de remettre l'enfant aux parents d'intention. Dans ce cas, le tribunal aurait dû,

<sup>(24)</sup> Civ. Gand, 31 mai 2001, *R.G.D.C.*, 2002, p. 27, note G. VERSCHELDEN; *T.G.R.*, 2002, p. 89. Cfr également G. VERSCHELDEN, « Echtgenoot kan vaderschap betwisten ondanks kunstmatige inseminatie », *De Juristenkrant*, 2001, p. 5.

<sup>(25)</sup> Voy., sur ce type d'interprétation, J. SOSSON, « Procréations médicalement assistées avec donneur et action en recherche de paternité : quelle interprétation donner aux articles 27 et 56 de la loi du 6 juillet 2007? », note sous Civ. Dinant, 5 mars 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, pp. 1102 et s.

<sup>(26)</sup> En tout cas directement : cette loi peut s'appliquer aux étapes préalables du processus, tel le prélèvement de gamètes et la fécondation *in vitro* de l'embryon s'il y en a une, mais elle ne s'applique pas au processus de gestation pour autrui en tant que tel. Cfr not. N. GALLUS, « La validité de la convention de gestation pour autrui en droit belge actuel », *La gestation pour autrui : vers un encadrement?*, op. cit., p. 181; N. GALLUS, *Le droit de la filiation : rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, op. cit., p. 356; M.-N. DERÈSE et G. WILLEMS, « La loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes », *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 291, n° 19.

en application des déclarations d'inconstitutionnalité prononcées par la Cour constitutionnelle à l'égard de cette disposition légale<sup>(27)</sup>, apprécier si l'établissement judiciaire de la paternité à l'égard du père d'intention (aussi père biologique) était ou non contraire à l'intérêt de l'enfant, tâche pouvant s'avérer bien périlleuse dans une telle hypothèse.

Enfin, on constate que le tribunal, dans l'espèce commentée, se montre souple quant à la preuve exigée quant au fond.

Pour rappel, lorsque l'action en contestation de la paternité du mari est intentée par celui qui revendique la paternité de l'enfant, une double preuve doit être rapportée : la preuve de la non-paternité biologique du mari de la mère, mais aussi la preuve de la paternité biologique de celui qui agit et revendique la filiation. Les mêmes éléments peuvent constituer le moyen de preuve de ces deux éléments, mais pas nécessairement<sup>(28)</sup>.

On constate ici un faible degré d'exigence du tribunal quant à ces preuves. Non seulement il n'évoque pas la preuve de la non-paternité du mari, mais de plus, il se satisfait de l'attestation du médecin ayant mis en œuvre le processus de gestation pour autrui pour considérer que l'action peut être déclarée fondée. Le tribunal considère que la réalisation d'une expertise génétique n'est pas nécessaire, et même serait « inutile et disproportionnée », en se référant à l'article 875*bis* du Code judiciaire. La référence à cette disposition légale suscite une interrogation : elle vise les hypothèses où un choix doit être fait entre des mesures d'instruction<sup>(29)</sup>. Or, ici, le tribunal a décidé de ne recourir à aucune mesure d'instruction et de se satisfaire, sur le plan de la preuve, de l'attestation du centre de procréation, de sorte qu'il ne s'agit pas d'un choix à opérer entre des mesures d'instruction.

On admettra certes que, *prima facie*, cette attestation fait preuve de la non-paternité du mari et de la paternité de celui qui a donné son matériel génétique pour l'insémination.

D'autres tribunaux auraient pu se montrer moins accommodants. Cette décision s'inscrit dans une tendance que l'on constate auprès de certains tribunaux à se montrer particulièrement « souples » quant à la preuve exigée d'une non-paternité ou d'une paternité<sup>(30)</sup>, là où d'autres juridictions peuvent, au contraire, se montrer

<sup>(27)</sup> C. const., arrêt n° 61/2012 du 3 mai 2012 et arrêt n° 30/2013 du 7 mars 2013.

<sup>(28)</sup> Sur cette question, *cfr* not. J. SOSSON, « À propos de l'action en contestation de paternité introduite par le père biologique avant la naissance », *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, pp. 514-523.

<sup>(29)</sup> L'article 875*bis* du Code judiciaire est libellé comme suit : « Le juge limite le choix de la mesure d'instruction à ce qui est suffisant pour la solution du litige, en privilégiant la mesure la plus simple, la plus rapide et la moins onéreuse ».

<sup>(30)</sup> Une application flagrante de cette tendance peut être trouvée dans un jugement prononcé par le tribunal civil d'Arlon (dans le cadre d'une action en contestation de paternité « classique », en dehors de toute gestation pour autrui ou procréation médicalement assistée), qui considère qu'un simple test de paternité réalisé auprès d'une société commerciale, sans aucune garantie quant à la fiabilité de ce type de mesure, notamment quant au recueil des échantillons, suffit. Cette même décision omet également de faire une distinction entre la preuve de la non-paternité du mari et la preuve de la paternité du demandeur. *Cfr* Civ. Arlon, 6 décembre 2013, *Act. dr. fam.*, 2014/3, p. 76, note M. DEMARET, « Quelques considérations à propos de l'action en contestation de paternité du mari diligentée par le père biologique ».

extrêmement exigeantes, voire pointilleuses, et considérer, en présence des mêmes éléments, que seule une expertise génétique, avec les garanties procédurales et de fiabilité qui y sont attachées, permet d'apporter la ou les preuve(s) nécessaire(s).

La décision commentée se montre donc, tant au niveau de la recevabilité que du fondement de l'action, particulièrement peu exigeante, sans doute parce que la juridiction saisie était encline à permettre la mise en conformité avec la réalité des liens de filiation de ces enfants issus d'une gestation pour autrui.

Il y va certes d'une attitude pragmatique et réaliste. Mais le réalisme et le pragmatisme justifient-ils l'écartement aussi aisément qu'en l'espèce d'une fin de non-recevoir posée par la loi, et ce même si l'on peut considérer celle-ci comme inadaptée en cas de gestation pour autrui?

On ne peut s'empêcher, à la lecture de cette décision, de penser qu'en cette matière, qu'il s'agisse de «régulariser» le statut de l'enfant issu d'une gestation pour autrui ayant eu lieu en Belgique, comme ici, ou à l'étranger<sup>(31)</sup>, les justiciables sont confrontés à des exigences parfois très différentes d'une juridiction à l'autre : la reconnaissance ou l'établissement des liens de filiation avec les parents d'intention est tantôt un véritable parcours du combattant, tantôt un chemin sans embûche, pour des raisons qu'il n'est pas simple de déterminer et qui relèvent peut-être aussi, peu ou prou, de la représentation morale que le magistrat saisi peut avoir de cette modalité d'engendrement dont on sait qu'elle suscite des débats passionnés et des positionnements éthiques souvent radicalement antagonistes tant en Belgique<sup>(32)</sup> qu'à l'étranger<sup>(33)</sup>. En 2001, N. Massager relevait déjà que «l'approche juridique du phénomène de la gestation pour autrui est directement conditionnée par le jugement moral qui est porté sur cette pratique»<sup>(34)</sup>. Les nombreux jugements rendus depuis lors en cette matière nous paraissent confirmer cette assertion.

Jehanne SOSSON

<sup>(31)</sup> J. SOSSON et J. MARY, «Gestation pour autrui pratiquée à l'étranger : l'intérêt de l'enfant, sésame d'une reconnaissance en Belgique?», note sous Civ. Bruxelles, 18 décembre 2012 et Bruxelles, 31 juillet 2013, *cette revue*, pp. 552 et s.

<sup>(32)</sup> Cfr. not. les contributions à l'ouvrage *La gestation pour autrui : vers un encadrement?*, G. SCHAMPS et J. SOSSON (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2013, et notamment les contributions de X. DIJON, «Chronique d'une avalanche annoncée : les présupposés philosophiques de la gestation pour autrui», pp. 61 à 108 et de L. RAVEZ, «La gestation pour autrui nous aide à mieux comprendre le métissage de la filiation humaine», pp. 109 à 124. Voy. aussi N. SCHIFFINO et S. SAKKAS, «La gestation pour autrui : un laboratoire de la décision politique en Belgique», *ibidem*, pp. 127-153.

<sup>(33)</sup> Notamment et tout particulièrement en France, comme le rappelle et le met en lumière le rapport *Filiation, origines, parentalité : le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, rapport fait à la demande du ministère de la Famille par le groupe de travail présidé par I. Théry, 2014, pp. 185 et s. (disponible sur <http://lettre.ehess.fr>).

<sup>(34)</sup> N. MASSAGER, v<sup>o</sup> «Gestation pour autrui», *Nouvelle encyclopédie de bioéthique*, G. HOTTOIS et J.-N. MISSA (dir.), Bruxelles, De Boeck Université, 2001, p. 484. Dans le même sens et citant également cet auteur, G. GENICOT, «Gestation pour autrui, autonomie personnelle et maîtrise corporelle : plaider pour un droit neutre et libéré», *La gestation pour autrui : vers un encadrement?*, *op. cit.*, p. 155.