

Il y a lieu en conséquence d'appliquer le droit belge pour déterminer le nom des enfants.

L'article 335, §1<sup>er</sup> du Code civil édicte que l'enfant dont seule la filiation paternelle est établie, ou dont la filiation paternelle et maternelle sont établies en même temps, porte le nom de son père.

Dans le cas d'espèce, seule la filiation paternelle de A.J. à l'égard des enfants M. et M. est établie, de sorte qu'elles doivent porter le seul nom de J., et non «J.-V.» comme le mentionnent les actes de naissance.

PAR CES MOTIFS,

LA COUR,

Statuant contradictoirement,

Reçoit l'appel,

Annule le jugement entrepris et statuant par voie de dispositions nouvelles,

Dit l'appel partiellement fondé,

Dit pour droit qu'il y a lieu de reconnaître les actes de naissance de M.J.-V et de M.J.-V, nées à San Diego (U.S.A.) le (...) 2008, dressés le 19 décembre 2008 et enregistrés le 22 décembre 2008, *uniquement en ce qu'ils mentionnent un lien de filiation à l'égard de A.J., les enfants devant porter le seul nom de J.,*

Dit pour droit qu'il n'y a pas lieu de reconnaître lesdits actes de naissance en ce qu'ils mentionnent un lien de filiation à l'égard de F.V. et le double nom «J.-V.»,

Autorise la transcription de ces actes de naissance dans les registres de l'état civil sous les mêmes réserves,

Les appelants succombant partiellement dans leurs demandes supporteront leurs dépens.

## Note

### **La filiation d'enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger**

1. L'arrêt prononcé par la cour d'appel de Liège le 6 septembre 2010 annule le jugement rendu le 22 mars 2010 par le tribunal de première instance de Huy<sup>(1)</sup>. Pour la première fois dans l'histoire jurisprudentielle belge, une juridiction du second degré se penche sur la réception, dans l'ordre juridique belge, de liens de filiation, valablement créés à l'étranger à la suite d'un contrat de gestation pour autrui<sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup> Civ. Huy (4<sup>e</sup> ch.), 22 mars 2010, *J.T.*, 2010, p. 420, note N. GALLUS, «Gestation pour autrui et reconnaissance des actes de l'état civil étrangers».

<sup>(2)</sup> Un premier cas s'était présenté devant le tribunal de première instance d'Anvers : voy. Civ. Anvers (2<sup>e</sup> ch.), 19 décembre 2008, R.G. n° 08-3602-B, inédit. Dans ce cas d'espèce, le tribunal a dû se prononcer sur la reconnaissance d'actes de naissance établis en Ukraine à la suite de la conclusion d'un contrat de gestation pour autrui entre une mère porteuse



Les jumelles Maïa et Maureen sont nées le 10 décembre 2008 sur le sol californien à la suite d'un contrat de gestation pour autrui conclu entre deux hommes mariés et une mère porteuse, de nationalité américaine. Les deux pères, que l'on qualifiera de parents «commanditaires», et dont en l'espèce l'un est le père biologique de l'enfant, sont de nationalité belge et résident sur le territoire belge. Deux mois avant la naissance des enfants, la Cour suprême de Californie rendit, le 30 septembre 2008, un «jugement déclaratoire de paternité des jumelles à naître dans le cadre d'un contrat de mère porteuse et d'absence de lien de parenté entre les défendeurs [parents légaux] et les jumelles à naître». Ce jugement ordonne à l'hôpital au sein duquel la mère porteuse donnera naissance aux enfants de consigner le nom du père biologique comme «père/parent» de l'enfant et celui de son conjoint en tant que «mère/parent de l'enfant». Conformément au prescrit du jugement, les actes de naissance furent établis le 22 décembre 2008. De retour en Belgique, les parents commanditaires des jumelles sollicitèrent la transcription des actes de naissance dans les registres communaux. Confrontés au refus des autorités communales, ils introduisirent un recours devant le tribunal de première instance de Huy. Le 22 mars 2010, cette juridiction a refusé la reconnaissance et la transcription des actes de naissance au motif «qu'ils sont l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'enfants, conçus en exécution d'un contrat de gestation pour autrui».

En appel, la cour annule le jugement pour une question de pure procédure. En effet, «les mentions figurant dans la décision entreprise révèlent que le jugement a été prononcé en audience publique alors que l'article 1029 du Code judiciaire dispose que l'ordonnance rendue sur requête unilatérale est délivrée en chambre du conseil».

Appelée à statuer par voie de dispositions nouvelles, la cour opte pour un raisonnement radicalement différent de celui adopté par la juridiction de première instance. Face à une situation de type international, la cour fut appelée à se prononcer en premier lieu sur l'application des règles de droit international privé (I) pour examiner ensuite l'état actuel de la question sous l'angle du droit interne (II). La présente contribution envisage également les différentes questions qui se posent sous l'angle des droits fondamentaux (III).

---

ukrainienne et un couple hétérosexuel belge. Le tribunal de première instance a refusé de reconnaître ces actes en tant qu'*actes de naissance* puisque la maternité légale — établie, conformément au droit ukrainien, à l'égard de la mère biologique belge — n'avait pas été établie conformément au droit belge. Par contre, cette juridiction a estimé que ces actes devaient être reconnus en tant qu'*actes authentiques juridiquement valables* et à ce titre, a accepté d'établir la filiation paternelle puisque l'établissement des actes de naissance démontrait, selon le tribunal, la volonté du père de reconnaître ses enfants. Pour une analyse de ce jugement, voy. C. HENRICOT, «Le droit international privé à l'épreuve d'un nouveau mode d'établissement de la filiation : le cas de la gestation pour autrui», in *Actualités de droit familial*, coll. UB<sup>3</sup>, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 31-72.

## I. LES ASPECTS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

2. Les premiers cas de gestation pour autrui dont furent saisies les juridictions belges concernaient des situations purement internes. Confrontés à ces situations, les tribunaux ont tenté d'aménager des solutions en permettant aux mères biologiques d'établir leur filiation maternelle via la procédure d'adoption<sup>(3)</sup> tandis que la filiation paternelle fut établie par reconnaissance<sup>(4)</sup>.

Dans le cas d'espèce, les parents commanditaires n'ont pas opté pour les solutions proposées par la jurisprudence belge, ce qui leur aurait permis d'établir la filiation du père biologique par reconnaissance de paternité et la filiation de son époux, par la procédure d'adoption ouverte aux couples homosexuels. Disposant d'actes de naissance valablement établis à l'étranger, ils ont préféré en revendiquer la reconnaissance devant les autorités belges. Face au refus opposé par l'officier de l'état civil, les parties ont introduit, par requête unilatérale, un recours devant le tribunal de première instance, conformément à la procédure mise en place par l'article 23 du Codip, auquel renvoie l'article 31 en cas de refus de transcription de l'acte authentique étranger dans le registre de l'état civil<sup>(5)</sup>. L'objet de la procédure était d'obtenir la *reconnaissance* des actes authentiques, ce qui relève de la *compétence indirecte* des juridictions belges, puisque la procédure de reconnaissance est une procédure *unilatérale* et *gracieuse*. Il ne s'agissait donc pas de vérifier la compétence internationale des juridictions belges au regard des dispositions concernant l'hypothèse d'une procédure *contentieuse* relative à la filiation. Ainsi, c'est de manière superflue que la cour d'appel a établi la compétence internationale des juridictions belges sous l'angle de l'article 61 du Codip qui traite uniquement de l'hypothèse d'une procédure *contentieuse*, en énonçant que : «Les juridictions belges sont compétentes pour connaître de toute demande concernant l'établissement ou la contestation de paternité ou de maternité lorsque l'enfant ou la personne dont la paternité ou la maternité est invoquée ou contestée ont leur résidence habituelle en Belgique». Sans citer la disposition à laquelle elle se référait, la cour a vraisemblablement cherché à établir la compétence internationale des juridictions belges sur la base de l'article 61, alors que cette compétence découlait simplement de l'article 23 du Codip.

<sup>(3)</sup> Trib. jeun. Bruxelles, 4 juin 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1182; *Rev. Dr. Santé*, 1997-1998, p. 124, obs. E. MONTERO; Trib. jeun. Turnhout, 4 octobre 2000, *J. dr. jeun.*, 2001, liv. 209, p. 61; *R.W.*, 2001-2002, p. 206, note F. SWENNEN, «Volle adoptie na draagmoederschap: nihil obstat?»; Anvers, 14 janvier 2008, *R.W.*, 2007-2008, n° 42, p. 1774, note F. SWENNEN, «Adoptie na draagmoederschap revisited»; Civ. Bruxelles (ch. jeun.), 6 mai 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1083.

<sup>(4)</sup> Bruxelles (3<sup>e</sup> ch.), 1<sup>er</sup> mars 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, liv. 3, p. 754 homologuant la reconnaissance par un père marié par ailleurs.

<sup>(5)</sup> Article 31, §1<sup>er</sup>, alinéa 3 : «Lorsque le dépositaire refuse de procéder à la mention ou à la transcription, un recours peut être introduit devant le tribunal de première instance de l'arrondissement dans lequel le registre est tenu, conformément à la procédure visée à l'article 23».



Appréhender un cas de gestation pour autrui sous un angle internationaliste impose de soumettre la situation à la technique du droit international privé. La particularité du cas d'espèce découle du fait que les *actes de naissance* des jumelles ont été établis à la suite d'un *jugement* rendu par la Cour suprême de Californie. Dès lors, la nécessité de s'interroger sur l'objet de la reconnaissance s'impose puisque les règles applicables à la méthode de la reconnaissance des *actes authentiques* (A) diffèrent sensiblement de celles adoptées pour la reconnaissance des *jugements étrangers* (B).

#### A. La reconnaissance des actes authentiques étrangers

3. L'arrêt commenté tranche assez rapidement cette éventuelle controverse et raisonne en termes de reconnaissance des actes de naissance et non du jugement californien, en estimant que la portée de ce dernier «est de donner des instructions sur le contenu de l'acte qui doit être rédigé en manière telle que c'est bien l'acte lui-même qui doit être reconnu»<sup>(6)</sup>. L'absence de nuances apportées à cette affirmation pourrait étonner au regard de la position adoptée par la jurisprudence française dans l'affaire *Menesson*. Confronté à des problèmes de stérilité, le couple Menesson s'était rendu en Californie pour conclure une convention de gestation pour autrui avec une Américaine. Les actes de naissance des jumelles, établis à la suite du jugement californien, ont conféré aux époux la qualité respective de père génétique et de mère légale des enfants à naître. Les différentes juridictions françaises saisies du dossier suivirent la position de Françoise Monéger, conseiller à la Cour de cassation française qui affirme que lorsqu'«un acte de l'état civil étranger est dressé en exécution d'un jugement étranger, il en est indissociable et les magistrats doivent vérifier que les conditions de la régularité internationale de ce jugement sont remplies : compétence du juge, absence de contrariété du jugement avec l'ordre public international français et absence de fraude»<sup>(7)</sup>. Le raisonnement adopté par la jurisprudence française démontre que,

<sup>(6)</sup> La cour reprend ainsi la position de P. WAUTELET développée dans une note, voy. P. WAUTELET, «De quelques difficultés liées à la reconnaissance en Belgique d'un acte de l'état civil étranger», note sous Liège, 19 février 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 832). Cet auteur estime que la reconnaissance doit porter sur les actes de naissance et non sur le jugement dont ces actes découlent.

<sup>(7)</sup> Position prise par Françoise Monéger lors d'une audition et citée par M. ANDRÉ, A. MILON et H. DE RICHEMONT, «Rapport d'information fait au nom de la Commission des affaires sociales et de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale par le groupe de travail sur la maternité pour autrui», Sénat français, n° 421, sess. ord. 2007-2008, p. 49. Voy. également Cour d'appel de Paris (pôle 1, ch. 1), 18 mars 2010, *Dalloz*, 8 juillet 2010, n° 26, pp. 1683-1687, note G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE. La Cour reprend exactement la formulation de Monéger : «Considérant que les actes de naissance ont été établis sur le fondement de l'arrêt rendu le 14 juillet 2000 par la Cour supérieure de l'État de Californie qui a déclaré M. Menesson «père génétique» et M<sup>me</sup> Pittaro «mère légale» de tout enfant devant naître de M<sup>me</sup> Floyd entre le 15 août 2000 et le 15 décembre 2000; que ces actes d'état civil sont donc indissociables de la décision qui en constitue le soutien et dont l'efficacité demeure subordonnée à sa propre régularité internationale».



contrairement à ce que pourrait laisser croire la cour d'appel de Liège, il n'est pas si évident de déterminer l'objet sur lequel doit porter la reconnaissance.

Dans l'espèce commentée, la cour a suivi la position de la juridiction de fond, relayée par la doctrine belge<sup>(8)</sup>, pour examiner la demande sous l'angle de l'article 27 du Codip relatif à la reconnaissance des actes authentiques étrangers. Conformément au paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, de cette disposition, «un acte authentique étranger est reconnu en Belgique par toute autorité sans qu'il faille recourir à aucune procédure si sa validité est établie *conformément au droit applicable* en vertu de la présente loi, en tenant spécialement compte des articles 18 [fraude à la loi] et 21 [exception d'ordre public]».

Autrement dit, la reconnaissance d'un acte authentique étranger impose d'adopter un raisonnement conflictualiste. Celui-ci consiste à rechercher le droit applicable tel que désigné par la règle de conflit de lois. «Cette précision vise à indiquer que l'acte privé lui-même (*negotium*) reste soumis au jeu de la règle de conflit de lois»<sup>(9)</sup>. Ainsi, l'établissement de la filiation à l'égard du père biologique dans l'acte de naissance s'analyse comme une déclaration de volonté unilatérale créant un lien de filiation (*negotium*), constatée dans un acte instrumentaire, l'acte de naissance (*instrumentum*), et dont l'effet juridique est soumis au droit applicable. En revanche, les constatations de fait indiquées dans l'acte de naissance (lieu et date de l'accouchement, identité de la femme qui accouche, etc.) relèvent de la force probante intrinsèque qui s'attache à l'acte authentique (article 28 du Codip)<sup>(10)</sup>.

4. L'article 27 du Codip soumet la vérification de la validité du lien de filiation au droit déterminé par la règle de conflit de lois applicable en matière de filiation, à savoir l'article 62, §1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup> du Codip. Chaque règle de conflit de lois dispose d'un *facteur de rattachement* — tels la nationalité, la résidence, le domicile, ... — qui permet de désigner le droit applicable. En l'espèce, le facteur de rattachement utilisé par l'article 62, §1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup> est celui de la *nationalité* de la personne dont on cherche à établir la paternité ou la maternité au moment de la naissance de l'enfant : «L'établissement et la contestation de paternité ou de maternité d'une personne sont régis par le *droit de l'État dont elle a la nationalité* au moment de la

<sup>(8)</sup> P. WAUTELET, «Les enfants», in *Relations familiales internationales. L'actualité vue par la pratique*, CUP, Liège, Anthemis, 2010, p. 148; N. GALLUS, note sous Civ. Huy (4<sup>e</sup> ch.), 22 mars 2010, *op. cit.*, p. 423, note infrapaginale 4.

<sup>(9)</sup> F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2005, n<sup>o</sup> 10.56, p. 465.

<sup>(10)</sup> Article 28, §1<sup>er</sup> : «Un acte authentique étranger fait foi en Belgique des faits constatés par l'autorité étrangère qui l'a établi, s'il satisfait à la fois :

1<sup>o</sup> aux conditions de la présente loi régissant la forme des actes; et  
2<sup>o</sup> aux conditions nécessaires à son authenticité selon le droit de l'État dans lequel il a été établi.

Les constatations faites par l'autorité étrangère sont écartées dans la mesure où elles produiraient un effet manifestement incompatible avec l'ordre public.

§2. La preuve contraire des faits constatés par l'autorité étrangère peut être apportée par toutes voies de droit».



naissance de l'enfant ou, si cet établissement résulte d'un acte volontaire, au moment de cet acte».

Contrairement au tribunal de première instance de Huy, la cour fait une correcte application de ces règles techniques en constatant que le droit belge est applicable eu égard à la nationalité belge des parties. En effet, la juridiction du premier degré avait principalement axé son raisonnement sur l'exception d'ordre public sans avoir, préalablement, déterminé le droit applicable à l'établissement de cette filiation. L'analyse poursuivie par le tribunal semblait illustrer une certaine approximation de sa part dans la compréhension des techniques de droit international privé lorsqu'il énonçait : «même si les régimes de contrôle, tant sur le fond qu'au niveau procédural, des décisions judiciaires et des actes authentiques étrangers diffèrent partiellement, il reste que tant l'article 25, qui énonce les motifs de refus de reconnaissance d'une décision judiciaire, que l'article 27 du Code de droit international privé, qui traite de la reconnaissance des actes authentiques étrangers, prohibent la fraude à la loi et requièrent que l'acte ou la décision en question ne produise pas un effet manifestement incompatible avec l'ordre public»<sup>(11)</sup>. Or, avant d'examiner une éventuelle contrariété à l'ordre public ou une éventuelle fraude à la loi, il était indispensable de commencer le raisonnement par la recherche du droit applicable puisque de cette question dépendait la mise en œuvre de ces techniques.

En respectant la hiérarchie du raisonnement à tenir, la cour a valablement constaté que le droit belge était applicable, ce qui excluait par conséquent la mise en œuvre de l'exception d'ordre public (article 21 du Codip) et de la fraude à la loi (18 Codip). Le déclenchement de ces mécanismes dérogatoires suppose la désignation préalable d'un droit étranger. Comme l'indique l'article 21 du Code auquel se réfère l'article 27 du Codip : «l'application d'une disposition du *droit étranger désigné par la présente loi* est écartée dans la mesure où elle produirait un effet manifestement incompatible avec l'ordre public». Quant à la fraude à la loi, sa mise en œuvre suppose que le facteur de rattachement de la règle de conflit de lois — en l'espèce la nationalité<sup>(12)</sup> — ait été manipulé par les parties dans l'objectif de soumettre la situation à une législation qui, autrement, n'aurait pas été applicable. Dans le cas d'espèce, le facteur de rattachement de l'article 62 du Code n'a pas été manipulé par les parties. En effet, ces dernières n'ont pas tenté de changer de nationalité et par conséquent, la validité des actes de naissance, établis en Californie, fut analysée au regard du droit belge puisque les parents commanditaires étaient de nationalité belge. La désignation du droit belge a ainsi neutralisé l'invocation de l'exception d'ordre public international belge et de la fraude à la loi.

À défaut de soumettre la situation au crible de l'exception d'ordre public international belge, la désignation du droit belge a imposé à la cour de limiter son examen à une éventuelle violation de l'ordre public en droit interne belge (voy.

<sup>(11)</sup> Civ. Huy (4<sup>e</sup> ch.), 22 mars 2010, *J. T.*, 2010, p. 420, note N. GALLUS, «Gestation pour autrui et reconnaissance des actes de l'état civil étrangers».

<sup>(12)</sup> Article 62 du Code de droit international privé.



*infra*, §6). Cette précision permet de rappeler que la notion d'ordre public international belge, propre au droit international privé, se distingue de la notion interne de l'ordre public. Ce n'est pas parce qu'une institution — comme la gestation pour autrui — serait contraire à l'ordre public de droit interne, qu'elle sera nécessairement condamnée sous l'angle de l'exception d'ordre public international belge. En effet, vérifier une éventuelle violation de l'ordre public international belge suppose d'adopter une approche fonctionnelle, qui consiste à examiner, *in concreto*, l'intensité du rattachement de la situation avec l'ordre juridique belge ainsi que la gravité de l'effet produit par l'application du droit californien.

Si l'on admet d'examiner le cas d'espèce sous l'angle de la reconnaissance des actes authentiques étrangers, le raisonnement tenu par la cour ne peut certainement pas être critiqué et présente le mérite de clarifier le raisonnement à tenir en droit international privé. Toutefois, il est permis de s'interroger sur la pertinence de l'approche choisie puisque les *actes de naissance* découlent d'un *jugement* et doivent dès lors être considérés comme y étant indissociablement liés.

### B. La reconnaissance des jugements étrangers

5. S'il est peut-être délicat, à ce stade, de trancher définitivement entre l'une et l'autre méthode de reconnaissance, il est toutefois indispensable de soulever la question. S'agit-il de centrer le raisonnement sur la reconnaissance des *actes authentiques étrangers* ou convient-il de privilégier une approche fondée sur la reconnaissance du *jugement étranger*? La réponse à cette question pourrait être facilitée par une étude plus approfondie de l'ordre juridique californien afin d'examiner l'importance accordée aux décisions judiciaires par rapport aux actes authentiques. S'il s'avère que la création du lien de filiation découle essentiellement, voire uniquement, du prononcé du jugement, comment pourrait-on continuer à analyser le cas sous l'angle de la reconnaissance des actes de naissance? La position adoptée par la jurisprudence française appréhende la situation à partir du jugement puisque celui-ci est la condition *sine qua non* de l'établissement de l'acte de naissance. Le jugement ne se contente pas de constater des faits mais il crée le lien de filiation. À défaut de jugement, la mère légale aurait été la femme qui a accouché des enfants. Dans cette compréhension, les actes de naissance semblent n'être que le résultat technique d'une décision judiciaire se prononçant sur le lien de filiation à créer.

Si la cour avait décidé de suivre ce raisonnement, elle aurait dû examiner le cas d'espèce à la lumière de l'article 22 du Codip relatif à la reconnaissance des jugements étrangers. Cette disposition instaure un système de reconnaissance de plein droit des décisions judiciaires étrangères. L'article 25 du Code permet cependant de s'opposer à la reconnaissance pour différents motifs. Parmi ceux-ci, se retrouvent notamment la contrariété à l'ordre public (§1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>) et la fraude à la loi (§1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup>).

Les limites de la présente contribution ne permettant pas développer cette hypothèse, le lecteur est invité à consulter l'étude dont découlent les conclusions

présentées ci-après<sup>(13)</sup>. On se limitera simplement à relever que l'adoption de la méthode de reconnaissance des jugements étrangers conduit à s'interroger sur une éventuelle violation de l'ordre public international belge, ce que la désignation du droit belge ne permet pas si l'on appréhende le cas d'espèce sous l'angle de la reconnaissance des actes authentiques.

Or, cette analyse pourrait remettre en question le postulat selon lequel la gestation pour autrui serait nécessairement contraire à l'exception d'ordre public international belge<sup>(14)</sup>. En effet s'il s'avère que la gestation pour autrui a été pratiquée à titre gratuit, la mise en œuvre de l'exception d'ordre public se heurterait à l'absence d'ordre juridique de référence puisque la prohibition ne trouverait de fondement ni dans l'ordre juridique international ni dans une politique législative interne puisqu'en l'état actuel du droit belge, aucune disposition n'interdit explicitement le recours à la gestation pour autrui.

La question est plus délicate dans le cadre de la gestation pour autrui pratiquée à titre onéreux. Peut-on considérer que l'absence de disposition légale la prohibant explicitement suffit à établir l'absence de politique législative belge sur le sujet? Si tel est le cas, l'examen d'une éventuelle violation de l'ordre public international belge s'interrompt puisque sa mise en œuvre suppose l'existence d'un ordre juridique de référence. Toutefois, une tendance paraît se dégager de l'ordre juridique belge, visant à condamner la mise à disposition de son corps à des fins commerciales<sup>(15)</sup>. Ceci permet de s'interroger sur le sort à réserver à une gestation pour autrui, pratiquée dans un but de lucre. Si l'on accepte le postulat selon lequel la prohibition de la gestation pour autrui, pratiquée à titre onéreux, trouverait son fondement dans l'ordre juridique interne, il s'agit d'y confronter l'approche fonctionnelle de l'ordre public international.

---

<sup>(13)</sup> Voy. les développements de l'auteur, C. HENRICOT, «Le droit international privé à l'épreuve d'un nouveau mode d'établissement de la filiation : le cas de la gestation pour autrui», in *Actualités de droit familial*, coll. UB<sup>3</sup>, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 31-72.

<sup>(14)</sup> Les quelques auteurs s'étant penchés sur les aspects internationaux de la problématique semblent considérer que l'exception d'ordre public pourrait facilement être invoquée pour neutraliser les effets découlant d'une convention de gestation pour autrui conclue à l'étranger. Voy. M. FALLON, «Questions actuelles de conflits de lois relatives à l'enfant», in *L'enfant et les relations familiales internationales*, J.-L. RENCHON (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 61 et P. WAUTELET, «Les enfants», in *Relations familiales internationales. L'actualité vue par la pratique*, *op. cit.*, pp. 150-151.

<sup>(15)</sup> Une telle conclusion semble découler des positions prises par le Comité consultatif de bioéthique, une partie de la doctrine ainsi que par le Conseil d'État qui paraissent condamner la recherche d'un avantage lucratif, au nom du principe de la dignité humaine prohibant toute commercialisation du corps humain. Voy. Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2005, n° 119, p. 115; avis du Comité consultatif de bioéthique n° 30 du 5 juillet 2004 relatif à la gestation pour autrui, p. 14 et avis du Comité consultatif de bioéthique n° 27 du 8 mars 2004 relatif au don de sperme et d'ovules, pp. 30 et 44, disponibles en ligne à l'adresse suivante : <https://portal.health.fgov.be> (consulté le 11 août 2010) et *Doc. parl.*, Sénat, 2005-2006, n° 3-417/3, n° 37. La gratuité semble donc devoir être la règle. Toutes les propositions de loi déposées (voy. note 19) reprennent par ailleurs ce principe. Enfin, une partie de la jurisprudence relative à l'adoption après gestation pour autrui s'est également positionnée en ce sens (*cfr infra* note 20).



Ceci consiste à apprécier l'incompatibilité de l'effet de la reconnaissance du jugement californien «en tenant compte, notamment, de l'intensité du rattachement de la situation avec l'ordre juridique belge [critère de proximité] et de la gravité de l'effet ainsi produit [notion d'ordre public atténué]» (article 25, §1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup> du Codip). L'analyse effectuée a pu démontrer que la théorie de l'ordre public atténué impose de reconnaître, en Belgique, les effets d'une filiation valablement établie à l'étranger puisque les effets réclamés — l'établissement d'un lien de filiation — ne portent pas gravement atteinte à l'ordre juridique belge. La mise en balance de cette théorie avec le critère de proximité appartient aux juridictions de fond<sup>(16)</sup>. Au moins la proximité avec l'ordre juridique belge sera marquée, au plus la mise en œuvre de la théorie de l'ordre public atténué sera justifiée. Imaginons l'hypothèse d'un enfant américain, né en Californie d'un contrat de gestation pour autrui et arrivant sur le sol belge à l'âge adulte, qui revendiquerait, devant les autorités belges, son lien de filiation avec ses parents commanditaires. Il sera difficile dans cette hypothèse de refuser de reconnaître tout effet à la filiation établie avec les parents commanditaires au vu du faible rattachement de cette situation avec la Belgique.

Enfin, lors de leur appréciation, les juridictions de fond seront guidées par l'indispensable prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant qui devrait renforcer la primauté de l'ordre public atténué sur l'ordre public de proximité, afin de favoriser l'établissement du lien de filiation.

Comme on le voit, si la cour de céans avait dû raisonner en termes de reconnaissance du jugement californien, le résultat auquel elle aurait abouti n'aurait pas forcément été différent de la solution d'espèce puisqu'il aurait été possible de reconnaître le lien de filiation paternelle à l'égard du père biologique dès lors que l'effet réclamé ne heurte pas gravement l'ordre juridique belge et ce, malgré l'intensité de rattachement du cas d'espèce avec l'ordre juridique belge (nationalité belge des parents commanditaires, résidence habituelle en Belgique, etc.).

Faut-il encore le souligner, cette appréciation appartient aux juridictions de fond qui, par leur proximité avec les éléments du dossier, sont les mieux placées pour procéder à la mise en balance des critères d'appréciation de l'exception d'ordre public.

---

<sup>(16)</sup> La forte intensité de rattachement avec l'ordre juridique belge renforce, en principe, le déclenchement de l'exception d'ordre public. La position adoptée par la Cour de cassation le 3 décembre 2007 pourrait laisser croire que le principe de proximité serait susceptible de neutraliser la mise en œuvre de l'ordre public atténué. Voy. C. HENRICOT, «Les effets du mariage polygamique sur l'octroi de droits sociaux», note sous Cass., 3 décembre 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 3, 2008. p. 825.



## II. LES ASPECTS DE DROIT INTERNE

6. Comme on le sait, en droit interne belge, la gestation pour autrui ne fait pas (encore?) l'objet d'une réglementation spécifique. La loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée<sup>(17)</sup> ne s'est pas prononcée comme telle sur cette problématique. Bien que de nombreuses propositions de loi aient été déposées en ce sens<sup>(18)</sup>, le débat n'est que furtivement revenu en Commission de la justice et des affaires sociales du Sénat en 2009, pour retomber dans l'apathie.

C'est donc, aujourd'hui encore, le droit commun qui s'applique. Partant, la convention de gestation pour autrui est considérée comme nulle eu égard à l'illicéité de son objet et de sa cause, aux principes d'inviolabilité du corps humain et de l'état, et au droit inaliénable et indisponible pour la mère qui porte et met au monde un enfant de déterminer son lien de filiation. La cour d'appel de Liège, dans l'arrêt annoté, va jusqu'à affirmer que le contrat, pour ces raisons, est contraire à l'ordre public<sup>(19)</sup>. La doctrine s'accorde en tous cas à considérer en conséquence que ce contrat ne pourrait recevoir d'exécution forcée<sup>(20)</sup>.

Pour autant, la question de l'établissement d'un lien de filiation entre l'enfant et les «parents d'intention» est différente, sachant que c'est bien la validité au regard de l'ordre public belge de l'établissement des liens de filiation par les actes authentiques étrangers que la Cour devait ici d'examiner, et non du contrat lui-même.

<sup>(17)</sup> *M.B.*, 17 juillet 2007, p. 38.575.

<sup>(18)</sup> Elles visent tantôt à réprimer pénalement le recours à la gestation pour autrui en général (proposition de loi interdisant la maternité de substitution et le recours aux mères porteuses, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr., 2007, n° 52-170/1, spéc. pp. 9 et s.), tantôt à prohiber la gestation pour autrui dans un but de lucre (proposition de loi visant à interdire la commercialisation des enfants, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr., 2007, n° 4-122/1; proposition de loi modifiant le Code pénal en ce qui concerne la maternité de substitution, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2007-2008, n° 52-822/1; proposition de loi tendant à réprimer la maternité de substitution à des fins commerciales et la publicité y afférente, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord., 2007-2008, n° 4-557/1., tantôt à l'encadrer de façon plus ou moins restrictive (proposition de loi relative aux mères porteuses, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord., 2007-2008, n° 4-308/1; proposition de loi réglementant la maternité de substitution, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr., 2007, n° 4-193/1 reprise récemment dans la proposition de loi réglementant la maternité de substitution déposée le 9 septembre 2010 par B. Tommelein et consorts, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr., 2010, n° 5-130/1; proposition de loi réglementant la maternité de substitution, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2007-2008, n° 52-969/1; proposition de loi relative à la maternité pour autrui, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord., 2007-2008, n° 4-633/1).

<sup>(19)</sup> Cette appréciation est-elle justifiée? Certaines juridictions, dont la cour d'appel d'Anvers, dans le cadre d'adoptions après une gestation pour autrui ont considéré, contrairement à la cour d'appel de Liège, que la maternité de substitution exempte de but de lucre n'était pas contraire à l'ordre public (et que l'adoption subséquente par les parents commanditaires reposait sur de justes motifs et correspondait à l'intérêt de l'enfant) (Trib. jeun. Turnhout, 4 octobre 2000, *R.W.*, 2001-2002, p. 206, note F. SWENNEN; Anvers, 14 janvier 2008, *R.W.*, 2007-2008, n° 42, p. 1774, note F. SWENNEN).

<sup>(20)</sup> Pour une analyse plus complète renvoyant aux principales références de doctrine disponibles, *cfr* N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Larcier, 2009, pp. 355 et s., n° 336 à 348.



L'on pouvait difficilement approuver la solution retenue par le tribunal civil de Huy dans le jugement dont appel qui avait considéré qu'il y avait lieu de refuser la reconnaissance et la transcription des actes de naissance au motif qu'ils étaient «l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'enfant conçu en exécution d'un contrat de gestation pour autrui». Cette formule ressemblait étrangement à celle quasi invariablement retenue par la Cour de cassation française depuis 1991<sup>(21)</sup> à propos de l'adoption après recours à une mère porteuse et qui sous-tend le refus de cette Cour et des juridictions françaises d'admettre la transcription des actes de naissance d'enfants nés par mères porteuses en Californie, sachant par ailleurs que le Code civil français prévoit quant à lui expressément la nullité de toute convention portant sur la procréation ou sur la gestation pour le compte d'autrui<sup>(22)</sup>. La Cour d'appel de Paris, dans la célèbre affaire des *jumelles Mennesson*<sup>(23)</sup>, vient ainsi encore d'annuler la transcription des actes de naissance considérant que «l'intérêt supérieur de l'enfant ne saurait permettre, en dépit des difficultés concrètes engendrées par une telle situation, de valider *a posteriori* un processus dont l'illicéité, consacrée par le législateur français à la suite du juge, ressortit, pour l'heure, au droit positif»<sup>(24)</sup>.

En Belgique, les cours et tribunaux se sont positionnés en un sens différent des tribunaux français puisqu'ils ont dès 1996 considéré que le recours à la gestation pour autrui (sans but lucratif) ne «contaminait» pas l'adoption faite par la mère génétique et/ou sociale de celui-ci, sans que la Cour de cassation n'ait censuré cette position<sup>(25)</sup>. En d'autres termes, l'illicéité de la convention empêche son exécution forcée, mais si le contrat est respecté, on admet que les liens de filiation entre les parents commanditaires et l'enfant soient établis par la voie de l'adoption, cette adoption étant considérée comme fondée sur de justes motifs et servant l'intérêt de l'enfant.

C'est néanmoins uniquement par la voie de l'adoption que l'établissement de doubles liens juridiques est possible, et non par la seule application des règles relatives à l'établissement de la filiation, que ce soient pour les couples de parents

---

<sup>(21)</sup> Cass. fr., ass. plén., 31 mai 1991, *D.*, 1991, Jur. p. 417, note THOUVENIN; Cass. fr., 29 juin 1994, *D.*, 1994, Jur. p. 581, note CHARTIER; Cass. fr., 9 décembre 2003, *D.*, 2004, Jur. p. 1998, note POISSON-DROCOURT.

<sup>(22)</sup> Article 16-7 du Code civil français tel qu'issu de la loi du 29 juillet 1994 et non modifié par la loi du 6 août 2004.

<sup>(23)</sup> *Cfr* C.A. Paris, 25 octobre 2007, *D.*, 2008, Pan. 1371, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS; Civ. (1<sup>re</sup>), 17 décembre 2008, *D.*, 2009, p. 166, obs. V. EGEA. Pour un relevé de tous les commentaires qu'ont suscités les décisions françaises en la matière, *cf* G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, «Gestation pour autrui à l'étranger : annulation de la transcription des actes de naissance constatant une filiation cependant reconnue», note sous C.A. Paris, 18 mars 2010, *D.*, 8 juillet 2010, pp. 1684 et 1685. Voy. aussi L. BRUNET, «De l'art d'accommoder la gestation pour autrui au droit français», *Revue générale de droit médical*, n° 27, 2008, p. 155.

<sup>(24)</sup> C.A. Paris, 18 mars 2010, *D.*, 8 juillet 2010, p. 1683, note G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE. Ce commentateur ne manque pas de relever que la Cour admet qu'une telle illicéité n'existe que «pour l'heure», sachant que des débats parlementaires sont en cours en France sur la question.

<sup>(25)</sup> Voy. les décisions citées en note 3.



d'intention hétérosexuels<sup>(26)</sup> ou pour les couples homosexuels comme en l'espèce. Car en ce qui concerne ces derniers, même lorsqu'ils n'ont pas recours à la gestation pour autrui, seule l'adoption *de lege lata* permet d'établir un lien de filiation entre un enfant et deux pères ou deux mères. Ainsi, même en dehors de toute gestation pour autrui, deux femmes mariées ayant recours à une insémination artificielle de l'une d'elles avec les gamètes d'un donneur devront nécessairement recourir à une adoption pour que le double lien de filiation «monosexuée» soit établi : si la femme qui accouche sera légalement la mère par la mention de son nom dans l'acte de naissance, l'autre ne bénéficiera pas d'une présomption de «paternité» ou de «co-maternité» puisque l'article 143, alinéa 2 du Code civil exclut expressément l'application de l'article 315 du Code civil dans les couples de même sexe. Il lui faudra nécessairement procéder à l'adoption de l'enfant de sa conjointe, adoption possible depuis la loi du 18 mai 2006. Dans le même sens, seule une adoption permet à un enfant d'avoir juridiquement deux pères : si le père biologique de l'enfant peut le reconnaître, l'enfant ne pourra pas disposer via une reconnaissance de lien juridique avec le second partenaire co-auteur du projet parental. En effet, si on peut formellement imaginer qu'un enfant soit reconnu par deux hommes, l'article 329 du Code civil prévoit néanmoins que seule la première reconnaissance sort ses effets aussi longtemps qu'elle n'a pas été valablement contestée; en d'autres termes, un enfant ne peut avoir qu'un seul lien juridique monosexué par la voie d'une reconnaissance.

Notre droit ne connaît donc *de lege lata* pas de possibilité d'établir un double lien de filiation «monosexuée d'origine»<sup>(27)</sup>. Le choix politique délibérément assumé (en 2006 en tous cas) a été d'accepter l'homoparentalité par la voie de l'adoption désormais ouverte aux couples de même sexe, et non par la voie — plus directe — des règles d'établissement de la filiation.

7. Telle était bien la difficulté dans le cas d'espèce, puisqu'il s'agissait, par le biais d'une reconnaissance des actes de naissances établis en Californie, d'établir un double lien juridique entre les enfants et les deux «pères», dont l'un était leur père biologique et l'autre pas. Au regard du droit interne belge, la difficulté était bien de reconnaître — ou non — le lien établi avec ce dernier sans passer par une adoption, sachant que le droit belge de la filiation permettait en revanche au père biologique d'établir sans difficultés son lien de filiation paternelle par le biais d'une reconnaissance<sup>(28)</sup>.

---

<sup>(26)</sup> Hormis pour ceux-ci en cas d'accouchement sous X en France et de reconnaissance de l'enfant par la mère commanditaire. Sur cette «technique» (et ses indéniables «avantages»), *cfr* N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, Burylant, 2009, pp. 181-182, n° 30.

<sup>(27)</sup> En ce sens également N. GALLUS, «Gestation pour autrui et reconnaissance des actes de l'état civil étrangers», note sous Civ. Huy, 22 mars 2010, *J.T.*, 2010, p. 423, n° 6.

<sup>(28)</sup> Plus exactement, le droit de la filiation permettait à un des deux hommes de reconnaître l'enfant, mais pas au second. Certes, le père «non biologique» aurait pu reconnaître l'enfant, puisque la preuve de la paternité biologique n'est pas une exigence légale posée à une reconnaissance paternelle. Mais une reconnaissance paternelle non fondée sur la réalité biologique, outre qu'elle n'aurait pas solutionné le problème vu que seule la reconnaissance du père biologique aurait pu sortir ses effets, aurait pu être

À partir du moment où, contrairement au tribunal civil de Huy, la cour d'appel de Liège ne rejetait pas «en bloc» la demande au nom de la contrariété à l'ordre public, elle était confrontée à cette difficulté. Les deux hommes ayant eu recours à la gestation pour autrui, l'avaient aussi perçue comme en témoignait le libellé du dispositif de leur requête : ils avaient demandé au tribunal de première instance de Huy «de voir reconnaître en Belgique et transcrits dans les registres de l'état civil» les actes de naissance des deux enfants «étant précisé que le second requérant (monsieur F.V.) doit être considéré comme ascendant sans référence à un genre»; subsidiairement ils sollicitaient «la transcription partielle des actes de naissance en ce qu'ils consacrent la filiation paternelle des enfants». En degré d'appel, F.V., selon le libellé de l'arrêt, avait postulé «qu'il soit reconnu "en qualité d'ascendant en ligne directe au premier degré" sans référence de genre» et subsidiairement que soit autorisée «la transcription partielle des actes de naissance de M. et M. en ce qu'ils consacrent la filiation paternelle des enfants envers le premier requérant», à savoir uniquement envers le père biologique.

On peut comprendre qu'ils aient eu quelque peine à formuler leurs demandes, et tenté de rectifier celles-ci entre la première instance et l'appel... Mais leur demande telle que formulée à titre principal était vouée à l'échec : comme l'indiquait N. Gallus<sup>(29)</sup> dans son commentaire du jugement dont appel, il est exclu, en droit actuel, de reconnaître un «lien de parenté» sans indication de genre. Il s'agirait d'une «catégorie nouvelle» qui n'existe aucunement dans notre arsenal juridique et qu'une juridiction n'a pas le pouvoir d'ainsi créer *ex nihilo* (et dont on se demande bien, d'ailleurs, quels auraient pu être exactement les effets juridiques). L'homoparenté telle qu'admise dans notre ordre juridique par le biais de l'adoption consiste à établir qu'un enfant a deux parents du même sexe, et non un parent d'un sexe et un «ascendant sans genre».

8. La cour d'appel de Liège, après avoir fait le constat de ce que la seule possibilité d'obtenir *de lege lata* un double lien de filiation paternelle tant à l'égard du père biologique qu'à l'égard du parent affectif passait par l'adoption, va considérer que l'illicéité du contrat de gestation pour autrui dont découlaient les actes de naissance ne peut porter atteinte à l'intérêt supérieur des enfants et, partant, reconnaître ceux-ci uniquement en ce qu'ils établissent un lien de filiation paternelle à l'égard du père biologique et non à l'égard du second auteur du projet parental. Les actes de naissance ne sont donc reconnus que partiellement<sup>(30)</sup>.

---

remise en cause (en l'absence de possession d'état) contrairement à une reconnaissance par un homme qui est le père biologique de l'enfant comme le relève la Cour lorsqu'elle mentionne que «l'article 330, §2 du Code civil n'autorise pas la contestation du lien de paternité à l'égard du père biologique».

<sup>(29)</sup> N. GALLUS, «Gestation pour autrui et reconnaissance des actes de l'état civil étrangers», note sous Civ. Huy, 22 mars 2010, *J.T.*, 2010, p. 423, n° 6.

<sup>(30)</sup> On notera que la jurisprudence dominante française qui refuse l'adoption après recours à une mère porteuse par des couples hétérosexuels (citée *supra* note 19) aboutit à un résultat du même type puisque le lien juridique de filiation qui relie les enfants au partenaire masculin est respecté, et c'est l'établissement d'un lien juridique via l'adoption avec la femme qui recueille les enfants qui est refusé. L'arrêt de la Cour d'appel de



Si la cour ne le dit pas comme tel, elle suggère indirectement à celui-ci d'adopter l'enfant de son conjoint pour en devenir également le père juridique<sup>(31)</sup>. La porte n'est nullement fermée à l'établissement d'un double lien de filiation paternelle. Il s'agit seulement de reconnaître que la voie choisie ici pour ce faire n'était pas la bonne...

La solution adoptée par la cour d'appel de Liège nous semble cohérente au regard des règles de droit positif belge actuelles.

La cour nous paraît avoir à juste titre écarté l'argument des demandeurs selon lequel la possibilité d'établir un double lien juridique monosexué via l'adoption aurait dû inciter à l'admettre aussi via la reconnaissance des actes de naissance californiens au motif que l'adoption plénière n'engendrerait pas de différences au niveau des effets de la filiation (ce qui en soi déjà n'est pas totalement exact<sup>(32)</sup>) : il s'agit de deux modes différents d'établissement de la filiation, l'adoption supposant un examen opéré par le tribunal de l'intérêt supérieur de l'enfant, au terme d'une procédure dont le déroulement et les exigences garantissent un contrôle sérieux de ce que celle-ci se fonde sur de justes motifs<sup>(33)</sup><sup>(34)</sup>.

---

Paris du 18 mars 2010 dans l'affaire des *jumelles M.* annule en revanche la transcription des actes de naissance américains effaçant les mentions relatives à l'un et l'autre des parents, tout en précisant que «l'absence de transcription n'a pas pour effet de priver les deux enfants de leur état civil américain et de remettre en cause le lien de filiation qui leur est reconnu à l'égard des époux M. par le droit californien», ce qui ne manque pas de susciter les interrogations de la doctrine quant à la portée exacte de cette constatation... (*cf.* not. G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, «Gestation pour autrui à l'étranger : annulation de la transcription des actes de naissance constatant une filiation cependant reconnue», note sous C.A. Paris, 18 mars 2010, *D.*, 8 juillet 2010, pp. 1686 et 1687; L. BRUNET, «La gestation pour autrui : entre le marteau (de la loi) et l'enclume (des pratiques), *Revue Lamy droit civil*, n° 76, novembre 2010, pp. 75-83.

<sup>(31)</sup> En France, bien que l'adoption homosexuelle ne soit pas autorisée, la Cour de cassation française a néanmoins accordé l'exequatur à une décision américaine prononçant l'adoption d'un enfant par un couple d'homosexuelles françaises. *Voy. Cass.*, 8 juillet 2010, disponible sur [http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/premiere\\_chambre\\_civile\\_568/791\\_8\\_16916.html](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/791_8_16916.html).

<sup>(32)</sup> L'adoption plénière créant un double réseau d'empêchement à mariage lié à la parenté à l'égard de la famille adoptive et de la famille d'origine — article 356-1 du Code civil —, même si on admettra qu'en l'espèce les enfants n'ayant pas juridiquement de mère n'auront pas comme telle de «famille d'origine».

<sup>(33)</sup> Article 344.1 du Code civil.

<sup>(34)</sup> On notera que cet argument n'a pas été retenu en Espagne en 2009 dans un cas très similaire à l'espèce commentée : un couple d'homosexuels espagnols avait eu recours à une mère porteuse californienne; l'acte de naissance fut reconnu par la *Dirección General de los Registros y el Notariado* au motif notamment que la reconnaissance d'un double lien de filiation envers deux hommes ne violait pas l'ordre public étant donné que la loi espagnole admettait la paternité de deux hommes en cas d'adoption et que les enfants adoptifs et biologiques avaient les mêmes droits aux yeux de la loi (*cf.* not. Marta REQUEJO, «Spanish Homosexual Couple and Surrogate Pregnancy (II)», <http://conflictoflaws.net>). *Cf.* également C. HENRICOT, «Le droit international privé à l'épreuve d'un nouveau mode d'établissement de la filiation : le cas de la gestation pour autrui», in *Actualités de droit familial*, collection UB<sup>3</sup>, Bruxelles, Bruylant, 2010 (à paraître).



À ce titre d'ailleurs, et contrairement précisément au droit de l'adoption qui définit expressément l'intérêt de l'enfant comme fondement de la décision judiciaire qui la prononce, il ne nous semble pas que ce soit l'intérêt supérieur des enfants tel que garanti par la Convention relative aux droits de l'enfant et l'article 22*bis* de la Constitution qui constitue *en tant que tel* le fondement de la reconnaissance «partielle» des actes de naissance en ce qui concerne le lien de filiation avec le père biologique. Certes, ne pas reconnaître ce lien leur eût été hautement préjudiciable et eût pu, dès lors, être considéré comme contraire à leur intérêt. Mais il ne nous paraît pas pour autant que l'intérêt de l'enfant soit le fondement même de la reconnaissance partielle des actes : c'est bien parce que l'établissement de la filiation paternelle à l'égard du père biologique<sup>(35)</sup> était possible via les règles belges d'établissement de la filiation que la reconnaissance de ce lien tel qu'établi dans les actes californiens a pu être reconnu, et non pas au seul motif que l'intérêt de l'enfant le requiert<sup>(36)</sup>. L'intérêt de l'enfant, s'il a permis semble-t-il à la cour de «neutraliser» le caractère illicite de la gestation pour autrui en droit interne, n'est donc pas selon nous le fondement autonome de la reconnaissance partielle des actes de naissance (si tel avait été le cas, les requérants auraient pu être suivis en ce qu'ils soutenaient que l'intérêt de l'enfant requérait une reconnaissance de deux liens de filiation et non d'un seul...)<sup>(37)</sup>. Ceci mérite d'être souligné pour tenter d'endiguer une tendance à faire de l'intérêt de l'enfant le fondement de diverses revendications en matière de filiation, comme si celui-ci, en tant que principe supérieur, permettait de justifier l'écartement ou la non-application des règles du Code civil, ce qui ne nous paraît pas acceptable<sup>(38)</sup>.

<sup>(35)</sup> Ou d'un des deux hommes en tous cas, *cf*r note 29 *supra*.

<sup>(36)</sup> Ainsi, nous n'adhérons pas à la position de N. GALLUS (*op. cit.*, p. 424, n° 10) dans son commentaire du jugement du tribunal civil de Huy dont appel qui considérait que «l'acte de naissance en ce qu'il établit la paternité biologique d'un des conjoints ou partenaires doit être reconnu afin de ne pas créer des effets contraires à l'intérêt supérieur de l'enfant qui, au regard du droit belge, se verrait privé de tout état civil». Si l'intérêt de l'enfant est certes un objectif à poursuivre, un objectif ne constitue pas, selon nous, en lui-même, le fondement juridique même de la demande. Cette partie de l'acte devait être reconnue parce qu'elle peut l'être au regard du raisonnement de droit international privé qui doit être opéré, et non seulement parce que l'intérêt de l'enfant le requiert.

<sup>(37)</sup> Dans le même sens, dans le jugement inédit du tribunal de première instance d'Anvers du 19 décembre 2008 (R.G. n° 08/3602/B) (*cf*r *supra* note 2) (qui admet que les actes de naissance d'enfants nés en Ukraine à la suite d'une gestation pour autrui entre une mère porteuse et un couple hétérosexuel belge permettent (même si ce n'est pas au titre d'acte de naissance) de reconnaître la paternité du père intentionnel alors que la mère devra établir sa filiation par un autre moyen car la mention de son nom dans l'acte de naissance n'aurait pas été possible en Belgique dès lors que seul le nom de la femme qui accouche aurait pu être inscrit) ce qui fonde la reconnaissance du lien de filiation paternelle et justifie le rejet de la filiation maternelle n'est pas l'intérêt de l'enfant, mais bien les possibilités existant ou n'existant pas *de lege lata* dans ce cas en droit belge de la filiation.

<sup>(38)</sup> Comme le dit très bien N. Massager («Trois ans d'application de la nouvelle loi en matière de filiation», *Act. dr. fam.*, 2010-6, p. 111, note 3) : «L'intérêt de l'enfant est un «concept phare» qui domine le droit de la famille dans son ensemble, à l'exception précisément du droit de la filiation. (...) (II) ne s'impose pas comme principe directeur du droit de la filiation : la matière de la filiation obéit à des équilibres propres élaborés



Si certains, et évidemment les demandeurs dans le cas d'espèce en premier, pourront regretter de devoir recourir à l'adoption pour que leur projet parental réalisé à l'étranger soit pleinement reconnu en Belgique, ils nous paraîtraient se tromper de cible en critiquant la décision commentée : c'est au législateur belge qu'il appartient de prendre position, et non à la jurisprudence de recréer le droit belge sous le couvert de la reconnaissance d'actes étrangers...

### III. L'ÉCLAIRAGE DES DROITS FONDAMENTAUX

9. Comme l'ont souligné les juges saisis dans cette affaire, le principe même de la gestation pour autrui et l'attitude à prendre une fois l'enfant né et confié aux parents commanditaires posent diverses questions sous l'angle des droits fondamentaux. Les droits en cause sont divers et susceptibles d'entrer en concurrence de sorte qu'il est difficile de prendre position. Sont évoqués les droits de la mère porteuse, des parents «commanditaires» et bien évidemment des enfants à naître ou nés d'une telle relation. Il y a confrontation entre ces droits individuels entre eux et entre chacun de ces droits et ceux de la société. Ils sont alors mis en balance avec l'«ordre public» qui représente des valeurs sociales communes.

S'agissant de la mère porteuse, se pose la question de sa dignité, notamment face aux gestations pour autrui rémunérées. Les parents commanditaires invoquent quant à eux leur droit au respect de leur vie familiale et privée et ce à deux égards. Il s'agit en amont de leur projet de vie familiale et en aval de la protection des liens affectifs *de facto* qu'ils ont noués avec l'enfant dont ils se considèrent comme les parents. Il y a enfin et surtout le point de vue de l'enfant dont plusieurs décisions, le ministère public ou encore certains États parties dans la jurisprudence internationale mettent en avant, d'une part, le droit à connaître ses origines, d'autre part, le droit à un environnement familial dont la configuration ne soit pas trop complexe. Il s'agit aussi de son droit à la sécurité juridique et à la reconnaissance des liens qui existent avec les parents commanditaires qui prennent soin de lui depuis sa naissance.

L'objectif de ces quelques pages consacrées aux droits fondamentaux n'est pas de proposer une solution définitive. La recherche d'une réponse équilibrée est complexe et, certainement, évolutive. Elle dépasse l'objet de cette contribution. Toutefois, isoler chacun des droits invoqués et relever ce qu'en dit la jurisprudence dans d'autres contextes permet d'aborder la gestation pour autrui en disposant d'un éclairage plus complet, sous l'angle juridique il s'entend.

Cette analyse est d'autant plus intéressante que, récemment, la Cour européenne des droits de l'homme a prononcé plusieurs arrêts portant sur des problèmes connexes à la gestation pour autrui, tels que la fécondation *in vitro* ou l'adoption. Cette jurisprudence contient des enseignements en ce qui concerne le point de vue des parents commanditaires et celui de l'enfant. Elle peut inspirer

---

par le législateur dans le sens d'une protection de l'intérêt de l'enfant par le biais de normes particulières et d'institutions juridiques spécifiques (...)».



celles et ceux qui réfléchissent à la légalité de la gestation pour autrui tant au regard des litiges présents que de manière prospective. L'on abordera successivement le point de vue de la mère porteuse (A), celui des parents commanditaires (B) et enfin celui de l'enfant (C).

#### A. *Le point de vue de la mère porteuse*

10. Le tribunal de première instance de Huy et la cour d'appel ont intégré dans leur appréciation de l'ordre public la prise en compte de la dignité de la mère porteuse. Le premier cite l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, ainsi que l'article 23 de la Constitution qui consacre le droit de chacun de mener une vie conforme à la dignité humaine. Les deux juges soulignent que la gestation pour autrui suscite de sérieuses objections du point de la vue de la dignité et du bien-être de la femme «porteuse». Le tribunal de première instance se réfère notamment à l'avis n° 30 du 5 juillet 2004 du Comité consultatif de la bioéthique<sup>(39)</sup>. Cet avis fait le point sur les difficultés pratiques et juridiques que pose la gestation pour autrui. Il fait également la synthèse des problèmes médicaux et psychologiques qu'elle peut engendrer. Parmi ceux-ci figurent l'attachement de la mère porteuse à l'enfant, les difficultés relationnelles que la gestation pour autrui peut entraîner dans l'environnement de tous les protagonistes et entre eux. Il tente aussi d'identifier les risques qu'une telle convention comporte pour l'enfant à naître. Contrairement à ce que laisse entendre le tribunal, l'avis du Comité consultatif ne se conclut pas par une opposition à cette technique mais tente de proposer un cadre tout en faisant des recommandations moyennant le respect desquelles la gestation pour autrui pourrait être admise.

La position défavorable des juges face à la gestation pour autrui est en tout cas nette vis-à-vis des gestations pour autrui convenues à titre onéreux. Le tribunal de première instance de Huy cite l'article 21 de la Convention européenne sur les droits de l'homme et la biomédecine<sup>(40)</sup> selon lequel le corps humain et ses parties ne peuvent pas en tant que tel être sources de profit. Cette Convention n'a pas été signée par la Belgique. Il la cite comme utile à l'interprétation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme dès lors que cette Convention a été ratifiée par vingt-cinq pays membres du Conseil de l'Europe. Le tribunal de première instance et à sa suite la cour d'appel de Liège procèdent à une analogie avec la loi belge du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée. Cette dernière impose le caractère gratuit du don d'embryons surnuméraires ou de gamètes de même que leur affectation à un programme de recherche.

Le tribunal de première instance concède que dans d'autres pays, la situation est différente notamment aux États-Unis où la gestation pour autrui est réglemen-

<sup>(39)</sup> <https://portal.health.fgov.be/.../comitees1.../avis30-gestation-pour-autrui.pdf>.

<sup>(40)</sup> Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, STCE n° 164, signée à Oviedo le 4 avril 1997, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 1999. Voy. cette Convention à l'adresse suivante : <http://conventions.coe.int/treaty/Commun/>.



tée dans plusieurs États et donne lieu à des pratiques commerciales. Le tribunal de première instance de Huy se montre également préoccupé par le fait que beaucoup de mères porteuses proviennent de manière disproportionnée de classes économiquement faibles, ce qui encourage une forme de tourisme procréatif vers des pays où le niveau de vie est moins élevé que le nôtre.

La Cour européenne des droits de l'homme ne s'est pas prononcée sur la gestation pour autrui. Par contre, dans l'affaire *S.H. c. Autriche*<sup>(41)</sup>, elle a eu à répondre à un argument du gouvernement autrichien selon lequel la fécondation *in vitro* réalisée au moyen d'un don d'ovules pouvait conduire d'une part à un danger pour les donneuses et d'autre part à un risque d'exploitation de celles-ci. Les requérants demandaient à la Cour de se prononcer au sujet de la violation des articles 8 et 14 de la Convention découlant de l'application des articles de la loi autrichienne sur la procréation artificielle. Ces dispositions interdisaient l'utilisation d'ovules de donneuses tierces et de sperme de donneurs tiers dans le cadre d'une fécondation *in vitro* alors qu'il s'agissait des seules techniques médicales qui leur auraient permis de concevoir des enfants. Il ne s'agissait pas d'un cas de gestation pour autrui mais bien de don d'ovules et de sperme aux fins de procréation.

Le don d'ovule est évidemment une technique moins lourde que la gestation pour autrui. Les prestations attendues de la donneuse sont infiniment moindres. Toutefois, la réponse donnée par la Cour peut être source d'inspiration. La Cour admet que le risque associé à de nouvelles techniques dans un secteur sensible doit être pris en considération sérieusement et qu'il appartient en premier lieu au législateur interne de mesurer le risque en pesant les intérêts publics et privés et les dangers auxquels il faut faire face. Toutefois, une interdiction complète des techniques médicales en cause ne serait pas proportionnée à moins qu'il soit démontré qu'il s'agit du seul moyen de prévenir les risques. Dans le cas présent, la Cour n'est pas persuadée qu'une interdiction totale est le seul moyen dont disposait le législateur autrichien. Dès lors que la loi sur la procréation artificielle réserve ce type d'intervention à des médecins spécialistes qui ont une connaissance particulière et une expérience dans ce domaine et sont eux-mêmes liés par des règles éthiques de leur profession, la Cour considère que la prohibition du don de sperme et d'ovules ne peut être considérée comme étant le seul moyen ou le moyen le moins intrusif de poursuivre l'objectif poursuivi. En ce qui concerne le risque d'exploitation des femmes et d'abus de ces techniques, la Cour considère que ce n'est pas un argument qui concerne spécifiquement les techniques de procréation médicalement assistée mais il concerne les techniques de procréation artificielle en général. De surcroît, un abus potentiel même s'il doit évidemment être combattu n'est pas une raison suffisante pour interdire une technique de procréation dans son ensemble. La Cour note d'ailleurs que la rémunération du don d'ovules et de sperme est interdite par la loi autrichienne. La Cour semble juger pertinente la gratuité de l'opération.

---

<sup>(41)</sup> Cour eur. D.H., *S. et H. c. Autriche*, req. n° 57813/00, arrêt du 1<sup>er</sup> avril 2010, demande de saisine de la grande chambre.



### B. *Le point de vue des parents commanditaires*

11. Les parents commanditaires peuvent invoquer la protection de leur vie privée et familiale. Celle-ci peut être envisagée sous deux angles : l'intérêt au respect de leur projet et celui au respect des liens qu'ils ont pu nouer avec l'enfant.

#### — *Le projet de filiation*

12. Les récentes évolutions de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme permettent aujourd'hui de soutenir qu'un projet de création d'un lien familial entre dans le champ d'application de l'article 8. Tel est le cas tant en ce qui concerne la filiation biologique qu'au regard de la filiation adoptive.

La cour juge que la notion de vie privée au sens de l'article 8 est un concept large qui comprend entre autres le droit d'établir et de développer des relations avec d'autres personnes. Ainsi par exemple, dans l'affaire *Dickson contre le Royaume-Uni*<sup>(42)</sup>, la Cour avait jugé que l'article 8 était applicable face à un refus de faciliter l'insémination artificielle des demandeurs, un prisonnier et sa femme, dès lors que l'insémination artificielle était un moyen pour leur permettre de mener une vie privée et une vie familiale et de devenir des parents. Il s'ensuit que la Cour considère que le droit d'un couple de concevoir un enfant et de faire usage de la procréation médicalement assistée est un objectif qui entre dans le champ d'application de l'article 8 puisqu'il s'agit d'une expression claire de la vie privée et de la vie familiale. La Cour confirme cette analyse dans le récent arrêt *S.H. et autres contre Autriche* prononcé le 1<sup>er</sup> avril 2010<sup>(43)</sup>.

Les projets de filiation biologique sont également une manifestation de la vie privée ou familiale. Si l'arrêt *Fretté contre France*<sup>(44)</sup> avait posé pour principe que «*la Convention ne garantit pas, en tant que tel, un droit d'adopter*»<sup>(45)</sup>, il avait été rendu au terme d'un vote partagé qui laissait augurer de nouveaux développements. Par un arrêt rendu en grande chambre le 22 janvier 2008, la Cour a conclu à la violation des articles 8 et 14 invoqués par une requérante, candidate à l'adoption, qui avait fait état de son homosexualité<sup>(46)</sup>. La Cour ne s'y montre pas affirmative quant à la question de savoir si «*le droit d'adopter, compte tenu notamment de l'évolution de la législation en Europe et du fait que la Convention est un instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions actuelles [...] doit ou*

<sup>(42)</sup> Cour eur. D.H. (gr. ch.), *Dickson c. Royaume-Uni*, req. n° 44362/04, 4 décembre 2007, §66. «La Cour estime que l'article 8 est applicable aux griefs des requérants en ce que le refus de l'insémination artificielle concerne leur vie privée et familiale, ces notions incluant le droit au respect de leur décision de devenir parents génétiques». Voy. également *Kalachnikov c. Russie* (déc.), n° 47095/99, CEDH 2001 XI, *Aliev c. Ukraine*, n° 41220/98, §§187-189, 29 avril 2003, et *Evans c. Royaume-Uni* (gr. ch.), n° 6339/05, §§71-72, 10 avril 2007).

<sup>(43)</sup> Req. n° 57813/00. Une demande de saisine de la grande chambre est pendante dans ce dossier.

<sup>(44)</sup> Cour. eur. D.H., arrêt *Fretté c. France*, 26 février 2002, req. n° 36515/97.

<sup>(45)</sup> §32.

<sup>(46)</sup> Cour eur. D.H., arrêt *E.B. c. France*, 22 janvier 2008, req. n° 43.546/02 et le commentaire de P. MARTENS, «L'égalité devant l'adoption», *J.L.M.B.*, 2008/13, pp. 548 et s.



*non entrer dans le champ d'application de l'article 8 de la Convention pris isolément*». Elle indique ne pas avoir à trancher cette question mais elle conclut néanmoins à la violation de l'article 8 combiné à l'article 14.

— *Les liens affectifs*

13. La réalité et l'intensité des liens affectifs qui peuvent se nouer entre les parents commanditaires et l'enfant qu'ils considèrent comme le leur fait également l'objet d'une protection sous l'angle de l'article 8.

L'arrêt *Wagner contre Luxembourg*<sup>(47)</sup> prononcé par la Cour européenne des droits de l'homme le 28 juin 2007 permet d'inclure des liens existants *de facto* dans la vie familiale protégée par l'article 8. Il faut toutefois souligner la réserve implicitement formulée par la Cour quant à la bonne foi de la requérante. Cette réserve pourrait conduire la Cour à une approche moins favorable si les liens s'étaient construits à la faveur d'une fraude.

L'on peut également citer le récent arrêt *Moretti et Benedetti contre Italie* du 27 avril 2010. Dans cette affaire, les requérants étaient des ressortissants italiens, mariés. Ils agissaient au nom d'une jeune fille qui avait été placée dans leur foyer peu de temps après sa naissance. Rapidement, les requérants ont adressé une demande d'adoption spéciale au tribunal pour enfants de Venise. Le tribunal a toutefois fait adopter l'enfant par une autre famille. En ce qui concerne la vie familiale, la Cour européenne a jugé que son existence était une question de fait dépendante de l'existence de liens personnels étroits. La vie de famille peut englober des liens familiaux *de facto* lorsque les parties cohabitent en dehors de tout lien marital. Le droit au respect de la vie familiale protège les relations *de facto* effectives en tenant compte du temps vécu ensemble, de la qualité des relations ainsi que le rôle assumé par l'adulte envers l'enfant. La Cour note que les requérants ont accueilli l'enfant âgé d'un mois dans leur famille. Pendant 19 mois, ils ont vécu avec l'enfant les premières étapes importantes de sa vie. La Cour souligne qu'à l'instar de l'affaire *Wagner*, les requérants se sont comportés à l'égard de l'enfant comme si des liens familiaux légaux existaient entre eux. La Cour considère alors qu'il y a vie familiale. Elle conclut à la violation de l'article 8, même si, en fin de compte, l'enfant continue à vivre dans la famille qui l'a adopté, les requérants ayant estimé que cette solution était de son intérêt, vu l'écoulement du temps.

Une affaire plus ancienne *Pini et Bertani contre Roumanie*<sup>(48)</sup> incite à se situer en amont de l'arrivée de l'enfant, dès la conclusion du contrat de gestation pour autrui, fût-ce à titre gratuit. Si l'on devait admettre la légalité de celui-ci, en découleraient alors des liens familiaux potentiels. L'affaire *Pini et Bertani* concernait l'adoption. Bien que des décisions d'adoption définitives aient été rendues par des juridictions roumaines, les deux enfants n'avaient jamais été remis à leurs

<sup>(47)</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Wagner c. Luxembourg*, 28 juin 2007, req. n° 76240/01.

<sup>(48)</sup> Cour eur. D.H., *Pini et Bertani c. Roumanie*, arrêt du 22 juin 2004, req. n°s 78028/01 et 78030/01.



parents adoptifs par l'institution les hébergeant. L'existence d'une vie familiale à protéger était contestée par l'État roumain et par des tiers intervenant à la procédure. Les parents adoptifs invoquaient les décisions juridictionnelles et les quelques contacts qu'ils avaient eus avec les enfants et avaient tenté d'avoir. La Cour souligne, d'une part, que des décisions définitives existent, que celles-ci sont régulières et conduisent en droit international et en droit interne au transfert de l'autorité parentale. Elle note, d'autre part, que si le droit à l'adoption n'existe pas et si la vie familiale projetée n'est en principe pas protégée par l'article 8, les liens adoptifs sont des liens familiaux au sens de l'article 8 et leur caractère potentiel n'empêche pas leur prise en considération dès lors qu'ils ne sont pas fictifs. Il s'en suit qu'il y a vie familiale au sens de l'article 8 même si elle n'est pas effective sur le plan factuel. Certes, la protection due à celle-ci n'est pas absolue et peut être limitée dans le cadre prescrit par l'article 8, §2, notamment au nom de l'intérêt de l'enfant ou, en cas de gestation pour autrui, de la mère porteuse et le cas échéant de l'enfant. La reconnaissance d'un lien familial engage la cour à l'analyse de la situation sous l'angle du paragraphe 2 de l'article 8 et du contrôle de légitimité et de proportionnalité qu'il prescrit.

Il pourrait se déduire de cette jurisprudence que les liens qui se nouent entre les parents commanditaires et l'enfant bénéficient d'une forme de protection dès la conception du projet. Ils sont renforcés lorsque l'enfant intègre leur sphère familiale. Il s'impose dès lors d'analyser si un refus de donner suite à un tel projet, notamment sur plan légal, est une ingérence conforme à l'article 8, §2. Il faut en tout cas qu'elle soit prévue par la loi et nécessaire à l'un des objectifs limitativement énumérés dans ce second paragraphe. Si une réponse positive est réservée à ces deux questions, il faut encore que le moyen utilisé soit proportionnel à l'objectif poursuivi. Outre qu'elle puisse être jugée souhaitable, l'applicabilité de l'article 8 rend en tout état de cause indispensable l'intervention du législateur.

### C. *Le point de vue de l'enfant*

14. Plusieurs questions se posent du point de vue des droits de l'enfant : celui de connaître ses origines, celui de grandir dans un environnement épanouissant mais également le droit à la protection de ses liens affectifs *de facto*, le droit à la sécurité juridique, à la non-discrimination. Certains de ces droits peuvent être contradictoires. Ainsi, le droit de connaître ses origines pourrait conduire à l'interdiction de la gestation pour autrui dans un régime légal où l'identité de la mère porteuse serait inconnue. Le droit à la sécurité juridique milite au contraire en faveur de l'établissement d'une filiation plutôt qu'en la subsistance de situations boiteuses. Il s'agit à nouveau ici de sérier les problèmes pour faciliter la recherche d'une solution équilibrée sans pour autant prétendre la détenir.

#### — *Le droit de connaître ses origines*

15. Le tribunal de première instance de Huy fait référence à la Convention internationale relative aux droits de l'enfant pour soutenir que la pratique de la maternité de substitution pose de sérieuses objections quant à la continuité de la

parentalité en ce compris la maternité et quant à la responsabilité des parents à l'égard des enfants. Il cite l'article 7 de la Convention qui prévoit que l'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a le droit dès celle-ci dans la mesure du possible de connaître ses parents et d'être élevé par eux. Le tribunal concède toutefois que l'interprétation de cette disposition ne permet pas de déterminer clairement si au sens de l'article 7 les parents sont les parents biologiques ou le cas échéant la personne qui partage la vie de l'enfant ou encore les parents commanditaires.

En ce qui concerne le droit de l'enfant de connaître ses origines, il peut être fait référence à l'arrêt *Odièvre*<sup>(49)</sup> prononcé par la Cour européenne des droits de l'homme au sujet de la législation française qui autorise l'accouchement sous X. Il n'est pas fait référence à cet arrêt dans le jugement du tribunal de première instance de Huy. La grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que le refus de divulguer l'identité des parents biologiques ne violait pas l'article 8 de la Convention. Il s'agit d'un arrêt partagé, rendu par dix voix contre sept. La Cour estime qu'il n'y a violation ni de l'article 8 protégeant la vie privée et la vie familiale ni de l'article 8 combiné à l'article 14 relatif à l'interdiction de la discrimination.

Le droit au respect de la vie privée protège notamment le droit à l'épanouissement personnel dont peut faire partie l'intérêt vital à obtenir des informations nécessaires à la découverte de la vérité concernant un aspect important de son identité personnelle, soit par exemple l'identité de ses géniteurs. Les intérêts en présence confrontent, d'une part, ce droit à la connaissance de ses origines et, d'autre part, l'intérêt de la femme à conserver l'anonymat pour sauvegarder sa santé en accouchant dans des conditions médicalement appropriées. Il faut également tenir compte de l'intérêt des tiers et de leur protection, essentiellement les parents adoptifs, le père ou le restant de la famille biologique.

La Cour a jugé que les États disposent d'une marge d'appréciation dans le choix des mesures de nature à garantir le respect de l'article 8, notamment eu égard à la diversité des pratiques nationales. De surcroît, la requérante a eu accès à des informations non identifiantes sur sa mère et sur sa famille biologique de manière à établir quelques racines de son histoire dans le respect de la préservation des intérêts des tiers. La législation française tente dès lors d'établir un juste équilibre entre les intérêts en cause. La France n'a pas excédé la marge d'appréciation qui doit lui être reconnue en raison du caractère complexe et délicat de la question que soulève le secret des origines au regard des droits de chacun à son histoire, du choix des parents biologiques et du lien familial existant à l'égard des parents adoptifs.

Cet arrêt est cité par la Cour européenne dans la récente affaire *S.H. c. Autriche*<sup>(50)</sup>. Le Gouvernement autrichien invoquait l'argument selon lequel les enfants peuvent avoir un intérêt légitime à être informés au sujet de leurs origines. La Cour dit ne pas être persuadée par cet argument. Elle considère que le respect

---

<sup>(49)</sup> Cour eur. D.H. (gr. ch.), *Odièvre c. France*, req. n° 42326/98, arrêt du 13 février 2003.

<sup>(50)</sup> Req. n° 57813/00.

de la vie privée requiert qu'une personne soit capable de disposer des détails au sujet de son identité. Cela inclut le fait d'obtenir des informations nécessaires pour découvrir la vérité concernant certains aspects de son identité personnelle comme l'identité des parents. Toutefois, ce droit n'est pas un droit absolu.

— *Les relations non usuelles*

16. Il peut être difficile pour l'enfant de se situer au sein de relations familiales multiples entre une mère porteuse et les parents commanditaires auprès desquels il grandit. Cet argument est en partie rencontré par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *S.H.* Le Gouvernement autrichien invoquait que la fécondation *in vitro* peut mener à des questions liées aux relations non usuelles qui vont exister entre l'enfant et sa mère légale, d'une part, et la femme qui a fourni l'ovule, d'autre part. La Cour souligne que le lien de filiation va être établi de manière certaine avec la mère qui accouche de sorte qu'il n'est pas possible que deux personnes invoquent qu'elles sont les mères biologiques de l'enfant.

La Cour souligne que le fait de maintenir une certaine sécurité légale dans le domaine de la vie familiale en conservant certains schémas classiques présente certains mérites<sup>(51)</sup>. Toutefois, l'existence de relations familiales non usuelles au sens large est aujourd'hui bien connue des ordres juridiques des États membres. Les relations familiales qui ne suivent pas la relation typique parent-enfant basée sur un lien biologique ne sont rien de nouveau et ont toujours existé dans le passé depuis l'institution de l'adoption qui crée une relation entre des personnes sans avoir égard à la descendance mais sur la base d'un contrat qui supprime ou remplace les relations biologiques. La Cour considère dès lors qu'il n'y a pas d'obstacle insurmontable à mener des relations familiales qui résultent de l'utilisation avec succès des techniques de procréation artificielle et ce au regard des schémas généraux de la famille.

— *Les liens affectifs de facto et la sécurité juridique*

17. L'impératif bien légitime de protéger l'enfant ne peut uniquement se fonder sur la prévention de potentiels problèmes de construction de son identité affective et personnelle. Il ne s'agit pas de nier l'importance de ceux-ci et la nécessité d'y avoir égard. Leur prise en compte ne doit cependant pas se faire au détriment d'une gestion pratique et effective de sa situation actuelle. Refuser l'existence même d'un lien de filiation, comme l'avait fait le premier juge, assure peut-être le respect du premier impératif mais nie totalement le second, à savoir la gestion pratique et effective de la situation actuelle... Laisser un enfant empêtré dans une situation juridique boiteuse ne paraît pas respectueux de ses droits même si ces difficultés légales sont la conséquence d'un souci légitime. Quelle que soit la solution que le législateur adoptera, elle devra aussi tenir compte de cette réalité. Le message ne peut évidemment être qu'il suffit de créer une situation de fait pour

---

<sup>(51)</sup> §80.

que les autorités soient ensuite obligées de lui donner vie juridique au risque, dans le cas contraire, de porter atteinte aux droits de l'enfant à sa sécurité juridique; il ne s'agit pas de régulariser de manière systématique des situations illégales. Il s'agit par contre de procéder à une analyse complète de la proportionnalité, en mettant dans la balance l'ensemble des droits en cause. Il s'agit aussi de créer des solutions juridiques pour ceux qui ne verront pas leur lien établi mais qui ne pourront plus faire marche arrière puisqu'il n'y a pas d'alternative. La solution de l'adoption peut être un moyen d'assurer à l'enfant la sécurité juridique et la reconnaissance des liens qu'il a noués avec ses «parents». Une forme de tutelle, telle la tutelle officieuse, pourrait peut-être être envisagée mais les conséquences juridiques que le droit belge en déduit actuellement, tant sur le plan des droits sociaux ou administratifs que des effets en droit civil, n'en font pas une solution suffisamment complète. L'on ne peut en tout cas se contenter de s'opposer à la reconnaissance, sans rechercher une solution adaptée. À défaut, l'enfant risque de cumuler les deux dangers que l'on voulait éviter : l'absence d'identité et l'absence de sécurité.

#### CONCLUSION

18. La vraie question sera donc sans doute de savoir ce que le législateur choisira de faire. Car même s'il décide d'encadrer la pratique existante dans notre pays de la gestation pour autrui en en définissant les conditions et les effets, sachant qu'il faudra à la fois qu'il s'attache à l'épineuse question de la validité ou non du contrat<sup>(52)</sup> ainsi qu'au mode d'établissement du lien juridique de filiation avec l'enfant, les propositions déposées jusqu'ici prévoyant tantôt le maintien du recours à l'adoption<sup>(53)</sup>, tantôt une formule nouvelle de «pré-adoption» découlant d'un contrat de gestation pour autrui réalisé dans les conditions qui seraient posées par la loi<sup>(54)</sup>, tantôt l'établissement de la filiation directement par la mention dans l'acte de naissance du nom des parents d'intention repris dans une convention notariée<sup>(55)</sup>. Encore faudra-t-il aussi que le législateur définisse clairement les conditions de réception dans notre ordre juridique belge de filiations qui seraient établies à l'étranger à d'autres conditions et par d'autres modes que ceux qu'il aura retenus. À défaut, toute réglementation pourrait bien être un leurre car les

---

<sup>(52)</sup> Certaines propositions déposées sous la précédente législature (citées à la note 16) prévoyaient de conserver pour principe la nullité des conventions de gestation pour autrui mais de prévoir des conditions strictes dans lesquelles elles seraient valables, sans pour autant aborder la difficile question d'une possible exécution forcée ou non du contrat.

<sup>(53)</sup> À défaut de prévoir d'autres dispositions spécifiques quant à la filiation de l'enfant, *cfr* par exemple proposition de loi relative à la maternité pour autrui de M. P. Mahoux, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord., 2007-2008, n° 4-633/1.

<sup>(54)</sup> Proposition de loi réglementant la maternité de substitution de M. P. Vankrunkelsven, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr., 2007, n° 4-193/1, reprise par la proposition de loi réglementant la maternité de substitution déposée le 9 septembre 2010 par B. Tommelein et consorts, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr., 2010, n° 5-130/1.

<sup>(55)</sup> Proposition de loi relative aux mères porteuses de M<sup>me</sup> C. Defraigne, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord., 2007-2008, n° 4-308/1.

candidats belges ne remplissant pas les conditions qui seraient définies par la loi belge ne manqueraient pas de recourir à la gestation pour autrui dans des pays plus «libéraux» en la matière. Et nos cours et tribunaux seraient alors confrontés, encore et encore, à la délicate question qui se posait ici à la cour d'appel de Liège, même si ce serait en des termes quelque peu différents...

Caroline HENRICOT  
Sylvie SAROLÉA  
Jehanne SOSSON

