

La gestation pour autrui : brève synthèse des réflexions relatives à un éventuel encadrement législatif

par Geoffrey Willems

*Assistant et doctorant au Centre de droit de la personne,
de la famille et de son patrimoine*

INTRODUCTION

La gestation pour autrui désigne la situation où une femme, la mère porteuse, s'engage à porter un enfant pour le compte d'autres personnes, les parents d'intention. Par-delà une certaine confusion terminologique autour du procédé¹, il importe surtout de distinguer les processus dits de « basse technologie » où la mère porteuse procure ses ovules et les processus dits de « haute technologie » où les ovules sont procurés par la mère d'intention ou une donneuse. Dans tous les cas, le procédé pose des questions juridiques particulièrement délicates qui justifient la constante attention doctrinale dont bénéficie le sujet.

Le Centre de droit de la personne, de la famille et de son patrimoine et le Centre de droit médical et biomédical de l'Université catholique de Louvain ont contribué à cette émulation scientifique en organisant à Louvain-la-Neuve, le 24 avril 2012, un colloque dont l'objet était précisément de s'interroger — dans un contexte où diverses propositions avaient été soumises à nos assemblées parlementaires — sur les différents enjeux à prendre en considération dans le cadre d'une éventuelle intervention du législateur. Deux années plus tard, aucun texte n'a encore été adopté et il est probable que les propositions qui avaient été analysées au colloque d'avril 2012 devront être à nouveau déposées dans le cadre de la prochaine législature. Dans le même temps, en France, la question des procréations assistées en général et de la gestation pour autrui en particulier a contribué à la polémique qui a abouti début janvier 2014 au report de l'examen du projet de « loi sur la famille ».

Dans ce contexte, qui continue de traduire les hésitations des responsables politiques face à la G.P.A., il n'est pas inutile de revenir brièvement sur les principales problématiques juridiques induites par le procédé. Tel est l'objet,

¹ E. DOS REIS, G. RUFFIEUX, J. TEREL et G. WILLEMS, « La maternité de substitution », in *Parenté, filiation, origines : le droit et l'engendrement à plusieurs*, H. FULCHIRON et J. SOSSON (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 170 ; G. SCHAMPS et J. SOSSON, « Introduction », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, G. SCHAMPS et J. SOSSON (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 2-4.

modeste, de la présente contribution. Après avoir rappelé l'état du droit positif belge (I), nous mettrons ainsi en évidence les difficultés essentielles qui se présentent au législateur (II). Nous soulignerons ensuite l'intérêt que peut présenter l'analyse comparée pour la réflexion sur ces difficultés (III) de même que la nécessité de penser celles-ci dans la perspective spécifique des droits de l'homme (IV). Le lecteur intéressé par cette problématique et désireux d'en approfondir l'étude consultera avec profit les actes du colloque d'avril 2012 qui ont été publiés en 2013 sous la coordination des professeurs Geneviève Schamps et Jehanne Sosson ² et auxquels il sera en tout état de cause souvent renvoyé dans les développements qui suivent.

I. — LE DROIT ACTUEL : UNE CONSTRUCTION JURISPRUDENTIELLE

1. La G.P.A. n'est dans notre pays ni expressément interdite ni expressément autorisée : elle n'est directement visée par aucune disposition de droit civil ou de droit médical. Dans ce contexte, en vertu du principe suivant lequel ce qui n'est pas interdit est permis, des processus sont effectivement mis en œuvre dans un petit nombre de centres spécialisés en fertilité. C'est notamment le cas du Centre hospitalier universitaire (C.H.U.) Saint-Pierre ³ et l'hôpital de la Citadelle à Liège ⁴. Par ailleurs, des Belges mettent régulièrement en œuvre des processus procréatifs internationaux en recourant aux services de mères porteuses étrangères.

Si le processus médical n'est pas interdit, il n'en reste pas moins que dans une perspective de droit civil classique, le contrat de gestation pour autrui est entaché de nullité, dès lors qu'il méconnaît *a priori* ⁵ les principes de l'indisponibilité du corps et de l'état ⁶.

Cette fragilité du contrat passé entre les parents d'intention et la mère porteuse n'empêche pas que le droit belge de la filiation et de l'adoption soit, dans la pratique, mobilisé pour produire des solutions de rattachement de l'enfant mis au monde par G.P.A. à ses parents intentionnels. Le droit de la filiation *sensu stricto* n'offre certes que des solutions limitées dans le contexte de la gestation pour autrui : si la mère porteuse n'est pas mariée,

² G. SCHAMPS et J. SOSSON, *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, *op. cit.*, 458 p.

³ C. AUTIN, « Gestation pour autrui : expérience d'un centre belge de procréation médicalement assistée », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, *op. cit.*, p. 9.

⁴ Proposition de loi relative à la maternité pour autrui, développements, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2010, n° 5-236/1, p. 2.

⁵ *Contra* : G. GÉNICOT, « Gestation pour autrui, autonomie personnelle et maîtrise corporelle : plaidoyer pour un droit neutre et libéré », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, *op. cit.*, pp. 164 et s.

⁶ N. GALLUS, « La validité de la convention de gestation pour autrui en droit belge actuel », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, *op. cit.*, pp. 182-191.

le père d'intention pourra procéder à la reconnaissance de l'enfant. Par contre, la filiation maternelle ne peut être attribuée à la mère d'intention suivant les procédures du droit de la filiation : il convient de recourir à l'adoption ⁷.

Les parents d'intention peuvent donc en principe mettre en œuvre la reconnaissance de l'enfant par son père d'intention, puis son adoption par la mère d'intention ⁸. Si la mère porteuse est mariée et que l'enfant est donc initialement rattaché à son mari au titre de la présomption de paternité, une adoption conjointe est possible ⁹. Dans tous les cas, la question principale est celle de l'existence de « justes motifs » fondant l'adoption. Sur ce point, « la jurisprudence, après une approche initialement restrictive, est devenue, au fil des années, de plus en plus permissive » ¹⁰.

La question se complique évidemment lorsqu'il a été fait recours à l'étranger — par exemple en Ukraine ¹¹ ou en Californie ¹² — à une mère porteuse vraisemblablement rémunérée ou lorsqu'une mère porteuse belge a été effectivement payée ¹³ pour porter l'enfant des parents d'intention. Les tribunaux de la jeunesse d'Anvers et de Huy ont tous deux accepté de prononcer l'adoption de l'enfant malgré la rémunération de la gestatrice (dans l'affaire anversoise, les parents avaient payé 30.000 EUR à un cabinet d'avocats ukrainien). Par contre, la Cour d'appel de Gand a jugé, dans un contexte où la mère porteuse avait reçu 1.600 EUR mensuels en échange de ses prestations, que l'adoption subséquente de l'enfant par la mère d'intention ne reposait pas sur de justes motifs ¹⁴...

II. — LE DROIT FUTUR : LES PROPOSITIONS LÉGISLATIVES

Dans le cadre des travaux qui ont abouti au colloque d'avril 2012, quatre propositions législatives ont été examinées émanant respectivement de parle-

⁷ J. SOSSON et G. MATHIEU, « L'enfant né d'une gestation pour autrui : quelle filiation ? Quels liens avec la mère porteuse ? », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, op. cit., pp. 374-375.

⁸ Trib. jeun. Bruxelles, 4 juin 1996, *T. Gez.*, 1997-1998, p. 124, obs. E. MONTERO, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1182 ; Trib. jeun. Bruxelles, 12^e ch., 6 mai 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1083, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 172, note J. SOSSON.

⁹ Trib. jeun. Turnhout, 4 octobre 2000, *R.W.*, 2001-2002, p. 206, note F. SWENNEN.

¹⁰ G. VERSCHelden et L. PLUYM, « Chronique de jurisprudence belge concernant la gestation pour autrui (droit interne) », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, op. cit., p. 202.

¹¹ Trib. jeun. Anvers, 7^e ch., 22 avril 2010, *T. Fam.*, 2012/2, p. 43, note L. PLUYM.

¹² Trib. jeun. Huy, 11^e ch., 22 décembre 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 403, note.

¹³ Gand, jeun., 15^e ch., 30 avril 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 831 (somm.), *R.G.D.C.*, 2012, p. 372, note G. VERSCHelden, *T. Fam.*, 2013, p. 140, note L. PLUYM, *T.J.K.*, 2012, p. 261, note L. PLUYM.

¹⁴ G. VERSCHelden et L. PLUYM, « Chronique de jurisprudence belge... », op. cit., p. 208.

mentaires de l'Open VLD ¹⁵, du MR ¹⁶, du PS ¹⁷ et du SP.a ¹⁸. Pour l'analyse de ces différents textes, quatre thématiques particulièrement importantes ont été désignées qui paraissaient mériter une étude approfondie.

La première question est celle de l'accès au processus : qui peut recourir à la gestation pour autrui ? À cet égard, Marie-Noëlle Derèse a relevé que de manière générale, les conditions posées par les différentes propositions de loi manquaient parfois de clarté. Sur le fond, par-delà l'exclusion unanime du recours à la gestation pour autrui motivé par des raisons de convenance, les textes considérés adoptent des positionnements diversifiés, notamment sur les questions fondamentales de l'origine des gamètes utilisés, du « profil » (*quid* d'un parent d'intention célibataire ou de parents d'intention homosexuels ?) ou de l'âge des parents d'intention. Sur ces multiples terrains, il y aura nécessairement lieu de passer les options envisagées au crible de l'exigence de non-discrimination ¹⁹.

La seconde question est celle de la pertinence de l'outil contractuel et de l'éventuel cadre formel et substantiel à mettre en œuvre. Ainsi, de manière générale, l'extension du domaine de la disponibilité ne se conçoit pas sans une accentuation corrélative des exigences de forme et de fond qui encadrent l'expression de la volonté ou l'accord des volontés. Toute réflexion sur la gestation pour autrui doit dès lors prendre notamment en considération tant les questionnements liés au mode de formation de la convention (faut-il par exemple prévoir un mécanisme de contrôle de la convention par un juge ou une instance éthique ?) que les interrogations relatives au contenu du contrat (faut-il, par exemple, prévoir un certain nombre de prescriptions obligatoires ?). De même, l'on ne saurait faire l'économie d'une réflexion en profondeur sur le caractère éventuellement onéreux de la convention et sur les modalités de résolution et d'exécution forcée du contrat de gestation pour autrui ²⁰.

La réflexion législative doit en troisième lieu porter sur la question particulièrement délicate du mode de rattachement des enfants nés par G.P.A. au(x) parent(s) d'intention, laquelle trouve à s'inscrire dans un mouvement beaucoup plus vaste de réflexions sur les fondements de la filiation juri-

¹⁵ Proposition de loi réglementant la maternité de substitution, déposée par M. B. Tommelein et consorts, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 2010, n° 5-130.

¹⁶ Proposition de loi relative aux mères porteuses, déposée par Mme Ch. Defraigne, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 2010, n° 5-160.

¹⁷ Proposition de loi relative à la maternité pour autrui, déposée par M. Ph. Mahoux, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 2010, n° 5-236.

¹⁸ Proposition de loi portant organisation des centres de maternité de substitution, déposée par Mme M. Temmerman et M. G. Swennen, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2010-2011, n° 5-929.

¹⁹ M.-N. DERÈSE, « L'accès à la gestation pour autrui », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, *op. cit.*, pp. 294 et s.

²⁰ G. SCHAMPS et G. WILLEMS, « La convention de gestation pour autrui entre autonomie de la volonté, ordre public et droits fondamentaux : quelles garanties formelles et substantielles », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, *op. cit.*, pp. 325 et s.

dique. Ainsi, comme a pu le souligner le professeur Hugues Fulchiron, l'on assiste aujourd'hui, dans un « nouveau monde en gestation », à une remise en cause fondamentale des « piliers sur lesquels étaient construits le système de parenté traditionnel et, par conséquent, le droit de la filiation »²¹. À propos des propositions belges relatives à la G.P.A., Jehanne Sosson et Géraldine Mathieu ont pu identifier deux « logiques » concevables : la première consistant à organiser une « filiation *ab initio* » entre l'enfant et les parents d'intention ; la seconde tendant à « adjoindre une filiation adoptive en complément ou en “remplacement” d'une filiation d'origine qui n'est pas occultée »²².

Enfin, une législation relative à la G.P.A. ne saurait faire l'économie de dispositions de droit international privé. Aujourd'hui, l'incertitude du droit positif belge à l'égard de la G.P.A. « contamine » d'une certaine manière l'application des règles du D.I.P. — en particulier celle des concepts d'« ordre public international » et de « fraude à la loi » — en sorte qu'il est « difficile au juge ou à l'autorité belge de se faire une religion »²³. Si elle se dotait d'une réglementation en la matière, la Belgique — qui accueille déjà certains projets procréatifs étrangers, surtout français²⁴ — pourrait devenir une destination de « tourisme procréatif »²⁵. En sens inverse, il y aurait lieu de prendre position sur les processus qui seraient accomplis à l'étranger dans des conditions différentes de celles prévues par le régime belge²⁶. À ce stade pourtant, relève Caroline Henricot, « les propositions de loi examinées [...] n'ont fait qu'effleurer l'aspect transfrontière de la gestation pour autrui »²⁷.

III. — LES SOLUTIONS ADOPTÉES À L'ÉTRANGER

Le législateur belge peut certainement trouver une source d'inspirations dans la diversité des solutions retenues dans d'autres pays.

²¹ H. FULCHIRON, « Parenté, gestation, origines : un nouveau monde en gestation », in *Parenté, filiation, origines...*, *op. cit.*, 2013.

²² J. SOSSON et G. MATHIEU, « L'enfant né d'une gestation pour autrui : quelle filiation ? Quels liens avec la mère porteuse ? », *op. cit.*, p. 389.

²³ P. WAUTELET, « La filiation issue d'une gestation pour autrui : quelles règles de droit international privé pour la Belgique », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, *op. cit.*, pp. 216-217.

²⁴ C. AUTIN, « Gestation pour autrui : expérience d'un centre belge de procréation médicalement assistée », *op. cit.*, p. 16.

²⁵ C. HENRICOT, « La gestation pour autrui transfrontière », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, *op. cit.*, pp. 413 et s.

²⁶ *Ibid.*, pp. 434 et s.

²⁷ *Ibid.*, p. 411.

Le panorama de droit comparé rend compte de la multitude des positions adoptées et adoptables entre la prohibition ferme et l'autorisation plénière. Certains pays ont pris à ce stade le parti de demeurer comme la Belgique sans législation spécifiquement consacrée à la gestation pour autrui tandis que d'autres ont pris celui de mettre en place un régime légal plus ou moins contraignant.

Par-delà le foisonnement des options plébiscitées, l'analyse comparée permet en tout cas de mettre en évidence deux questions qui apparaissent primordiales dans les pays qui ont encadré le procédé.

La première concerne l'origine de l'apport génétique maternel. Ainsi, la majorité des États considérés ont exclu la « procréation pour autrui » et exigent donc que la mère porteuse ne fournisse pas à l'enfant son propre patrimoine génétique ²⁸. La seconde concerne la nécessité d'un contrôle de la mise en œuvre de la technique. En effet, une large majorité parmi les pays encadrant la G.P.A. ont organisé « une forme de contrôle dont la nature et les conséquences varient » et qui peut notamment être confié à une instance de type « éthico-médical », comme en Nouvelle-Zélande ou en Israël, ou à une instance judiciaire ²⁹.

IV. — LE DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME

La réflexion sur la G.P.A. ne peut pas non plus faire l'économie d'une réflexion sous l'angle des droits de l'homme. L'on a pu à cet égard faire valoir que le processus de gestation pour autrui induisait un « conflit de droit triangulaire » impliquant les droits fondamentaux des parents d'intention, ceux de la mère porteuse et l'intérêt de l'enfant. Il est intéressant, à ce propos, de se tourner vers la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, en précisant d'emblée que le juge européen alloue *a priori* aux États parties à la Convention une large marge de manœuvre en matière de bioéthique.

Du point de vue des parents d'intention, la jurisprudence de Strasbourg ne semble pas devoir bientôt consacrer l'obligation pour les États de permettre le recours à la G.P.A. Certes, plusieurs arrêts de grande chambre ont consacré l'existence d'un droit de concevoir un enfant en recourant à la procréation assistée ³⁰, mais le poids conféré à ce droit ne paraît pas aujourd'hui suffisant

²⁸ G. WILLEMS et J. SOSSON, « Légiférer en matière de gestation pour autrui : quelques repères de droit comparé et de droit international », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, *op. cit.*, p. 269.

²⁹ *Ibid.*, pp. 270-271.

³⁰ C.E.D.H., gde ch., 10 avril 2007, arrêt *Evans c. Royaume-Uni* ; C.E.D.H., gde ch., 4 décembre 2007, arrêt *Dickson c. Royaume-Uni* ; C.E.D.H., gde ch., 3 novembre 2011, arrêt *S.H. et autres c. Autriche*.

pour contraindre les États à admettre le recours à telle ou telle technique de P.M.A. Jugé ainsi, dans l'arrêt *S.H. et autres c. Autriche* du 3 novembre 2011, que l'Autriche n'était pas tenue de permettre l'utilisation des techniques de fécondation *in vitro* avec don de gamètes (d'ovules ou de sperme).

Du point de vue de la mère porteuse, se pose évidemment la question fondamentale de la renonçabilité, dans le contexte de la G.P.A., du droit de celle-ci au respect de son intégrité physique et à l'établissement d'un lien de filiation avec son enfant. Au-delà de cette incontournable réflexion préalable, tous les abandonnements consentis par la mère porteuse se prêtent à une lecture sous cet angle spécifique, qu'il s'agisse des contraintes qui lui seraient imposées durant la grossesse (au plan du suivi médical ou de l'hygiène de vie) ou ensuite de la naissance (lorsque, par exemple, la mère porteuse s'engagerait à ne pas chercher à avoir de contacts avec l'enfant)³¹. Ces questions de renonçabilité se poseront avec d'autant plus d'acuité que le processus considéré — notamment international — pourra comporter un volet financier, tant il est vrai que les échanges monétaires sont en matière de droits fondamentaux enclins à mettre en doute l'authenticité du consentement. À cet égard, l'option de la révocabilité *ad nutum* de ses engagements par la mère porteuse peut apparaître comme une garantie adéquate, mais l'insécurité qu'elle insuffle dans un processus qui porte sur la conception d'un enfant et son intégration dans une famille ne laisse assurément pas de poser question.

Last but not least, le droit de la Convention européenne érige en considération primordiale l'intérêt de l'enfant³² étant entendu cependant qu'il s'agit là d'une notion particulièrement ambiguë. Ainsi, dans le cadre d'une réflexion abstraite sur la G.P.A., l'intérêt de l'enfant peut — éventuellement — constituer un frein à l'admission de cette technique³³. Dès lors, par contre, que l'on s'attache à la situation d'un enfant né ensuite d'un tel processus, fût-ce frauduleusement ou bien à l'étranger, son intérêt concret n'induit-il pas une obligation étatique de permettre son intégration dans la famille de ceux qui ont

³¹ Les États ont la responsabilité de veiller au respect des droits de l'homme y compris dans les relations entre particuliers. À ce titre, il leur revient de veiller à ce que les conventions passées entre parents d'intention et mère porteuse n'impliquent pas des restrictions inacceptables au droit au respect de la vie privée et familiale de celle-ci.

³² Voy. aussi la Convention internationale relative aux droits de l'enfant signée à New York le 20 novembre 1989. Suivant l'article 3 de cet instrument, « dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ». Aux termes de l'article 7, « l'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et être élevé par eux ».

³³ Voy. *mutatis mutandis* : C.E.D.H., gde ch., 3 novembre 2011, arrêt *S.H. et autres c. Autriche*, § 113.

souhaité sa naissance ? Notons à ce propos que la Cour se prononcera bientôt sur la possibilité pour des parents d'obtenir la reconnaissance, dans leur pays, du lien de filiation établi à l'étranger suite à la mise en œuvre d'un processus de gestation pour autrui ³⁴.

CONCLUSION

Le Centre de droit de la personne, de la famille et de son patrimoine a fait des questionnements relatifs aux procréations assistées et à la filiation l'une de ses préoccupations scientifiques essentielles. Au cours des cinq dernières années, trois projets collectifs ont abouti à des échanges et à des publications denses enrichies par les apports précieux des disciplines non juridiques.

Cette réflexion n'a pas évacué les questionnements plus fondamentaux relatifs à l'admissibilité même de la gestation pour autrui. Sur ce plan, les antagonismes restent importants. D'un côté, certains évoquent avec enthousiasme l'avènement de « constellations procréatives » où naissent et grandissent les enfants, à la faveur des interventions de divers acteurs, et estiment que « la gestation pour autrui nous aide à mieux comprendre le métissage de la filiation humaine » ³⁵. D'un autre côté, certains font la « chronique d'une avalanche annoncée » et estiment que « la relecture individualiste des droits de l'homme, d'une part, l'objectivation médicale des corps, d'autre part, ont corrompu [la fonction instituante du droit] » ³⁶.

Entre ces deux positions diamétralement opposées, il existe sûrement une voie médiane. Suivant le professeur Michel Dupuis, « si la G.P.A. est acceptable dans certaines conditions médicales strictement déterminées, c'est avec le scrupule d'un "moindre mal", car elle coûte sans doute beaucoup aux parents d'intention, à la mère porteuse et à l'enfant ». Il s'ensuit que « c'est le principe de proportionnalité qui [devrait réguler] le recours à cette pratique, qui associe la radicale originalité du projet parental, cet amener à la vie d'une personne, à l'usage de moyens naturels ou techniques, traditionnels ou inédits » ³⁷. C'est cette position de compromis qui nous paraît la plus apte à guider le législateur belge s'il décide de donner une suite aux propositions législatives qui ont été formulées. Toute législation relative à la G.P.A. devrait répondre aux quatre

³⁴ Il s'agit des affaires *Menesson et autres c. France*, *Labassée et autres c. France* et *Paradiso et Campanelli c. Italie*. L'exposé des faits est disponible pour chacune de ces affaires sur le site de la Cour : www.echr.coe.int/ECHR/.

³⁵ L. RAVEZ, « La gestation pour autrui nous aide à mieux comprendre le métissage de la filiation humaine », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, op. cit., p. 124.

³⁶ X. DIJON, « Chronique d'une avalanche annoncée : les présupposés philosophiques de la gestation pour autrui », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, op. cit., p. 98.

³⁷ M. DUPUIS, « La gestation pour autrui : brève note anthropologique », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, op. cit., p. 45.

questions fondamentales pointées ci-dessus en donnant la priorité au respect des droits de toutes les personnes concernées et en cherchant à respecter un principe de cohérence qui est le garant de la réalisation de la fonction symbolique du droit.