

Quelle marge de manœuvre pour les États signataires de la Convention européenne des droits de l'homme vis-à-vis de la gestation pour autrui ?

Pierre DAMOISEAUX

Travail de fin d'études

Master en droit à finalité spécialisée en droit privé

Année académique 2016-2017

Recherche menée sous la direction de :

Monsieur Patrick WAUTELET

Professeur

RESUME

La présente contribution vise à aborder la question de la gestation pour autrui dans l'aspect qu'elle entretient vis-à-vis des droits fondamentaux garantis par la Convention européenne des droits de l'homme. Il s'agit plus particulièrement de souligner les éléments de réponses permettant de déterminer la marge de manœuvre dont disposent les Etats pour interdire, autoriser ou encadrer cette méthode de procréation contestée.

Nous avons d'abord tenté de dresser un portrait sommaire de la situation des principaux Etats, signataires de la Convention ou non, pour mieux visualiser la situation. Nous avons ainsi constaté la grande diversité de législations sur ce sujet dans le monde et le vide juridique existant en la matière en Belgique, appelant plusieurs auteurs à l'adoption d'une réglementation plus sécurisante pour les protagonistes de la GPA.

Nous avons ensuite rappelé brièvement quelques notions techniques en droit international privé belge qui permettent d'appréhender les situations transfrontalières de GPA. Il s'agit de l'accueil, en Belgique, des jugements et des actes rendus à l'étranger.

Nous nous sommes alors penchés sur la marge de manœuvre des Etats du Conseil de l'Europe au regard des droits fondamentaux de la C.E.D.H., plus précisément de son article 8, qui garantit le respect de la vie privée et familiale. Cet article va imposer aux Etats qui, par leur comportement vis-à-vis de la GPA, commettent des ingérences, de les prévoir dans la loi, de les justifier par un intérêt légitime et de les rendre proportionnées. L'intérêt supérieur de l'enfant doit également être pris en compte.

La C.E.D.H. a ainsi eu l'occasion de se prononcer sur le refus de transcription du certificat de naissance étranger et sur la reconnaissance de la filiation d'un enfant issu d'une gestation pour autrui (*Menesson, Labassee, Foulon et Bouvet c. France*), sur le refus de délivrance de documents de voyages (*D. et autres c. Belgique*) et aussi sur une mesure entraînant la séparation définitive de l'enfant et des parents d'intention (*Paradiso et Campanelli c. Italie*). Il reste toutefois des zones d'ombre sur l'étendue de la marge de manœuvre des Etats. Nous avons tenté d'apporter des précisions sur cinq situations particulières de gestation pour autrui : GPA à caractère commercial, GPA sans aucun lien biologique, GPA conflictuelle, GPA altruiste mais sans contact et GPA homoparentale.

Enfin, nous nous sommes interrogés sur l'impact que pouvait avoir le droit de l'Union européenne sur le droit des Etats vis-à-vis de la GPA. Jusqu'à présent la C.J.U.E. a adopté une position de neutralité.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	7
I. RAPPEL DES PRINCIPES DE BASE DU CODE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE BELGE APPLIQUES A LA GPA	10
A. Etat du droit de la filiation belge	10
B. Principes du Code de droit international privé belge appliqués à la GPA	11
1. Reconnaissance des actes reçus à l'étranger	13
2. Reconnaissance des jugements rendus à l'étranger	13
II. MARGE DE MANŒVRE DES ETATS SIGNATAIRES AU REGARD DES DROITS FONDAMENTAUX DECOULANT DE LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME	14
A. Notions essentielles à la compréhension des arrêts	14
1. Vie privée et vie familiale	15
2. Intérêt supérieur de l'enfant	16
3. Marge d'appréciation	18
B. Ce que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme nous enseigne	19
1. Arrêts « <i>Menesson c. France</i> » et « <i>Labassée c. France</i> »	20
2. Arrêt « <i>D. et autres c. Belgique</i> »	25
3. Arrêts « <i>Paradiso et Campanelli c. Italie</i> »	26
4. Arrêt « <i>Foulon et Bouvet c. France</i> »	31
C. Les zones d'ombre sur lesquelles les enseignements de la C.E.D.H. portent à interrogation	32
1. GPA commerciale caractérisée	32
2. GPA altruiste mais sans contact entre l'enfant et les parents d'intention	34
3. GPA « conflictuelle »	35
4. GPA homoparentale	36
5. GPA sans aucun lien biologique	37
III. INFLUENCE DU DROIT DE L'UNION EUROPEENNE	38

CONCLUSION	42
BIBLIOGRAPHIE	46

INTRODUCTION

Dans la présente contribution, il sera question de la gestation pour autrui, et plus précisément de la marge de manœuvre des quarante-sept Etats liés par la Convention européenne des droits de l'homme par rapport à cette pratique assez peu courante mais qui pose parfois de profondes et passionnées questions de société. C'est un sujet finalement assez marginal¹, mais qui reste sensible, où se mêlent les questions juridiques, médicales et éthiques. C'est un sujet qui peut diviser les commentateurs, mais qui touche par essence à des enfants dont l'intérêt propre ne doit pas être perdu de vue, ceux-ci se trouvant dans des situations loin d'être abstraites. Bien au contraire, c'est cet intérêt particulier de l'enfant qui doit rester au centre de toute réflexion².

La gestation pour autrui (ci-après « GPA ») peut se définir comme le fait, pour une femme, de porter un enfant pour une autre personne en s'engageant à l'abandonner à sa naissance afin de permettre son adoption par cette autre personne. La GPA peut se concevoir sans aucune intervention médicale³. Toutefois elle peut aussi s'en accompagner faisant alors d'elle une méthode de procréation médicalement assistée particulièrement aboutie.

Elle permet traditionnellement à un couple qui n'arrive pas à avoir d'enfant d'en obtenir un grâce à une mère de substitution appelée « mère porteuse », qui prendra en charge le développement de l'embryon avant de le remettre aux « parents commanditaires », dits « parents d'intention ». Les diverses raisons d'utiliser cette méthode de procréation et les différentes manières d'y avoir recours ne feront pas l'objet de ce travail⁴. Nous nous contenterons de souligner la possibilité de GPA avec ou sans lien génétique entre les parents d'intention ou la mère porteuse et l'enfant.

On distingue les GPA de basse et de haute technologie⁵ ; alors que pour les premières, la mère porteuse est elle-même la mère génitrice et que le processus ne nécessite pas

¹ Voy. C. AUTIN, « Gestation pour autrui : expérience d'un centre belge de procréation médicalement assistée », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?* (J. SOSSON et G. SCHAMPS dir.), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 9 à 21.

² Voy. L. VAN BUNNEN, « La gestation pour autrui et les droits de l'homme », Note sous Cour. eur. D.H., *Mennesson c. France*, 26 juin 2014, *R.C.J.B.*, 2015, pp. 51 et s. ; J. SOSSON, « La jurisprudence européenne et la gestation pour autrui », *J.D.E.*, 2015, p. 52.

³ L. VAN BUNNEN, *op. cit.*, p. 34.

⁴ Pour le surplus, voy. L. VAN BUNNEN, *op. cit.*, pp. 35 et s.

⁵ L. PLUYM, *Draagmoederschap*, Bruxelles, Larcier 2014, p. 3. ; J. SOSSON, G. SCHAMPS, *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, *op. cit.*, p. 2.

l'intervention d'un médecin, les secondes, pour lesquelles la mère porteuse n'est pas la mère génitrice, demandent un transfert d'embryon qui nécessite dès lors une intervention médicale.

Des accords de maternité peuvent exister pour modaliser le processus de la gestation pour autrui. Le statut légal de cette méthode de procréation particulière et le sort de ces éventuelles conventions entre les différents acteurs varie du tout au tout selon les pays⁶. Dans le célèbre arrêt *Menesson c. France*, la Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion d'analyser la position de trente-six Etats membres à la Convention et, loin de vouloir dresser ici une liste exhaustive, nous proposons de faire un petit tour d'horizon de quelques pays, membres ou pas du Conseil de l'Europe, sur leur attitude face à la GPA.

Des pays comme la France ou le Québec l'interdisent pour des motifs liés à l'indisponibilité du corps humain, de l'état des personnes et de la non-patrimonialité du corps humain⁷ ; c'est également le cas de l'Allemagne, de l'Espagne, de l'Italie, et de la Turquie.

D'autres pays comme les Etats-Unis, l'Inde, la Russie, le Royaume-Uni, la Grèce, la Géorgie ou encore l'Ukraine l'autorisent et prévoient un cadre légal pouvant être limité en fonction de conditions telles que l'autorisation ou l'interdiction de rémunérer la mère porteuse ainsi que des conditions d'accès à cette méthode de procréation. Il peut également s'agir de prévoir la présence obligatoire de matériel génétique des parents d'intention. En l'espèce, la Russie, l'Inde, l'Ukraine et la Géorgie tolèrent une gestation pour autrui à caractère commercial tandis que les autres pays optent pour un caractère altruiste, c'est-à-dire une GPA pour laquelle la mère porteuse ne sera, en principe, pas rémunérée en dehors du remboursement des frais liés à la grossesse. Toutefois, il faut rester prudent sur cette distinction puisqu'en réalité, même dans les gestations pour autrui dites altruistes, les frais de fécondation, de grossesse et d'accouchement sont généralement payés par les parents d'intention⁸. Dans beaucoup de cas, il reste donc une certaine contrepartie financière.

D'autres pays encore ne font pas explicitement mention de la gestation pour autrui dans leurs législations. C'est notamment le cas de la Pologne, du Luxembourg, mais aussi de la Belgique où la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée ne l'interdit pas mais ne lui prévoit pas pour autant de cadre légal, laissant alors la jurisprudence

⁶ Voy. C.E.D.H. (5^e sect.), 26 juin 2014, *Menesson c. France* (req. n° 65192/11), points 40 et 41 ; pour une autre comparaison des régimes internes voy. L. BRUNET, J. CARRUTHERS, D. KING, K. DAVAKI, J. MCCANDLESS, C. MARZO, *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States*, European Parliament, Directorate General for International Policies, Policy Department C, mis en ligne en mai 2013, consulté le 7 avril 2017 ; L. VAN BUNNEN, *op. cit.*, pp. 40-41 et 46 ; C. HENRICOT, « La gestation pour autrui transfrontalière », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, *op. cit.*, pp. 426 et s.

⁷ Article 16-7 C. civ. fr. ; voy. Cass. Fr. (Civ.), 17 décembre 2008, *R.C.D.I.P.*, 2009, p. 740.

⁸ L. PLUYM, *Draagmoederschap*, *op. cit.*, p. 5.

apprécier son utilisation, mais causant également une incertitude juridique tout en faisant appel à l'application du droit commun⁹. C'est ce dernier pays, où la GPA se pratique à divers endroits¹⁰, qui sera l'objet principal de notre contribution. Ce vide juridique fait dire à plusieurs auteurs¹¹ qu'il serait temps de prévoir un cadre légal à la GPA en Belgique. De nombreuses propositions de loi ont été déposées en ce sens mais, jusqu'à présent, aucune n'a abouti¹². Nous y renvoyons le lecteur pour de plus amples développements à ce sujet.

Cette grande diversité de cadre légal dans un monde où il n'a jamais été aussi facile de circuler entraîne *ipso facto* des situations transfrontalières dans lesquelles des personnes ne pouvant recourir à la GPA dans leur propre pays vont aller là où elle se pratique avant de revenir chez eux avec un enfant. C'est ici que vont entrer en conflit les différents droits de la filiation des pays, les questions de droit international privé, mais c'est aussi dans ces situations que l'attitude des Etats à l'égard de ce que certains appellent le « tourisme procréatif » va pouvoir être remise en question eu égard aux droits fondamentaux garantis par la Convention européenne des droits de l'homme.

Dans un premier temps, nous allons donc rappeler les principes de base du Code international de droit privé belge qui permettent d'appréhender ces situations transfrontalières de GPA, et mentionner quelques notions essentielles de la filiation en droit belge (Section I).

Nous nous pencherons ensuite plus particulièrement sur les garde-fous dressés par la Convention européenne des droits de l'homme qui sanctionnent les Etats les ayant dépassés, de telle sorte qu'ils ne peuvent pas faire tout ce qu'ils seraient en mesure d'imaginer et de prévoir comme sanction, comme limitation et comme encadrement juridique aux recours à la gestation pour autrui (Section II).

Il sera alors évidemment question d'analyser les arrêts rendus en la matière par la Cour européenne des droits de l'homme pour dresser un portrait des situations auxquelles elle a eu l'occasion de répondre. Nous dresserons aussi une liste de cas auxquels la Cour n'a pas encore donné de solution et sur lesquels l'inconnu plane toujours. A l'aide des enseignements

⁹ *Ibid.*, p. 1.

¹⁰ L. VAN BUNNEN, *op. cit.*, p. 39 ; L. PLUYM, *op. cit.*, pp. 7 et s. ; C. BOUYALSKI, C. VERBROUCK, « *Gestation pour autrui* » : le temps d'un nécessaire encadrement de la pratique, *Rev. dr. étr.*, 2014, liv. 177, p. 170.

¹¹ 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.*, p. 181 ; G. VERHELLEN, L. PLUYM, « Chronique de jurisprudence belge concernant la gestation pour autrui (droit interne) », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, *op. cit.*, p. 212. ; C. BOUYALSKI, C. VERBROUCK, *op. cit.*, p.179.

¹² Voy. Tableau dressé par L. PLUYM, *Draagmoederschap*, *op. cit.*, pp. 138 et s. ; J. SOSSON, G. SCHAMPS, *op. cit.*, pp. 288 et s.

de la Cour européenne des droits de l'homme ainsi que de la jurisprudence belge, nous tenterons alors d'envisager les solutions qui seraient retenues pour ces zones d'ombre.

Enfin, nous aborderons brièvement la question du droit de l'Union européenne qui pourrait, lui-aussi, imposer certaines limitations aux actions des Etats en matière de gestation pour autrui (Section III).

I. RAPPEL DES PRINCIPES DE BASE DU CODE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE BELGE APPLIQUES A LA GPA

A. Etat du droit de la filiation belge

Avant d'aborder les principes du Code international de droit privé belge (ci-après, « CODIP »), rappelons brièvement quelques notions de base en droit de la filiation belge ainsi que le concept de convention de gestation pour autrui. Il est en effet nécessaire d'avoir ces différents principes à l'esprit pour déterminer avec justesse l'objet de cet exposé et pour apprécier les enseignements de la jurisprudence ici relevée.

En droit de la filiation belge, à la différence par exemple du droit français qui permet l'accouchement anonyme¹³, « la mère est toujours certaine »¹⁴. C'est ce qui ressort de la combinaison des articles 57 et 312 du Code civil. Une femme accouchant d'un enfant en Belgique sera donc automatiquement et juridiquement la mère de cet enfant, sous réserve d'une fausse déclaration de naissance, sanctionnée pénalement le cas échéant¹⁵. En Belgique, il faudra donc, pour arriver à une gestation pour autrui, user des mécanismes de l'adoption et de la reconnaissance de lien de parenté, sans oublier la contestation de paternité du mari¹⁶ si la mère porteuse belge est mariée.

L'objet de cette contribution n'étant pas de dresser un portrait détaillé des mécanismes du droit de la filiation belge, nous nous contenterons de renvoyer le lecteur aux ouvrages qui

¹³ Conformément à l'article 326 du Code civil français.

¹⁴ Y-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 64 ; L. PLUYM, *op. cit.*, p. 44.

¹⁵ Article 361 du Code Pénal.

¹⁶ L'article 315 du Code civil prévoyant une possibilité de présomption réfragable de paternité du mari de la mère de l'enfant.

détaillent plus particulièrement ces mécanismes dans l'optique de la problématique de la gestation pour autrui¹⁷. Il ressort que ces règles du droit de la filiation ne sont pas adaptées au statut de mère porteuse. Il arrive ainsi que les parents d'intention ne puissent parvenir à une adoption¹⁸, d'où la demande d'un encadrement juridique de la gestation pour autrui, par une partie de la doctrine, plutôt que de laisser ces parents aller à l'étranger pour arriver à leurs fins.

Les conventions de gestation pour autrui peuvent, en l'état actuel du droit belge, apparaître comme contenant une cause ou un objet doublement illicite en ce qu'elles portent sur le corps de la femme et sur la filiation juridique de l'enfant¹⁹. Elles vont généralement encadrer des éléments tels que le processus de la conception, les modalités de la naissance et la remise de l'enfant. On y trouve au minimum deux engagements qui visent la mère porteuse : laisser se développer l'enfant dans son utérus et remettre, après l'accouchement, ce dernier aux parents d'intention qui eux se sont engagés à prendre l'enfant dans leur famille²⁰.

La nullité de ces conventions en droit belge n'empêche toutefois pas les parents d'intention de faire valoir indirectement un lien de filiation vis-à-vis de l'enfant issu de la GPA²¹.

B. Principes du Code de droit international privé belge appliqués à la GPA

Afin d'éviter de contourner les difficultés découlant du vide juridique belge, certaines personnes préfèrent se rendre à l'étranger, particulièrement aux Etats-Unis, en Ukraine, en Russie ou en Inde, pour y recourir aux services d'une mère porteuse et ainsi obtenir un acte de naissance ou un jugement leur permettant de devenir parents.

Ce « tourisme procréatif », déconseillé explicitement par les autorités belges dans le cas ukrainien²², implique que ces autorités se verront confrontées à deux situations différentes²³.

¹⁷ L. PLUYM, *op. cit.*, pp. 44 et s. ; SOSSON J., MATHIEU G., « 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. 375 et s.

¹⁸ Voy. examen de la jurisprudence : G. VERHELLEN, L. PLUYM, *op. cit.*, pp. 195 et s.

¹⁹ G. SCHAMPS, G. WILLEMS, *op. cit.*, p. 326 ; N. GALLUS, *op. cit.*, pp. 181 et s.

²⁰ L. PLUYM, *op. cit.*, p. 2.

²¹ Voy. notamment : Civ. Anvers, 19 décembre 2008, *R.B.D.I.P.R.-T.I.P.R.*, 2010, liv. 4, p. 140. ; Civ. Nivelles, 6 avril 2011, *Act. dr. fam.*, 2011, liv. 8, p. 162.

La première concerne les parents d'intention qui, du pays qui voit naître l'enfant, demandent un passeport belge afin que ce dernier puisse revenir aussi en Belgique. Cette démarche implique, de la part des autorités belges, l'examen de l'acte de naissance ou du jugement étranger permettant d'établir la filiation de l'enfant, et donc sa nationalité belge, nécessaire pour obtenir ces documents.

La deuxième situation vise quant à elle, des parents d'intention déjà rentrés en Belgique et qui demandent aux autorités belges de bien vouloir inscrire l'acte de naissance reçu à l'étranger dans les registres de l'état civil de leur commune.

Ces deux situations impliquent, l'une comme l'autre, la reconnaissance de l'acte de naissance ou du jugement étranger ayant permis d'établir un lien de filiation dans cet Etat. Une telle reconnaissance n'est toutefois pas automatique. Bien au contraire, elle implique l'application des règles du Code de droit international privé belge (ci-après le « CODIP »). Aucune règle du CODIP n'est spécifique à la problématique de la GPA, si bien que les juridictions belges seront compétentes sur la base de l'article 61, 2^o du CODIP traitant des demandes visant à établir ou à contester les liens de parenté. Cette position du CODIP s'explique par le fait qu'il était trop tôt pour se pencher sur la question et prévoir une règle particulière visant les GPA lors de son adoption²⁴. Quant à la question du droit applicable, ce sera l'article 62 du CODIP.

C'est ce que nous nous proposons d'examiner et d'illustrer brièvement avant d'aborder l'épineuse question de la marge de manœuvre des Etats.

Il faudra distinguer si le lien de filiation entre les parents d'intention et l'enfant résulte d'un acte d'état civil étranger ou s'il provient d'un jugement. Une distinction qui est néanmoins délicate dans les faits, puisque l'on se retrouvera parfois dans des cas où un acte étranger aura été dressé sur la base d'un jugement, étranger lui aussi²⁵. Il faudra alors être particulièrement attentif aux éléments de fait afin de déterminer si c'est la décision ou l'acte qui doit faire l'objet d'un examen par les autorités belges. La doctrine semble désormais

²² Le SPF Affaires étrangères mentionne en effet dans les conseils de voyage à destination de l'Ukraine qu'il est vivement déconseillé d'avoir recours aux services d'une mère porteuse en Ukraine en raison du vide juridique existant en Belgique sur ce domaine. Disponible sur www.diplomatie.be, consulté le 21 avril 2017.

²³ L. PLUYM, *op. cit.*, p. 99.

²⁴ 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.*, p. 214. ; Rapport fait au nom de la Commission de la Justice du Sénat par Mme Nyssens et M. Willems, *doc. Parl., Sénat*, 2003-2004, n°3-27/7, p. 253.

²⁵ Voy. P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 216 ; P. WAUTELET, « Un nouvel épisode dans la saga de la gestation pour autrui transfrontalière », Note sous Civ. Huy (4^e ch.), 22 mars 2010, *J.L.M.B.*, 2011, liv. 2, p. 57 ;

unanime à considérer que, dans un tel cas de figure, c'est-à-dire lorsque jugement et acte étrangers sont tous deux présents, c'est bien le jugement et non l'acte qui doit faire l'objet de la reconnaissance de l'ordre juridique belge²⁶.

Dans ces deux situations, le juge belge devra apprécier l'acte ou le jugement comme violant ou non l'ordre public international belge. Par ailleurs, pour la reconnaissance des actes d'état civil, le mécanisme de fraude à la loi devra lui aussi être considéré.

La reconnaissance des actes reçus à l'étranger est visée par l'article 27 du CODIP tandis que celle des jugements rendus à l'étranger est traitée par son article 22.

1. Reconnaissance des actes reçus à l'étranger

L'article 27 impose l'examen des actes étrangers à un test conflictuel. Celui-ci consiste à vérifier la validité des actes en question au regard du droit applicable, à savoir le droit qui est ainsi désigné par le CODIP. Comme nous l'avons vu, c'est bien l'article 62 du CODIP qui détermine ce droit applicable en matière de filiation. Il dispose que l'établissement du lien de filiation dépend de la loi nationale de la personne à l'égard de laquelle on cherche à l'établir.

Comme nous l'avons énoncé, il faut toutefois vérifier également l'absence de contrariété à l'ordre public international belge ainsi que l'absence de fraude à la loi, deux mécanismes visés respectivement aux articles 21 et 18 du CODIP.

2. Reconnaissance des jugements rendus à l'étranger

L'article 25 du CODIP prévoit une reconnaissance de plein droit des jugements rendus à l'étranger, à condition toutefois que cette décision ne soit notamment pas manifestement incompatible avec l'ordre public ou pour d'autres motifs précisés dans cet article.

²⁶ Voy. C. HENRICOT, « Gestation pour autrui transfrontalière. Reconnaissance d'un double lien de filiation monosexuée : une première en Belgique ! », Note sous Civ. Liège, 15 mars 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, liv. 3, p. 722.

Nous retiendrons que l'application de ces articles et de l'exception d'ordre public dans la jurisprudence belge est délicate. Il s'agit de la conséquence de la position, finalement assez « neutre », de l'ordre juridique belge vis-à-vis de la GPA. En effet, le droit belge permet certes l'établissement d'un lien de filiation mais il frappe aussi de nullité les conventions de mère porteuse. P. WAUTELET constate ainsi qu'alors que « certaines juridictions ont insisté sur la nullité (incontestable en droit interne) de la convention qui lie les parents d'intention à la mère porteuse pour justifier le recours à l'exception d'ordre public », d'autres « ont au contraire distingué la convention – frappée de nullité – de l'établissement du lien de filiation, concentrant l'analyse de l'éventuelle contrariété avec l'ordre public sur ce dernier élément»²⁷.

L'ensemble de ces éléments à l'esprit, nous pouvons maintenant nous pencher sur l'aspect de la gestation pour autrui qui nous intéresse plus particulièrement ici, à savoir l'influence des droits fondamentaux de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'action des Etats dans ce domaine.

II. MARGE DE MANŒUVRE DES ETATS SIGNATAIRES AU REGARD DES DROITS FONDAMENTAUX DECOULANT DE LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

Avant d'aborder la délicate question de la marge de manœuvre des Etats, il convient de revenir sur quelques notions essentielles à la bonne compréhension des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme.

A. Notions essentielles à la compréhension des arrêts

Nous allons ainsi brièvement définir trois notions importantes dans l'analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à la gestation pour autrui. Notre but n'est bien entendu pas de couvrir toutes les facettes de l'article 8 de la Convention ou de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ce sont deux notions qui couvrent en effet bien plus de sujets que la GPA. Il s'agira ici de donner les éléments nécessaires afin de bien les

²⁷ Voy. P. WAUTELET, « La filiation issue d'une gestation pour autrui : quelles règles de droit international privé pour la Belgique ? », *op. cit.*, p. 218.

comprendre et de prendre un peu de distance avant d'examiner plus précisément les arrêts nous intéressant.

1. Vie privée et vie familiale

L'article 8 de la C.E.D.H. instaure les principes de la vie privée et de la vie familiale sous la forme habituelle du principe et de l'exception.

Il est rédigé comme suit :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. ».

Pour pouvoir agir contre un Etat devant la Cour européenne des droits de l'homme en matière de gestation pour autrui, les requérants vont invoquer cet article 8 et devront dès lors démontrer que leurs prétentions tombent dans son champ d'application. Dans chaque cas d'espèce que nous allons analyser, il sera question de vérifier si la situation englobe un élément de la vie privée ou de la vie familiale.

Mais que visent concrètement ces deux notions ? Bien que n'étant pas définie, la notion de vie privée est reconnue par la jurisprudence comme extrêmement large. Elle couvre notamment l'intégrité physique et morale de la personne²⁸ et le droit, pour l'individu, de nouer et développer des relations avec ses semblables²⁹, présentant ou non avec la personne un lien biologique ou juridique³⁰. Elle intègre également des aspects de l'identité physique et sociale de la personne³¹ ; chacun doit pouvoir établir les détails de son identité d'être humain³². Elle couvre aussi le droit des personnes à voir respecter leur désir de devenir des

²⁸ C.E.D.H., 26 mars 1985, *X et Y c. Pays-Bas* (req. n° 8976/80), point 22.

²⁹ C.E.D.H., 16 décembre 1992, *Niemietz c. Allemagne* (req. n° 13710/88).

³⁰ *Ibid.*

³¹ C.E.D.H. (1^{ère} Sect.), 4 septembre 2002, *Mikulić c. Croatie* (req. n° 53176/99), point 53.

³² *Ibid.*, point 35.

parents génétiques³³ et le droit à concevoir un enfant via une procréation médicalement assistée³⁴.

Quant à la notion de vie familiale, elle dépend de liens personnels plus étroits. Elle suppose l'existence d'une famille³⁵. Cette notion de famille concerne les relations fondées non seulement sur le mariage mais aussi d'autres liens *de facto*, notamment lorsque les parties cohabitent ensemble ou qu'elles démontrent qu'une relation avec suffisamment de constance existe entre elles³⁶.

Le droit au respect d'une vie familiale au sens de la Convention ne protège toutefois pas le désir de fonder une famille³⁷. Ce droit présuppose en réalité l'existence d'une famille, au minimum, celle d'une relation potentielle qui pourrait se développer³⁸. La présence d'un lien biologique entre les personnes n'est à nouveau pas non plus une obligation pour être compris dans le champ d'application de l'article 8³⁹.

Élément intéressant pour la suite de notre exposé, la Cour a déjà reconnu que des personnes homosexuelles pouvaient tout à fait avoir droit au respect de leur vie familiale, une vie familiale existant entre eux, au même titre que des personnes hétérosexuelles dans la même situation⁴⁰.

On l'aperçoit dès lors rapidement, les questions qui peuvent survenir en rapport avec une gestation pour autrui sont bien liées à ces deux notions. Nous le verrons *infra*, les arrêts seront directement confrontés à ces notions.

2. Intérêt supérieur de l'enfant

Élément essentiel pour jauger l'étendue de la marge de manœuvre des Etats, l'intérêt supérieur de l'enfant est directement concerné en matière de gestation pour autrui.

³³ C.E.D.H. (Gr. Ch.), 4 décembre 2007, *Dickson c. Royaume-Uni* (req. n° 44362/04), point 66 ; C.E.D.H. (Gr. Ch.), 10 avril 2007, *Evans c. Royaume-Uni* (req. n° 6339/05), point 71 ; C.E.D.H. (Gr. Ch.), 16 décembre 2010, *A, B et C c. Irlande* (req. n° 25579/05), point 212.

³⁴ C.E.D.H. (Gr. Ch.), 3 novembre 2011, *S.H. et autres c. Autriche* (req. n° 57813/00), point 82.

³⁵ C.E.D.H., 28 juin 2007, *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg* (req. n° 76240/01), point 117.

³⁶ C.E.D.H., 27 octobre 1994, *Kroon et autres c. Pays-Bas* (req. n° 18535/91), point 30.

³⁷ C.E.D.H. (Gr. Ch.), 22 janvier 2008, *E.B. c. France* (req. n° 43546/02), point 41.

³⁸ C.E.D.H. (2^e Sect.), 29 juin 1999, *Nylund c. Finlande* (req. 27110/95), p. 10.

³⁹ C.E.D.H. (1^{ère} Sect.), 16 juillet 2015, *Nazarenko c. Russie* (req. n° 39438/13), point 58.

⁴⁰ C.E.D.H., 24 juin 2010, *Shalk et Kopf c. Autriche* (req. n° 30141/04), point 94.

C'est un principe supérieur à prendre en compte dès qu'une décision concerne un enfant⁴¹. Sa définition et sa portée exacte sont pourtant assez floues, permettant ainsi une certaine liberté d'interprétation⁴². Nous le verrons, cette liberté permettra aux juges d'apprécier la situation de manière très concrète, en tenant compte de nombreux facteurs différents. L'obligation de considérer cet intérêt supérieur de l'enfant résulte tant du droit belge que du droit international⁴³. C'est ce que prévoient ainsi l'article 22 de notre Constitution ou l'article 8 de la C.E.D.H. et l'article 24 de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union européenne.

Ce principe d'appréciation se retrouve par ailleurs dans la Convention internationale relative aux Droits de l'enfant de 1989 (article 3). Selon T. HAMMARBERG, Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, « l'intérêt supérieur de l'enfant n'est [...] pas, en principe, l'unique considération, mais il devra être l'un des premiers éléments à prendre en compte et peser son poids dans toutes les décisions concernant les enfants »⁴⁴.

Dès lors qu'ils sont souvent les premiers impactés par l'attitude des autorités à l'encontre des personnes ayant eu recours à la GPA, il est clair que les enfants et leurs intérêts seront concernés dans les affaires que nous présenterons. La marge d'appréciation des Etats devra être restreinte lorsque les droits des enfants se retrouveront en jeu⁴⁵. L'intérêt des enfants devra primer sur une éventuelle violation de l'ordre public par une gestation pour autrui, sans quoi les enfants pourraient être discriminés de manière disproportionnée dans le droit à se voir établir une filiation⁴⁶.

Mais finalement, de quoi parle-t-on lorsqu'on dit que les Etats ont une « marge d'appréciation » ?

⁴¹ C.E.D.H., 28 juin 2007, *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, *op. cit.*, points 133-134.

⁴² T. HAMMARBERG, « Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant : ce qu'il signifie et ce qu'il implique pour les adultes », *J.D.J.*, 2011/3 (N°303), p.12.

⁴³ Voy. C. BOUYALSKI, C. VERBROUCK, *op. cit.*, p.171 ; N. GALLUS, « Gestation pour autrui et reconnaissance des actes de l'état civil étrangers », Note sous Civ. Huy, *J.T.*, 2010, p. 424.

⁴⁴ T. HAMMARBERG, *op. cit.*, p. 11.

⁴⁵ C.E.D.H. (Gr. Ch.), 3 novembre 2011, *S.H. et autres c. Autriche*, *op. cit.*, point 94.

⁴⁶ Voy. C. BOUYALSKI, C. VERBROUCK, *op. cit.*, p.172 ; G. MATHIEU, A.-C. RASSON, « L'intérêt de l'enfant sur le fil – Réflexion à partir des arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation », *J.T.*, 2013, p. 425 et s. ; J. SOSSON, J. MARY, « Gestation pour autrui pratiquée à l'étranger : l'intérêt de l'enfant, sésame d'une reconnaissance en Belgique ? », Note sous Bruxelles, 6 avril 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, liv. 3, pp. 552 et s., spéc. pp. 569 et s.

3. Marge d'appréciation

Loin de nous l'idée de proposer une définition précise du concept de la marge d'appréciation et des subtilités qui l'entourent⁴⁷, il est néanmoins utile de poser son cadre et de mettre en évidence sa signification concrète pour les Etats, plus spécifiquement en matière de gestation pour autrui puisque c'est l'objet de cette contribution.

Pour reprendre les mots de S. GREER, professeur à l'Université de Bristol, « cette notion s'entend de la marge de manœuvre que les organes de Strasbourg sont disposés à reconnaître aux autorités nationales pour la mise en œuvre de leurs obligations au titre de la Convention européenne des Droits de l'Homme »⁴⁸.

La C.E.D.H. n'a pas pour but ultime d'harmoniser les droits des quarante-sept Etats signataires mais de leur permettre de faire respecter des valeurs reconnues communes entre eux, en leur laissant la liberté de choisir les moyens d'y parvenir.

Pour recentrer la discussion autour de la gestation pour autrui, il ne s'agit absolument pas pour la Cour européenne des droits de l'homme de contraindre les Etats à favoriser, à interdire, ou à réglementer cette pratique. Nous l'avons vu, l'attitude des Etats à son égard est d'ailleurs très diversifiée. Il s'agit plutôt de savoir jusqu'où peuvent aller les Etats dans leurs réglementations quand celles-ci se heurtent aux droits reconnus par la Convention de 1950 et plus spécifiquement à son article 8.

L'étendue de cette marge d'appréciation variera selon les circonstances, les domaines concernés, le contexte ainsi que l'absence ou la présence de dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats⁴⁹. La jurisprudence de la Cour le rappellera au travers des différents arrêts que nous analyserons.

Dans l'arrêt *Mennesson c. France*, la Cour va examiner cette question et rappeler qu'en l'absence de consensus au sein des Etats signataires de la Convention la marge

⁴⁷ Voy. sur ce sujet F. TULKENS, L. DONNAY, « L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ? », *R.S.C.*, 2006.

⁴⁸ S. GREER, « La marge d'appréciation: interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des Droits de l'Homme », *Dossiers sur les droits de l'homme*, No.17, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2000.

⁴⁹ Voy. C.E.D.H., 28 juin 2007, *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, *op. cit.*, point 128.

d'appréciation des Etats est grande et plus particulièrement sur les questions éthiques et morales comme la GPA⁵⁰.

En l'espèce, il n'y a pas, à l'heure actuelle de consensus sur la gestation pour autrui. Cependant, nous venons de le voir, la marge d'appréciation devra également être restreinte lorsque l'intérêt supérieur de l'enfant est en jeu.

Il incombera donc aux juges de Strasbourg d'examiner dans les affaires qui suivent notre propos si le « juste équilibre » a été préservé entre l'intérêt des Etats et les intérêts des justiciables⁵¹.

B. Ce que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme nous enseigne

La Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de se prononcer à plusieurs reprises sur différentes affaires relatives à la gestation pour autrui. Il est d'emblée nécessaire de souligner qu'elle n'impose aucunement aux quarante-sept Etats signataires d'autoriser ou d'interdire à leurs ressortissants le recours à la GPA sur leur propre territoire. Bien au contraire, elle veille plutôt à ne pas heurter les sensibilités nationales sur ce genre de sujet⁵². Les membres du Conseil de l'Europe sont dès lors libres de ne pas permettre aux centres médicaux se trouvant sur leur espace souverain de pratiquer cette méthode de procréation médicalement assistée.

La France qui, dans l'article 16-7 de son Code Civil, prévoit que « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle », tout comme l'Allemagne qui sanctionne indirectement la GPA en prévoyant une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à trois ans pour le transfert d'ovules non fécondés⁵³, ne sont aucunement condamnés par les juges de Strasbourg pour les principes qu'elles énoncent.

Par contre, la situation est différente lorsque des ressortissants d'un pays interdisant le recours aux mères-porteuses voyagent dans un Etat qui le permet et que ces personnes reviennent dans leur propre pays avec un enfant. Cette situation concrète relève non seulement du droit international mais c'est également ce type de GPA transfrontalière qui

⁵⁰ C.E.D.H. (5^e sect.), 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, *op. cit.*, point 77.

⁵¹ *Ibid.*, point 81.

⁵² J. SOSSON, *La jurisprudence européenne et la gestation pour autrui*, *op. cit.*, p. 55.

⁵³ Voy. §1 Abs. 1 ESchG (Gesetz zum Schutz von Embryonen).

peut mettre les législations internes ou les autorités du pays en question en porte à faux avec la Convention européenne des droits de l'homme.

Face à une situation concrète, bien existante, les Etats se voient limités dans leur champ d'action vis-à-vis de l'accueil qu'ils vont réserver à ces parents d'intention et leur enfant « commandé ». L'analyse des différents arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme permet alors de se rendre compte des balises qui ont été posées pour limiter la liberté des Etats. L'objectif de cette contribution sera alors de déterminer ce que les Etats peuvent faire ou non. Nous allons le voir, les ingérences des Etats peuvent être très diverses et de gravité différente pour les personnes concernées puisqu'il peut s'agir d'un simple refus de délivrer des documents de transport mais cela peut également être une séparation ordonnée entre les parents d'intention et l'enfant, en passant par des condamnations pénales à l'encontre de ces parents.

Comme annoncé, nous soulignerons les différents facteurs factuels importants qui pourraient faire basculer l'action d'un Etat de compatible avec la Convention ou d'incompatible. Comme les arrêts de la Cour de Strasbourg sont fortement basés sur le contexte factuel, il est parfois difficile de savoir ce qu'aurait décidé la Cour avec une configuration de fait légèrement différente. Il reste donc bien une part d'inconnu dans cette question de la marge de manœuvre des Etats.

1. Arrêts *Menesson c. France* et *Labassée c. France*⁵⁴

La Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de se prononcer sur deux affaires similaires visant toutes deux un couple français. Ces arrêts étaient très attendus en raison du refus constant des juridictions françaises de transcrire et de reconnaître la filiation valablement acquise à l'étranger d'enfants issus de gestation pour autrui.

Sans aucun doute la plus célèbre et la plus commentée, parfois avec beaucoup de passion⁵⁵, l'affaire *Menesson* concerne un couple de ressortissants français dont l'un des conjoints est victime de problème d'infertilité. Résolu à avoir recours à une gestation pour autrui, le couple s'est rendu aux Etats-Unis où le droit de l'état de Californie permet la conclusion d'une convention altruiste de GPA entre des parents d'intention et une mère porteuse. Comme nous l'annoncions en introduction, nous portons l'attention du lecteur sur le

⁵⁴ C.E.D.H. (5^e sect.), 26 juin 2014, *Menesson c. France*, *op. cit.* ; C.E.D.H. (5^e sect.), 26 juin 2014, *Labassée c. France* (req. n° 65941/11).

⁵⁵ Voy. S. BOLLEE, Note sous C.E.D.H. (5^e sect.), 26 juin 2014, *Menesson c. France* (req. n° 65192/11), *Rev. crit. DIP*, 104, 2015, p. 158, point 7 ; L. VAN BUNNEN, *op. cit.*, p. 49 ;

fait qu'une GPA altruiste ne signifie pas nécessairement l'absence totale de contrepartie financière. En effet, même si en l'espèce il n'y a pas de rémunération à proprement parlé, il y a tout de même un défraiement des coûts médicaux.

Avec les gamètes du père d'intention et un don d'ovule, la mère porteuse californienne va donner naissance à des jumelles.

Les parties à la convention de GPA étaient passées au préalable devant les juridictions californiennes pour faire valider ce contrat et ordonner à l'état civil compétent de dresser l'acte de naissance comme mentionnant les parents d'intention, Monsieur et Madame Mennesson.

Le père des jumelles se rend au consulat français après la naissance pour obtenir la transcription des actes de naissance sur les registres de l'état civil français ainsi que leur inscription sur son passeport français afin de pouvoir rentrer en France avec ses filles. Toutefois, ne pouvant démontrer que sa femme a accouché des jumelles, il se heurte tout d'abord au refus des autorités. Le parquet est même saisi. Puisque les faits ont été commis sur le territoire américain où ils ne sont pas condamnables, une ordonnance de non-lieu est rendue et les actes de naissance sont transcrits. Cependant une procédure s'enclenche du côté du ministère public français pour faire annuler cette transcription au motif que la convention de GPA porte atteinte aux principes d'ordre public d'indisponibilité du corps humain et de l'indisponibilité de l'état des personnes. C'est ainsi que sont saisis successivement le Tribunal de grande instance de Créteil, la Cour d'appel de Paris, la Cour de cassation puis à nouveau la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation.

Après le premier renvoi de la Cour de cassation⁵⁶, les juges de Paris considèrent que la décision de la juridiction californienne est en contrariété avec la conception française de l'ordre public international et qu'il est dès lors normal d'annuler la transcription sur les registres français en ce qu'ils désignent la mère d'intention comme la mère des jumelles⁵⁷. La juridiction française considère par ce jugement que l'intérêt supérieur de l'enfant ne peut permettre de contrevenir au droit français sur ce point, d'autant plus que l'absence de transcription ne va pas avoir pour effet de priver les enfants de leur état civil américain ou remettre en cause leur lien de filiation à l'égard du père.

De nouveau saisie par les époux Mennesson, la Cour de cassation confirme cette décision, jugeant que l'annulation de la transcription des actes de naissance ne prive pas les enfants de la filiation maternelle et paternelle que le droit californien leur reconnaît pas plus

⁵⁶ Cass. Fr. (Civ.), 17 décembre 2008, *R.C.D.I.P.*, 2009, p. 740.

⁵⁷ Cour d'appel de Paris, 18 mars 2010, *D.*, 2010, p. 1683.

qu'elle ne les empêche de vivre avec les époux Mennesson en France et que par conséquent, cette annulation de transcription ne porte pas atteinte à leur droit au respect de la vie privée et familiale⁵⁸.

Finalement, les deux époux demandent un certificat de nationalité pour les deux jumelles mais trois années plus tard, ils sont toujours sans réponse positive des autorités. Ils décident alors de se rendre à la Cour européenne des droits de l'homme alléguant une violation du droit au respect de leur vie privée et familiale tel que garanti par l'article 8 de la Convention.

L'arrêt *Labassée* vise, nous l'avons dit, quant à lui, à peu de chose près la même situation. Est également en cause le refus de reconnaissance du lien de filiation légalement établi à l'étranger entre les deux parents d'intention et l'enfant né aux Etats-Unis.

Comme dans tous ses arrêts rendus en la matière, le contrôle que va effectuer la Cour de Strasbourg pour jauger la conformité de la situation avec la Convention va se dérouler en plusieurs étapes.

Il s'agit en premier lieu d'analyser la recevabilité de la demande, c'est-à-dire de vérifier l'existence d'une vie familiale pour que l'article 8 de la Convention ait bien vocation à s'appliquer à la situation présentée ; ensuite, en ce qui concerne les questions de fond, la Cour analyse l'ingérence des Etats. Pour être conforme à la Convention, cette ingérence doit faire l'objet d'une base légale et poursuivre un but légitime. Enfin, la Cour aborde la question de la nécessité, à savoir, le fait d'examiner si l'ingérence commise par l'Etat est nécessaire et bien proportionnée.

Au sujet de l'affaire *Mennesson*, pour ce qui est de la recevabilité de la demande, la Cour va rappeler la conception très concrète qu'elle se fait de la vie familiale et l'ampleur de la notion de vie privée⁵⁹. L'article 8 de la C.E.D.H. est bien applicable à la situation de l'affaire, c'est ce qui ressortait déjà de l'arrêt *BH e.a. c. Autriche*⁶⁰.

Sur le fond, la Cour va estimer que les conditions de l'ingérence concernant le refus des autorités françaises de reconnaître le lien familial entre les requérants et de la base légale nécessaire à cette dernière sont remplies. Cette condition fait débat entre le gouvernement français et les époux Mennesson, ces derniers invoquant qu'ils ne pouvaient pas s'attendre à la décision de la Cour de cassation française. Mais la Cour va bien constater que les articles

⁵⁸ Cass. Fr. (Civ.), 6 avril 2011, *Bull.*, 2011, n°4, p. 67.

⁵⁹ C.E.D.H. (5^e sect.), 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, *op. cit.*, points 45 et 46.

⁶⁰ C.E.D.H. (Gr.Ch.), 3 novembre 2011, *BH e.a. c. Autriche* (req. n° 57813/00), point 82.

du Code civil en question sont bien accessibles et prévisibles. Les époux ne pouvaient pas ignorer « qu'il y avait au moins un risque sérieux que le juge français conclue de la sorte dans leur cas »⁶¹.

En revanche, les juges de Strasbourg ne vont pas être convaincus par deux buts légitimes invoqués par le gouvernement français, à savoir la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales⁶². En effet, le recours à la GPA aux Etats-Unis ne constitue pas une infraction en France. Le juge d'instruction français a d'ailleurs rendu un non-lieu. Par contre, les juges vont reconnaître les buts invoqués de protection de la santé et de protection des droits et des libertés d'autrui.

Enfin vient le tour de la réelle question, celle de la proportionnalité de la violation de l'article 8. Après avoir à nouveau rappelé que les Etats disposent en principe d'une marge de manœuvre importante pour juger ce qui est nécessaire dans une société démocratique, la Cour va atténuer ce principe. En effet, certes l'absence de consensus en Europe sur la question éthique de la GPA, tant au niveau de sa légalité qu'au niveau de la reconnaissance du lien de filiation établi à l'étranger, plaide en faveur d'une large marge d'appréciation, mais il faut cependant prendre en compte les enjeux essentiels lorsque l'on parle de la filiation. La Cour doit considérer le principe primordial et essentiel de l'intérêt supérieur de l'enfant⁶³. Et à cet égard, la Cour va porter une appréciation distincte sur le respect de la vie familiale des parents et sur le respect de la vie privée des enfants.

Alors que pour les premiers, l'atteinte est jugée tolérable au motif qu'un « juste équilibre »⁶⁴ entre les intérêts des parents et ceux de la France a été préservé, il en sera différemment des seconds pour lesquels la non reconnaissance en droit français du lien de filiation méconnaît le respect de leur vie privée.

En effet, bien que la Cour reconnaisse que les époux Mennesson se retrouvent parfois en difficulté⁶⁵, elle note que cela ne les empêche pas de bénéficier de leur droit au respect de leur vie familiale : ils vivent ensemble en France, sans aucun risque de séparation.

Par contre, les jumelles se trouvent dans une situation d'incertitude juridique concernant leur identité, leur possible nationalité française et leurs droits successoraux, de

⁶¹ C.E.D.H. (5^e sect.), 26 juin 2014, *Mennesson c. France* (req. n° 65192/11, point 58).

⁶² *Ibid.*, point 61.

⁶³ *Ibid.*, point 81.

⁶⁴ *Ibid.*, point 94.

⁶⁵ *Ibid.*, points 88 et 89.

sorte que leur droit au respect de la vie privée se trouve « significativement »⁶⁶ affecté. La Cour relève également un élément essentiel pour la suite de nos développements : dans cette affaire, la filiation biologique des enfants et du père n'a pas été reconnue par la France.

La France est donc allée trop loin ; le droit des jumelles au respect de leur vie privée a été méconnu ; sur ce point, les autorités ont violé l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

En ce qui concerne l'affaire *Labassée*, les faits étant similaires, la Cour européenne va tenir le même raisonnement que dans l'arrêt *Menesson*, distinguant aussi le contrôle de nécessité du respect de la vie familiale des parents et du respect du droit de l'enfant à avoir une vie privée. A nouveau, le droit au respect de la vie privée de l'enfant a été méconnu et la France condamnée pour son ingérence excessive.

Les réactions en France ont été diverses. Alors que du côté du gouvernement, on reconnaît que les enfants ne doivent pas être « pénalisés par le choix du mode de conception, même contestable, choisi par leurs parents »⁶⁷, du côté du Parlement, on débat, avant de rejeter le 4 décembre 2014, une proposition de loi destinée à renforcer des sanctions pénales visant les couples ayant recours à la GPA en dehors de la France⁶⁸.

Nous souhaitons souligner que dans ces deux affaires, plusieurs éléments factuels sont importants : les requérants ayant eu recours à une gestation pour autrui sont des personnes mariées et hétérosexuelles ; la GPA avait également un caractère « altruiste » et non commercial ; la mère porteuse n'a pas changé d'avis entre la signature de la convention de GPA et la remise de l'enfant ; une vie familiale commune existe bien, sans interruption, entre les enfants et les parents d'intention et enfin, il y a dans les deux affaires un lien biologique entre le père et les enfants. C'est cet élément qui, selon S. BOLLEE⁶⁹ a été le plus déterminant. La Cour le souligne dans les deux arrêts : « on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance »⁷⁰.

⁶⁶ *Ibid.*, point 99.

⁶⁷ Propos de L. ROSSIGNOL rapportés par des journalistes (*Libération*, mercredi 6 août 2014, p. 5.) ; voy. L. VAN BUNNEN, *op. cit.*, p. 48.

⁶⁸ L. VAN BUNNEN, *op. cit.*, p.48 ; Proposition de loi visant à lutter contre les démarchages engagés par des français pour obtenir une gestation pour autrui, session ordinaire, C.R.I., A.N., N°128, 2014-2015, 4 décembre 2014, p. 9718, disponible sur <http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/cri/2014-2015/20150087.pdf>.

⁶⁹ S. BOLLEE, *op. cit.*, p. 156.

⁷⁰ C.E.D.H. (5^e sect.), 26 juin 2014, *Menesson c. France*, *op. cit.*, point 100 ; C.E.D.H. (5^e sect.), 26 juin 2014, *Labassée c. France* (req. n° 65941/11), point 79.

Ces éléments sont donc importants, eu égard à l'influence qu'ils auraient pu jouer sur la décision de la Cour, notamment au niveau de la proportionnalité de l'ingérence de la France. Comme annoncé, nous reviendrons sur ces différents facteurs par la suite afin de nous projeter vers l'avenir et d'imaginer ce que la Cour, et donc les Etats, pourraient décider dans des situations présentant ces éléments.

2. Arrêt *D. et autres c. Belgique*⁷¹

La Belgique va également avoir l'occasion de faire l'objet d'une décision de la Cour européenne des droits de l'homme peu de temps après l'affaire *Menesson*. Comme nous avons eu l'occasion de le préciser *supra*, la réglementation belge n'interdit pas au contraire de la législation française, la gestation pour autrui sur son territoire, sans pour autant prévoir un cadre légal à son exercice.

Est ici concerné un couple marié belge disposant d'un acte de naissance ukrainien qui ne fait pas mention du recours à la GPA. Lorsque la nouvelle famille veut rentrer en Belgique il ne lui est pas possible d'obtenir un passeport pour l'enfant en raison du fait que les parents n'ont pas réussi à établir leur filiation à son égard.

Bien que la jurisprudence belge reconnaisse des liens de filiation entre les parents d'intention et les enfants nés de GPA à l'étranger⁷², il arrive en effet que les autorités refusent la remise de documents de voyage, nécessaires pour venir, avant la reconnaissance de cette filiation, en Belgique. En l'espèce, les juridictions internes sont d'abord saisies sans succès en raison d'une incertitude quant au fait de savoir si le père a ou non donné ses gamètes, forçant alors le couple à retourner en Belgique sans l'enfant. La Cour d'appel de Bruxelles finit par reconnaître comme crédible le lien biologique et la situation comme conforme avec le droit ukrainien, ordonnant alors aux autorités de laisser venir l'enfant.

Les ressortissants belges attaquent alors l'Etat devant la C.E.D.H. requérant que le refus des autorités constitue une violation de l'article 8 de la Convention. A nouveau, la Cour va procéder à son contrôle, confirmer l'existence d'une vie familiale⁷³, l'existence d'une ingérence dans le droit des parents d'intention⁷⁴, ingérence prévue par une loi et justifiée cette

⁷¹ C.E.D.H. (2^e sect.), 8 juillet 2014, *D. et autres c. Belgique* (req. n° 29173/13).

⁷² Voy. J. SOSSON, J. MARY, *op. cit.*, pp. 552 et s. ; G. VERHELLEN, L. PLUYM, *op. cit.*, pp. 195 et s. ; J. SOSSON, *La jurisprudence européenne et la gestation pour autrui*, *op. cit.*, p. 54.

⁷³ C.E.D.H. (2^e sect.), 8 juillet 2014, *D. et autres c. Belgique*, *op. cit.*, point 49.

⁷⁴ *Ibid.*, point 51.

fois-ci par la lutte contre la traite des êtres humains et la protection des droits de la mère porteuse et de l'enfant⁷⁵.

Dans son contrôle de nécessité, la Cour va à nouveau rappeler la marge d'appréciation des Etats et juger qu'il ne peut leur être obligé d'autoriser l'entrée sur leur territoire d'enfants nés d'une mère porteuse sans que les autorités n'aient pu procéder à des vérifications juridiques pertinentes⁷⁶. En l'espèce, elle considère que les parents devaient s'attendre à éprouver certaines difficultés, ceux-ci ayant d'ailleurs reçu des conseils d'un spécialiste et que la période de séparation effective entre les époux et l'enfant, trois mois et douze jours entrecoupée de deux visites d'une semaine, n'était pas déraisonnablement longue.

La Cour reconnaît ainsi que la Belgique a agi dans les limites de sa marge d'appréciation en refusant d'autoriser la venue de l'enfant sur le territoire belge.

Dans cette affaire, nous soulignons à nouveau les éléments suivants : les requérants sont mariés et hétérosexuels, la GPA semble avoir été altruiste et non commerciale, il n'y a pas eu de conflit entre les parents d'intention et la mère porteuse, il y a vraisemblablement un lien biologique entre le père d'intention et l'enfant et enfin, une vie familiale commune existe bien entre eux, et ce malgré la période d'interruption relativement courte.

3. Arrêts *Paradiso et Campanelli c. Italie*⁷⁷

Après la Belgique et la France, c'est au tour de l'Italie de voir son comportement remis en question par les juges de Strasbourg. La loi italienne interdit normalement l'sage de la GPA sur son territoire. Nous allons maintenant parler d'une seule et même affaire qui a eu l'occasion d'être jugée une première fois en 2015 par la deuxième section de la Cour et une seconde fois en ce début 2017 par la Grande Chambre.

Etait concerné un couple hétérosexuel marié se rendant à Moscou pour réaliser une convention de GPA avec une société spécialisée dans ce domaine, moyennant une rémunération de 49.000 euros. Cette intervention en Russie s'est faite après de multiples

⁷⁵ *Ibid.*, point 52.

⁷⁶ *Ibid.*, point 59.

⁷⁷ C.E.D.H. (2^e sect.), 27 janvier 2015, *Paradiso et Campanelli c. Italie* (req. n° 25358/12) ; C.E.D.H. (Gr.Ch.), 24 janvier 2017, *Paradiso et Campanelli c. Italie* (req. n° 25358/12).

tentatives de fécondation *in vitro* en Italie. Bien que la loi russe soit, à cette époque⁷⁸, silencieuse sur la nécessité ou non de matériel génétique des parents d'intention, l'opération était normalement prévue pour utiliser les spermatozoïdes du père. Un enfant naît de la mère porteuse russe, mais visiblement sans lien génétique avec le père d'intention comme cela était prévu, et est enregistré comme le fils des requérants, en conformité avec le droit russe. La mère d'intention retourne en Italie avec l'enfant après avoir obtenu des documents de voyage et y demande l'enregistrement du certificat de naissance, se présentant par ailleurs comme sa mère naturelle. C'est alors qu'ils sont mis en examen pour altération d'état civil, pour faux et pour violation de la loi italienne sur l'adoption. En effet, avant d'avoir eu recours à la gestation pour autrui en Russie, ce couple a essayé, en vain, d'adopter un enfant en Italie et à ce sujet obtenu un agrément à l'adoption qui exclut notamment qu'ils puissent adopter un enfant si jeune. Outre cette procédure à l'encontre des parents d'intention, les autorités italiennes refusent l'enregistrement de l'acte de naissance mais, d'une part, elles demandent également l'ouverture d'une procédure d'adoptabilité de l'enfant, considérant qu'il est en état d'abandon, et d'autre part, le curateur de l'enfant demande quant à lui de suspendre l'autorité parentale des époux.

Le tribunal italien prononce alors une mesure d'éloignement de l'enfant, après 7 mois de vie commune, sur la base de l'expertise génétique démontrant l'absence de liens biologiques entre les époux et l'enfant mais aussi sur la base du caractère commercial de la GPA. Il est considéré que le préjudice de la séparation, vu la courte période de vie commune, n'est pas insurmontable pour l'enfant qui sera confié aux services sociaux en attendant d'être adopté, tout contact avec les requérants étant par ailleurs interdit.

Nous sommes donc dans cette affaire face à des mesures fortes prises par les autorités italiennes ; il ne s'agit pas d'une petite ingérence, la mesure qui frappe les requérants est plus forte qu'un refus de reconnaissance de lien de filiation. Les parents d'intention déposent un recours mais celui-ci sera rejeté. Entre temps, l'enfant a bien été placé dans une famille d'accueil

Les requérants saisissent alors une première fois la Cour européenne des droits de l'homme et allèguent, en leur nom et au nom de l'enfant, une violation de l'article 8 de la Convention. La Cour va néanmoins rejeter leur prétention au nom de l'enfant, considérant que les parents d'intention ne possèdent pas, juridiquement, la qualité nécessaire pour représenter les intérêts du mineur⁷⁹. Elle va par contre bien analyser les prétentions des époux sur le refus de reconnaître l'acte de naissance russe et l'éloignement de l'enfant. Comme nous l'avons vu, la notion de famille étant très large au sens de la Convention, la Cour va considérer que les

⁷⁸ Postérieurement à la naissance de l'enfant, la loi russe en question encadre le recours au contrat de GPA à des parents qui fournissent un matériel génétique. Voy. C.E.D.H. (Gr.Ch.), 24 janvier 2017, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, *op. cit.*, point 74.

⁷⁹ C.E.D.H. (2^e sect.), 27 janvier 2015, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, *op. cit.*, points 49 et 50.

quelques mois passés avec l'enfant suffisent pour constituer une vie familiale *de facto*⁸⁰. Elle reconnaît également sans problème l'existence d'une ingérence⁸¹, qui, nous l'avons dit, est ici très importante, et d'une base légale italienne, en l'espèce la loi sur le droit international privé et la loi sur l'adoption internationale. Le but légitime est aussi reconnu, les mesures prises par l'Italie visent à éviter le contournement de la loi sur l'adoption et à protéger les droits et libertés de l'enfant.

Au sujet du contrôle de nécessité de l'intervention de l'Etat italien, la Cour va distinguer, d'une part, le refus de reconnaissance du lien de filiation, et d'autre part, l'éloignement de l'enfant. Alors que la première mesure n'est pas jugée déraisonnable, l'éloignement de l'enfant est reconnu comme étant une violation de l'article 8 de la Convention. En effet, la Cour, se montrant plus exigeante à l'égard de cette mesure « extrême », va juger qu'elle ne peut se justifier que par un danger immédiat pour l'enfant⁸², un danger qui, aux yeux de la Cour, n'existe pas en l'espèce malgré les nombreuses incertitudes pesant sur l'attitude des requérants⁸³. A cet égard, un élément contradictoire dans la réaction de l'Italie va se révéler important dans le raisonnement de la Cour : alors que les époux ont été jugés aptes à adopter un enfant par les autorités italiennes, ils sont pourtant plus tard jugés incapables d'éduquer et d'aimer l'enfant, au seul motif qu'ils ont contourné la loi italienne. Par ailleurs, les autorités ont procédé à l'éloignement de l'enfant sans attendre l'issue de la procédure pénale et ce dernier restera sans réelle identité pendant deux années entières alors qu'il est innocent.

La Cour va néanmoins préciser, qu'étant donné que l'enfant est resté dans sa famille d'accueil pendant plus de deux ans, développant ainsi des liens affectifs, la violation de l'article 8 de la Convention ne constitue pas une obligation pour l'Italie de remettre l'enfant aux parents d'intention.

Ce jugement est rendu avec deux opinions dissidentes qui considèrent que la décision de la Cour revient à priver les Etats de leur choix légitime de reconnaître ou non des effets juridiques à la GPA⁸⁴. Selon eux, s'il suffit de créer illégalement un lien avec l'enfant à l'étranger pour que les autorités nationales soient obligées de reconnaître ce lien, les Etats perdent toute marge de manœuvre. C'est en effet une question qui mérite d'être posée : les Etats sont-ils condamnés à être mis en échec par le fait accompli des personnes pratiquant la GPA à l'étranger ? Il est compréhensible de soutenir que « le droit a en charge l'intérêt général et il ne peut encourager des pratiques illicites en approuvant et régularisant a

⁸⁰ *Ibid.*, point 69.

⁸¹ *Ibid.*, points 71 et 72.

⁸² *Ibid.*, point 80.

⁸³ *Ibid.*, points 81 à 86.

⁸⁴ *Ibid.*, pages 31 à 34.

posteriori ceux qui auront transgressé l'interdit pour mettre les autorités devant le fait accompli »⁸⁵.

On le voit dans cette affaire, les situations peuvent être dramatiques tant pour les enfants que pour les parents. On pourrait en retenir que les Etats peuvent tout à fait poursuivre pénalement les parents d'intention qui ont eu recours à une GPA à l'étranger si cela constitue une violation de la loi pénale locale mais qu'une mesure de séparation ne peut être prononcée que lorsque l'enfant est en situation de danger grave et immédiat, une loi interdisant la gestation pour autrui n'étant pas un élément suffisant.

Sous l'appel du gouvernement italien, l'affaire est portée devant la Grande Chambre de la C.E.D.H. qui a rendu récemment sa décision, réajustant sa position. L'Italie soutient alors que la Cour a compris trop largement la notion de vie familiale et qu'en l'espèce, en raison du manque de lien biologique avec l'enfant et du comportement illégal des parents d'intention, ce lien familial n'existe pas et qu'il n'y a donc pas lieu d'appliquer l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Sur la condition de nécessité, l'Italie estime qu'il est de son libre choix de ne reconnaître dans son droit qu'une filiation en présence de lien biologique ou en cas d'adoption et que ce choix ne laisse pas de place à une appréciation des juges.

Sur l'applicabilité de l'article 8 de la Convention, à savoir, si les faits relèvent de la vie privée ou familiale des époux, la Cour précise longuement ces deux notions qui sont, nous le rappelons, essentiellement de fait.

Bien qu'elle considère comme inapproprié de déterminer une durée minimale nécessaire pour affirmer l'existence d'une vie familiale, la Cour va souligner que cette durée est le facteur clé à prendre en compte⁸⁶. Un facteur qui n'est pas à analyser seul puisque la Cour va comparer les faits⁸⁷ de l'affaire *D. et autres c. Belgique* où les parents d'intention et l'enfant ont vécu ensemble pendant seulement deux mois, et celle-ci, où ils ont vécu ensemble plus de sept mois, et considérer que la présence de lien biologique entre l'enfant et au moins un des parents entre également en jeu. La Cour va alors juger qu'en l'espèce, il n'y a pas de vie familiale, contrairement à ce qu'ont déterminé les juges deux ans plus tôt⁸⁸.

⁸⁵ M. FABRE-MAGNAN, *La gestation pour autrui. Fictions et réalités*, Paris, Fayard, 2013, p. 108.

⁸⁶ C.E.D.H. (Gr.Ch.), 24 janvier 2017, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, op. cit., point 153.

⁸⁷ *Ibid.*, point 154.

⁸⁸ *Ibid.*, point 157.

Par contre, elle va considérer que les faits relèvent bien de la vie privée des époux, conformément à sa jurisprudence en la matière⁸⁹. L'article 8 de la Convention est donc bien applicable.

La Cour va ensuite confirmer l'existence d'une ingérence, prévue par la loi, et qui répond à des buts légitimes⁹⁰.

Quant à la condition de nécessité, qui implique, comme le rappelle la Cour, que « l'ingérence corresponde à un besoin social impérieux et, en particulier, qu'elle soit proportionnée au but légitime poursuivi eu égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents en jeu »⁹¹, les juges vont déterminer, au contraire de ce qui a été jugé en 2015, qu'elle est également remplie. La Grande Chambre estime en effet que la rupture immédiate et définitive de tout contact, bien que causant un certain préjudice, reste proportionnée au vu des faits. La situation n'est pas selon elle l'éclatement d'une famille où la séparation ne peut être ordonnée que si l'intégrité physique ou morale de l'enfant est menacée ; il s'agit de légaliser la situation des parents d'intention, c'est-à-dire leur laisser poursuivre leur relation avec l'enfant, imposant ainsi à l'Italie le fait accompli, ou bien il s'agit de prendre des mesures pour trouver une famille à l'enfant conformément aux lois italiennes sur l'adoption⁹². Il faut examiner l'affaire en fonction de l'illégalité de la conduite des requérants, du fait qu'il n'y a pas de lien biologique, que la GPA a eu un caractère commercial, et que la relation entre l'enfant et les parents a été précaire.

La Cour fait primer l'intérêt général⁹³ qui est en jeu par rapport à l'intérêt des époux à assurer leur développement personnel avec l'enfant. Selon la Cour, il n'y a pas de droit protégé par la Convention à devenir parent⁹⁴. Puisque l'enfant ne subira pas un préjudice grave, cela a été démontré par les autorités italiennes, ces dernières ont bien ménagé le juste équilibre entre les intérêts en jeu⁹⁵.

Les leçons à tirer de cette affaire au niveau de la marge d'appréciation des Etats sont assez importantes. On le voit, lorsque la situation est à ce point particulière⁹⁶, le champ d'action des Etats est très large, y compris lorsque l'ingérence en cause est une séparation

⁸⁹ *Ibid.*, point 164.

⁹⁰ *Ibid.*, points 166, 174 et 177.

⁹¹ *Ibid.*, point 181.

⁹² *Ibid.*, point 209.

⁹³ *Ibid.*, point 215.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ Pas de lien biologique entre les parents et les enfants, caractère commercial à la GPA, brève relation avec l'enfant, pas de vie familiale reconnue, violation de plusieurs règles nationales.

physique entre l'enfant et les parents d'intention. La Cour exercera bien entendu un contrôle de proportionnalité mais, sur le principe, cette ingérence des Etats est donc possible.

A notre question de savoir si les Etats sont-ils condamnés à être mis en échec par le fait accompli des personnes pratiquant la GPA à l'étranger, nous pouvons désormais répondre que non. Dans son opinion concordante, le juge DEDOV estime que « pour la première fois [...] la Cour insiste plus sur les valeurs que sur la marge d'appréciation formelle »⁹⁷.

4. Arrêt *Foulon et Bouvet c. France*⁹⁸

Avant que la Grande Chambre ne rende le deuxième arrêt *Paradiso et Campanelli c. Italie*, une nouvelle affaire regroupant deux demandes distinctes a éclaté en France.

Il s'agit, cette fois, de deux GPA pratiquées en Inde, mais avec un caractère commercial en ce qui concerne les époux FOULON et dans le cadre d'une demande faite par deux hommes en partenariat civil pour Monsieur BOUVET. A nouveau, les parents d'intention se sont retrouvés face au refus de transcription de l'acte de naissance indien, de manière assez similaire aux affaires *Menesson* et *Labassée*.

La Cour va suivre le même raisonnement que dans ces deux affaires, en seulement trois paragraphes, et considérer qu'il y a une violation de l'article 8 de la Convention s'agissant du droit des enfants au respect de leur vie privée.

Cet arrêt permet par ailleurs de se rendre compte de l'évolution de l'attitude de la France par rapport à la GPA depuis l'affaire *Menesson*. La Cour note que la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation française ne présente aujourd'hui plus d'obstacle à la reconnaissance des actes de naissance étrangers établis régulièrement lorsqu'il y a un lien biologique entre l'enfant et le père d'intention⁹⁹.

⁹⁷ C.E.D.H. (Gr.Ch.), 24 janvier 2017, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, *op. cit.*, p. 61.

⁹⁸ C.E.D.H. (5^e sect.), 21 juillet 2016, *Foulon et Bouvet c. France* (req. n° 9063/14 et req. n° 10410/14).

⁹⁹ *Ibid.*, point 56.

C. Les zones d'ombre sur lesquelles les enseignements de la C.E.D.H. portent à interrogation

Après avoir étudié ce que la Cour européenne des droits de l'homme a déterminé sur la marge d'appréciation des Etats, il convient de se pencher sur les différents facteurs et éléments mis en exergue et qui sont ou pourraient être substantiels dans le raisonnement des juges pour déterminer l'équilibre entre l'autorité des Etats de réglementer la gestation pour autrui et le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Ainsi, que se passerait-il si les parents d'intention rémunéraient la mère porteuse et pratiquaient ainsi une GPA à caractère commercial ? Le caractère immoral de la GPA entraînerait-il une décision différente de la Cour européenne ? L'enfant serait-il doublement sanctionné de la faute de ses parents ?

On peut aussi se demander ce que les juges auraient pensé de l'attitude de la France s'il n'y avait eu aucun lien biologique entre les jumelles Mennesson et leur père ou s'il n'y avait eu aucun contact entre eux ? L'attitude de la Cour serait-elle exactement la même à l'égard d'un couple homosexuel ou d'une personne seule ? Que dirait la Cour si, malgré la présence d'une convention de gestation pour autrui, la mère porteuse décidait de changer d'avis et de garder finalement l'enfant pour elle, ou encore si les parents d'intention ne voulaient au bout du compte plus de l'enfant porté par la première ? Sa réponse, sa mise en balance des intérêts en jeu serait-elle toujours la même ? Toutes ces questions méritent d'être posées et auront probablement une réponse à l'avenir.

Mais pour l'instant, nous devons nous tourner vers les éléments qui nous ont été donnés dans la jurisprudence, européenne comme nationale, afin d'éclaircir au mieux ces différentes zones d'ombre et imaginer la voie qui sera peut-être celle empruntée.

1. GPA commerciale caractérisée

En ce qui concerne tout d'abord le caractère commercial de la gestation pour autrui, la Cour avait laissé entendre, dans l'affaire *Paradiso et Campanelli c. Italie* que les politiques des Etats étaient plus importantes, peut-être plus libres également, lorsque des contrats de gestation commerciaux étaient en jeu¹⁰⁰.

¹⁰⁰ C.E.D.H. (Gr.Ch.), 24 janvier 2017, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, *op. cit.*, point. 203.

C'est le chemin qu'a pris le Tribunal de la famille de Bruxelles dans un arrêt rendu le 31 octobre 2016. Etait en question le refus de reconnaissance d'une décision californienne établissant un lien de filiation entre deux pères d'intention et un enfant. Ce refus se voit confirmé par la juridiction belge qui estime que la convention, qui prévoit notamment une rémunération de 30.000 €, est non seulement contraire à l'ordre public international belge mais aussi que, élément essentiel, l'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas mis en péril puisque les réglementations belges permettent de toute façon d'établir autrement un lien de filiation. Les juges n'ont, dans ce jugement, pas répondu positivement à cette demande d'économie de procédure faite par les requérants.

La jurisprudence de la C.E.D.H. montre que si l'intérêt supérieur de l'enfant est mis en péril par l'attitude des Etats, que la GPA ait été commerciale ou non, il doit tout de même être préservé. Le caractère commercial sera tout au plus un élément pris en compte parmi d'autres. Dans l'arrêt *Mennesson*, il n'y avait pas de caractère commercial, la GPA était dite altruiste ; dans l'arrêt *Foulon*, où la Cour reconnaît expressément des faits similaires¹⁰¹, elle suit pourtant exactement le même raisonnement.

La marge de manœuvre de la France pour un refus de transcription d'actes de naissance étrangers établissant un lien de filiation est donc sensiblement identique pour des faits similaires, qu'il y ait un caractère commercial ou non. Ce seul critère de commercialité n'est donc pas suffisant à lui seul.

Néanmoins l'utilisation commerciale de mère porteuse peut toutefois conduire à une infraction particulière dans le droit des Etats signataires de la Convention¹⁰². C'est le cas dans l'affaire « Baby J. » jugée par le tribunal correctionnel de Gand où cette utilisation commerciale a été reconnue comme affectant la dignité humaine de l'enfant¹⁰³. A ce sujet, il convient d'ailleurs de préciser qu'une GPA à caractère commercial, bien que parfois appelée « vente d'enfant » n'est pas non plus assimilable à un trafic d'être humain¹⁰⁴, infraction régie par l'article 433quinquies du Code Pénal.

Comme nous l'avons indiqué en introduction de notre propos, il faut rester prudent sur cette distinction de GPA commerciale et de GPA altruiste puisqu'en réalité, même dans les gestations pour autrui dites altruistes, les frais de fécondation, de grossesse et d'accouchement sont généralement payés par les parents d'intention¹⁰⁵, ce qui fait qu'il reste donc une certaine contrepartie financière dans beaucoup de cas. Il n'est dès lors pas toujours aisé de distinguer

¹⁰¹ C.E.D.H. (5^e sect.), 21 juillet 2016, *Foulon et Bouvet c. France*, *op. cit.*, point 55.

¹⁰² L. PLUYM, *op. cit.*, p. 135.

¹⁰³ Corr. Gand (4^e Ch.), 14 mai 2012, GE 42.LA.91920/08/GZ4.

¹⁰⁴ C.E.D.H. (5^e sect.), 21 juillet 2016, *Foulon et Bouvet c. France*, *op. cit.*, p. 129.

¹⁰⁵ L. PLUYM, *op. cit.*, p. 5.

le défraiement d'une véritable rétribution. P. WAUTELET constate à ce sujet qu'aucune juridiction belge n'a procédé à un examen détaillé des montants versés par les parents d'intention¹⁰⁶. Quand on sait que des sommes assez dérisoires pour des occidentaux peuvent vite atteindre l'équivalent d'années de salaire dans certains pays, il faut plus que jamais prendre de la hauteur de vue et relativiser cette distinction entre ces « bonnes » et « mauvaises » GPA.

2. GPA altruiste sans contact entre l'enfant et les parents d'intention

Si la GPA est altruiste, comme dans l'affaire *Menesson*, mais que par contre il n'y a eu aucun contact entre l'enfant et les parents d'intention, la solution pourrait être différente.

Certes les notions de vie familiale et de vie privée sont, nous l'avons vu, extrêmement larges et amenées à évoluer. Certes la Cour peut être amenée à considérer que l'absence de contact entre les parents et l'enfant n'entraîne pas l'irrecevabilité d'une demande sur la base de l'article 8 de la Convention en estimant que cela n'a pas supprimé l'existence d'une relation potentielle, que couvre la notion de vie familiale (Arrêt *Nylund c. Finlande*). Certes elle peut, peut-être, aussi admettre que la notion de vie privée comprend également une relation potentielle avec une personne à laquelle nous n'avons pas encore eu de contact, ne serait-ce que parce que des liens supplémentaires existent.

Mais l'absence de contact entre cet enfant et les parents d'intention influence certainement grandement le raisonnement de la Cour sur l'étape de la proportionnalité de l'ingérence par rapport aux buts légitimes poursuivis. Effectivement, si dans l'arrêt *Paradiso* la courte relation entre les parents et l'enfant a été jugée de manière à ce que sa rupture ne constitue pas *in fine* un caractère trop dommageable pour l'enfant, on s'aperçoit alors d'autant plus aisément que l'absence totale de contact entre les protagonistes vient encore moins limiter la liberté des Etats quant aux ingérences qu'ils peuvent poser face à cette relation encore physiquement inexistante.

Dans une telle situation, il est permis dès lors de penser que de la marge de manœuvre des Etats est très grande.

¹⁰⁶ P. WAUTELET, « Bébés papiers, gestation pour autrui et co-maternité : la filiation internationale dans tous ses états », in *Le droit des relations familiales internationales à la croisée des chemins* (L. BARNICH, A. NUYS, S. PLEIFF, P. WAUTELET dir.), Bruylant, 2016, pp. 179 à 233.

3. GPA « conflictuelle »

Autre question intéressante à laquelle la Cour européenne n'a pas répondu est celle du sort des conventions de gestation pour autrui. Imaginons, assez simplement, qu'une convention de GPA soit conclue et qu'elle prévoie la remise de l'enfant à des parents d'intention : si ces derniers changent finalement d'avis, et ce pour des raisons que l'on peut imaginer très diverses, par exemple, un handicap touchant l'enfant, la mère porteuse peut-elle les contraindre de respecter le contrat passé entre eux ? De la même manière, des parents d'intention peuvent-ils contraindre la mère porteuse à leur abandonner l'enfant dont elle vient d'accoucher si elle a changé d'avis ?

La Belgique a pu tristement connaître un cas similaire dans l'affaire « Baby D. »¹⁰⁷ où la mère d'intention a cédé son enfant à un autre couple pour un montant plus élevé, mentant par la même occasion aux premiers parents d'intention, dont le père était le père biologique, en leur prétextant une fausse couche.

La question peut aussi se poser pour une situation moins dramatique mais où des engagements figurant dans ce genre de convention ne sont pas respectés et où il y a plainte d'une des parties. La jurisprudence nous l'a montré, certains engagements peuvent aller très loin¹⁰⁸ : interdiction pour la mère porteuse de toute relation sexuelle après l'insémination, renonciation à toute confidentialité médicale au profit des parents d'intention, interdiction de voyager, obligation d'avoir recours à un avortement dans un cas précis, etc.

Ce genre de convention, examinée dans la récente décision du Tribunal de la famille de Bruxelles du 31 octobre 2016, est bien entendu totalement contraire à l'ordre public belge, excluant par là tout recours judiciaire en cas de contestation sur son exécution¹⁰⁹ ainsi que toute demande d'indemnisation¹¹⁰.

Nous pouvons imaginer que la Cour européenne des droits de l'homme ne sanctionne aucunement cette conséquence puisqu'elle laisse les Etats libres d'autoriser ou non le recours à la GPA et leur permet, sur le principe, de condamner pénalement le recours à cette méthode de procréation.

¹⁰⁷ Voy. sur ce sujet L. PLUYM, *op. cit.*, pp. 130 et s. ; G. SCHAMPS, G. WILLEMS, *op. cit.*, p. 365.

¹⁰⁸ Voy. Civ. Bruxelles (12e Ch.), 31 octobre 2016, <http://www.kruispuntmi.be/rechtbank-van-eerste-aanleg-brussel-31-10-2016>.

¹⁰⁹ N. GALLUS, « La validité de la convention de gestation pour autrui en droit belge actuel », *op. cit.*, p. 191.

¹¹⁰ Voy. G. SCHAMPS, WILLEMS, G., *op. cit.*, p. 366.

Toutefois, qu'en serait-il si la Belgique venait à légiférer sur la question et à encadrer le recours aux GPA altruistes ? De la même manière, qu'en serait-il dès aujourd'hui pour les pays qui réglementent déjà ce domaine et ne sanctionne pas d'illicéité ces conventions ? Des pays comme les Pays-Bas ou la Nouvelle-Zélande prévoient ainsi la possibilité pour la mère porteuse ou les parents d'intention de ne finalement pas exécuter leurs engagements de remettre ou d'accueillir l'enfant. Il semble en être de même en Angleterre. Que les parents d'intention aient ou non un lien génétique avec l'enfant, la mère porteuse pourrait ainsi finalement refuser de donner l'enfant, avec l'approbation des juridictions. Cette direction choisie par certaines juridictions n'est toutefois pas unanime¹¹¹.

Si jamais la Cour européenne des droits de l'homme était amenée à se prononcer sur l'attitude des Etats relative à ces questions, il nous paraît évident qu'elle aurait égard aux faits de l'espèce, comme toujours, pour déterminer la gravité de la situation et estimer au mieux la balance d'intérêt à observer entre celui de l'enfant et celui des Etats de réglementer cette question. Dans ce cadre-là, elle aurait probablement également égard à l'existence d'un lien biologique entre les parents d'intention et l'enfant, à la reconnaissance ou non du caractère commercial dans la GPA, à la qualité des liens affectifs et, plus important encore, à la période de vie commune ayant existé entre les requérants et l'enfant. Cette période est essentielle, nous avons eu l'occasion de le constater dans l'analyse de l'affaire *Paradiso* jugée par la Grande Chambre.

4. GPA homoparentale

Les personnes homosexuelles peuvent tout à fait constituer une vie familiale entre elles, au même titre que des personnes hétérosexuelles dans la même situation (*Shalk et Kopf c. Autriche*). Sur ce point précis, il n'y a donc pas de raison de penser que le raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme soit différent lorsqu'elle traite de la gestation pour autrui. D'ailleurs, l'arrêt *Foulon et Bouvet c. France*, qui concerne notamment un couple d'hommes, n'a à aucun moment montré la moindre distinction dans son appréciation.

Nous pouvons donc dire sans peine que pour des faits similaires aux affaires ici présentées, la Cour européenne aurait exactement le même raisonnement.

En Belgique, un jugement du Tribunal de première instance de Liège a d'ailleurs permis la transcription d'un acte de naissance californien établissant la reconnaissance d'une

¹¹¹ *Ibid.*, pp. 368 et s.

double filiation monosexuée¹¹², sans devoir passer par une procédure d'adoption, ce que ne permet pas actuellement le droit positif belge¹¹³.

S'il s'agit d'une personne seule la réponse est, selon nous, sensiblement identique. Bien que la C.E.D.H. ne reconnaisse pas de droit subjectif à avoir d'enfant¹¹⁴, rien n'empêche a priori une personne seule d'avoir recours d'une manière ou d'une autre à une gestation pour autrui à l'étranger et de vouloir revenir dans son pays avec un enfant pour y vivre ensemble. L'intérêt supérieur de l'enfant doit être préservé de la même manière et sa relation avec le parent d'intention analysée au regard des notions de vie privée et de vie familiale qui sont largement comprises. L'attitude des Etats à l'égard de ces situations, et donc leur marge de manœuvre, n'a pas de raison d'être acceptée différemment par la Cour européenne des droits de l'homme.

5. GPA sans aucun lien biologique

Lorsque la Cour européenne des droits de l'homme venait de rendre l'arrêt *Mennesson*, il était légitime de se demander si la limitation de la sanction de non-reconnaissance à la seule filiation du parent non biologique aurait pu sauver la France d'une condamnation¹¹⁵. Désormais, nous avons vu dans l'arrêt *Paradiso* rendu en Grande Chambre que la présence de lien biologique entre l'enfant et au moins un des parents entraine en jeu pour déterminer la présence d'une vie familiale à respecter, même si ce lien n'en est pas une condition obligatoire. Il est donc acquis qu'en cas de GPA sans aucun lien biologique, la recevabilité d'une demande fondée sur le respect de la vie familiale n'est pas garantie.

Cependant le volet vie privée est lui bien préservé en l'absence de lien biologique, comme c'était le cas dans l'arrêt *Paradiso*, de sorte qu'il est fort probable que cet élément seul ne suffise pas en soi à modifier l'appréciation de la Cour européenne des droits de l'homme quant à la marge de manœuvre des Etats.

Un autre élément ne doit toutefois, selon nous, pas être écarté du raisonnement lorsque l'on parle de lien biologique. En effet, si ce lien existe entre l'enfant et au moins un des

¹¹² Civ. Liège, 15 mars 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 714.

¹¹³ C. HENRICOT, *op. cit.*, p. 721 ; C. HENRICOT, S. SAROLEA, J. SOSSON, « La filiation d'enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger », Note sous Liège, 6 septembre 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, Bruxelles, Larcier, 2010, liv. 4, p. 1150.

¹¹⁴ C.E.D.H. (Gr.Ch.), 24 janvier 2017, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, *op. cit.*, point 215.

¹¹⁵ Voy. S. BOLLEE, *op. cit.*, p. 157.

parents d'intention et qu'il permet d'établir la filiation en droit interne autrement que par la transcription du jugement ou de l'acte étranger, le seul fait de la refuser pourrait ne pas être considéré comme une violation de la C.E.D.H. Dès lors que le droit de l'Etat visé par la requête permettrait à l'enfant et aux parents d'établir un lien de filiation, certes d'une autre manière, les difficultés rencontrées par ces derniers une fois de retour dans leur pays seraient somme toute limitées à une économie de procédure.

Le Tribunal de la famille de Bruxelles a suivi le même raisonnement le 31 octobre 2016 : il a considéré que le refus de reconnaissance ne mettait pas en péril l'intérêt supérieur de l'enfant puisque le droit belge permettait in fine d'établir un lien de filiation¹¹⁶.

On le voit, même si les arrêts récents ont permis d'obtenir des précisions supplémentaires, il reste quelques zones d'ombre sur l'étendue de la marge de manœuvre des Etats. Ces inconnues sont tout à fait naturelles lorsque l'analyse du test de proportionnalité faite par la C.E.D.H. est concrète, factuelle. Toutes les situations ne sont pas encore remontées devant la juridiction européenne. De nouveaux cas d'espèce viendront très certainement compléter cette jurisprudence de la Cour de Strasbourg et elle sera probablement amenée à continuer de faire étoffer, mais aussi évoluer, ses enseignements.

III. INFLUENCE DU DROIT DE L'UNION EUROPEENNE

Après avoir examiné l'impact des droits fondamentaux de la Convention européenne des droits de l'homme sur la marge de manœuvre des Etats, il convient de se demander si le droit de l'Union européenne ne pourrait pas avoir, lui aussi, un certain rôle sur les ingérences des vingt-huit Etats-membres. Loin de nous l'idée d'imaginer les évolutions futures d'une éventuelle harmonisation européenne sur des sujets tels que celui-ci, il s'agit modestement ici de porter l'attention du lecteur sur la possibilité de voir apparaître de nouveaux garde-fous dans la jurisprudence de la Cour de Justice.

A première vue, le droit de l'Union européenne ne vient pas immédiatement à l'esprit quand on pense à la question bioéthique de la gestation pour autrui. Pourtant, le corps humain et les services reproductifs circulent entre les pays auxquels l'Union veille à garantir une libre circulation des personnes et des services, comme le souligne J. SOSSON¹¹⁷. C'est aussi oublier

¹¹⁶ Civ. Bruxelles (12e Ch.), 31 octobre 2016, *op.cit.*, p.7.

¹¹⁷ J. SOSSON, *op. cit.*, p. 52.

que depuis quelques années la Cour de Justice se penche de plus en plus¹¹⁸ sur ces questions particulières.

Indirectement, la Cour de justice de l'Union européenne peut ainsi être amenée à se pencher sur des débats éthiques comme celui de la GPA. Elle a ainsi eu l'occasion de faire dans deux arrêts portés devant elle, peu de temps avant les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme.

Il s'agissait dans les deux cas de deux femmes ayant eu recours à une gestation pour autrui et qui se sont vu refuser par leur employeur un congé de maternité ou l'équivalent du congé d'adoption pour s'occuper du nouveau-né. Une directive européenne 92/85 prévoit en l'espèce que les Etats membres doivent prendre des mesures afin d'accorder aux travailleuses concernées un congé de maternité de minimum quatorze semaines¹¹⁹ ; le même type de congé est également envisagé dans le considérant 27 d'une autre directive 2006/54 sur l'égalité entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail¹²⁰.

Dans l'arrêt *C.D. c. S.T.*¹²¹ est concernée une Britannique ayant eu recours à la GPA dans son propre pays à l'aide des gamètes de son compagnon et d'un don d'ovules. Comme le permet le droit anglais¹²², la mère d'intention a pu obtenir un *parental order* lui permettant en quelque sorte d'adopter l'enfant tout en lui faisant effacer son lien de filiation avec la mère porteuse.

Pour ce qui est de l'arrêt *Z c. A Government Department and the Board of management of a community school*¹²³, il s'agit d'une Irlandaise incapable de conduire une grossesse à son terme mais dont on a pu prélever les gamètes chez elle et son mari pour

¹¹⁸ Voy. S. HENNETTE VAUCHEZ, « Deux poids, deux mesures : GPA, congé de maternité de la mère commanditaire et procréation en droit de l'Union européenne », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 8 mai 2014, consulté le 29 mars 2017, disponible sur www.revdh.revues.org/653.

¹¹⁹ Art. 8 Directive 92/85/CEE du Conseil, du 19 octobre 1992, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail, J.O., L 348, 28 novembre 1992, p.1.

¹²⁰ Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil, du 5 juillet 2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail, J.O., L 204, 26 juillet 2006, p. 23.

¹²¹ C.J.U.E. (Gr.Ch.), 18 mars 2014 (C.D. c. S.T.), C-167/12, www.curia.eu.

¹²² Articles 33 et s. du Human Fertilization and Embryology Act 2008.

¹²³ C.J.U.E. (Gr.Ch.), 18 mars 2014 (Z. c. A Government department, The Board of management of a community school), C-363/12, disponible sur www.curia.eu.

concevoir l'enfant. Ils se sont rendu en Californie, l'acte de naissance mentionnant alors directement le nom des parents d'intention comme les parents de l'enfant.

Dans les deux affaires, la Cour de justice va se demander si refuser un congé de maternité à une mère ayant eu recours à une GPA est discriminatoire, autrement dit, il s'agit de savoir si la mère commanditaire peut elle-aussi bénéficier du congé de maternité.

La Cour va rappeler sa jurisprudence en disant que « la directive 92/85 doit être interprétée en ce sens que les États membres ne sont pas tenus d'accorder un congé de maternité au titre de l'article 8 de cette directive à une travailleuse, en sa qualité de mère commanditaire ayant eu un enfant grâce à une convention de mère porteuse, y compris lorsqu'elle est susceptible d'allaiter cet enfant après la naissance ou qu'elle l'allaité effectivement.»¹²⁴. Elle a également jugé que ce refus d'accorder un congé de maternité à une mère commanditaire ne constituait pas une discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe¹²⁵, les pères commanditaires ne pouvant pas non plus profiter d'un tel congé.

Par cette attitude, regrettée par certains¹²⁶, la Cour de justice suit finalement la même position de neutralité et de prudence que la C.E.D.H. vis-à-vis du principe de la gestation pour autrui. Elle évite soigneusement de se prononcer en faveur ou contre cette méthode de procréation. Les Etats membres de l'Union européenne disposent donc toujours à l'égard de cette dernière d'une marge d'appréciation pleine et entière. En prenant parti pour la conception classique du droit de la filiation des Etats, elle a évité, en ce qui concerne le congé de maternité, la position trop audacieuse¹²⁷ proposée par l'avocat général dans l'affaire *C.D. c. S.T.* qui consistait à partager le congé de maternité entre la mère porteuse et la mère d'intention.

On aurait pu également envisager la double couverture des droits résultant de la Convention européenne des droits de l'homme par le biais de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, devenue contraignante depuis le traité de Lisbonne, qui prévoit, en son préambule, le respect des droits fondamentaux de la Convention. L'article 6 du Traité sur l'Union européenne prévoit d'ailleurs toujours l'adhésion de l'Union à la

¹²⁴ C.J.U.E. (Gr.Ch.), 18 mars 2014 (C.D. c. S.T.), *op. cit.*, § 45.

¹²⁵ C.J.U.E. (Gr.Ch.), 18 mars 2014 (Z. c. A Government department, The Board of management of a community school), *op. cit.*, § 55.

¹²⁶ Voy. D. BOUYALSKI, C. VERBROUCK, *op. cit.*, p.175.

¹²⁷ Voy. J. SOSSON, *op. cit.*, p. 55.

C.E.D.H. bien que depuis l'avis négatif de la Cour de justice¹²⁸, cette adhésion ne semble toutefois pas d'actualité¹²⁹.

Il n'en reste pas moins que la charte contraint la Cour de justice à faire respecter les droits fondamentaux par les Etats membres. Il ne nous semble dès lors pas irraisonnable de penser que de futurs développements sur le sujet pourraient survenir à l'avenir, sans y voir toutefois la remise en cause de la reconnaissance d'une large marge d'appréciation des Etats membres de l'Union européenne en matière de gestation pour autrui.

Quant à l'aspect législation au sein de l'Union, beaucoup de travail reste à faire avant d'arriver à une harmonisation ; celle-ci pourrait se faire en premier lieu par une meilleure coordination du droit international privé entre les Etats membres¹³⁰.

¹²⁸ Avis 2/13 de la Cour, du 18 décembre 2014, *J.O.*, C 65, 23 février 2015, p.2.

¹²⁹ Voy. N. PETIT, J. PILORGE-VRANCKEN, *Avis 2/13 de la CJUE : l'obsession du contrôle ?*, R.A.E.-L.E.A., 2014, liv. 4, pp. 816 et s.

¹³⁰ Voy. L. BRUNET, J. CARRUTHERS, D. KING, K. DAVAKI, J. MCCANDLESS, C. MARZO, *op. cit.*, p. 197.

CONCLUSION

A l'heure actuelle, la position des différents Etats sur la gestation pour autrui est très diversifiée. Cette nouvelle méthode de procréation dont nous analysons sur le plan juridique l'aspect médicalement assisté, bien que finalement assez marginale¹³¹, déclenche les passions des commentateurs, plus particulièrement en France où le débat fait régulièrement rage. Ils y voient tantôt une manière de commercialiser le corps de la femme et d'asservir le corps humain et tantôt un mode, différent de l'adoption, qui permet de répondre à une envie d'enfant venant tout particulièrement de couples souffrant de problèmes d'infertilité, mais plus récemment aussi, de couples homosexuels ou de personnes seules.

Ce domaine amène à manier une réflexion pluridisciplinaire. Les questions autour de la gestation pour autrui allient ainsi la médecine et le droit : le droit de la filiation et le droit international privé, mais aussi le droit de l'Union européenne et bien entendu, l'aspect qui nous a intéressés plus particulièrement lors de cette contribution, les droits fondamentaux reconnus par la Convention européenne des droits de l'homme de 1950.

L'article 8 de la C.E.D.H., en garantissant que toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, deux notions très larges, va limiter les Etats dans leurs actions à l'encontre des personnes ayant recours à une GPA. Si ingérences des Etats il y a, elles doivent être prévues par la loi, être justifiées par un intérêt légitime et être proportionnées.

Doit-on autoriser ou interdire la GPA ? Doit-on condamner pénalement les personnes ayant eu recours à une GPA ? Doit-on procéder à un contrôle des faits avant de délivrer des documents de voyages pour l'enfant ? Doit-on encadrer la GPA et y attacher des conditions et un processus particulier ? Doit-on reconnaître, quoiqu'il arrive, les décisions étrangères et reconnaître *de facto* les liens de filiation établis à l'étranger ? Les Etats ont une certaine marge de manœuvre pour répondre à toutes ces questions.

Et, nous l'avons vu, la Cour européenne des droits de l'homme, comme la Cour de justice de l'Union européenne d'ailleurs, reconnaît une large marge d'appréciation pour les Etats vis-à-vis de la gestation pour autrui en raison, d'une part de cette grande diversité des législations nationales sur le sujet et, d'autre part, des questions d'ordre éthique que cette méthode de procréation peut évidemment poser. Toutefois, cette largeur d'appréciation se doit d'être nuancée puisqu'en effet, l'intérêt supérieur de l'enfant doit primer sur l'appréciation des Etats.

¹³¹ Voy. chiffres C. AUTIN, *op. cit.*, pp. 16 et s.

Elle a ainsi eu l'occasion de se prononcer, à plusieurs reprises, sur le refus de transcription du certificat de naissance étranger et sur la reconnaissance de la filiation d'un enfant issu d'une gestation pour autrui (*Mennesson, Labassee, Foulon et Bouvet*), sur le refus de délivrance de documents de voyages (*D. et autres*) mais aussi sur une mesure entraînant la séparation définitive de l'enfant et des parents d'intention (*Paradiso et Campanelli*).

Dans chacune de ces affaires, la Cour a tenu compte de nombreux facteurs, tous importants et tous amenés à jouer un rôle dans la mise en balance des intérêts des requérants, des enfants et des Etats, sans pour autant être exhaustifs : la présence d'un lien biologique, l'existence d'un contact entre ceux-ci, la durée de la période de vie commune passée entre les parents d'intention et l'enfant, le caractère commercial ou altruiste de la GPA.

Cette diversité d'éléments factuels a pour conséquence que les juges n'ont pas encore eu l'occasion de se prononcer sur toutes les situations potentielles qui peuvent leur être présentées. Des zones d'ombre persistent ainsi bel et bien. Nous avons tenté d'aller un peu plus loin et de pousser la réflexion sur ces dernières en nous basant sur les éléments de réponses de la Cour européenne des droits de l'homme ainsi que sur le chemin pris par la jurisprudence belge. Le raisonnement de la Cour est bien entendu amené à évoluer. Nous l'avons vu, dans l'arrêt *Paradiso et Campanelli* rendu en Grande Chambre, qui a mis fin à cette idée du « fait accompli » qui rendait les Etats impuissants et passifs face à ce qu'il se passait à l'étranger.

Cette jurisprudence de la Cour européenne est également amenée à évoluer ne fût-ce que par l'évolution des législations des pays signataires puisque la juridiction strasbourgeoise a procédé, dans chaque arrêt que nous avons examinés, à un examen minutieux de la situation des pays européens pour jauger de l'ampleur de leur marge d'appréciation. Ces situations ne resteront pas inchangées.

Le droit belge de filiation n'est pas adapté à cette question moderne et importante de la gestation pour autrui. Cette inadéquation du droit avec la réalité crée une insécurité juridique par rapport à la filiation des enfants issus de la GPA ; ces derniers n'ont pas à subir les conséquences dommageables de cette situation et, selon nous, la législation se doit d'évoluer en ce sens.

Cela ne veut pas dire qu'il faut abandonner toute éthique et ouvrir la porte à un marché commercialisant le corps de la femme, mais qu'il faut fixer un cadre juridique à la pratique, en tirant des enseignements de toutes les matières concernées, qu'elles soient juridiques ou médicales. Cette réflexion juridique devra idéalement se mener eu égard à la situation des

autres pays : le « tourisme procréatif »¹³² existe et il faut garder à l'esprit que ce que les parents d'intention ne peuvent faire en sécurité chez nous, ils peuvent le faire ailleurs.

Il faut toutefois rester lucide et être conscient que ce cadre légal belge pourra être contourné par ceux qui souhaiteront bénéficier d'un cadre moins strict, exerçant par là une certaine pression sur ce qui pourrait être adopté en Belgique¹³³.

¹³² Expression peu heureuse et assez mal traduite de son versant anglais « Cross border reproductive care ». En réalité, la pratique médicale montre que les couples ayant l'idée d'avoir recours à la GPA sont des couples qui ont un projet mûrement réfléchi et qui n'ont parfois pas d'autre alternative pour avoir un enfant. Ils sont donc assez loin de faire du tourisme ; voy. C. AUTIN, *op. cit.*, p. 19.

¹³³ Voy. P. WAUTELET, « Bébés papiers, gestation pour autrui et co-maternité : la filiation internationale dans tous ses états », *op. cit.*, pp. 179 à 233.

BIBLIOGRAPHIE

1. Doctrine

AUTIN, C., « Gestation pour autrui : expérience d'un centre belge de procréation médicalement assistée », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?* (J. SOSSON et G. SCHAMPS dir.), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 9 à 21.

BOLLEE, S., Avis sous C.E.D.H. (5^e sect.), 26 juin 2014, *Menesson c. France* (req. n° 65192/11), *Rev. crit. DIP*, 104, 2015, p. 153.

BOUYALSKI, C., VERBROUCK, C., « Gestation pour autrui » : le temps d'un nécessaire encadrement de la pratique, *Rev. dr. étr.*, 2014, liv. 177, p.163.

BRUNET, L., CARRUTHERS, J., KING, D., DAVAKI, K., MCCANDLESS, J., MARZO, C., *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States*, European Parliament, Directorate General for International Policies, Policy Department C, mis en ligne en mai 2013, consulté le 7 avril 2017.

FABRE-MAGNAN, M., *La gestation pour autrui. Fictions et réalités*, Paris, Fayard, 2013.

GALLUS, N., « Gestation pour autrui et reconnaissance des actes de l'état civil étrangers », Note sous Civ. Huy, *J.T.*, 2010, p. 422.

GALLUS, N., « La validité de la convention de gestation pour autrui en droit belge actuel », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?* (J. SOSSON et G. SCHAMPS dir.), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 181 à 193.

GREER, S., « La marge d'appréciation: interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des Droits de l'Homme », *Dossiers sur les droits de l'homme, No.17*, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2000.

HAMMERBERG, T., « Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant : ce qu'il signifie et ce qu'il implique pour les adultes », *J.D.J.*, 2011/3 (N°303), p. 10.

HENNETTE VAUCHEZ, S., « Deux poids, deux mesures : GPA, congé de maternité de la mère commanditaire et procréation en droit de l'Union européenne », *La Revue des droits de*

l'homme [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 8 mai 2014, consulté le 29 mars 2017, disponible sur www.revdh.revues.org/653.

HENRICOT, C., SAROLEA, S., SOSSON, J., « La filiation d'enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger », Note sous Liège, 6 septembre 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, Bruxelles, Larcier, 2010, liv. 4, p. 1139.

HENRICOT, C., « Gestation pour autrui transfrontalière. Reconnaissance d'un double lien de filiation monosexuée : une première en Belgique ! », Note sous Civ. Liège, 15 mars 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, liv. 3, p. 721.

HENRICOT, C., « La gestation pour autrui transfrontalière », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?* (J. SOSSON et G. SCHAMPS dir.), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 411 à 450.

LELEU, Y-H., *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2010.

MATHIEU, G., RASSON, A.-C., « L'intérêt de l'enfant sur le fil – Réflexion à partir des arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation », *J.T.*, 2013, p. 425 et s.

PETIT, N., PILORGE-VRANCKEN, J., *Avis 2/13 de la CJUE : l'obsession du contrôle ?*, R.A.E.-L.E.A., 2014, liv. 4, p. 816.

PLUYM, L., *Draagmoederschap*, Bruxelles, Larcier, 2014.

SOSSON, J., SCHAMPS, G., *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

SCHAMPS, G., WILLEMS, G., « 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 ?* (J. SOSSON et G. SCHAMPS dir.), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 325 à 374.

SOSSON, J., MARY, J., « Gestation pour autrui pratiquée à l'étranger : l'intérêt de l'enfant, sésame d'une reconnaissance en Belgique ? », Note sous Bruxelles, 6 avril 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, liv. 3, p. 552.

SOSSON, J., *La jurisprudence européenne et la gestation pour autrui*, *J.D.E.*, 2015, p. 52.

SOSSON, J., MATHIEU, G., « L'enfant né d'une gestation pour autrui : quelle filiation ? Quels liens avec la mère porteuse ? », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?* (J. SOSSON et G. SCHAMPS dir.), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 375 et s.

TULKENS, F., DONNAY, L., « L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme : Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ? », *R.S.C.*, 2006.

VAN BUNNEN, L., « La gestation pour autrui et les droits de l'homme », Note sous Cour. eur. D.H., *Menesson c. France*, 26 juin 2014, *R.C.J.B.*, 2015, p.32.

VERHELLEN, G., PLUYM, L., « Chronique de jurisprudence belge concernant la gestation pour autrui (droit interne) », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?* (J. SOSSON et G. SCHAMPS dir.), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 195 et s.

WAUTELET, P., « Un nouvel épisode dans la saga de la gestation pour autrui transfrontalière », Note sous Civ. Huy (4^e ch.), 22 mars 2010, *J.L.M.B.*, 2011, liv. 2, p. 57.

WAUTELET, P., « 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 ?* (J. SOSSON et G. SCHAMPS dir.), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 213 à 237.

WAUTELET, P., « Bébés papiers, gestation pour autrui et co-maternité : la filiation internationale dans tous ses états », in *Le droit des relations familiales internationales à la croisée des chemins* (L. BARNICH, A. NUYTS, S. PLEIFF, P. WAUTELET dir.), Bruylant, 2016, pp. 179 à 233.

2. Jurisprudence

C.E.D.H., 26 mars 1985, *X et Y c. Pays-Bas* (req. n° 8976/80).

C.E.D.H., 16 décembre 1992, *Niemietz c. Allemagne* (req. n° 13710/88).

C.E.D.H., 27 octobre 1994, *Kroon et autres c. Pays-Bas* (req. n° 18535/91).

C.E.D.H. (2^e Sect.), 29 juin 1999, *Nylund c. Finlande* (req. 27110/95).

C.E.D.H. (1^{ère} Sect.), 4 septembre 2002, *Mikulić c. Croatie* (req. n° 53176/99).

C.E.D.H. (Gr. Ch.), 10 avril 2007, *Evans c. Royaume-Uni* (req. n° 6339/05).

C.E.D.H., 28 juin 2007, *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg* (req. n° 76240/01).

C.E.D.H. (Gr. Ch.), 4 décembre 2007, *Dickson c. Royaume-Uni* (req. n° 44362/04).

C.E.D.H. (Gr. Ch.), 22 janvier 2008, *E.B. c. France* (req. n° 43546/02).

C.E.D.H., 24 juin 2010, *Shalk et Kopf c. Autriche* (req. n° 30141/04).

C.E.D.H. (Gr. Ch.), 16 décembre 2010, *A, B et C c. Irlande* (req. n° 25579/05).

C.E.D.H. (Gr.Ch.), 3 novembre 2011, *BH e.a. c. Autriche* (req. n° 57813/00).

C.E.D.H. (Gr. Ch.), 3 novembre 2011, *S.H. et autres c. Autriche* (req. n° 57813/00).

C.E.D.H. (5^e sect.), 26 juin 2014, *Menesson c. France* (req. n° 65192/11).

C.E.D.H. (5^e sect.), 26 juin 2014, *Labassée c. France* (req. n° 65941/11).

C.E.D.H. (2^e sect.), 8 juillet 2014, *D. et autres c. Belgique* (req. n° 29173/13).

C.E.D.H. (2^e sect.), 27 janvier 2015, *Paradiso et Campanelli c. Italie* (req. n° 25358/12).

C.E.D.H. (1^{ère} Sect.), 16 juillet 2015, *Nazarenko c. Russie* (req. n° 39438/13).

C.E.D.H. (5^e sect.), 21 juillet 2016, *Foulon et Bouvet c. France* (req. n° 9063/14 et req. n° 10410/14).

C.E.D.H. (Gr.Ch.), 24 janvier 2017, *Paradiso et Campanelli c. Italie* (req. n° 25358/12).

C.J.U.E. (Gr.Ch.), 18 mars 2014 (Z. c. A Government department, The Board of management of a community school), C-363/12, disponible sur www.curia.eu.

C.J.U.E. (Gr.Ch.), 18 mars 2014 (C.D. c. S.T.), C-167/12, disponible sur www.curia.eu.

Cass. Fr. (Civ.), 17 décembre 2008, *R.C.D.I.P.*, 2009, p. 740.

Cass. Fr. (Civ.), 6 avril 2011, *R.C.D.I.P.*, 2011, n°4, p. 1522.

Cour d'appel de Paris, 18 mars 2010, *D.*, 2010, p. 1683.

Civ. Anvers, 19 décembre 2008, *R.B.D.I.P.R.-T.I.P.R.*, 2010, liv. 4, p. 140.

Civ. Huy (4^e Ch.), 22 mars 2010, *J.T.*, 2010, p. 420.

Civ. Nivelles, 6 avril 2011, *Act. dr. fam.*, 2011, liv. 8, p. 162.

Corr. Gand (4^e Ch.), 14 mai 2012, GE 42.LA.91920/08/GZA.

Trib. 1^{re} inst. Bruxelles, 18 décembre 2012, R.R. 2010/3756/B.

Civ. Liège, 15 mars 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 714.

Civ. Bruxelles (12^e Ch.), 31 octobre 2016, disponible sur <http://www.kruispuntmi.be/rechtbank-van-eerste-aanleg-brussel-31-10-2016>

3. Législation

Convention relative aux droits de l'enfant, signée à New York le 20 septembre 1989, approuvée par la loi du 25 novembre 1991, *M.B.*, 17 janvier 1992, p. 803.

Directive 92/85/CEE du Conseil, du 19 octobre 1992, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail, *J.O.*, L 348, 28 novembre 1992, p. 1.

Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil, du 5 juillet 2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail, *J.O.*, L 204, 26 juillet 2006, p. 23.

4. Autres

Rapport fait au nom de la Commission de la Justice du Sénat par Mme Nyssens et M. Willems, *doc. Parl., Sénat*, 2003-2004, n°3-27/7, p. 253.

Avis 2/13 de la Cour (assemblée plénière), du 18 décembre 2014, *J.O.*, C 65, 23 février 2015, p. 2, disponible sur www.curia.europa.eu.

Proposition de loi visant à lutter contre les démarchages engagés par des Français pour obtenir une gestation pour autrui, session ordinaire, *C.R.I.*, A.N., N°128, 2014-2015, 4 décembre 2014, p. 9718, disponible sur <http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/cri/2014-2015/20150087.pdf>.

www.diplomatie.be, consulté le 21 avril 2017.