La filiation issue d'une gestation pour autrui
Quelles règles de droit international privé pour la Belgique?

Patrick Wautelet *

1. Introduction. Les questions de droit international privé intéressant la gestation pour autrui suscitent un intérêt croissant ces dernières années. Il est d'ailleurs frappant de constater que cet intérêt se manifeste dans de nombreux pays en des termes très similaires.[1] Le regain d'attention [2] portée à la gestation pour autrui (GPA) s'explique sans doute pour partie par la multiplication des espèces soumises aux cours et tribunaux.

2. Objet de la présente contribution. Comme dans d'autres pays, ces développements ont retenu l'attention du législateur belge. La gestation pour autrui fait en Belgique l'objet de différentes propositions de loi qui sont analysées en détail dans le présent ouvrage. L'examen des différentes propositions de loi révèle que les questions de droit international privé n'ont pas retenu, ou en tout cas pas de façon substantielle, l'attention de leurs auteurs.[3] Ceci peut étonner dans la mesure où la pratique récente a mis en lumière l'existence de difficiles questions nées de la dimension internationale de la gestation pour autrui. La présente contribution se propose d'examiner quelles pistes de solution le législateur belge pourrait emprunter s'il souhaite envisager les questions de droit international privé. Elle s'appuiera, sans les commenter de façon exhaustive, sur les différentes décisions prononcées récemment par les juridictions belges.[4] Avant de s'interroger sur la forme que pourrait prendre une éventuelle règle de droit international privé en matière de gestation pour autrui (II), il convient de préciser l'influence que peut exercer le droit interne sur cette règle (I).

---

* Professeur, Faculté de Droit, ULg.

1 Dans une littérature de plus en plus abondante, voy. notamment P. Beaumont et K. Trimmings, "International Surrogacy Arrangements : an Urgent Need for Legal Regulation at the International Level", *J. Priv. Intl. L.*, 2011, 627-647 et surtout l'étude d'ensemble de K. Boele-Woelki, I. Curry-Sumner, W. Schrama et M. Vonk, *Commercieel draagmoderschap en illegale opneming van kinderen*, Boom Juridische Uitgevers, 2012, 353 p. Pour une perspective américaine, voy. E. Davis, "The Rise of Gestational Surrogacy and the Pressing Need for International Regulation", *Minnesota J. Intl. L.* , 2012, 120-144.

2 La question n'est en effet pas nouvelle. Elle a déjà de longue date retenu l'attention. Voy. l'étude fondamentale coordonnée il y a quelques années par Mme Boele-Woelki : K. Boele-Woelki et M. Oderkerk, *(On)geoorloofdheid van het draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief : Europees personen- en familierecht*, Intersentia, 1999, 191 p.

3 La proposition n° 5-160/1 de Mme Defraigne (Proposition de loi relative aux mères porteuses, n° 5-160/1, 23 sept. 2010, Sénat, Doc. Parl.) ne contient d'ailleurs aucune disposition visant les aspects internationaux de la gestation pour autrui, alors que les développements qui précèdent la proposition évoquent la pratique d'autres Etats. Les diverses propositions sont examinées avec attention par G. Verschelden, "Pleidooi voor een familierechtelijke regeling van draagmoederschap in België", *T.P.R.*, 2011, (1421), 1481-1497, no. 98-128.

4 Voy. l'analyse très complète de J. Verhellen, "Draagmoederschap en de grenzen van het Belgisch ipr", *TPR*, 2011, 1511-1555 et de la même, "Intercountry Surrogacy : a Comment on Recent Belgian Cases", *NIPR*, 2011, 657-662. Voy. aussi l'étude de C. Henricot, "Belgique. La gestation pour autrui en droit international privé", in *Gestation pour autrui : Surrogate Motherhood*, F. Monéger (éd.), Société de législation comparée, 2011, 49-84 et "Le droit international privé à l'épreuve d'un nouveau mode d'établissement de la filiation : le cas de la gestation pour autrui", in *Actualité en droit familial*, N. Gallus (éd.), Bruylant, 2010, 31-72.

I. Gestation pour autrui et droit international privé : qui a la main?

3. Absence de position lors de la codification. Lors de la codification du droit international privé belge en 2004, le législateur s'est abstenu d'adopter des règles particulières à propos de la gestation pour autrui. Cette position était justifiée par l'idée qu'il était trop tôt pour s'avancer sur un terrain dont on pressentait qu'il allait connaître une importante évolution.[5] Les cours et tribunaux ont dès lors abordé les affaires qui leur ont été soumises avec les règles générales de droit international privé – et principalement celles relatives au traitement des actes et jugements étrangers. Si le Parlement progresse dans l'étude des différentes propositions de loi relatives à la gestation pour autrui, il serait souhaitable qu'il envisage la dimension internationale de la gestation pour autrui – même si l'adoption d'un cadre légal clair en Belgique pourrait avoir comme effet de diminuer l'attrait que représente l'option étrangère.

4. Deux options fondamentales. Deux options principales s'offrent au législateur. Un régime spécifique pourrait être mis en place, comme ceci a été le cas pour l'adoption (art. 67 e.s. CODIP) et pour la répudiation (art. 57 CODIP). L'alternative est de confier l'appréhension des situations internationales aux règles générales de droit international privé et principalement celles relatives à la filiation.

Si la première option est retenue, les règles particulières traduiront un objectif spécifique du législateur. Cet objectif pourrait être, comme c'est le cas pour l'adoption, d'encadrer au mieux l'accueil du lien de filiation valablement créé à l'étranger. Il pourrait aussi traduire un refus net de donner suite aux expériences de gestation pour autrui menées à l'étranger, à l'instar de la solution retenue pour la répudiation. Faire confiance aux règles générales de droit international privé permettrait d'autre part de préserver le caractère de droit commun du Code.

5. Effet d'entraînement du droit interne. Le choix entre les différentes options qui s'offrent au législateur, nous semble en tout état de cause, être un choix que l'on pourrait qualifier de 'dérivé'. Il est en effet permis de penser que la réponse à apporter aux questions de droit international privé est en grande partie fonction de l'option retenue pour l'appréhension de la GPA par le droit interne. Il ne s'agit pas ici de plaider pour un retour aux thèses statutaires, qui concevaient le droit international privé entièrement dans la dépendance du droit interne.[6] Il s'agit au contraire de constater l'impact important que peut avoir le droit interne sur le droit international privé.[7]

6. Examen de la position actuelle. Pour apercevoir la nature de ces liens, l'on peut tout d'abord s'appuyer sur la situation actuelle. Il n'y a pas aujourd'hui de position claire du droit interne belge sur la question de la gestation pour autrui – ce qui contribue probablement à

5 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.

6 L'on sait en effet que les statutistes déduisaient les solutions de conflits de loi de la seule interprétation des règles de droit substantiel.

7 Le thème des liens entre droit international privé et droit interne est fort riche. Comme on l'a souligné récemment, le droit international privé permet aussi un travail "d'approfondissement des concepts du droit interne" (M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé*, LGDJ, 3ème éd., 2011, 20). Le droit international privé fait en effet apparaître l'intérêt de rechercher la nature d'une institution, intérêt dont on a pu justement dire "qu'il peut paraître purement spéculatif en droit civil" (Y. Loussouarn et P. Bourel, *Droit international privé*, Dalloz, 1996, 5-6, n° 10).

expliquer l'attrait qu'exerce l'option étrangère sur ceux et celles qui souhaitent faire appel à la GPA, notamment lorsqu'ils sont confrontés à un refus de la part des autorités médicales belges de prêter leur concours à leur souhait d'enfant.[8] Certes, il est unanimement admis que les conventions portant sur la gestation pour autrui sont nulles de plein droit.[9] Ceci n'empêche cependant pas que les parents commanditaires puissent utiliser certaines voies indirectes pour faire valoir un lien de filiation vis-à-vis de l'enfant issu d'une gestation pour autrui.[10] L'établissement de liens entre les parents commanditaires et l'enfant est dès lors possible, sans être automatique et alors même que le contrat à la base de la relation entre les parents commanditaires et la mère porteuse ne peut produire aucun effet.

6. Incertitude sur la position du droit international privé. Le droit positif belge est dès lors marqué d'une certaine ambiguïté. L'absence de position claire et ferme en droit interne belge ne manque pas d'avoir des conséquences lorsque les parties ont pris le pli d'avoir recours à une GPA à l'étranger. Il appartient en effet au droit international privé de prendre position, sans pouvoir s'appuyer fermement sur les principes arrêtés en droit interne. C'est principalement par le biais des outils relatifs à la libre circulation des actes et décisions que le droit international privé doit se prononcer. Ceci soulève plusieurs difficultés, dont celle du maniement des règles pertinentes.[11]

Ce qu'il importe de constater pour notre propos, c'est que les outils utilisés par le droit international privé belge sont tels qu'il est difficile au juge ou à l'autorité belge de se faire une

8 Selon les données rassemblées par Verschelden, une grande partie des demandes soumises aux établissements hospitaliers en vue d'un recours à la gestation pour autrui sont refusées. Voy. G. Verschelden, *art. cit*., *T.P.R*., 2011, (1421), 1428, n° 7.

9 Voy. le rappel de l'analyse par G. Verschelden, *art. cit*., *T.P.R*., 2011, (1421), 1433-1442, n° 12-25, spéc. 1438-1439, n° 22.

10 Voy. l'aperçu donné récemment par G. Verschelden, *art. cit*., *T.P.R*., 2011, (1421), 1442-1472. *Adde* la contribution de G. Verschelden et L. Pluym, « Chronique de jurisprudence concernant la gestation pour autrui (droit interne) » dans le présent ouvrage.

11 Le droit positif impose en effet une distinction entre jugement et acte d'état civil qui n'est pas simple à mettre en oeuvre dans cette matière. Dès lors que la GPA a été réalisée à l'étranger, il faudra se demander si le lien de filiation entre l'enfant et les parents d'intention résulte et s'appuie sur un acte d'état civil (l'acte de naissance) ou au contraire sur un jugement. Cette distinction est délicate. Ainsi, à propos d'une gestation pour autrui réalisée en Californie, il faudra se demander si l'attention doit se porter sur le jugement qui autorise l'établissement de l'acte de naissance en renseignant les noms des parents d'intention, ou sur l'acte d'état civil. Dans une contribution antérieure, j'avais envisagé la situation d'un enfant né en Californie, pour conclure que seule une étude concrète de la pratique californienne, et singulièrement des décisions autorisant la rédaction d'un acte de naissance au nom des parents commanditaires, pourrait permettre de se prononcer avec fermeté sur la question ("Un nouvel épisode dans la saga de la gestation pour autrui transfrontière", note sous Liège, sept. 2010, *J.L.M.B.*, 2011, 58). Les travaux de Mme Verhellen ont depuis lors démontré qu'il faut bien s'attacher au jugement, celui-ci étant déterminant pour l'établissement du lien de filiation (J. Verhellen, *Het Belgisch Wetboek IPR in familiezaken. Wetgevende doelstellingen getoetst aan de praktijk*, Diss. Gent 2012, 259, n° 424; voy. aussi J. Verhellen, "Draagmoederschap en de grenzen van het Belgisch ipr", *T.P.R*., 2011, (1511), 1522-1523, n° 22). En outre, la distinction entre les deux régimes est difficilement justifiable. Le régime des actes d'état civil étranger et celui des jugements étrangers diffère substantiellement puisque dans le premier cas, l'accueil de l'acte étranger en Belgique est soumis à un test conflictuel - contrôle du bon respect de la règle de rattachement retenue par le Code de droit international privé, à savoir l'article 62 - alors que dans le second cas, le contrôle du jugement s'opère sur des bases différentes. En particulier, le jugement étranger n'est pas soumis à un contrôle de la loi appliquée. Cette différence de régime est difficilement justifiable s'agissant d'une même situation – à savoir une GPA réalisée à l'étranger. Voy. aussi le plaidoyer de Mme Verhellen pour une fusion des deux régimes, sur base d'une argumentation fouillée - J. Verhellen, *Het Belgisch Wetboek IPR in familiezaken. Wetgevende doelstellingen getoetst aan de praktijk*, Diss. Gent 2012, 466, n° 736.

religion. Ces outils sont en effet fort peu discriminants.

Parmi les vérifications à faire lorsqu'elle est confrontée à un acte ou à un jugement étranger intéressant l'état civil, une autorité belge doit en effet tenir compte des concepts d'ordre public et de fraude à la loi. Lorsque la gestation pour autrui s'est concrétisée par la consécration dans un jugement étranger d'un lien de filiation entre l'enfant et le ou les parents commanditaires, le juge belge devra en effet apprécier si la reconnaissance de ce jugement en Belgique viole ou non manifestement l'ordre public. De même, s'agissant d'un acte d'état civil établissant un lien de filiation, l'ordre public fait partie des vérifications imposées.[12] En outre, lorsque la gestation pour autrui se matérialise par un acte d'état civil, il faudra tenir compte de la fraude à la loi.[13]

Or l'ambiguïté qui plane aujourd'hui sur le sort de la gestation pour autrui en droit belge rend l'utilisation de ces instruments délicate. L'application de ces outils dépend en effet dans une large mesure des choix 'primaires' qui sont fait par un système juridique – à savoir permettre ou non le recours à la GPA. Ceci ne doit pas étonner, l'ordre public étant le gardien des valeurs fondamentales d'un ordre juridique. Comment dès lors appliquer l'exception d'ordre public de droit international privé lorsqu'il apparaît que l'ordre juridique interne n'a pas expressément interdit le recours à la GPA, qu'il permet, par des constructions diverses, l'établissement d'un lien de filiation entre les parents d'intention et l'enfant, tout en interdisant (et en frappant de nullité) les conventions passées entre parents d'intention et mère porteuse? Cette position relativement ambiguë de l'ordre juridique interne à propos de la GPA rend le maniement de l'exception d'ordre public difficile.[14] Elle contribue sans doute à expliquer le flottement qui caractérise la jurisprudence actuelle. On constate en effet 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.[15]

12 L'article 27 du Code de droit international privé fait en effet référence à l'ordre public. On a pu se demander quel rôle ce concept jouait : devait-on apprécier si l'accueil en Belgique de l'acte étranger violait l'ordre public (comme on le fait pour les jugements) ou intégrer l'ordre public dans le test conflictuel? Dans le second cas, l'ordre public ne serait pas opposé à l'acte en tant que tel, mais à la loi étrangère sur base de laquelle il a été rédigé. Sur cette distinction, voy. J. Verhellen, *op. cit.*, Diss. Gent 2012, 303, n° 490.

13 Pour les jugements étrangers, voy. l'article 25 § 1, 3° Code de droit international privé.

14 L'examen de la jurisprudence belge (naissante) est rendu complexe par certaines singularités. Il faut en effet bien admettre que les quelques décisions prononcées en Belgique constituent des cas d'espèce, fort singuliers. L'on pense en particulier aux décisions prises en référé, qui n'ont pas manqué d'être influencées par les circonstances particulières, notamment lorsque l'enfant déjà né se trouvait à l'étranger, démuni de toute parenté (puisqu'aucun lien de filiation n'existait dans l'ordre juridique étranger avec la mère porteuse) – voy. par ex. Civ. Bruxelles, 15 fév. 2011, *Tijdschrift@ipr.be*, 2011/1, 77 – à propos d'un enfant né en Ukraine. Il faut en outre tenir compte du fait que dans certaines espèces, la seule demande dont était saisie la juridiction concernait la délivrance d'un passeport ou d'un laisser passer provisoire à l'enfant (voy. par ex. Civ. Bruxelles (réf.), 6 avril 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, 1164 – demande limitée à la délivrance d'un passeport ou d'un laisser passer au bénéfice d'un enfant né en Inde). Ces décisions sont en réalité fort peu instructives sur l'appréhension de la figure juridique de la GPA par le biais des instruments classiques que sont l'ordre public et la fraude à la loi.

15 Voy. principalement Civ.Huy (4e ch.), 22 mars 2010, *J.T.*, 2010, 420 ; *J.L.M.B.*, 2010/38, 1823. Le tribunal estime que « la reconnaissance [des actes de naissance dressés aux Etats-Unis] n'est que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'enfants conçus en exécution d'un contrat de gestation pour autrui. Il serait totalement artificiel de feindre d'ignorer que les actes de naissance ont été pris en suite d'une telle convention, avalisée par une décision de justice. » Sur cette base le tribunal examine la compatibilité de la convention de gestation pour autrui avec l'ordre public, pour conclure que « si il reconnaissait la validité des actes de naissance contestés, le tribunal donnerait effet à la convention de gestation pour autrui, et cautionnerait ainsi le principe que des enfants, dès avant leur naissance, fassent

D'autres juridictions 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.[16]

L'absence de prise de position ferme de l'ordre juridique belge vis-à-vis des filiations issues d'un GPA explique également que les juridictions qui acceptent de concentrer leur attention sur le lien de filiation, en faisant abstraction de la convention conclue avec la mère porteuse, ont conclu à l'accueil en Belgique du lien de filiation alors même qu'il était avéré que le contrat de GPA avait donné lieu au paiement d'une somme d'argent, parfois importante. A chaque fois, le rejet que suscite un tel paiement, qui devrait en bonne logique entraîner la sanction de l'ordre public, a été neutralisé par le poids accordé à l'intérêt de l'enfant.[17] Une telle neutralisation, inconnue dans d'autres domaines,[18] d'une considération forte liée à l'ordre public - l'interdiction de toute commercialisation liée à l'être humain – ne peut sans doute se concevoir qu'en l'absence de prise de position claire du législateur belge. Ou comment le pouvoir de 'discrimination' de l'exception d'ordre public s'émousse lorsque la position d'un Etat est floue ou en tout cas non fermement fixée.[19]

7. Rayonnement de la position future du droit interne sur la solution de droit international privé. Si l'absence de position ferme du droit belge fait peser un grand poids sur les mécanismes généraux du droit international privé, la courroie de transmission entre droit interne et droit international privé n'en serait pas moins évidente si le premier avait pris une position ferme et claire en matière de GPA. Plusieurs hypothèses doivent être distinguées, selon la nature de l'intervention éventuelle du législateur belge.

---

l'objet d'une convention commerciale. Il cautionnerait en outre une forme de tourisme procréatif au niveau international et encouragerait des pratiques mercantiles portant atteinte à l'intérêt de l'enfant et à la dignité humaine".

16 Voy. notamment Liège, 6 sept. 2010, *J.L.M.B.*, 2011, 52 (la Cour note qu'en ce qui concerne le lien de filiation à l'égard du père biologique, "on peut toutefois considérer que l'illicéité du contrat de gestation pour autrui – dont découlent les actes de naissance dont la reconnaissance est postulée – ne peut porter atteinte à l'intérêt supérieur des enfants ... garanti tant par l'article 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant que par l'article 22bis de la Constitution"). Voy. aussi Civ. Nivelles (ch. con.), 6 avril 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, 695 (le tribunal estime que "La question dont est saisi le tribunal concerne la validité au regard de l'ordre public belge de l'établissement d'un lien de filiation entre les enfants et leur père biologique sur base d'actes de naissance étrangers et non celle de la validité de la convention de gestation pour autrui conclue entre le requérant et la mère porteuse") et Civ. Bruxelles, 15 fév. 2011, *Tijdschrift@ipr.be*, 2011/1, 77 – à propos d'un enfant né en Ukraine, le tribunal scindant la reconnaissance de la filiation, telle qu'elle apparaît de l'acte de naissance, des circonstances entourant la naissance de l'enfant.

17 Voy. notamment Liège, 6 sept. 2010, *J.L.M.B.*, 2011, 52 (à propos de deux enfants nés en Californie, la Cour note que "Le refus de reconnaissance des actes de naissance en tant qu'ils concernent l'établissement du lien de filiation avec le père biologique priverait les enfants de tout lien à son égard alors que le lien de filiation maternelle n'est pas reconnu dans le pays de la mère gestatrice. Cette situation leur serait dès lors hautement préjudiciable"). Voy. aussi Civ. Nivelles (ch. con.), 6 avril 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, 695 (le tribunal conclut que refuser de reconnaître l'acte de naissance établi en Inde en tant qu'il établit un lien de filiation avec le père biologique "serait contraire à leur intérêt supérieur car cela reviendrait à les priver de tout lien avec lui et de tout état civil, le lien de filiation maternelle n'étant pas reconnu en Inde à l'égard de la mère porteuse").

18 Mme Verhellen a critiqué l'attitude de la jurisprudence, qui se montre d'une tolérance pragmatique s'agissant de l'accueil d'un lien de filiation fondé sur la gestation pour autrui, alors que dans d'autres domaines, elle ne fait pas preuve de la même mansuétude - J. Verhellen, *op. cit.*, Diss. Gent 2012, 345-347, n° 545-548).

19 La fraude à la loi a également donné lieu à des raisonnements surprenant, qui ne peuvent s'expliquer que par l'importance accordée par les juridictions à des considérations humanistes liées à l'intérêt de l'enfant. Voy. par ex. Civ. Anvers, 19 déc. 2008, *Tijdschrift@ipr.be*, 2010/4, 140, spéc. pp. 143-144.

8. Conséquences d'une interdiction de principe du recours à la GPA. Examinons d'abord les conséquences d'une éventuelle interdiction par le législateur belge de tout recours à la gestation pour autrui. Par facilité, cette question peut être envisagée sur base des règles en vigueur aujourd'hui, en faisant abstraction des éventuelles règles spéciales de droit international privé qui pourraient être adoptées à l'occasion d'une intervention du législateur.[20] Pour apprécier les conséquences d'un recours à une GPA, il faut s'interroger sur la loi applicable à l'établissement d'un lien de filiation.[21] Selon l'article 62 du Code de droit international privé, il appartient à la loi nationale de la personne intéressée de déterminer s'il est possible et dans quelles conditions d'établir un lien de filiation vis-à-vis de cette personne. Que les parents commanditaires soient belges ou qu'ils possèdent une nationalité étrangère, il sera facile d'arriver à la conclusion qu'il n'est pas possible d'établir un lien de filiation sur base de la GPA.

Si le parent commanditaire est belge, ceci se déduira de l'interdiction du recours à la GPA posée par le législateur. Le lien entre droit interne et droit international privé se révèle clairement lorsque l'on considère la situation d'un ressortissant étranger qui souhaite avoir recours à la GPA. Il se peut que sa loi nationale autorise l'utilisation d'une mère porteuse. Néanmoins, il faudrait sans doute accepter que l'application d'une telle loi se heurterait à la sanction de l'ordre public. Bien qu'aucun automatisme ne soit possible s'agissant de déterminer quand l'exception d'ordre public intervient, l'on peut facilement accepter que dès lors que le législateur interdit expressément l'accès à la GPA,[22] il ne subsiste que peu de place pour accepter l'application d'une loi étrangère qui brave cette interdiction. En tout état de cause, l'application de l'exception d'ordre public susciterait peu de question, compte tenu de la position (hypothétiquement) arrêtée par le législateur belge.

Quant au sort d'une GPA réalisée à l'étranger, l'accueil du lien de filiation ainsi créé ne pourrait plus intervenir que dans des circonstances exceptionnelles. Face à une telle condamnation de la GPA, il serait en effet facile d'admettre que l'exception d'ordre public de droit international privé doit jouer pour contrer l'accueil en Belgique d'un lien de filiation créé sur base de la GPA dès lors que celui-ci est fondé sur un jugement.[23] La seule question qui subsiste serait de savoir dans quelle mesure l'effet atténué de l'ordre public - conjugé à d'autres éléments comme par exemple un principe de reconnaissance porté par des dispositions internationales ou européennes ou l'intérêt supérieur de l'enfant [24] - permettrait, de manière exceptionnelle, de donner effet à une GPA constituée à l'étranger. L'expérience française a cependant montré le peu de place qui subsiste pour un tel accueil face à une

20 On examinera *infra* quelles règles de droit international privé pourraient accompagner une telle intervention du législateur.

21 La dimension contractuelle de la GPA nous semble moins pertinente, voire accessoire. L'intention des parties est en effet de créer un lien de filiation, la convention n'est qu'un véhicule destiné à accomplir cet objectif.

22 Nous partons de l'hypothèse que l'interdiction légale frappe le recours à une convention de mère-porteuse et que cette interdiction ait comme conséquence l'impossibilité d'établir un lien de filiation à l'égard d'un enfant issu d'une telle convention.

23 Si le lien de filiation est fondé sur un acte, la question est plus complexe. Si l'on admet que le contrôle de l'ordre public au titre de l'article 27 fait partie du test conflictuel, ce contrôle doit porter sur la loi applicable. Or celle-ci pourrait très bien être la loi belge. Ceci a pour effet de neutraliser la référence à l'ordre public, de l'escamoter (comme l'a très bien montré Mme Verhellen dans sa thèse : J. VERHELLEN, *op. cit.*, Diss. Gent 2012, 289, n° 468). Une autre approche consiste à utiliser l'ordre public pour apprécier l'acte en tant que tel et non ses effets – approche 'concrète' favorisée par la jurisprudence, mais dont il est difficile de dire qu'elle est conforme au prescrit de l'article 27.

24 Auquel les juridictions font souvent référence, voy. par ex. Civ. Bruxelles, 15 fév. 2011, *Tijdschrift@ipr.be*, 2011/1, 77.

interdiction légale claire. Comme on le sait, le législateur français a adopté une disposition invalidant les "conventions portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui" (art. 16-7 Code civil français). Ces conventions étant nulles, elles ne peuvent servir de fondement à l'établissement d'un lien de filiation.[25] Cette position de principe rayonne sur l'attitude des juridictions françaises confrontées à des demandes concernant des enfants issus de procréation ou de gestation pour autrui pratiquées en toute légalité dans d'autres pays.[26]

9. Rayonnement d'une autorisation de principe du recours à la GPA. L'interdiction de tout recours à la GPA ne semble pas être la solution la plus vraisemblable. Si le législateur intervient dans ce domaine, il est au contraire plus probable qu'il adopte une position de principe d'ouverture à la GPA, modalisée par d'importantes conditions. Dans ce cas aussi, il nous semble que le 'noyau dur' du problème serait résolu et que la réponse aux questions spécifiques de droit international privé découlerait logiquement de la prise de position initiale.

L'adoption d'une législation permettant le recours à la GPA aurait tout d'abord un effet clarificateur incontestable sur la reconnaissance en Belgique d'une GPA réalisée à l'étranger. Si l'on part de l'idée que le sort de la GPA 'étrangère' est soumis au droit commun de la reconnaissance,[27] l'existence d'un choix clair du législateur clarifiera sensiblement les choses. L'exception d'ordre public ne pourrait plus intervenir dès lors que la GPA réalisée à l'étranger l'a été sous des modalités sensiblement comparables à celles prévues en droit belge. L'option retenue par le législateur permettrait ainsi d'évacuer la question de principe la plus difficile – est-il permis de donner effet à un lien de filiation issu d'une convention de gestation pour autrui - et de donner de précieux repères permettant d'appliquer plus facilement les mécanismes classiques qui verrouillent l'accès à l'ordre juridique belge - fraude à la loi et ordre public.

L'option du législateur belge ne résoudrait cependant pas toutes les questions. Il faudrait ainsi se demander s'il est envisageable de donner effet à une GPA réalisée à l'étranger qui s'écarte quelque peu du modèle belge. Si la législation belge interdit par exemple tout paiement par les parents d'intention au bénéfice de la mère porteuse, il faudra se demander si ceci exclut de manière absolue la la reconnaissance en Belgique d'une GPA réalisée à l'étranger lorsqu'un tel paiement a eu lieu.[28]

---

25 Voy. notamment Rennes, 4 juillet 2002, *D*., 2002, 2902, note Fr. Granet (annule une reconnaissance effectuée par une mère de substitution qui était également la mère 'génétique' de l'enfant).

26 Voy. singulièrement les trois arrêts prononcés par la Cour de cassation le 6 avril 2011 (arrêts n° 370, n° 369 et n° 671, *Rev. crit. dr. int. priv*., 2011, 722, note P. Hammje et les observations de B. Ancel, "Propos de surface sur la transcription des actes de naissance des enfants issus d'une gestation pour autrui délocalisée", in *Le droit entre tradition et modernité. Mélanges à la mémoire de Patrick* Courbe, Dalloz, 2012, 1-9). Statuant sur l'accueil en France d'actes de naissance dressés aux Etats-Unis, la Cour note que "... est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère, fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de cette décision, lorsque celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français ; qu'en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil" (arrêt n° 370).

27 L'adoption d'une disposition spéciale visant la reconnaissance du lien de filiation issu d'une gestation pour autrui ne se justifie en effet guère.

28 L'expérience anglaise peut apporter des éclaircissements sur cette question. Voy. par ex. la décision de la Family court anglaise à propos d'un contrat conclu entre un couple de ressortissants anglais et une mère porteuse ukrainienne (*Re X & Y (Foreign Surrogacy)*, [2008] EWHC 3030 (Fam)). Alors que le droit anglais

10. Quelle portée pour la gestation pour autrui de droit belge? Reste le point de savoir quel rayonnement donner à la GPA 'à la belge'. Sur ce point l'effet d'entraînement du droit interne est moins évident.[29] L'on pourrait en effet imaginer plusieurs options dès lors que le législateur belge a permis le recours à la GPA. Il serait parfaitement envisageable de réserver la GPA telle qu'organisée par le législateur belge aux seules hypothèses où tant la mère porteuse que les parents commanditaires sont durablement installés en Belgique ou au contraire de n'exiger cette présence qu'à l'égard des seuls parents commanditaires ou de la mère porteuse (*infra* sur ce point).

Si le droit interne ne commande pas à cet égard une solution particulière, il reste néanmoins que la solution de droit international privé sera singulièrement influencée par les contours de la solution de droit interne. L'on peut raisonner sur l'hypothèse d'une ouverture minimale, strictement encadrée de la gestation pour autrui en droit belge.[30] Cette position stricte n'ira pas sans rayonner sur l'ouverture 'internationale' de la GPA – qui serait sans doute réservée aux seules personnes présentant un attachement durable et solide avec la Belgique. L'on imagine en effet difficilement le législateur belge accepter la GPA de façon très restreinte et dans le même temps permettre qu'il y soit fait appel par des personnes résidant en Belgique depuis quelques semaines seulement.

11. Conclusion. L'effet d'entraînement du droit interne sur le droit international privé n'est ni absolu, ni d'ailleurs propre au domaine de la gestation pour autrui.[31] Il n'est pas absolu tout d'abord parce que malgré l'impact certain qu'il exerce sur le droit international privé, le droit interne ne peut épuiser les questions propres au premier. Comment appréhender les situations internationales si ce n'est sur base de règles spécifiques au droit international privé? Certaines questions sont propres au 'périmètre' particulier du droit international privé – l'on pense par exemple au degré d'ouverture de la GPA dans des situations internationales. Ensuite, les règles

interdit le paiement à la mère porteuse d'autres sommes d'argent que celles destinées à compenser les frais et dépenses raisonnables qu'entraîne la grossesse pour la mère porteuse (voy. J.M. Masson, R. Bailey-Harris et R.J. Probert, *Principles of Family Law*, Sweet & Maxwell, 2008, 891- 894), la Cour a accepté de faire droit à la demande visant à établir un lien de filiation malgré le paiement par le couple anglais d'un montant important (25.000 USD) à la mère porteuse.

29 Il l'est plus dans d'autres domaines. Ainsi, s'agissant du nom de famille, il y a une empreinte forte du droit matériel sur le droit international privé : le sacro-saint principe de fixité du nom fait que l'on ne conçoit pas d'autre rattachement que celui à la nationalité. Même s'il suscite des difficultés concrètes, ce rattachement n'a pas été mis en question lors de la codification (il a même été renforcé par l'introduction d'une compétence exclusive pour autorités belges). Mme Verhellen écrit que "*Uit de parlementaire werkzaamheden blijkt dat de keuze van de Belgische wetgever voor de nationaliteitsaanknoping is ingegeven door het materieelrechtelijke beginsel van de vastheid van de naam en de vrees voor verlies aan rechtszekerheid*" (J. Verhellen, *op. cit.*, Diss. Gent 2012, 418, n° 665).

30 On pense à une législation qui ne permettrait le recours à une mère porteuse que si celle-ci est un membre de la famille des parents d'intention, conjugée à une interdiction absolue de tout paiement et à la nécessité de démontrer l'existence d'un obstacle médical majeur à la conception d'enfants par les parents d'intention.

31 L'on retrouve le même mouvement d'entraînement du droit interne sur le droit international privé dans d'autres domaines, le premier se conjuguant à une logique propre à ce dernier. Ainsi s'agissant des contrats, l'on accepte aujourd'hui qu'une des raisons les plus importantes de la reconnaissance de la possibilité pour les parties de choisir la loi applicable à un contrat est que ceci constitue la "séquelle logique" de l'autonomie de la volonté qui caractérise le droit privé interne (pour reprendre l'expression de R. Bertrams en S. Kruisinga, *Overeenkomsten in het internationaal privaatrecht en het Weens Koopverdrag*, 3ème ed., Kluwer, 2007, 17). L'on doit cependant aussi admettre que la consécration de l'autonomie de la volonté répond à un objectif propre du droit international privé. Cette règle permet en effet d'assurer une prévisibilité inégalable des solutions.

de droit international privé peuvent apporter des inflexions intéressantes, voire s'écarter sur certains points de l'option de base du législateur. Ainsi, même si le droit interne est fermement opposé à la GPA, le droit international privé pourrait reconnaître une certaine place aux GPA étrangères, notamment lorsque l'enfant serait, à défaut d'une telle reconnaissance, privé de toute filiation. Enfin, il faut tenir compte des objectifs propres au droit international privé, et notamment le souci d'éviter un tourisme procréatif. Celui-ci peut rejoindre, mais aussi conforter un éventuel souci du législateur de restreindre l'accès à la GPA.

S'il ne faut pas réduire le droit international privé au rôle de simple 'adjuvant' du droit interne, il semble cependant incontestable que la marge de manoeuvre dont dispose le droit international privé est fonction de la netteté de la position adoptée par le législateur pour les situations internes.[32] Cet effet d'entraînement ne doit pas être une surprise dans la mesure où les liens entre droit international privé et droit interne privé sont essentiels.[33]

L'adoption d'une éventuelle législation de droit interne sera décisive pour le visage de la réglementation du droit international privé. Il faut encore envisager la réponse qui pourrait être apportée aux questions spécifiques que posent les espèces internationales.

32 Ce constat rejoint et prolonge l'idée de Bartin selon qui le droit international privé était une projection du droit interne sur le plan international. Voy. les *Etudes de droit international privé*, 1899.

33 L'effet d'entraînement est d'ailleurs à sens unique. L'on imagine en effet difficilement le droit international privé imprimer sa marque sur la manière dont le droit interne appréhende la gestation pour autrui. Il est vrai la question de la gestation pour autrui s'est 'réveillée' récemment notamment au travers d'espèces internationales. *In fine* il me semble que le droit international privé est cependant fort mal outillé pour prendre une position de principe sur le 'coeur' de la question de la GPA. Le droit international privé joue son rôle de 'distributeur' et de 'passeur de frontières', mais ses mécanismes ne lui permettent pas de prendre position de manière satisfaisante sur la question fondamentale – à savoir le principe et les conditions d'accès à la GPA. Au mieux le droit international privé pourrait-il être le révélateur d'une difficulté que le droit privé positif ne permet pas de résoudre.

II. Quelles solutions pour une réglementation belge des questions de droit international privé suscitées par la gestation pour autrui?

12. Introduction. Le Parlement est saisi de plusieurs propositions de loi visant à créer un cadre légal clair pour la gestation pour autrui. Si ces propositions devaient aboutir à l'adoption d'une législation réglementant l'accès à la gestation pour autrui en droit interne, les choix posés par le législateur ne manqueraient pas de rayonner sur le droit international privé. Ceci ne signifie pas pour autant que toutes les questions de droit international privé seront résolues. Certaines options propres au droit international privé demeureront en effet ouvertes. Deux de ces questions retiendront l'attention. Pour les examiner, l'on partira du principe que le législateur belge adoptera une législation permettant, sous certaines conditions et dans certaines limites, le recours à la gestation pour autrui.[34] Sur cette base, il faudra d'abord évoquer une question de méthode (A) avant de s'interroger sur le rayonnement à réserver à la gestation pour autrui dans les relations internationales (B).

A. Quelle méthode pour l'appréhension de la GPA en droit international privé?

13. Une approche unilatérale? La lecture des différentes propositions de loi introduites au Parlement afin de donner un cadre légal à la gestation pour autrui suscite une question de méthode. Ces propositions prétendent pour la plupart appréhender les espèces internationales par le biais de l'introduction de conditions d'accès inscrites directement dans le texte de la loi. C'est ainsi que la proposition 5-929/1 prévoit que "*Pour être éligibles comme parents demandeurs, les intéressés doivent : 1° posséder la nationalité belge ou être soumis au droit belge des personnes...*".[35]

Le choix méthodologique est clair : les auteurs de la plupart des propositions de loi retiennent d'une part des dispositions visant spécifiquement les aspects internationaux de la GPA, sans faire référence aux dispositions générales du Code de droit international privé. D'autre part, les règles retenues frappent par leur caractère *unilatéral*.[36]

---

34 Il est certes possible qu'une telle législation soit adoptée sans que le législateur se préoccupe des questions de droit international privé. Cette option ne semble cependant pas la plus heureuse. Compte tenu des expériences récentes et de la publicité qui a entouré les aventures étrangères des parents souhaitant recourir à une GPA, il semble acquis que le législateur s'intéressera aux aspects internationaux. Même en l'absence de disposition spécifique de droit international privé, l'adoption d'une législation visant les espèces internes permettrait déjà de répondre à certaines difficultés soulevées par le recours à la GPA à l'étranger.

35 Art. 9 de la proposition de loi portant organisation des centres de maternité de substitution, déposée par Mme Temmerman et M. Swennen, *Doc. Parl*. Sénat, n° 5-929/1 (5 avril 2011). La même disposition ajoute que l'un des deux parents demandeurs doit être domicilié depuis deux ans en Belgique. Voy. aussi l'article 4, § 2, C, 5ème tiret de la proposition de loi réglementant la maternité de substitution déposée par M. Bart Tommelein, *Doc. Parl*. Sénat, n° 5/130/1 (9 sept. 2010) ("*Les parents demandeurs et les parents porteurs sont de nationalité belge ou ont une résidence fixe en Belgique*") et l'article 10 § 2 de la proposition de loi relative à la maternité pour autrui, déposée par M. Mahoux, Doc. Parl. Sénat n° 5-236/1 (6 oct. 2010) (selon cette disposition, pour pouvoir être parent commanditaire, il faut "*être domicilié en Belgique depuis au moins deux ans*").

36 L'on sait que la règle unilatérale se contente de déterminer le champ d'application dans l'espace d'une règle de droit interne, contrairement à la règle de rattachement bilatérale, dont le point de départ est non pas le droit interne, mais bien le 'rapport de droit', une construction juridique qui est localisé dans l'espace au moyen d'un facteur de rattachement. Ainsi, l'approche unilatérale conduira le législateur à préciser que la règle autorisant le recours à la gestation pour autrui qu'il adopte, n'est applicable qu'aux seules personnes qui résident

Les deux options sont liées. Si l'on prend le parti d'insérer dans la future législation relative à la GPA, des dispositions spéciales relatives aux aspects internationaux de cette technique, au lieu de faire confiance aux règles du Code, la tentation est grande d'adopter une méthode *unilatérale*. Le mouvement naturel dans cette hypothèse est en effet de préciser dans quelles circonstances il pourra être fait appel à la GPA 'à la belge'.[37]

14. Un choix peu convaincant pour la méthode unilatérale. Dès lors qu'il s'agit de s'interroger sur la dimension internationale de la gestation pour autrui, le choix pour une approche unilatérale n'est cependant pas le plus convaincant.[38] Ceci tient tout d'abord au souci du législateur belge de privilégier la méthode bilatérale lors de la codification du droit international privé en 2004. Ce choix réfléchi demande à être suivi lors de l'adoption de nouvelles règles de droit international privé, sauf motif impérieux qui imposerait l'adoption d'une règle unilatérale. S'agissant de la gestation pour autrui, le caractère encore exceptionnel d'une législation autorisant le recours à cette technique pourrait être une raison justifiant l'adoption d'une méthode unilatérale.[39] Ce motif ne peut cependant convaincre. La gestation pour autrui ne bénéfice certes d'une reconnaissance légale que dans un nombre limité de pays. Elle n'en demeure pas moins indissociablement liée à l'établissement de la filiation. Si la loi étrangère désignée par la règle de conflit belge ne reconnaît pas effet, voire interdit le recours à la gestation pour autrui, il ne faut dès lors pas craindre que la désignation du droit étranger soit inopérante. L'interprète pourra en effet trouver une solution dans les règles relatives à la filiation.

En outre, le choix pour une règle unilatérale laisse entier le sort des situations de gestation pour autrui qui n'entrent pas dans les prévisions du législateur. Voici des personnes qui résident en Belgique et souhaitent avoir recours à une GPA. Si elles ne satisfont pas aux conditions 'conflictuelles' posées par la loi belge,[40] leur situation ne pourra s'éclaircir qu'en consultant une loi étrangère, qui pourrait éventuellement être applicable. L'on peut cependant s'interroger sur la possibilité de faire appel à des dispositions étrangères en Belgique dans un domaine où le législateur belge est intervenu expressément en délimitant soigneusement la possibilité de recourir à la gestation pour autrui.

---

habituellement en Belgique, alors que la méthode bilatérale conduirait à retenir que l'établissement d'un lien de filiation suite à une gestation pour autrui est régi par la loi de la nationalité de l'enfant ou des parents commanditaires.

37 Voy. à titre d'exemple l'art. 2 de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation (tel que modifié) ou encore l'article 2 de la loi du 9 mars 1993 tendant à réglementer et à contrôler les activités des entreprises de courtage matrimonial.

38 *Comp*. avec la solution proposée par Mme Corneloup, qui souhaite que tout législateur qui décide d'admettre la pratique des mères porteuses "autolimite le domaine d'application de sa législation aux seuls ressortissants nationaux, afin d'éviter le tourisme procréatif" (S. Corneloup, "Le non-marchand en droit international privé", in *Droit et marchandisation*, E. Loquin et A. Martin (éds.), Litec, 2010, (377), 389).

39 Comme l'écrivent MM. Rigaux et Fallon, "le législateur soucieux de retenir une solution appropriée du conflit de lois peut préférer l'utilisation d'une règle spéciale d'applicabilité à celle d'une règle de rattachement en raison du particularisme du contenu des règles matérielles posées. N'osant alors se prononcer sur l'applicabilité de règles matérielles étrangères dont l'existence est hypothétique, il préfère s'en tenir à la fixation du champ d'application de ses propres lois" - F. Rigaux et M. Fallon, *Droit international privé*, Larcier, 2005, 130, n° 4.5.

40 Si la proposition de loi n° 5-236/1 est adoptée, l'on peut penser à des parents qui sont domiciliés en Belgique depuis moins de deux ans. Ces personnes pourraient répondre aux conditions 'matérielles' de la loi sans pour autant pouvoir se prévaloir de celle-ci à défaut d'être domiciliés depuis suffisamment longtemps en Belgique.

Une seconde difficulté, plus importante, naîtra lorsque des personnes auront eu recours à une GPA à l'étranger et qu'elles entendent s'en prévaloir en Belgique. Certes, l'adoption par le législateur belge d'une législation qui autorise sous certaines conditions la GPA, permettra d'éclaircir la question de la reconnaissance d'une filiation GPA acquise à l'étranger. C'est singulièrement la question de l'utilisation de l'ordre public de droit international privé qui sera facilitée (*supra*). Pour faire bref, une comparaison du 'visage' de la GPA telle qu'autorisée en droit belge avec celui de la GPA réalisée à l'étranger permettra de se prononcer sur l'accueil de cette dernière.[41] L'adoption d'une règle unilatérale laisse cependant subsister une question : comment apprécier l'intensité du lien entre les personnes concernées et la juridiction étrangère qui a autorisé et validé la GPA? Ce lien fait classiquement l'objet d'un examen au stade de la reconnaissance.[42] Pour procéder à cet examen, il faut disposer de critères clairs qui permettent d'apprécier si l'ordre juridique étranger pouvait, aux yeux du for, valablement autoriser le recours à la GPA. Or l'adoption d'une règle spéciale d'applicabilité ne donne que peu d'indications aux cours et tribunaux sur cette question. S'il est permis en Belgique d'avoir recours à la GPA à condition que les parents d'intention y soient domiciliés depuis un certain temps, comment réagir lorsque des personnes domiciliées en Belgique, mais possédant une nationalité étrangère, font appel à une mère porteuse dans leur Etat d'origine?

16. Préférence pour une approche bilatérale. A l'instar de ce qui a été fait pour le mariage entre personnes de même sexe et la réassignation sexuelle, il nous semble dès lors préférable de retenir des règles multilatérales. Certes, la gestation pour autrui demeure aujourd'hui une figure exceptionnelle, qui n'est validée que dans un nombre limité d'Etats. Ceci pourrait plaider pour limiter l'effort du législateur belge à la détermination des seules circonstances qui justifient l'application de la loi belge. Une telle approche n'apporterait cependant qu'une réponse partielle aux questions que pose la gestation pour autrui. En outre, ces questions concernent l'existence ou non d'un lien de filiation, question à propos de laquelle chaque ordre juridique pourra apporter une réponse. Reste à examiner quel visage une telle règle multilatérale pourrait adopter.

B. Quel rayonnement international pour la GPA 'belge'?

16. Parallèle avec le mariage entre personnes de même sexe. L'adoption d'une règle multilatérale permet d'éviter les insuffisances de l'unilatéralisme. Encore faut-il s'accorder sur les contours de la règle multilatérale. Celle-ci n'est pas une règle purement technique. Le choix du critère de rattachement aura un impact direct sur le degré d'ouverture et la portée internationale de la GPA 'à la belge'. En d'autres termes, quelle ouverture réserver à la GPA si celle-ci devient possible en droit belge?

La Belgique possède une certaine expérience de ces questions. La même question s'est en effet posée lors de l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe et, plus récemment, lorsqu'a été adoptée la législation en matière de réassignation sexuelle.[43] Pour n'évoquer que le premier exemple, la possibilité reconnue aux personnes de même sexe de se marier imposait

41 La comparaison portera sur les exigences 'matérielles' des deux ordres juridiques – par ex. l'interdiction de paiement pour rémunérer les services de la mère porteuse.

42 Pour les jugements étrangers, l'examen se fait d'une part sur base de la fraude à la loi (art. 25 § 1 -3° CODIP) et d'autre part, de façon ponctuelle, en excluant le jeu de certaines règles de compétence internationale (art. 25 § 1 -7° et 8° CODIP). Pour les actes, c'est la fraude à la loi qui remplit cette fonction.

43 Loi du 10 mai 2007.

de s'interroger sur la question de savoir dans quelle mesure il était nécessaire de permettre aux personnes qui se trouvent d'emblée dans une situation internationale, d'accéder au mariage en Belgique.

Dans les deux cas, l'option qui a été retenue par le législateur a été de moduler l'accès aux institutions prévues par le droit belge selon une double clé. La première clé tient aux limites fixées à la compétence des autorités belges. Pour le mariage entre personnes de même sexe, la règle limitant la compétence des officiers d'état civil belge (art. 44 CODIP) permet leur intervention dès lors que l'un des futurs époux est belge, qu'il est domicilié en Belgique ou qu'il y réside habituellement depuis plus de trois mois. L'objectif est évident : il s'agit de limiter le 'tourisme matrimonial'. L'article 35*bis* du Code prévoit quant à lui que la déclaration de réassignation sexuelle peut être établie en Belgique si le déclarant est belge ou s'il est inscrit à titre principal dans les registres de la population. Ce faisant, l'accès à ces deux figures juridiques est limité aux personnes présentant des liens sérieux avec la Belgique.

Une deuxième clé apporte un complément important à la première. Tant le mariage que la réassignation sexuelle sont soumis à la loi nationale des personnes intéressées. Cependant, dans les deux cas, le législateur a permis de faire sauter le verrou que pourrait représenter une loi nationale ne connaissant pas l'institution ou interdisant son application. Pour faciliter l'accès au mariage, l'article 46 al. 2 permet en effet de passer outre le verrou de la loi nationale de l'un des deux époux, dès lors que l'un des deux futurs époux possède un lien avec la Belgique. Ce lien peut prendre la forme de la nationalité ou de la résidence (qui sont des critères alternatifs).[44] Quant à la réassignation sexuelle, l'article 35*ter* du Code permet de passer outre les dispositions de la loi nationale du déclarant si celles-ci interdisent la réassignation sexuelle. Les personnes qui présentent le lien requis avec l'ordre juridique belge, ont dès lors la garantie qu'elles pourront se prévaloir du mariage entre personnes de même sexe, ou de la possibilité de réassignation sexuelle. L'objectif est de faire prévaloir la législation belge, tout en en limitant l'application aux seules personnes qui présentent un lien suffisant avec la Belgique.

17. Crainte du tourisme procréatif. La formule utilisée pour le mariage entre personnes de même sexe et la réassignation sexuelle peut-elle servir d'exemple pour la gestation pour autrui? Il est un objectif que les trois législations pourraient partager : éviter les délocalisations stratégiques. S'agissant de la GPA, on peut penser que le législateur sera

44 L'on remarque une même générosité dans les autres pays qui ont ouvert le mariage aux personnes de même sexe et aussi à l'égard des partenariats enregistrés. Voy. l'aperçu de droit comparé in P. Wautelet, « Private International Law Aspects of Same-Sex Marriages and Partnerships in Europe – Divided We Stand? », in *Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe*, K. Boele-Woelki et A. Fuchs (éds.), Intersentia, 2012, 143-188. Cette ouverture a parfois fait l'objet de critiques. Commentant l'article 3090.1 du Code civil du Québec visant les partenariats enregistrés, qui soumet ceux-ci à la loi du lieu de célébration ("L'union civile est régie, quant à ses conditions de fond et de forme, par la loi du lieu où elle est célébrée."), MM. Goldstein et Talpis écrivaient que "Au plan des principes, ces règles reflètent un idéalisme de guerre froide. Le mouvement se présente comme si notre droit implantait sur le globe une institution qui se voulait à l'avant-garde d'une nouvelle ère de la civilisation et qu'il considérait indispensable de consolider par solidarité un réseau international des pays 'libéré' (pp. 15-16). Et ces auteurs de poursuivre : "Mais le moyen choisi pour y parvenir reste démagogique. Car ce que consacre en fait l'article 3090.1 est simplement un retour à la loi locale, celle du territorialisme d'antant [...]" (p. 16). Et ces auteurs de conclure : "nous devons critiquer sévèrement une telle règle, qui devrait produire des unions 'boiteuses', valides ici, nulles dès que la frontière sera passée. Pourquoi ignorer la réalité de la situation et créer ici une sorte de paradis virtuel?" (G. Goldstein et J. Talpis, "Réflexions critiques sur l'avènement de l'union civile boiteuse en droit international privé québécois", *Revue du barreau canadien*, 2003 (vol. 82), 1-25).

soucieux de ne pas susciter de 'tourisme procréatif'.[45] Cet objectif est d'autant plus important que l'autorisation du recours à la GPA, même de façon encadrée, pourrait susciter des vocations venant d'autres pays où cette méthode demeure interdite. En outre, la gestation pour autrui comporte le risque particulièrement malsain de susciter un 'marché' de mères porteuses.

Compte tenu du caractère particulier de la législation à venir, à propos d'une question qui demeure fortement débattue dans de nombreux pays, il ne semble dès lors pas inutile de réfléchir à l'introduction d'un seuil minimum qui empêche l'accès à la GPA aux personnes non durablement liées à la Belgique.[46] Le seuil minimum pourrait concerner les parents commanditaires, voire également viser la mère porteuse. La difficulté est que la GPA, contrairement au mariage ou à la réassignation sexuelle, ne suppose pas nécessairement de passage devant une autorité publique – du moins pas avant la naissance de l'enfant. Le seuil minimum ne peut dès lors être constitué au départ d'une règle de compétence – telle que celle qui figure à l'article 35*bis* ou à l'article 44 du Code. Il faut dès lors examiner si ce seuil minimum nécessaire pour éviter le tourisme procréatif pourrait trouver sa traduction non pas dans une règle de compétence, mais bien dans la règle de rattachement appropriée.

18. Détermination de la règle de rattachement pertinente. La gestation pour autrui a comme objectif premier de permettre la naissance d'un enfant qui aura pour parent une autre personne que celle qui l'a porté. Cette technique se fonde sur un accord de volontés pour conduire à l'établissement d'un lien de filiation. Deux dimensions se mélangent dès lors pour atteindre le résultat visé : la dimension contractuelle et celle concernant la filiation. L'importance de la convention à l'origine de la gestation pour autrui ne doit cependant pas être surestimée. Lorsque se pose la question de la gestation pour autrui, ce n'est généralement pas pour donner exécution au contrat ou solliciter son annulation, mais bien pour faire constater l'existence ou l'inexistence du lien de filiation. L'analyse peut dès lors se concentrer sur la seule dimension familiale de la gestation pour autrui.[47]

Comme l'adoption, la gestation pour autrui pourrait faire l'objet, dans sa dimension filiation, d'une règle de rattachement spécifique. L'appréhension des situations de gestation pour autrui pourrait également se concevoir sur base de la règle générale de rattachement prévue pour la filiation - l'article 62 du Code de droit international privé soumettant les questions relatives à la filiation à la loi nationale de la personne dont la paternité ou la maternité est en cause. Cette deuxième méthode présenterait l'avantage de ne pas multiplier les règles spéciales. Lorsque l'on examine les résultats auxquels l'application de la règle générale aboutirait, on constate que cette application permettrait de rencontrer le souci de ne pas favoriser le tourisme procréatif. Dès lors qu'un enfant est né en Belgique suite à une convention de gestation pour autrui, il faudrait se demander si un lien de filiation a été créé entre l'enfant et les autres parties concernées. Vis-à-vis de la mère porteuse, ceci conduirait à interroger la loi nationale de cette dernière. De même, la loi nationale des parents commanditaires serait le référent pour

45 Sur le risque du tourisme procréatif : J.-J. Lemouland, "Le tourisme procréatif", *LPA*, 28 mars 2001, n° 62, 24-33.

46 Il ne semble pas que le droit californien pose un tel seuil minimum, puisque des ressortissants belges ont pu avoir recours à une convention de gestation pour autrui dans cet état américain, tout en n'étant en aucune manière domicilié ou résidant en Californie.

47 Voy. l'analyse proposée par Mme Corneloup de la dimension contractuelle. Après avoir distingué l'activité du prestataire, qui doit être conforme à la loi du lieu de son établissement, du contrat, Mme Corneloup propose de soumettre la convention de gestation pour autrui cumulativement à la loi personnelle des deux femmes impliquées ainsi qu'à la loi du contrat (S. Corneloup, *art. cit.*, in *Droit et marchandisation*, E. Loquin et A. Martin (éds.), Litec, 2010 (377), 389).

déterminer si ces personnes peuvent faire valoir un lien de filiation vis-à-vis de l'enfant.

Ce faisant, l'opération ne pourrait conduire au résultat escompté par les parties que si l'ensemble des parties possèdent la nationalité belge – ou la nationalité d'un Etat qui conçoit le recours à la gestation pour autrui selon des modalités similaires. L'application de la règle générale relative à la filiation permet dès lors déjà d'éviter l''importation' en Belgique d'une mère porteuse – ce qui constituerait assurément une forme de traite des femmes – ou la délocalisation d'un projet de maternité de substitution qui ne pourrait se concrétiser à l'étranger.

Elle n'en présente pas moins un inconvénient manifeste. Lier l'accès à la gestation pour autrui à la loi nationale des personnes intéressées prive les ressortissants étrangers qui résident de longue date en Belgique, d'un tel accès dès lors que leur loi nationale ne permet pas le recours à la GPA.

19. Clause d'ordre public positif? Ce problème n'est pas propre à la gestation pour autrui. Il s'est également posé pour le mariage entre personnes de même sexe et en matière de réassignation sexuelle. Comme déjà indiqué, le législateur belge a, dans ces deux domaines, fait le choix de modaliser le rattachement à la loi nationale. En effet, l'application de dispositions de droit étranger qui ne permettent pas l'accès au mariage ou à la réassignation sexuelle, est écartée en vertu d'une clause d'ordre public positif. Le législateur a, ce faisant, entendu que les personnes qui démontrent un attachement suffisant à la Belgique, puissent se libérer de la position restrictive imposée par leur loi nationale.[48] Cette position a comme résultat évident de conduire à la création de situations boîteuses – puisque rien ne permet de garantir que le mariage ou la réassignation sera reconnu dans l'Etat d'origine de ou des personnes concernées.[49] Ce risque était connu et est pleinement assumé.[50]

48 Selon le gouvernement, “Cette dérogation à l’application cumulative des lois nationales de parties se justifie eu égard à l’importance de l’intérêt social que le législateur a entendu préserver en supprimant l’impossibilité pour des personnes de même sexe de contracter une union” (justification de l'amendement n° 24, *Doc. Parl*. Sénat, 3-27/3 (2003-2004)).

49 Ceci montre bien que l'harmonie internationale des solutions ne constitue pas un impératif absolu du droit international privé contemporain. Certes, cet objectif est régulièrement mentionné au rang des principes fondamentaux qui structurent la discipline. Il a inspiré de nombreuses juridictions – par exemple la Cour de Justice dans les affaires *Garcia Avello* et *Grunkin Paul* ((C.J.C.E., 4 oct. 2008, *Stefan Grunkin, Dorothee Regina Paul*, aff. C-353/06, *Rec*., 2008, I-7639, points n° 22 et 23 - la Cour de justice voit dans l'existence d'une situation boiteuse une entrave à la libre circulation des citoyens européens). Il sert aussi de fondement pour critiquer certaines solutions - voy. les critiques de M. Bucher sur la primauté de la nationalité du for dans le règlement des conflits de lois, primauté qui a pour conséquence qu'un double national voit son statut personnel éclater, selon qu'il est déterminé par l'un ou par l'autre Etat. Et M. Bucher d'écrire que “un statut personnel boiteux constitue une véritable négation du concept originaire” (A. Bucher, « La famille en droit international privé », *Rec. cours*, 2000, vol. 283, 35, n° 15) – ou pour justifier l'adoption de nouvelles règles (voy. l'une des justifications avancées récemment par la Commission dans le Livre vert 'Moins de démarches administratives pour les citoyens : promouvoir la libre circulation des documents publics et la reconnaissance des effets des actes d'état civil”, COM(2010)747 final : la Commission met en avant la continuité et la permanence de l'état civil. Il n'en demeure pas moins que l'harmonie des solutions est aujourd'hui au mieux un principe parmi d'autres qui informent le droit international privé, sans pouvoir prétendre à une quelconque primauté. Voy. déjà avant la codification, J. Meeusen, *Nationalisme en internationalisme in het internationaal privaatrecht*, Intersentia, 1997, 126-127, n° 231.

50 Voy. notamment lors de la codification du droit international privé l'amendement introduit par Mme de T' Serclaes, tendant à imposer à l'officier d'état civil l'obligation d'informer les candidats au mariage du risque de non-reconnaissance qui pèse sur leur union : amendement n° 39 tendant à compléter l'article 46 comme suit : “Dans ce cas l’officier de l’état civil doit informer les époux des effets de ce mariage au regard du droit

20. Clause d'ordre public positif et gestation pour autrui. Une telle clause devrait-elle être envisagée dans la future réglementation belge relative à la gestation pour autrui? Il est une différence notable qui sépare le mariage entre personnes de même sexe et la réassignation sexuelle d'une part et la GPA d'autre part, différence qui justifie que l'on ne suive pas, pour la seconde, le modèle utilisé pour les premiers. Au contraire du mariage entre personnes de même sexe ou de la réassignation sexuelle, la création d'un lien de filiation suite à une gestation pour autrui intéresse en effet non seulement le ou les parents, mais aussi l'enfant à naître. A deux égards, la situation de cet enfant constitue un élément décisif qui commande de ne pas s'engager sur la voie retenue pour le mariage entre personnes de même sexe.

Ceci tient tout d'abord à la connaissance et à l'acceptation par les intéressés de leur situation. Lorsque deux personnes de même sexe se marient en Belgique ou qu'une personne sollicite en Belgique une réassignation sexuelle, l'on peut présumer que les personnes intéressées auront conscience, sans doute fort vaguement, du caractère exceptionnel de leur conjugalité [51] et, dans une moindre mesure, de la réassignation sexuelle.

Certes, toutes les personnes de même sexe qui se marient en Belgique ne sont pas des juristes. Certes encore toutes ces personnes n'ont sans doute pas une conscience fine et exacte du sort que recevra leur union à l'étranger. Il ne me semble pourtant pas incongru d'admettre que la grande majorité de ces personnes est consciente que leur mariage pourrait ne pas être reconnu comme tel à l'étranger – mais peut être la sociologie du droit infirmera-t-elle cette proposition.[52] Le risque que l'union ne soit pas reconnue à l'étranger constitue dès lors un risque accepté ou à tout le moins connu.

Les choses se présentent différemment pour la gestation pour autrui. Bien entendu, les parents d'intention qui feront appel à la GPA en Belgique seront sans doute conscients du caractère exorbitant de la filiation dont ils souhaitent la création – nul n'est besoin d'être juriste et encore moins spécialiste de droit international privé ou de droit comparé pour apercevoir que la GPA se situe au bas de l'échelle du *ius commune*. A la différence du mariage entre personnes de même sexe et de la réassignation sexuelle, cette connaissance présumée ne concerne que certains des acteurs. L'enfant à naître ne peut avoir conscience du risque, et a fortiori encore moins l'assumer.

21. Mariage et filiation boiteuses. Or, il est une deuxième différence qui sépare la maternité de substitution du mariage entre personnes de même sexe. Il est acquis que les époux mariés en Belgique et qui ne peuvent se prévaloir de ce mariage à l'étranger en raison de leur identité de sexe, sont confrontés à des difficultés réelles – qui ne concernent d'ailleurs pas le seul domaine du droit civil, mais s'étendent à bien d'autres questions.[53] Pour réelles

de l'Etat dont ils ont la nationalité" (*Doc. Parl*., Sénat, 2003-2004, n° 3-27/3, p. 22-23). Voy. aussi l'amendement n° 37 de Mme Nyssens, visant à introduire un devoir général d'information aux fonctionnaires belges chaque fois qu'ils modifient l'état d'une personne, amendement justifié notamment au regard de l'ouverture donnée au mariage entre personnes de même sexe (*Doc. Parl*., Sénat, 2003-2004, n° 3-27/3, p. 21).

51 Les choses sont sans doute fort différentes s'agissant d'un partenariat ou d'une cohabitation légale, cette institution bénéficiant d'une plus grande reconnaissance en droit comparé.

52 Notamment en faisant appel à la méthode de la '*legal consciousness*'. Voy. récemment M. Hertogh, "Wat weten en vinden burgers van het recht?", in *Recht van onderop. Antwoorden uit de rechtssociologie*, M. Hertogh et H. Weyers (éds.), Ars Aequi Libri, 2011, 287-300.

53 Sans qu'il soit opportun de hiérarchiser les difficultés, l'on peut penser qu'une personne dont le mariage n'est

qu'elles soient, ces difficultés n'en sont pas moins en deçà des obstacles que devra affronter un enfant privé de tout lien de filiation avec ses parents parce que le lien créé dans un ordre juridique n'est pas reconnu dans un autre. Même si des mécanismes existent pour pallier l'absence de filiation,[54] la situation d'un enfant est dans ce cas catastrophique. L'importance d'une consécration juridique de la relation entre un parent et ses enfants explique d'ailleurs le traitement de faveur qui est réservé par la Cour européenne des droits de l'homme à cette relation sous l'angle de l'article 8 de la Conv.EDH.

Mettre le doigt sur cette différence ne revient pas à nier la distance qui sépare le risque de situation boîteuse et le refus *avéré* de reconnaissance d'une situation créée à l'étranger. Même si un Etat étranger n'adopte pas la même position que la Belgique en matière de maternité de substitution, ceci ne signifie pas *ipso facto* qu'il n'y aura jamais de reconnaissance à l'étranger du lien de filiation créé suite au recours à la gestation pour autrui en Belgique – par exemple parce que l'Etat étranger adopte la théorie de l'effet atténué de l'ordre public ou privilégie l'intérêt de l'enfant.[55]

Il n'empêche qu'il subsistera un risque élevé de situations boîteuses. Il me semble dès lors de bonne politique de tenter de protéger au mieux les enfants contre ces situations boîteuses. Ceci doit passer par une limitation de la possibilité d'accéder à la gestation pour autrui. Cette politique n'est pas directement liée à l'objectif abstrait d'harmonie des solutions, qui commande d'éviter les situations boiteuses, mais bien à l'impératif concret de protection de l'intérêt de l'enfant.

22. Retour sur la règle de rattachement. L'adoption d'une clause d'ordre public positif ne s'impose pas en matière de gestation pour autrui. Elle est au contraire peu souhaitable.

Peut-on dès lors se contenter de conserver l'application de la règle générale visant les questions de filiation? Celle-ci limiterait l'accès à la maternité de substitution aux seuls ressortissants belges ou d'un autre Etat qui permet le recours à cette technique. L'on peut se demander s'il est nécessaire d'étendre cette solution à la mère de substitution. Certes, la question du lien de filiation se pose aussi, et même d'abord, à l'égard de la mère qui a porté l'enfant. A la différence des parents commanditaires, l'on peut cependant supposer que la mère de substitution n'entendra pas faire valoir de lien de filiation vis-à-vis de l'enfant. Il est dès lors moins impérieux de veiller à ce qu'un lien de filiation puisse être établi vis-à-vis d'elle. Si l'on choisit de traiter différement les parents commanditaires et la mère porteuse, il nous semble en tout cas important de veiller à ce que l'approche retenue permette de prévenir l'apparition de phénomènes de migration de candidates mères porteuses. Ceci pourrait

pas reconnu à l'étranger, sera confrontée à des difficultés plus importantes qu'une personne dont le nom varie selon les Etats. A propos de cette dernière situation, la Cour de justice a précisé que "... s'agissant d'enfants possédant la nationalité de deux États membres, qu'une diversité de noms de famille est de nature à engendrer pour les intéressés de sérieux inconvénients d'ordre tant professionnel que privé résultant, notamment, des difficultés à bénéficier, dans l'État membre dont ces enfants sont les ressortissants, des effets juridiques d'actes ou de documents établis sous le nom reconnu dans un autre État membre dont ils possèdent également la nationalité (C.J.C.E., 4 oct. 2008, *Stefan Grunkin, Dorothee Regina Paul*, aff. C-353/06, *Rec*., I-7639, point 23).

54 L'on pense notamment à l'adoption.

55 On a d'ailleurs vu en matière de mariage entre personnes de même sexe, des Etats farouchement opposés à un tel mariage, reconnaître certains effets ponctuellement à ces unions (par exemple la France qui accepte de donner des effets en matière fiscale au mariage entre personnes de même sexe, voire même certains effets civils à condition qu'aucun des époux ne soit un ressortissant français).

conduire à imposer une condition de séjour minimum en Belgique pour les candidates à la maternité de substitution.

Une dernière question doit retenir l'attention. Lier l'accès à la gestation pour autrui à la nationalité des parents d'intention, permettrait aux ressortissants belges qui vivent à l'étranger de se prévaloir de la consécration législative de cette technique. Dans une telle hypothèse, il ne serait cependant pas possible de garantir que leur enfant serait reconnu comme tel dans l'Etat de leur résidence. La possibilité de recourir à une GPA en Belgique pourrait dès lors être conditionnée, lorsque les personnes résident à l'étranger, à la démonstration que la filiation sera reconnue dans l'Etat de leur résidence - même si cette condition est fort difficile à mettre en oeuvre.

*

23. Conclusion. La gestation pour autrui fait l'objet de nombreuses initiatives récentes. Parmi celles-ci l'on notera que la Conférence de La Haye s'intéresse à ce mode particulier de création d'un lien de filiation. L'adoption par la Conférence d'une convention ou d'un autre type de règle, constituerait le mode idéal de gestion des questions de droit international privé que soulève la maternité de substitution.[56] Dans l'attente d'une telle solution, qui ne se concrétisera vraisemblablement pas prochainement, il importe de réfléchir aux conséquences pour les espèces internationales de l'adoption par le législateur belge d'une législation relative à la gestation pour autrui. Beaucoup dépendra des choix qui seront fait dans la réglementation des espèces internes. Dès lors que le droit interne aura arrêté une position, le droit international privé naviguera en effet en eaux moins troubles. Le raisonnement de droit international privé pourra s'appuyer dans une large mesure sur l'option retenue en droit interne. Si le droit international privé n'a pas la main, il demeure incontournable pour certaines questions, au premier rang desquelles figure le rayonnement dont va jouir la gestation pour autrui 'à la belge'. A cet égard, l'aperçu qui précède a montré que la méthode utilisée lors de l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe ne peut être entièrement suivie : si l'adoption d'une règle bilatérale de rattachement doit être considérée avec faveur, il semble peu opportun d'ajouter à cette règle une clause d'ordre public positif telle permettant de passer outre le veto posé par la loi nationale des parents d'intention.

56 Voy. cependant les critiques de E. Stehr, "International Surrogacy Contract Regulation : National Governement's and International Bodies' Misguided Quests to Prevent Exploitation", *Hastings Intl & Comp. L. Rev.*, 2012, 253-287.