Institutional Repository - Research Portal
Dépôt Institutionnel - Portail de la Recherche
researchportal.unamur.be
University of Namur

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

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

Mathieu, Geraldine; Mary, Julie

Published in:
Journal du droit des jeunes

Publication date:
2020

Document Version
le PDF de l'éditeur

Link to publication

Citation for pulished version (HARVARD):
Mathieu, G & Mary, J 2020, 'La filiation des enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger: analyse du droit belge et français à la lumière de la jurisprudence de Strasbourg', *Journal du droit des jeunes*, VOL. 399, p. 22-34.

General rights
Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy
If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Download date: 19. Apr. 2024

La filiation des enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger : analyse du droit belge et français à la lumière de la jurisprudence de Strasbourg

Julie Mary [1] **et Géraldine Mathieu** [2]

Aux termes d'un arrêt* D. c. France *prononcé le 16 juillet 2020* [3]*, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que le droit au respect de la vie privée de l'enfant né à l'étranger à la suite d'une gestation pour autrui n'emportait pas l'obligation de passer par la voie de la transcription de l'acte de naissance étranger pour reconnaître le lien de filiation entre l'enfant et sa mère d'intention, nonobstant le fait que celle-ci soit aussi la mère génétique, l'adoption pouvant mener aux mêmes effets. Cet arrêt est l'occasion de faire le point sur la question de la filiation des enfants nés à la suite d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger.

Dans un premier point, nous approfondirons la position de la Cour de Strasbourg concernant le rattachement de l'enfant à ses parents d'intention. Dès lors que la plupart des arrêts rendus par la Cour concernent la France, nous examinerons, dans un deuxième point, l'impact de la jurisprudence de la Cour sur la position de la Cour de cassation française. Dans un troisième point, nous rappellerons les règles de droit belge qui président à la reconnaissance des effets d'un acte de naissance établi à l'étranger, avant de résoudre un cas pratique tiré des faits ayant donné lieu à l'arrêt D. c. France *transposés au contexte belge. Nous détaillerons pour ce faire la jurisprudence de nos cours et tribunaux à l'aune des exigences de Strasbourg. Enfin, notre conclusion sera l'occasion d'appréhender l'impact des différentes solutions présentées tout au long de l'étude au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant et du nécessaire respect de ses droits.*

I. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

La juridiction strasbourgeoise a été amenée à se positionner, non pas face à la validité du recours à la gestation pour autrui (ci-après «GPA») en tant que tel, mais face au rattachement subséquent de l'enfant, né d'un tel procédé à l'étranger, à ses parents d'intention. Nous examinerons successivement la jurisprudence de la Cour concernant le rattachement de l'enfant à son père biologique (A), à sa mère d'intention (B) et à ses parents d'intention en l'absence de tout lien biologique (C) avant de synthétiser les exigences européennes en la matière (D).

A. Le rattachement de l'enfant à son père biologique : les arrêts Mennesson c. France *et* Labassee c. France *du 26 juin 2014*

Les couples Mennesson et Labassee avaient tous deux eu recours à une GPA réalisée respectivement en Californie pour les premiers et au Minnesota pour les seconds. Ils se plaignaient devant la Cour européenne des droits

(1) *Assistante à l'UCLouvain et doctorante. L'auteure remercie les professeurs Fallon et Carlier pour leur relecture attentive.*

(2) *Chargée de cours à l'UNamur – Centre V&S – Unité «Droits de l'enfant». Maître de conférences invitée à l'ULiège. Membre du Centre interdisciplinaire des droits de l'enfant.*

(3) *Publié dans cette revue, p. 43.*

UNamur On Campus (138.48.80.154)
La filiation des enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger : analyse du droit belge et français à la lumière de la j...
Éditions Larcier - © Larcier - 15/01/2021

de l'homme de l'impossibilité d'obtenir en France la reconnaissance de la filiation des enfants à leur égard [4], pourtant légalement établie aux États-Unis et alors même que les enfants étaient dans les deux cas reliés biologiquement à leur père d'intention.

Devant la juridiction strasbourgeoise étaient en cause le droit au respect de la vie familiale des époux Mennesson et Labassee, mais aussi le droit au respect de la vie privée des enfants.

Concernant le droit des parents au respect de leur vie familiale, la Cour conclut, dans ses deux arrêts, à la non-violation de l'article 8 de la Convention aux motifs que «*les requérants ne prétendent pas que les difficultés qu'ils évoquent ont été insurmontables et ne démontrent pas que l'impossibilité d'obtenir en droit français la reconnaissance d'un lien de filiation les empêche de bénéficier en France de leur droit au respect de leur vie familiale. À ce titre, elle constate qu'ils ont pu s'établir tous les quatre en France peu de temps après la naissance des troisième et quatrième requérantes, qu'ils sont en mesure d'y vivre ensemble dans des conditions globalement comparables à celles dans lesquelles vivent les autres familles et qu'il n'y a pas lieu de penser qu'il y a un risque que les autorités décident de les séparer en raison de leur situation au regard du droit français* [5]». La Cour observe par ailleurs que les juges français ne s'étaient pas dispensés d'un examen concret de la situation, ceux-ci ayant estimé «*implicitement, mais nécessairement, que les difficultés pratiques que les requérants pourraient rencontrer dans leur vie familiale en l'absence de reconnaissance en droit français du lien établi entre eux à l'étranger ne dépasseraient pas les limites qu'impose le respect de l'article 8 de la Convention* [6]». Compte tenu des effets concrets du défaut de reconnaissance en droit français du lien de filiation et de la marge d'appréciation dont dispose l'État français, la Cour estime, concernant le droit au respect de la vie familiale des requérants, que l'équilibre entre leurs intérêts et ceux de l'État a été respecté [7].

La juridiction de Strasbourg va toutefois en juger autrement s'agissant du droit au respect de la vie privée des enfants. S'il est en effet concevable, aux yeux de la Cour, que la France puisse souhaiter décourager ses ressortissants de recourir à l'étranger à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire, il reste que «*les effets de la non-reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d'intention ne se limitent pas à la situation de ces derniers, qui seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises : ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes, dont le droit au respect de la vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouve significativement affecté. Se pose donc une question grave de compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur des enfants, dont le respect doit guider toute décision les concernant* [8]». La Cour souligne également que cette analyse «*prend un relief particulier lorsque, comme en l'espèce, l'un des parents d'intention est également géniteur de l'enfant. Au regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun* […]*, 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. Or non seulement le lien entre les troisième et quatrième requérantes et leur père biologique n'a pas été admis à l'occasion de la demande de transcription des actes de naissance, mais encore sa consécration par la voie d'une reconnaissance de paternité ou de l'adoption ou par l'effet de la possession d'état se heurterait à la jurisprudence prohibitive établie également sur ces points par la Cour de cassation* [9]». Aux yeux de la Cour, en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de leur lien de filiation à l'égard de leur père biologique, compte tenu des conséquences de cette grave restriction sur l'identité et le droit au respect de la vie privée des enfants, la France est allée au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation. Étant donné aussi le poids qu'il y a lieu d'accorder à l'intérêt de l'enfant lorsqu'on procède à la balance des intérêts en présence [10], la Cour conclut que le droit des enfants au respect de leur vie privée a été méconnu.

B. Le rattachement de l'enfant à sa mère d'intention : l'avis consultatif du 10 avril 2019 et l'arrêt D. c. France du 16 juillet 2020

1. L'avis consultatif du 10 avril 2019

Dans son arrêt *Mennesson*, la Cour européenne des droits de l'homme ne s'était prononcée que sur le refus de transcription de la filiation paternelle à l'égard de Monsieur Mennesson. Restait donc en suspens la question sensible de la filiation maternelle.

Confrontée au réexamen de l'affaire *Mennesson* sous l'angle de la reconnaissance de la filiation maternelle, la Cour de cassation française a saisi la Cour européenne des droits de l'homme d'une demande d'avis consultatif.

(4) *Sur la position de la Cour de cassation française avant les arrêts* Mennesson *et* Labassee, *voy. infra, point II.*

(5) *Cour eur. D.H., arrêt* Mennesson c. France *du 26 juin 2014, § 92; Cour eur. D.H., arrêt* Labassee c. France *du 26 juin 2014, § 71.*

(6) *Cour eur. D.H., arrêt* Mennesson c. France *du 26 juin 2014, § 93; Cour eur. D.H., arrêt* Labassee c. France *du 26 juin 2014, § 72.*

(7) *Cour eur. D.H., arrêt* Mennesson c. France *du 26 juin 2014, § 94; Cour eur. D.H., arrêt* Labassee c. France *du 26 juin 2014, § 73.*

(8) *Cour eur. D.H., arrêt* Mennesson c. France *du 26 juin 2014, § 99; Cour eur. D.H., arrêt* Labassee c. France *du 26 juin 2014, § 78.*

(9) *Cour eur. D.H., arrêt* Mennesson c. France *du 26 juin 2014, § 100; Cour eur. D.H., arrêt* Labassee c. France *du 26 juin 2014, § 79.*

(10) *Cour eur. D.H., arrêt* Mennesson c. France *du 26 juin 2014, § 101; Cour eur. D.H., arrêt* Labassee c. France *du 26 juin 2014, § 80.*

UNamur On Campus (138.48.80.154)
La filiation des enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger : analyse du droit belge et français à la lumière de la j...
Éditions Larcier - © Larcier - 15/01/2021

Dans un avis du 10 avril 2019 [11], la Cour de Strasbourg a considéré que le respect de l'article 8 de la Convention n'exigeait pas des États qu'ils procèdent à la transcription de l'acte de naissance d'un enfant né d'une GPA à l'étranger pour établir son lien de filiation avec sa mère d'intention, l'adoption pouvant être une modalité de reconnaissance de ce lien.

La Cour a ainsi estimé que si le droit au respect de la vie privée de l'enfant requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre cet enfant et la mère d'intention, désignée dans l'acte de naissance légalement établi à l'étranger comme étant la mère légale, le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant n'oblige toutefois pas les États à procéder pour ce faire à la transcription de l'acte de naissance étranger. D'autres voies sont en effet susceptibles de rencontrer l'intérêt supérieur de l'enfant, dont l'adoption qui, s'agissant de la reconnaissance du lien de filiation, produit des effets de même nature que la transcription de l'acte de naissance étranger. Il importe toutefois, poursuit la Cour, que le droit interne garantisse l'effectivité et la célérité de la mise en œuvre de ces autres voies, conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant.

2. L'arrêt *D. c. France* du 16 juillet 2020 [12]

L'affaire à l'origine de l'arrêt *D. c. France* concernait le refus de transcription, par les autorités françaises, de l'acte de naissance d'un enfant né d'une GPA en Ukraine, en ce que cet acte de naissance ne mentionnait pas le nom de la mère porteuse, mais celui de la mère d'intention, également mère génétique, comme mère légale.

Dans le prolongement de son avis consultatif du 10 avril 2019, la Cour de Strasbourg va considérer que l'adoption de l'enfant du conjoint constitue un «*mécanisme effectif et suffisamment rapide* [13]» pour permettre la reconnaissance du lien de filiation entre l'enfant et sa mère d'intention, le lien génétique les unissant n'énervant pas ce constat. En effet, pour la Cour, «*on ne saurait* […] *retenir que le rejet de la demande de transcription de l'acte de naissance ukrainien de la troisième requérante pour autant qu'il désigne la première requérante est constitutif d'une ingérence disproportionnée dans son droit au respect de sa vie privée du seul fait que la première requérante est sa mère génétique, dès lors que le lien de filiation entre l'une et l'autre peut être effectivement établi par une autre voie* [14]». La Cour conclut dès lors à la non-violation, dans le chef de l'enfant, de l'article 8 de la Convention, la France n'ayant pas excédé en l'espèce sa marge d'appréciation.

Même si l'arrêt *D. c. France* ne concerne que la question du rattachement de l'enfant à sa mère d'intention, il est intéressant de relever que la Cour interprète ses arrêts *Mennesson* et *Labassee* en ce sens que «*l'existence d'un lien génétique n'a pas pour conséquence que le droit au respect de la vie privée de l'enfant requiert que la reconnaissance du lien de filiation entre l'enfant et le père d'intention, puisse se faire spécifiquement par la voie de la transcription de son acte de naissance étranger* [15]».

C. Le rattachement de l'enfant à ses parents d'intention en l'absence de lien biologique : l'arrêt de grande chambre Paradiso et Campanelli c. Italie *du 24 janvier 2017*

Dans l'arrêt *Paradiso et Campanelli c. Italie* du 24 janvier 2017 [16], la grande chambre de la Cour a été amenée à se prononcer sur le rattachement de l'enfant, né d'une GPA en Russie, à ses parents d'intention en l'absence de lien biologique les unissant.

Madame Paradiso et Monsieur Campanelli avaient eu recours à une GPA en Russie. Le contrat de GPA stipulait que seraient utilisés le sperme de Monsieur Campanelli et les ovules d'une donneuse. Conformément au droit russe, les époux Paradiso-Campanelli furent enregistrés à la naissance comme parents de l'enfant. De retour sur le territoire italien, les époux se sont vus refuser la transcription du certificat de naissance russe. Un nouvel acte de naissance fut établi déclarant l'enfant né de parents inconnus et en état d'abandon. Un test ADN montra par ailleurs qu'il n'existait aucun lien génétique entre Monsieur Campanelli et l'enfant. Celui-ci fut retiré à ses parents d'intention et placé en vue de son adoption, les autorités italiennes estimant que Madame Paradiso et Monsieur Campanelli n'avaient plus qualité pour agir dans cette procédure d'adoption.

Par un arrêt du 27 janvier 2015, une chambre de la Cour avait conclu que l'éloignement de l'enfant en vue de son placement et de son adoption avait emporté violation de l'article 8 de la Convention s'agissant du droit au respect de

(11) *Voy. à propos de cet avis : L. Marguet, «Quand la Cour EDH et la Cour de cassation tissent les liens : filiation, mère d'intention et enfant né d'une GPA à l'étranger»,* Revue des droits de l'Homme*, Actualités Droits-Libertés, 12 juin 2019.*

(12) *Voy. également, dans le même sens, la décision de la Cour* C. et E. c. France *du 19 novembre 2019. Après avoir rappelé qu'«*un mécanisme effectif permettant la reconnaissance d'un lien de filiation entre les enfants concernés et la mère d'intention doit exister au plus tard lorsque, selon l'appréciation des circonstances de chaque cas, le lien entre l'enfant et la mère d'intention s'est concrétisé» *(§ 42), la Cour observe que «*dans les circonstances de la cause, ce n'est pas imposer aux enfants concernés un fardeau excessif que d'attendre des requérants qu'ils engagent maintenant une procédure d'adoption à cette fin. Elle observe notamment qu'il résulte des éléments produits par le Gouvernement que la durée moyenne d'obtention d'une décision n'est que de 4,1 mois en cas d'adoption plénière et de 4,7 mois en cas d'adoption simple. Dans ces circonstances, la Cour conclut que le refus des autorités françaises de transcrire les actes de naissance étrangers des enfants requérants sur les registres de l'état civil français pour autant qu'ils désignent la mère d'intention comme étant leur mère n'est pas disproportionné par rapport aux buts poursuivis» *(§§ 43-44).*

(13) *Cour eur. D.H., arrêt* D. c. France *du 16 juillet 2020, § 70.*

(14) Ibid.*, § 60.*

(15) Ibid.*, § 58.*

(16) *Voy. à propos de cet arrêt : M.-P. Allard, P. Tapiero et G. Willems, «Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit de la personne et de la famille (2015-2018),* R.T.D.F.*, 2020/1, pp. 9-146, spéc. pp. 97 et s.*

UNamur On Campus (138.48.80.154)
La filiation des enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger : analyse du droit belge et français à la lumière de la j...
Éditions Larcier - © Larcier - 15/01/2021

la vie privée des requérants et de leur droit au respect de la vie familiale existant *de facto* entre eux et l'enfant. La Cour relève «*que les requérants, jugés aptes à adopter en décembre 2006 au moment où ils reçurent l'agrément* […], *ont été jugés incapables d'éduquer et aimer l'enfant au seul motif qu'ils avaient contourné la loi sur l'adoption, sans qu'une expertise ait été ordonnée par les tribunaux* [17]». La Cour note par ailleurs que l'obligation de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant existe «*indépendamment de la nature du lien parental, génétique ou autre*» et rappelle que «*l'éloignement de l'enfant du contexte familial est une mesure extrême à laquelle on ne devrait avoir recours qu'en tout dernier ressort* [18]». En outre, les juges européens soulignent «*que l'enfant a reçu une nouvelle identité seulement en avril 2013, ce qui signifie qu'il était inexistant pendant plus de deux ans. Or il est nécessaire qu'un enfant ne soit pas désavantagé du fait qu'il a été mis au monde par une mère porteuse, à commencer par la citoyenneté ou l'identité qui revêtent une importance primordiale (voir l'article 7 de la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, entrée en vigueur le 2 septembre 1990, 1577 Recueil des Traités 3)* [19]». Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, la Cour a estimé que les autorités italiennes n'avaient pas préservé le juste équilibre devant régner entre les intérêts en jeu et qu'il y avait eu violation de l'article 8 de la Convention, tout en précisant que «*compte tenu de ce que l'enfant a certainement développé des liens affectifs avec la famille d'accueil chez laquelle il a été placé début 2013, le constat de violation prononcé dans la cause des requérants ne saurait donc être compris comme obligeant l'État à remettre le mineur aux intéressés* [20]».

Dans son arrêt du 24 janvier 2017, la grande chambre de la Cour a par contre estimé qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 8, s'agissant cette fois exclusivement du droit au respect de la vie privée des époux requérants. La grande chambre a en effet estimé qu'il ne saurait être question de vie familiale entre l'enfant et ses parents d'intention, compte tenu de l'absence de lien biologique entre le couple et l'enfant, de la courte durée de leur cohabitation, de la précarité des liens du point de vue juridique, et ce «*malgré l'existence d'un projet parental et la qualité des liens affectifs* [21]». Elle observe tout d'abord que «*les faits de la cause touchent à des sujets éthiquement sensibles – adoption, prise en charge par l'État d'un enfant, procréation médicalement assistée et gestation pour autrui – pour lesquels les États membres jouissent d'une ample marge d'appréciation* [22]» et que contrairement à la situation dans l'arrêt *Mennesson*, «*la question de l'identité de l'enfant et de la reconnaissance de sa filiation génétique ne se pose pas en l'espèce, puisque, d'une part, un éventuel refus par l'État de donner une identité à l'enfant ne peut être contesté par les requérants, qui ne représentent pas celui-ci devant la Cour, d'autre part, il n'existe aucun lien biologique entre l'enfant et les requérants* [23]». Pour la Cour, les motifs avancés par les juridictions internes, à savoir l'absence de tout lien génétique entre les requérants et l'enfant, d'une part, la violation de la législation italienne relative à l'adoption internationale et à la procréation médicalement assistée, d'autre part, pour retirer l'enfant aux requérants et le placer en vue de son adoption étaient suffisants, car directement liés au but légitime de la défense de l'ordre public et de la protection de l'enfant. Finalement, et compte tenu de l'ample marge d'appréciation reconnue aux États, la Cour estime que le droit au respect de la vie privée des époux Paradiso-Campanelli n'a pas été violé, l'ingérence des autorités italiennes étant jugée acceptable dans les circonstances de l'espèce. Elle relève à cet égard que «*l'intérêt général en jeu pèse lourdement dans la balance, alors que, comparativement, il convient d'accorder une moindre importance à l'intérêt des requérants à assurer leur développement personnel par la poursuite de leurs relations avec l'enfant. Accepter de laisser l'enfant avec les requérants, peut-être dans l'optique que ceux-ci deviennent ses parents adoptifs, serait revenu à légaliser la situation créée par eux en violation de règles importantes du droit italien. La Cour admet donc que les juridictions italiennes, ayant conclu que l'enfant ne subirait pas un préjudice grave ou irréparable en conséquence de la séparation, ont ménagé un juste équilibre entre les différents intérêts en jeu en demeurant dans les limites de l'ample marge d'appréciation dont elles disposaient en l'espèce*» [24].

D. Synthèse des exigences européennes

En substance et en synthèse, on retiendra que pour la Cour de Strasbourg, le refus de reconnaître en droit interne la filiation légalement établie à l'étranger entre un enfant né d'une GPA et son père biologique constitue une violation de l'article 8 de la Convention s'agissant du droit de l'enfant au respect de sa vie privée (et non pas du droit des parents d'intention au respect de leur vie familiale) (*Mennesson* et *Labassee c. France*). Toutefois, pour consacrer le lien de filiation entre l'enfant et son père biologique, la Cour estime que les États disposent d'une large marge d'appréciation et ne doivent pas nécessairement privilégier la voie de la transcription de l'acte de naissance étranger; d'autres voies, telles que la reconnaissance de paternité, l'adoption ou encore la possession d'état étant jugées acceptables au regard du droit au respect de la vie privée de l'enfant.

De la même manière, la juridiction strasbourgeoise estime que si les États ont l'obligation, au titre de l'article 8 de la Convention, s'agissant toujours du droit au respect de la vie privée de l'enfant, de reconnaître le lien de filiation entre celui-ci et l'épouse du père géniteur, que celle-ci soit

(17) *Cour eur. D.H., arrêt* Paradiso et Campanelli c. Italie *du 27 janvier 2015, § 84.*
(18) Ibid., *§ 80.*
(19) Ibid., *§ 85.*
(20) Ibid., *§ 88.*
(21) *Cour eur. D.H., arrêt* Paradiso et Campanelli c. Italie *du 24 janvier 2017, § 157.*
(22) Ibid., *§ 194.*
(23) Ibid., *§ 195.*
(24) Ibid., *§ 215.*

UNamur On Campus (138.48.80.154)
La filiation des enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger : analyse du droit belge et français à la lumière de la j...
Éditions Larcier - © Larcier - 15/01/2021

ou non génétiquement liée à l'enfant, cette reconnaissance n'impose pas plus aux États de procéder à la transcription de l'acte de naissance étranger qui désigne la mère d'intention comme mère légale. D'autres mécanismes, tels que l'adoption, peuvent également permettre la reconnaissance de ce lien, pour autant que les modalités prévues par le droit interne garantissent l'effectivité et la célérité de leur mise en œuvre, conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant (avis consultatif du 10 avril 2019 et *D. c. France*).

En résumé, lorsqu'un enfant, né d'une GPA à l'étranger, est issu des gamètes du père d'intention, le droit au respect de la vie privée de l'enfant exige de la part des États qu'ils reconnaissent le lien de filiation à l'égard du géniteur, mais aussi de la mère d'intention, que celle-ci soit la mère génétique ou non. Cela étant posé, le choix des moyens à mettre en œuvre pour permettre la reconnaissance du lien enfant/parents d'intention relève toutefois dans la marge d'appréciation des États eu égard à l'absence de consensus européen en la matière.

En l'absence de lien biologique corroborée par l'absence de vie familiale entre l'enfant et les parents d'intention, les juges européens ont considéré que le refus de reconnaissance de la filiation de l'enfant à leur égard ne viole pas le droit à la vie privée des parents (*Paradiso et Campanelli c. Italie*). Il en est de même de la décision de retrait de l'enfant à ses parents d'intention pour le confier à d'autres en vue de son adoption. Les États seront toutefois attentifs, dans pareil contexte, à procéder à une analyse concrète des effets de la séparation sur l'enfant. On ajoutera encore qu'il est permis de penser que si l'absence de lien biologique était contrebalancée par l'existence *de facto* d'une vie familiale en présence d'une relation socioaffective consolidée par l'écoulement du temps, la décision de séparer l'enfant et ses parents d'intention serait selon toute vraisemblance sanctionnée par un constat de violation de l'article 8 de la Convention dans le chef des requérants [25].

II. L'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation française

La Cour de cassation française avait adopté à l'origine une jurisprudence très stricte concernant le rattachement d'un enfant né d'une GPA à l'étranger à ses parents d'intention. Ainsi, par trois arrêts du 6 avril 2011 [26], elle avait refusé de donner effet à des jugements américains qui avaient ordonné la modification des actes de naissance désignant comme parents légaux les parents d'intention français. Aux termes de deux arrêts du 13 septembre 2013 [27], elle avait également considéré que ni le droit à la vie familiale, ni l'intérêt supérieur de l'enfant ne s'opposaient à ce que les autorités françaises refusent la transcription sur les registres français de l'état civil de l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger via le procédé de la GPA, contraire à l'ordre public, et ce malgré le fait que sa filiation ne pouvait dès lors être établie avec son père de nationalité française. La Cour de cassation refusait en outre que l'institution de l'adoption soit mobilisée, considérant que l'adoption d'un enfant né à la suite d'une convention de GPA constituait un détournement de l'institution en ce qu'elle n'était que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil d'un enfant conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon par sa mère à la naissance [28].

Postérieurement aux arrêts *Mennesson* et *Labassee*, la Cour de cassation française va opérer un premier revirement de jurisprudence par deux arrêts prononcés le 3 juillet 2015 [29] aux termes desquels elle va considérer que la convention de GPA conclue à l'étranger ne doit pas faire obstacle à la transcription de l'acte de naissance en ce qu'il mentionne le père d'intention comme père légal, dès lors que cet acte de naissance n'est ni irrégulier, ni falsifié et que les faits qui y sont déclarés correspondent à la réalité (la mère porteuse étant mentionnée dans l'acte de naissance comme mère légale). Aux termes de quatre arrêts prononcés le 5 juillet 2017 [30], la Cour va statuer dans le même sens en acceptant la transcription de la filiation paternelle d'un enfant né d'une GPA à l'étranger, tout en refusant à la mère d'intention, épouse du père biologique, d'être mentionnée comme mère à l'état civil, l'adoption devant lui permettre, dans le respect des conditions légales et de l'intérêt supérieur de l'enfant, de créer un lien de filiation avec celui-ci.

À la suite de l'avis rendu par la juridiction strasbourgeoise le 10 avril 2019, la Cour de cassation a ensuite été amenée, aux termes d'un arrêt du 4 octobre 2019 [31], à clôturer définitivement l'affaire *Mennesson* en statuant sur la reconnaissance du lien de filiation à l'égard de Madame Mennesson. Tout en réaffirmant que l'adoption devait en principe être la voie à emprunter pour la reconnaissance de la filiation à l'égard du parent non géniteur, la Cour admet, à titre exceptionnel et compte tenu des circonstances particulières de l'espèce [32], que cette reconnaissance se

(25) *En ce sens également : G. Willems, «Droits de l'homme et procréation médicalement assistée : la Cour de Strasbourg face aux évolutions et aux mutations de la filiation»,* in *N. Gallus et N. Massager (dir.),* Procréation médicalement assistée et gestation pour autrui. Regards croisés du droit et de la pratique médicale, *Limal, Anthemis, 2017, pp. 9-32, spéc. p. 23.*

(26) *N°s 369, 370 et 371, D., 2011, p. 1522, note D. Berthiau et L. Brunet;* R.L.D.C., *2011, n° 83, p. 39, note A. Mirkovic;* Gaz. Pal., *25 mai 2011, n°s 145 et 146, p. 7, note B. Weiss-Gout;* Gaz. Pal., *11 mai 2011, n°s 131-132, p. 13, note M. Domingo.*

(27) *Cass. fr. (1re ch. civ.), 13 septembre 2013, n°s 12-18.315 et 12-30.138. Voy. également, dans le même sens toujours : Cass. fr. (1re ch. civ.), 19 mars 2014, n° 281.*

(28) *La position de la Cour de cassation française demeurait inchangée depuis un arrêt du 31 mai 1991 (Cass. fr., 31 mai 1991,* J.T., *1991, p. 767, note X. Dijon et J.-P. Masson).*

(29) *Cass. fr., 3 juillet 2015, n°s 14-21.323 et 15-50.002.*

(30) *Cass. fr., 5 juillet 2017, n°s 15-28.597, 16-16.901 et 16-50.025, 16-16.455, 16-16.495.*

(31) *Cass. fr., 4 octobre 2019, n° 10-19.053. À propos de cet arrêt, voy. L. Marguet, «GPA : Quand la Cour de cassation facilite la reconnaissance du lien de filiation du second parent… au-delà même des exigences européennes ?»,* Revue des droits de l'homme, *Actualités Droits-Libertés, 8 mars 2020.*

(32) *La Cour relève à cet égard que le contentieux perdure depuis plus de quinze ans et qu'une procédure d'adoption aurait, au regard du temps écoulé depuis la concrétisation du lien entre les enfants et la mère d'intention, des conséquences manifestement excessives en ce qui concerne le droit au respect de la vie privée des enfants (point 19).*

UNamur On Campus (138.48.80.154)
La filiation des enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger : analyse du droit belge et français à la lumière de la j...
Éditions Larcier - © Larcier - 15/01/2021

fasse non pas par l'adoption, mais par la transcription à l'état civil de la filiation maternelle de Madame Mennesson, dépassant par là même les exigences posées par les juges de Strasbourg et ouvrant la voie à une appréciation *in concreto* de la situation et, plus particulièrement, de l'intérêt supérieur de l'enfant [33].

La position adoptée à titre exceptionnel par la Cour de cassation française dans son arrêt du 4 octobre 2019 pourrait-elle évoluer vers une admission de principe de la transcription de la filiation à l'égard du second parent des enfants nés d'une GPA à l'étranger, que ce second parent soit la conjointe ou le conjoint du père géniteur ? Aux termes de deux arrêts prononcés le 18 décembre 2019 [34], qui concernaient dans les deux cas la reconnaissance du lien de filiation à l'égard du conjoint du père géniteur à la suite d'une GPA réalisée aux États-Unis, la Cour a en tout cas estimé que la jurisprudence découlant de ses arrêts du 5 juillet 2017, selon laquelle la voie de l'adoption doit être privilégiée dans le chef de l'époux ou de l'épouse du père biologique, ne peut trouver à s'appliquer «*lorsque l'introduction d'une procédure d'adoption s'avère impossible ou inadaptée à la situation des intéressés*». Elle a ainsi pu considérer qu'il convenait, au regard des mêmes impératifs et afin d'unifier le traitement des situations, de «*faire évoluer la jurisprudence en retenant qu'en présence d'une action aux fins de transcription de l'acte de naissance étranger de l'enfant, qui n'est pas une action en reconnaissance ou en établissement de la filiation, ni la circonstance que l'enfant soit né à l'issue d'une convention de gestation pour autrui ni celle que cet acte désigne le père biologique de l'enfant et un deuxième homme comme père ne constituent des obstacles à la transcription de l'acte sur les registres de l'état civil, lorsque celui-ci est probant au sens de l'article 47 du Code civil* [35] [36]». Jusqu'alors, la Cour avait pu considérer que la mention de la mère d'intention comme mère légale dans l'acte de naissance n'était pas conforme à la réalité, celle-ci n'ayant pas accouché; elle s'opposait dès lors, sur la base de l'article 47 du Code civil, à la transcription de la filiation maternelle. À la question de savoir si les arrêts du 18 décembre 2019 s'écartent de cette interprétation, Laure Marguet relève qu'il apparaît difficile de répondre dans la mesure où les seconds parents étaient, dans les deux affaires, des hommes, qui, par hypothèse, n'auraient pas pu accoucher de l'enfant [37]. Il reste que dans les deux cas d'espèce, la Cour conclut que l'acte de naissance doit être transcrit sur la seule base de la régularité de l'acte de naissance étranger et de l'absence de fraude à la loi, sans s'encombrer d'une analyse des circonstances particulières de l'espèce.

III. L'accueil en Belgique d'un lien de filiation établi à l'étranger à la suite du recours à une GPA

A. Rappel des principes

À défaut de dispositions spécifiques régissant la GPA en Belgique (que ce soit au niveau des règles de droit international privé ou des règles matérielles), ce sont les règles générales en matière de reconnaissance d'un acte authentique étranger qui s'appliquent [38].

Il convient au préalable en cette matière de distinguer l'*instrumentum* et le *negotium* de l'acte authentique, soit le contenant et le rapport de droit, ces deux éléments devant être analysés au regard respectivement des articles 28 et 27 du Code de droit international privé (ci-après le «Codip») [39].

Aux termes de l'article 28 du Codip, l'acte authentique fait foi en Belgique des faits constatés par l'autorité étrangère s'il répond aux formalités prescrites par le droit de l'État dans lequel il a été établi. À titre d'exemples, les mentions telles que la date et l'heure de l'accouchement, le lieu de naissance ainsi que l'absence de mention du nom de la mère porteuse relèvent des formalités régies par l'article 28 du Codip [40].

(33) *L. Marguet, «GPA : Quand la Cour de cassation facilite la reconnaissance du lien de filiation du second parent… au-delà même des exigences européennes ?»,* op. cit., *nos 9 et 10.*

(34) *Cass. fr., 18 décembre 2019, nos 18-11.815 et 18-12.327. Voy. à propos de ces deux arrêts : L. Marguet, «GPA : Quand la Cour de cassation facilite la reconnaissance du lien de filiation du second parent… au-delà même des exigences européennes ?»,* op. cit.

(35) *L'article 47 du Code civil français est libellé comme suit :*

«Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité».

(36) *Cass. fr., 18 décembre 2019, nos 18-11.815 et 18-12.327, point 12.*

(37) *L. Marguet, «GPA : Quand la Cour de cassation facilite la reconnaissance du lien de filiation du second parent… au-delà même des exigences européennes ?»,* op. cit., *n° 15.*

(38) *Soit, en l'absence d'instrument international en la matière qui primerait sur les règles de droit international privé d'origine nationale, les dispositions de la section 6 du Codip.*

(39) *J. Sosson et J. Mary, «Gestation pour autrui pratiquée à l'étranger : l'intérêt de l'enfant, sésame d'une reconnaissance en Belgique»,* R.T.D.F., *2014/3, pp. 552-571, spéc. p. 553.*

(40) *À cet égard, voy. C. Henricot, «Contrat de gestation pour autrui : incidence de l'absence de mention du nom de la mère porteuse sur la (dis)qualification des «*actes de naissance»», R.T.D.F., *2011/3, pp. 700-704, spéc. p. 703, pour qui les articles 57 (nouvel article 44) et 312 du Code civil relèvent de la force probante attachée aux actes authentiques et sont donc soumis à l'article 28 du Codip. Ce raisonnement a été suivi notamment par Trib. fam. Namur, div. Namur (2ème ch.), 28 février 2018,* R.T.D.F., *2018/3, p. 609, note J.M.;* J.T., *2018, n° 6744, p. 731, note P. Wautelet. Les formalités devant se trouver dans l'acte étranger, soumises à la loi du lieu d'établissement de l'acte, doivent être distinguées des modes de preuve de la filiation, soumis à la loi désignée par la règle de conflit de lois en matière de filiation (soit par l'article 62 du Codip). L'article 63 du Codip précise, au niveau du domaine du droit applicable à la filiation, que ce droit détermine notamment :*

«1° qui est admis à rechercher ou à contester un lien de filiation;

2° la charge et l'objet de la preuve du lien de filiation, ainsi que la détermination des modes de preuve;

3° les conditions et les effets de la possession d'état;

4° les délais d'intentement de l'action».

UNamur On Campus (138.48.80.154)
La filiation des enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger : analyse du droit belge et français à la lumière de la j...
Éditions Larcier - © Larcier - 15/01/2021

Concernant la reconnaissance du rapport de droit contenu dans l'acte de naissance étranger (soit ici le lien de filiation), l'article 27 du Codip dispose ce qui suit : «*§ 1er. Un acte authentique étranger est reconnu en Belgique par toute autorité sans qu'il faille recourir à aucune procédure si sa validité est établie conformément au droit applicable en vertu de la présente loi, en tenant spécialement compte des articles 18 et 21.* […]». Trois étapes sont donc nécessaires.

Détour par la loi applicable – Tout d'abord, l'analyse du lien de filiation doit s'effectuer au regard du droit désigné comme applicable par les règles de conflit de lois prévues dans le Codip. Il convient dès lors de faire un détour par la règle de conflit de lois en matière de filiation [41] – soit par l'article 62 du Codip – étant donné que l'acte dont la reconnaissance est demandée concerne la matière de la filiation. En application de l'article 62 du Codip, le droit applicable à l'établissement (ou à la contestation) d'un lien de filiation est le droit de la nationalité de la personne dont on cherche à établir (ou à contester) ce lien.

Un acte authentique étranger jugé valide au regard du droit étranger désigné comme applicable par la règle de conflit de lois ne pourra toutefois être reconnu en Belgique que pour autant qu'il n'ait pas été obtenu en fraude à la loi et qu'il ne contrevienne pas à l'ordre public international belge [42].

Fraude à la loi – Une fois la validité de la relation de filiation établie en vertu du droit désigné comme applicable, l'article 27 du Codip indique que l'acte ne peut être reconnu que pour autant qu'il n'y ait pas eu de fraude à la loi, conformément à l'article 18 du même Code, qui dispose que «*Pour la détermination du droit applicable en une matière où les personnes ne disposent pas librement de leurs droits, il n'est pas tenu compte des faits et des actes constitués dans le seul but d'échapper à l'application du droit désigné par la présente loi*».

La fraude à la loi implique que les parties, dans un domaine où elles ne disposent pas librement de leurs droits, procèdent à «*une manipulation artificielle* […] *de l'élément de localisation apte à déterminer le droit applicable à la situation* [43]». Typiquement, en matière de filiation, il pourrait être conclu à la présence d'une fraude à la loi si une partie procède au changement de sa nationalité (étant pour rappel le facteur de rattachement en matière de filiation) dans le seul but d'échapper au droit qui aurait été applicable sans cette manœuvre.

En matière de GPA réalisée à l'étranger, les juridictions belges font une application variée de cette notion de fraude à la loi. Certaines juridictions concluent à l'existence d'une fraude à la loi du simple fait que les parties se sont rendues à l'étranger pour recourir aux services d'une mère porteuse [44] tandis que d'autres décident de l'écarter lorsque les critères stricts de l'article 18 du Codip – à savoir la manipulation du facteur de rattachement et la volonté de détourner la loi désignée comme applicable par la règle de rattachement du Codip – ne sont pas remplis [45].

Exception d'ordre public [46] – Les effets de l'acte étranger ne seront pas non plus reconnus s'ils

(41) *Ce détour n'est pas requis dans le cadre de la reconnaissance d'un lien de filiation qui serait contenu dans un jugement étranger, une telle reconnaissance étant donc simplifiée par rapport à celle d'un lien de filiation contenu dans un acte authentique. En effet, l'article 22, § 1er, du Codip prévoit qu'«*[…] Une décision judiciaire étrangère est reconnue en Belgique, en tout ou en partie, sans qu'il faille recourir à la procédure visée à l'article 23. […]*».*

(42) *On précisera que ces exceptions sont sans objet lorsque le droit belge est applicable au fond.*

(43) *F. Rigaux et M. Fallon,* Droit international privé*, Bruxelles, Larcier, 2005, 3ème éd., p. 315, pt 7.43. Voy. également, précité, pp. 215 et s., pts 5.72 et s.*

(44) *Voy. notamment, Trib. fam. Hainaut, div. Tournai (21ème ch.), 5 février 2019, R.G. n° 18/960/A, la juridiction indiquant que «*Monsieur V. n'aurait pas pu, en vertu de la loi belge, faire établir sa paternité à l'égard de l'enfant sur la base de la convention […], ni se faire délivrer un acte de naissance de l'enfant identique à celui dressé au Canada. Il ne conteste au demeurant pas s'être sciemment rendu à l'étranger pour avoir un enfant»*. Voy. également Civ. Huy (4ème ch.), 22 mars 2010,* R.T.D.F.*, 2010/4, p. 1125, note C. Henricot, S. Saroléa et J. Sosson, le tribunal retenant l'existence d'une fraude à la loi en ces termes : «*En l'espèce, il est manifeste que les demandeurs ont eu recours aux ressources de l'ordre juridique de l'État de Californie afin de contourner les principes de droit belge applicables en la matière. Comme cela a été exposé ci-dessus, l'absence de réglementation spécifique de la gestation pour autrui en droit belge n'implique pas qu'il y ait vide juridique, ces conventions étant frappées d'illicéité*». Cette décision a été partiellement réformée par Liège (1ère ch.), 6 septembre 2010,* R.T.D.F.*, 2010/4, p. 1134.*

(45) *Voy. notamment, Civ. Anvers, 19 décembre 2008, Revue@dipr.be, 2010/4, p. 140, note J. Verhellen (la fraude n'est pas retenue en l'absence de but exclusif d'éviter l'application de la loi belge) et Civ. Bruxelles (7ème ch.), 15 février 2011, Revue@dipr.be, 2011/1, p. 125; T. Vreemd., 2011/2, p. 117, note K. Vanvoorden (le tribunal indique la nécessité de démontrer que l'unique but était d'échapper à l'application du droit belge). On relèvera que dans le cadre de la reconnaissance d'un jugement étranger, l'article 25, § 1er, 3° du Codip dispose qu': «*Une décision judiciaire étrangère n'est ni reconnue ni déclarée exécutoire si : […] 3° la décision a été obtenue, en une matière où les personnes ne disposent pas librement de leurs droits, dans le seul but d'échapper à l'application du droit désigné par la présente loi; […]».

À l'instar de ce qui se fait en matière de reconnaissance d'un acte authentique étranger, la notion de fraude à la loi est également utilisée de manière variée par les cours et tribunaux belges. Certains exigent, pour retenir la présence d'une fraude, qu'il y ait eu une modification artificielle du facteur de rattachement dans le seul but d'échapper à la loi désignée comme applicable par le Codip (en s'inspirant donc de l'article 18 du Codip) (voy., par exemple, Civ. Liège (3ème ch.), 15 mars 2013, Act. dr. fam.*, 2013/5, p. 93;* Rev. not. b.*, 2014, n° 3082, p. 160;* R.T.D.F.*, 2013/3, p. 717; Trib. fam. Bruxelles, 31 octobre 2016,* R.T.D.F.*, 2019/2, p. 343 et Trib. fam. Bruxelles (12ème ch.), 8 janvier 2018,* R.T.D.F.*, 2018/3, p. 587;* Act. dr. fam.*, 2019/4-5, p. 155), tandis que d'autres retiennent la fraude à la loi dès qu'il est constaté que les parties se sont rendues à l'étranger pour obtenir un droit qu'elles ne pouvaient pas obtenir dans leur État d'origine (voy., par exemple, Bruxelles (43ème ch.), 10 août 2018,* R.T.D.F.*, 2019/2, p. 344; Revue@dipr.be, 2018/4, p. 15, note P. Wautelet - pour la Cour, «*la fraude à la loi est établie, puisqu'en se rendant à l'étranger, Monsieur Y. a obtenu un droit qu'il n'aurait pas pu obtenir en Belgique en application de la loi belge»*, mais est ensuite atténuée par l'intérêt supérieur de l'enfant -; Trib. fam. Bruxelles (12ème ch.), 6 mars 2018,* R.D.E.*, 2018, n° 198, p. 321 - la fraude est entendue comme «*la «délocalisation»* artificielle du projet de parentalité*», non retenue en l'espèce - et Gand (11ème* ter *ch.), 20 avril 2017, Revue@dipr.be, 2017/3, p. 71 - où la cour admet l'existence d'une fraude mais refuse de la retenir en l'espèce en raison du fait que le couple ne s'est pas rendu à l'étranger uniquement pour échapper à l'application du droit étranger mais bien pour réaliser leur désir d'enfant).*

(46) *Cette incompatibilité avec l'ordre public international belge peut également être invoquée afin de s'opposer à la reconnaissance d'une décision étrangère, les critères de sa mise en œuvre étant également l'intensité du rattachement de la situation à l'ordre juridique belge et la gravité de l'effet produit par la reconnaissance. L'article 25 du Codip est en effet libellé comme suit :*

«§ 1er. Une décision judiciaire étrangère n'est ni reconnue ni déclarée exécutoire si :

1° l'effet de la reconnaissance ou de la déclaration de la force exécutoire serait manifestement incompatible avec l'ordre public; cette incompatibilité s'apprécie en tenant compte, notamment, de l'intensité du rattachement de la situation avec l'ordre juridique belge et de la gravité de l'effet ainsi produit; […]».

UNamur On Campus (138.48.80.154)
La filiation des enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger : analyse du droit belge et français à la lumière de la j...
Éditions Larcier - © Larcier - 15/01/2021

contreviennent à l'ordre public international belge [47]. À cet égard, l'article 21 du Codip indique que «*L'application d'une disposition du droit étranger désigné par la présente loi est écartée dans la mesure où elle produirait un effet manifestement incompatible avec l'ordre public. Cette incompatibilité s'apprécie en tenant compte, notamment, de l'intensité du rattachement de la situation avec l'ordre juridique belge et de la gravité de l'effet que produirait l'application de ce droit étranger. Lorsqu'une disposition du droit étranger n'est pas appliquée en raison de cette incompatibilité, une autre disposition pertinente de ce droit ou, au besoin, du droit belge, est appliquée*».

La contrariété à l'ordre public international belge s'analyse ainsi au regard de deux critères cumulatifs, étant la proximité de la situation en cause avec l'ordre juridique belge et la gravité de l'effet produit. En d'autres termes, au plus la situation présente des liens étroits avec l'ordre juridique belge et au plus l'effet produit est grave, au plus l'exception d'ordre public jouera.

En matière de GPA réalisée à l'étranger, il peut être relevé que l'intensité du rattachement de la situation avec la Belgique est généralement haute, dans des situations similaires à celle illustrée par le cas pratique exposé *infra*.

Concernant le critère de gravité de l'effet produit par la reconnaissance, on précisera que lors de la demande de reconnaissance du lien de filiation établi à l'étranger, il n'est pas demandé aux autorités belges de créer ce lien, mais bien de se prononcer sur sa reconnaissance. De ce fait, l'ordre public peut recevoir un effet atténué [48]. Par ailleurs, toujours dans le cadre de l'analyse de ce critère de gravité, il convient de mettre en balance divers droits fondamentaux, tels que le respect de la dignité humaine de la mère porteuse (surtout lorsqu'elle est soumise à une série d'obligations pendant sa grossesse, détaillées dans une convention) [49] et l'intérêt supérieur de l'enfant et son droit au respect de sa vie familiale et de sa vie privée [50]. Le caractère fonctionnel de cette exception d'ordre public a pour effet que le juge saisi devra apprécier la situation *in concreto* lorsqu'il sera amené à s'interroger sur sa mise en œuvre éventuelle [51].

Comme nous allons le voir à l'occasion de la résolution du cas pratique, l'absence de réglementation de la GPA en Belgique a pour conséquence, d'une part, que le contenu de l'ordre public international n'est pas certain, d'autre part, que sa mise en œuvre n'est pas simple.

B. Mise en pratique

Afin de mieux appréhender l'application, par nos cours et tribunaux, des règles relatives à la reconnaissance, en Belgique, d'un lien de filiation établi à l'étranger à la suite du recours aux services d'une mère porteuse, nous avons fait le choix de partir d'un cas pratique. Les éléments factuels de ce cas pratique se basent sur la situation ayant donné lieu à l'arrêt *D. c. France* examiné *supra* [52], sous réserve de quelques modifications rendues nécessaires pour les besoins de l'analyse des règles belges.

1. Les faits

Madame De Smet, de nationalité française, et Monsieur De Smet, de nationalité belge, sont en couple depuis de nombreuses années. Ils se sont mariés [53] en Belgique en 2015 et vivent actuellement à Bruxelles. Ils nourrissent le désir de devenir parents. Malheureusement, Madame De Smet ne peut pas porter d'enfant, de sorte qu'en 2018, le couple décide de se rendre à Kiev, en Ukraine, pour recourir aux services d'une mère porteuse. Le couple souhaite que le futur enfant soit lié génétiquement tant à Madame qu'à Monsieur De Smet. Leurs gamètes sont donc prélevés afin de réaliser une fécondation *in vitro*. L'embryon qui en résulte est ensuite implanté dans l'utérus d'Irina, une mère porteuse ukrainienne [54].

En janvier 2020, Irina donne naissance à Emma en Ukraine. L'acte de naissance est établi à Kiev un mois plus tard et mentionne Monsieur et Madame De Smet comme parents légaux d'Emma sans qu'aucune référence ne soit faite à la

(47) *À distinguer de l'ordre public interne belge, soit, en matière de GPA, les articles 2 (interdiction de déroger à l'ordre public et aux bonnes mœurs), 1128 (interdiction de conclure une convention sur des choses hors commerce) et 1133 (la cause du contrat ne peut être prohibée par la loi ou contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs) du Code civil. Ces dispositions sont interprétées comme consacrant la nullité d'une convention destinée à lier les parties impliquées dans une GPA par laquelle la gestatrice s'engagerait à remettre l'enfant à la naissance au(x) parent(s) d'intention et à lui/leur céder ses droits parentaux ou consentirait à l'adoption dès avant la naissance de l'enfant (N. Massager, «Gestation pour autrui, uniparenté et coparentalité en droit belge»,* in *N. Massager et N. Gallus (dir.),* Procréation médicalement assistée et gestation pour autrui. Regards croisés du droit et de la pratique médicale*, Limal, Anthémis, 2017, p. 156; G. Mathieu, A. Roland et R. Hazée,* Manuel pratique de la filiation*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2016, pp. 116 et s.). S'il y a lieu de distinguer l'ordre public interne de l'exception d'ordre public international belge, le premier influence assurément l'objet de l'exception au regard de son contenu. Voy. à cet égard F. Rigaux et M. Fallon,* Droit international privé, op. cit.*, p. 308, pt 7.37.*

(48) *C. Henricot, «Gestation pour autrui transfrontière. Reconnaissance d'un double lien de filiation monosexuée : une première en Belgique !»,* R.T.D.F.*, 2013/3, pp. 721-729, spéc. p. 725. Voy. également, sur la notion d'ordre public atténué, M. Fallon, S. Francq et J. Mary, «La reconnaissance des mariages carrousels, pluriels et virtuels devant la Cour de cassation»,* R.C.J.B.*, 2017/2, pp. 247-295, spéc. pp. 282-284.*

(49) *Sur la question de la pertinence de l'analyse des termes des conventions de GPA conclues à l'étranger dans le cadre de la réception du lien de filiation établi à l'étranger, voy. notamment J. Mary, «La filiation à la suite d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger», in S. Francq et S. Saroléa (sous la dir.),* Actualités européennes en droit international privé familial*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 117-144, spéc. pp. 132 et 133.*

(50) *En lien avec ce qu'effectue la Cour strasbourgeoise saisie de litiges en matière de GPA, tel qu'exposé dans la première partie de cette contribution.*

(51) *Voy. notamment, sur le caractère fonctionnel de l'ordre public, M. Fallon, S. Francq et J. Mary, «La reconnaissance des mariages carrousels, pluriels et virtuels devant la Cour de cassation»,* op. cit.*, pp. 278-281.*

(52) *À savoir la situation d'un couple hétérosexuel se rendant en Ukraine pour recourir aux services d'une mère porteuse.*

(53) *Le fait que le couple soit marié n'a aucune incidence sur l'accueil en Belgique du lien de filiation établi à l'étranger (qu'il le soit par jugement ou par acte authentique). Il est cependant nécessaire que le couple soit marié afin de pouvoir recourir aux services d'une mère porteuse en Ukraine, conformément à l'article 123 du Code de la famille ukrainien. Voy. à cet égard S. Antonov, «Methods of legal regulation for surrogacy in Ukraine and abroad»,* Law of Ukraine : Legal Journal *(Ukrainian), 2020, n° 3, pp. 139-152 et A. Suleymanova, I. Kasynyuk et I. Moroz, «Ukraine»,* in *J. Stewart (éd.),* Family Law. Jurisdictional comparisons*, pp. 641-658, spéc. p. 654.*

(54) *Nous excluons* in casu *l'hypothèse ayant donné lieu à l'arrêt de grande chambre de la Cour de Strasbourg dans l'affaire* Paradiso et Campanelli c. Italie *du 24 janvier 2017, soit l'hypothèse d'un test ADN qui révélerait finalement l'absence de lien biologique entre l'un ou les parents d'intention et l'enfant.*

UNamur On Campus (138.48.80.154)
La filiation des enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger : analyse du droit belge et français à la lumière de la j...
Éditions Larcier - © Larcier - 15/01/2021

mère porteuse, conformément au droit ukrainien [55]. Le couple se rend directement au Consulat général de Belgique à Kiev afin de demander que leur soit délivré un passeport pour l'enfant. Les services consulaires refusent toutefois de leur délivrer un passeport ou un laissez-passer du fait du recours à une mère porteuse [56]. Madame et Monsieur De Smet intentent une procédure en référé devant le Président du tribunal de première instance de Bruxelles afin d'entendre condamner l'État belge à leur délivrer un laissez-passer pour Emma. Leur demande est accueillie et aboutit à la délivrance d'un document de voyage pour l'enfant [57].

De retour en Belgique, le couple se rend à la commune de leur domicile afin de demander qu'un acte belge relatif à la filiation puisse être établi à partir de l'acte de naissance ukrainien. Il se heurte toutefois au refus de l'officier de l'état civil compte tenu des circonstances qui entourent la naissance d'Emma. Le couple introduit dès lors un recours devant le Tribunal de la famille de Bruxelles afin de faire reconnaître l'acte de naissance ukrainien les déclarant mère et père de l'enfant [58]. La question qui se pose est donc de savoir si l'acte de naissance ukrainien peut être reconnu ou non par les autorités belges [59].

2. Résolution du cas pratique à la lumière des règles relatives à la reconnaissance d'un acte authentique étranger et de la jurisprudence

La résolution du cas exposé pose la question de la réception des liens de filiation établis à l'étranger et consignés dans un acte authentique dressé par les autorités ukrainiennes.

Conformément aux étapes détaillées à l'article 27 du Codip, le Tribunal de la famille de Bruxelles – saisi par le couple d'intention – devra tout d'abord analyser la validité de la relation de filiation établie dans l'acte authentique au regard du droit désigné comme applicable par le Codip (2.1). Ensuite, si sa validité est établie, il devra vérifier l'absence d'un empêchement à la reconnaissance de cet acte, soit l'absence de fraude à la loi (2.2) et de contrariété à l'ordre public international belge (2.3).

2.1. Analyse de la validité du lien de filiation établi dans l'acte étranger au regard du droit désigné comme applicable par le Codip

Comme nous l'avons vu, l'article 27 du Codip implique de faire un détour par la règle de conflit de lois en matière de filiation, à savoir l'article 62 du même Code qui prévoit l'application de la loi de la nationalité de la personne dont on cherche à établir ou à contester le lien de filiation, soit, en l'espèce, le droit français pour Madame De Smet et le droit belge pour Monsieur De Smet. L'absence de lien de filiation à l'égard de la mère porteuse s'analyse quant à elle au regard du droit ukrainien [60].

En ce qui concerne la situation de Madame De Smet, il convient d'examiner si le droit français permet l'établissement du lien de filiation à son égard. Nous avons vu à ce propos qu'à la suite de l'évolution de la jurisprudence de la Cour

(55) *En application du Code de la famille ukrainien, le nom de la mère porteuse n'est pas mentionné dans l'acte de naissance de l'enfant et cette dernière ne dispose d'aucun droit ni d'aucune obligation envers cet enfant (article 123 du Code de la famille ukrainien). Pour plus de détails, voy. notamment Sh. N. Kirshner, «Selling A Miracle ? Surrogacy Through International Borders : Exploration of Ukrainian Surrogacy»,* Journal of International Business & Law, *2015, n° 15, pp. 77-97.*

(56) *Le site de l'Ambassade de Belgique en Ukraine (tout comme ceux des autres consulats et ambassades de Belgique) indique expressément ce qui suit (consulté via le lien suivant : https://ukraine.diplomatie.belgium.be/fr/services-consulaires/enfants-nes-dune-mere-porteuse) :*
«Enfants nés d'une mère porteuse
Dans l'état actuel des textes, la législation belge ne traite pas la question de la maternité de substitution ou des enfants nés d'une mère porteuse.
Face à ce vide juridique, nos services sont amenés à ne reconnaître aucun effet aux documents étrangers produits dans ce cadre (acte de naissance, jugement...). Cette position est adoptée même si la procédure telle que légalement prévue localement a été scrupuleusement suivie. Ce qui a des effets à l'étranger, en l'espèce n'en produit pas dans notre ordre juridique interne.
Si un(e) citoyen(ne) belge décide de suivre une procédure de maternité de substitution en Ukraine, le cas échéant même suivant la loi locale, rien ne lui assure que sa paternité / maternité lui sera reconnue en droit belge, ni que l'enfant se verra délivrer un document de voyage.
Les services du SPF Affaires étrangères refuseront de lui reconnaître sa paternité / maternité de plein droit, ne délivreront aucun document de voyage et l'inviteront à s'adresser au tribunal de première instance compétent (*cfr*. articles 23 et 27 du Code de droit international privé belge).
À la lumière de ce qui précède et face aux difficultés auxquelles sera confrontée un(e) ressortissant(e) belge qui choisit de faire appel à une maternité de substitution ou une mère porteuse, nous souhaiterions vous rappeler que l'adoption est quant à elle prévue par la loi dans le droit belge et constitue donc une alternative possible».

(57) *À propos de la problématique de la délivrance de documents de voyage, voy. J. Sosson et J. Mary, «Gestation pour autrui à l'étranger : l'intérêt de l'enfant, sésame d'une reconnaissance en Belgique ?»,* op. cit., *pp. 564-569; Bruxelles (3ème ch.), 31 juillet 2013,* R.D.E., *2014, n° 179, p. 477; Revue@dipr.be, 2013/4, p. 49; T. Vreemd., 2014/1, p. 126;* R.T.D.F., *2014/3, p. 530, note J. Sosson et J. Mary et Trib. fam. Bruxelles (ch. réf.), 2 février 2018,* Act. dr. fam., *2019/4-5, p. 163.*

(58) *La compétence des juridictions belges (*in casu, *du Tribunal de la famille de Bruxelles) est déterminée en application de l'article 23 du Codip, auquel les articles 27, § 1er, alinéa 4 et 31, § 4 du même Code renvoient.*

(59) *En Ukraine, le lien de filiation se trouve établi uniquement dans un acte authentique, à défaut d'intervention d'un juge dans le processus. Si le couple avait opté pour une GPA réalisée dans certains États des États-Unis, comme en Californie ou dans l'Oregon, la question se serait posée de savoir s'il fallait prendre en compte l'acte de naissance ou le jugement, tous deux établissant la filiation à l'égard des parents d'intention. L'important dans ce cas est de déterminer si le juge étranger donne toutes les instructions nécessaires pour dresser l'acte de naissance, ce dernier étant alors une simple émanation administrative du jugement se prononçant sur le lien de filiation à créer, de sorte que c'est le jugement qui fera l'objet de la reconnaissance. En ce sens, voy. notamment Civ. Liège (3ème ch.), 15 mars 2013,* R.T.D.F., *2013/3, p. 714, note C. Henricot;* Act. dr. fam., *2013/5, p. 93;* Rev. not. b., *2014, n° 3082, p. 160; Gand (11ème ter ch.), 20 avril 2017, Revue@dipr.be, 2017/3, p. 71 et Bruxelles (43ème ch.), 10 août 2018,* Act. dr. fam., *2019/4-5, p. 159, note N. Gallus;* R.D.E., *2018, n° 200, p. 562; Revue@dipr.be, 2018/4, p. 15, note P. Wautelet; T. Vreemd., 2019/2, p. 166, note X. Pour plus de développements à cet égard, voy. notamment C. Henricot, «Le droit international privé à l'épreuve d'un nouveau mode d'établissement de la filiation : le cas de la gestation pour autrui»,* in *N. Gallus (dir.),* Actualités de droit familial, *coll. UB³, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 31-72, spéc. p. 45; J. Mary, «La filiation à la suite d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger»,* op. cit., *pp. 126-128; J. Verhellen, «Draagmoederschap en de grenzen van het Belgisch IPR»,* T.P.R., *2011/4, pp. 1511-1562, spéc. pp. 1522-1523, n° 22; P. Wautelet, «Un nouvel épisode dans la saga de la gestation pour autrui transfrontière», Observations sous Liège, 6 septembre 2010,* J.L.M.B., *2011/2, pp. 57-61, spéc. p. 58; P. Wautelet, «La filiation issue d'une gestation pour autrui : quelles règles de droit international privé pour la Belgique ?»,* in *J. Sosson et G. Schamps (éd.),* La gestation pour autrui : vers un encadrement ?, *Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 213-237, spéc. p. 217.*

(60) *Pour rappel, en droit ukrainien, la mère porteuse ne dispose d'aucun droit ni d'aucune obligation envers l'enfant (article 123 du Code de la famille ukrainien). Pour une application de ce test conflictuel à la situation de la mère porteuse, voy. notamment Trib. fam. Namur, div. Namur (2ème ch.), 28 février 2018,* J.T., *2018, n° 6744, p. 731, note P. Wautelet;* R.T.D.F., *2018/3, p. 609, note J.M.;* Rev. dr. étr., *2018, n° 197, p. 164.*

UNamur On Campus (138.48.80.154)
La filiation des enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger : analyse du droit belge et français à la lumière de la j...
Éditions Larcier - © Larcier - 15/01/2021

de cassation française, l'interdiction de la GPA [61] n'empêche plus que la maternité de la mère d'intention soit reconnue par le biais de l'adoption [62] ou par la transcription de l'acte de naissance étranger à l'état civil si les circonstances de l'espèce et le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant le justifient, voire même, en l'absence de fraude à la loi, sur la seule base de la régularité de l'acte de naissance établi à l'étranger.

À titre de comparaison, si Madame De Smet était belge et que l'examen de cette situation en Belgique devait se faire au regard du droit belge, la solution qui prévalait - et qui semble actuellement connaître certains changements - était de procéder à l'adoption de l'enfant, ici d'Emma, afin d'être reconnue comme sa mère légale [63]. En ce sens, la position des juridictions belges est conforme à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg qui, pour rappel, exige que le lien de filiation à l'égard de la mère d'intention soit reconnu (que cette dernière soit liée génétiquement ou non à l'enfant) tout en laissant le choix aux États, pour ce faire, de procéder à une transcription de l'acte de naissance étranger ou d'utiliser d'autres mécanismes tels l'adoption. On relèvera qu'à l'heure actuelle, une certaine tendance semble se dégager en faveur d'une reconnaissance immédiate de l'acte de naissance, en ce compris pour le lien de filiation maternelle, sans exiger un passage par une procédure d'adoption. Ce faisant, les juridictions belges vont au-delà des exigences européennes [64]. À titre d'exemple, le tribunal de la famille de Namur a pu juger que «*la filiation maternelle [de la mère belge d'intention] telle qu'établie par l'acte de naissance étranger aurait pu l'être de façon similaire en Belgique, via une reconnaissance maternelle.* […] [*L*]*e détour par une procédure d'adoption (laquelle n'est pas sans poser certaines difficultés dès lors que, notamment, l'enfant a déjà une filiation maternelle en Russie* [*étant celle de la mère d'intention*] *et qu'il ne peut donc être adopté par sa propre mère) ne peut être imposé aux parties* [65]». Plus récemment, deux cours d'appel se sont prononcées en faveur de la reconnaissance automatique de l'acte de naissance sans imposer le passage par une procédure d'adoption pour la mère d'intention (ajout d'une note 66 : Mons (34ème ch.), 2 novembre 2020, inédit. La cour décide, dans le cadre du recours à une GPA en Géorgie par un couple hétérosexuel, que le fait d'imposer de recourir à l'adoption pour établir le lien de filiation maternelle ne correspond pas à la réalité du projet parental commun et présente l'inconvénient d'offrir à l'enfant une double filiation, l'une d'origine et l'autre, de nature différente et décalée dans le temps, ce qui ne correspond pas à son intérêt». Voy. également, Liège (1ère ch.), 30 juillet 2020, inédit. La cour, dans le cadre du recours à une GPA en Ukraine par un couple hétérosexuel, décide que «*si le droit interne belge permet d'établir la filiation de Claudine R. à l'égard d'Adam par la voie de l'adoption, la cour considère, en l'espèce, eu égard notamment au fait que l'acte de naissance d'Adam est déjà transcrit dans les registres de l'état civil belge depuis le 17 février 2014, qu'il est de l'intérêt supérieur d'Adam de ne pas rester, durant de nombreux mois, sans filiation maternelle (entre l'annulation de ladite transcription de l'acte de naissance litigieux quant à la filiation maternelle et l'aboutissement de la procédure en adoption)* […]». La solution aurait donc peut-être été différente si l'acte n'avait pas été au préalable transcrit dans les registres.

Quant à la paternité de Monsieur De Smet, il convient de vérifier si le droit belge permet son établissement dans le contexte du recours à une mère porteuse. À défaut de règlementation spécifique de la GPA, ce sont les règles de droit commun qui trouvent à s'appliquer. À cet égard, on relèvera que l'article 319 du Code civil autorise la reconnaissance de paternité aux conditions prévues par l'article 329*bis* du même Code, à savoir, dans le cas d'espèce, avec le consentement de la mère porteuse [66]. La jurisprudence semble dès lors être établie en ce sens qu'en se référant à l'article 329*bis* du Code civil, le père biologique aurait pu reconnaître l'enfant, de sorte que le lien de filiation à l'égard du père biologique, que ce soit dans le cadre d'un couple hétérosexuel ou homosexuel, peut être reconnu automatiquement (sans devoir passer par une procédure d'adoption) [67], dans le respect des exigences de la Cour de Strasbourg. Une certaine doctrine considère à cet égard que la reconnaissance de l'acte authentique étranger, en ce qu'il établit la paternité du père biologique,

(61) *Article 16-7 du Code civil français.*

(62) *Le passage par l'adoption requiert toutefois que Madame De Smet soit mariée avec Monsieur De Smet, ce qui est le cas* in casu. *À cet égard, voy. les articles 343 et s. du Code civil français. En Belgique, cette exigence n'est pas prévue.*

(63) *Sur ce point, voy. N. Gallus, «Note – La gestation pour autrui réalisée à l'étranger et les controverses sur la reconnaissance des actes de naissance des enfants»,* Act. dr. fam., *2011/8, pp. 164-167, spéc. p. 165; N. Massager, «1. Filiation 2.0. Méthode de résolution en droit de la filiation incluant la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, la loi sur la comaternité, la pratique de la GPA et les nouvelles formes de coparentalité»,* in *Th. Van Halteren (coord.),* Le droit familial et le droit patrimonial de la famille dans tous leurs états, *Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 9-68, spéc. pp. 59-60; J. Sosson, «Note sous Trib. jeun. Bruxelles (12ème ch.), 6 mai 2009. La création d'un lien légal avec la mère génétique d'un enfant conçu par gestation pour autrui : une question de filiation ou d'adoption ?»,* R.T.D.F., *2011/1, pp. 176-179, spéc. pp. 177 et 179, ainsi que, de manière générale sur la filiation à l'égard de la mère d'intention, L. Pluym,* Een familierechtelijk statuut voor draagmoederschap, *Wolters Kluwer, Malines, 2015, pp. 75 et s. Pour une application par les juridictions belges, voy. notamment Civ. Anvers, 19 décembre 2008, Revue@dipr.be, 2010/4, p. 140, note J. Verhellen; Civ. Nivelles, 6 avril 2011,* Act. dr. fam., *2011/8, p. 162, note N. Gallus;* R.T.D.F., *2011/3, p. 695, note C. Henricot; Trib. fam. Hainaut, div. Charleroi (24ème ch.), 29 novembre 2016,* R.T.D.F., *2017/2, p. 292. Ces juridictions ont uniquement accepté de reconnaître le lien de filiation paternelle, la mère d'intention devant ensuite procéder à une demande d'adoption de l'enfant.*

(64) *L'article 313, § 1er, du Code civil dispose à cet égard que «*Si le nom de la mère n'est pas mentionné dans l'acte de naissance ou à défaut de cet acte, elle peut reconnaître l'enfant aux conditions fixées par l'article 329*bis*».

(65) *Trib. fam. Namur, div. Namur (2ème ch.), 28 février 2018, R.T.D.F., 2018/3, p. 609, note J.M.;* J.T., *2018, n° 6744, p. 731, note P. Wautelet. Dans le même sens, voy. Trib. fam. Bruxelles, 7 novembre 2017, Revue@dipr.be, 2018/1, p. 95. Il est intéressant de relever que dans les deux cas, aucune des mères d'intention n'était liée génétiquement à l'enfant. Ces juridictions acceptent donc de reconnaître un acte de naissance établissant la filiation maternelle à l'égard de la mère d'intention en tant qu'acte authentique duquel résulte la reconnaissance de maternité.*

(66) *À défaut de consentement de la mère porteuse, le candidat à la reconnaissance dispose d'un recours devant le tribunal de la famille. Le tribunal rejettera la demande s'il est prouvé que le demandeur n'est pas le père biologique ou s'il estime que la reconnaissance serait contraire à l'intérêt de l'enfant (art. 329*bis*, § 2, al. 4, du Code civil).*

(67) *En ce sens, voy. par exemple, Civ. Anvers, 19 décembre 2008,* Revue@dipr.be, *2010/4, p. 140, note J. Verhellen ; Civ. Bruxelles (7ème ch.), 15 février 2011, Revue@dipr.be, 2011/1, p. 125 ;* T. Vreemd., *2011/2, p. 117, note K. Vanvoorden ; Civ. Nivelles, 6 avril 2011,* Act. dr. fam., *2011/8, p. 162, note N. Gallus ;* R.T.D.F., *2011/3, p. 695, note C. Henricot ; Liège, 6 septembre 2010,* Act. dr. fam., *2011/8, p. 159 ;* J.T., *2010, n° 6412, p. 634 ;* T. Vreemd., *2011/2, p. 117, note K. Vanvoorden ;* R.T.D.F., *2010/4, p. 1125, note C. Henricot, S. Saroléa et J. Sosson ;* J.L.M.B., *2011/2, p. 52, note P. Wautelet ; Trib. fam. Hainaut, div. Charleroi (24ème ch.), 29 novembre 2016,* R.T.D.F., *2017/2, p. 292 et Trib. fam. Bruxelles (12ème ch.), 7 novembre 2017,* R.T.D.F., *2019/4, p. 834.* Contra, *voy. la décision isolée du Trib. fam. Hainaut, div. Tournai (21ème ch.), 5 février 2019, R.G. n° 18/960/A.*

UNamur On Campus (138.48.80.154)
La filiation des enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger : analyse du droit belge et français à la lumière de la j...
Éditions Larcier - © Larcier - 15/01/2021

découle uniquement du fait qu'une reconnaissance de l'enfant aurait été possible en droit belge, à l'exclusion de toute considération relative à l'intérêt supérieur de l'enfant à voir reconnaître ce lien de filiation, estimant que «[*ce n'est pas en soi*] *l'intérêt supérieur des enfants* […] *qui constitue* en tant que tel *le fondement de la reconnaissance* «partielle» *des actes de naissance en ce qui concerne le lien de filiation avec le père biologique. Certes, ne pas reconnaître ce lien leur eût été hautement préjudiciable et eût pu, dès lors, être considéré comme contraire à leur intérêt. Mais il ne nous paraît pas pour autant que l'intérêt de l'enfant soit le fondement même de la reconnaissance partielle des actes* […]. *L'intérêt de l'enfant, s'il a permis* […] *de «neutraliser» le caractère illicite de la gestation pour autrui en droit interne, n'est donc pas selon nous le fondement autonome de la reconnaissance partielle des actes de naissance* […] [68]». À l'inverse, comme cela a pu être relevé dans la première partie de cette contribution, la Cour européenne des droits de l'homme place quant à elle l'intérêt supérieur de l'enfant au cœur de son raisonnement, consacrant ainsi «*la primauté des droits fondamentaux sur le droit international privé du for et spécialement sur les règles de reconnaissance de situations juridiques personnelles et familiales* [69]».

Dans le cadre de l'analyse de la validité du lien de filiation établi dans l'acte de naissance ukrainien au regard du droit désigné comme applicable par le Codip, il peut être conclu que Madame De Smet pourra dans tous les cas voir sa maternité établie, soit par le biais d'une adoption, soit, le cas échéant et dans le prolongement des arrêts de la Cour de cassation française du 18 décembre 2019, par la transcription de l'acte de naissance ukrainien. Monsieur De Smet sera quant à lui très probablement considéré comme étant le père légal d'Emma, et ce sans autres formalités à accomplir.

En supposant que les dispositions du droit français (à l'égard de Madame De Smet), du droit belge (à l'égard de Monsieur De Smet) et du droit ukrainien (à l'égard d'Irina) ont été respectées, il reste à vérifier qu'il n'y a pas de fraude à la loi et que l'acte de naissance étranger ne contrevient pas à l'ordre public international belge avant de conclure à sa reconnaissance par le Tribunal de la famille de Bruxelles.

2.2. Présence d'une fraude à la loi ?

Nous avons vu qu'un acte authentique étranger valide au regard du droit désigné comme applicable par le Codip – comme c'est le cas en l'espèce – peut ne pas être reconnu en Belgique s'il a été obtenu en fraude à la loi [70].

L'article 18 du Codip, tel qu'interprété par les cours et tribunaux en matière de GPA réalisée à l'étranger, pourrait empêcher la reconnaissance de l'acte de naissance ukrainien si le tribunal saisi décidait de suivre la position de certaines juridictions selon laquelle le fait de se rendre à l'étranger pour recourir aux services d'une mère porteuse constitue une fraude à la loi [71]. À l'inverse, s'il décidait de ne retenir l'existence d'une fraude à la loi que si les critères stricts de l'article 18 du Codip sont remplis (soit la manipulation du facteur de rattachement et la volonté de détourner la loi normalement applicable), il aboutira à la conclusion qu'*in casu*, aucune fraude n'a été commise [72].

On relèvera que la fraude à la loi n'est pas fréquemment invoquée. Quand elle l'est, l'évaluation du niveau de fraude est généralement «*atténué*» par l'intérêt supérieur de l'enfant à voir établie sa filiation [73]. En effet, «*la fraude à la loi a un caractère moralisateur, visant à punir celui qui a commis une fraude. Or la première personne concernée par l'établissement du lien de filiation est l'enfant. On conçoit difficilement qu'il puisse être tenu pour responsable de l'éventuelle fraude commise par ses parents* […] *Il s'ensuit un certain malaise à l'invoquer au détriment de ce dernier* […]» [74].

2.3. Jeu de l'exception d'ordre public international ?

Conformément à l'article 27 du Codip, la reconnaissance des effets de l'acte de naissance ukrainien ne doit par ailleurs pas contrevenir à l'ordre public international belge.

L'exception tirée du non-respect de l'ordre public international pourrait-elle jouer en raison du fait que le nom de la mère porteuse n'est pas indiqué dans l'acte de naissance et a été remplacé par celui de la mère d'intention ?

La réponse semble devoir être négative. Il est en effet peu probable que l'article 123 du Code de la famille ukrainien puisse être écarté pour contrariété à l'ordre public international belge en raison, d'une part, de ce que les mentions contenues dans l'acte de naissance étranger relèvent de la loi de l'État du

(68) *C. Henricot, S. Saroléa et J. Sosson, «La filiation d'enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger»,* R.T.D.F., *2010/4, pp. 1139-1163, spéc. 1153. Pour ces auteurs,* «si l'intérêt de l'enfant est certes un objectif à poursuivre, un objectif ne constitue pas […] en lui-même, le fondement juridique même de la demande. Cette partie de l'acte devrait être reconnue parce qu'elle peut l'être au regard du raisonnement de droit international privé qui doit être opéré, et non seulement parce que l'intérêt de l'enfant le requiert» *(précité, p. 1153).*

(69) *J. Sosson et J. Mary, «Gestation pour autrui à l'étranger : l'intérêt de l'enfant, sésame d'une reconnaissance en Belgique ?»,* op. cit., *p. 569. Voy. également sur la relation entre l'intérêt de l'enfant, l'ordre public et la fraude à la loi dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, P. Wautelet, «Bébés papiers, gestation pour autrui et comaternité : la filiation internationale dans tous ces états»,* in *L. Barnich, A. Nuyts, S. Pfeiff et P. Wautelet (sous la dir.),* Le droit des relations familiales internationales à la croisée des chemins, *Actes du XIVe colloque de l'Association «Famille & Droit» organisé par A.-Ch. Van Gysel et A. Nuyts à Bruxelles le 20 mai 2016, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 179-233, spéc. pp. 214 à 216, ainsi que S. Saroléa, «L'intérêt supérieur de l'enfant dans les affaires de droit international privé devant la Cour européenne des droits de l'homme», précité, pp. 107-147.*

(70) *Pour rappel, cette exception est sans objet lorsque le droit belge est applicable au fond.*

(71) *En ce sens, pour rappel, voy. Trib. fam. Hainaut, div. Tournai (21ème ch.), 5 février 2019, R.G. n° 18/960/A et Civ. Huy (4ème ch.), 22 mars 2010,* R.T.D.F., *2010/4, p. 1125, note C. Henricot, S. Saroléa et J. Sosson.*

(72) *Suivant en cela, pour rappel, Civ. Anvers, 19 décembre 2008,* Revue@dipr.be, *2010/4, p. 140, note J. Verhellen et Civ. Bruxelles (7ème ch.), 15 février 2011,* Revue@dipr.be, *2011/1, p. 125;* T. Vreemd., *2011/2, p. 117, note K. Vanvoorden.*

(73) *P. Wautelet, «Illégalité et jugements étrangers. Le passage de la frontière comme ouverture de l'illégalité ?»,* Revue de la Faculté de droit de l'ULg, *2017/1, pp. 179-198, spéc. p. 195.*

(74) *S. Pfeiff et J. Mary, «Procréation médicalement assistée, gestation pour autrui et droit international privé : questions choisies»,* in *N. Gallus et N. Massager (dir.),* Procréation médicalement assistée et gestation pour autrui. Regards croisés du droit et de la pratique médicale, *Limal, Anthemis, 2017, pp. 179-204, spéc. p. 201. Si la fraude à la loi peut effectivement être perçue comme étant* «moralisatrice», *il est également possible de la voir comme un outil inhérent au droit international privé en vue de préserver l'effet utile de la technique de rattachement. En ce sens, l'article 18 du Codip permet de baliser cette exception, l'élément de rattachement n'étant pertinent que s'il traduit un élément de la réalité. Il est donc probable que la résidence habituelle échappe par définition au risque d'accusation de fraude, dès lors qu'elle n'intervient que si précisément elle est suffisamment habituelle.*

UNamur On Campus (138.48.80.154)
La filiation des enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger : analyse du droit belge et français à la lumière de la j...
Éditions Larcier - © Larcier - 15/01/2021

lieu d'établissement de l'acte, d'autre part, du doute existant quant au caractère d'ordre public international de la règle *mater semper certa est*[75].

En ce qui concerne spécifiquement la situation de Madame De Smet, nous avons vu que l'acte de naissance ukrainien pouvait être considéré comme valide au regard de l'établissement de sa maternité en application du droit français. La question se pose de savoir si cet élément contrevient à l'ordre public international belge et, dans l'affirmative, si cela peut empêcher la reconnaissance de l'acte ukrainien en ce qu'il établit la filiation maternelle à l'égard de Madame De Smet.

Pour rappel, la contrariété à l'ordre public s'analyse au regard de deux critères, étant la proximité avec l'ordre juridique belge et la gravité de l'effet produit.

En l'espèce, la situation présente un lien étroit avec l'ordre juridique belge : Monsieur De Smet est belge et le couple et l'enfant vivent en Belgique.

Au niveau de l'analyse du critère de gravité, l'ordre public peut recevoir un effet atténué dès lors qu'il n'est pas demandé au tribunal saisi d'établir un lien de filiation, mais bien d'en reconnaître les effets. Par ailleurs, comme relevé dans la première partie de cette contribution, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme impose aux États parties de reconnaître le lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention, que ce soit par la transcription de l'acte de naissance étranger ou par un autre mécanisme, tel l'adoption, sous peine de méconnaître le droit au respect de la vie privée de l'enfant. Il est donc peu probable que le Tribunal de la famille soulève et retienne l'exception d'ordre public pour s'opposer à la reconnaissance de l'acte de naissance ukrainien en ce qu'il établit la maternité de la mère d'intention. Certaines juridictions ont jugé, à l'appui d'une contrariété à l'ordre public, que la GPA porte atteinte à la dignité de la mère porteuse du fait qu'elle aurait été rémunérée pour ses «*prestations*» et qu'un certain nombre de ses libertés fondamentales auraient été restreintes, en se fondant sur les dispositions des conventions de GPA. À dire vrai, l'analyse de ces conventions (certes illicites dans l'ordre juridique belge) par l'intermédiaire de l'ordre public international, au stade de la réception du lien de filiation, paraît contestable[76]. En tout état de cause, au regard de la jurisprudence actuelle, l'ordre public international belge ne s'opposera pas à ce que Madame De Smet, si elle n'a pas été reconnue automatiquement comme étant la mère légale d'Emma, adopte cette dernière. En ce sens, la jurisprudence de la Cour de Strasbourg est respectée.

Enfin, il convient de préciser qu'eu égard au fait que le droit belge trouve à s'appliquer à la question de la validité du lien de paternité de Monsieur De Smet, seul l'ordre public interne belge serait concerné, et non l'ordre public international belge. Pour rappel, les articles 2, 1128 et 1133 du Code civil belge, interprétés comme consacrant la nullité d'une convention de GPA, pourraient être invoqués dans le cadre de l'examen de la contrariété à l'ordre public interne belge et donner lieu à une analyse des termes précis de la convention de GPA (spécifiquement de son caractère commercial ou non, de ses dispositions concernant les obligations dans le chef de la mère porteuse, etc.). Les cours et tribunaux acceptent toutefois majoritairement de reconnaître le lien de filiation à l'égard du père biologique dans ce contexte, en parfaite conformité avec la jurisprudence de la Cour de Strasbourg.

Eu égard à ce qui précède, il est fort probable que le Tribunal de la famille de Bruxelles, saisi par Madame et Monsieur De Smet de la demande de reconnaissance de l'acte de naissance ukrainien, accueille leur demande. Partant, Madame De Smet sera déclarée mère légale d'Emma (soit automatiquement, soit après être passée par une procédure d'adoption) et Monsieur De Smet sera reconnu comme étant le père légal d'Emma et ce, très probablement de manière automatique.

Conclusion

Quels que soient les choix posés en droit interne à propos de l'acceptation, de la tolérance ou du refus de la GPA, les États doivent faire face aux problèmes liés à l'internationalisation inévitable de ce processus. Geoffrey Willems et Jehanne Sosson soulignent à cet égard qu'«[*u*]*n État qui ne souhaite pas autoriser et organiser la gestation pour autrui sur son sol n'est pas dispensé de s'interroger sur la réception dans son ordre juridique de situations d'enfants nés dans un pays qui l'autorise*[77]».

À défaut de dispositions internationales spécifiques consacrées aux aspects transfrontières de la GPA[78], les magistrats ainsi que les agents communaux et consulaires, confrontés aux réalités, devront dès lors tenter de résoudre les problèmes par l'application de leurs règles de droit international privé.

À cet égard, nous avons vu que la Cour européenne des droits de l'homme donne aux juridictions des États parties quelques balises lorsqu'elles sont saisies de demandes d'accueil de liens de filiation établis à l'étranger à la suite du recours à une GPA. Ces balises sont fondées sur la prise en compte de manière primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant, ce qui implique d'avoir égard à la protection du droit de l'enfant au respect de sa vie privée et du droit qui en découle de pouvoir établir la substance de son identité, y compris sa filiation.

(75) *N. Gallus, «Note – La gestation pour autrui réalisée à l'étranger et les controverses sur la reconnaissance des actes de naissance des enfants»,* op. cit., *p.165, l'auteur rappelant l'enseignement de la Cour de cassation à ce sujet (Cass., 29 janvier 1993,* Pas., *1993, I, p. 121).*

(76) *Pour plus de détails sur ce point, voy. J. Mary, «La filiation à la suite d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger»,* op. cit., *pp. 132 et 133.*

(77) *G. Willems et J. Sosson, «Légiférer en matière de gestation pour autrui : quelques repères de droit comparé et de droit international»,* in *G. Schamps et J. Sosson (coord.),* La gestation pour autrui : vers un encadrement ?, *Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 240.*

(78) *Le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé étudie actuellement les questions de droit international privé liées à la filiation des enfants, en particulier dans le cadre de conventions de maternité de substitution. Voy. l'état d'avancement de ces travaux sur le site https://www.hcch.net/fr/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy.*

UNamur On Campus (138.48.80.154)
La filiation des enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger : analyse du droit belge et français à la lumière de la j...
Éditions Larcier - © Larcier - 15/01/2021

Ainsi, sans que la Cour de Strasbourg n'exige des États parties qu'ils légifèrent en matière de GPA – ce qui relève de leur souveraineté et de leur marge d'appréciation – elle les oblige néanmoins à reconnaître sous une forme ou une autre le lien de filiation établi à l'étranger à l'égard du père biologique et de la mère d'intention. Elle n'impose toutefois pas aux États le moyen spécifique qui permettra d'atteindre ce résultat, pour autant que la reconnaissance du lien de filiation puisse effectivement aboutir avec la célérité requise [79]. En l'absence de lien biologique entre les parents d'intention et l'enfant, additionnée d'une absence de vie familiale, la Cour n'impose par contre pas la reconnaissance des liens de filiation.

Au regard de cette jurisprudence de la Cour, nous pouvons donc conclure que tant le droit français – qui interdit expressément la GPA – que le droit belge – qui, bien que n'interdisant pas la GPA, ne l'autorise pas non plus – sont conformes aux exigences européennes, qu'ils privilégient la voie de l'adoption (pour autant que la procédure puisse aboutir rapidement) ou celle de la transcription.

On ne peut qu'approuver la jurisprudence de la Cour de Strasbourg qui entend préserver, quelles que soient les circonstances de la naissance d'un enfant, son droit au respect de la vie privée incluant son droit à l'identité. La prise en compte de manière primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant implique en effet qu'il ne soit pas désavantagé du fait qu'il a été mis au monde à la suite d'une GPA. Son droit à la nationalité et à la préservation de son identité doivent assurément dans ce contexte être respectés, conformément à l'article 7.1 de la CIDE.

Si l'intérêt supérieur de l'enfant peut servir à justifier l'accueil d'un lien de filiation établi à l'étranger à la suite d'une GPA [80], qu'en est-il toutefois du respect du droit de l'enfant de connaître ses origines, qui est également une composante du droit de l'enfant au respect de sa vie privée? Ce droit implique en effet pour l'enfant celui d'obtenir les informations qui lui sont indispensables pour découvrir la vérité sur un aspect important de son identité personnelle, dont l'identité de ses géniteurs fait partie, de même que les circonstances de sa naissance et toutes autres informations lui permettant d'établir «*quelques racines de son histoire* [81]» . Le droit de connaître ses origines n'est certes pas un droit absolu et doit dès lors être contrebalancé par les droits des autres parties impliquées, principalement ceux de la mère porteuse et des parents d'intention. Si un équilibre devait être trouvé entre les différents droits en présence, le balancier pourrait pencher en faveur des droits de la personne conçue «*qui se trouve dans la position la plus vulnérable et pour laquelle les enjeux semblent être plus importants* [82]». En suivant cette position, la mention du nom de la mère porteuse dans l'acte de naissance s'avérerait plus respectueuse du droit de l'enfant de connaître ses origines.

Quelle que soit la solution privilégiée, il nous semble en tout état de cause difficile, voire irréalisable, de taire à l'enfant les modalités particulières de sa conception. Le recours à la GPA mobilise en effet la capacité gestationnelle d'une autre femme; le couple d'intention, *a fortiori* s'il s'agit d'un couple d'hommes, ne pourra que très difficilement taire à son entourage ce qui ne pourra passer inaperçu. Gageons donc que le droit de l'enfant au respect de sa vie privée, qui implique de préserver tant son droit au respect de son identité et à l'établissement des liens de filiation avec ses parents d'intention que son droit à la connaissance de ses origines, soit effectivement respecté dans toutes ses composantes.

(79) *Un parallélisme peut être effectué avec la jurisprudence relative au mariage de personnes de même sexe. À cet égard, tant la Cour de Strasbourg que la Cour de justice de l'Union européenne refusent d'imposer aux États une obligation de reconnaître le mariage en tant que tel, mais exigent néanmoins qu'un lien permettant le respect de la vie familiale du couple puisse être établi. Il ressort en effet de l'arrêt* Orlandi et autres c. Italie *(arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 14 décembre 2017) que la relation entretenue par un couple homosexuel peut relever de la notion de «*vie privée*» et de «*vie familiale*» et qu'elle doit, à ce titre, être protégée. Les États, devant ménager un juste équilibre entre les différents intérêts en présence, ont ainsi l'obligation de prévoir un cadre légal spécifique offrant une reconnaissance et une protection aux unions de personnes de même sexe. La Cour de justice a, quant à elle, eu l'occasion de décider qu'un État – sans qu'il ait l'obligation de reconnaître le mariage entre personnes de même sexe – ne peut s'opposer au droit de séjour du compagnon d'un citoyen européen ayant fait usage de sa liberté de circulation et ayant développé ou consolidé une vie de famille avec ce ressortissant d'un État tiers de même sexe auquel il s'est uni par un mariage légalement conclu dans l'État membre d'accueil, au motif que cet État ne permet pas l'union homosexuelle (C.J.(grde ch.), arrêt du 5 juin 2018,* Relu Adrian Coman e.a. contre Inspectoratul General pentru Imigrări et Ministerul Afacerilor Interne*, ECLI:EU:C:2018:385, § 51).*

(80) *S'il est évidemment nécessaire, conformément à l'article 3.1 de la CIDE, de tenir compte, de manière primordiale, de l'intérêt supérieur de l'enfant en cette matière qu'est la GPA, il ne faut toutefois pas en faire le seul fondement de l'établissement du lien de filiation en omettant l'application des règles et méthodes du droit international privé.*

(81) *Voy. not. Cour eur. D.H., arrêt* Gaskin c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989; Cour eur. D.H., arrêt* Odièvre c. France*, 13 février 2003; Cour eur. D.H., arrêt* Godelli c. Italie*, 25 septembre 2012; Cour eur. D.H., arrêt* Jäggi c. Suisse*, 13 juillet 2006; Cour eur. D.H., arrêt* Capin c. Turquie*, 15 octobre 2019.*

(82) *Recommandation de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe 2156(2019), «Don anonyme de sperme et d'ovocytes : trouver un équilibre entre les droits des parents, des donneurs et des enfants», pt 5* in fine.

UNamur On Campus (138.48.80.154)
La filiation des enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger : analyse du droit belge et français à la lumière de la j...
Éditions Larcier - © Larcier - 15/01/2021