Légiférer en matière de Gestation pour autrui : un regard du contexte de droit comparé Belge, Français, Anglais et congolais

Par Alain SHAMAVU WAKANYANFE ♦

Résumé

Cet article propose une contextualisation de la gestation pour autrui (GPA) dans différents ordres juridiques. Il vise à attirer l'attention des lecteurs sur la notion de la gestation pour autrui et avoir une idée sur son appréhension par certains États en l'occurrence la Belgique, la France, l'Angleterre et la République Démocratique du Congo.

En effet, les débats autour de ce procédé ne fait pas l'unanimité entre les États du monde.

D'où l'intérêt de faire une analyse des législations qui sont contre la GPA, le cas de la France, et celles qui l'autorisent à l'instar de l'Angleterre en passant par le législateur qui ne l'interdit ni ne l'autorise expressément. Ce qui est le cas en Belgique et en RDC. Le législateur congolais ne s'étant pas encore prononcé sur la question de la GPA, le présent article l'interpelle sur les dérives de la pratique de la GPA tout en l'invitant à la prohiber en s'inspirant du modèle français.

♦ Licence en droit (Bac +5/ ULPGL-Goma). SHAMAVU est assistant stagiaire à la Faculté de Droit de ULPGL-Goma) et est en même temps défenseur judiciaire près le Tribunal de Grand Instance de Goma. Il est également étudiant en Droit MS et Master en droit, à finalité spécialisée : Etat et Europe à la Faculté de Droit et Criminologie de l'Université Catholique de Louvain. Courriel : alainshamavu@gmail.com , alain.shamavu@student.uclouvain.be

Mots clés :

Gestation pour autrui (GPA) ; procréation médicalement assistée (PMA) ; convention de mère porteuse ou de GPA ; parent(s) commanditaires ; couple d'intention ; mère porteuse.

Abstract

This article proposes a contextualization of surrogate motherhood in different legal systems. It aims to draw the readers' attention to the notion of surrogate motherhood and to get an idea of how it is understood by certain States, namely Belgium, France, England and the Democratic Republic of Congo.

Indeed, the debates around this procedure are not unanimous among the States of the world.

Hence the interest to make an analysis of the legislations which are against GPA, the case of France, and those which authorize it following the example of England through the legislator who does not expressly prohibit or authorize it, which is the case in Belgium and the DRC. Since the Congolese legislator has not yet pronounced itself on the issue of GPA, this article challenges it on the excesses of the practice of GPA while inviting it to prohibit it by drawing inspiration from the French model.

Keywords:

Surrogacy; medically assisted procreation (MAP); surrogate mother or surrogacy agreement; parent (s) sponsors; intention couple; surrogate mother.

Introduction

D'après le comité consultatif de bioéthique de Belgique, la gestation pour autrui consiste en « une pratique par laquelle une femme porte un fœtus ou enfant, et poursuit la grossesse jusqu'à la naissance de cet enfant avec l'intention de transférer ensuite tous ses droits et devoirs parentaux au(x)parent(s) demandeur(s). Par définition, Gestation-pour-autrui semble indiquer qu'un accord ou une convention plutôt un contrat commercial existe entre la femme enceinte et un (des) parent(s) demandeur(s). L'objet de cette convention concerne les droits et devoirs de parenté envers l'enfant. D'un point de vue humain, il s'agit d'un transfert d'enfant de la famille de la femme qui accouche vers les parents demandeurs, et, d'un point de vue juridique, d'un "transfert de droits et devoirs déterminés en rapport avec l'enfant ».¹

Pour F. Terré « la maternité pour autrui est vieille comme le monde. Elle a, depuis longtemps, manifesté l'entraide féminine dans le combat contre la stérilité ».² Dans la Rome antique, on fait déjà mention de « *ventrem locare* ».

Faire un enfant pour sa sœur, sa cousine, une proche n'est pas une invention des temps modernes. Récits bibliques³ et témoignages ethnographiques attestent l'ancienneté de ce mode d'entrée en maternité.⁴ Le seul changement à nos jours, c'est

¹ Comité consultatif de bioéthique, Avis n°30 du 05 juillet 2004 relatif à la gestation pour autrui (*mères porteuses*), p. 4, disponible sur https://www.health.belgium.be/sites/default/files/uploads/fields/fpshealth_theme_file/7972417/Avis%20n%2030%20du%205%20juillet%202004%20relatif%20à%20la%20gestation-pour-autrui.pdf, consulté le 10 juillet 2020.

² N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître. Le statut juridique de l'enfant à naître et l'influence des techniques de procréation médicalement assistée sur le droit de la filiation*. Etude de droit civil, Bruylant, Bruxelles, 1997, n°363, p.819.

³ Le cas dans Genèse 16. 1-16 : Abram accepte la proposition de Sarah qui, pour avoir un fils, lui donne sa servante égyptienne *Agar* pour femme.

⁴ D. MEHL, *Les lois de l'enfantement : Procréation et politique en France (1982-2011)*, Ed. Presses de Science Po, Paris, 2011, p. 63.

l'immixtion extérieure de la science qui a apporté des techniques nouvelles où il n'est plus indispensable que l'homme du couple commanditaire ait besoin d'avoir un rapport sexuel avec la mère porteuse pour qu'il y ait grossesse.⁵

On recourt globalement à la GPA dans le « cadre des techniques de procréation médicalement assistée (PMA), à savoir la fécondation *in vitro* et le transfert d'embryons aux fins d'une GPA non génétique (ou complète) : la mère génétique n'a pas de lien avec l'enfant à naître, et l'insémination artificielle aux fins d'une GPA traditionnelle (ou partielle) : la mère porteuse est génétiquement liée à l'enfant. Des gamètes peuvent aussi être obtenus, dans le cadre d'un achat ou d'un « don » auprès d'autres personnes qui ne sont ni le(s) parents d'intention ni la mère porteuse ainsi donc, le(s) parent(s) d'intention peuvent avoir un lien génétique avec l'enfant comme ils peuvent n'en avoir aucun ». ⁶

En matière de GPA, les opinions sont partagées. Certains auteurs la conçoivent comme une commercialisation d'une partie du corps de la mère porteuse et une vente d'enfants à naître. D'autres partageant le chagrin des couples ne pouvant pas avoir d'enfants par la voie « naturelle », estiment qu'il peut y avoir une GPA dit « non commerciale » dont il ne s'agirait pas d'un marchandage de corps ni de vente de bébés mais plutôt de l'altruisme tout simplement.

⁵ N. MASSAGER, *Op. Cit.*, p. 819.

⁶ Voir Conférence de La Haye de droit international privé (HCCH), « Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international » (mars 2012), cité par la Rapporteuse spéciale sur la vente et l'exploitation sexuelle d'enfants, y compris la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants et autres contenus montrant des violences sexuelles sur enfant, in « Etude sur la gestion pour autrui et la vente d'enfants » J.DJ., 2018/4, n°374, p. 10-23. (p.10), disponible sur <https://assets.hcch.net/docs/b4114840-8e21-4f34-b054-43fe4c01ab32.pdf>, consulté le 11 juillet 2020

Un peu partout dans le monde, un nombre considérable d'États n'ont pas une législation spécifique en matière de gestation pour autrui. Nous pouvons, donc, sous-entendre une autorisation *de facto* (cas de la Belgique) (I). Cependant, qu'une minorité d'États encadrent juridiquement la gestation pour autrui (cas de l'Angleterre,) (II) ; alors que d'autres l'ont formellement prohibée (cas de la France) (III). Quant au législateur congolais, celui-ci, à l'instar du législateur belge, reste muet sur la question. (IV).

La présente étude vise à analyser ces différentes situations en matière de gestation pour autrui, plus singulièrement, dans l'angle d'une éventuelle législation à venir en la matière, les repères que le législateur congolais devrait avoir.

1. La GPA en Belgique

La Belgique fait partie des États n'ayant pas, à ce jour, une législation spécifique en matière de gestation pour autrui (I.1) alors que bon nombre de gens y font recours, d'où la question sur la filiation d'un enfant né par GPA en Belgique (I.2).

1.1 Absence de réglementation

L'absence d'encadrement juridique de la GPA aboutit à ce qu'elle ne soit ni expressément interdite, ni expressément autorisée⁷.

Le Centre de procréation médicalement assistée du Centre Hospitalier Universitaire Saint-Pierre (Bruxelles) prend en charge la gestation pour autrui recouvrant une situation dans laquelle le couple d'intention ou le couple parent, fournit des gamètes qui vont permettre, par le canal de la fécondation *in vitro*, d'obtenir les embryons. Un des embryons, à cet effet, sera transplanté, par la

⁷ Ce qui n'empêche que certains centres médicaux ne puissent pratiquer la GPA, le cas du centre hospitalier universitaire Saint Pierre à Bruxelles.

suite, dans la matrice de la mère porteuse qui, bien évidemment, n'aura pas le lien génétique avec l'enfant.⁸ Toutefois, ce centre se réserve le droit de refuser à certains parents d'intention le recours à la GPA à la suite des risques médicaux auxquels étaient confrontées les mères porteuses. Après constatation d'un niveau de sensibilité psychologique et sociale ; pour manque de clarté ; parce que les critères liés aux indications de l'hôpital n'ont pas été rencontrés ; en plus de la gestation pour autrui, il devrait également y avoir don d'ovocyte,

Actuellement, l'équipe du CHU Saint-Pierre à Bruxelles se refuse de prendre en charge les situations combinant un don de gamètes (don d'ovocytes ou de sperme) à une gestation pour autrui, ce qui a pour effet d'écarter les demandes des couples qui nécessitent le recours à un don de gamètes, en plus de la G.P. A.⁹

En un mot, dans la législation belge, il n'existe aucune loi, ni règlement qui encadre la pratique de la gestation pour autrui ni les éléments qui l'accompagnent. Les personnes qui y ont recours en Belgique, se conforment pour la plupart aux exigences des centres offrant le service de gestation pour autrui, de sorte que la GPA y est considérée comme une question de fait et non une question de droit. Malgré cette situation, une question se pose quant à l'établissement de la filiation des enfants nés de cette pratique.

⁸ Dr. CANDICE AUSTIN, *audition du 2 février 2015*, contenue dans le rapport d'information concernant l'examen des possibilités de créer un régime légal de coparentalité n°6-98/26, 4 DÉCEMBRE 2015, Sénat Belgique, p.5, disponible sur <https://www.senate.be/www/webdriver?MItabObj=pdf&MIcolObj=pdf&MInamObj=pdfid&MItypeObj=application/pdf&MIvalObj=100663578>, consulté le 15 juin 2020.

⁹ L., VAN BUNNEN, « La gestation pour autrui et les droits de l'homme », *R.C.J.B.*, 2015/1, pp. 32-54

1.2 L'établissement de la filiation des enfants nés de la GPA

Avant de s'interroger sur l'établissement de la filiation à l'égard d'un enfant issu de la GPA lorsque les parents d'intention sont de nationalité belge mais ayant eu recours à ce procédé à l'étranger (II.2), venons-en d'abord à la question relative à la filiation d'une GPA réalisée en Belgique (II.1.) et celle relative à l'adoption (II.3).

Etablissement de la filiation maternelle et paternelle

En droit positif belge, la filiation maternelle est établie conformément à l'article 312 § 1 du code civil, laquelle disposition exige la mention obligatoire du nom de la mère qui accouche de l'enfant dans l'acte de naissance.¹⁰ Ce qui implique logiquement qu'en Belgique, c'est la mère porteuse, celle qui met au monde le bébé, qui est juridiquement la mère légale. Seul le recours à l'adoption peut permettre aujourd'hui de rattacher l'enfant issu de la gestation pour autrui à la mère d'intention.

En ce qui est du lien de filiation paternel, dans le cadre de la gestation pour autrui, il peut y avoir également une situation présentant deux pères, à savoir, d'une part, le père demandeur, c'est-à-dire, le père de qui proviennent les spermatozoïdes, et d'autre part, le partenaire de la mère porteuse.

Ainsi, pour le comité de bioéthique de Belgique, il y a quatre situations : la situation où l'homme et la mère légale sont mariés ; celle où l'homme et la mère légale ne sont pas mariés ni l'un ni l'autre ; celle où l'homme est marié et la mère légale ne l'est pas ; et enfin, celle où l'homme et la mère légale sont mariés mais pas ensemble.¹¹

Dans la situation où l'homme et la mère légale sont mariés, partant de la règle générale, c'est le mari de la mère porteuse qui

¹⁰ Art.312 § 1 du code civil belge du 21 mars 1804 (*M.B.*, 14 mai 2019)

¹¹ Comité consultatif de bioéthique, *Avis n°30 du 05 juillet 2004 relatif à la gestation pour autrui (mères porteuses)*, précité, p.9.

est le père légal, en vertu de l'article 315 du Code civil belge, qui stipule que « l'enfant né pendant le mariage ou dans les 300 jours qui suivent la dissolution ou l'annulation du mariage, a pour père le mari ». ¹²

Le père génétique de l'enfant pourra devenir père légal grâce à l'article 318 du code civil belge. Cet article donne la possibilité au père présumé (le mari de la mère porteuse) de pouvoir, pendant l'année qui suit la naissance ou la découverte de celle-ci, contester sa paternité s'il estime ne pas être le père biologique. ¹³ Ainsi donc, il doit alors en apporter la preuve, ce qu'il peut faire par tout moyen adéquat. Toutefois, conformément à l'article 318 § 4 du même code ¹⁴, son recours est irrecevable s'il a consenti à une insémination artificielle ou à un autre acte ayant la procréation pour but (sauf si la conception de l'enfant ne peut en être la conséquence). De ce qui précède, l'on note que, le mari de la mère porteuse mariée est légalement le père de l'enfant, sauf s'il n'a pas donné son accord pour l'insémination de son épouse par le sperme d'un autre homme. ¹⁵

Dans la situation où l'homme et la mère légale, ne sont pas mariés ni l'un ni l'autre, en effet, partant de la règle générale, l'homme pourra procéder à l'établissement de la paternité par reconnaissance. De ce fait, cette reconnaissance pourra se retrouver dans l'acte de naissance de l'enfant ou pourra être faite devant le notaire. Il faut noter, à cet effet, que conformément à l'article 319§3 du code civil belge, la mère ou l'enfant devront y consentir. Dans l'optique de la gestation pour autrui, le père intentionnel ;

¹² Art. 315 du code civil belge.

¹³ Art. 318 du code civil belge.

¹⁴ L'article 318 §4 du code civil belge dispose ce qui suit : *La demande en contestation de la présomption de paternité n'est pas recevable si le mari a consenti à l'insémination artificielle ou à un autre acte ayant la procréation pour but, sauf si la conception de l'enfant ne peut en être la conséquence.*

¹⁵ Comité consultatif de bioéthique, *op.cit.*, p.10

c'est-à-dire le père génétique de l'enfant, sera le père légal de l'enfant par le canal de la reconnaissance, moyennant accord de la mère porteuse.

Dans la situation où l'homme est marié, la mère légale ne l'est pas, ici, l'homme marié pourra reconnaître l'enfant, que moyennant, à cet effet, homologation par le tribunal, en vertu de l'article 319 bis du Code civil.¹⁶ Dans cette hypothèse, néanmoins, l'épouse de l'homme marié, sera également convoquée au procès, et que donc, le tribunal ne pourra refuser la reconnaissance, que si dans la mesure où, le lien de descendance n'est pas prouvé. En effet, concrètement, dans le cadre de la gestation pour autrui, dans l'hypothèse où la mère porteuse n'est pas mariée, le père intentionnel peut reconnaître l'enfant, afin de devenir père légal, dans la mesure où la mère demanderesse (mère intentionnelle) est convoquée au procès.¹⁷

Dans la situation où l'homme et la mère légale sont mariés mais pas ensemble, le comité consultatif de bioéthique indique :

La reconnaissance de l'enfant par son père et la recherche de paternité par l'enfant sont possibles dans les conditions prévues par la loi. En ce qui concerne la gestation-pour-autrui, ceci signifie que le père demandeur ne peut reconnaître l'enfant de la mère porteuse comme le sien que selon des conditions strictes, dans l'intérêt de l'enfant. Selon la règle, c'est le mari de la mère porteuse qui est le père légal de l'enfant.¹⁸

¹⁶ Aux termes de cette disposition, "Si le père est marié et reconnaît un enfant conçu par une femme autre que son épouse, la reconnaissance doit être portée à la connaissance de l'époux ou de l'épouse".

¹⁷ Jusqu'à présent, il n'y a pas eu de jurisprudence sur cette situation

¹⁸ Comité consultatif de bioéthique, *op.cit.*, p.10

Reconnaissance en Belgique du lien de filiation établi à l'étranger d'un enfant né via GPA

Le législateur belge ne saurait prohiber le recours à la GPA à l'étranger. Cependant, en ce qui concerne la reconnaissance en Belgique du lien de filiation établi à l'étranger, les règles du droit international privé belge veulent que l'acte étranger soit soumis à validité. Il s'agit de vérifier si cela a été fait conformément aux dispositions des articles 18 et 21, et de l'article 28 § 1,1^o du code de droit international privé belge¹⁹, celles-ci mettent en exergue les principes d'ordre public et de la fraude à la loi²⁰.

Dans l'arrêt *Maïa et Maureen*, la Cour d'Appel de Liège²¹, estime que la convention de mère porteuse conclue aux USA par un couple homosexuel belge heurte l'ordre public et son illicéité contamine les actes de naissance établis sur son fondement. Mais l'intérêt supérieur des enfants, privés de filiation maternelle à l'égard de leur gestatrice, commande l'établissement de leur filiation paternelle envers leur père biologique.

En revanche, la filiation de ces enfants à l'égard d'un autre homme (en l'espèce : le conjoint homosexuel du père biologique) ne peut être établie autrement que par l'adoption. Au vu de la nationalité belge des demandeurs, c'est le droit belge qui est

¹⁹ L'article 21 du code de droit international privé belge prévoit l'exception d'ordre public. L'article fait mention de la fraude à la loi. L'article 28 quant à lui, prévoit les mécanismes de la force probante des actes authentiques étrangers.

²⁰ Fraude à la loi : Le droit international privé est le domaine d'élection de la fraude. La multiplicité des systèmes juridiques fournit aux individus le moyen d'échapper à la loi qui leur est normalement applicable, en se plaçant artificiellement sous l'empire d'une autre loi, dont la teneur convient mieux à leurs desseins. Le moyen le plus efficace, et le plus employé, consiste à utiliser la diversité des systèmes de droit international privé ; en allant, par exemple, porter leur divorce au Mexique, deux Chiliens pourront échapper à l'application de leur loi nationale, qu'aurait déclarée compétente un tribunal chilien (ou français), car le système de droit international privé du Mexique, appliqué par le juge mexicain, postule l'application au divorce de la loi du for ; et cette loi admet le divorce que la loi chilienne prohibe. , P., MAYER, V., HEUZE et B., REMY, *Droit international privé*, 12^e éd., L.G.D.J, Paris 2019 p.476

²¹ C.A Liège (1^{re} ch.) n° 2010/RQ/20, 6 septembre 2010

d'application quant à la paternité des demandeurs. Concernant la filiation par rapport au père biologique, le droit belge permet qu'il reconnaisse les enfants conformément à l'article 329bis Code civil, selon lequel la paternité de l'époux du père belge ne pourrait être reconnue selon le droit Belge que par l'adoption. L'article 143 C. civ. belge exclut en effet la présomption de paternité dans les mariages entre personnes du même sexe.

Nous pouvons donc retenir, que la GPA est tolérée en Belgique, car le législateur n'a pas choisi entre son interdiction ou son autorisation. Ce silence a pour conséquence majeure, sur le terrain, une sorte de loi de la débrouille. Les centres médicaux mettent donc en place leurs propres règles. Pour l'heure la Belgique reste plus ouverte à la pratique de la GPA que la France où elle est clairement interdite.

2. Situation de la gestation pour autrui en droit français

En France, avant même que la loi²² ne vienne condamner les conventions de gestation et de procréation pour autrui, la Cour de cassation avait, dans une décision du 31 mai 1991²³, sanctionné « le processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère », au nom de la violation tant

²² Aux termes de l'article 16-7 du Code civil, la gestation pour autrui est nettement prohibée. Les articles 227-12 et 2257-13 du Code pénal organisent les peines applicables aux acteurs et à ceux ou celle, ayant facilité un processus de gestation pour autrui.

²³ Cass., ass. plén., 31 mai 1991, J.C.P., 1991, II, p. 21752, concl. H. Dontenwille, obs. F. Terré, D., 1991, p. 417, rapp. Y. Chartier, note D. Thouvenin, Rev. trim. dr. civ., 1991, p. 517, obs. D. Huet-Weiller ; Civ. 1 re, 29 juin 1994, D., 1994, p. 581, note Y. Chartier, Rev. trim. dr. civ., 1994, p. 842, obs. J. Hauser, Petites Aff., 1995, n o 35, p. 23, note J. Massip ; Civ. 1 re, 9 décembre 2003, D., 2004, p. 1988, note E. Poisson-Drocourt, Rev. trim. dr. civ., 2004, p. 75, obs. J. Hauser, Dr. fam., 2004, comm. 37, note P. Murat., cité par L. Brunet, « Le droit français face au défi des pratiques de gestation pour autrui : que reste-t-il de l'ordre public ? », in V. Boillet, L. Brunet, et alii., *La gestation pour autrui*, Limal, Anthemis, 2018, p. 71-93.

du principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain que celui de l'indisponibilité de l'état des personnes (II.1).

Dans ce pays, les officiers de l'état civil refusent en règle de transcrire dans les registres de l'état civil les actes de naissance établis à l'étranger dans le contexte d'un processus de maternité pour autrui. (II.2.).

2.1 Des principes d'ordre public, de l'indisponibilité du corps humain et de non-patrimonialité du corps humain comme motif de refus de la GPA

L'ordre public

L'hypothèse du jeu de la notion d'ordre public dans les rapports entre ordres juridiques, se dédouble. Le plus souvent, l'ordre public aura à arbitrer des rapports entre ordres juridiques étatiques. C'est typiquement le cas en droit international privé, dont la « partie générale » offre une systématisation aboutie de ces rapports inter normatifs.²⁴ De façon classique, il sera ainsi question d'apprécier la conformité de la norme étrangère avec l'ordre public international du for. On parle, en France, d'« exception d'ordre public international »²⁵.

Ainsi donc, le droit étranger autorisant la pratique de la gestation pour autrui viole l'ordre public international français car n'étant pas en adéquation avec la loi interne prohibant la GPA.

Par ailleurs, l'ordre public fait obstacle à ce qu'une personne dispose de son corps pour créer un lien de filiation entre un enfant et une femme qui n'en a pas accouchée. La filiation, en tant qu'institution publique, ne peut être purement volontaire, affective

²⁴ A. JEAUNEAU, L'ordre public en droit national et en droit de l'union européenne. Essai de systématisation, Thèse pour le Doctorat en Droit, Faculté de Sciences économiques et de gestion – Sciences humaines – Sciences juridiques et politiques, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2015, p. 91. (Inédit)

²⁵ *Ibidem*, p.92

ou fondée sur le désir. Les risques de marchandisation seraient trop grands. En outre, les manipulations linguistiques ne sauraient masquer le fait que les contreparties versées à la mère porteuse relèvent d'une logique de don/contre-don et font donc entrer la pratique dans des dérives nécessairement marchandes. Ainsi donc, le Droit ne peut et ne doit se laisser submerger par des intérêts économiques qui, à travers des manipulations visant à le déconnecter de la réalité, souhaitent le conduire à permettre le développement d'un marché de l'humain.²⁶

Les principes l'indisponibilité du corps humain et de non-patrimonialité du corps humain.

Le principe de non-patrimonialité du corps humain génère un tas de questions sociétales. En effet, le problème essentiel est celui des rapports entre le corps et l'argent. La question n'est pas nouvelle ; elle a déjà donné lieu à des études sur les contrats de travail, les conventions portant sur l'image du corps ou encore la prostitution. Elle s'étend aujourd'hui au domaine de la biomédecine où de nombreuses conventions sont passées sur le corps (recherches biomédicales, gestation pour autrui, etc.) ou sur ses éléments.²⁷

Par la consécration du principe d'indisponibilité de la personne fondé sur la dignité et par celle de la *Summa divisio* chose et personne, le droit s'oppose à toute cession de la personne, de son corps et de ses éléments. À ce titre, il peut être perçu par les défenseurs de la gestation pour autrui (GPA) comme un obstacle à contourner. Obstacle, d'abord, à l'émergence d'un droit à l'enfant et obstacle, ensuite, au développement d'un marché générateur

²⁶ B., FEUILLET-LIGER et K., ORFALI, La réalité de deux principes de protection du corps dans le cadre de la biomédecine : La dignité et la non-patrimonialité Etude internationale et pluridisciplinaire [Rapport de recherche] Mission de recherche Droit et Justice. 2016. halshs-01592855, p. 58, disponible sur <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01592855>, consulté le 30 août 2020

²⁷ B., FEUILLET-LIGER et K., ORFALI, *Op. Cit.*, p.13

d'un chiffre d'affaires qui ne cesse de croître. On pourrait dès lors s'attendre à ce que les promoteurs d'un marché libéral de la GPA s'attèlent à combattre les obstacles à la légalisation, en France, de la pratique que sont les principes d'indisponibilité et de non-patrimonialité du corps humain et de ses éléments.²⁸

Tant s'en faut. Ces promoteurs se contentent bien souvent d'éluder la question en adoptant un discours désincarnant la gestation pour autrui par un effacement des corps. Ce faisant, ils espèrent justifier la pratique et favoriser l'idée d'une filiation purement volontaire et affective. Ainsi, en attendant l'avènement d'une société où le corps de la femme ne serait plus nécessaire à la grossesse, ils n'hésitent pas à éluder son indisponibilité par le recours à une dissociation entre engendrement et filiation, aboutissant à la séparation du corps et de la personne. Tout lien entre la mère porteuse et l'enfant est éludé et est contractuellement effacé alors que d'autres liens, entre l'enfant et les parents d'intention, sont évoqués. La femme est alors contractuellement réduite à un corps reproducteur voué à disparaître. La GPA devient alors purement gestationnelle et la mère porteuse n'est plus mère mais seulement porteuse. L'enfant n'est ainsi plus cédé à ses parents d'intention mais leur est simplement rendu.²⁹

2.2. L'intérêt supérieur de l'enfant comme exception au principe d'ordre public en matière de GPA.

La prohibition de la gestation pour autrui par le législateur français n'empêche guère que les ressortissants de cet État aillent recourir à cette pratique à l'étranger. Plusieurs problématiques peuvent en découdre, entre autres : la question de la reconnaissance

²⁸ Ibidem., p. 58

²⁹ Ibidem.

en France de l'acte de naissance établi à l'étranger d'un enfant né via GPA ; celle du respect la vie privée et familiale de l'enfant ainsi que son intérêt supérieur et son droit à une identité familiale respectée, etc.

Dès lors que l'on s'accorde au contexte d'un enfant né par GPA, fût-ce-t-il par fraude à la loi, son intérêt supérieur oblige à l'État d'accéder à son droit de jouir d'une intégration familiale auprès des parents qui ont ambitionné sa naissance.

Le premier arrêt rendu par la Cour Européenne des Droits de l'Homme en matière de gestation pour autrui l'a été dans deux arrêts prononcés le même jour, le 26 juin 2014, dans les affaires *Menesson et Labassée c. France*.³⁰

Ils concernent le refus de reconnaître en France une filiation légalement établie aux États-Unis entre des enfants nées d'une gestation pour autrui et le couple ayant eu recours à cette méthode. Les requérants invoquaient que le lien de filiation avait été légalement établi à l'étranger et que le refus de lui donner effet en France méconnaissait l'intérêt supérieur des enfants demeurant sans aucune filiation. La France ne reconnaissait ni la filiation avec la mère commanditaire, ni avec le père commanditaire alors que celui-ci était le père biologique des enfants. Le procureur de la république, suivi par le juge, soutenait que « la convention par laquelle une femme s'engage à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance est nulle car elle contrevient aux principes d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain et de l'indisponibilité de l'état des personnes. Il en déduisait que, contraire à la conception française de l'ordre public international et à l'ordre public français, le jugement de la Cour suprême de Californie du 14 juillet 2000 ne pouvait être exécuté en France, et

³⁰ Cour européenne de droits de l'homme, *Menesson c. France et Labassee c. France*, 26 avril 2014

l'autorité des actes d'état civil établis sur son fondement ne pouvait être reconnue en France. »³¹

La Cour de Cassation française a conclu que le jugement de la Cour suprême de Californie du 14 juillet 2000 était contraire à la conception française de l'ordre public international en ce qu'il donnait effet à une convention de gestation pour autrui, et en a déduit que la transcription des actes de naissance établis en application de ce jugement sur les registres d'état civil français devait être annulée.³²

En outre, la prise en compte de l'intérêt des enfants s'impose d'autant plus qu'un des deux parents d'intention est le père biologique, de sorte qu'« 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 ».³³

« La C.E.D.H.³⁴, tout en réaffirmant clairement le principe selon lequel les liens entre les parents d'intention et leurs enfants nés d'une gestation pour autrui relèvent de la vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, va considérer que l'ingérence opérée dans le droit au respect de la vie familiale des parents est prévue par loi dès lors que le droit français prohibe la gestation pour autrui et qu'elle poursuit un but légitime défini comme étant « la volonté de décourager ses ressortissants de recourir hors du territoire

³¹ Cour européenne de droits de l'homme, *Mennesson c. France et Labassee c. France*, 26 avril 2014, § 18., Cité par S. SAROLEA, « L'intérêt supérieur de l'enfant dans les affaires de droit international privé devant la Cour européenne des droits de l'homme », In B. LAURENT, S. SAROLEA et alii, *Le droit des relations familiales internationales à la croisée des chemins*, Bruyant, Bruxelles, 2016, p.107-147.

³² S. SAROLEA, *Op Cit.*, p. 121

³³ *Ibidem.*

³⁴ Cour Européenne des Droits de l'Homme

national à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire dans le but (...) de préserver les enfants et (...) la mère porteuse »³⁵. Elle va reconnaître une importante marge d'appréciation aux États dans une matière sur laquelle il n'y a pas de consensus en Europe et suscitant « de délicates interrogations d'ordre éthique »³⁶ tant en ce qui concerne l'autorisation, ou non, de ce mode de procréation que la reconnaissance, ou non, des liens de filiation qui en découlent lorsqu'il a lieu à l'étranger. La Cour se garde donc de prendre position sur la gestation pour autrui elle-même et ne prône, dans ces arrêts, ni l'interdiction, ni l'obligation, pour les États, d'admettre cette technique. Elle va considérer que les obstacles concrets engendrés par le refus de reconnaître en France la filiation ne suffisent pas à caractériser une violation du droit à une vie familiale³⁷. La Cour en conclut qu'il y a violation du droit des enfants au respect de leur vie privée ».³⁸

Retenons donc, la prohibition de la GPA en France repose primordialement sur la dignité humaine en ce qu'elle est considérée comme une marchandisation de l'enfant et du corps de la femme. Ce qui va à l'encontre de l'ordre public et des principes de l'indisponibilité du corps humain et de la non-patrimonialité du corps humain. L'Angleterre, quant à elle, ne partage pas le même point de vue sur cette question.

³⁵ Arrêt *Mennesson c. France*, précité, point 62, cité par J. SOSSON, "La jurisprudence européenne et la gestation pour autrui", JTDE 2015, nr. 2, 52-55

³⁶ Arrêt *Mennesson c. France*, précité, point 79. *Ibid.*

³⁷ Arrêt *Mennesson c. France*, précité, point 94. *Ibid.*

³⁸ J. SOSSON, "La jurisprudence européenne et la gestation pour autrui", JTDE 2015, nr. 2, 52-55.

3. La GPA en droit Anglais

Au Royaume uni, on ne peut ignorer la réalité des couples qui soit ont recours à une mère porteuse anglaise, soit vont dans les pays en voie de développement où la pauvreté est répandue pour en trouver une. À l'étranger, c'est souvent par une société intermédiaire que les couples sont mis en contact avec des femmes souhaitant porter un enfant, et cette prestation est payante, comme toute transaction commerciale.³⁹

Avant d'aborder la question du contrat de GPA (III.2) et celui de la filiation (III.3), il sied de faire un contour sur ses conditions d'accès (III.1).

3.1. L'accès à la GPA

À la suite de la réalisation d'une GPA, que ce soit à l'étranger ou en Angleterre, les parents commanditaires sollicitent de la justice anglaise une déclaration de parenté prévue à l'article 54 du HFE Act 2008. Cette déclaration permet l'annulation de la maternité de la femme qui a accouché et, le cas échéant, la paternité de son mari⁴⁰ (en l'absence de reconnaissance dans l'acte de naissance du père commanditaire dont les gamètes ont été utilisés) en faveur du couple demandeur dont les gamètes d'au moins un des deux ont été utilisés pour la création de l'embryon ensuite transféré chez la mère porteuse. La loi impose certaines conditions : il faut un couple commanditaire (soit marié, soit en partenariat civil, soit en concubinage de longue durée, l'article 54(2)(c) Human

³⁹ T., CALLUS, et Alii, *Le principe de non-patrimonialité du corps humain*, Bruyant, Bruxelles, 2017, p. 153.

⁴⁰ Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation & Embryology, Department of Health & Social Security, Cm 9314, Londre (juillet 1984), 1988, cite par T., CALLUS, op. cit, p. 161.

Fertilisation & Embryology Act 2008 parle de « d'un couple ayant des relations familiales de longue durée et pour qui le mariage n'est pas prohibé ») ; la mère porteuse (et l'autre parent le cas échéant) doit donner un consentement libre et éclairé⁴¹, qui n'est pas valable s'il est donné dans les premières six semaines après l'accouchement⁴² ; l'enfant doit avoir son domicile avec le couple commanditaire au Royaume-Uni⁴³ ; la demande doit se faire dans les six mois qui suivent la naissance⁴⁴ ; et toute relation commerciale et financière est interdite.⁴⁵

Malgré ces conditions d'accès exigeantes, **la GPA ne dispose pas de cadre légal strict au Royaume-Uni.** Autrement dit, les parents intentionnels peuvent **se retirer du processus à n'importe quel moment**, même si la mère porteuse est déjà enceinte. De son côté, cette dernière **peut prendre la décision de garder l'enfant** : elle a jusqu'à six semaines pour pouvoir engager les démarches de transfert de parentalité.⁴⁶

3.2 Contrat de GPA

Le droit anglais est ambivalent. Le contrat de maternité de substitution n'est pas nul en tant que tel, mais il ne peut en aucun cas faire l'objet d'une exécution forcée dans l'hypothèse d'un conflit entre parties.⁴⁷ Il ne sort donc ses effets que si les parties

⁴¹ Art. 54 (6) Human Fertilisation & embryology Act 2008

⁴² Art. 54 (7) Human Fertilisation & embryology Act 2008

⁴³ Art. 54 (4) Human Fertilisation & embryology Act 2008

⁴⁴ Art. 54 (3) Human Fertilisation & embryology Act 2008

⁴⁵ Art. 54 (8) Human Fertilisation & embryology Act 2008

⁴⁶ Doctissimo : GPA : la législation au Royaume-Uni, disponible sur <https://www.doctissimo.fr/html/grossesse/dossiers/meres-porteuses/articles/12360-mere-porteuse-legislation-royaume-uni.htm>, consulté le 31 août 2020

⁴⁷ Art. 1 A du Surrogacy Arrangements Act de 1985, cité par G., SCHAMPS, J., SOSSON, et alii *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?* Bruyant, Bruxelles, 2013, p.243

persistent toutes dans leurs intentions initiales jusqu'au dénouement ultime du processus. La somme versée à la mère porteuse par les parents d'intention s'élève généralement entre 10.000 £ et 15.000 £. L'intermédiation non lucrative en matière de maternité de substitution n'est pas interdite pour autant qu'elle soit gratuite ou que la rémunération n'excède pas le montant réel des dépenses engagées dans l'accomplissement des services rendus⁴⁸. Il existe dès lors des *surrogacy agencies* telles que COTS (*Childlessness Overcome Through Surrogacy*) qui tiennent des listes de candidats parents d'intentions et candidates mères porteuses et accompagnent les parties dans la rédaction du contrat.⁴⁹ Bien qu'elles ne soient pas des agences commerciales et qu'elles n'assurent pas la mise en place des accords entre couples et mères porteuses, ces agences facilitent tout de même la mise en contact des parties intéressées. Mais pour profiter de cette activité dite sociale, il faut devenir membre de l'organisation. Or, les deux organisations demandent des frais d'inscription qui s'élèvent entre 800 livres sterling (Surrogacy UK) et 850 livres sterling (COTS).⁵⁰

Leur vocation est de mettre en relation des couples avec une femme souhaitant porter un enfant. Elles précisent aux futurs parents qu'il faut s'attendre à rembourser les frais de la mère porteuse, frais qui selon elles s'élèvent entre 7 000 et 15 000 livres sterling (soit entre 8 500 et 17 000 €). Par ailleurs, ces organisations avancent que la majorité des mères porteuses ont comme seule motivation le désir d'aider un couple à avoir un enfant. Cette motivation altruiste est démontrée par des études empiriques. En effet, une étude menée en 2014 a révélé que 59 % des mères porteuses étaient motivées par le seul but d'aider un couple à avoir un enfant ; et 15 % ont précisé qu'elles éprouvaient un plaisir à être

⁴⁸ Art. 54 (8) Human Fertilisation & embryology Act 2008

⁴⁹ G., SCHAMPS, J., SOSSON, et alii, *op.cit* p253

⁵⁰ T., CALLUS, *op.cit*, p.164

enceintes⁵¹. Toutefois, la majorité de ces mères porteuses n'a aucune qualification professionnelle et 41 % d'entre elles ne sont pas salariées⁵². Autrement dit, l'intervention serait plus motivée par des considérations financières.

Même en Angleterre, cependant, la gestation pour autrui payante ne peut avoir lieu que si le couple anglais va à l'étranger.⁵³

3.3 La filiation

La mère porteuse est toujours considérée comme la mère de l'enfant même si elle n'en est pas la mère génétique⁵⁴. Si elle est mariée, son mari est le père, sauf s'il s'est opposé à la gestation pour autrui⁵⁵. Les parents d'intention doivent agir en justice pour obtenir un *parental order* qui permettra aux parents d'être « traités » comme les parents de l'enfant et qui, à l'instar d'une adoption, fera disparaître le lien de filiation existant avec la mère porteuse (et son éventuel mari). Cette procédure particulière est plus rapide qu'une procédure d'adoption et nécessite moins de formalités et de contrôle de la part du juge si les conditions prévues par la loi sont remplies. Mais ces conditions sont plus strictes que celles prévues en matière d'adoption : l'un des membres du couple de parents d'intention doit être le parent biologique de l'enfant ; l'un d'entre

⁵¹ S. IMRIE ET V. JADVA, « The long-term experiences of surrogates: relationships and contact with surrogacy families in genetic and gestational surrogacy arrangements », *Reproductive Medicine Online*, vol. 29, n° 4, 2014, pp. 424-435. La motivation purement altruiste a également été constatée par e. blyth, « I wanted to be interesting. I wanted to be able to say "I've done something interesting with my life": Interviews with surrogate mothers in Britain », *J. REPROD. Infant Psychol.*, vol. 12, n° 3, 1994, pp. 189-198, cité par T., CALLUS, *op.cit.*, p.164

⁵² V. JADVA, C. MURRAY, E. LYCETT, F. MACCALLUM et S. GOLOMBOK, « Surrogacy: the experience of surrogate mothers », *Human Reproduction*, vol. 18, n° 10, 2003, pp. 2196-2204.

⁵³ T., CALLUS, *op.cit.*, p.163

⁵⁴ Art. 33 du Human Fertilization and Embryology Act 2008

⁵⁵ Article 35 du Human Fertilization and Embryology Act 2008.

eux au moins doit être domicilié au Royaume-Uni. La mère porteuse doit avoir été médicalement supervisée dans une institution agréée ; l'enfant doit vivre avec les parents d'intention au moment de la demande, celle-ci devant être formulée dans les six mois qui suivent la naissance de l'enfant. La mère porteuse et, s'il échet, son mari ou partenaire civil, doit exprimer son consentement⁵⁶. Le consentement de la mère porteuse ne peut être émis avant que l'enfant ait six semaines. Enfin, le droit anglais prévoyant expressément que la mère porteuse ne peut avoir reçu que les sommes destinées à couvrir les dépenses raisonnables liées à la grossesse, cette disposition étant interprétée assez largement par la jurisprudence, le juge appréciera la demande en tenant compte de l'intérêt de l'enfant, conformément à l'article 1 du Children Act de 1989.⁵⁷

Après avoir présenté la situation de la GPA dans certains pays de l'Europe notamment la Belgique, la France ainsi que l'Angleterre, venons-en au cas d'un pays africain : la RDC.

4. La GPA en RDC

En République Démocratique du Congo, il n'existe pas un cadre légal en matière de la gestation pour autrui. Peut-on en déduire, comme en Belgique, une autorisation tacite ? À la différence de la Belgique, en RDC il n'y a pas jusque-là un centre médical procédant officiellement à la GPA.

À l'heure actuelle, dans l'hypothèse d'un recours à la GPA réalisé en RDC, sur quelles bases juridiques peut-on établir une filiation ? (III.1) Dans le cadre d'un recours à la GPA à l'étranger par un couple d'intention congolais, comment résoudre le

⁵⁶ G., SCHAMPS, J., SOSSON, et alii, *op.cit* p254

⁵⁷ Art. 1 Children Act de 1989, cite par G., SCHAMPS, J., SOSSON, et alii, *op.cit* p254

problème de la reconnaissance, en RDC, de l'acte de naissance établi à l'étranger ? (III.2.). Quel encadrement le législateur congolais devrait-il adopté en matière de gestation pour autrui ? (III.3).

4.1 La filiation

La question de la filiation doit être appréhendée en deux volets, d'une part l'établissement du lien de filiation maternelle, et, d'autre part, celle du lien paternel.

En droit congolais, la filiation maternelle est établie conformément à l'article 595 du Code de la famille. Selon cette disposition, « la filiation maternelle résulte du seul fait de la naissance... ».⁵⁸ Par conséquent l'enfant né par GPA en RDC aura pour mère légale la mère porteuse et la mère génétique (qui est la mère d'intention) ne pourrait que recourir à l'adoption conformément au titre III⁵⁹ du code de la famille pour prétendre à une éventuelle maternité à l'égard de cet enfant.

En ce qui concerne la filiation paternelle, dans l'hypothèse d'une GPA, le père génétique de l'enfant pourra devenir père légal si le père présumé (mari de la mère porteuse), recourt aux dispositions de l'article 606 ou 607 du code de la famille⁶⁰ pour contester sa paternité. Le premier prévoit la contestation de

⁵⁸ Art. 595 de la Loi n° 16/008 du 15 juillet 2016 modifiant et complétant le Loi n°87-010 du 1^{er} août 1987 portant Code de la Famille.

⁵⁹ Le titre III du code de la famille congolais porte sur l'adoption

⁶⁰ Art. 606 « *La paternité peut être contestée s'il est prouvé que pendant le temps qui a couru depuis les trois centième jour jusqu'au cent quatre-vingtième jour inclusivement avant la naissance de l'enfant, le père était soit pour cause d'éloignement, soit pour toute autre cause établie de façon certaine, dans l'impossibilité physique de procréer* » et 607 « *La paternité peut être aussi contestée lorsque, à la suite de l'inconduite de la mère et de tous autres indices ou faits constants et notoires, la preuve certaine est rapportée que le mari n'est pas le père de l'enfant* » Loi n° 16/008 du 15 juillet 2016 modifiant et complétant le Loi n°87-010 du 1^{er} août 1987 portant Code de la Famille.

paternité en cas d'éloignement du mari pendant le temps qui a couru depuis les trois centièmes jours jusqu'au cent quatre-vingtièmes jours inclusivement avant la naissance de l'enfant, soit pour toute autre cause établie de façon absolue, soit dans l'impossibilité physique d'engendrer.

Le second, en revanche, prévoit la contestation de paternité de suite de l'inconduite de la mère et tous autres indices ou faits constants et notoires, la preuve réelle est rapportée que le mari n'est pas le père biologique de l'enfant.

Retenons, toutefois, que son recours est irrecevable s'il a consenti, par écrit, à une insémination artificielle.⁶¹ Selon l'article 609 du code de la famille, en effet, « *La contestation de paternité n'est pas recevable s'il est établi que l'enfant a été conçu par voie d'insémination artificielle, avec le consentement écrit du mari.* »

4.2. Hypothèses de la reconnaissance de l'acte de naissance étranger

Deux voies peuvent être envisagées dans le cadre de la reconnaissance en RDC d'un acte de naissance étranger d'un enfant né d'une gestation pour autrui, selon que l'acte invoqué provient d'une autorité judiciaire ou d'un officier de l'état civil. :

D'abord, si l'acte de naissance étranger est de l'émanation d'un juge, celui-ci sera considéré comme une décision judiciaire. Il faudra, donc, dans cette hypothèse, faire recours aux dispositions de l'article 119 de loi organique du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire qui prévoit les juridictions compétentes ainsi que

⁶¹ Art. 609 du code de la famille

les conditions que doit réunir une décision judiciaire étrangère avant d'être rendue exécutoire en RDC.⁶²

Ensuite, si l'acte de naissance étranger émane d'un officier de l'état civil ou, du moins, ne fait pas intervenir un juge, celui-ci sera considéré comme un acte public étranger. Pour sa reconnaissance, en RDC, il faudra, donc, recourir à l'art 121 de la loi organique de 2013 précitée. Selon cette disposition,

Les actes authentiques en forme exécutoire qui ont été dressés par une autorité étrangère sont rendus exécutoires en République Démocratique du Congo par les tribunaux de grande instance aux conditions suivantes :

1. Que les dispositions dont l'exécution est poursuivie n'aient rien de contraire à l'ordre public congolais.
2. Que d'après la loi du pays où ils ont été passés, ils réunissent les conditions nécessaires à leur authenticité.

Dans tous les cas, l'acte étranger de naissance ne doit pas être contraire à l'ordre public congolais.

Le recours à la GPA serait-elle contraire ou non, à l'ordre public congolais ? Nous ne savons donner une position tranchée. Tenant compte du fait que le législateur est muet sur cette question et qu'il n'y a pas à ce jour, un cas de jurisprudence en la matière, à notre connaissance.

⁶² Art. 119 « Les décisions des juridictions étrangères sont rendues exécutoires en République Démocratique du Congo, selon le cas, par les tribunaux de grande instance, les tribunaux de commerce et les tribunaux du travail, si elles réunissent les conditions ci-après :

1. qu'elles ne contiennent rien de contraire à l'ordre public congolais ;
2. que, d'après la loi du pays où les décisions ont été rendues ; elles soient passées en force de chose jugée ;
3. que, d'après la même loi, les expéditions produites réunissent les conditions nécessaires à leur authenticité ;
4. que les droits de la défense aient été respectés ;
5. que le Tribunal étranger ne soit pas uniquement compétent en raison de la nationalité du demandeur.»

4.3 Éventuelle réglementation en matière de GPA : prohibition ou autorisation ?

Outre les éléments de principe de l'indisponibilité du corps humain et celui de la non-patrimonialité du corps humain prônés par le législateur français comme principaux soubassements à l'interdiction de la GPA en France, la pratique de la GPA comprend plusieurs autres impacts néfastes surtout pour l'enfant à naître.

L'impact d'un point de vue de l'enfant peut être analysé sur les risques liés à l'abandon et ceux liés au traumatisme moral et psychologique.

À ce propos, l'étude de l'Institut européen de Bioéthique au sujet de l'enfant conçu sous la convention de la GPA démontre qu'avec l'admission de cette méthode de conception, « tout se passe comme si la gestation *in utero* ne faisait pas partie intégrante de la maternité. La GPA s'apparente dès lors à un abandon ».⁶³ Dès sa naissance, l'enfant peut se sentir délaissé de la présence de cette maman qui l'a porté durant neuf mois de gestation. La recherche sensorielle vaine de la personne qu'il s'était habitué à écouter, sera pour lui une expérience négative dont tout enfant est pourtant sensé bénéficier. Le priver de la valeur relationnelle de la grossesse et de l'accouchement constitue une réelle discrimination et apparaît contraire aux droits de l'enfants préconisés dans la loi n° 09/001 du 10 janvier 2009 portant protection de l'enfant⁶⁴ ainsi qu'aux droits

⁶³ Institut européen de Bioéthique, Faut-il légaliser la gestation pour autrui (mères porteuses)?, dossier réalisé par E. MONTERO, disponible sur <https://www.ieb-eib.org/ancien-site/pdf/dossier-20100410-meres-porteuses.pdf>, consulté le 10 juillet 2020.

⁶⁴ À ce sujet l'article 6 de cette loi dispose : « L'intérêt supérieur de l'enfant doit être une préoccupation primordiale dans toutes les décisions et mesures prises à son égard. Par intérêt supérieur de l'enfant, il faut entendre le souci de sauvegarder et de privilégier à tout prix ses droits. Sont pris en considération, avec les besoins moraux, affectifs et physiques de l'enfant, son âge, son état de santé, son milieu familial et les différents aspects relatifs à sa situation » à l'article 17 de la même loi de rajouter : « Tout enfant a droit à un milieu familial, cadre idéal où ses besoins matériels, moraux et affectifs sont pris en compte pour son épanouissement »

fondamentaux de tout être humain. Le risque est grand que l'enfant vienne au monde avec un traumatisme persistant. Il est demandé à la mère porteuse de ne pas s'attacher à l'enfant durant la grossesse, afin de pouvoir s'en détacher immédiatement après la naissance.⁶⁵

En ce qui est des traumatismes, il convient de rappeler que « des études sur le fœtus ont démontré l'existence de liens entre la mère et l'enfant à naître dès le début de la grossesse ». ⁶⁶ D'autres études par ailleurs mentionnent des « risques pour la santé des enfants nés de la gestation pour autrui. On manque clairement de recul par rapport à toutes les conséquences potentielles d'une gestation pour autrui ». ⁶⁷

De l'avis de nombreux psychologues, « la relation intra-utérine entre la mère et l'enfant né de la GPA est essentielle au développement et à l'équilibre de l'enfant, adolescent et par la suite jeune adulte. On ajoutera la question du brouillage de la perception de sa filiation, par l'enfant. Une fois l'enfant arrivé à l'âge de raison, grand est le risque qu'il se trouve déchiré face à la pluralité des figures maternelles qui s'offrent à lui. Ne se demandera-t-il pas à bon droit qui est, en définitive, sa mère : la femme qui l'a porté et mis au monde ou la femme du couple commanditaire, devenue juridiquement sa mère ? Parviendra-t-il à surmonter un inévitable conflit intérieur sans effets délétères dans l'élaboration de son identité ? Comment vivra-t-il l'abandon par la femme qui l'a porté et mis au monde ? D'autant qu'à la différence des autres enfants abandonnés, il ne pourra même pas considérer que sa « mère gestatrice » l'a remis à ses parents d'adoption par amour, pour lui

⁶⁵ Institut européen de Bioéthique, *op.cit*

⁶⁶ L. LEMOINE, « Mère porteuses : l'enfant oublié », disponible sur: <https://www.psychologies.com/Famille/Maternite/Desir-d-enfant/Articles-et-Dossiers/Meres-porteuses-l-enfant-oublie> (consulté le 10 juillet 2020).

⁶⁷ *Ibidem*

assurer un avenir meilleur... Il y a là un ressort psychique qui ne pourra jouer. »⁶⁸

Pour notre part, nous pensons à juste titre que le législateur congolais devrait songer à prohiber la gestation pour autrui et pénaliser cette pratique.

Conclusion

Après avoir fait un contour sur la notion de gestation pour autrui ainsi que les aspects commercial et gratuit que peut revêtir la convention de mère porteuse et après avoir fait une lecture sur la question de filiation ainsi la question au tour de la dignité de la personne, venons-en à la conclusion.

Du point de vue belge, au terme des discussions tenues par la commission des affaires institutionnelles du Sénat sur la demande d'établissement d'un rapport d'information concernant l'examen des possibilités de créer un régime légal de coparentalité, nous pouvons retenir ce qui suit⁶⁹ : qu'à l'exception d'une minorité qui s'oppose à la légalisation de la gestation pour autrui, un consensus a été atteint pour interdire la gestation pour autrui « commerciale » et prôner une GPA altruiste. La Belgique tend donc vers un encadrement juridique autorisant la GPA.

Du point de vue français, le législateur ne compte pas de sitôt autoriser la GPA, car les principes de l'indisponibilité du corps humain et celui de non-patrimonialité du corps humain sont repris dans la Constitution. L'ordre public international français est

⁶⁸ Groupe de travail sur la maternité pour autrui, par M. ANDRE, A. MILON et H. RICHEMONT, Sénat, sess. ord. 2007-2008, n° 421, annexe au procès-verbal de la séance du 25 juin 2008, p. 60. 20 P.-O. ARDUIN, « Les partisans des mères porteuses ne désarment pas », www.libertepolitique.com. 21 Ibid. 22 La Croix, 26 juin 2008. Avril 2010, mentionné par <https://www.senat.fr/notice-rapport/2007/r07-421-notice.html>, consulté le 10 juillet 2020.

⁶⁹ Sénat de Belgique, Rapport d'information n° 6-98/2, précité, p. 257

totalemment contre ce procédé. Le modèle français peut ainsi inspirer les États voulant prohiber la GPA.

Du point de vue anglais, bien que les conditions d'accès à la GPA soient exigeantes, notre plaidoyer tant vers un durcissement de celles-ci afin d'éviter toute dérive qui résulterait de l'autorisation de la pratique de la GPA en Angleterre.

Quant à la RDC, nous continuons à plaider pour la prohibition de la GPA pour les raisons notamment de dignité de l'être humain et de la protection de l'enfant. Du point de vue de la mère porteuse, la GPA ne respecte guère la dignité de l'être humain, qu'il s'agisse d'une GPA altruiste ou commerciale. L'enfant à naître de ce procédé encourt également une panoplie de risques qui ne faciliterait pas son épanouissement dans la société.

Ainsi, afin d'éviter tout abus qui peut en découler du fait du silence de la loi, il est souhaitable que le législateur congolais légifère en matière de la GPA tout en tenant compte de l'ensemble des aspects liés à cette pratique dont nous en avons élucidé certains dans cet article.

Bibliographie

Législation

Code civil belge du 21 mars 1804 In *Moniteur Belge.*, 14 mai 2019.

Code civil français 16 juillet 2004.

Loi portant le Code de droit international privé In *Moniteur Belge*, 7 août 2020

Human Fertilisation & embryology Act 2008 – Legislation.gov.uk

Loi n° 16/008 du 15 juillet 2016 modifiant et complétant la Loi n°87-010 du 1^{er} août 1987 portant Code de la Famille de la RDC in *Journal Officiel de la RDC*, N° spécial, Kinshasa, 2016.

Loi n° 09/001 du 10 janvier 2009 portant protection de l'enfant in *Journal Officiel de la RDC*, N° spécial, Kinshasa, 2009.

Loi organique n° 13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire in *Journal Officiel de la RDC*, N° spécial, Kinshasa, 2013.

Surrogacy Arrangements Act de 1985 – Legislation.gov.uk

Jurisprudence

Cass., ass. plén., 31 mai 1991, J.C.P., 1991, II, p. 21752, concl. H. Dontenwille, obs. F. Terré, D., 1991,

C.A Liège (1^{re} ch.) n° 2010/RQ/20, 6 septembre 2010

Cour eur. D.H., Mennesson c. France et Labassee c. France, 26 avril 2014

Ouvrages

CALLUS, T., et Alii, *Le principe de non-patrimonialité du corps humain*, Bruyant, Bruxelles, 2017.

MASSAGER, N. *Les droits de l'enfant à naître. Le statut juridique de l'enfant à naître et l'influence des techniques de procréation médicalement assistée sur le droit de la filiation*. Etude de droit civil, Bruylant, Bruxelles, 1997

MAYER, P., HEUZE., V et, REMY, B *Droit international privé*, 12^e éd., L.G.D.J, Paris, 2019

MEHL, D., *Les lois de l'enfantement : Procréation et politique en France (1982-2011)*, Ed. Presses de Science Po, Paris, 2011

SAROLEA, S. et alii, *Le droit des relations familiales internationales à la croisée des chemins*, Bruyant, Bruxelles, 2016,

SCHAMPS, G. et alii *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?* Bruyant, Bruxelles

Articles

Comité consultatif de bioéthique, *avis n°30 du 05 juillet 2004 relatif à la gestation pour autrui (mères porteuses)*, pp. 1-36, disponible sur : [Comité consultatif de Bioéthique \(belgium.be\)](http://www.comite-bioethique.be) consulté le 10 juillet 2020.

Doctissimo : GPA : la législation au Royaume-Uni, disponible sur <https://www.doctissimo.fr/html/grossesse/dossiers/meres->

[porteuses/articles/12360-mere-porteuse-legislation-royaume-uni.htm](#), consulté le 31 août 2020

FEUILLET-LIGER, B., et ORFALI, K., La réalité de deux principes de protection du corps dans le cadre de la biomédecine : La dignité et la non-patrimonialité Etude internationale et pluridisciplinaire [Rapport de recherche] Mission de recherche Droit et Justice. 2016, pp. 1-107, disponible sur <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01592855>, consulté le 30 août 2020

Groupe de travail sur la maternité pour autrui, par M. ANDRE, A. MILON et H. RICHEMONT, Sénat, sess. ord. 2007-2008, n° 421, annexe au procès-verbal de la séance du 25 juin 2008, pp. 1-107, P.-O. ARDUIN, « Les partisans des mères porteuses ne désarment pas », www.libertepolitique.com. 21 Ibid. 22 La Croix, 26 juin 2008. Avril 2010, mentionné par <https://www.senat.fr/notice-rapport/2007/r07-421-notice.html>, consulté le 10 juillet 2020.

MONTERO E., Faut-il légaliser la gestation pour autrui (mères porteuses)?, dossier de l'Institut européen de Bioéthique, pp. 1-13,, disponible sur <https://www.ieb-eib.org/ancien-site/pdf/dossier-20100410-meres-porteuses.pdf>, consulté le 10 juillet 2020.

Rapport d'information concernant l'examen des possibilités de créer un régime légal de coparentalité n°6-98/26, 4 DÉCEMBRE 2015, Sénat Belgique, , pp. 1-293, disponible sur [webdriver \(senate.be\)](http://webdriver.senate.be) consulté le 11 juillet 2020

VAN BUNNEN, L., « La gestation pour autrui et les droits de l'homme », *R.C.J.B.*, 2015/1, pp. 32-54

Travaux

JEAUNEAU, A. L'ordre public en droit national et en droit de l'union européenne. Essai de systématisation, Thèse pour le Doctorat en droit, faculté de Sciences économiques et de gestion – Sciences humaines – Sciences juridiques et politiques, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2015.