



**OBSERVATIONS EN TIERCE INTERVENTION**  
**soumises à la**

**Cour européenne des droits de l'homme**

**dans l'affaire**

**D. et R. c. Belgique (req. 29176/13)**

Strasbourg, le 30 janvier 2014

Grégor Puppinck, Directeur de l'ECLJ

Claire de La Hougue, Avocate

L'ECLJ estime que c'est la GPA qui est en elle-même contraire aux droits des enfants et des parents payés pour concevoir et abandonner leur enfant : elle leur impose un traitement inhumain et dégradant et viole leur droit au respect de la vie familiale.

L'ECLJ estime que le couple requérant, commanditaire de l'enfant, ne peut se prévaloir des conséquences d'une situation qu'il a lui-même provoquée en violation de la loi nationale et du droit international, y compris de la Convention. Leur requête doit donc être rejetée au titre de l'article 17 de la Convention. Seul un rejet de cette requête, comme constitutive d'un abus de droit, peut contribuer à lutter contre cette pratique et à renforcer la protection des enfants et des femmes employées à les produire et à les abandonner.

### ***La GPA : une violation de la dignité humaine***

Les requérants ont décidé d'avoir recours à une mère porteuse. Dans le contrat de gestation pour autrui, il y a pour la femme une obligation de faire (porter l'enfant) et une obligation de donner (le remettre à autrui). L'objet du contrat est donc l'enfant, qui est traité comme une marchandise. La femme, quant à elle, est utilisée par les mandataires comme une machine permettant le développement d'un fœtus, c'est-à-dire comme un incubateur. Ni la femme ni l'enfant ne sont traités comme des personnes humaines, ils sont traités comme des objets. Ceci est manifestement contraire à la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine, pour reprendre les termes du préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Traiter une personne comme un objet est la caractéristique de l'esclavage. Dans un contrat de gestation pour autrui, la femme loue son corps. Louer son corps est la caractéristique de la prostitution.

La Cour a jugé « *la prostitution incompatible avec les droits et la dignité de la personne humaine dès lors qu'elle est contrainte* », alors même « *qu'il n'y a pas de consensus européen quant à la qualification de la prostitution en elle-même au regard de l'article 3* »<sup>1</sup>. Elle a aussi étendu le champ de l'article 4 à « *la traite des êtres humains* » qui « *menace la dignité humaine et les libertés fondamentales des personnes qui en sont victimes* »<sup>2</sup>. Les États parties ont l'obligation positive de prévenir le trafic des êtres humains sur leur territoire. Peut-on réellement croire que c'est librement et volontairement qu'une femme tombe enceinte en vue d'abandonner son enfant contre rémunération ? Si ce n'est pas librement, c'est donc une grossesse forcée. Le « tourisme procréatif », pas plus que l'évasion fiscale et le tourisme sexuel, ne devrait bénéficier de la protection de la Convention.

La gestation pour autrui est donc en elle-même contraire à la dignité tant de la mère porteuse que de l'enfant. Elle est également incompatible avec de nombreux traités de droit international concernant en particulier l'adoption internationale, la traite des personnes, les droits des femmes et ceux des enfants.

Les requérants sont allés à l'étranger pour obtenir ce qu'ils ne pouvaient avoir chez eux, un enfant dont l'état civil a été falsifié, ce qui constitue une fraude manifeste, or c'est un principe fondamental en droit que la fraude corrompt tout. Ils ont violé délibérément la loi de leur pays dans plusieurs domaines. Ils se plaignent ensuite de la situation dans laquelle ils se sont mis eux-mêmes – et ont placé l'enfant – contrairement à l'adage *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Aucun droit ni effet juridique ne doit donc être directement issu de ces agissements.

---

<sup>1</sup> **V.F. c. France, 29 novembre 2011,**

<sup>2</sup> *Rantsev c. Chypre et Russie*, n° 25965/04, 7 janvier 2010

### ***Un abus de droit***

La Cour ne peut pas laisser instrumentaliser la Convention par des gens qui veulent l'utiliser pour valider des actes contraires à la dignité humaine, même si, avec un aveuglement plus ou moins conscient, ils ont de bonnes intentions. Traiter une femme comme une machine utilisée quelques mois puis oubliée, traiter un enfant comme une marchandise que l'on peut acheter chez les plus pauvres parce que « l'offre » est insuffisante à domicile, puis s'abriter derrière la Convention est inacceptable et contraire à l'article 17 selon lequel « *Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention* ».

Contrairement à la plupart des pays européens, notamment la France et l'Italie qui ont également des affaires pendantes devant la Cour, la Belgique n'interdit pas complètement la gestation pour autrui. Elle ne l'autorise pas expressément, laissant les hôpitaux et cliniques agir selon leurs règles déontologiques, mais en encadre les conséquences. La gestation pour autrui est tolérée en Belgique en cas d'infertilité médicale, à condition qu'il existe un lien génétique entre les « parents intentionnels » et l'enfant. La filiation est établie en utilisant la procédure de la reconnaissance ou l'adoption par le « père mandataire » et l'adoption par son épouse. En outre, la gestation pour autrui ne doit pas être à but lucratif. Les contrats ne sont pas exécutoires, donc la mère porteuse ne peut être obligée de donner l'enfant si elle souhaite le garder. Le but est de respecter le plus possible le droit de l'enfant de préserver son identité et de le protéger contre les trafics.

En l'espèce, les requérants n'ont pas respecté la loi de leur pays, pourtant déjà très libérale. Leurs agissements contrevenaient également au droit international.

### ***Absence de droit à la protection au titre de la « vie familiale »***

Le droit au respect d'une vie familiale « présuppose l'existence d'une famille »<sup>3</sup> et ne protège pas le simple désir de fonder une famille ou d'adopter un enfant. Le droit à l'adoption ne figure pas en tant que tel au nombre des droits garantis par la Convention<sup>4</sup> et l'article 8 n'oblige pas les États à accorder à une personne le statut d'adoptant ou d'adopté<sup>5</sup>.

Même si « *l'institution de la famille n'est pas figée, que ce soit au plan historique, sociologique ou encore juridique* »<sup>6</sup> et qu'il faut tenir compte « *de l'évolution de la société* » notamment « *dans la manière de percevoir les questions de société, d'état civil* » on ne saurait en déduire que toute évolution est nécessairement compatible avec les droits de l'homme<sup>7</sup>.

La Cour peut refuser d'accorder la protection de la vie familiale au couple de requérant et à l'enfant, même à supposer que l'enfant ait un lien biologique avec Monsieur D., tout comme elle l'a refusé à la famille *Stübing*. Dans l'affaire *Stübing c/ Allemagne* était pourtant en cause une véritable famille biologique, mais dont les enfants ont été conçus en fraude à la loi, de l'union d'un frère et de sa sœur. La Cour avait noté un large consensus européen condamnant les relations incestueuses<sup>8</sup>.

Dans les affaires de GPA, il serait décevant que la Cour choisisse de se fonder seulement sur « l'absence de consensus » pour rejeter la demande des requérants, car cela impliquerait de sa part l'acceptation de la GPA telle qu'elle a été pratiquée en l'espèce, et même en général.

---

<sup>3</sup> *Marckx c. Belgique*, n° 6833/74, 13.06.1979, §31

<sup>4</sup> *Emonet et autres c. Suisse*, n° 39051/03 du 13 décembre 2007

<sup>5</sup> *Lazzaro c. Italie* (déc.), n° 31924/96 du 10 juillet 1997

<sup>6</sup> *Mazurek c. France*, 1<sup>er</sup> févr. 2000, § 52

<sup>7</sup> *Vallianatos c. Grèce*, 7 nov. 2013, n° 29381/09 et 32684/09, § 84.

<sup>8</sup> *Stübing c. Allemagne*, 12 avr. 2012, n° 43547/08, § 61

### ***Absence d'infertilité médicale***

M. D. et Mme R. étaient âgés respectivement de 53 et 45 ans lorsqu'ils ont eu recours à une mère porteuse. Ils auraient pu être de jeunes grands-parents. Mme R. atteignait l'âge de la ménopause donc ne pouvait plus être considérée comme en âge de procréer. A cet âge, l'infertilité n'est pas pathologique. S'il arrive exceptionnellement qu'un enfant naisse naturellement de parents de cet âge, ils n'ont plus accès à la procréation médicalement assistée ni à l'adoption d'un nourrisson car les difficultés à l'adolescence sont souvent majorées si la différence d'âge est trop importante et la probabilité pour l'enfant d'avoir des parents malades ou invalides voire de se trouver orphelin est démultipliée. La convention du Conseil de l'Europe en matière d'adoption des enfants (révisée) précise à l'article 9 : « *Il doit exister une différence d'âge appropriée entre l'adoptant et l'enfant, eu égard à l'intérêt supérieur de l'enfant* ». Même si cette disposition vise d'abord l'âge minimum de l'adoptant, il n'y a aucune raison de ne pas l'appliquer s'agissant d'un âge maximum.

Les quatre affaires de gestation pour autrui soumises à la Cour (*Mennesson et Labessee c. France, Paradiso c. Italie et D. et R. c. Belgique*) impliquent des femmes de plus de 45 ans à la naissance des enfants. Des gestations pour autrui largement médiatisées (par exemple Elton John qui a obtenu deux enfants par mère porteuse alors qu'il était âgé de 63 et 65 ans) comme de nombreuses études<sup>9</sup> montrent que l'âge moyen des commanditaires est élevé. Des personnes recourent donc à une mère porteuse parce que leur âge ou leur mode de vie les rend infertiles, sans aucune raison pathologique, voire pour ne pas avoir à supporter les inconvénients d'une grossesse, compromettre leur carrière ou sa silhouette<sup>10</sup>. Ceci revient à revendiquer un droit à l'enfant, ce qui est radicalement incompatible avec les valeurs du Conseil de l'Europe. L'Assemblée parlementaire a plusieurs fois rappelé avec force qu'il ne saurait exister un droit à l'enfant (par exemple, Rec 1443 (2000), Res 1828 (2008)) et la Cour ne saurait valider une telle pratique.

### ***Une filiation génétique non établie***

En droit belge, comme dans la plupart des pays, la maternité découle de l'accouchement. La filiation ne pouvait donc être établie à l'égard de la requérante qu'à travers un jugement d'adoption. Aucune indication n'est donnée sur ce point, mais ce serait sans aucun doute précisé si l'enfant avait été conçu avec les gamètes de la requérante. Il semble en conséquence qu'il provienne d'une donneuse, voire de la mère porteuse. Il n'existe aucun lien génétique entre la requérante et l'enfant. La paternité est légalement établie par présomption pour l'époux de la femme qui accouche, ou par reconnaissance s'ils ne sont pas mariés. En l'espèce, aucune information n'avait été communiquée concernant la méthode de procréation, donc sur l'identité des parents biologiques de l'enfant A. Le requérant n'a pas établi être le père biologique de l'enfant. Les autorités belges étaient donc plus que fondées à émettre des doutes sur la réalité de la paternité biologique du requérant. La filiation n'étant établie ni à l'égard de la requérante ni même à l'égard de son mari, les autorités belges devaient se montrer extrêmement vigilantes car il pouvait s'agir non pas d'une gestation pour autrui – qui

---

<sup>9</sup> E. Blyth, 'Not a Primrose Path': *Commissioning Parents' Experiences of Surrogacy Arrangements in Britain*, 13 J. REPROD. & INFANT PSYCHOL. 185, 187 (1995); R.J. Edelman, *Surrogacy: the Psychological Issues*, 22 J. REPROD. & INFANT PSYCHOL. 123, 126 (2004); Olga van den Akker, *A Longitudinal Pre-Pregnancy to Post-Delivery Comparison of Genetic and Gestational Surrogate and Intended Mothers: Confidence and Genealogy*, 26 J. PSYCHOSOMATIC OBSTETRICS & GYNECOLOGY 277, 281 (2005) (confirming basic inequalities between surrogates and contracting mothers on most sociodemographic variables). Olga van den Akker, *The Importance of a Genetic Link in Mothers Commissioning a Surrogate Baby in the UK*, 15 HUMAN REPROD. 1849, 1849 (2000); Jon Bernardes, *Responsibilities in Studying Postmodern Families*, 14 J. FAM. ISSUES 35 (1993).

<sup>10</sup> 10 % des cas selon Egg Donation and Surrogacy Program, basé à Los Angeles  
<http://www.ewtn.com/vnews/getstory.asp?number=17113>

nécessite un lien génétique – mais d’une adoption illégale ou autre forme de trafic d’enfant. La Belgique est membre de la Commission internationale de l’état civil qui a publié en 1996 et 2000 une étude sur la fraude en matière d’état civil<sup>11</sup>. Elle souligne que des actes de naissance falsifiés et la reconnaissance sont utilisés pour dissimuler des gestations pour autrui et des adoptions illégales. La lutte contre la fraude implique la vérification du fait déclaré et de l’authenticité du contenu de l’acte étranger. Les autorités belges ont donc agi conformément à leurs obligations internationales.

### ***La lutte contre la traite des êtres humains***

Les requérants n’ont pas respecté le droit national relatif à l’établissement de la filiation. En outre, sans attendre la décision de la justice, ils ont tenté de faire sortir l’enfant du territoire Ukrainien et de le faire entrer sur le territoire belge sans titre, en présentant un acte étranger dont ils savaient que certaines mentions étaient fausses. Ils voulaient placer leur pays devant le fait accompli, rendant ensuite très difficile le refus de reconnaître la filiation. Les documents de voyage ont pour but non seulement de permettre à un Etat de contrôler l’accès à son territoire mais aussi de lutter contre la traite des êtres humains, en particulier des femmes et des enfants, or la traite est parfois dissimulée sous des apparences d’adoption internationale ou de gestation pour autrui, comme l’a souligné l’Assemblée parlementaire du Conseil de l’Europe dans sa résolution 1909 (2012) :

*« L’Assemblée s’inquiète des rapports qui continuent de faire état de cas d’adoption internationale qui, à l’évidence, n’ont pas respecté en priorité l’intérêt supérieur de l’enfant ou ont gravement bafoué ses droits humains. Ainsi certains enfants deviennent les victimes de pratiques de «blanchiment d’enfant», se traduisant par l’enlèvement et la vente d’enfants, la contrainte ou la manipulation des parents biologiques et de leur milieu familial, la falsification de documents et la corruption ».*

Selon l’article 7 de la convention du Conseil de l’Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains<sup>12</sup>,

*« les Parties renforcent, dans la mesure du possible, les contrôles aux frontières nécessaires pour prévenir et détecter la traite des êtres humains. (...) Lorsqu’il y a lieu, et sans préjudice des conventions internationales applicables, ces mesures consistent notamment à prévoir l’obligation pour les transporteurs commerciaux, y compris toute compagnie de transport ou tout propriétaire ou exploitant d’un quelconque moyen de transport, de vérifier que tous les passagers sont en possession des documents de voyage requis pour l’entrée dans l’Etat d’accueil ».*

Compte tenu de l’enjeu des documents de voyage pour la protection des personnes, il ne peut être question de les délivrer à la légère lorsque, comme en l’espèce, il existe un doute sérieux sur la véracité des documents présentés, en l’occurrence l’acte de naissance ukrainien. Là encore, les autorités belges ne pouvaient faire autrement que de respecter leurs engagements internationaux. Il fallait attendre une décision de justice or celle-ci a été rendue en appel quatre mois et douze jours après la saisine du juge des référés. Compte tenu de la complexité de la question, ce délai ne peut être considéré comme excessif ni comme privant le recours d’effectivité.

La séparation entre les requérants et l’enfant était due à l’expiration du titre de séjour des requérants en Ukraine et au fait qu’ils s’étaient placés volontairement dans une situation non conforme à la loi de leur pays. Etant due avant tout à la faute des requérants, la séparation ne

---

<sup>11</sup> <http://ciec1.org/Etudes/Fraude/FraudeFr.pdf>

<sup>12</sup> Semblable à l’article 11 du Protocole additionnel à la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants

peut être considérée comme un mauvais traitement infligé par l'Etat. Les requérants ne peuvent se prévaloir de droits qui seraient nés de leur violation de la loi. D'ailleurs, ils auraient sans doute pu retourner en Ukraine avec un nouveau titre de séjour. En outre, les autorités poursuivaient un but légitime, celui de lutter contre la fraude à l'état civil et la traite des personnes, ainsi que de protéger l'intérêt de l'enfant de ne pas être arraché à son pays d'origine sans garantie.

### ***La rémunération***

La rémunération d'une gestation pour autrui est interdite en Belgique précisément pour protéger les femmes vulnérables de l'exploitation et les enfants de la marchandisation.

Les requérants ont eu recours à une mère porteuse en Ukraine. Bien que l'exposé des faits ne le précise pas, il est évident que la mère porteuse était rémunérée, et donc que l'enfant lui a été acheté.

Comme pour la prostitution, si quelques rares femmes peuvent être réellement volontaires, la majorité sont obligées de se soumettre à la gestation pour autrui, qu'elles soient victimes de traite des femmes ou simplement contraintes par la nécessité économique. Des mères de familles acceptent de porter un bébé pour d'autres afin de nourrir leurs propres enfants et leur permettre d'aller à l'école. Leur consentement est donc foncièrement vicié. D'ailleurs, même lorsqu'une mère porteuse est « bénévole », il est fréquent que le défraiement soit élevé et sans rapport avec les dépenses effectuées par la mère porteuse, donc qu'il constitue une rémunération déguisée, ou que la mère soit en réalité soumise à un chantage affectif, voire à des promesses ou des menaces. C'est déjà le cas en ce qui concerne le don d'ovules en France, comme le souligne le rapport de l'IGAS de mars 2011<sup>13</sup>. La situation économique difficile de l'Ukraine est propice aux pressions de toutes sortes sur les femmes vulnérables. Il ne faut pas non plus minimiser le rôle du crime organisé, actif notamment dans la traite des femmes et la prostitution, et qui étend ses activités vers le tourisme reproductif.

Dans les pays où la gestation pour autrui commerciale n'est pas interdite, de nombreuses cliniques ou agences tirent de la souffrance des couples en mal d'enfant et de la détresse de femmes vulnérables des profits juteux. Ces intermédiaires n'ont aucun scrupule à traiter les femmes comme des machines reproductives et les enfants comme des marchandises avec choix des options. Aux Etats-Unis, mères porteuses et donneuses d'ovocytes sont choisies par les « parents intentionnels » sur des catalogues avec photo, après un processus de sélection extrêmement intrusif : critères physiques notamment taille, poids, couleur des yeux, origine ethnique et antécédents médicaux, mais aussi niveau d'étude, profession, capacités artistiques ou sportives, religion, vie sexuelle, antécédents judiciaires, le tout concernant non seulement la candidate mère porteuse ou donneuse, mais aussi sa famille élargie. Ailleurs, les femmes sont sélectionnées selon des critères de beauté, d'obéissance et de dépendance économique. Pour les donneuses d'ovocytes, des cliniques affichent sans vergogne des tarifs trois fois supérieurs si la donneuse est blanche que si elle est « de couleur ». En Asie, les mères porteuses sont souvent séparées de leur famille pendant toute la grossesse sous prétexte d'être bien nourries et traitées. Certains réseaux mafieux les recrutent dans les villages comme les prostituées : promesse d'un emploi, viol, retrait du passeport et enfermement loin de chez elles.

### ***L'exploitation des femmes***

A des degrés de gravité divers, la gestation pour autrui est une forme d'exploitation de femmes jeunes et pauvres obligées de louer leur corps au profit de « parents intentionnels »

---

<sup>13</sup> Etat des lieux et perspectives du don d'ovocytes en France, Février 2011, Documentation française, p. 25  
<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/114000113/0000.pdf>

riches et âgés. Pourtant, selon l'article 6 de la Convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination contre les femmes

*« Les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées, y compris des dispositions législatives, pour réprimer, sous toutes leurs formes, le trafic des femmes et l'exploitation de la prostitution des femmes ».*

Certaines situations entrent même dans la définition de la traite des femmes selon l'article 4 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains et l'article 3 du Protocole additionnel à la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants. Ces textes précisent que le consentement de la victime est indifférent.

En Belgique, comme d'ailleurs au Royaume-Uni, les contrats de gestation pour autrui ne sont pas exécutoires, ce qui signifie que la mère porteuse, si elle change d'avis, ne peut être contrainte de remettre l'enfant aux mandataires, même si ceux-ci sont les parents génétiques de l'enfant, en vertu de la règle fondamentale selon laquelle la mère est celle qui accouche. Le consentement définitif de la mère porteuse n'est donné qu'après la naissance, conformément aux dispositions relatives à l'adoption (article 4-4 de la Convention de La Haye et article 5-5 de la Convention du Conseil de l'Europe en matière d'adoption des enfants, qui exige un délai minimum de six semaines). Au Royaume-Uni, le *parental order* ne peut être rendu moins de six semaines après la naissance, et en Belgique le jugement d'adoption après une gestation pour autrui est prononcé au plus tôt deux mois après la naissance. En Ukraine au contraire, l'enfant est considéré comme « appartenant » légalement aux parents mandataires à partir du moment de la conception et leurs noms sont directement inscrits sur le certificat de naissance. La mère porteuse donne son consentement d'avance, elle ne peut garder l'enfant, elle ne bénéficie d'aucune protection.

### ***Le trafic d'enfants***

Tant la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale (article 4) que la Convention européenne en matière d'adoption des enfants révisée (article 5) exigent notamment que le consentement des parents n'ait pas été obtenu moyennant paiement ou contrepartie d'aucune sorte et que le consentement de la mère ait été donné seulement après la naissance de l'enfant. En outre, le droit international relatif à l'adoption interdit les contacts entre familles adoptive et biologique jusqu'à ce que ce consentement ait été donné, donc après la naissance (art. 29 Convention de La Haye). La Convention de La Haye (article 32) et la Convention européenne en matière d'adoption des enfants (révisée) article 17 précisent :

*« Nul ne peut tirer indûment un gain financier ou autre d'une activité en relation avec l'adoption d'un enfant ».*

La Convention relative aux droits de l'enfant indique à l'article 21 d) que les Etats

*« Prennent toutes les mesures appropriées pour veiller à ce que, en cas d'adoption à l'étranger, le placement de l'enfant ne se traduise pas par un profit matériel indu pour les personnes qui en sont responsables ».*

Le but de ces conventions est, comme l'affirme l'article 1 de la Convention de La Haye,

*« a) d'établir des garanties pour que les adoptions internationales aient lieu dans l'intérêt supérieur de l'enfant et dans le respect des droits fondamentaux qui lui sont reconnus en droit international ; b) d'instaurer un système de coopération entre les Etats contractants pour assurer le respect de ces garanties et prévenir ainsi l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants ».*

Toutes ces dispositions sont violées par la gestation pour autrui.

Dans sa Recommandation 1443(2000), l'Assemblée s'est élevée avec force contre les dérives entourant l'adoption, qui s'appliquent également à la gestation pour autrui :

*« Aussi l'Assemblée s'insurge-t-elle contre la transformation actuelle de l'adoption internationale en un véritable marché régi par les lois capitalistes de l'offre et de la demande, et caractérisé par le flux à sens unique des enfants qui viennent des pays pauvres ou en transition vers les pays développés. Elle condamne fermement tous les actes criminels commis aux fins de l'adoption ainsi que les dérives et pratiques mercantiles telles que les pressions psychologiques ou d'ordre économique sur des familles vulnérables, l'adoption directe auprès des familles, la conception d'enfants aux fins d'adoption, les fausses déclarations de paternité, ainsi que l'adoption d'enfants via l'Internet ».*

### ***L'atteinte à l'identité de l'enfant***

L'article 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant indique que *« Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, (...) l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale »*, or, manifestement, le souci qu'ont eu le couple requérant de l'intérêt de cet enfant, conçu dans le but d'être enlevé à sa mère contre rémunération et placé dans une situation juridique complexe, semble avoir été tout à fait secondaire.

La Convention relative aux droits de l'enfant stipule que *« Les Etats parties s'engagent à respecter le droit de l'enfant de préserver son identité »* (Article 8), or la filiation est une part essentielle de l'identité. Elle précise que l'enfant a *« dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux »* (article 7). Comment identifier les parents de cet enfant né d'une gestation pour autrui ? Il a trois mères : une mère génétique (donneuse d'ovocyte), une mère « gestatrice » et une mère « sociale » ou « intentionnelle ». Il a aussi au moins deux pères, le mari de la mère « gestatrice » en vertu de la présomption de paternité, le père « intentionnel », voire un troisième, le père génétique donneur anonyme si le requérant n'est pas le père biologique. Cinq ou six adultes peuvent revendiquer la qualité de parents de cet enfant. En quoi cela correspond-il à son intérêt supérieur ? Cette situation est entièrement due à la volonté des requérants.

Lorsqu'un jugement d'adoption est prononcé, la filiation d'origine est privée d'effet mais n'est pas supprimée. Il est possible à l'adopté d'y avoir accès sous certaines conditions, et les services de l'état civil consultent la filiation d'origine pour vérifier par exemple qu'il n'y a pas d'empêchement au mariage. Au contraire, dans le cas d'une gestation pour autrui en Ukraine, les noms des mandataires sont directement inscrits sur le certificat de naissance à la place des parents, sans que la gestation pour autrui soit mentionnée. La filiation d'origine est niée. L'état civil de l'enfant est définitivement altéré sans qu'il en reste aucune trace et l'enfant n'a aucun moyen de savoir d'où il provient.

La Cour affirme que l'article 8 protège un droit à l'identité et à l'épanouissement personnel. Elle a précisé dans l'affaire *Odièvre c. France* (req. 42326/98 du 13 février 2003 § 29) :

*« A cet épanouissement contribuent l'établissement des détails de son identité d'être humain et l'intérêt vital, protégé par la Convention, à obtenir des informations nécessaires à la découverte de la vérité concernant un aspect important de son identité personnelle, par exemple l'identité de ses géniteurs ».*

Selon l'article 30 de la Convention de La Haye,

*« 1. Les autorités compétentes d'un Etat contractant veillent à conserver les informations qu'elles détiennent sur les origines de l'enfant, notamment celles relatives à l'identité de sa mère et de son père, ainsi que les données sur le passé médical de l'enfant et de sa famille. 2. Elles assurent l'accès de l'enfant ou de son représentant à ces informations, avec les conseils appropriés, dans la mesure permise par la loi de leur Etat ».*



Une obligation similaire est prévue à l'article 22 de la Convention du Conseil de l'Europe sur l'adoption des enfants (révisée). En l'espèce, ni les autorités ukrainiennes ni les autorités belges ne conservent d'informations sur les origines de l'enfant.

La production de faux certificats de naissance par les autorités ukrainiennes devrait être mise en cause. Même si l'Ukraine n'est pas membre de la Commission internationale de l'état civil, cet Etat est néanmoins tenu de respecter la Convention et les autres normes de droit international, dont la Convention relative aux droits de l'enfant. Au titre de cette Convention, les autorités doivent enregistrer les enfants dès la naissance (art.7). Cette obligation devrait être appliquée de bonne foi, les données personnelles enregistrées doivent être conformes à la réalité, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Les requérants sont allés en Ukraine pour obtenir un enfant délibérément privé du droit connaître son identité, afin de satisfaire leur désir d'enfant. Le but n'est pas l'intérêt de l'enfant mais uniquement celui des adultes. Dans la Recommandation 1828 (2008)

*« L'Assemblée parlementaire rappelle tout d'abord sa Recommandation 1443 (2000) «Pour un respect des droits de l'enfant dans l'adoption internationale», selon laquelle l'adoption internationale devrait constituer la toute dernière option. Elle rappelle également que tout enfant a des droits et que l'adoption internationale doit lui permettre de trouver une mère et un père dans le respect de ses droits et non permettre aux parents étrangers de satisfaire à tout prix un désir d'enfant. L'Assemblée réitère ainsi le principe selon lequel il ne doit pas exister un droit à l'enfant ».*

Toutes les conventions traitant de l'adoption (Convention relative aux droits de l'enfant, Convention de La Haye, Convention du Conseil de l'Europe) insistent sur le fait que l'adoption internationale n'est qu'un dernier recours subsidiaire, le maintien dans le pays d'origine devant être privilégié dans l'intérêt de l'enfant. L'Assemblée parlementaire l'a encore rappelé dans sa Résolution 1909 (2012). La gestation pour autrui internationale heurte frontalement ce principe car elle est par définition dans l'intérêt des adultes et non dans l'intérêt des enfants.

### ***La vente d'enfants***

Les requérants ont obtenu d'une femme qu'elle porte un enfant et le leur remette, moyennant rémunération. La gestation pour autrui à but lucratif, et dans beaucoup de cas la gestation pour autrui non-commerciale, est un contrat par lequel un enfant est transféré de la mère porteuse aux parents contractants contre une rémunération ou un autre avantage or, selon l'article 2a) du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants :

*« On entend par vente d'enfants tout acte ou toute transaction en vertu desquels un enfant est remis par toute personne ou tout groupe de personnes à une autre personne ou un autre groupe contre rémunération ou tout autre avantage ».*

La gestation pour autrui entre donc clairement dans le cadre de la vente et la traite des enfants prohibée par le droit international. Puisqu'il s'agit d'une vente, les attributs du droit de propriété s'exercent sur les enfants objets de gestation pour autrui or, selon la Convention de Genève du 25 septembre 1926, « L'esclavage est l'état ou condition d'un individu sur lequel s'exercent les attributs du droit de propriété ou certains d'entre eux ». La Convention de 1956 ajoute : « et l'«esclave» est l'individu qui a ce statut ou cette condition ». Même s'il est évident que les requérants n'ont jamais eu l'intention de traiter l'enfant comme un esclave, ce rapprochement est révélateur de l'atteinte à la dignité humaine intrinsèque à la gestation pour autrui et des dérives qu'elle peut entraîner.

L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe s'est à plusieurs reprises alarmée des trafics d'enfants en provenance de pays pauvres. Même si elle considérait en premier lieu l'adoption, les autres formes de trafic d'enfants son concernés. Dans sa Résolution 1909 (2012), elle déclarait :

*« L'Assemblée s'inquiète des rapports qui continuent de faire état de cas d'adoption internationale qui, à l'évidence, n'ont pas respecté en priorité l'intérêt supérieur de l'enfant ou ont gravement bafoué ses droits humains. Ainsi certains enfants deviennent les victimes de pratiques de «blanchiment d'enfant», se traduisant par l'enlèvement et la vente d'enfants, la contrainte ou la manipulation des parents biologiques et de leur milieu familial, la falsification de documents et la corruption. Aussi les pays d'origine et d'accueil concernés par l'adoption internationale doivent-ils, l'un comme l'autre, se montrer à la hauteur de leurs responsabilités pour empêcher et combattre de telles activités criminelles au niveau mondial ».*

Dans sa Recommandation 1828 (2008), elle avertissait déjà :

*« 2. L'Assemblée constate toutefois que, dans chaque pays, il existe encore des contraintes et des lois différentes concernant l'adoption et que les enfants font de plus en plus l'objet d'un véritable marché, régi par l'argent et au détriment des pays pauvres.*

*3. L'Assemblée condamne la pratique, de plus en plus courante, de l'utilisation de circuits parallèles et de trafic ainsi que tout le commerce et les pressions psychologiques ou économiques qu'elle entraîne. Ces pratiques ont été favorisées par l'ouverture des frontières à l'Est, qui a vu des femmes enceintes originaires de ces pays se rendre dans les pays d'Europe de l'Ouest pour accoucher et donner leur enfant en adoption.*

*4. L'Assemblée souligne que ces pratiques ont été d'autant plus aisées que certains pays n'ont pas de règles strictes en matière d'état civil et que très souvent les enfants ne sont pas déclarés à la naissance, ce qui facilite leur vente à l'étranger. Elle constate que ce manque de rigueur a donné lieu à un véritable marché des enfants, dont les pays les plus pauvres font les frais, et condamne fermement toutes les pratiques visant à vendre ou à voler les nouveau-nés ainsi que toute autre sorte de trafic d'enfants en général ».*

Dans la même recommandation, elle appelait les Etats à signer et ratifier notamment la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et son Protocole additionnel visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, le Protocole facultatif à la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, et la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains ainsi qu'à « renforcer leur coopération, par tous les moyens, dans la lutte contre le trafic d'enfants et l'éradication des réseaux mafieux ou illicites, et de condamner sans appel les abus commis dans le domaine de l'adoption internationale ».

Indépendamment des problèmes politiques actuels, l'Ukraine connaît une situation économique difficile et une situation démographique désastreuse.

Après une grave récession dans les années 1990, l'Ukraine a connu une reprise dans les années 2000 à 2010 mais souffre de nouveau d'importantes difficultés depuis<sup>14</sup>. Sur le plan démographique, elle perd de la population depuis les années 1990, à la fois en raison du déficit naturel et de l'émigration. Le taux de fécondité, parmi les plus faibles d'Europe, a atteint son plus bas niveau en 2001 à 1,1 enfant par femme, même s'il remonte un peu

---

<sup>14</sup> <http://www.tresor.economie.gouv.fr/Pays/ukraine>

depuis<sup>15</sup>. La Cour ne peut cautionner le pillage des enfants mis au monde par des femmes ukrainiennes en vue de leur vente à l'étranger.

Dans quelques années, la Cour sera probablement saisie par des personnes nées de mère porteuse. Ils se plaindront d'avoir été vendus et privés volontairement de leur filiation et d'une partie de leur identité. Non seulement ces personnes voudront connaître leur origine, mais aussi poursuivre les personnes et autorités responsables.

Rappelons qu'une adoption ayant pour effet de rompre la filiation sans que cela réponde à aucun besoin social impérieux n'est pas nécessaire dans une société démocratique et méconnaît l'article 8<sup>16</sup>.

La situation des enfants nés d'une mère porteuse ne saurait être assimilée à celle d'enfants adoptés ou nés sous X, car c'est volontairement et contre rétribution financière qu'ils ont été conçus et privés d'une partie de leur identité. Pour les enfants nés sous X, le secret de leur origine tend à les protéger de l'avortement et de l'abandon sauvage à la naissance. En revanche, pour les enfants nés de mère porteuse, le secret de leur origine est une condition de leur conception même : leur existence personnelle est fondée sur le secret et sur une transaction financière.

Il y a bien eu violation des articles 3 et 8 en cette affaire, mais les victimes ne sont pas le couple de requérants. La véritable victime est avant tout l'enfant A, dont les conditions de naissance sont inhumaines et dégradantes, et qui en portera toute sa vie les conséquences psychologiques. Sa véritable mère, et peut-être aussi son véritable père, l'ont conçu, vendu et abandonné, répondant à la commande des « parents intentionnels », sont aussi des victimes.

Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a récemment rejeté le *Projet de recommandation sur les droits et le statut juridique des enfants et les responsabilités parentales* élaboré par le Comité d'experts sur le droit de la famille précisément parce qu'en proposant une réglementation européenne commune de la GPA (et d'autres pratiques polémiques), ce projet de Recommandation en acceptait implicitement le principe. La Cour est dans une situation similaire. La portée véritable des quatre affaires de GPA actuellement pendantes devant la CEDH dépasse les cas d'espèce. Il s'agit de connaître la position de principe de la Cour quant à la pratique des mères porteuses. La Cour a le choix entre soit rejeter cette pratique au nom des valeurs de la Convention et des droits et libertés qu'elle garantit, soit en demander l'encadrement, assumant ainsi une conception ultralibérale et individualiste de la société. Il n'y a pas de solution intermédiaire pour une institution qui est regardée comme « la conscience de l'Europe ». Son jugement d'espèce aura valeur de jugement moral de principe, quelles que soient les précautions employées pour en limiter la portée au cas d'espèce. Et il ne peut pas suffire d'invoquer l'absence de consensus en Europe pour conclure à une non-violation de la Convention. Ce n'est qu'en rejetant cette requête, comme constitutive d'un abus de droit (article 17), que la Cour peut contribuer à lutter contre cette pratique et à renforcer la protection des enfants et des femmes employées à les produire et à les abandonner.

Admettre la gestation pour autrui, c'est consacrer le droit du plus fort au détriment de celui du plus faible. La Cour ne peut en aucun cas cautionner une violation aussi radicale des principes fondamentaux du Conseil de l'Europe.

---

<sup>15</sup> INED, *Population et société* n° 413, juin 2005

<sup>16</sup> *Emonet et autres c. Suisse*, 13 décembre 2007, n° 39051/03

La gestation pour autrui est intrinsèquement contraire à la dignité humaine. Il est illusoire de vouloir l'admettre dans certains cas particuliers en l'encadrant pour éviter les abus, comme au Royaume-Uni ou en Belgique : comme les requérants, les ressortissants de ces Etats sont nombreux à se rendre à l'étranger pour échapper aux règles appliquées chez eux. Ils alimentent ainsi l'exploitation des femmes et la marchandisation des enfants.

Bien qu'il n'y ait encore aucune convention spécifiquement consacrée à la gestation pour autrui, la Cour doit affirmer avec force que cette pratique est contraire à la dignité humaine. En conséquence, non seulement elle doit être interdite dans les Etats membres du Conseil de l'Europe, mais ses effets ne doivent pas être reconnus lorsqu'elle est pratiquée à l'étranger. Ce faisant, la Cour assumera pleinement son rôle de sauvegarde et de développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui sont les assises de la justice et de la paix dans le monde.