

# Canadian Journal of Family Law

---

Volume 26  
Number 1 *Rethinking Assisted Conception*

---

2010

## Réponse Jurisprudentielle à la Pratique des Meres Porteuses Au Québec; une Difficile Reconciliation

Louise Langevin

Follow this and additional works at: <https://commons.allard.ubc.ca/can-j-fam-l>



Part of the [Family Law Commons](#), and the [Law and Society Commons](#)

---

### Recommended Citation

Louise Langevin, "Réponse Jurisprudentielle à la Pratique des Meres Porteuses Au Québec; une Difficile Reconciliation" (2010) 26:1 Can J Fam L 171.

The University of British Columbia (UBC) grants you a license to use this article under the [Creative Commons Attribution- NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International \(CC BY-NC-ND 4.0\) licence](#). If you wish to use this article or excerpts of the article for other purposes such as commercial republication, contact UBC via the Canadian Journal of Family Law at [cdnjfl@interchange.ubc.ca](mailto:cdnjfl@interchange.ubc.ca)

# RÉPONSE JURISPRUDENTIELLE À LA PRATIQUE DES MÈRES PORTEUSES AU QUÉBEC; UNE DIFFICILE RÉCONCILIATION

Louise Langevin

*Résumé:* Le présent article propose une analyse des récentes décisions des tribunaux québécois en matière de maternité de substitution. La jurisprudence interprète de façon très différente l'article 541 du Code civil, qui déclare nulles les conventions de maternité pour autrui. Mais semble se dessiner un courant en faveur d'une telle pratique, ce qui rejoint l'état du droit dans les provinces canadiennes. Le législateur devra donc clarifier les paramètres de la pratique des mères porteuses, puisque trop de questions sont laissées en suspens par les décisions récentes. L'auteure dénonce le discours d'égalité et d'altruisme présenté comme fondement à cette pratique. À son avis, la pratique des mères porteuses, avec ou sans apport génétique, à titre gratuit ou onéreux, conduit à l'exploitation des femmes, qui sont ramenées à leur rôle de reproduction. Cependant, compte tenu du fait que la maternité de substitution constitue maintenant une réelle option pour les couples infertiles et de la réaction positive des tribunaux québécois et canadiens, l'auteure considère que les contrats à titre onéreux, strictement encadrés par une loi, devraient être permis. Ainsi, la juste valeur du travail accompli par les femmes serait reconnue.

Conservateur par essence, le droit est rarement en avance sur les pratiques sociales. Le droit de la famille en constitue le meilleur exemple : sa mise à jour doit se faire de façon constante, au risque que ce domaine du droit soit rapidement dépassé par les réalités sociales. La non-reconnaissance des

conjointes et conjointes de fait dans le Code civil en cas de rupture en témoigne<sup>1</sup>. De même, sous l'impulsion des découvertes scientifiques, l'encadrement juridique de la procréation médicalement assistée reflète aussi le retard législatif<sup>2</sup>. À six mois d'intervalle, trois décisions de la Cour du Québec portant sur des requêtes de placement en vue d'adoption d'enfants issus de la pratique de mère porteuse, sont arrivées à des conclusions contradictoires.

Au regard de ces trois décisions impossibles à réconcilier, l'objectif du texte est de proposer une réflexion sur les fondements de la maternité de substitution, dans un contexte où l'altruisme justifie cette pratique, où le recours à la procréation médicalement assistée est presque devenu courant<sup>3</sup>, où l'infertilité est considérée comme une maladie<sup>4</sup>, où certains

- 
- <sup>1</sup> Voir Louise Langevin, « Liberté de choix et protection des conjoints de fait en cas de rupture : difficile exercice de jonglerie » (2009) 54 *Revue de droit de McGill* 699.
- <sup>2</sup> Le Québec a adopté la *Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée*, L.Q. 2009 c. 30.
- <sup>3</sup> L'importance du phénomène de mère porteuse au Québec est difficile à évaluer. La clinique de fertilité OVO de Montréal suivrait une dizaine de grossesse de mère porteuse chaque année. Voir Judith Lachapelle, « Mères porteuses : il faut changer la loi, selon un expert », *La Presse*, Montréal, 19 mars 2009. Pour un cas de mère porteuse, voir Josée Guimond, « Mères porteuses: un vide juridique au Québec », *Le Soleil*, Québec, 25 septembre 2008 à la p. 16; Tom Blackwell, « The impotence of Canada's fertility laws; embryos for sale, wombs for rent; baby-making business is booming », *National Post*, 14 février 2009; D. R. Reilly, « Surrogate pregnancy: a guide for Canadian prenatal health care providers » (2007) *Canadian Medical Association Journal*, vol. 176, n° 4 à la p. 483.
- <sup>4</sup> La fécondation *in vitro* est un acte entièrement remboursé par le régime d'assurance-maladie du Québec (maximum de trois essais), comme elle l'est déjà par les autres provinces. *Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée*, *supra* note 2. Au total, le gouvernement du Québec prévoit déboursier

reconnaissent un droit de procréer<sup>5</sup> et où l'adoption nationale et internationale est de plus en plus difficile<sup>6</sup>.

Dans mon texte, j'adopte un cadre théorique qui se réclame du féminisme radical<sup>7</sup>. Je dénonce les rapports sociaux de sexe et la position d'inégalité des femmes dans la société, et spécialement dans la sphère privée. Le droit consacre des inégalités existantes entre les hommes et les femmes et dans

---

35 millions\$ par année pour l'ajout de ces traitements de fertilité. Voir Caroline Barrière, « Procréation assistée: oui mais... », *Le Droit*, Ottawa, 24 avril 2009. Chaque traitement peut coûter de 10 000 \$ à 15 000 \$, et souvent au moins trois essais sont nécessaires. Robert Dutrisac, « Québec a fait son nid », *Le Devoir*, Montréal, 23 avril 2009, A3.

- <sup>5</sup> Voir Laura Shanner, « The Right to Procreate : when Rights Claims have gone Wrong » (1995) 40 *McGill Law Journal* 823; Dana Hnatiuk, « Proceeding with Insufficient Care: A Comment on the Susceptibility of the *Assisted Human Reproduction Act* to Challenge Under Section 7 of the Charter » (2007) 65 *University of Toronto Faculty of Law Review* 39.
- <sup>6</sup> Voir Isabelle Lammerant, « L'évolution et les enjeux de l'adoption nationale et internationale » (2005) 35 *RDUS* 328, aux pp. 330 à 334.
- <sup>7</sup> Voir Francine Descarries, « Le projet féministe à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle : un projet de libération et de solidarité qui fait toujours sens » (1988) 30 *Cahiers de recherche sociologique* 199, [en ligne]: [http://classiques.uqac.ca/contemporains/descarries\\_francine/projet\\_feministe/projet\\_feministe.html](http://classiques.uqac.ca/contemporains/descarries_francine/projet_feministe/projet_feministe.html); Michèle Ollivier et Manon Tremblay, *Questionnements féministes et méthodologie de la recherche*, Montréal, L'Harmattan, 2000 ; Huguette Dagenais, « Méthodologie féministe pour les femmes et développement » dans Marie-France Labrecque, dir., *L'égalité devant soi, sexes, rapports sociaux et développement international*, Ottawa, Centre de recherches pour le développement international, 1994, p. 258 ; Denise Réaume, « What's Feminist About a Feminist Analysis of Law : A Conceptual Analysis of Women's Exclusion from Law » (1996) 2 *Legal Theory* 265 ; Joanne Conaghan, « Reassessing the Feminist Theoretical Project in Law » (2000) 27 :3 *Journal of Law and Society* 351-385.

certains cas, il les construit. Il s'agit donc de poser la « question sur les femmes »<sup>8</sup> : quels sont les effets néfastes sur les femmes des politiques publiques, des lois ou des décisions jurisprudentielles, qui semblent neutres à première vue? Je considère que les militantes et juristes féministes doivent utiliser le droit comme instrument de changement social, même si les résultats ne sont pas toujours prévisibles<sup>9</sup>. Elles doivent en critiquer et en dénoncer le caractère patriarcal certes, mais aussi et nécessairement repenser le droit de l'intérieur, et ne pas se contenter « d'être contre » le droit. L'objectif ultime de toute critique fondée sur le genre vise à atteindre l'égalité réelle pour les femmes. D'autres féministes pourront adopter une opinion différente de la mienne. Le féminisme n'est pas monolithique.

Des précisions terminologiques s'imposent. Par la pratique de « mère porteuse », j'entends une femme qui est inséminée par le sperme d'un homme, ce dernier formant un couple avec une autre personne (femme ou homme). Le sperme peut aussi provenir d'un donneur de sperme (qui ne revendiquera pas la paternité). L'ovule peut provenir de la femme inséminée (elle sera alors génitrice) ou encore elle peut recevoir un embryon issu du couple intentionnel ou d'autres personnes (elle sera alors gestatrice). Dans ce dernier cas, il s'agira de fécondation in vitro, ce qui implique une clinique de fertilité. À la naissance de l'enfant, la mère porteuse le remet au couple intentionnel et renonce à tous ses droits parentaux. Plusieurs personnes peuvent être impliquées dans l'aventure : la femme qui portera l'enfant, le donneur de sperme, la donneuse d'ovule, le couple intentionnel et leurs enfants, le conjoint et les enfants de la mère porteuse, ainsi que les

---

<sup>8</sup> Voir Katherine T. Bartlett, « Feminist Legal Methods » (1990) 103:4 Harvard Law Review 829.

<sup>9</sup> Voir Carol Smart, *Feminism and the Power of Law*, London, Routledge, 1989.

intermédiaires (le personnel médical, la clinique de fertilité et les avocats).

Le terme « mère porteuse » a attiré des critiques. Cette appellation peut sembler très réductrice et ramener la femme à un incubateur. Pour certains, elle reflète cependant la réalité : une forme d'exploitation des femmes. D'autres parlent plutôt de gestation pour le compte d'autrui, de maternité de substitution, ou de procréation pour autrui. Mais ces expressions présentent le désavantage d'évacuer la femme qui se soumet à cette pratique, de neutraliser et de masquer la réalité : les risques pour la santé et les douleurs de l'implantation de l'embryon, les neuf mois de grossesse, un accouchement et la remise d'un enfant. J'utilise l'expression « mère porteuse » pour désigner la femme qui se prête à cette pratique.

Le Code civil du Québec déclare nulles de nullité absolue les conventions de mère porteuse (1). La jurisprudence récente en propose des interprétations très différentes. Mais semble se dessiner un courant en faveur d'une telle pratique (2), ce qui rejoint l'état du droit dans les provinces canadiennes (3). À mon avis, le discours de l'égalité et de l'altruisme comme fondement à cette pratique sont sources d'oppression pour les femmes (4).

### **LE CARACTÈRE NON EXÉCUTOIRE DU CONTRAT DE MÈRE PORTEUSE**

Dans le chapitre 1.1 du Code civil intitulé « De la filiation des enfants nés d'une procréation assistée », à l'instar d'autres pays<sup>10</sup>, le législateur québécois a énoncé à l'article 541 C.c.Q.

---

<sup>10</sup> Le Code civil français déclare aussi nulles les conventions de maternité de substitution et est silencieux sur la possibilité d'adoption subséquente, art. 16-7. Le Code pénal français interdit les intermédiaires, art. 227-12, al. 3, 227-13. Voir Ass. Plen. 31 mai

que « toute convention par laquelle une femme s'engage à procréer ou à porter un enfant pour le compte d'autrui est nulle de nullité absolue ». Cet article vise autant les conventions dans lesquelles la mère porteuse agit comme gestationnelle (sans apport génétique) ou génitrice, avec rémunération ou à titre gratuit. Cette disposition anéantit la possibilité de demander l'exécution forcée d'un contrat de mère porteuse devant un tribunal. Ainsi, bien que cet aspect soit déjà interdit par la loi fédérale<sup>11</sup>, il serait impossible en droit québécois de réclamer un paiement en exécution du contrat de mère porteuse ou même la remise de l'enfant dans le cas d'un contrat à titre gratuit. Par nullité absolue, le Code civil entend un contrat qui porte atteinte à l'intérêt général (art. 1417 C.c.Q.). Bien que cette forme de contrat soit non exécutoire devant les tribunaux, la pratique du contrat gratuit n'est pas criminalisée. Ainsi, certains ont avancé que même si le contrat est nul, la pratique n'est pas interdite, le législateur ne s'étant pas clairement prononcé sur cette question<sup>12</sup>. Aucune sanction civile ou criminelle n'est prévue pour les intermédiaires (cliniques de fertilité, personnel médical, avocats, agences de rencontres, etc.). Même sans la déclaration de nullité prévue à l'article 541 C.c.Q., ce genre de convention, qui porte atteinte à la dignité de

---

1991, D. 1991, 417; Cass. Civ. 1ere, 29 juin 1994, J.C.P. 1995, ed. Gen. II. 22362, note Jacqueline Rubellin-Devichi ; Michela Marzano, dir., *Dictionnaire du corps*, s.v. « mère porteuse », Paris, PUF, 2007 à la p. 577.

<sup>11</sup> Art. 6, *Loi sur la procréation assistée*, L.C. 2004, ch. 2.

<sup>12</sup> Voir Monique Ouellette, « Le Code civil du Québec et les nouvelles techniques de reproduction », *Les aspects juridiques liés aux nouvelles techniques de reproduction*, Collection d'études de la Commission sur les nouvelles techniques de reproduction, Ottawa, Ministre des services gouvernementaux, Groupe communication Canada, 1993, 693 à la p. 698.

la femme et de l'enfant<sup>13</sup>, aurait pu être interdit par l'ordre public (art. 9, 1373, al. 2 et 1413 C.c.Q.)<sup>14</sup>. La pratique contrevient à l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes.

Le versement d'une somme d'argent en contrepartie d'un contrat de gestation est également sanctionné par la *Loi sur la protection de la jeunesse*<sup>15</sup>, qui interdit à quiconque de donner ou de recevoir un paiement ou avantage en échange d'un consentement à l'adoption, d'un placement en adoption ou de l'adoption d'un enfant. Ce type de prohibition pourrait ainsi viser les contrats de mère porteuse commerciaux incluant une clause par laquelle la mère porteuse s'engage à donner un consentement en vue d'une adoption.

Le Code civil ne prévoit pas les conséquences d'un contrat clandestin en regard de l'établissement de la filiation de l'enfant né. Comme le contrat ne peut être mis en preuve, la filiation de l'enfant sera déterminée selon les règles usuelles<sup>16</sup>. Celles-ci prévoient, comme premier moyen d'établissement de

---

<sup>13</sup> Sur le sens du mot dignité employé ici, voir Christian Brunelle, « La dignité dans la *Charte des droits et libertés de la personne* : de l'ubiquité à l'ambiguïté d'une notion fondamentale », numéro thématique, (2006) *Revue du Barreau* 143.

<sup>14</sup> Voir Jean Pineau, Danielle Burman et Serge Gaudet, *Théorie des obligations*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 2001 à la p. 314, au para 162; Jean-Louis Baudouin et Catherine Labrusse-Riou, *Produire l'homme : de quel droit ? Étude juridique et éthique des procréations artificielles*, Paris, PUF, 1987 aux pp. 115 et s.

<sup>15</sup> *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q. c. P-34.1, art. 135.1 et 135.1.3.

<sup>16</sup> Art. 111 C.c.Q. Voir Mireille D.-Castelli et Dominique Goubau, *Précis de droit de la famille*, Saint-Nicolas, Les Presses de l'Université Laval, 2000 à la p. 171.



la filiation, le recours à l'acte de naissance<sup>17</sup>. Or cet acte est dressé, en partie, en fonction du constat de naissance, document qui indique la femme ayant donné naissance à l'enfant<sup>18</sup>. Ainsi, qu'il s'agisse d'un contrat de gestation sans apport biologique (la mère porteuse agit à titre de gestatrice) ou, à plus forte raison, un contrat de mère porteuse avec apport biologique (elle fournit l'ovule), la mère porteuse sera la mère légale de l'enfant<sup>19</sup>. La filiation paternelle, quant à elle, sera également établie en fonction des règles courantes, c'est-à-dire soit par l'acte de naissance, par la possession d'état, par la présomption de paternité ou en dernier lieu, et en l'absence d'une filiation autrement établie, par la reconnaissance volontaire de paternité. Ainsi, selon les circonstances, la filiation paternelle de l'enfant pourra être établie en faveur du père biologique de l'enfant ou du conjoint de la mère porteuse si, par exemple, une présomption de paternité pouvait s'appliquer<sup>20</sup>. Deux cas peuvent se présenter<sup>21</sup>.

D'abord, si la mère porteuse (génitrice ou gestationnelle) désire garder l'enfant, elle est la mère (son nom apparaît sur le constat de naissance, art. 111 C.c.Q.). Elle peut indiquer le nom de son mari ou de son conjoint (en union civile) comme père dans la déclaration de naissance (art. 114

---

<sup>17</sup> Art. 523 C.c.Q.

<sup>18</sup> Art. 111 C.c.Q. Voir Mireille D.-Castelli et Dominique Goubau, *Le droit de la famille au Québec*, 5<sup>e</sup> édition, Saint-Nicolas, Les Presses de l'Université Laval, 2005 à la p. 197.

<sup>19</sup> Art. 111 C.c.Q.

<sup>20</sup> Voir Jean Pineau et Marie Pratte, *La famille*, Montréal, Thémis, 2006 à la p. 684.

<sup>21</sup> Voir Michelle Giroux qui aborde ces situations, « L'encadrement de la maternité de substitution au Québec et la protection de l'intérêt de l'enfant » (1997) 28 *Revue générale de droit* 535.

C.c.Q.). En cas de silence de la déclaration de naissance, son mari ou son conjoint (union civile) est alors présumé le père de l'enfant (art. 538.3 C.c.Q.). Il peut contester sa paternité (art. 539 C.c.Q.). Si le conjoint de la mère porteuse ne conteste pas sa paternité, le père biologique devient un simple donneur de sperme (art. 538.2 C.c.Q.) et ne peut réclamer sa paternité. Tout se passe comme s'il n'y avait pas eu d'entente de gestation pour autrui. Les tribunaux ne sont d'aucun secours pour le père biologique ou sa conjointe. Il semble ici que la mère porteuse doit procéder rapidement pour déclarer son conjoint comme père de l'enfant puisque le père biologique pourrait déclarer sa paternité avant le mari de la mère porteuse, auquel cas un tribunal devra décider qui aura la garde de l'enfant.

Ensuite, si la mère porteuse désire remettre l'enfant à sa naissance au couple demandeur, elle ne déclare pas la filiation de l'enfant à son égard dans la déclaration de naissance (art. 114 C.c.Q.) (elle n'a donc pas besoin de signer un consentement spécial en vue de l'adoption du bébé en faveur de la conjointe du père). Le père biologique déclare sa filiation de l'enfant à son égard (art. 114 C.c.Q.) et il consent à l'adoption (art. 551 et 555 C.C.Q.) à l'égard de sa conjointe qui devient la mère de l'enfant ou à son conjoint qui devient le deuxième père de l'enfant (art. 115, al. 1 et 578.1 C.c.Q.). Si le couple demandeur n'est pas marié ou uni civilement, il doit cohabiter depuis trois ans pour recourir à l'adoption. Si la mère porteuse désire remettre l'enfant à sa naissance au couple demandeur et que celui-ci n'en veut pas, les règles de l'adoption s'appliqueront.

### **LA RECONNAISSANCE JUDICIAIRE DE LA PRATIQUE**

En 2009, la Cour du Québec s'est prononcée à trois reprises sur des requêtes pour ordonnance de placement d'enfants issus de la pratique de mère porteuse, en vue de leur adoption (janvier

2009, juillet 2009, août 2009). Trois des quatre enfants en question (dont des jumeaux) sont issus de la fécondation in vitro. L'autre enfant est né à la suite d'une insémination artificielle de la mère porteuse génitrice. Dans un cas, le projet d'adoption est refusé; dans les deux autres, il est accepté. À mon avis, il est possible de voir dans ces trois décisions, qui sont contradictoires, les difficultés des tribunaux à adapter le droit à de nouvelles réalités sociales : les obstacles croissants de la procédure d'adoption sur le plan interne et international, les découvertes scientifiques qui permettent la transplantation d'embryons dans l'utérus d'une mère porteuse gestationnelle, l'éclatement de la maternité (la mère biologique, la mère gestationnelle, la mère sociale), l'accouchement sans maternité et la maternité sans accouchement, la rupture du lien entre le fœtus et sa mère, et le droit à l'adoption de couples gays. La technique de la mère porteuse n'est pas nouvelle en soi. On la retrouve dans la Genèse<sup>22</sup>. La nouveauté tient au fait que très souvent la mère porteuse n'est pas la mère génétique : elle porte un embryon issu du matériel génétique du couple intentionnel. Selon Ragoné, en 1988, cette technique était peu répandue<sup>23</sup>. Après avoir brièvement résumé les faits des trois décisions et les opinions des juges, je tenterai de les réconcilier.

---

<sup>22</sup> Voir le rapport du Sénat français : Groupe de travail sur la maternité de substitution, *Rapport d'information*, n° 421, Sénat, session ordinaire de 2007-2008.

<sup>23</sup> Heléna Ragoné, « Of Likeness and Difference: How Race is Being Transformed by Gestational Surrogacy » dans Heléna Ragoné et France Winddance Twine, dir., *Ideologies and Technologies of Motherhood: Race, Class, Nationalism*, New York, Routledge, 2000, 56.

### **De L'illégalité à la Légalité de la Technique de Mère Porteuse**

À l'hiver 2009, un juge a refusé un projet d'adoption<sup>24</sup>. La conjointe de fait du père biologique (le couple intentionnel) d'une enfant de quelques mois voulait adopter cette enfant, avec le consentement de la mère porteuse génitrice (qui avait fourni l'ovule). Dans cette affaire, rien n'avait été laissé au hasard par les parties pour faire reconnaître la maternité de la requérante (la conjointe de fait du père biologique). Le couple intentionnel avait recruté une mère porteuse via Internet pour 20 000\$<sup>25</sup>. Mère de cinq enfants, la mère porteuse avait déjà agi comme génitrice. Bien qu'elle n'ait pas accouché sous X, ce qui n'est pas permis au Québec (l'accoucheur dresse le constat de naissance, art. 111 C.c.Q.), elle n'avait pas rempli la déclaration de naissance, seul le père l'ayant fait. La conjointe du père biologique, déjà mère de deux enfants d'une union précédente, mais incapable de concevoir à nouveau, avait eu recours à la procréation médicalement assistée sans succès. Son médecin de la clinique de fertilité l'avait mise en contact avec une avocate qui s'occupait de l'adoption d'enfants issus de la pratique des mères porteuses. Encouragé par le succès d'autres couples qui avaient adopté un enfant dans le même contexte sans problème, le couple intentionnel espérait contourner la loi, bien qu'il savait très bien que la mère porteuse demeurait la mère légale de l'enfant, si elle décidait de le garder et qu'il

---

<sup>24</sup> *X sub. nom. Adoption-091*, 2009 QCCQ 628, EYB 2009-154793 (C.Q.) (Chambre de la Jeunesse, 6 janvier 2009).

<sup>25</sup> Voir, entre autres, [Forum.aufeminin.com](http://Forum.aufeminin.com) ; [surrogatefinder.com](http://surrogatefinder.com) ; [surrogateMother.com](http://surrogateMother.com). et le site d'une avocate torontoise spécialisée dans le domaine, Sherry Levitan <[www.fertilitylaw.ca/surrogacy.shtml](http://www.fertilitylaw.ca/surrogacy.shtml)>.

n'avait aucun moyen juridique de faire respecter l'entente. Le couple était conscient des risques qu'il prenait<sup>26</sup>.

Le juge a refusé d'entériner la pratique, qui consiste à manipuler la finalité des règles du consentement spécial à l'adoption pour contourner les dispositions de la filiation s'appliquant aux contrats de mère porteuse<sup>27</sup>. Il a rejeté la situation du fait accompli et a refusé de permettre à des personnes de faire indirectement ce que la loi ne permet pas de faire directement. Le « critère passe-partout de l'intérêt de l'enfant » ne peut rendre légale une situation planifiée et illégale. « Faut-il, au nom d'un soi-disant « droit à l'enfant », avaliser le détournement de l'institution d'adoption ? »<sup>28</sup> Le juge a considéré que l'enfant n'a pas droit à une filiation maternelle à tout prix<sup>29</sup>. L'enfant se retrouvait ainsi sans mère sur les documents de l'état civil.

À l'été 2009, une requête pour ordonnance de placement d'un enfant en vue de son adoption intrafamiliale, à la suite d'un consentement spécial à l'adoption de la mère porteuse, est accordée<sup>30</sup>. Très touchée par la tristesse d'un couple qui ne peut avoir d'enfant malgré des tentatives infructueuses, la tante par alliance de l'homme du couple

---

<sup>26</sup> Pour un reportage avec la requérante, mère sociale, [en ligne] Radio-Canada: <[http://www.radiocanada.ca/emissions/24\\_heures\\_en\\_60\\_minutes/2008-2009/Entrevue.asp?idDoc=77447](http://www.radiocanada.ca/emissions/24_heures_en_60_minutes/2008-2009/Entrevue.asp?idDoc=77447)>.

<sup>27</sup> Art. 551 C.c.Q. Dès 1994, une auteure suggérait cette façon de faire : voir Sonia Le Bris, « Procréation médicalement assistée et parentalité à l'aube du 21<sup>e</sup> siècle » [1994] 1 Cours de perfectionnement du notariat 133 à la p. 158.

<sup>28</sup> *Supra* note 24 au para n<sup>o</sup> 61.

<sup>29</sup> La conjointe du père biologique de l'enfant ne jouit donc pas de l'autorité parentale, et ne peut intervenir dans la vie de l'enfant.

<sup>30</sup> *Adoption – 09185*, 2009 QCCQ 8703 (Chambre de la Jeunesse, 9 juillet 2009).

intentionnel leur propose de porter leur embryon. Le jugement dévoile que la décision de la mère porteuse est mûrement réfléchie et que seules des raisons altruistes la motivent à agir ainsi. La grossesse ne sera pas facile. Des jumeaux naîtront et seront remis à la mère et au père biologiques (le couple intentionnel). Le nom de la mère porteuse génitrice (la tante) et du père (l'homme du couple intentionnel) apparaîtront sur la déclaration de naissance. Aucun certificat de naissance ne sera demandé.

Dans sa décision, le juge considère que l'article 541 C.c.Q. (nullité des conventions de mère porteuse) ne s'applique pas en l'espèce, ou à tout le moins, son application est incertaine. L'article 538 C.c.Q. permet de recourir aux forces génétiques d'une autre personne dans le cadre d'un projet parental. La mère porteuse dans le présent cas ne fournit pas comme tel de « forces génétiques » (elle n'a pas fourni d'ovule). En s'inspirant des débats parlementaires sur le sujet, le juge soulève l'idée que l'article 541 C.c.Q. ne viserait que les contrats à titre onéreux<sup>31</sup>, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Il mentionne la loi fédérale qui permet les contrats de mère porteuse à titre gratuit<sup>32</sup>, tout en soulignant le débat constitutionnel entourant l'application de cette loi au Québec<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Contra : Les Commentaires du ministre de la Justice, 1993, art. 541 C.c.Q.

<sup>32</sup> Art. 6 (2) et (3), *Loi sur la procréation assistée*, supra note 11.

<sup>33</sup> *Renvoi fait par le gouvernement du Québec en vertu de la Loi sur les renvois à la Cour d'appel, L.R.Q. ch. R-23, relativement à la constitutionnalité des articles 8 à 19, 40 à 53, 60, 61, 68 de la Loi sur la procréation assistée*, L.C. 2004, ch. 2, 2008 QCCA 1167 (autorisation de pourvoi à la C.S.C. autorisée, 32750, 24 avril 2009) Le Québec a répondu par la *Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée*, supra note 2, qui encadre la pratique des cliniques privées. La fécondation in vitro est un acte entièrement remboursé par le régime d'assurance-maladie du Québec.

Il considère que le contrat entre les parties est probablement nul, mais que cette question n'est pas soulevée ici, puisque les parties ont consenti à l'adoption. Il tire argument des propos du ministre de la Justice, lors de l'adoption de l'article 541 C.c.Q., qui affirmait que les règles de l'adoption pouvaient s'appliquer lorsque la mère porteuse gestationnelle est une membre de la famille. Le tribunal note la bonne foi de toutes les parties qui n'ont pas voulu enfreindre les lois. Le cœur du jugement semble porter sur le meilleur intérêt de l'enfant et l'ordre public : « Il m'apparaît tout à fait souhaitable de permettre à cet enfant, qui représente l'avenir de notre société, de bénéficier de tous les avantages de sa véritable filiation maternelle »<sup>34</sup>. Le juge mentionne que la présente affaire se distingue grandement de celle analysée plus haut, mais sans préciser davantage sa pensée.

Toujours à l'été 2009, un troisième jugement a accueilli une requête pour ordonnance de placement d'une enfant en vue de son adoption, à la suite d'un consentement spécial à l'adoption de la mère porteuse génitrice de l'enfant<sup>35</sup>. Dans cette affaire, un couple gay a contracté avec une agence californienne pour retenir les services d'une mère porteuse qui a été inséminée avec le sperme d'un des hommes du couple. Elle a accouché au Québec. Le juge distingue cette affaire de la première décision de l'hiver 2009. D'abord, de telles conventions sont légales en Californie. Ensuite, le nom de la mère porteuse apparaît au certificat de naissance québécois de l'enfant. Les parties n'ont pas essayé de camoufler leur projet. Comme dans les deux autres décisions, les parties à l'aventure ont été franches envers le juge. Enfin, le meilleur intérêt de l'enfant dicte la voie à suivre au juge : les circonstances de

---

<sup>34</sup> *Supra* note 30 au para 24.

<sup>35</sup> *Adoption – 09367*, 2009 QCCQ 16815 (Chambre de la Jeunesse, 4 août 2009).

naissance de l'enfant ne peuvent être sources de discrimination à son égard (art 523 C.c.Q.). Le juge considère que si le législateur avait voulu interdire le présent projet parental (un couple gay qui fait affaire avec une mère porteuse), il l'aurait clairement exprimé, puisqu'il permet à des couples de même sexe d'adopter (art 539.1 et 578.1 C.c.Q.).

### **La Difficile Réconciliation des Balises Jurisprudentielles**

À la suite de ces trois jugements, l'exercice de réconciliation me semble difficile. Trois éléments essentiels distinguent les deux premières affaires. D'abord, l'argent : dans la deuxième décision, il s'agit d'un contrat à titre gratuit. Le juge souligne à plusieurs reprises la nature purement altruiste du geste. Dans la première décision, les parents avaient recruté une mère porteuse pour 20 000\$. Ensuite, l'apport génétique : dans la deuxième décision, la mère porteuse n'a pas fourni d'ovule. Le juge affirme : « la « mère génétique » est certes plus « mère biologique » que la « mère porteuse ». »<sup>36</sup>. Enfin, le caractère intrafamilial de l'entreprise : dans la deuxième décision, la mère porteuse est la tante du père biologique. Dans la première décision, la mère porteuse avait été trouvée via Internet. Ces trois éléments amènent le juge, dans la deuxième décision, à considérer le meilleur intérêt de l'enfant devant lui : « la preuve est claire, cet enfant reçoit une réponse complète à ses besoins [...] et il est dans son intérêt qu'il soit éventuellement adopté par la requérante-adoptante. »<sup>37</sup>. Dans l'autre décision, le juge refuse d'instrumentaliser les règles de l'adoption et du critère du meilleur intérêt de l'enfant. Il considère que l'enfant n'a pas besoin d'une filiation maternelle à tout prix.

---

<sup>36</sup> *Supra* note 24 au para 7. Les études démontrent que les mères porteuses gestationnelles ne se considèrent pas comme la mère. Voir Ragoné, *supra* note 23 à la p. 64.

<sup>37</sup> *Supra* note 30 au para 15.



Donc, il est possible de conclure que la maternité de substitution, sans apport génétique de la mère porteuse, et à titre gratuit est permise au Québec. Le fait que la mère porteuse soit une membre de la famille semble être un élément important. À la lumière du deuxième jugement, l'article 541 C.c.Q. ne vise pas à interdire cette pratique; il tente plutôt, par la déclaration de nullité du contrat, à protéger la mère porteuse qui peut changer d'avis à tout moment, malgré le contrat. Il n'est pas certain que ces trois éléments soient cumulatifs. Ainsi, la requête en vue de l'adoption serait-elle permise dans le cas d'une mère porteuse gestationnelle (qui ne fournit pas l'ovule), mais qui reçoit une « compensation » de 20 000\$? Le caractère intrafamilial soulève aussi des questions: comment définir la famille? Si la mère porteuse gestationnelle est une amie de longue date du couple intentionnel?

Cette tentative de conciliation ne s'applique pas à la troisième situation, dans laquelle est conclu un contrat à titre onéreux à l'étranger (de toute évidence pour contourner l'article 541 C.c.Q., les questions de citoyenneté et les coûts très élevés des soins de santé aux USA), avec une mère génitrice sans aucun lien familial avec le couple intentionnel. Ce troisième jugement ferme les yeux sur le tourisme reproductif. Il est possible de voir dans cette décision une façon de contourner le caractère possiblement discriminatoire de l'article 541 C.c.Q. envers les couples gays.

Pourtant, d'autres éléments rapprochent les trois affaires. Les enfants sont issus des gamètes de l'un ou des deux parents intentionnels. Toutes les parties sont consentantes. Donc l'article 541 CCQ demeure pertinent en cas de désaccord entre les parties. Les enfants vivent avec les couples intentionnels. Les parties ont dévoilé au juge leur projet parental, en toute bonne foi. Cependant, dans la première affaire, les parties, de concert avec leur avocate, avaient décidé de ne pas mettre le nom de la mère porteuse dans la déclaration de naissance, ce qui a fait dire au juge qu'il s'agissait d'un

« projet parental alambiqué »<sup>38</sup>. Un certain nombre de couples dans la même situation ont procédé par l'adoption, mais sans dévoiler leurs projets au tribunal<sup>39</sup>.

Ces trois décisions font appel à la notion du meilleur intérêt de l'enfant, l'une pour refuser l'adoption, les deux autres pour la permettre. La notion d'ordre public est aussi invoquée : pour un juge, la démarche est illégale et contraire à l'ordre public; pour l'autre, l'ordre public commande d'accorder la requête en vue de l'adoption.

Le jugement de l'hiver 2009 a été critiqué parce qu'il ne tenait pas compte du meilleur intérêt de l'enfant, et parce qu'il établissait des distinctions entre les enfants en fonction des circonstances de leur naissance, ce qu'interdit l'article 522 C.c.Q.<sup>40</sup>. Une situation à peu près identique en Ontario avait connu un autre dénouement : la juge a déclaré que le couple

---

<sup>38</sup> *Supra* note 24 au para 5.

<sup>39</sup> Voir *O.F. c. J.H.* [2005] R.D.F. 475 (C.Q.) : il s'agit d'une ordonnance de placement de deux enfants pour adoption auprès de conjoints de même sexe. Un des conjoints, qui sont mariés, est le père biologique des deux enfants nés en Ontario. La mère biologique a consenti à l'adoption. Le requérant, conjoint du père biologique, demande aussi que le nom des deux pères apparaisse sur l'acte de l'état civil lorsque l'adoption sera présentée. Le juge conclut que selon le Code civil du Québec, il est possible pour un enfant d'avoir deux pères sur son certificat de naissance. Il n'est jamais fait mention que la mère biologique agissait comme mère porteuse.

<sup>40</sup> Pour une critique, voir Ginette Durand-Brault (juge retraitée de la Cour du Québec), « Recul pour les droits des enfants », *La Presse*, Montréal, 18 mars 2009. En 1992, Monique Ouellette affirmait : « Il serait malheureux que des techniques nouvelles, fussent-elles illégales, recréent un statut d'illégitimité disparu de notre droit. », *supra* note 12 à la p. 699. En 1997, une auteure proposait de permettre l'adoption spéciale dans un tel cas au nom du meilleur intérêt de l'enfant, Giroux, *supra* note 21.

intentionnel, parents génétiques par une fécondation in vitro, était les parents de l'enfant issu d'une mère porteuse<sup>41</sup>. Quant à l'importance d'une filiation maternelle, la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *A.A. v. B.B.*<sup>42</sup> a suivi le chemin contraire du premier jugement : la déclaration de parentalité est importante tant pour le parent requérant que pour l'enfant<sup>43</sup>. Par ailleurs, on pourrait affirmer du deuxième jugement qu'il accepte le fait accompli et qu'il instrumentalise les règles de l'adoption.

Des auteurs préfèrent la protection de l'intérêt immédiat de l'enfant, lorsque la mère porteuse y consent, bien que cette solution favorise le détournement de la loi<sup>44</sup>. D'autres s'opposent à l'adoption pour régulariser la situation<sup>45</sup>. Des auteurs avaient déjà prévu les conséquences de la déclaration

---

<sup>41</sup> *J.R. v. L.H.* (2002), (2002), 117 A.C.W.S. (3d) 276 (C.S. On.).

<sup>42</sup> *A.A. v. B.B.* (2007), 83 O.R. (3d) 561 (C.A.On.). Dans cette affaire, un couple de lesbiennes avait décidé de fonder une famille avec l'aide d'un ami. Elles voulaient que cet homme soit présent dans la vie de l'enfant et qu'il garde le statut de père. En fait, la mère biologique désire que l'enfant ait deux mères et un père. Par sa compétence *parens patriae*, la Cour d'appel de l'Ontario reconnaît la maternité de la conjointe de la mère biologique.

<sup>43</sup> Voir aussi dans le même sens la décision *Rypkema v. British Columbia*, [2003] B.C.J. n° 2721; *Trociuk c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [2003] C.S.C. 34 aux para 15 et 16 (opinion de la juge Deschamps), qui reconnaît que la déclaration de paternité ou de maternité constitue une façon importante de participer dans la vie d'un enfant.

<sup>44</sup> Voir Pineau et Pratte, *supra* note 20 à la p. 685 ; Giroux, *supra* note 21 ; Le Bris, *supra* note 27 à la p. 158.

<sup>45</sup> Voir opinion de Michel Tétrault, *Droit de la famille*, 3<sup>e</sup> éd., Cowansville, Blais, 2005, chap. 9.9 ; Benoît Moore, « Quelle famille pour le XXI<sup>e</sup> siècle? : Perspectives québécoises » (2003) 20 *Canadian Journal of Family Law* 57 au para n° 23 et s.

de nullité des conventions de mère porteuse sans véritables pénalités<sup>46</sup>. L'affaire américaine de Baby M n'était pas étrangère à cette prise de conscience<sup>47</sup>. La Commission Baird l'avait souligné<sup>48</sup>. Certains avaient proposé d'aller plus loin et de pénaliser tous les intermédiaires<sup>49</sup>, de n'accorder aucun droit préférentiel d'adoption<sup>50</sup>.

---

<sup>46</sup> Voir Carmen Lavallée, « Le secret de l'adoption en France et au Québec » (1996) 27 *Revue générale de droit* 441 aux pp. 461 et s.; Conseil du Statut de la femme, *Les grossesses sous contrat*, Québec, Conseil du Statut de la femme, 1987; Barreau du Québec, Comité sur les nouvelles technologies de reproduction, *Rapport du Comité sur les nouvelles technologies de reproduction* (1988) 48 *Revue du Barreau*, supplément, avril 1988 à la p. 30; Le Bris, *supra* note 27; Giroux, *supra* note 21; Baudouin et Labrusse-Riou, *supra* note 14; Commission des droits de la personne du Québec, *Commentaires sur le projet de loi 125, Code civil du Québec*, 1991 à la p. 83.

<sup>47</sup> *In re Baby 'M'*, 217 N.J. super. 313; 525 A.2d 1128; 1987 N.J. super. Lexis 1113 (N.J.) super. Ct. App. Div. 1987). La mère porteuse avait décidé de garder son enfant. La Cour suprême du New-Jersey a décidé que le contrat ne pouvait faire l'objet d'une exécution forcée étant donné qu'il était contraire à l'ordre public et aux dispositions de la loi du New-Jersey qui interdisaient le paiement pour adoption. Malgré cette qualification, la Cour a conclu que, dans l'intérêt de l'enfant, il était préférable de confier la garde de celui-ci aux parents sociaux.

<sup>48</sup> Voir les recommandations n<sup>os</sup> 199 à 205 dans son rapport, *Un virage à prendre en douceur : rapport final de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction*, Contrats de maternité de substitution, chap. 23, vol. 2, Ottawa, Ministre des services gouvernementaux, Groupe communication Canada, 1993, 2 volumes.

<sup>49</sup> Barreau du Québec, *supra* note 46 à la p. 30.

<sup>50</sup> *Ibid.*

Le législateur devra donc clarifier dans quelles situations la pratique des mères porteuses est admise.

### LES PROVINCES DE COMMON LAW

Les décisions de juillet et août 2009 des tribunaux québécois rejoignent celles de leurs homologues canadiens. Dans les provinces de common law du Canada qui n'ont pas légiféré dans le domaine, les cours de justice ont, à plusieurs reprises, accepté d'établir une filiation en faveur des parents intentionnels d'un enfant né d'une mère porteuse. Toutefois, ces décisions portaient toutes sur des demandes non contestées et dans la majorité des cas, les contrats de gestation n'impliquaient aucun lien génétique entre la mère porteuse et l'enfant<sup>51</sup>. De plus, en raison de l'absence de législation concernant les contrats de mère porteuse en Colombie-Britannique, les cours saisies de cas semblables doivent s'assurer de respecter les politiques de l'agence de l'état civil<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> *J.R. v. L.H.*, supra note 41; voir Mary Jane Mossman, *Families and the Law in Canada: Cases and Commentary*, Toronto, Emond Montgomery Publications, 2004 à la p. 200; Glen Rivard et Judy Hunter, *The Law of Assisted Human Reproduction*, Markham, LexisNexis Butterworth, 2005 à la p. 131; Karen Busby, « Revisiting The Handmaid's Tale : Feminist Theory Meets Empirical Research on Surrogate Motherhood » (2010) *Canadian Journal of Family Law* (à paraître); *M.D. v. L.L.* (2008), 52 R.F.L. (6<sup>th</sup>) 122 (C.S.On.); *Rypkema v. British Columbia*, supra note 43; *B.A.N. v. J.H.*, 2008 BCSC 808 (C.S.C.-B.).

<sup>52</sup> J'ai obtenu copie de cette politique de la Vital Statistics Agency de Colombie-Britannique (politique datée de septembre 2006). La politique impose aussi que l'embryon implanté dans la mère porteuse provienne du matériel génétique de l'un ou des deux parents intentionnels. L'agence demande une copie de l'entente de maternité de substitution. La mère porteuse doit renoncer à son droit sur l'enfant.

Les jugements de common law retracés abordent rapidement la question du consentement de la mère porteuse. On ne sait pas si elle a eu accès à des conseils juridiques indépendants ou de l'aide psychologique. Les contrats sont conclus supposément à titre gratuit, mais les jugements sont silencieux quant aux montants versés pour rembourser les dépenses de la mère porteuse. Un contrat lie les parties, mais les détails sont passés sous silence.

L'Alberta se différencie des autres provinces de common law, puisque cette dernière a édicté des dispositions législatives visant directement les contrats de mère porteuse gestationnelle (avec implantation d'un embryon fécondé, dont l'un des membres du couple intentionnel doit être le parent génétique). La *Family Law Act*<sup>53</sup> encadre ces ententes. En conformité avec la *Loi sur la procréation assistée*<sup>54</sup>, seuls les contrats altruistes sont visés. Cette loi prévoit qu'un juge peut déclarer que la mère génétique de l'enfant est la seule mère légale de celui-ci lorsque la mère porteuse y consent. La mère génétique de l'enfant est nommée mère légale de celui-ci de façon rétroactive à partir de la naissance. Encore plus important, la loi énonce que les contrats de mère porteuse ne peuvent pas faire l'objet d'une exécution forcée et qu'un tel contrat ne constitue pas une preuve du consentement nécessaire lors des demandes de filiation exposées plus tôt<sup>55</sup>. Il est donc possible de considérer que cette loi reconnaît implicitement la légalité des contrats de mère porteuse altruistes, tout en excluant la possibilité d'en demander l'exécution forcée. D'ailleurs les demandes de filiation qui peuvent être présentées à la suite d'un contrat de gestation pour autrui nécessitent le

---

<sup>53</sup> S.A. 2003, c.F-4.5.

<sup>54</sup> *Supra* note 11.

<sup>55</sup> Art. 12 (7), *supra* note 53.

consentement de la mère porteuse. La Nouvelle-Écosse<sup>56</sup> et Terre-Neuve et Labrador<sup>57</sup> ont aussi légiféré dans le même sens.

Les tribunaux de common law n'ont pas encore eu à se prononcer sur la validité de telles ententes en cas de désaccord entre la mère porteuse et les parents génétiques. La loi de l'Alberta énonce que les contrats de mère porteuse gestationnelle ne peuvent pas faire l'objet d'une exécution forcée. La mère porteuse gestationnelle demeure donc la mère de l'enfant, si elle décide de garder l'enfant. Il est à prévoir que les tribunaux des autres provinces de common law s'inspireront de cette loi qui respecte la notion d'ordre public en matière contractuelle<sup>58</sup>.

#### **LE DISCOURS DE L'ÉGALITÉ ET DE L'ALTRUISME COMME FONDEMENT**

Cette pratique soulève de nombreuses contradictions, ce qui explique les différentes formes d'interventions des États, de l'interdiction totale au libre choix. Déjà en 1993, la Commission Baird, qui avait proposé d'interdire toute forme de maternité de substitution, compte tenu des risques d'exploitation pour les femmes et les enfants<sup>59</sup>, témoignait de l'absence de consensus sur ce sujet<sup>60</sup>. À la fin des années 1980, le Barreau du Québec et le Conseil du statut de la femme

---

<sup>56</sup> *Birth Registration Regulations*, O.I.C. 2007-498 (September 20, 2007), N.S. Reg. 390/2007.

<sup>57</sup> S.N.L. 2009 c. V-6.01.

<sup>58</sup> S.M. Waddams, *The Law of Contracts*, 5<sup>e</sup> éd., Aurora, Canada Law Book, 2005 aux pp. 397 et s.

<sup>59</sup> *Supra* note 48.

<sup>60</sup> *Supra* note 48 à la p. 754.

prenaient position contre la maternité de substitution<sup>61</sup>. Pourtant, la loi fédérale sur la procréation assistée permet les contrats altruistes (art. 6 a contrario), seules les dépenses étant remboursées (les règlements n'ont pas encore été adoptés, art. 12).

Dans le cadre de la révision des lois françaises de bioéthique de 2004, un rapport du Sénat propose de permettre la gestation pour autrui altruiste (à l'exclusion de la procréation pour autrui), mais encadrée de façon très stricte<sup>62</sup>. Tout comme la loi canadienne, les auteurs du rapport français se fondent sur l'idée de don, la gratuité protégeant contre l'exploitation des mères porteuses et l'instrumentalisation des enfants. Il ne s'agirait pas d'abandon d'enfant, car ce dernier a été voulu par ses parents intentionnels. Ils soulignent le tourisme procréatif pratiqué par les couples français vers des pays aux lois plus souples que la nouvelle loi pourrait endiguer, et des expériences positives dans d'autres pays d'Europe<sup>63</sup>. Ils citent aussi des études confirmant la satisfaction des mères porteuses<sup>64</sup>. En limitant le recours à cette technique dans le cas

---

<sup>61</sup> Voir Barreau du Québec, *supra* note 46 à la p. 39 ; Conseil du Statut de la femme, *supra* note 46.

<sup>62</sup> Voir *supra* note 22. Voir Sylviane Agacinski, *Corps en miettes*, Paris, Flammarion, 2009; Christian Rioux, « L'enfant à tout prix », *Le Devoir*, Montréal, 27 juin 2008 A-3.

<sup>63</sup> En Grande-Bretagne, par exemple, où la gestation pour autrui et la procréation pour autrui à titre gratuit sont permises. *Surrogacy Arrangements Act* 1985, c. 49; *Human Fertilization and Embryology Act*, 1990, c. 37. Voir Myriam Hunter-Henin, « Surrogacy: Is there Room for a New Liberty Between the French Prohibitive Position and the English Ambivalence? » dans Michael Freeman (dir.), *Law and Bioethics*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 329.

<sup>64</sup> Voir Hélène Ragoné, *Surrogate Motherhood : Conception in the Heart*, Boulder, Westview Press, 2004; « Interviews with surrogate mothers in Britain » (1994) 12 *Journal of Reproductive and Infant Psychology* 189-198; Van der Akker OBA, « Genetic and gestational



de couples demandeurs infertiles hétérosexuels, ils se défendent ainsi de reconnaître un droit à l'enfant à toutes les personnes.

La maternité de substitution peut être vue comme permettant une plus grande liberté individuelle : la liberté de femmes qui veulent être mère porteuse et la liberté des couples infertiles qui veulent des enfants. Cependant, cette technique peut aussi miner la liberté individuelle, celle des femmes qui se sentent obligées d'être mère porteuse<sup>65</sup> - pression sociale, familiale, financière - et la liberté des personnes infertiles qui subissent la pression de leur conjoint de recourir à la maternité de substitution plutôt que l'adoption.

La maternité de substitution peut être une source de pouvoir pour les mères porteuses et leur permettre d'atteindre l'égalité. Elles peuvent gagner de l'argent. Cependant, la maternité de substitution peut porter atteinte au droit à l'égalité en exploitant les femmes pauvres et en renforçant le rôle de prise en charge des femmes, en réduisant les femmes à leur utérus, et en reproduisant la société patriarcale. La maternité de substitution peut engendrer d'autres sortes d'inégalités, comme

---

surrogate mother's experience of surrogacy » (2003) 21 *Journal of Reproductive and Infant Psychology* 145-161; Hélène Ragoné, « Of Likeness and Difference: How Race is Being Transformed by Gestational Surrogacy », *supra* note 23; Brenda M. Baker, « A Case for Permitting Altruistic Surrogacy » (1996) 11: 2 *Hypathia* 34. Karen Busby analyse la recherche empirique américaine et britannique auprès de mères porteuses, *supra* note 51.

<sup>65</sup> Voir Québec, Commission de l'éthique de la science et de la technologie, *Éthique et procréation assistée : des orientations pour le don de gamètes et d'embryons, la gestation pour autrui et le diagnostic préimplantatoire*, chap. 3, 30 octobre 2009.

la marchandisation des enfants et peut reproduire des hiérarchies sociales et raciales<sup>66</sup>.

Cette technique renforce la famille traditionnelle en permettant à des couples infertiles d'avoir des enfants qui leur sont liés génétiquement. Mais cette pratique déstabilise aussi la conception traditionnelle de la famille. Elle permet à des couples gays ou à des personnes seules de former des familles<sup>67</sup>, ce qui remet en question l'image de la famille traditionnelle avec deux parents hétérosexuels ayant des liens génétiques avec leurs enfants. La maternité de substitution ébranle les fondements de la famille traditionnelle même lorsqu'un couple hétérosexuel l'utilise, en l'absence de liens génétiques entre les parents et les enfants. La famille devient donc une construction sociale. Cette pratique fait entrer le contrat, l'argent et le libre marché (pour les contrats commerciaux) dans la famille.

Une tendance semble se dessiner vers l'encadrement législatif de la gestation pour autrui à titre gratuit, dans le cas où l'un des conjoints est infertile et où l'un des membres du couple au moins sera le parent génétique, comme le propose la loi albertaine<sup>68</sup> et l'une des récentes décisions de la Cour du Québec<sup>69</sup>. La mère porteuse n'a donc aucun lien génétique avec l'enfant. L'idée du respect de l'égalité semble justifier cette technique. D'abord, une égalité entre toutes les femmes infertiles. Comme le précise le rapport français, « [i]l peut paraître singulier que l'accès à ces techniques soit ouvert à la femme privée de la possibilité de concevoir mais pas de porter un enfant et refusé à la femme privée de la possibilité de porter

---

<sup>66</sup> Voir Hélène Ragoné, « Chasing the Blood Tie : Surrogate Mothers, Adoptive Mothers and Fathers » (1996) 23 Am. Ethnologist 352.

<sup>67</sup> Le Code civil permet aussi à ces personnes d'adopter, art. 546 C.c.Q.

<sup>68</sup> *Supra* note 53.

<sup>69</sup> *Supra* note 30.

mais pas de concevoir un enfant. »<sup>70</sup> Ensuite, l'égalité entre toutes les familles, qu'elles soient unies par des liens de sang ou pas, qu'elles soient hétérosexuelles ou homosexuelles, afin de respecter la diversité des familles. Tous les couples ont le droit à la procréation. Tous les dons (de sang, de sperme, d'ovule) s'équivalent. Enfin, la maternité de substitution doit être rapprochée de l'adoption. Cette dernière est permise ; l'autre le devrait aussi. Dans les deux cas, un enfant change de famille et tout le monde est heureux.

Ce discours d'égalité très d'actualité gomme d'autres réalités. En fait, il s'agit du concept d'égalité-symétrie selon lequel tous doivent être traités de la même façon. Pourtant, cette approche ne permet pas d'atteindre l'égalité réelle. Le discours égalité-symétrie qui entoure la maternité de substitution rend invisible le corps de la mère porteuse. Pour respecter le droit à la procréation de tous les couples et de toutes les personnes célibataires, en supposant qu'un tel droit existe, la solution réside dans la location, l'emprunt, ou la mise à la disposition d'un utérus qui, pour le moment, se trouve encore dans le corps d'une femme. Il cache la création d'un enfant de toute pièce. La maternité de substitution ne ressemble pas à l'adoption : dans ce dernier cas, l'enfant est déjà là. Il ignore les risques pour la santé. Le don de sang ou de sperme n'équivaut pas au don d'ovule, compte tenu des médicaments à prendre pour assurer une meilleure récolte d'ovules. Les risques encourus pour une femme qui se prête à la fécondation in vitro et ensuite à la grossesse et l'accouchement ne sont pas du même ordre que pour un don de sang ou de sperme. Dans le cas de la gestation pour autrui, il est permis de s'interroger sur la nature du don : don de temps, d'enfant, don de capacité à assurer une grossesse?

---

<sup>70</sup> Rapport, *supra* note 22 à la p. 67.

Dans la décision de juillet 2009 de la Cour du Québec, le caractère purement altruiste du geste de la mère porteuse semble avoir joué un rôle important dans l'opinion du juge, qui qualifie la démarche de la mère porteuse d'un « cadeau vraiment hors du commun »<sup>71</sup>. De même dans la première décision, le juge utilise des expressions à caractère commercial qui dénotent sa désapprobation de l'aspect pécuniaire du projet parental: « location d'utérus », le bébé a été « livré », le couple a « décidé de faire affaire avec elle ». Le discours du don cache d'autres enjeux<sup>72</sup>. Les cliniques de fertilité et les médias jouent beaucoup sur l'image du don. La maternité de substitution serait moralement acceptable parce qu'elle est vue comme un acte d'amour et de don de soi, don de vie, ce qui est en accord avec l'image culturelle de la femme qui aide autrui. Quant à la maternité de substitution commerciale, elle serait moralement inacceptable parce que la femme serait égoïste et profiteuse. Le caractère commercial minerait la qualité du consentement et serait source d'exploitation pour la mère porteuse. Pourtant, la ligne peut être bien mince entre le montant des dépenses remboursées et le paiement pour le service. Aucun geste n'est purement altruiste: la mère gestationnelle y gagne certainement l'estime du couple intentionnel. Même dans les cas de mère porteuse rémunérée, l'aspect financier est ignoré: le montant est très petit et la femme le fait avant tout pour des motifs altruistes. Le contrat altruiste renforce l'image de la femme aidante. Pourtant, dans les deux sortes de contrat, à titre gratuit ou onéreux, il y a marchandisation d'un enfant, les risques pour la santé de la mère porteuse sont réels, l'exploitation de femmes vulnérables est possible et les effets sur les autres membres de la famille de la mère porteuse

---

<sup>71</sup> *Supra* note 30 au para 14.

<sup>72</sup> Voir Rakhi Ruparelia, « Giving away the gift of life : Surrogacy and the Canadian Assisted Human Reproduction Act » (2007) 23 Can. J. Fam. L. 11; S.R. Anleu, « Surrogacy: for love but not for money » (1992) 6 Gender and Society 30.

peuvent être présents<sup>73</sup>. L'absence d'argent n'efface pas toute forme d'exploitation, comme les pressions familiales et sociales. De plus, les contrats gratuits reproduisent l'idée que les femmes travaillent gratuitement et ils maintiennent ainsi les stéréotypes. Dans d'autres contextes, un travail non rémunéré violerait les normes en droit du travail. On doit s'interroger sur les valeurs imposées aux femmes dans ce contexte et l'exploitation de leur rôle traditionnel de reproduction.

À mon avis, la pratique des mères porteuses, avec ou sans apport génétique, à titre gratuit ou onéreux, conduit à l'exploitation des femmes qui sont ramenées à leur rôle de reproduction. Mais compte tenu de la tendance actuelle en faveur de cette pratique qui se dessine - la maternité de substitution se présente comme une réelle option pour les couples infertiles<sup>74</sup> - et de la réaction positive des tribunaux québécois et canadiens, je considère que les contrats à titre onéreux, strictement encadrés par une loi, devraient être permis<sup>75</sup>. Ainsi, la juste valeur du travail accompli par les femmes serait reconnue.

### CONCLUSION

Par la décision de juillet 2009 de la Cour du Québec en matière d'adoption qui avalise la pratique de la maternité de

---

<sup>73</sup> Deborah L. Spar, « For love and money: the political economy of commercial surrogacy » (2005) 12 : 2 Rev. of Intern. Political Economy 287- 309 à la p. 309.

<sup>74</sup> Ragoné affirme que le désir d'enfants reliés génétiquement à leurs parents explique la popularité de la maternité gestationnelle. *supra* note 23 à la p. 60.

<sup>75</sup> Ontario Law Reform Commission, *Report on Human Artificial Reproduction and Related Matters*, Toronto: Ministry of the Attorney General, 1985, vol. 2.

substitution gestationnelle, intrafamiliale et à titre gratuit, le Québec rejoint le droit des autres provinces. Avec la dernière décision qui ouvre la porte au tourisme procréatif de luxe, le Québec dépasse le droit des autres provinces.

Il me semble que le Québec devrait revoir sa législation sur le sujet pour répondre à de nouvelles réalités sociales. Trop de questions sont laissées en suspend par les trois décisions. Des études empiriques longitudinales devraient être menées auprès de mères porteuses, des couples intentionnels et des différents intervenants. Dans son rapport d'octobre 2009, la Commission de l'éthique de la science et de la technologie du Québec recommandait au gouvernement québécois de maintenir le principe de la nullité des contrats de gestation pour autrui<sup>76</sup>. Ainsi, la mère porteuse peut toujours changer d'idée et le couple intentionnel sait qu'il prend des risques.

Il ne faut cependant pas être dupe. Le discours du don de soi et du respect de l'égalité n'est qu'un écran de fumée. La procréation pour autrui et la gestation pour autrui ne constituent pas un don, ni une mesure pour atteindre l'égalité ou une manifestation de l'autonomie décisionnelle des femmes. Il ne s'agit pas d'une simple « technique d'assistance médicale à la procréation permettant de pallier les insuffisances utérines de femmes en mesure de concevoir des enfants, mais empêchées de les porter pour des raisons d'ordre pathologique »<sup>77</sup>. Si l'indisponibilité du corps humain constitue un principe cardinal de notre société (art. 3 et 10 C.c.Q.), les fondements de cette pratique doivent être sérieusement scrutés.

---

<sup>76</sup> *Supra* note 65.

<sup>77</sup> Monique Bandrac, Geneviève Delaisi de Parseval, et Valérie Depadh-Sebag, « Repenser la prohibition de la gestation pour autrui ? », recueil Dalloz, 2008 n° 7, 434 à la p. 440.

