

La Cour d'appel du Québec et la maternité de substitution dans la décision *Adoption-1445* : quelques lumières sur les zones d'ombre et les conséquences d'une « solution la moins insatisfaisante »

*Louise LANGEVIN**

Quebec's Court of Appeal and Surrogacy in the *Adoption-1445* case : Some Light on Gray Areas and the Consequences of the « Least Unsatisfactory Solution »

La Corte de Apelación de Quebec y la maternidad subrogada en la decisión *Adopción-1445*: algunas luces sobre zonas de sombra y las consecuencias de la « solución menos insatisfactoria »

A Corte de Apelação do Quebec e a maternidade de substituição na decisão *Adoção-1145*: algumas luzes sobre as zonas de sombra e as consequências de uma « solução menos insatisfatória »

魁北克上诉法院与“收养-1445”判决中的代孕母亲身份：对“灰色地带”和“最不令人不满意解决方案”后果的几点思考

Résumé

À l'aube du nouveau millénaire, le mariage et la famille traditionnels, institutions dans lesquelles l'homme jouissait de l'autorité maritale et paternelle, ont fait place aux conjugalités et aux parenta-

Abstract

In this new millennium, the institutions of the traditional marriage and family, where the man enjoyed matrimonial and paternal authority, have been replaced by different forms of conjugal

* Professeure titulaire, Faculté de droit, Université Laval. L'auteure tient à remercier sa collègue Christelle Landheer-Cieslak pour ses commentaires.

lités, conceptions plurielles dans lesquelles l'État doit respecter l'autonomie et la liberté de choix des conjoints. Le droit est souvent en décalage avec ces nouvelles réalités en mouvance. L'avancement de la science en matière de procréation a participé à cette redéfinition. La fragmentation de la maternité – par le don d'ovules et la maternité de substitution – rend possible et accessible l'impensable d'autrefois. La Cour d'appel du Québec s'est prononcée pour la première fois sur la question de la maternité de substitution. Elle constitue un exemple de changement dans la portée de la notion d'ordre public familial, un exemple de l'influence des avancées de la médecine sur le droit et de l'influence de l'individualisation en droit de la famille. Dans sa décision, la Cour d'appel propose une solution qu'elle qualifie de « la moins insatisfaisante ». Selon l'auteure, bien que la décision soit pragmatique, elle ne répond pas à toutes les questions. L'auteure aborde la reconfiguration de l'ordre public en droit familial proposée par la décision et l'éviction de la mère porteuse.

Resumen

En los albores del nuevo milenio, las instituciones del matrimonio y la familia tradicionales, en las que el hombre disfrutaba de la autoridad marital y paternal, han dado paso a la conyugalidad y la parentalidad, concepciones plurales en las que el Estado debe respetar la autonomía y la libertad de elección de los cónyuges. El derecho presenta con frecuencia un desfase con estas nuevas realidades en movimiento. El avance de la ciencia en materia de procreación ha participado en esta redefinición. La fragmentación de la

unions and parentage, in which the State must respect the spouses' freedom of choice. The law is quite often out of sync with new social realities. Progress in assisted reproduction has taken part in this redefinition. The fragmentation of motherhood – by ovum gift and surrogacy – makes possible what was impossible not too long ago. The Quebec Court of Appeal has rendered its first decision on surrogacy. This decision exemplifies changes in the notion of familial public order, the influence of science on law and the influence of individualism on family law. In the decision, the judges of the Court of Appeal propose a solution that they qualify as the «least unsatisfactory». The author takes position that the decision, even if it is pragmatic, does not answer all the questions. The author deals with the reconfiguration of familial public order and the eviction of the surrogate mother.

Resumo

No começo de novo milênio, a instituição do casamento e da família tradicionais, nas quais o homem gozava da autoridade marital e paternal, deram lugar a diferentes formas de conjugalidade e paternidade, concepções plurais nas quais o Estado deve respeitar a autonomia e a liberdade de escolha dos cônjuges. O direito está com frequência em descompasso em relação à realidade social em evolução. O avanço da ciência em matéria de reprodução faz parte desta redefinição. A fragmentação da maternidade

maternidad – por la donación de óvulos y la maternidad subrogada – hace posible y accesible lo que antes era impensable.

La Corte de Apelación de Quebec se ha pronunciado por primera vez sobre el tema de la maternidad subrogada. Esto constituye un ejemplo de cambio en el alcance del concepto de orden público familiar, un ejemplo de la influencia de los avances médicos sobre el derecho y de la influencia de la individualización en derecho de familia. En su decisión, la Corte de Apelación propone una solución que ella califica como «la menos insatisfactoria». Según la autora, aunque la decisión es pragmática, no responde a todas las preguntas. La autora aborda la reconfiguración del orden público en derecho de familia propuesto por la decisión y la evicción de la madre subrogada.

– pela doação de óvulos e a maternidade de substituição – torna possível e acessível o que outrora era impensável. A Corte de Apelação do Québec se pronunciou pela primeira vez sobre a questão da maternidade de substituição. Ela constitui um exemplo de mudança sobre a noção de ordem pública familiar, um exemplo da influência dos avanços da medicina sobre o direito e da influência da individualização dos direitos da família. Na sua decisão, a Corte de Apelação propõem uma solução que qualifica de «a menos insatisfatória». Segundo a autora, ainda que a decisão seja pragmática, ela não responde a todas as questões. A autora aborda a reconfiguração da ordem pública em direito de família proposta pela decisão e a evicção da mãe substituta.

摘要

新千年伊始，传统的婚姻与家庭制度——男人享有婚姻与家庭关系中的权威——让位于多元化的配偶关系和亲子关系，国家必须尊重择偶的自主和自由。法律通常跟不上不断变化的新现实。有关人工受孕的法学发展也使得婚姻家庭关系需要重新定义。卵子捐赠和代孕造成母亲身份的碎片化，把过去无法想象的事情变成现实和可能。魁北克上诉法院首次就代孕问题作出裁判。该判决很好地反映了家庭公共秩序概念的变革，医学进步对法律的影响，以及个人主义对家庭法的影响。上诉法院在其判决中提出了一个“最不令人不满意”的解决方案。就本文作者看来，尽管该判决非常实用主义，但并没有回答所有的问题。作者探讨了该判决所提出的家庭法上公共秩序的重构问题和代孕母亲所有权追夺问题。



Plan de l'article

Introduction	457
I. La solution « la moins insatisfaisante » de la Cour d'appel: la teneur de la décision	461
II. L'analyse de la solution « la moins insatisfaisante » de la Cour d'appel	464
A. La reconfiguration de la notion d'ordre public familial	467
B. Le paradoxe du pouvoir et de l'éviction de la mère porteuse.	476
Conclusion	483



Au Québec, tout comme en Occident, entre autres sous l'impulsion de l'individualisme¹, renforcé par le discours sur les droits fondamentaux², et des revendications féministes, l'union conjugale, la maternité, la paternité, la filiation et la famille se redéfinissent³. À l'aube du nouveau millénaire, l'institution du mariage et de la famille traditionnels, dans lesquelles l'homme jouissait de l'autorité maritale et paternelle⁴, ont fait place aux conjugalités et aux parentalités, conceptions plurielles dans lesquelles l'État doit respecter l'autonomie et la liberté de choix des conjoints. Les statistiques témoignent de cette métamorphose : la baisse du taux de nuptialité⁵, l'augmentation du taux de divorce⁶, la baisse du taux de fécondité⁷, l'augmentation du

¹ Jean-Louis RENCHON, « La prégnance de l'idéologie individualiste et libérale dans les récentes réformes du droit de la personne et de la famille », dans Hugues FULCHIRON (dir.), *Mariage – conjugalité. Parenté – parentalité*, Paris, Dalloz, 2009, p. 209 ; Pierre MURAT, « Individualisme, libéralisme, légistique », dans Hugues FULCHIRON (dir.), *Mariage – conjugalité. Parenté – parentalité*, Paris, Dalloz, 2009, p. 237 ; Gérard NEYRAND, « Idéation du conjugal et fragilisation du couple, ou le paradoxe de l'individualisme relationnel », (2002) 155 *Dialogue* 80.

² Entre autres, le droit à l'égalité : Benoît MOORE, « Maternité de substitution et filiation en droit québécois », dans *Liber Amicorum – Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Paris, Dalloz, 2013, p. 859 ; Robert LECKEY et Nicholas BALA, « Les trente années de la Charte canadienne en droit de la famille », (2012) 42 *R.D.U.S.* 409.

³ Benoît MOORE, « Culture et droit de la famille : de l'institution à l'autonomie individuelle », (2009) 54 *R.D. McGill* 257 ; Marie-France BUREAU et Kim DESILETS, « Du mariage gai à la polygamie : triomphe du droit à l'égalité? », (2011) 89 *R. du B. can.* 39.

⁴ Jacques BOUCHER, « L'histoire de la condition juridique et sociale de la femme au Canada français », dans Jacques BOUCHER et André MOREL (dir.), *Le droit dans la vie familiale : Livre du centenaire du Code civil (1)*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1970, p. 155.

⁵ Depuis le milieu des années 2000, 32 % des femmes et 29 % des hommes se marieront une fois au cours de leur vie : Céline LE BOURDAIS, « Annexe – Portrait démographique des changements familiaux au Québec. Quelques faits saillants », dans *Lettre au ministre de la Justice par le Comité consultatif sur le droit de la famille / Rapport sur l'opportunité d'une réforme globale du droit de la famille québécois*, 12 septembre 2013.

⁶ La proportion de couples mariés qui divorceront avant leur 30^e anniversaire de mariage est présentement estimée à 41 % : STATISTIQUE CANADA, *Les causes de divorce traitées par les tribunaux civils en 2010-2011*, par Mary BESS KELLY, mars 2012, en ligne : <<http://www.statcan.gc.ca/pub/85-002-x/2012001/article/11634-fra.htm>> (consulté le 31 mars 2015).

⁷ INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, « Les naissances au Québec en 2012 : un peu moins de 1,7 enfant par femme », par Chantal GIRARD, avril 2013.

nombre d'unions de fait⁸ et d'enfants nés hors mariage⁹, l'augmentation de la monoparentalité et des familles recomposées, la tendance aux unions monogames sérielles¹⁰. Le droit est souvent en décalage avec ces nouvelles réalités en mouvance.

L'avancement de la science en matière de procréation a aussi participé à cette redéfinition de la famille. L'impensable d'autrefois est le possible et l'accessible d'aujourd'hui. La science a permis entre autres « l'éclatement de la maternité » : grâce à la contraception, une activité sexuelle sans reproduction est possible ; grâce à la procréation médicalement assistée (PMA), à la fécondation in vitro (FIV) et à l'utérus d'une mère porteuse, la maternité peut être envisagée sans grossesse et une grossesse sans maternité. Selon le *Code civil du Québec* (art. 539.1), un enfant peut avoir deux mères. La paternité peut se réaliser sans mère légale, le conjoint du père biologique pouvant adopter l'enfant¹¹. Comme le permet le nouveau droit de la famille de la Colombie-Britannique, un enfant pourrait avoir cinq parents, si ces derniers y consentent avant sa conception : ses deux parents intentionnels, la mère porteuse, la donneuse d'ovules et le donneur de sperme¹². Entre la femme qui fournit les ovules, celle qui porte l'enfant et celle qui l'élève, la maternité se cherche¹³.

En réponse aux avancées scientifiques en matière de procréation, plusieurs pays occidentaux ont été confrontés à l'encadrement juridique de la maternité de substitution¹⁴. Du laisser-faire, comme dans certains États

⁸ En 2006, un peu plus du tiers des personnes en couple (34,7 % des hommes et 34,5 % des femmes) vivent en union libre, soit une progression de près de 5 points de pourcentage par rapport à 2001 (30,3 % des hommes et 30,1 % des femmes). Au moins la moitié des personnes de moins de 35 ans, en couple, optent pour ce type d'union : MINISTÈRE DE LA FAMILLE ET DES AÎNÉS, *Un portrait statistique des familles au Québec 2011*, Québec, Publications du Québec, 2011.

⁹ Au Québec, 63 % des enfants naissent hors mariage (*id.*).

¹⁰ Christine CORBEIL et Francine DESCARRIES, « La famille, une institution sociale en mutation », (2003) 16 *Nouvelles pratiques sociales* 16. Pour un portrait de la famille et du couple au Québec, voir : C. LE BOURDAIS, préc., note 5.

¹¹ Par consentement spécial à l'adoption de la mère porteuse et du père biologique (C.c.Q., art. 555). Voir : *Adoption-09558*, 2009 QCCQ 20292.

¹² *Family Law Act*, SBC 2011, c. 25, s. 30.

¹³ Rappelons la maxime « *Mater semper certa est* ». (La femme qui accouche est la mère de l'enfant, C.c.Q., art. 111.)

¹⁴ La terminologie pour désigner ce phénomène ne peut être neutre. La Loi fédérale sur la procréation assistée (*Loi sur la procréation assistée*, L.C. 2004, c. 2) utilise le terme

américains, à une interdiction totale, comme en France, toute la gamme des solutions législatives a été adoptée dans ce domaine¹⁵. L'interdiction pure et simple a maintenant fait place à une plus grande ouverture législative, le droit reflétant l'acceptation sociale d'une telle pratique. Le Québec ne fait pas exception.

En juin 2014, à la suite de jugements contradictoires d'instances inférieures portant sur des requêtes en ordonnance de placement en vue d'adoption d'enfants nés de mères porteuses¹⁶, la Cour d'appel du Québec a rendu sa première décision sur cette question¹⁷. Plus que de simplement entériner un courant jurisprudentiel, la décision unanime de la Cour d'appel marque un tournant. Elle constitue un exemple de changement dans la portée de la notion d'ordre public familial, un exemple de l'influence des avancées de la médecine sur le droit et de l'influence de l'individualisation

« mère porteuse » (art. 6). Le *Code civil du Québec* utilise une périphrase « une femme s'engage à procréer ou à porter un enfant pour le compte d'autrui » (C.c.Q., art. 541). Le terme « mère porteuse » a attiré des critiques : une mère peut-elle être seulement « porteuse » ? Cette appellation est très réductrice et ramène la femme à un incubateur (la femme machine, le four à pain). 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, la prise de médicaments dont les effets ne sont pas connus, les neuf mois de grossesse, un accouchement et la remise d'un enfant. Nous utiliserons l'expression « mère porteuse » pour désigner la femme qui se prête à cette pratique. Voir : Louise VANDELAC, « Sexe et technologies de procréation : “mères porteuses” ou la maternité déportée par la langue ... », (1987) 19 *Sociologie et sociétés* 97 ; Louise VANDELAC, « La reproduction médiatiquement assistée », dans *Encyclopédie de l'Agora*, 2012, en ligne : <http://agora.qc.ca/documents/reproduction--la_reproduction_mediatiquement_assistee_par_louise_vandelac> (consulté le 31 mars 2015).

¹⁵ Françoise MONÉGER (dir.), *La gestation pour autrui, Surrogate Motherhood*, Actes du XVIII^e Congrès International de droit comparé, Washington DC, Paris, Société de législation comparée, 2011 ; Geneviève SCHAMPS et Jehanne SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013.

¹⁶ Pour l'analyse de la jurisprudence sur le sujet : Louise LANGEVIN, « Réponse jurisprudentielle à la pratique des mères porteuses au Québec : une difficile réconciliation », (2010) 26 *R. can. D.F.* 171 ; Michelle GIROUX, « Le recours controversé à l'adoption pour établir la filiation de l'enfant né d'une mère porteuse : entre ordre public contractuel et intérêt de l'enfant », (2011) 70 *R. du B.* 509 ; Marie-France BUREAU et Édith GUILHERMONT, « Maternité, gestation et liberté : réflexions sur la prohibition de la gestation pour autrui en droit québécois », (2011) 4 *Revue de droit et santé de McGill* 43.

¹⁷ *Adoption-1445*, 2014 QCCA 1162, inf. *Adoption-12464*, 2012 QCCQ 20039.

en droit de la famille. Dans sa décision, la Cour d'appel propose une solution qu'elle qualifie de « la moins insatisfaisante »¹⁸. Comme le laisse entendre cette qualification, le tribunal mesure les difficiles enjeux soulevés. La Cour d'appel accepte que l'adoption devienne une procédure de correction du registre de l'état civil pour reconnaître la maternité ou la paternité des parents intentionnels, à défaut de procédure administrative. Ce faisant, elle entérine la pratique et la facilite. Le droit québécois s'aligne ainsi sur celui des autres provinces canadiennes¹⁹, les couples québécois n'ayant plus besoin en principe d'aller à l'étranger et les cliniques de fertilité pouvant offrir des services de gestation pour autrui au grand jour (en respectant certaines conditions que nous verrons plus loin). Mais la décision laisse dans l'ombre de nombreux aspects, auxquels la loi fédérale n'a pas répondu et le Québec n'a pas adopté de cadre législatif dans ce domaine²⁰.

Dans un premier temps, je résumerai la position de la Cour d'appel, la solution « la moins insatisfaisante », selon les termes employés par le juge lui-même. Puis, dans un second temps, je mettrai en perspective cette décision. Deux aspects seront abordés. Je me pencherai sur le recadrage de la notion d'ordre public en droit de la famille, notion qui semble avoir de moins en moins de place dans ce domaine. La décision de la Cour d'appel permet aussi de réfléchir aux rapports de pouvoir entre les parties impliquées dans le projet parental et à l'éviction de la mère porteuse.

Dans toutes les décisions concernant des requêtes pour ordonnance de placement en vue d'adoption, présentées par les parents intentionnels d'enfants issus de mères porteuses, il s'agit d'une histoire heureuse. Les parents intentionnels, qui peuvent aussi être les parents biologiques, ont réalisé leur rêve le plus cher, avoir un enfant. La mère porteuse est aussi heureuse et consent à l'adoption de son enfant. Quant à l'enfant, il a certes été désiré. Il est heureux. Toutes ces personnes et leurs avocats se présen-

¹⁸ *Id.*, par. 66.

¹⁹ Pour un portrait de la situation actuelle dans les provinces canadiennes: MANITOBA LAW REFORM COMMISSION, *Assisted Reproduction: Legal Parentage and Birth Registration, Issue Paper*, Winnipeg, avril 2014. Voir en Alberta (*Family Law Act*, S.A. 2003, c. F-4.5); en Nouvelle-Écosse (*Birth Registration Regulations*, N.S. Reg. 390/2007 et *Vital Statistics Act*, R.S.N.S. 1989, c. 494); au Manitoba (*Family Maintenance Act*, C.C.S.M., c. F-20); en Colombie-Britannique (*Family Law Act*, préc., note 12) et en Ontario (*Vital Statistics Act*, R.S.O. 1990, c. V.4 et *Children's Law Reform Act*, R.S.O. 1990, c. C.12).

²⁰ La *Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée*, RLRQ, c. A-5.01, ne traite pas de la maternité de substitution.

tent devant un juge pour modifier le registre de l'état civil par une requête qui mènera à l'adoption, puisqu'aucun autre moyen au Québec ne permet de le modifier lorsqu'un enfant est né de la technique de la maternité de substitution. En fait, il est plutôt rare qu'un tribunal ait à se prononcer sur une histoire heureuse, dans laquelle toutes les parties s'entendent. Le tribunal règle plutôt des conflits. Comme le révèlent les banques jurisprudentielles informatisées, très peu de décisions publiées et accessibles au Canada portent sur un conflit juridique entre la mère porteuse et le couple intentionnel²¹. Les décisions concernent plutôt des mésententes entre les parents intentionnels et l'État, soit le directeur de l'état civil, afin de faire corriger le nom de la mère de l'enfant apparaissant à la déclaration de naissance de ce dernier ou le nom du père, conjoint du père biologique.

I. La solution « la moins insatisfaisante » de la Cour d'appel : la teneur de la décision

Dans la présente affaire, à la suggestion de leur clinique de fertilité et à la suite de nombreux échecs avec d'autres techniques de procréation, le couple intentionnel avait fait affaire avec une mère porteuse gestationnelle, une amie de la famille, et une donneuse d'ovules, rencontrée via Internet, pour la conception et la naissance de leur premier enfant. Les procédures d'adoption s'étaient bien déroulées. Trois ans plus tard, ils ont fait encore

²¹ Karen BUSBY et Delaney VUN rapportent deux cas canadiens d'un tel conflit aux notes 38 et 39: Karen BUSBY et Delaney VUN, « Revisiting The Handmaid's Tale: Feminist Theory Meets Empirical Research on Surrogate Motherhood », (2010) 26 *Can. J. of Family Law* 13. Par ailleurs, au Québec, les parties au contrat ne peuvent saisir un tribunal en cas de non-respect du contrat. Mais des litiges existent. Voir: « Cauchemar d'une mère porteuse », TVA Nouvelles, 6 septembre 2012, en ligne: <<http://tvanouvelles.ca/lcn/infos/regional/estduquebec/archives/2012/09/20120906-231421.html>> (consulté le 31 mars 2015). Au Québec, un couple intentionnel, dont la conjointe est elle-même enceinte de jumeaux à la suite de traitement de fertilité, ne veut plus recevoir les jumeaux dont la mère porteuse, avec laquelle ils ont fait affaire, est enceinte. Cette dernière ne peut les garder. La mère porteuse cherchait une famille pour accueillir ses jumeaux. Nous ne connaissons pas le dénouement de cette histoire. Voir aussi: « Une mère porteuse abandonnée témoigne de son expérience », Radio-Canada, 13 septembre 2011, en ligne: <<http://ici.radio-canada.ca/regions/atlantique/2011/09/13/008-temoignage-mere-porteuse-bathurst-nb.shtml#!>> (consulté le 31 mars 2015): les parents intentionnels britanniques se séparent pendant la grossesse de la mère porteuse (du Nouveau-Brunswick), enceinte de jumeaux. Ni les parents intentionnels, ni la mère porteuse ne sont en mesure de garder les enfants.

appel à la même mère porteuse gestationnelle et une donneuse d'ovules pour obtenir un deuxième enfant. Contrairement à la première fois, la juge de la Chambre de la jeunesse a refusé d'accorder la requête pour ordonnance de placement en vue d'adoption de l'enfant. D'abord, la juge a considéré que la mère porteuse a reçu une rémunération (environ 9 000 \$), ce qui est contraire à l'article 135.1 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*²² et à l'article 6(1) de la *Loi sur la procréation assistée*²³. La donneuse d'ovules aurait reçu 2 000 \$, ce qui contrevient à l'article 7(1) de la *Loi sur la procréation assistée*²⁴ et à l'article 25 C.c.Q. Ensuite, se basant sur une décision antérieure qui avait refusé l'adoption d'un enfant dans des circonstances similaires²⁵, la juge a considéré qu'il s'agissait d'un détournement de l'institution de l'adoption. Elle a souligné aussi que le législateur devrait clarifier la situation²⁶. Cette décision a été portée en appel.

La Cour d'appel infirme la décision de première instance et accorde la requête en adoption. Comme la juge de première instance avait déterminé qu'il y avait eu rémunération de la mère porteuse, ce qui contrevient à la *Loi sur la protection de la jeunesse*²⁷ et à la *Loi sur la procréation assistée*²⁸, la Cour d'appel règle d'abord cette question. Sous la plume du juge Morissette, elle décide qu'il n'y a pas de preuve en l'espèce qu'une rémunération a été versée à la mère porteuse pour obtenir son consentement à l'adoption de l'enfant, ce que prohibe l'article 135.1 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*²⁹, ou que la donneuse d'ovules a reçu une rémunération contrairement à l'article 7 de la *Loi sur la procréation assistée*³⁰.

Après avoir résumé la jurisprudence et la doctrine sur le sujet et noté les divergences, le juge Morissette recherche l'intention du législateur: la nullité absolue du contrat de maternité de substitution prévue à l'article 541 C.c.Q. interdit-elle par le fait même l'adoption de l'enfant par le conjoint ou la conjointe du père biologique? Le juge conclut au silence du législateur sur ce sujet, qui n'a jamais donné suite à la recommandation du

²² RLRQ, c. P-34.1.

²³ Préc., note 14.

²⁴ *Id.*

²⁵ *Adoption-091*, 2009 QCCQ 628 (j. DuBois).

²⁶ Préc., note 17, par. 63.

²⁷ Préc., note 22.

²⁸ Préc., note 14.

²⁹ Préc., note 22.

³⁰ Préc., note 14.

Comité du Barreau du Québec sur les nouvelles technologies de reproduction d'interdire tout droit préférentiel à l'adoption au conjoint du père biologique lorsque l'enfant est né à la suite d'une convention de mère porteuse³¹. Il note aussi que les inquiétudes soulevées en 1988 envers cette pratique ne se sont pas matérialisées³². Il souligne l'évolution des mentalités et de la jurisprudence de la Cour du Québec qui a permis l'adoption d'enfants issus de cette technique et les lois des provinces canadiennes qui permettent ce genre d'adoption³³.

Le juge Morissette propose ce qu'il qualifie de « solution la moins insatisfaisante »³⁴ qui sert l'intérêt supérieur de l'enfant : il dissocie la nullité du contrat, qui concerne les parents intentionnels et la mère porteuse, de la filiation qui concerne un tiers, soit l'enfant. Des considérations d'ordre pratique sous-tendent sa décision : s'il n'accorde pas la requête en adoption, la mère intentionnelle sera considérée comme une étrangère juridique envers l'enfant qu'elle élève. Elle n'exercera aucune autorité parentale et ne pourra prendre aucune décision juridique au sujet de son enfant. Le juge rappelle aussi l'article 522 C.c.Q. : les enfants jouissent tous des mêmes droits, peu importe les circonstances de leur naissance. La Cour précise que l'origine du matériel génétique, que la mère porteuse ait fourni les ovules ou non, ne change rien à sa décision³⁵. Enfin, sans développer davantage sur cet aspect, le juge rappelle qu'il n'existe pas en droit positif québécois un « droit à l'enfant »³⁶.

³¹ COMITÉ DU BARREAU DU QUÉBEC SUR LES NOUVELLES TECHNOLOGIES DE REPRODUCTION, *Les enjeux éthiques et juridiques des nouvelles technologies de reproduction*, Montréal, Barreau du Québec, avril 1988.

³² Il mentionne comme inquiétudes : « l'atteinte à la dignité de l'enfant devenu marchandise, l'asservissement possible de la femme utilisée comme mère porteuse, les impacts psychologiques ultérieurs et dommageables sur l'enfant et sur la mère porteuse, la dépersonnalisation de la maternité. » (*Adoption-1445*, préc., note 17, par. 59).

³³ Voir : *Id.*, par. 60. Il cite la Colombie-Britannique, l'Alberta, la Nouvelle-Écosse, le Manitoba et l'Ontario.

³⁴ *Id.*, par. 66. L'expression est empruntée à Benoît MOORE : « La solution n'est pas parfaite, mais elle est pragmatique et a l'avantage de rallier de manière optimale, l'intérêt général à l'intérêt particulier. » (B. MOORE, préc., note 2, à la page 874).

³⁵ *Adoption-1445*, préc., note 17, par. 62.

³⁶ *Id.*, par. 70.

II. L'analyse de la solution « la moins insatisfaisante » de la Cour d'appel

S'il y avait déjà eu des doutes sur la légalité de cette pratique au Québec³⁷ – qui n'est pas criminalisée au Canada – il n'y en a plus. Les parents intentionnels pourront maintenant utiliser l'adoption pour permettre au conjoint, habituellement la conjointe, du père biologique d'adopter l'enfant né de cette pratique et ainsi corriger le registre de l'état civil (art. 555 C.c.Q.), que la maternité de substitution à titre gratuit soit gestationnelle ou génétique. En attendant qu'une loi provinciale encadre la pratique, la loi fédérale sur la procréation assistée³⁸ s'applique: seule la maternité de substitution à titre gratuit est permise (art. 6), le remboursement des dépenses raisonnables est admis (art. 12, non en vigueur)³⁹, la mère porteuse doit avoir plus de 21 ans (art. 6), la donneuse d'ovules doit avoir plus de 18 ans

³⁷ La clinique impliquée dans la présente affaire ne semblait pas douter de la légalité de la pratique. Elle faisait ce qui est permis partout ailleurs dans les provinces canadiennes. La juge de première instance fait remarquer que « ce n'est pas aux médecins de se prononcer sur la légalité ou l'illégalité d'une procédure, mais plutôt au législateur, aux juges et aux avocats » (*id.*, par. 34). En 1993, Monique Ouellette avait avancé que, même si le contrat était nul, la pratique elle-même n'était pas interdite, le législateur ne s'étant pas clairement prononcé. Voir: Monique OUELLETTE, « Le Code civil du Québec et les nouvelles techniques de reproduction », dans *Les aspects juridiques liés aux nouvelles techniques de reproduction*, Coll. « Études de la Commission sur les nouvelles techniques de reproduction », Ottawa, Ministère des Services gouvernementaux, 1993, p. 693, à la page 698.

³⁸ *Loi sur la procréation assistée*, préc., note 14.

³⁹ Aucun règlement ou politique n'existe sur ce sujet. Certains auteurs ont même avancé que le remboursement des dépenses serait illégal, car aucun règlement ne le permet. Voir: Françoise BAYLIS, Jocelyn DOWNIE et Dave SNOW, « Fake it till you make it: Policy-making and Assisted Human Reproduction in Canada », (2014) 36 *Journal of Obstetrics and Gynaecology Canada* 510.

Au sujet de dépenses remboursées à la mère porteuse, voir le site de SANTÉ CANADA, *Interdictions liées à la maternité de substitution*, en ligne: <<http://www.hc-sc.gc.ca/dhp-mps/brgtherap/legislation/reprod/surrogacy-substitution-fra.php>> (consulté le 31 mars 2015). Dépenses non autorisées: remboursement d'hypothèque, solde de carte de crédit, frais de scolarité. Dépenses autorisées: les vêtements de maternité; les déplacements pour des rendez-vous médicaux; les médicaments. Le remboursement du salaire est autorisé si un médecin impose un arrêt de travail à la mère porteuse. Selon *Surrogacy in Canada Online*, agence de rencontre canadienne, « We recommend intended parents have at least \$60,000 budgeted to do gestational surrogacy in Canada. » Voir les coûts détaillés par poste: SURROGACY IN CANADA, en ligne: <<http://www.surrogacy.ca/services/cost-of-surrogacy.html>> (consulté le 31 mars 2015).

(art. 9)⁴⁰, toute forme de publicité ou d'intermédiaire à des fins commerciales sont interdites (art. 6)⁴¹. Le Québec rejoint ainsi les autres provinces canadiennes⁴², plusieurs États américains⁴³, la Grande-Bretagne⁴⁴ et

⁴⁰ Il y a en fait peu de « donneuses » d'ovules au Canada : « In Canada, it is a crime to pay an egg donor, but a popular way around the law is to make payments through a U.S.-based agency and have an American donor fly in for the procedure. It is estimated a few hundred U.S. donors fly to Canada every year for this purpose. » Voir : Alison MOTLUK, « Kylee Gilman sues Toronto Doctor Edward Ryan after suffering stroke », Special to *National Post*, Toronto, 28 mars 2013 ; Vanessa GRUBEN, « Women as patients, not spare parts : Examining the relationship between the physician and women egg providers », (2013) 25 *R.F.D.* 249.

⁴¹ Une seule poursuite semble avoir été intentée contre des intermédiaires peu scrupuleux qui ne respecteraient pas la loi. Voir : Tom BLACKWELL, « 'Business has boomed' : Canadian surrogacy agent facing 27 charges continues her controversial work », *National Post*, Toronto, 17 mars 2013. Leia Picard, la seule dirigeante de Canadian Fertility Consulting Ltd., a admis avoir violé les articles 6 et 7 de la *Loi sur la procréation assistée*, préc., note 14, et a été condamnée à une amende de 60 000 \$. Voir : *R. c. Picard and Canadian Fertility Consulting Ltd.*, cité dans F. BAYLIS, J. DOWNIE et D. SNOW, préc., note 39, 511. Une autre agence, *Canadian Surrogacy Options*, exige 6 250 \$ pour trouver une mère porteuse au couple intentionnel : Alison MOTLUK, « The Baby-Making Business : on the front lines of Toronto's booming, semi-legal surrogacy market », *Toronto Life*, 3 février 2014.

On peut s'interroger sur la légalité des pratiques des bureaux d'avocats qui offrent leurs services comme intermédiaires sur Internet dans ce domaine. Ils ne peuvent être rétribués pour agir comme intermédiaires. « Legal fees for a surrogacy agreement drawn up on behalf of the IPs [intentional parents] can cost anywhere from \$2,500 to \$4,000. The surrogate's representation in the negotiation typically costs just over \$1,000. There is another legal fee of \$3,000 to \$6,000 to apply for a declaration of parentage, which ensures that a baby is the legal child of the IPs and not the surrogate. » : A. MOTLUK, *Id.* Les parents intentionnels cherchent eux-mêmes leur mère porteuse sur Internet ou utilisent les services d'agences américaines.

⁴² Pour un portrait de la situation actuelle dans les provinces canadiennes : MANITOBA LAW REFORM COMMISSION, préc., note 19.

⁴³ *State by State Surrogacy Law: Actual Practices*, en ligne : <<http://creativefamilyconnections.com/surrogacy-law-by-state/>> (consulté le 31 mars 2015).

⁴⁴ 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, p. 329 ; Herjeet MARWAY, « La gestation pour autrui commerciale : droit et éthique », (2012) 28 *Travail, genre et sociétés* 173.

les Pays-Bas⁴⁵ qui permettent cette pratique. Le contrat demeure en principe non exécutoire en cas de conflit, l'article 541 C.c.Q. étant encore en vigueur⁴⁶. Les cliniques de fertilité québécoises, qui proposaient cette possibilité de façon clandestine, pourront donc l'offrir officiellement à leurs clientes infertiles (sans en faire de publicité pour des fins commerciales, par ailleurs). Y aura-t-il pénurie de mères porteuses⁴⁷? La décision de la Cour d'appel ralentira-t-elle le « tourisme procréatif »⁴⁸ ou brisera-t-elle la « chaîne mondiale de travail reproductif »⁴⁹?

Cette décision marque un tournant en droit de la famille québécois. Elle constitue un exemple de la reconfiguration de la notion d'ordre public en droit de la famille (A), mais elle permet aussi de réfléchir aux rapports

⁴⁵ Edihno DOS REIS, Gaëlle RUFFIEUX, Julie TEREL et Geoffrey WILLEMS, « La maternité de substitution », dans Hugues FULCHIRON et Jehanne SOSSON (dir.), *Parenté, Filiation, Origines, le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 169.

⁴⁶ À noter que la *Loi sur la procréation assistée*, préc., note 14, à son article 6(5), affirme que les contrats de maternité de substitution, conclus en vertu du droit provincial, sont valides. Selon l'article 8.2(8) de l'*Alberta Family Law Act*, préc., note 19, ces contrats sont non exécutoires et ne peuvent être utilisés comme preuve du consentement de la mère porteuse, qui peut changer d'avis. Selon l'article 29(6) du *Family Law Act*, préc., note 12, de la Colombie-Britannique, le contrat ne peut remplacer le consentement que la mère porteuse doit donner après la naissance de l'enfant, mais il peut servir comme élément de preuve de l'intention des parties en cas de conflit.

⁴⁷ « Selon les données canadiennes, 364 cycles de FIV auraient été entrepris chez les mères porteuses en 2011, dont 51 % avec un don d'ovules. Ces services ont donné lieu à 112 naissances connues avec au moins un enfant né vivant et environ 24 % de naissances multiples. Ces cycles répertoriés auprès des mères porteuses, qui représentent 1,52 % des cycles entrepris au Canada, ne comptabilisent pas les services offerts aux donneuses d'ovules. Aux États-Unis, moins de 1 % des cycles de FIV concernaient la gestation pour autrui en 2011. En Australie et en Nouvelle-Zélande, il ne s'agissait que de 0,2 % des cycles en 2010. (références omises) ». Voir : COMMISSAIRE À LA SANTÉ ET AU BIEN-ÊTRE, *Avis détaillé sur les activités de procréations assistées au Québec*, Gouvernement du Québec, 2014, p. 258, note 134.

⁴⁸ Voir les reportages d'Agnès GRUDA, « Ventre à louer. La Mecque du tourisme procréatif », *La Presse*, Montréal, 18 octobre 2014. Le « tourisme procréatif » (ou « exil législatif », pour d'autres) existe bien au Canada comme en témoigne le *Bulletin opérationnel 381 – le 8 mars 2012. Évaluation de la filiation aux fins d'attribution de la citoyenneté dans les cas où interviennent des techniques de procréation assistée, y compris la maternité de substitution*, Citoyenneté et Immigration Canada, en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/guides/bulletins/2012/bo381.asp>> (consulté le 31 mars 2015) (Bulletin déclaré désuet, site consulté le 20 novembre 2015).

⁴⁹ Laurence TAIN, *Le corps reproducteur*, Rennes, Presse de l'EHESP, 2013, p. 13-48.

de pouvoir qui s'installent entre les personnes qui participent au projet parental (B).

A. La reconfiguration de la notion d'ordre public familial

La notion d'ordre public, notion au contenu incertain et en mouvance, se redéploie selon les valeurs sociétales. La prise de position de la Cour d'appel dans la présente affaire le démontre bien. Selon le tribunal, la notion d'ordre public n'a pas la même portée selon le domaine. On apprend que la technique de mère porteuse comme mode d'accession à la parentalité ne choque plus l'ordre public ou, en tout cas, l'ordre public y joue un rôle plutôt réduit :

« La notion d'ordre public a certes un champ d'application nécessaire dans ce domaine : ainsi, la marchandisation ou chosification de la personne humaine est une tendance à laquelle le droit doit résister. Mais invoquer cette notion d'ordre public venue du droit des obligations dans le contexte précis d'un dossier comme celui-ci lui prête une portée qu'elle n'a pas – elle n'a pas ce caractère souverain et péremptoire. Et elle ne peut servir à contrecarrer la volonté de parents adoptifs qui, avec transparence et dans le respect des lois sur l'adoption, ont voulu avoir recours aux ressources de la science médicale pour que soit procréé un enfant, leur enfant, et qu'il lui soit donné une famille. »⁵⁰

Lors de l'entrée en vigueur en 1994 de l'article 541 C.c.Q., le ministre de la Justice justifiait la nullité absolue de ces contrats par le respect de l'ordre public et de l'indisponibilité du corps humain⁵¹. La doctrine affirmait que même sans l'adoption de l'article 541 C.c.Q., la notion d'ordre public aurait interdit ce genre de contrat au nom de l'indisponibilité du corps humain (art. 3 et 10 C.c.Q.) et de la filiation (objet illicite du contrat,

⁵⁰ *Adoption-1445*, préc., note 17, par. 70, notes omises.

⁵¹ Voir : MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice. Le Code civil du Québec. Un mouvement de société*, t. I, Québec, Publications du Québec, 1993, art. 541 C.c.Q., p. 327 ; COMITÉ DU BARREAU DU QUÉBEC SUR LES NOUVELLES TECHNOLOGIES DE REPRODUCTION, préc., note 31. La Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction recommandait l'interdiction de la maternité de substitution à titre onéreux. Voir : COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *Un virage à prendre en douceur : rapport final de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction*, 2 volumes, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1993.

art. 1412 C.c.Q.)⁵². Les auteurs canadiens de common law adoptaient aussi cette position⁵³. Vingt ans plus tard, attestant du changement de mentalité, la doctrine prend ses distances et note le caractère à géométrie variable de la notion⁵⁴:

⁵² À partir de 1989, les auteurs successifs de l'ouvrage *Les obligations* (Éditions Yvon Blais) jugèrent que l'objet du contrat de mère porteuse est illicite et viole l'ordre public. Dans la troisième édition (1989), la première où une mention sur ce sujet apparaît, Jean-Louis Baudouin affirme que « la validité [du contrat de mère porteuse] est douteuse » (au sujet des contrats sur le corps humain, sous la section portant sur l'objet du contrat) (Jean-Louis BAUDOUIN, *Les obligations*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, n^o 269, p. 188 et 189). Dans la quatrième édition (Jean-Louis BAUDOUIN, *Les obligations*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, n^o 330, p. 190 et 191), sous le paragraphe portant sur les contrats sur le corps humain, l'auteur mentionne l'article 541 C.c.Q. et affirme que le contrat de mère porteuse est interdit (sous « objet du contrat »). Dans la cinquième édition (Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, n^o 355, p. 299 et 300), les auteurs mentionnent l'article 541 C.c.Q. et affirment que le contrat de mère porteuse est interdit (sous « objet du contrat »). J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN (en coll. avec N. VÉZINA) reprennent le même paragraphe dans leur sixième édition (Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN avec la collab. de Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, n^o 369, p. 391 et 392). Ils réitérent la même position dans la septième édition (Jean-Louis BAUDOUIN, Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, 7^e éd. par P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, n^o 354, p. 438 et 439).

Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., par J. PINEAU et S. GAUDET, Montréal, Éditions Thémis, 2001, n^o 162, p. 314 et 315, sous le paragraphe « ordre public familial » ajoutent au sujet de ce contrat : « opération, qui gratuite ou onéreuse, porte atteinte à la dignité de l'être humain : la dignité de la femme qui loue son utérus [...], mais surtout la dignité de l'enfant qui faisant l'objet d'un trafic est assimilé à une chose qui est dans le commerce ».

Didier LUELLES et Benoit MOORE, *Droit des obligations*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2012, précisent au sujet de l'article 541 C.c.Q. : ce contrat heurte les valeurs de la société (n^o 66, p. 36 et 37) (aussi dans la 1^{ère} éd., 2006) ; la prestation de remettre un enfant est illicite au sens de l'article 1373 al. 2 C.c.Q. (n^o 1049.26, p. 552 et 553) (aussi dans la 1^{ère} éd., 2006). « Ainsi, le Code prévoit, à l'article 541, la nullité absolue de la convention dite "de mère porteuse". Eût-il omis cette précision que le caractère absolu de cette nullité se serait imposé tout autant ». (Didier LUELLES et Benoit MOORE, *Droit des obligations*, 1^{ère} éd., 2006, n^o 1135, p. 581 et 582). Voir aussi : Michèle RIVET, « La vérité et le statut juridique de la personne en droit québécois », (1987) 18 R.G.D. 843.

⁵³ Voir, entre autres : Stephen M. WADDAMS, *The Law of Contracts*, 5^e éd., Aurora, Canada Law Book, 2005, p. 397 et suiv.

⁵⁴ ÉDITH DELEURY et Dominique GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 5^e éd. par D. GOUBAU, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, n^o 102, p. 108 et 109 : « Mais il faut souligner que cette notion d'ordre public, quand il s'agit du corps humain, est pour le

« Les contrats sur le corps humain offrent un exemple saisissant de l'évolution – et parfois du retour en arrière – des normes d'ordre public; le droit cherche constamment à refléter les consensus sociaux d'ordre éthique sur cette question épineuse. »⁵⁵

La position de la Cour d'appel peut être surprenante à la lecture de l'article 541 C.c.Q. – le juge Morissette se trouve à rendre exécutoire un contrat déclaré nul de nullité absolue. Pour justifier sa position, il remarque que les mentalités ont changé au sujet de la légitimité de maternité de substitution, comme le démontrent les décisions des instances inférieures qui ont accordé la requête en adoption⁵⁶. Il affirme: « Il suffit d'une ou deux générations pour que les mentalités évoluent⁵⁷ ». En témoigne l'élargissement de la définition législative de conjoints, qui peuvent être mariés ou pas, de même sexe ou de sexe différent⁵⁸. Il souligne aussi que les craintes appréhendées au sujet de la maternité de substitution ne se seraient pas réalisées. Il ne cite cependant pas d'études à ce sujet. Il prend possiblement appui sur l'expérience des provinces canadiennes qui permettent le transfert de la filiation de la mère porteuse vers le ou les parents intentionnels⁵⁹ et sur la loi fédérale qui encadre cette technique. Pourtant, la littérature rapporte les dangers inhérents au prélèvement d'ovules⁶⁰, à la technique de

moins fluctuante et incertaine. Qu'il suffise de mentionner à nouveau l'exemple du Code civil du Québec qui déclare nulle de nullité absolue la convention de mère porteuse alors que la législation fédérale, sans interdire cette pratique, se satisfait d'en assurer le caractère gratuit! ». Dans leur 3^e édition [2002, n^o 89 (note 24), p. 102-104], ces auteurs considéraient que la gestation pour autrui portait atteinte à la dignité de la femme et de l'enfant.

⁵⁵ J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN avec la collab. de N. VÉZINA, *Les obligations*, 6^e éd., préc., note 52, n^o 369, p. 391 et 392, repris au n^o 354, p. 438 et 439 dans la 7^e édition (2013).

⁵⁶ Notons que les décisions qui ont accordé la requête en adoption se sont fondées sur l'intérêt supérieur *a posteriori* de l'enfant. « 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 »: *Adoption-09185*, 2009 QCCQ 8703, par. 34 (Chambre de la Jeunesse, 9 juillet 2009); voir aussi *Adoption-09367*, 2009 QCCQ 16815 (Chambre de la Jeunesse, 4 août 2009).

⁵⁷ *Adoption-1445*, préc., note 17, par. 64.

⁵⁸ *Loi d'interprétation*, RLRQ, c. I-16, art. 61.1.

⁵⁹ Il cite les législations provinciales canadiennes aux notes 68, 69 et 70 (*Adoption-1445*, préc., note 17).

⁶⁰ Une jeune Américaine de 24 ans a vendu 45 ovules pour 5 500 \$ à une clinique de fertilité de Toronto. Les conséquences sur sa santé ont été assez graves. Elle poursuit le médecin. Voir: A. MOTLUK, préc., note 40. Sur les dangers du prélèvement d'ovules, voir: V. GRUBEN, préc., note 40.

mère porteuse et à l'accouchement⁶¹. Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*⁶², la Cour suprême souligne aussi ces risques. Aucune étude récente ne s'est penchée sur la situation socio-économique et l'expérience des mères porteuses canadiennes⁶³.

Le magistrat distingue entre l'ordre public contractuel⁶⁴ et l'ordre public familial, qui serait moins contraignant que le premier. Selon lui, la volonté des parents doit primer l'ordre public. Le juge donne à lire que l'État ne peut imposer sa vision de la « bonne vie » et de la famille idéale. La Commission du droit du Canada avait souligné que l'État ne pouvait préférer un modèle de couple et de famille à un autre⁶⁵ et qu'il devait être

⁶¹ Voir les inquiétudes de Céline LAFONTAINE, *Le corps-marché. La marchandisation de la vie humaine à l'ère de la bioéconomie*, Paris, Seuil, 2014, entre autres, le chapitre 4 sur le corps féminin. La Commission de l'éthique de la science et de la technologie du Québec avait recommandé de maintenir le statu quo dans ce domaine en raison des dangers pour la santé des femmes, mais aussi des risques de commercialisation du corps humain. Voir : 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*, Québec, 2009, p. 68 (chapitre 3). Le Commissaire à la santé et au bien-être s'est aussi inquiété des risques encourus par les femmes et les enfants : COMMISSAIRE À LA SANTÉ ET AU BIEN-ÊTRE, préc., note 47, p. 258-268 (la gestation pour autrui). Voir aussi les problèmes de santé vécus par la mère porteuse dans *Adoption-09185*, préc., note 56 (j. Tremblay). Sur l'absence d'études portant sur l'exploitation des femmes au Canada, voir : Alana CATTAPAN, « Risky Business: Surrogacy, Egg Donation, and the Politics of Exploitation », (2014) 29 *R. can. Droit et Société* 361; Alana CATTAPAN, « Rhetoric and Reality: Protecting Women in Canadian Public Policy on Assisted Human Reproduction », (2013) 25 *Revue femmes et droit* 210. À noter que les parents intentionnels doivent souscrire une police d'assurance-vie pour la mère porteuse en cas de complications médicales. Voir : SURROGACY IN CANADA, en ligne : <<http://www.surrogacy.ca/services/cost-of-surrogacy.html>> (consulté le 31 mars 2015).

⁶² 2010 CSC 61, par. 62.

⁶³ K. Busby et D. Vun rapportent des études américaines et britanniques qui analysent les expériences des mères porteuses : K. BUSBY et D. VUN, préc., note 21.

⁶⁴ C.c.Q., art. 9, 1373 al. 2 et 1413; J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN avec la collab. de N. VÉZINA, *Les obligations*, 6^e éd., préc., note 52, n^o 96 et suiv., p. 137 et suiv.

⁶⁵ COMMISSION DU DROIT DU CANADA, *Au-delà de la conjugalité : la reconnaissance et le soutien des rapports de nature personnelle entre adultes*, Ottawa, Ministère des Travaux publics et Services gouvernementaux, 2001, p. 17 : « L'État devrait être neutre quant aux rôles que tiennent les gens dans leurs rapports personnels. Cela suppose de faciliter la formation de rapports sains, soit de créer des conditions dans lesquelles les gens peuvent exercer des choix sans y être contraints et d'éviter les politiques qui encouragent la dépendance économique. » Voir aussi : Benoît MOORE, « Variations chroma-

neutre dans ses politiques sociales. C'est aussi la position qu'adopte le juge LeBel dans l'arrêt *Éric c. Lola* lorsqu'il accorde préséance à la liberté de choix des conjoints de se marier ou non⁶⁶. La présente décision de la Cour d'appel s'inscrit dans un courant individualiste en droit de la famille⁶⁷ qui donne priorité à la liberté de choix sur d'autres valeurs, comme l'indisponibilité du corps humain, le droit à la dignité humaine et à la sécurité. Selon cette philosophie, des adultes qui élaborent un projet parental et décident de recourir aux ressources de la science médicale ne peuvent être limités par la notion d'ordre public qui porte un jugement moral sur leur comportement. Cependant, conscient des possibilités de marchandisation du corps humain, le magistrat n'évacue pas totalement la notion d'ordre public du droit de la famille. Malgré ce qu'en dit le juge⁶⁸, le recours à la maternité de substitution ne vise pas à donner une famille à un enfant, mais plutôt à donner une famille aux parents. La maternité de substitution créée des parents, plutôt que des enfants⁶⁹. C'est le projet parental qui s'incarne.

Si la maternité de substitution ne choque plus l'ordre public, qu'en est-il du « droit à l'enfant » ? Reconnaître la légitimité du projet des parents intentionnels et permettre le transfert de la filiation par la procédure d'adoption peut laisser entrevoir un droit à l'enfant. Collard et Tahon remarquent avec justesse que « le droit à l'enfant » est dorénavant inscrit dans notre imaginaire social⁷⁰. Cependant le juge affirme qu'il n'existe pas de « droit à l'enfant » en droit québécois⁷¹. Comme il s'agit d'une remarque incidente, sa déclaration n'est pas appuyée par des interprétations jurisprudentielles

tiques: l'union de fait entre noir et blanc», dans Benoît MOORE et Générosa BRAS MIRANDA (dir.), *Mélanges Adrian Popovici*, Montréal, Éditions Thémis, 2010, p. 97, à la page 97.

⁶⁶ *Québec (Procureur général) c. A.*, 2013 CSC 5.

⁶⁷ *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, 2002 CSC 83.

⁶⁸ *Adoption-1445*, préc., note 17, par. 70.

⁶⁹ Geneviève DELAISI DE PARSEVAL et Chantal COLLARD, « La gestation pour autrui : une remise en question des représentations de la paternité et de la maternité euro-américaines », (2007) 183 *L'Homme* 29, 40.

⁷⁰ Chantal COLLARD et Marie-Blanche TAHON, « Ne pas jeter le bébé avec l'eau du bain », *Le Devoir*, Montréal, 13 juin 2014.

⁷¹ *Adoption-1445*, préc., note 17, par. 70.

ou législatives⁷². La reconnaissance d'un « droit à l'enfant » aurait nécessairement supposé la mise à disposition du corps d'autrui (la mère porteuse dans le cas de la gestation pour autrui) et la suppression de tout obstacle juridique⁷³. Les tribunaux auront à préciser comment le droit à l'autonomie de reproduction reconnu aux femmes⁷⁴ se conjugue avec cette déclaration. Le corps d'une mère porteuse n'est-il pas utilisé comme un objet, un moyen pour autrui, ce qu'avait dénoncé Mme la juge Wilson au sujet de l'article 251 C.cr. qui limitait l'accès à l'avortement⁷⁵ ?

Par ailleurs, on peut se demander si par ce jugement, en aplanissant les obstacles juridiques et en facilitant la modification du registre de l'état civil, la Cour d'appel ne contribue pas, dans les faits, à une plus grande accessibilité à la technique et à nourrir le désir d'enfant qui se transforme vite en discours du « droit à »⁷⁶. Il suffit de trouver une clinique de fertilité, une mère porteuse via Internet et, dans certains cas, une « donneuse » d'ovules ou un « donneur » de sperme. Puisque la mère porteuse ne peut

⁷² La liberté de prendre des décisions d'une importance fondamentale pour soi-même a été admise par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, [1997] 3 R.C.S. 844 (droit de choisir son lieu de résidence). La décision de se marier ou non et celle d'avoir des enfants ou non font certainement partie de ces décisions d'une importance fondamentale qui sont protégées par le droit au respect de la vie privée. La décision d'avoir des enfants ou non, aspect du droit à la vie privée, est cependant différente de la question du droit à l'enfant. Sur cette question, voir : Laura SHANNER, « The Right to Procreate: when Rights Claims have gone Wrong », (1995) 40 *R.D. McGill* 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 *U.T. Fac. L. Rev.* 39.

⁷³ Marie-Xavière CATTO, « La gestation pour autrui: d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts? », (2013) 3 *Revue des droits de l'homme* 102.

⁷⁴ *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30 (opinion de Mme la juge Wilson); *Daigle c. Tremblay*, [1989] 2 R.C.S. 530; *Dobson (Tuteur à l'instance de) c. Dobson*, [1999] 2 R.C.S. 753; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925; Alison HARVISON YOUNG et Angela WASUNNA, « Wrestling with the Limits of Law: Regulating New Reproductive Technologies », (1998) 6 *Health Law Journal* 239.

⁷⁵ Opinion de Mme la juge Wilson, exprimée dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*, préc., note 74, 173 et 174.

⁷⁶ Voir, par exemple, ce cas au Manitoba : une femme qui ne peut concevoir d'enfant en raison d'un accident de voiture a demandé à la Société d'assurance publique du Manitoba (SAPM) de lui rembourser le recours à une mère porteuse : voir, en ligne : <<http://ici.radio-canada.ca/regions/manitoba/2014/08/05/004-accident-automobile-mere-porteuse.shtml>> (consulté le 31 mars 2015).

être payée, les sommes exigées devraient être moins considérables que dans les États américains⁷⁷. Évidemment reste l'obstacle médical: le taux de réussite se situe à environ 30 %⁷⁸.

Le juge Morissette qualifie la solution retenue comme étant « la moins insatisfaisante ». Un tel commentaire met en évidence l'importance des enjeux juridiques et éthiques, comme en témoignent les tiraillements de la jurisprudence et de la doctrine au Québec et ailleurs. Une solution juridique qui tient compte de tous les intérêts en jeu n'est pas facile à bâtir. Les couples infertiles et les couples gays clament leur droit à l'enfant génétiquement affilié à eux⁷⁹, une parenté fondée sur l'intention⁸⁰ et leur droit à l'égalité⁸¹. On ne peut nier les intérêts financiers des cliniques de fertilité, des pharmaceutiques et des intermédiaires dans le domaine, ce qu'on a appelé « l'économie de la reproduction »⁸². Des auteurs se sont même interrogés sur le caractère éthique de la maternité de substitution⁸³. Le magistrat retient la solution de l'adoption puisqu'il a devant lui un enfant bien réel qui vit avec ses parents et qui a besoin d'une filiation juridique claire avec celle qu'il appelle « Maman ». Son intérêt supérieur justifie que le tribunal permette de corriger le registre de l'état civil par la requête en adoption, à défaut d'autre façon de procéder au Québec. Le juge rend une

⁷⁷ Pour une liste des coûts, voir: SURROGACY IN CANADA, en ligne: <<http://www.surrogacy.ca/services/cost-of-surrogacy.html>> (consulté le 31 mars 2015).

⁷⁸ D'après la Société canadienne de fertilité et d'andrologie, les taux de succès de la FIV selon les données canadiennes pour 2010 et 2011 sont les suivants: le taux de grossesses moyen par cycle de traitement commencé est 32 %; le taux de naissances vivantes moyen par cycle de traitement commencé est 30 %; voir, en ligne: <http://sante.canoe.ca/fertility_details.asp?channel_id=2048&table_id=28&item_id=6429&relation_id=109913> (consulté le 31 mars 2015).

⁷⁹ Ragoné affirme que le désir d'enfants reliés génétiquement à leurs parents explique la popularité de la maternité gestationnelle: Helena RAGONE, « Of Likeness and Difference: How Race is Being Transformed by Gestational Surrogacy », dans Helena RAGONE et France WIDDANCE TWINE (dir.), *Ideologies and Technologies of Motherhood: Race, Class, Nationalism*, New York, Routledge, 2000, p. 56, à la page 60.

⁸⁰ G. DELAISI DE PARSEVAL et C. COLLARD, préc., note 69; Doris CHATEAUNEUF, « La transformation des configurations familiales: une réflexion à partir de l'exemple du passage entre la procréation médicalement assistée et l'adoption », (2012) 24 *Nouvelles pratiques sociales* 102.

⁸¹ Carmen LAVALLÉE, « Homoparenté, parentalité et filiation en droit québécois: une égalité à géométrie variable », (2012) 1 *Revue internationale de droit comparé* 13.

⁸² L. VANDELAC, « Sexe et technologies de procréation », préc., note 14.

⁸³ Jennifer MERCHANT, « Une gestation pour autrui "éthique" est possible », (2012) 28 *Travail, genre et sociétés* 183.

décision pragmatique et raisonnable dans le contexte. Peut-être n'avait-il pas d'autres choix ?

Comme le note Moore⁸⁴, qui a proposé de dissocier la filiation de la nullité du contrat, la filiation du père biologique est reconnue (lorsque son nom apparaît à la déclaration de naissance), que la requête en adoption soit accordée ou non. Il se trouve à exécuter le contrat. La paternité ne se divise pas en deux, comme le permet la maternité de substitution génétique avec don d'ovules. Cependant la filiation de la mère intentionnelle (qui peut avoir fourni les ovules) peut ne pas être reconnue aussi facilement. Moore souligne l'incohérence de la solution juridique dans le cas où, à la suite du refus par le tribunal de permettre l'adoption par les parents intentionnels, la mère porteuse donne en adoption l'enfant. Les parents intentionnels ne pourront l'adopter (le tribunal vient de le leur refuser), mais toute autre personne le pourra. Une autre solution est possible : la mère porteuse abandonne l'enfant. Les parents intentionnels s'occupent de « leur » enfant. Après plusieurs années, le père biologique demande la déchéance de l'autorité parentale de la mère porteuse pour ainsi permettre à la mère intentionnelle d'adopter l'enfant (qu'elle aura de toute façon élevé).

La solution s'avère donc « très satisfaisante » pour l'enfant, les parents intentionnels, la mère porteuse et leur avocat, ainsi que pour les cliniques de fertilité qui orchestrent le tout. Au-delà des requérants dans la présente affaire, par son commentaire sur la « solution la moins insatisfaisante », on peut penser que le juge n'est pas satisfait de sa solution. Il aurait préféré un autre dénouement. Dans les limites inhérentes à son rôle de juge⁸⁵, il gère le fait accompli : un enfant réel et une histoire heureuse. Si la question semble réglée pour l'enfant et les parents intentionnels concernés, elle ne l'est pas sur le fond. Malgré son caractère pragmatique et humain, la solution retenue soulève de nombreuses interrogations. Le tribunal ne pouvait proposer un encadrement pour éviter les dérapages⁸⁶. Le législateur qué-

⁸⁴ B. MOORE, préc., note 2, à la page 873.

⁸⁵ Sur le rôle de créativité des tribunaux pour combler les lacunes législatives dans le domaine de la procréation assistée, voir : Audrey L'ESPÉRANCE, « Quand la justice tisse des liens : la (re)construction de la filiation dans les décisions portant sur la procréation assistée au Canada », (2012) 31 *Politique et Sociétés* 67.

⁸⁶ Dans son dernier rapport sur le sujet de la procréation assistée, préc., note 47, le Commissaire à la santé et au bien-être note certains dérapages. Entre autres, à la page 258, le rapport mentionne la nécessité que la mère porteuse ait déjà eu un enfant, la néces-

bécois devra trouver une façon plus simple que la procédure en adoption pour modifier le registre de l'état civil⁸⁷. Il devra aussi régler la question du consentement libre et éclairé de la mère porteuse (suivi psychologique, conseil juridique), celle de l'accès aux origines pour les enfants issus de cette technique⁸⁸, la question de la procréation posthume et de la pluri-parentalité.

Selon la Cour d'appel, la notion d'ordre public doit être adaptée au contexte familial, différent du domaine contractuel. La volonté des parents intentionnels doit être respectée. Il est légitime de se demander si, dans un contexte de valorisation de l'individualisation, l'ordre public peut encore servir à protéger les personnes vulnérables. Comme le souligne Pierre Murat, « [a]u-delà des règles positives, l'individualisme questionne aussi le fondement de la juridicité car il touche au pouvoir de contraindre au sein du réseau familial »⁸⁹.

sité d'un suivi post-partum de cette dernière, et d'un protocole pour le passage de l'enfant de la mère porteuse à la mère d'intention. C. COLLARD et M.-B. TAHON suggèrent une évaluation psychosociale des parents intentionnels comme pour l'adoption, voir : C. COLLARD et M.-B. TAHON, préc., note 70.

⁸⁷ Anne-Marie SAVARD suggère de mettre de côté l'adoption par consentement spécial qui permet à la mère d'intention d'adopter l'enfant issu d'une mère porteuse (art. 555 C.c.Q.) et d'inclure la maternité de substitution dans le projet parental des articles 538 et suiv. C.c.Q. Ainsi, la mère intentionnelle, dans le cas d'une maternité de substitution, serait la mère juridique, sans besoin de recourir à l'adoption : Anne-Marie SAVARD, « L'établissement de la filiation à la suite d'une gestation pour autrui : le recours à l'adoption par consentement spécial en droit québécois constitue-t-il le moyen approprié? », dans Christelle LANDHEER-CIESLAK et Louise LANGEVIN (dir.), *La personne humaine, entre autonomie et vulnérabilité. Mélanges en l'honneur d'Édith Deleury*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015, p. 589. Pour les solutions de common law au Canada, voir : Karen BUSBY, « Of Surrogate Mothers Born : Parentage Determinations in Canada and Elsewhere », (2013) 25 *R.F.D.* 213.

⁸⁸ Michelle GIROUX et Carmen LAVALLÉE, « Le droit de l'enfant québécois à la connaissance de ses origines évalué à l'aune de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant », (2013) 72 *R. du B.* 147. Les auteures se déclarent en faveur d'un accès aux origines pour les enfants issus d'une procréation assistée, accès auquel ont droit les enfants adoptés.

⁸⁹ P. MURAT, préc., note 1, à la page 238.

B. Le paradoxe du pouvoir et de l'éviction de la mère porteuse

Les critiques féministes ont été très divisées, et le sont encore, sur les effets de la procréation assistée qui concerne particulièrement le corps des femmes⁹⁰. Un cadre conceptuel féministe, peu importe ses postulats de base, appréhende ces techniques du point de vue de la santé et du respect des droits fondamentaux des femmes, en tenant compte de leurs positions sociales, historiques, culturelles et économiques et en prenant en considération leurs points de vue. Ces techniques ont été analysées à la fois comme une source de libération ou d'oppression pour les femmes. Au cours des années, en réponse aux avancées médicales, les analyses se sont raffinées pour rendre compte de réalités complexes.

En 1970, la féministe américaine Shulamith Firestone voyait dans ces nouvelles technologies, qui étaient très embryonnaires, une possibilité de libération des femmes du déterminisme biologique⁹¹. La « reproduction artificielle » libérerait les femmes de la grossesse, ce qui leur permettrait d'atteindre une réelle égalité. Marcela Iacub argumente que la maternité de substitution, en ouvrant la possibilité à des couples d'hommes d'avoir des enfants, permet un réel partage entre les hommes et les femmes des tâches reliées aux soins des enfants. Cette technique libère les femmes des conséquences économiques de la maternité. L'auteure plaide en faveur de la volonté parentale, et non de la vérité biologique, comme fondement à la parentalité⁹². Elle dénonce « l'empire du ventre » et toutes les mesures pour aider les mères⁹³.

⁹⁰ Pour un bon résumé de l'évolution des positions féministes sur ce sujet, voir : Jérôme COURDURIÈS et Cathy HERBRAND, « Genre, parenté et techniques de reproduction assistée : bilan et perspectives après 30 ans de recherche », (2014) 21 *Revue internationale Enfances, familles, générations* ; Christine OVERALL, « L'éthique de la reproduction : les approches féministes et non féministes », (1997) 9 *R.F.D.* 138 ; K. BUSBY et D. VUN, préc., note 21.

⁹¹ Shulamith FIRESTONE, *The Dialectic of Sex. The Case for Feminist Revolution*, New York, Morrow, 1970.

⁹² G. DELAISI DE PARSEVAL et C. COLLARD, préc., note 69.

⁹³ Marcela IACUB, *L'empire du ventre. Pour une autre histoire de la maternité*, coll. « Histoire de la pensée », Paris, Fayard, 2004 ; Marcela IACUB, « Le crime parfait : l'assistance médicale à la procréation », dans *Le crime était presque sexuel et autres essais de casuistique juridique*, Paris, Flammarion, 2002, p. 202.

Compte tenu des réalités historiques des femmes, d'autres chercheuses féministes ont été très critiques à l'égard du potentiel libérateur de ces technologies⁹⁴. Elles y ont vu plutôt un danger pour la santé des femmes et l'instrumentalisation de leur corps⁹⁵. La maternité de substitution ramène à l'avant-scène la biologisation du corps des femmes et le contrôle de leurs capacités reproductives par la médecine. D'autres considèrent plutôt que les femmes jouissent de l'autonomie reproductive et sont en mesure de prendre leur propre décision⁹⁶. Le respect de l'égalité entre toutes les femmes commanderait que toutes les femmes infertiles aient accès à la maternité de substitution, peu importe la raison de leur infertilité.

Par ses conséquences, la décision de la Cour d'appel s'inscrit indirectement dans ce dernier courant féministe. Elle reconnaît la liberté de choix de la mère porteuse et de la mère intentionnelle. Mais que révèle-t-elle au sujet des relations de pouvoir entre les différents participants au projet parental? À mon avis, elle met en lumière un paradoxe.

Que sait-on de la mère porteuse concernée ici? Âgée de 33 ans, elle a déjà deux enfants de 7 et 11 ans et un conjoint. Elle est une amie des parents intentionnels depuis environ sept ans⁹⁷. Elle a déjà agi comme mère por-

⁹⁴ Les écrits sont très nombreux dans ce domaine. Voir les références mentionnées dans K. BUSBY et D. VUN, préc., note 21. Le discours féministe a exercé une grande influence sur l'adoption de la loi fédérale sur la procréation assistée, voir: Mavis JONES et Brian SALTER, «Proceeding Carefully: Assisted Human Reproduction Policy in Canada», (2010) 19 *Public Understanding of Science* 420.

⁹⁵ C. LAFONTAINE, préc., note 61; C. OVERALL, préc., note 90; Kajsa EKIS EKMAN, *L'être et la marchandisation. Prostitution, maternité de substitution et dissociation de soi*, Montréal, M Éditeur, 2013. La *Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée*, préc., note 20, reconnaît le danger pour la santé des femmes (art. 1). Voir aussi, au même effet, la *Loi sur la procréation assistée*, préc., note 14, art. 2.

⁹⁶ Des mères porteuses se disent satisfaites de leur expérience. Voir: H. RAGONÉ, préc., note 79; *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; Olga B.A. VAN DEN AKKER, «Genetic and Gestational Surrogate Mother's Experience of Surrogacy», (2003) 21 *Journal of Reproductive and Infant Psychology* 145; Brenda M. BAKER, «A Case for Permitting Altruistic Surrogacy», (1996) 11 *Hypathia* 34. K. Busby et D. Vun analysent la recherche empirique américaine et britannique auprès de mères porteuses: K. BUSBY et D. VUN, préc., note 21; Angela CAMPBELL, «Law's Suppositions about Surrogacy against the Backdrop of Social Science», (2012) 43 *R. D. Ottawa* 29.

⁹⁷ *Adoption-1445*, préc., note 17, par. 26.

teuse gestationnelle pour le premier enfant des parents intentionnels. Elle a conclu un contrat verbal « en bonne et due forme »⁹⁸ avec ceux-ci. Selon la Cour d'appel, qui ne partage pas l'opinion du tribunal de première instance, la mère porteuse n'a pas été rémunérée pour ses services, mais on ne sait pas quels ont été ses revenus pendant les neuf mois de la grossesse. Elle s'est adressée en anglais à la juge de première instance et le jugement nous apprend qu'elle ne se considère pas comme la mère de l'enfant qu'elle a remis deux jours après sa naissance au couple intentionnel. Elle n'a jamais eu l'intention d'exercer l'autorité parentale⁹⁹. Elle a reçu des soins médicaux et des médicaments pendant la grossesse. Plusieurs implantations d'embryons ont été nécessaires. Aucune information n'est donnée sur le déroulement de l'accouchement.

Somme toute, on sait peu de choses sur cette femme. Elle est invisible. Elle détient bien un droit de veto reconnu par l'article 541 C.c.Q., puisqu'elle peut décider de garder l'enfant, mais elle perd son statut de mère dès que le tribunal prononce l'adoption. Son éviction ne devrait pas surprendre, puisque le rôle d'une mère porteuse est de « porter », de « délivrer » et ensuite de « disparaître »¹⁰⁰. Elle est effacée littéralement de l'acte de naissance par le jugement en adoption (art. 577 C.c.Q.). L'enfant ainsi conçu ne possède aucun moyen de connaître ses origines biologiques maternelles¹⁰¹ ou celle qui l'a porté, à moins que ses parents intentionnels lui dévoilent l'identité de la mère porteuse.

Effacée de l'acte de naissance, outre des informations très factuelles soulignées plus haut, la mère porteuse est aussi absente des jugements de première instance et d'appel. Le juge ne se penche pas sur le contenu du contrat verbal ou, par exemple, sur des directives adressées aux mères porteuses fournies par la clinique de fertilité. On ne sait pas si elle a reçu toute l'information nécessaire ou des conseils juridiques. Le juge Morissette soulève cette question au sujet de la rétribution des mères porteuses interdite

⁹⁸ *Id.*, par. 23.

⁹⁹ *Id.*, par. 66.

¹⁰⁰ Claire NEIRINCK, « La qualification de donneur dans l'assistance médicale à la procréation », dans H. FULCHIRON et J. SOSSON (dir.), préc., note 45, p. 273.

¹⁰¹ Voir : G. DELAISI DE PARSEVAL et C. COLLARD, préc., note 69 : comme le démontrent les études de ces deux auteures, c'est le statut de la donneuse d'ovules, beaucoup plus que celui de la mère gestationnelle, qui est plus complexe. Elle donne une partie du patrimoine génétique à l'enfant mais est anonyme.

par la *Loi sur la procréation assistée* et la *Loi sur la protection de la jeunesse*¹⁰². Le tribunal ne semble pas avoir vérifié la qualité de son consentement. Une psychologue aurait été consultée, comme le démontrent des reçus émis au nom de la mère intentionnelle, qui elle profitait d'un régime privé d'assurance-santé. La mère porteuse n'a pas demandé officiellement des droits de visite pour les deux enfants, ce qui n'aurait pas été permis en raison de la nature plénière de l'adoption au Québec (art. 577 C.c.Q.). Par ailleurs, les parties pourraient décider de garder des liens¹⁰³. La disparition de la mère porteuse participe de l'éclatement de la maternité: une sexualité sans reproduction, une maternité sans sexualité ni accouchement, une filiation sans accouchement, une parenté biocentrée remplacée par une parenté élective. Elle disparaît de l'acte de naissance et du jugement.

Pourtant, elle détient un pouvoir réel: sans son consentement préalable aux procédures médicales et après l'accouchement, les parents intentionnels ne pourront réaliser leur rêve. Voilà le paradoxe. Exerce-t-elle ce pouvoir? Le rôle clé joué par la mère porteuse nous amène sur le terrain de sa réelle capacité de négociation et de sa rémunération.

L'article 541 C.c.Q. permettrait à la mère porteuse de négocier le contenu du contrat. Dans sa solution «la moins insatisfaisante», la Cour d'appel distingue la question de la validité du contrat de celle du transfert de la filiation de l'enfant aux parents intentionnels. L'article 541 C.c.Q. demeure en vigueur, mais n'empêche pas l'adoption de l'enfant. Dans la mesure où le législateur permet ce genre de pratique, la nullité du contrat se présente comme un outil de protection de la mère porteuse, une sorte de droit de véto¹⁰⁴. Celle-ci peut toujours changer d'avis et garder l'enfant¹⁰⁵.

¹⁰² *Adoption-1445*, préc., note 17, par. 69: « Il m'apparaît nécessaire de le rappeler car le dossier du pourvoi, tel qu'il est constitué, laisse planer certains doutes quant à la teneur et la suffisance de l'information mise à la disposition des intéressés par les médecins ou éthiciens qu'ils ont consultés. »

¹⁰³ Pour une analyse intéressante de trois cas de gestation pour autrui dont un à Toronto, voir: G. DELAISI DE PARSEVAL et C. COLLARD, préc., note 69.

¹⁰⁴ L'article 541 C.c.Q. n'évite pas tous les conflits qui pourraient affecter l'enfant. Par exemple, si la mère porteuse ne peut garder un enfant pour toutes sortes de motifs (voir le cas mentionné à la note 21) et que les parents intentionnels n'en veulent pas ou se séparent avant sa naissance, l'article 541 C.c.Q. n'est d'aucune utilité. Les autorités de la protection de la jeunesse devront prendre charge de l'enfant.

¹⁰⁵ L'article 541 C.c.Q. demeure utile dans la mesure où le contrat ne peut pas servir de preuve de consentement de la mère porteuse. Voir: *Alberta Family Law Act*, préc.,

Les parents intentionnels n'ont alors aucun recours¹⁰⁶. Comme le soulève Benoit Moore : « [L]a nullité joue ainsi un rôle prophylactique, non seulement en refusant de cautionner mais, plus encore, en décourageant un phénomène que l'on souhaite canaliser, dans ce qu'on a pu appeler, l'intérêt *a priori* de l'enfant¹⁰⁷. »

On peut douter que la nullité du contrat agisse comme une épée de Damoclès au-dessus des couples intentionnels et les décourage. L'article 541 C.c.Q. n'a pas réussi à le faire depuis 1994, date de son entrée en vigueur. Cependant, pour réellement protéger les mères porteuses par cet article, le rôle prophylactique de la nullité du contrat ne doit pas se limiter à son caractère inexécutoire en cas de conflit. Le contenu du contrat doit aussi être examiné et encadré. À la lecture de certains contrats américains¹⁰⁸ ou canadiens¹⁰⁹ très abusifs qui servent à contrôler les comportements des mères porteuses plutôt qu'à les protéger, on constate que le contenu porte

note 19, art. 8.2 (8). Mais voir, *contra*, en Colombie-Britannique, *Family Law Act*, préc., note 12.

¹⁰⁶ En cas de faute de l'une des parties, la responsabilité extracontractuelle n'est pas exclue (art. 1457 C.c.Q.). Si la mère porteuse fume pendant sa grossesse et n'adopte pas une bonne hygiène de vie, pourra-t-elle être poursuivie par les parents intentionnels pour son comportement fautif ayant causé des préjudices à l'enfant? L'enfant ainsi conçu pourra-t-il poursuivre ses parents intentionnels ou sa mère porteuse pour leur comportement fautif pendant la gestation ou par la suite? L'arrêt *Dobson (Tuteur à l'instance de)* c. *Dobson*, préc., note 74, interdit le recours extracontractuel de l'enfant contre sa mère pour une faute de cette dernière pendant qu'il était *in utero*. L'esprit de cette décision de common law s'applique certainement au droit civil québécois.

¹⁰⁷ B. MOORE, préc., note 2, à la page 866. La Commission de l'éthique de la science et de la technologie du Québec considère que la nullité du contrat protège la mère porteuse. Voir : COMMISSION DE L'ÉTHIQUE DE LA SCIENCE ET DE LA TECHNOLOGIE, préc., note 61.

¹⁰⁸ Voir, par exemple, en ligne : <http://www.allaboutsurgacy.com/sample_contracts/GScontract1.htm> (consulté le 31 mars 2015); Florence BELLIVIER et Christine NOUVILLE, « Le contrat de mère porteuse : émancipation ou aliénation? », (2008) *Revue des contrats* 545.

¹⁰⁹ Au sujet des parents intentionnels qui refusent l'enfant en raison d'un handicap : « Some contracts stipulate that if a surrogate chooses to continue a pregnancy against the parents' wishes, she could lose the remainder of her expense payments, or even have to cover the costs of the fertility treatment, said Ms. Flowerday. » Voir : Tom BLACKWELL, « Surrogacy isn't always a horror story: How one Canadian couple took the birth of a Down syndrome child in stride », *The National Post*, 6 août 2014 (histoire d'un couple gay du Québec qui fait affaire avec une mère porteuse au Mexique. Des triplets sont nés, dont un enfant avec le syndrome de Down. Le couple d'hommes a gardé les trois enfants).

atteinte à leurs droits fondamentaux. Si le contrat est nul de nullité absolue, la mère porteuse devrait toujours avoir le dernier mot, que ce soit au sujet de la remise de l'enfant ou de toute décision au cours de la grossesse. Rappelons que les femmes jouissent d'un droit à l'autonomie de reproduction au Canada¹¹⁰. La mère porteuse pourrait refuser tout traitement médical la concernant prévu au contrat (art. 11 C.c.Q.) et toute intervention sur son fœtus¹¹¹. Si la mère porteuse est en mesure de décider pour elle-même, si elle possède toute l'information et si elle n'est pas l'instrument des parents intentionnels¹¹², elle peut donc s'opposer à certaines clauses au contrat. D'un point de vue théorique, elle est en position de négociateur. L'article 541 C.c.Q. lui donne cette possibilité. Les parents intentionnels ont tout intérêt à se montrer conciliants¹¹³. Comment expliquer le caractère pour le moins abusif de certaines clauses¹¹⁴? Si la mère porteuse est en position de négociateur et qu'elle ne s'en prévaut pas, il s'agit d'exploitation¹¹⁵. Paradoxe troublant.

La loi fédérale interdit la maternité de substitution commerciale; des pénalités sont prévues contre les contrevenants¹¹⁶. Le tribunal de première instance dans l'affaire qui nous occupe avait considéré que les parents

¹¹⁰ La *Charte des droits et libertés de la personne du Québec*, RLRQ, c. C-12, s'applique entre particuliers et donc au contrat de maternité de substitution. Le droit à l'autonomie de reproduction est protégé par l'article 1 (liberté) de la Charte québécoise. Pour la jurisprudence qui a reconnu ce droit en vertu de la Charte canadienne, voir: *supra*, note 74.

¹¹¹ *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*, préc., note 74. Cette décision qui a interdit aux services de santé d'intervenir sur le fœtus en cas de refus de la mère au nom de son droit à l'autonomie de reproduction, s'applique aussi en droit québécois entre deux individus via l'article 1 de la Charte québécoise (la liberté).

¹¹² Des études démontrent que les mères porteuses sont satisfaites de leur expérience (préc., note 96).

¹¹³ Une auteure souligne que la négociation du contrat permet aux parties une meilleure compréhension de leurs obligations et ainsi d'éviter les conflits, même si elles savent qu'il n'a aucune valeur juridique. Voir: A. HARVISON YOUNG et A. WASUNNA, préc., note 74, 272.

¹¹⁴ Ces clauses sont certainement abusives au sens de l'article 1437 C.c.Q dans un contrat d'adhésion (art. 1379 C.c.Q.). Voir: D. LUELLES et B. MOORE, *Droit des obligations*, 2^e éd., préc., note 52, n° 1799 et suiv, p. 957 et suiv.

¹¹⁵ Sur l'illusion de la liberté contractuelle dans la sphère privée, voir: Louise LANGEVIN, « Liberté contractuelle et relations conjugales: font-elles bon ménage? », (2009) 28 *Nouvelles questions féministes* 2.

¹¹⁶ *Loi sur la procréation assistée*, préc., note 14, art. 60: « a) par mise en accusation, une amende maximale de 500 000 \$ et un emprisonnement maximal de dix ans, ou l'une

intentionnels avaient versé une rémunération à la mère porteuse, conclusion infirmée par la Cour d'appel¹¹⁷. Ce débat au sujet de la rémunération de la mère porteuse évoque la rumeur urbaine selon laquelle peu de mères porteuses « travaillent » vraiment gratuitement¹¹⁸. Il s'agit plus que d'une simple rumeur urbaine : les estimations des coûts de la maternité de substitution au Canada démontrent que cette technique est loin d'être gratuite¹¹⁹. La mère porteuse serait d'ailleurs la seule qui « travaille » officiellement gratuitement dans l'entreprise, les autres intervenants étant payés : intervenants pharmaceutiques, médicaux, sociaux, et juridiques¹²⁰.

Plusieurs auteurs ont présenté le caractère altruiste de la maternité de substitution comme le rempart à l'exploitation des femmes plus pauvres et vulnérables. La justesse de cet argument a été remise en question¹²¹. L'interdiction de la rémunération ne fait pas disparaître d'autres formes de pression exercées sur la mère porteuse. La pertinence de l'argument est encore affaiblie si on se penche sur le rôle clé de la mère porteuse et sur la capacité de négociation qui *devrait* en découler. Un contrat est conclu : les parties en négocient le contenu¹²². Des discussions ont certainement lieu sur le remboursement des dépenses encourues, mais aussi sur une forme

de ces peines; *b*) par procédure sommaire, une amende maximale de 250 000 \$ et un emprisonnement maximal de quatre ans, ou l'une de ces peines.»

¹¹⁷ *Adoption-1445*, préc., note 17, par. 31.

¹¹⁸ Voir, entre autres : *Adoption-091*, préc., note 25. Dans cette affaire, la mère porteuse, rencontrée via Internet, avait touché 20 000 \$. La requête d'adoption avait été refusée.

¹¹⁹ Pour une liste des coûts, voir : SURROGACY IN CANADA, en ligne : <<http://www.surrogacy.ca/services/cost-of-surrogacy.html>> (consulté le 31 mars 2015).

¹²⁰ Pour une liste des coûts : *id.*

¹²¹ Voir : RAKHI RUPARELLA, « Giving away the gift of life: Surrogacy and the Canadian Assisted Human Reproduction Act », (2007) 23 *Can. J. Fam. L.* 11 ; SHARYN ROACH ANLEU, « Surrogacy: for love but not for money », (1992) 6 *Gender and Society* 30 ; L. LANGEVIN, « Réponse jurisprudentielle à la pratique des mères porteuses au Québec : une difficile réconciliation », préc., note 16. Le caractère altruiste imposé par la loi pousse les mères porteuses et les « donneuses » d'ovules vers une pratique clandestine. Voir : A. CATTAPAN, « Rhetoric and Reality: Protecting Women in Canadian Public Policy on Assisted Human Reproduction », préc., note 61.

¹²² La prise de médicaments, le suivi obstétrique, l'interdiction de certains comportements potentiellement dangereux pendant la grossesse, l'avortement en cas de plusieurs embryons implantés, la renonciation au droit à la confidentialité, etc. Voir des modèles de contrat, en ligne : <http://www.allaboutsurrugacy.com/sample_contracts/GScontract1.htm> (consulté le 31 mars 2015).

de salaire (officiel ou non officiel). La ligne de démarcation entre remboursement des dépenses et salaire est mince. La mère porteuse détient un pouvoir certain de négociation ici : sans elle, le projet parental ne se matérialise pas¹²³. Il serait surprenant qu'elle ne reçoive pas d'argent, au-delà des dépenses encourues et remboursées. Mais la mère porteuse exerce-t-elle réellement son pouvoir ? Dans le processus de la négociation, le caractère financier serait-il plus facile à négocier pour la mère porteuse que les aspects médicaux ? Les couples intentionnels seraient-ils plus enclins à donner davantage d'argent pour être plus rigides, par ailleurs, sur d'autres aspects comme le suivi médical ? À défaut d'études sur le sujet, on ne peut que spéculer.

*
* * *

Bien que les données ne soient pas précises à ce sujet, peu d'enfants naissent de mères porteuses au Canada¹²⁴. Un certain nombre de parents intentionnels canadiens peuvent décider de se lancer dans une expérience internationale, ce que les statistiques ne révèlent pas. Par ailleurs, on peut penser que la décision de la Cour d'appel ouvrira la porte aux parents intentionnels¹²⁵, dont les couples gays, qui pouvaient considérer comme trop incertaine la situation juridique québécoise. Le nombre d'enfants issus de cette technique pourrait ainsi augmenter au Québec.

La décision de la Cour d'appel doit être replacée dans un contexte plus large. Elle s'inscrit dans un mouvement occidental de reconfiguration de la famille, de l'union conjugale et des parentalités. La parentalité se définit par la volonté et par la génétique. Les parents intentionnels, de même sexe

¹²³ A. CAMPBELL soulève aussi cet aspect : A. CAMPBELL, préc., note 96, 43.

¹²⁴ Préc., note 47.

¹²⁵ Au Canada, la prévalence de l'infertilité (calculée sur une période de 12 mois) est passée de 5 % en 1984 à 12 % à 16 % en 2009-2010. Voir : Tracey BUCHNIK, Jocelynn COOK, Edward HUGHES et Suzanne TOUGH, « Le recours aux services médicaux d'aide à la conception », Statistique Canada, en ligne : <<http://www.statcan.gc.ca/pub/82-003-x/2012004/article/11719-fra.htm>> (consulté le 31 mars 2015) ; Tracey BUCHNIK, Jocelynn COOK, Abraham A. YUPZE, Suzanne TOUGH et John COLLINS, « Estimating the prevalence of infertility in Canada », (2012) 27 *Human Reproduction* 738.

ou de sexe différent, revendiquent à la fois la légitimité de leur projet parental – la Cour d’appel le souligne¹²⁶ – et leur désir de lien de sang¹²⁷.

Cette décision aurait pu être beaucoup plus contestable si l’enfant n’avait pas eu de filiation maternelle; il n’a pas à souffrir des circonstances de sa naissance (art. 522 C.c.Q.). L’article 541 C.c.Q. demeure en vigueur et peut jouer, dans une certaine mesure, un rôle de protection: la femme qui accouche continue à être la mère de l’enfant, du moins jusqu’à l’adoption de celui-ci.

Les défenseurs de la procréation assistée et de la maternité de substitution y verront une très bonne décision qui permet aux couples gays d’être parents (même si elle ne leur reconnaît pas un « droit à l’enfant »), qui clarifie le droit québécois et uniformise jusqu’à un certain point les droits provinciaux sur la question. Le tourisme procréatif pourrait aussi être réduit. Les partisans de la liberté de choix applaudiront le respect des décisions personnelles des adultes et l’assouplissement de la notion d’ordre public familial. Plusieurs se réjouiront de la décision qui fait disparaître le caractère possiblement discriminatoire de cet article envers les couples d’hommes, en regard de la possibilité offerte à la conjointe d’une femme qui a donné naissance d’être déclarée parent (art. 539.1 C.c.Q.)¹²⁸.

À mon avis, cette décision n’est pas très satisfaisante. Dans ce domaine, il n’y a pas de décision « idéale » en raison des prises de position divergentes¹²⁹. On aurait pu espérer une décision basée sur la *Charte canadienne des droits et libertés*¹³⁰ ou analysant en profondeur les législations canadiennes sur le sujet, les rapports internationaux¹³¹ ou envoyant un message de réforme législative plus clair au législateur québécois. La décision me semble mini-

¹²⁶ *Adoption-1445*, préc., note 17, par. 70.

¹²⁷ Irène THÉRY, « Postface, Engendrement et filiation au temps du démariage », dans H. FULCHIRON et J. SOSSON (dir.), préc., note 45, p. 329; D. CHATEAUNEUF, préc., note 80; G. DELAISI DE PARSEVAL et C. COLLARD, préc., note 69.

¹²⁸ Voir, entre autres: C. LAVALLÉE, préc., note 81.

¹²⁹ Voir le texte d’A. HARVISON YOUNG et A. WASUNNA, qui abordent la question de l’inefficacité de lois qui ne sont pas basées sur un large consensus social. Elles donnent comme exemple les projets de loi canadiens en matière de procréation assistée. A. HARVISON YOUNG et A. WASUNNA, préc., note 74.

¹³⁰ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)].

¹³¹ Le juge dit avoir reçu « une abondante et très utile documentation locale et étrangère »: *Adoption-1445*, préc., note 17, par. 56.

miser les risques pour la santé des mères porteuses¹³² et des donneuses d'ovules¹³³, tout comme les risques de dérapages. En excusant les parents intentionnels de ne pas avoir tenu une comptabilité¹³⁴, le juge peut laisser croire que cet aspect n'est pas important. Pourtant, le caractère altruiste de la transaction est présenté comme le rempart par excellence contre l'exploitation des femmes et des enfants. La qualité du consentement de la mère porteuse est passée sous silence. Elle est évincée, même si elle joue un rôle clé dans l'entreprise. La juste valeur de son travail n'est pas reconnue. Quel message cette décision envoie-t-elle à la société? La philosophie soutenant cette décision annonce les orientations des travaux de réforme à venir en droit de la famille¹³⁵.

¹³² Préc., note 61.

¹³³ *Id.*

¹³⁴ *Adoption-1445*, préc., note 17, par. 30.

¹³⁵ Voir: Québec, COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, Alain ROY (prés.), *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Montréal, Éditions Thémis, 2015.

