

L'encadrement de la maternité de substitution au Québec et la protection de l'intérêt de l'enfant

Michelle Giroux

Volume 28, Number 4, December 1997

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1035620ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1035620ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Giroux, M. (1997). L'encadrement de la maternité de substitution au Québec et la protection de l'intérêt de l'enfant. *Revue générale de droit*, 28(4), 535–547. <https://doi.org/10.7202/1035620ar>

Article abstract

This paper assesses the rules pertaining to surrogacy in Québec civil law. It also takes into account Bill C-47 on human reproduction technologies. The main purpose of this text is to verify whether the legislative framework privileged by the Québec legislator respects the interests of the child.

L'encadrement de la maternité de substitution au Québec et la protection de l'intérêt de l'enfant

MICHELLE GIROUX¹

RÉSUMÉ

Le présent texte analyse les règles applicables à la maternité de substitution en droit québécois. Il tient aussi compte du projet de loi C-47 sur les techniques de reproduction humaine. Le principal objectif du texte est de vérifier si l'encadrement juridique choisi par le législateur québécois respecte l'intérêt de l'enfant.

ABSTRACT

This paper assesses the rules pertaining to surrogacy in Québec civil law. It also takes into account Bill C-47 on human reproduction technologies. The main purpose of this text is to verify whether the legislative framework privileged by the Québec legislator respects the interests of the child.

SOMMAIRE

Introduction	535
I. L'intérêt <i>a priori</i> de l'enfant et le choix du cadre juridique	537
A. La légitimité de la maternité de substitution	537
B. Le cadre juridique retenu par le Québec.....	538
II. Le cadre juridique retenu par le Québec favorise-t-il la protection de l'intérêt <i>a posteriori</i> de l'enfant?.....	541
A. L'établissement de la filiation.....	542
1. La maternité	542
2. La paternité.....	543
B. Les divers scénarios possibles et l'intérêt de l'enfant	543
1. Le respect du contrat de maternité de substitution.....	543
2. Le non-respect du contrat de maternité de substitution	545
Conclusion.....	546

1. Professeure adjointe, Université d'Ottawa, Faculté de droit, Section de droit civil. L'auteure tient à remercier les professeurs Alain-F. Bisson, Léo Ducharme et Marie Pratte pour leurs commentaires fort utiles lors de la préparation de ce texte. Les opinions exprimées dans ce texte n'engagent cependant que l'auteure. Ce texte a d'abord été présenté sous forme de conférence, le 23 mai 1997, dans le cadre du 3^e Congrès International sur l'enfant qui avait pour thème « La famille et les droits de l'enfant en l'an 2000 ».

INTRODUCTION

La maternité de substitution n'est pas un phénomène nouveau. C'est la commercialisation de la pratique et les valeurs en jeu — protection de la femme contre l'exploitation², refus de chosification de l'enfant³ et plus globalement, l'intérêt général de la société⁴ — qui forcent les législateurs à intervenir.

Pourquoi a-t-on recours à cette pratique? Principalement pour des raisons d'ordre médical ou de convenance. Pour des raisons médicales, notamment parce qu'on est incapable de porter un enfant à cause d'un problème à l'utérus ou de l'absence de ce dernier ou encore, lorsque la grossesse entraînerait des risques de transmission d'une maladie génétique ou de malformations; pour des raisons de convenance, si, par exemple, une femme ne veut pas arrêter une carrière ou encore, si un homme célibataire désire un enfant.

La maternité de substitution implique qu'une femme accepte de porter un enfant qu'elle remettra au couple demandeur, c'est-à-dire à celui qui désire l'enfant, à la naissance. La femme, qui accepte ainsi de porter un enfant, peut être ou non génétiquement liée à lui. Elle le sera si elle est inséminée artificiellement par le sperme de l'homme du couple demandeur ou d'un tiers donneur. Par ailleurs, elle pourra n'avoir aucun lien génétique avec l'enfant si l'on procède à l'implantation d'un embryon qui lui est génétiquement étranger. Ce dernier pourra être créé à partir des gamètes du couple demandeur ou des gamètes d'un des membres du couple demandeur et de ceux d'un tiers donneur de sperme ou d'ovule ou encore, à partir des gamètes de tiers donneurs de sperme et d'ovule.

L'encadrement juridique choisi par le législateur québécois est l'objet du présent texte. Les propositions qui étaient mises en avant par le Projet de loi fédéral C-47⁵ seront aussi prises en compte. Le législateur québécois considère que la maternité de substitution est nulle de nullité absolue. Quant au gouvernement fédéral, il proposait de criminaliser la pratique. Les détails de cet encadrement seront analysés à la lumière de l'intérêt de l'enfant. En première partie, nous examinerons plus précisément la place de l'intérêt *a priori* de l'enfant dans le choix de l'encadrement de la pratique (I.). Par ailleurs, malgré l'encadrement destiné à décourager le recours à la pratique, des enfants naissent tout de même de mères porteuses. Quel sort réserve-t-on alors aux enfants issus du recours à la maternité de substitution? Nous nous attarderons en deuxième partie à vérifier si, dans ces situations, la solution retenue par le législateur québécois respecte l'intérêt *a posteriori* des enfants nés dans le cadre d'une telle pratique (II.).

2. Voir notamment 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*, vol. 2, Ottawa, Ministre des Services gouvernementaux Canada, 1993, p. 745, plus particulièrement aux pages 755 et suiv. et 770 et suiv.

3. *Id.*, p. 745, plus particulièrement aux pages 770 et suiv.

4. *Id.*, p. 745, plus particulièrement aux pages 773 et suiv.

5. *Loi concernant les techniques de reproduction humaine et les opérations commerciales liées à la reproduction humaine*, Projet de loi C-47, 2^e session, 35^e législature (Can.) (2^e lecture). Bien que ce projet soit maintenant mort au feuillet, il demeure néanmoins intéressant d'examiner les avenues qu'il proposait.

I. L'INTÉRÊT A PRIORI DE L'ENFANT ET LE CHOIX DU CADRE JURIDIQUE

Dans un premier temps, il importe d'aborder les principes fondamentaux en jeu dans le cadre de la maternité de substitution (A.). Nous verrons ensuite les choix d'encadrement juridique de la pratique et plus précisément, celle retenue par le Québec (B.).

A. LA LÉGITIMITÉ DE LA MATERNITÉ DE SUBSTITUTION

Partout à travers le monde, un consensus tend à se dégager sur le caractère non souhaitable de la maternité de substitution⁶. Plusieurs principes fondamentaux sont à la base de ce consensus. Rappelons-les brièvement. La maternité de substitution est considérée comme étant contraire à l'ordre public car elle porte atteinte au principe de l'indisponibilité du corps humain et à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes. Ainsi, cette pratique risque de nuire tant aux femmes⁷ qu'aux enfants. Pour les fins du texte, l'accent sera mis sur l'enfant, quoiqu'il soit parfois difficile de dissocier les deux.

Sans pouvoir affirmer que la maternité de substitution, qui après tout vise à faire naître un enfant désiré⁸, nuit toujours à l'intérêt de l'enfant, on s'entend généralement pour dire qu'il y a de grands risques que tel soit le cas. En fait, l'utilisation de l'expression « intérêt de l'enfant » ici n'est pas juste à strictement parler. Il ne s'agit pas tant de l'intérêt de l'enfant, puisqu'il n'est pas encore né, que de la « représentation sociale » qu'on se fait de l'intérêt de l'enfant qui pourrait naître dans de telles conditions, ou encore de l'intérêt « futur » de l'enfant à naître.

6. C'est le cas notamment en France où, en vertu de l'article 16-7 du *Code civil français*, la maternité de substitution est aussi considérée comme portant atteinte à l'ordre public : « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ». Voir aussi les articles 6 et 1128 du *Code civil français*. L'article 6 précise que : « On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». Quant à l'article 1128, il se lit comme suit : « Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions ». Pour plus de détails sur l'encadrement dans d'autres pays, voir notamment COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *op. cit.*, note 2, p. 745, plus particulièrement aux pages 753 et 754 et T. CAULFIELD, M. HIRTLE et S. LE BRIS, « Regulating NRGTS : Is Criminalization the Solution for Canada? », (1997) 18 *Health Law in Canada* 3, plus particulièrement à la page 6 où les auteurs spécifient que les conventions de maternité de substitution sont considérées comme nulles aux Pays-Bas, en Grèce, en Italie et au Mexique. Il faut cependant noter qu'il n'y a pas unanimité sur la question.

7. Pour aller plus loin sur l'impact de la maternité de substitution pour la femme, voir notamment COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *id.*, aux pp. 745 et suiv.; BARREAU DU QUÉBEC, *Rapport du Comité sur les nouvelles technologies de reproduction*, (1988) 48 (suppl.) *R. du B.*, pp. 28-29 et CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Avis. Les grossesses sous contrat*, Québec, Conseil du statut de la femme, 1987. Il faut ici aussi noter qu'il n'y a pas unanimité sur cette question. On retrouve dans la littérature des arguments en faveur des contrats de maternité de substitution. Pour un bref survol à ce sujet, voir notamment COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *id.*, p. 745, plus particulièrement aux pages 765 et suiv. où il est plus spécifiquement question de l'autonomie de la femme ainsi que de la nécessité médicale d'avoir recours à la pratique. Voir aussi BARREAU DU QUÉBEC, *id.*, pp. 27-28.

8. J.-L. BAUDOIN et C. LABRUSSE RIOU, *Produire l'homme de quel droit?*, Paris, P.U.F., 1985, pp. 113 et 120.

La plupart des Commissions, qui à travers le monde ont étudié la question, ont conclu que le recours à la maternité de substitution allait à l'encontre de l'intérêt de l'enfant⁹. C'est le cas au Canada¹⁰. La maternité de substitution va à l'encontre de l'intérêt de l'enfant parce qu'elle « remet [...] en cause la structure traditionnelle de la [...] famille [en disloquant maternité et famille, en dépersonnalisant la maternité et en préfabriquant une famille éclatée]. Il y a donc une banalisation difficilement acceptable de l'ensemble du processus menant de la conception à la parenté »¹¹. Ceci n'est pas sans risque d'affecter psychologiquement, socialement et juridiquement l'enfant. Ce dernier devient un « simple objet de désir », qu'on va même jusqu'à échanger contre de l'argent. Aussi, sans toujours le réaliser, on planifie à l'avance l'abandon de l'enfant, lorsque la mère porteuse remet effectivement l'enfant au couple demandeur¹².

Un élément ressort souvent des différents documents et rapports sur le sujet pour expliquer cette « dépersonnalisation », cette « banalisation » de la maternité. La mère gestatrice, parfois génitrice en plus, doit rompre le lien avec l'enfant qu'elle porte. Cette rupture pourra se faire à la naissance et même pendant la grossesse, car la mère porteuse doit déjà se convaincre de ne pas s'attacher à l'enfant.

Finalement, par le recours à cette pratique, on interfère avec le processus d'établissement de l'état des personnes. On risque ainsi de mettre l'enfant au cœur de litiges dès sa naissance¹³. On peut en effet imaginer toute une série de recours possibles en filiation et en garde d'enfant. Qui seront les parents légaux de l'enfant : la mère porteuse, le couple demandeur, etc. ? Qui pourra obtenir la garde de l'enfant, la mère porteuse ou le père social (l'homme du couple demandeur)¹⁴ ? Voyons maintenant comment le droit québécois réagit à cette pratique.

B. LE CADRE JURIDIQUE RETENU PAR LE QUÉBEC

Quand on parle d'encadrement juridique de la maternité de substitution, plusieurs choix sont possibles : ignorer la pratique, l'encadrer, ou l'interdire¹⁵. On ignore la pratique, si on considère que c'est un phénomène marginal et

9. Pour une vaste étude sur le sujet en droit comparé, voir B.M. KNOPPERS et S. LE BRIS, « Recent advances in medically assisted conception : legal, ethical and social issues », (1991) 17 *American Journal of Law & Medicine* 329.

10. Voir COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *op. cit.*, note 2; COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *La procréation médicalement assistée. Document de travail n. 65*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1992 et BARREAU DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 7.

11. J.-L. BAUDOIN et C. LABRUSSE RIOU, *op. cit.*, note 8, pp. 110-111. Voir aussi B.M. KNOPPERS et S. LE BRIS, *loc. cit.*, note 9, aux pp. 356-358 et BARREAU DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 7, pp. 27 et suiv.

12. J.-L. BAUDOIN et C. LABRUSSE RIOU, *id.*, p. 112.

13. *Ibid.*

14. À titre d'exemple, voir notamment *Baby M*, 537 A.2d 1227 (N.J. 1988), 525 A. 2d 1128 (N.J. Super. Ch. 1987).

15. Pour plus de détails sur les politiques législatives en matière de maternité de substitution, voir notamment J.-L. BAUDOIN et C. LABRUSSE RIOU, *op. cit.*, note 8, pp. 120 et suiv. Voir

qu'il vaut mieux ne pas le mettre en évidence. On l'ignore aussi parce que non seulement c'est un phénomène marginal, mais parce qu'on ne pourra jamais réussir à l'interdire complètement et qu'on évite ainsi la clandestinité. On peut par ailleurs décider de l'encadrer pour cette même raison¹⁶. Quant à l'interdiction de la pratique, elle peut être seulement civile ou à la fois, civile et criminelle.

Le législateur québécois a plutôt choisi de l'interdire¹⁷. Lors de la dernière réforme du Code civil, il a plus précisément montré sa désapprobation de la pratique. En effet, l'article 541 C.c.Q. précise que « Les conventions de gestation pour le compte d'autrui sont nulles de nullité absolue ». L'intervention du législateur québécois est sobre, mais comme le souligne avec raison Marie Pratte, « [...] la sagesse en ce domaine est en effet de légiférer avec modestie »¹⁸. On considère donc que de telles conventions vont à l'encontre de l'ordre public car elles violent les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes. En d'autres mots, le corps humain est hors commerce et on ne peut décider de la filiation d'une personne par convention.

Mais quel est l'effet de cette disposition? Précisons d'abord que le libellé de l'article est suffisamment large pour inclure toutes les situations où on peut avoir recours à la maternité de substitution¹⁹. Il englobe donc le cas où la mère est porteuse, c'est-à-dire simplement responsable de la gestation. Pour reprendre le libellé du Code, il s'agit à ce moment de « convention de gestation ». Il comprend aussi le cas où la mère porte l'enfant et au surplus fournit l'ovule servant à la fécondation. Selon les termes de l'article 541 C.c.Q., il s'agit alors de « convention de procréation ». Aussi, il couvre tant les conventions faites à titre gratuit que celles faites à titre onéreux²⁰. Ainsi, les personnes qui ont recours à la maternité de substitution le font à leurs risques et périls. En effet, sans dire expressément que la pratique est interdite, le législateur rend la convention inexécutoire. Alors, les parties au contrat ne peuvent l'invoquer devant les tribunaux, que ce soit

aussi J. RUBELLIN-DEVICHI, « Droits de l'enfant et nouvelles techniques de reproduction : accessibilité et limites; mesures et démesures » et M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Procréations médicalement assistées : à qui appartient l'enfant? », dans J.-L. BAUDOIN et S. LE BRIS, dir., *Actes des Journées Strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures 1996. Droits de la personne : « Les bio-droits ». Aspects nord-américains et européens*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1997, pp. 17 et 61.

16. Cette voie a été retenue par la COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DE L'ONTARIO, *Report on Human Artificial Reproduction and Related Matters*, Toronto, Ministère du Procureur général, 1985. Plus précisément, elle recommandait l'approbation à l'avance du contrat de maternité de substitution par le tribunal.

17. J. BEAULNE, « Réflexions sur quelques aspects de la procréation médicalement assistée en droit des personnes et de la famille », (1995) 26 *R.G.D.* 235, plus particulièrement à la p. 249, par. 28.

18. « Le nouveau Code civil du Québec : Quelques retouches en matière de filiation », dans E. CAPARROS (dir.), *Mélanges Germain Brière*, coll. « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1993, p. 283, aux pp. 291-292.

19. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Les Publications du Québec, 1993, p. 327.

20. *Ibid.*

pour forcer la mère à remettre l'enfant au couple demandeur, pour obtenir la restitution des prestations déjà reçues²¹ ou encore pour établir la filiation²².

Si reconnaître la nullité des conventions de procréation pour le compte d'autrui est un pas dans la bonne direction pour décourager les personnes à conclure de telles ententes, pour certains, l'article 541 C.c.Q. manque un peu de mordant²³. Ce dernier n'empêche pas la maternité de substitution de se produire. Alors, faut-il aller plus loin dans l'encadrement en criminalisant la pratique²⁴? C'est ce que proposait le Projet de Loi C-47²⁵. L'article 5 de ce

21. Sur ce point, notons que malgré l'article 1422 C.c.Q. et en vertu de l'article 1699, al. 2 C.c.Q., nous croyons qu'il serait impossible pour le couple demandeur de récupérer toute somme d'argent versée en acompte à la mère porteuse pour cause d'immoralité du contrat. Voir à ce sujet, J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1996, pp. 324 et suiv., par. 219. Par ailleurs, il faut aussi noter que l'échange d'argent pourrait mener à l'amende prévue à l'article 135.1 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1.

22. Toutefois, ceci n'empêchera pas l'allégation de la convention à titre de fait, conformément aux articles 2857 et 2803 C.c.Q.

23. Dans ce sens, le CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME recommandait « que le gouvernement du Québec assortisse la disposition du *Code civil* touchant la nullité des contrats de grossesse de sanctions pénales destinées aux intervenants, en modifiant l'article 135.1 de la *Loi sur la protection de la jeunesse* (L.R.Q., c. P-34.1) » dans *Avis du Conseil du statut de la femme. La procréation médicalement assistée : une pratique à encadrer*, Québec, Conseil du statut de la femme, 1996, p. 62. Le BARREAU DU QUÉBEC faisait aussi une recommandation dans le même sens, *op. cit.*, note 7, p. 30, recommandation 18. Voir aussi S. LE BRIS, « Procréation médicalement assistée et parentalité à l'aube du 21^{ème} siècle », (1994) *C.P. du N.* 133, plus précisément à la p. 152 où l'auteur s'exprime ainsi : « [...] le législateur québécois aurait sans doute gagné à préciser les conséquences de la nullité du contrat de maternité de substitution, afin de le rendre véritablement inexécutable, si tel était son objectif. Sur ce point, la Commission Baird est allée plus loin et propose par exemple 1) que les tribunaux ne puissent en aucun cas obliger une femme porteuse à respecter un contrat de maternité quelconque et 2) que la femme porteuse ne soit autorisée à renoncer à ses droits maternels qu'après une période minimale de réflexion suite à la naissance de l'enfant. Ce genre de dispositions rendant la situation des couples demandeurs particulièrement incertaine aurait indéniablement un effet plus dissuasif que la disposition actuelle du code civil, lacunaire et non accompagnée de sanctions ».

Nous sommes plutôt d'avis que l'article 541 C.c.Q. va aussi loin dans ses effets que la recommandation de la Commission Baird.

24. C'est notamment la solution retenue par la France, voir l'article 227-12 du *Code pénal français*. Cette avenue est aussi privilégiée par l'Autriche, l'Allemagne, la Norvège et le Royaume-Uni, tel que le rapportent T. CAULFIELD, M. HIRTLE et S. LE BRIS, *loc. cit.*, note 6, p. 6.

25. *Supra*, note 5. L'intervention fédérale dans le domaine des nouvelles technologies de la reproduction se justifie principalement en vertu de sa compétence en matière criminelle, *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3, art. 91 (27). Elle peut aussi se fonder sur la compétence en matière de paix d'ordre et de bon gouvernement de même que sur le pouvoir de dépenser. Voir à ce sujet, M. JACKMAN, « The Constitutional Basis for Federal Regulation of Health », (1996) *5 Health Law Review* 3 et « La Constitution et la réglementation des nouvelles techniques de reproduction », dans COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *Les aspects juridiques liés aux nouvelles techniques de reproduction. Collection d'études de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction*, vol. 3, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1993, p. 1. Voir aussi A. LAJOIE et P.A. MOLINARI, « Partage constitutionnel des compétences en matière de santé au Canada », (1978) *R. du B. Can.* 580, qui notamment critique la compétence du fédéral en vertu du pouvoir de dépenser.

Projet²⁶ condamnait plus particulièrement la commercialisation de la pratique. Il interdisait de rétribuer ou d'offrir de rétribuer la mère porteuse. Il prévoyait aussi la punition des intermédiaires rétribués. L'article 8 de ce même Projet²⁷ fixait des sanctions assez sévères pour les contrevenants.

On peut certainement croire que ces règles donnent plus de mordant à l'article 541 C.c.Q. qui ne fait que rendre les conventions inexécutoires ou sans effet. Aussi, la criminalisation présente certainement l'avantage de décourager le recours à la pratique et cela va dans le sens de l'intérêt futur de l'enfant. On peut toutefois se demander si la criminalisation de la pratique est appropriée. Certains sont contre et prétendent que, bien qu'elle donne bonne conscience au législateur, elle comprend aussi des risques d'augmenter la clandestinité de la pratique et l'exploitation de la mère et donc de nuire ultimement à l'enfant²⁸. Comme alternative à la criminalisation, certains suggèrent un cadre réglementaire pour organiser plus efficacement l'accès aux techniques²⁹. Une réflexion sur les impacts de la criminalisation s'impose avant d'intervenir en ce sens. Nous sommes portée à croire que le droit criminel doit être utilisé avec parcimonie en cette matière. Après avoir analysé l'intérêt *a priori* de l'enfant dans le choix de l'encadrement de la maternité de substitution, voyons maintenant la protection accordée à l'enfant si, malgré tous les efforts pour l'éviter, il naît de cette pratique.

II. LE CADRE JURIDIQUE RETENU PAR LE QUÉBEC FAVORISE-T-IL LA PROTECTION DE L'INTÉRÊT *A POSTERIORI* DE L'ENFANT ?

Nous avons vu que le législateur est intervenu pour interdire la pratique, dans le but de l'enrayer pour protéger les enfants qui pourraient ainsi naître. Mais, peu importe l'encadrement choisi, le législateur ne pourra jamais réussir à

26. *Supra*, note 5, art. 5 :

(1) Il est interdit de rétribuer ou d'offrir de rétribuer une femme pour qu'elle agisse à titre de mère porteuse.

(2) Il est interdit de rétribuer ou d'offrir de rétribuer une personne pour qu'elle procure à qui que ce soit les services d'une mère porteuse.

(3) Il est interdit à quiconque n'est pas la mère porteuse d'arranger ou d'offrir d'arranger, moyennant rétribution, les services d'une mère porteuse.

(4) Pour l'application du présent article, la mère porteuse est une femme qui porte un enfant conçu à partir de l'ovule, du sperme ou du zygote d'un donneur avec l'intention de le remettre à une autre personne après la naissance.

27. *Ibid.* L'article 8 se lit comme suit : « Quiconque contrevient à l'un des articles 4 à 7 commet une infraction et encourt, sur déclaration de culpabilité :

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

b) par mise en accusation, une amende maximale de 500 000 \$ et un emprisonnement maximal de dix ans, ou l'une de ces peines ».

28. Voir A. HARVISON YOUNG, *Brief Prepared for the Standing Committee on Health on Bill C-47*, non publié. Nous tenons d'ailleurs à remercier cette dernière pour la discussion fort enrichissante que nous avons eue avec elle sur ce point. Pour une analyse plus poussée du rôle du droit criminel et des nouvelles techniques de reproduction, voir P. HEALY, « Statutory Prohibitions and the Regulation of New Reproductive Technologies under Federal Law in Canada », (1995) 40 *McGill L.J.* 905. Voir aussi T. CAULFIELD, M. HIRTLE et S. LE BRIS, *loc. cit.*, note 6.

29. A. HARVISON YOUNG, *ibid.* C'est la solution privilégiée par l'Angleterre, voir *Human Fertilisation and Embryology Act 1990*, c. 37.

empêcher complètement le phénomène. Un enfant peut naître du recours à cette pratique. Si tel est le cas, différentes questions se posent quant à la filiation et quant à la garde de l'enfant (A.). Est-ce que les règles en place protègent l'intérêt *a posteriori* de l'enfant?

A. L'ÉTABLISSEMENT DE LA FILIATION

Nous verrons dans l'ordre comment s'établissent la maternité (1.) et la paternité (2.)³⁰.

1. La maternité

En droit civil québécois, la mère est celle qui accouche. Les conventions de maternité de substitution étant contre l'ordre public, ce sont les règles générales de la filiation qui déterminent la filiation de l'enfant qui naît dans ces conditions. Donc, la mère porteuse est la mère de l'enfant. Cette conclusion s'infère de l'article 111 C.c.Q. qui précise que l'accoucheur dresse le constat de naissance qui contient notamment le nom et le domicile de la mère. Celle-ci doit déclarer la naissance de l'enfant (art. 113 C.c.Q.)³¹. Ainsi, la filiation biologique est liée à l'accouchement, qui est la preuve de la maternité. La filiation biologique est donc composée de deux éléments : le lien génétique et le lien gestationnel. Ce n'est pas exclusivement le lien génétique qui forme la filiation biologique³². Ce n'est pas non plus le désir ou l'intention, mais l'accouchement qui détermine la maternité³³.

30. Pour une excellente analyse des règles de filiation dans le cadre des nouvelles techniques de reproduction, voir M. PRATTE, « Le nouveau Code civil du Québec : Quelques retouches en matière de filiation », *loc. cit.*, note 18.

31. Il faut noter que si la mère décidait de ne pas déclarer la naissance, il y aurait au moins un constat de dressé par l'accoucheur. En vertu de l'article 130 C.c.Q., le Directeur de l'état civil dresserait l'acte selon le constat. En revanche, si la femme du couple demandeur déclare sa maternité à l'égard de l'enfant, le constat et la déclaration auront des mentions contradictoires. À ce moment, en vertu de l'article 131 C.c.Q., le tribunal devrait trancher. Vraisemblablement, la mère sera celle qui a accouché.

32. Cet argument pourra être utile lorsque certains invoqueront la nécessité pour l'enfant de pouvoir établir avec qui il a un lien génétique.

33. *Contra* : S. LE BRIS, *loc. cit.*, note 23, pp. 151-152 où l'auteure voit une contradiction entre d'une part, les articles 111, 112 et 113 C.c.Q. et d'autre part, l'article 538 C.c.Q. :

« [...] Il y a donc une certaine contrariété entre ces dispositions [...] puisqu'une lecture littérale de cet article pourrait laisser penser qu'aucun lien de filiation ne pourra être établi entre la mère porteuse et l'enfant, dans la mesure où celle-ci contribue bien au projet parental d'autrui par apport de ses forces génétiques de surcroît, quand elle est à la fois la *genitrix* et la *gestatrix*.

En fait, tout dépendra de l'interprétation donnée à la notion « d'apport des forces génétiques » selon que l'on considérera que la gestation en fait ou non partie ou que l'on retiendra au contraire une conception purement biologique : celle de patrimoine génétique. Les tribunaux québécois seront sûrement amenés à interpréter cet article 538 C.c.Q. dans le cadre spécifique de la maternité de substitution afin de préciser les notions de « projet parental » et de « forces génétiques ». Ils devront notamment se pencher sur la question de savoir si la femme porteuse peut ou non être liée par son intention de renoncer de façon irrévocable à ses droits maternels avant la naissance, c'est-à-dire se demander dans quelle mesure l'intention d'être parent ou de ne pas l'être doit, ou non, être déterminante dans l'établissement de la parenté ».

2. La paternité

Au risque de trop simplifier, la paternité s'établit généralement par l'acte de naissance³⁴. À défaut de pouvoir l'établir par un acte de naissance, la présomption de paternité pourra notamment constituer une preuve de la paternité³⁵. Dans le contexte de la maternité de substitution, ceci laisse entrevoir trois possibilités. La paternité peut être attribuée au père sociologique ou encore au mari de la mère porteuse ou finalement, elle peut n'être pas du tout établie. D'une part, l'établissement de la paternité pourra dépendre de l'état civil de la mère porteuse et de son désir de garder ou non l'enfant. D'autre part, elle pourra aussi dépendre du désir de l'homme du couple demandeur de garder ou non l'enfant. Il y a ainsi divers scénarios possibles, nous en verrons quelques-uns (B.).

B. LES DIVERS SCÉNARIOS POSSIBLES ET L'INTÉRÊT DE L'ENFANT

À travers différentes hypothèses, soit le respect du contrat de maternité de substitution (1.), soit le non-respect de ce dernier (2.), nous constaterons que l'encadrement juridique de la maternité de substitution au Québec permet le respect de l'intérêt *a posteriori* de l'enfant.

1. Le respect du contrat de maternité de substitution

Dans une première hypothèse, le contrat de gestation pour le compte d'autrui est respecté. La mère est celle qui accouche, donc la mère porteuse. La paternité, quant à elle, pourra facilement être attribuée au père biologique, c'est-à-dire à l'homme du couple demandeur, peu importe que la mère porteuse soit mariée ou non³⁶. Le principal problème est le suivant : est-ce que les règles de l'adoption sont applicables? Le *Code civil du Québec* prévoit qu'un consentement spécial à l'adoption peut être donné en faveur de la conjointe du père biologique³⁷. Deux principes entrent ici en conflit : l'intérêt *a priori* de l'enfant et l'intérêt *a posteriori*

Nous croyons plutôt que l'article 541 C.c.Q. empêche l'application des articles 538 et suiv. relatifs à la procréation médicalement assistée et entraîne l'application des règles générales de preuve en matière de filiation par le sang, à toutes les fois où il y aurait contradiction entre l'article 541 et un autre article du C.c.Q.

34. Art. 523 C.c.Q.

35. Art. 525 C.c.Q.

36. En vertu de l'article 114 C.c.Q.

37. Art. 555 C.c.Q. Il se lit comme suit : « Le consentement à l'adoption peut être général ou spécial. Le consentement spécial ne peut être donné qu'en faveur d'un ascendant de l'enfant, d'un parent en ligne collatérale jusqu'au troisième degré ou du conjoint de cet ascendant ou parent; il peut également être donné en faveur du conjoint ou du concubin du père ou de la mère, si, étant concubins, ces derniers cohabitent depuis au moins trois ans ».

Notons que la mère porteuse pourra rétracter son consentement à l'adoption « dans les 30 jours suivant la date à laquelle il a été donné », en vertu de l'article 557 C.c.Q. ou « à tout moment avant l'ordonnance de placement », selon l'article 558 C.c.Q.

de l'enfant. D'une part, les conventions de procréation pour le compte d'autrui sont nulles et on ne peut leur donner effet. Permettre l'adoption par consentement spécial équivaldrait à autoriser le couple demandeur à faire indirectement ce qu'il ne peut faire directement. Une telle situation nuirait à ce que nous avons appelé l'intérêt *a priori* de l'enfant, qui est à la source de l'encadrement de la maternité de substitution. Pour empêcher le phénomène de se produire, il importe, selon certains, de ne pas faciliter la régularisation de la filiation par l'adoption. Cependant, un enfant est né d'une mère porteuse et on doit établir sa filiation en gardant à l'esprit qu'il n'a pas demandé à naître dans de telles conditions. Que faire devant ce dilemme?

Pour respecter la finalité de l'adoption, on peut refuser de la prononcer dans le contexte de la maternité de substitution. C'est la solution qui prévaut en France où on invoque l'argument de fraude à la loi pour refuser de prononcer l'adoption dans ce cas³⁸. Commentant cette situation, Carmen Lavallée s'exprime ainsi : « [...] dans cette optique, la position de la Cour de cassation, qui refuse de prononcer l'adoption en cas de fraude à la loi, nous apparaît plus juste sur le plan juridique, malgré que l'enfant soit encore celui qui paie le prix des actes illicites perpétrés par ses parents biologiques ou adoptifs »³⁹.

Nous sommes plutôt d'opinion que l'intérêt *a posteriori* de l'enfant doit prédominer. Par analogie avec l'enfant naturel de jadis, qui a trop longtemps été victime de discrimination⁴⁰, il faudrait éviter le même sort à l'enfant né dans le cadre d'une convention de maternité de substitution. En effet, ce dernier n'a pas à subir de préjudice pour le comportement de ses parents. Pour cette raison, les tribunaux n'ont d'autre possibilité que de permettre l'adoption par consentement spécial⁴¹, si les autres conditions de la loi sont remplies⁴². La situation serait différente si le législateur avait retenu la recommandation du Comité du Barreau à l'effet d'ajouter une interdiction de procéder à l'adoption lorsqu'une convention de maternité de substitution était en jeu⁴³. Le législateur a fait preuve de sagesse en n'incluant pas cette recommandation. Son silence laisse plus de souplesse et permet le respect de l'intérêt de l'enfant dans l'hypothèse où les parties à un contrat de maternité de substitution souhaitent respecter leur engagement. Qu'en est-il dans le cas contraire?

38. J.C.P. 95, II, 22362, note J. RUBELLIN-DEVICHL.

39. C. LAVALLÉE, « Le secret de l'adoption en France et au Québec », (1996) 27 R.G.D. 441, p. 466. Voir aussi les pages 462-464 de ce même article pour approfondir la question en droit français.

40. Voir notamment J. PINEAU, *Droit applicable au lendemain de la « Loi 89 »*, La famille, Montréal, P.U.M., p. 197, par. 257.

41. Art. 555 C.c.Q.

42. Art. 555 et 543 C.c.Q. Ce dernier se lit comme suit : « L'adoption ne peut avoir lieu que dans l'intérêt de l'enfant et aux conditions prévues par la loi ». Une de ces conditions est l'obtention du consentement des parents en vertu des articles 551 et suiv. C.c.Q. Cette interprétation est défendue par M. PRATTE, *loc. cit.*, note 18, p. 302.

43. *Op. cit.*, note 7, p. 30 et recommandations 19 et 21. Cette dernière va comme suit : « Qu'aucun droit préférentiel d'adoption ne soit accordé au conjoint du père biologique lorsque l'enfant est né à la suite d'une convention de mère porteuse et qu'à cette fin, l'art. 607 C.c.Q. soit modifié afin de permettre le consentement spécial en faveur du conjoint du père ou de la mère de l'enfant et de l'interdire lorsque celui-ci est né d'une mère porteuse ».

2. Le non-respect du contrat de maternité de substitution

Lorsque la convention de maternité de substitution n'est pas respectée car la mère porteuse désire garder l'enfant, plusieurs modalités sont possibles quant à l'établissement de la filiation de l'enfant. Nous aborderons brièvement les différentes situations envisageables.

D'abord, si le père biologique, soit l'homme du couple demandeur, a déclaré sa paternité, cela entraînera une dispute entre les deux parents, c'est-à-dire entre la mère porteuse et le père biologique, quant à la garde de l'enfant. Alors, on s'adressera au tribunal pour gérer le litige. Ce dernier devra trancher en tenant compte de l'intérêt de l'enfant⁴⁴.

Par ailleurs, la situation pourrait être différente dans l'hypothèse où la mère porteuse, qui désire garder l'enfant, est mariée et s'empresse de déclarer sa maternité en même temps que la paternité de son mari. Le mariage lui permet en effet de déclarer la paternité de son mari à l'égard de l'enfant⁴⁵. En vertu de l'article 525 C.c.Q., le mari de la mère porteuse se trouve à être le père présumé de l'enfant⁴⁶. Si son mari a consenti à l'insémination, personne ne pourra contester sa paternité en vertu de l'article 539 C.c.Q.⁴⁷ « et cela, même s'il a clairement consenti à l'insémination, sans consentir à assumer la paternité »⁴⁸. Ainsi, l'enfant a deux parents, ce qui va en principe dans le sens de son intérêt. De plus, en permettant de conserver le lien avec la mère porteuse dans ces situations, on favorise l'intérêt de l'enfant et une valeur importante dans notre société, la maternité.

Aussi, dans certains cas, l'enfant pourra ne pas avoir de père. Ce sera le cas lorsque l'homme du couple demandeur, le père biologique, refuse de reconnaître l'enfant. En effet, en vertu de l'article 114 C.c.Q., la mère ne pourra pas déclarer la paternité de ce dernier. En théorie, le refus de reconnaître l'enfant donne ouverture à un recours en réclamation d'état pour l'enfant⁴⁹, mais vu le caractère illicite de la convention, celle-ci ne pourra pas constituer en elle-même une preuve de la filiation paternelle.

En dernier lieu, si l'enfant ne répond pas aux attentes, par exemple s'il naît handicapé, le couple demandeur pourra refuser de prendre l'enfant. Alors, la mère porteuse pourra décider de placer l'enfant en adoption. Cet exemple met

44. Art. 604 et 33 C.c.Q. Voir aussi *Convention relative aux droits de l'enfant* de l'O.N.U., R.T. Can. 1992, n° 3, art. 3(1).

45. En effet, l'article 114 C.c.Q. prévoit que : « Seuls le père ou la mère peuvent déclarer la filiation de l'enfant à leur égard. *Cependant, lorsque la conception ou la naissance survient pendant le mariage, l'un d'eux peut déclarer la filiation de l'enfant à l'égard de l'autre.* [...] » (Nos italiques).

46. L'article 525 C.c.Q. se lit comme suit : « L'enfant né pendant le mariage ou dans les trois cents jours après sa dissolution ou son annulation est présumé avoir pour père le mari de sa mère. [...] ».

47. Cet article énonce ce qui suit : « Nul ne peut contester la filiation de l'enfant pour une raison tenant au caractère médicalement assisté de sa procréation et l'enfant n'est pas recevable à réclamer un autre état ».

Cependant, le mari de la mère peut désavouer l'enfant ou contester la reconnaissance s'il n'a pas consenti à la procréation médicalement assistée ou s'il prouve que l'enfant n'est pas issu de celle-ci ».

48. M. PRATTE, *loc. cit.*, note 18, p. 301, note 50.

49. Art. 532 C.c.Q.

certainement en lumière la justification de l'interdiction *a priori* de la pratique. Toutefois, certes de façon curative, le droit tiendra compte de l'intérêt de l'enfant, car l'adoption pourra être prononcée si c'est dans son intérêt⁵⁰, ce dont on ne peut douter. En résumé, l'encadrement proposé par le législateur québécois prend en considération l'intérêt *a posteriori* de l'enfant. On conviendra qu'il sera parfois un peu trop tard, car le mal sera déjà fait, mais c'est ce principe qui prédominera tout de même. Cela favorise la protection de l'enfant, en faisant prévaloir son intérêt, dans l'hypothèse où un contrat de maternité de substitution n'est pas respecté.

CONCLUSION

Sans contredit, une importance primordiale doit être accordée à la notion de famille et aux valeurs sociales qui doivent prédominer dans ce contexte. L'intérêt de l'enfant fait certainement partie de ces valeurs. L'exemple de la maternité de substitution est convaincant à cet égard quand on réalise les situations inusitées qui peuvent en découler. Ceci renforce l'idée qu'on doit éviter de considérer l'enfant comme un désir, un simple objet pour arriver à ses fins.

Bien qu'il soit difficile de juger des normes dans ce contexte étant donné le peu de recherches sur l'impact social et psychologique des conventions de maternité de substitution⁵¹, *a priori*, l'État devait intervenir pour limiter l'autonomie individuelle au nom de valeurs sociales plus importantes. Ces dernières concernent le principe de l'indisponibilité du corps humain et celui de l'indisponibilité de l'état des personnes. Nous croyons que le choix de l'encadrement législatif au Québec donne priorité à l'intérêt de l'enfant ou à la représentation sociale qu'on s'en fait. On souhaite décourager le recours à cette pratique, notamment à cause de l'impact qu'elle risque d'avoir sur l'enfant. L'article 541 C.c.Q. atteint cet objectif.

Aussi, de prime abord, on peut croire que la criminalisation donnerait plus de mordant à l'intervention du législateur québécois, en décourageant encore plus de personnes à devenir parties à des conventions de gestation mais il n'en est peut-être pas ainsi. Nous convenons qu'un questionnement s'impose sur l'impact de l'introduction du droit criminel dans ce contexte. Les actes visés sont-ils aussi reprochables que le meurtre? Il faut sopeser les risques de la clandestinité que la criminalisation peut engendrer⁵². Il ne faut pas non plus sous-estimer le risque que la pratique poursuive tout simplement son cours dans le pays voisin⁵³.

Finalement, *a posteriori*, quand, malgré les tentatives pour empêcher le recours à la pratique, des enfants naissent tout de même, la souplesse des règles en matière d'adoption, jumelée à l'importance du principe de l'intérêt de l'enfant en droit québécois, assurent tout de même une protection à l'enfant. Souhaitons que les tribunaux québécois retiendront cette interprétation lorsqu'ils auront à se pencher sur cette question. En effet, il faut éviter de punir les enfants issus de la maternité de substitution pour le comportement de leurs parents et du coup, les sauver du sort qu'ont connu les enfants naturels jusqu'au début des années 1980. Les tribunaux doivent donc résister à l'argument de fraude à la loi pour empêcher l'adoption

50. Art. 543 C.c.Q.

51. COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *op. cit.*, note 2, p. 748.

52. Nous partageons les craintes formulées à cet égard par A. HARVINSON YOUNG, *loc. cit.*, note 28, pp. 2-4.

53. *Id.*, p. 3.

dans ces situations et donner préséance à l'argument du silence du législateur⁵⁴, jumelé à la primauté du principe de l'intérêt de l'enfant⁵⁵. Cette protection demeurera parfois, voire souvent, imparfaite. Mais, en cette matière, il n'y a pas de solution juridique parfaite.

Michelle Giroux
Faculté de droit
Section de droit civil
57, rue Louis Pasteur, Bureau 308
Université d'Ottawa, C.P. 450, succ. « A »
OTTAWA (Ontario) K1N 6N5
Tél. : (613) 562-5800 poste 3243
Télec. : (613) 562-5121
C. élec.: mgiroux@uottawa.ca

54. *Supra*, note 43.

55. Voir ce point *C.(G.) c. V.-F. (T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244, pp. 269-270; *P.(D.) c. S.(C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141, qui a confirmé *Droit de la famille 1150*, [1991] R.J.Q. 306 (C.A.) et *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3. Ces deux dernières affaires ont confirmé la constitutionnalité du principe de l'intérêt de l'enfant.