

Homopaternité, gestation pour autrui : *no man's land*?

Isabel Côté et Jean-Sébastien Sauvé

Volume 46, numéro 1, 2016

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1036573ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1036573ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Côté, I. & Sauvé, J.-S. (2016). Homopaternité, gestation pour autrui : *no man's land*?. *Revue générale de droit*, 46(1), 27–69. <https://doi.org/10.7202/1036573ar>

Résumé de l'article

Au Québec, dans le but d'accéder à la paternité, des couples gais ont recours à la gestation pour autrui. Or, cette technique de procréation assistée suscite de nombreux débats, qui ont notamment trait à son encadrement juridique. À l'aide d'une revue de l'état du droit positif et d'un travail de terrain ayant été réalisé auprès de pères gais ayant eu recours à cette façon d'accéder à la paternité, nous montrons en quoi le flou juridique concernant la gestation pour autrui complique les relations que ces pères gais entretiennent avec deux instances étatiques intervenant auprès des familles, soit le Directeur de l'état civil et le Régime québécois d'assurance parentale. Il nous semble, après étude, que l'intégration, dans la législation québécoise, d'un véhicule procédural distinct, soigneusement conçu pour s'appliquer à la gestation pour autrui, permettrait de rendre moins complexes ces relations. Nous ajoutons notre voix à d'autres, qui font pression depuis un certain temps déjà, pour une réforme législative allant en ce sens.

Homopaternité, gestation pour autrui : *no man's land?*

ISABEL CÔTÉ ET JEAN-SÉBASTIEN SAUVÉ*

RÉSUMÉ

Au Québec, dans le but d'accéder à la paternité, des couples gais ont recours à la gestation pour autrui. Or, cette technique de procréation assistée suscite de nombreux débats, qui ont notamment trait à son encadrement juridique. À l'aide d'une revue de l'état du droit positif et d'un travail de terrain ayant été réalisé auprès de pères gais ayant eu recours à cette façon d'accéder à la paternité, nous montrons en quoi le flou juridique concernant la gestation pour autrui complique les relations que ces pères gais entretiennent avec deux instances étatiques intervenant auprès des familles, soit le Directeur de l'état civil et le Régime québécois d'assurance parentale. Il nous semble, après étude, que l'intégration, dans la législation québécoise, d'un véhicule procédural distinct, soigneusement conçu pour s'appliquer à la gestation pour autrui, permettrait de rendre moins complexes ces relations. Nous ajoutons notre voix à d'autres, qui font pression depuis un certain temps déjà, pour une réforme législative allant en ce sens.

MOTS-CLÉS :

Adoption, filiation, gestation pour autrui, homopaternité, mère porteuse.

ABSTRACT

In order to access to paternity in Quebec, gay male couples resort to surrogacy. However, this assisted procreation mechanism raises many issues, one of them being

* Isabel Côté est professeure de travail social à l'Université du Québec en Outaouais. Jean-Sébastien Sauvé est membre du Barreau du Québec et doctorant en droit à l'Université de Montréal. Les auteurs remercient chaleureusement tous les participants à la présente recherche. Ils expriment également leur gratitude envers Régine Tremblay, qui a relu attentivement une version préliminaire de cet article. Aussi, la réalisation de cet article n'aurait pas été possible sans le soutien financier offert par l'équipe de recherche SVR (Sexualités et genres : vulnérabilité, résilience) et la bourse que le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada a décernée à Jean-Sébastien Sauvé dans le cadre de son parcours doctoral.

the legal framework in which it takes place. Relying on an analysis of positive law and on fieldwork with gay fathers who chose surrogacy to create their families, this article shows how the uncertainty surrounding this practice in law complicates the interactions gay fathers have with two state authorities, namely the Registrar of civil status (Directeur de l'état civil) and Québec Parental Insurance Plan (Régime québécois d'assurance parentale). After review, it appears to us that to ease these interactions Quebec should include in its laws a separate procedural vehicle addressing surrogacy. We add our voice in support of those pressing, for some time now, for legal reform.

KEY-WORDS:

Adoption, filiation, surrogacy, gay fatherhood, third-party reproduction.

SOMMAIRE

Introduction.....	29
I. Méthodologie.....	33
A. La collecte des données empiriques	34
B. La collecte des données juridiques.....	37
II. Cadre théorique.....	38
A. La théorie des représentations sociales pour analyser les données empiriques	38
B. « Mère porteuse », « maternité de substitution », « location d'utérus », « gestation pour autrui »... quelques précisions d'ordre sémantique.....	40
C. L'approche positiviste du droit pour analyser les données juridiques.....	42
III. La lutte pour la reconnaissance de sa famille issue de la gestation pour autrui : entre représentations sociales et droit positif.....	43
A. La loterie du Directeur de l'état civil	45
B. Agir de façon (il)légal selon le Régime québécois de l'assurance parentale	56
Conclusion	67

INTRODUCTION

Le Québec a adopté, en 2002, de nouvelles règles de filiation. Celles-ci reconnaissent, dans une certaine mesure, l'homoparenté¹. Pionnière, la province de Québec devint l'un des premiers États à reconnaître légalement les familles comptant des parents de même sexe². Ce faisant, elle a affirmé une certaine vision progressiste de ce que devraient être les droits des personnes faisant partie des minorités sexuelles³. Toutefois, avec sa réforme, le Québec n'a pas poussé sa propre logique interne jusqu'au bout. D'un côté, il a institutionnalisé la double maternité d'origine⁴, mais n'a pas, d'un autre côté, institutionnalisé la double paternité d'origine. Plutôt, il a maintenu la nullité des conventions de

1. *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, LQ 2002, c 6, entrée en vigueur le 24 juin 2002 en vertu de l'article 245 de cette loi, à l'exception des articles 228 et 229 (non en vigueur).

2. Alain Roy, « Les couples de même sexe en droit québécois ou la quête d'une égalité sans compromis » (2005) 65:1-2 *Annales de droit de Louvain* 29 aux pp 30, 45-46 [Roy, « Les couples de même sexe »]; Isabel Côté, Kevin Lavoie et Francine de Montigny, « "J'ai aidé deux femmes à fonder leur famille". Le don de gamètes entre particuliers en contexte québécois » (2015) 23 *Enfances, familles, générations* 127.

3. Depuis la *Loi de 1968-69 modifiant le droit pénal*, SC 1968-69, c 38 (aussi appelée « bill omnibus ») ayant décriminalisé l'homosexualité en 1969, les Canadiens des minorités sexuelles ont progressivement acquis le droit de servir ouvertement dans l'armée, de se marier, de fonder une famille. Toutes les autorités — fédérale, provinciale ou territoriale — interdisent la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Si, à l'échelle internationale, le Canada apparaît comme étant progressiste en matière de reconnaissance des droits des personnes des minorités sexuelles, le Québec l'est davantage alors qu'il fut le premier à reconnaître l'orientation sexuelle comme motif de distinction illicite (1976), à octroyer les mêmes droits aux conjoints de fait, peu importe leur orientation sexuelle (1999), à permettre aux gais et aux lesbiennes d'officialiser leur union (2002) et à reconnaître les familles dont les parents sont de même sexe (2002). Voir notamment Isabel Côté et Jacques Boucher, « La mouvance sociale des personnes gaies, lesbiennes, bisexuelles et transgenres » (2008) 16:3 *Bulletin d'histoire politique* 89; Marie-France Bureau et Jacques Papy, « L'orientation sexuelle et la *Charte des droits et libertés de la personne* : récit d'une trajectoire » dans Alain-Robert Nadeau et Revue du Barreau du Québec, dir, *La Charte québécoise : origines, enjeux et perspectives* (2007) Numéro thématique hors série R du B 109; Manon Tremblay, « Quebec and Sexual Diversity: From Repression to Citizenship? » dans Manon Tremblay, dir, *Queer Mobilizations: Social Movement Activism and Canadian Public Policy*, Vancouver, UBC Press, 2015, 106.

4. Depuis l'adoption de la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, *supra* note 1, deux femmes peuvent être reconnues légalement sur l'acte de naissance de leur enfant, sans que la mère n'ayant pas porté l'enfant ait à s'astreindre à un processus d'adoption. Pour concrétiser leur projet parental, un couple lesbien peut recourir aux services de cliniques de fertilité ou encore bénéficier d'un don de sperme, en contexte privé, d'un homme qui fera office de tiers donneur. La loi prévoit que le don de sperme entre particuliers n'engage aucune responsabilité du donneur ni ne lui confère de droit par rapport à l'enfant né de son don. Voir à cet effet Isabel Côté, « Deux mères, un donneur et des enfants. Motivations des actrices et acteurs quant à l'établissement de la famille lesboparentale avec donneur connu » (2014) 24:2 *Nouvelles pratiques sociales* 84 à la p 89.

gestation pour autrui, énoncée à l'article 541 du *Code civil du Québec* (ci-après CcQ)⁵. Les principes clés de la maxime latine *mater semper certa est* — la mère est toujours certaine — n'ont pas été altérés à cet égard⁶. Une autre personne peut être reconnue comme mère de l'enfant⁷, mais il n'en demeure pas moins que, juridiquement, celle qui accouche est nécessairement mère de l'enfant, peu importe le contexte procréatif dans lequel cette naissance a lieu. Ainsi, dans l'éventualité où leur enfant naît au Québec, les couples formés d'hommes gais cisgenres (nous y reviendrons) ne peuvent voir les deux conjoints être reconnus d'entrée de jeu comme parents de l'enfant. Hors l'adoption⁸, point de salut, pourrait-on avancer, puisque seule cette institution permet de réguler la situation juridique dans laquelle ils sont plongés, sous réserve du respect de certaines conditions. Une telle incongruité pourrait être expliquée par le poids encore lourd de la maxime latine *mater semper certa est*, mais aussi par le malaise que suscite la gestation pour autrui. Dans ses commentaires sur le *Code civil du Québec*, le ministre de la Justice affirme que cette technique de procréation assistée va à l'encontre de l'ordre public⁹; qu'elle est, dit autrement, une pratique à éviter pour le bien de la société. Les auteures Marie-France

5. L'article 541 CcQ se lit comme suit: «Toute convention par laquelle une femme s'engage à procréer ou à porter un enfant pour le compte d'autrui est nulle de nullité absolue». L'on comprend, à sa lecture, qu'il vise la gestation pour autrui. Cette technique de procréation assistée peut être définie comme étant celle par laquelle un couple commanditaire (communément appelé «parents d'intention») concrétise son projet parental grâce au concours d'une femme qui s'engagera à porter l'enfant du couple. La gestation pour autrui peut être gestationnelle (auquel cas l'enfant a été conçu grâce à un don d'ovule ou encore grâce à l'ovule de la mère d'intention) ou traditionnelle (lorsque la femme qui porte l'enfant fournit également son patrimoine génétique). Voir Edihno Dos Reis et al, «La maternité de substitution» dans Hugues Fulchiron et Jehanne Sosson, dir, *Parenté, filiation, origines: le droit et l'engendrement à plusieurs*, Paris, Bruylant, 2013, 169.

6. Les auteures Marie-France Bureau et Édith Guilhermont expliquent le sens que reçoit cette maxime latine:

Cet adage, selon lequel «la mère est toujours certaine» traduit une règle de preuve de droit romain. À cet égard, «[l]e Digeste oppose la preuve de la maternité à la preuve de la paternité; la première est susceptible de démonstration directe, car elle découle d'un fait visible, l'accouchement, qui permet de découvrir la mère: *mater semper certa est*».

Marie-France Bureau et Édith Guilhermont, «Maternité, gestation pour autrui et liberté: réflexions sur la prohibition de la gestation pour autrui en droit québécois» (2011) 4:2 RD & santé McGill 45 à la p 52.

7. Art 115 CcQ.

8. Comité consultatif sur le droit de la famille, sous la présidence d'Alain Roy, *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Montréal, Thémis, 2015 aux pp 33–34.

9. Québec, Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice: le Code civil du Québec*, Québec, Publications du Québec, 1993 à la p 327.

Bureau et Édith Guilhermont notaient d'ailleurs que « le souci de protéger les mères porteuses et celui de protéger les enfants nés des conventions conclues par elles en vue de leur remise aux parents commanditaires » se trouvent souvent parmi les arguments opposés à la gestation pour autrui¹⁰. Et encore, d'autres raisons sont invoquées. Pensons par exemple à l'indisponibilité, tant celle visant l'état civil que le corps humain, qui continue de faire partie des discours. Si elles sont différentes, ces raisons ont tout de même un point commun : aujourd'hui elles doivent toutes être relativisées¹¹.

Pour une multitude de raisons, dont celles ayant été précédemment exposées, la nullité absolue des conventions de gestation pour autrui semble aller de soi. Elle aurait même le potentiel de dissuader le recours à cette technique de procréation assistée, nous dit le professeur Benoît Moore¹². En théorie, du moins, puisqu'en pratique, les couples continuent de devenir parents en mobilisant la gestation pour autrui. C'est ce que rappelle le Comité consultatif sur le droit de la famille dans son récent rapport :

Qu'on le veuille ou non, le désir d'enfant est à ce point puissant qu'il justifiera dans l'esprit de ceux et celles qui le ressentent le recours à toutes formes d'assistance à la procréation, voire à la gestation (mère porteuse), et ce, peu importe l'absence de reconnaissance légale des arrangements intervenus ou la teneur des sanctions qui y seront assorties [note omise]¹³.

La gestation pour autrui est donc une technique utilisée à des fins procréatives à laquelle ont recours certains couples gais. Ils seraient d'ailleurs de plus en plus nombreux à opter pour cette dernière afin d'accéder à la paternité¹⁴. Pourquoi? On note, parmi les raisons invoquées, le désir d'être impliqué dès le début de la grossesse¹⁵, la crainte, en cas d'adoption, d'être confronté à des enfants marqués très tôt par

10. Bureau et Guilhermont, *supra* note 6 à la p 53.

11. Benoît Moore, « Maternité de substitution et filiation en droit québécois » dans *Liber amicorum : mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Paris, Dalloz, 2013, 859 aux pp 863–64.

12. *Ibid* à la p 866.

13. Comité consultatif sur le droit de la famille, sous la présidence d'Alain Roy, *supra* note 8 à la p 251.

14. Deborah Dempsey, « Surrogacy, Gay Male Couples and the Significance of Biogenetic Paternity » (2013) 32:1 *New Genetics and Society* 37 à la p 38; Martine Gross et Dominique Mehl, « Homopaternités et gestation pour autrui » (2011) 14:1 *Enfances, familles, générations* 95 à la p 96.

15. Gross et Mehl, *ibid*.

une enfance tourmentée sans avoir les ressources nécessaires pour y faire face¹⁶, mais aussi la volonté affirmée d'avoir un enfant qui soit lié génétiquement à au moins un des partenaires¹⁷. Quant aux difficultés administratives et juridiques qui se présentent ou se présenteront à eux, elles ne suffisent pas à les dissuader d'avoir recours à la gestation pour autrui.

Dans cet article, nous souhaitons exposer la situation précaire dans laquelle ces hommes gais se trouvent lorsqu'ils font appel à cette technique de procréation assistée. De fait, plusieurs croyances souvent trompeuses persistent sur la pratique gestationnelle. Cela n'est pas sans conséquence sur la vie quotidienne des hommes qui deviennent pères de cette façon. L'accès aux protections sociales et juridiques, notamment, est difficile — c'est le moins que l'on puisse dire. Pourtant, cette situation ne semble pas trouver grand écho dans la littérature. En ce sens, à partir d'une revue de l'état du droit positif applicable au Québec, mais aussi d'un travail de terrain réalisé auprès de pères gais, nous démontrerons en quoi le flou juridique actuel concernant la gestation pour autrui complique les relations que ces derniers entretiennent avec les instances étatiques intervenant auprès des familles. Nous espérons ainsi contribuer à l'avancement des connaissances en informant la communauté scientifique d'une réalité encore peu explorée. À ce titre, notre propos s'adresse non seulement aux juristes, mais aussi aux chercheuses et chercheurs travaillant dans le milieu des sciences humaines et sociales. C'est un dialogue interdisciplinaire que nous souhaitons engager.

Pour cette raison, des choix méthodologiques particuliers ont dû être faits. Ceux-ci ont une incidence sur la division de notre article. Tout d'abord, nous exposerons les assises méthodologiques et théoriques sur lesquelles notre intervention repose. C'est à cette occasion que nous présenterons les différentes façons d'appréhender la pratique gestationnelle afin d'en dégager notre façon de la concevoir. Après cela, nous explorerons plus en profondeur deux aspects qui charpentent le vécu des hommes qui deviennent pères grâce à la gestation

16. *Ibid.*

17. Marcin Smietana et al, « Family Relationships in Gay Father Families with Young Children in Belgium, Spain and the United Kingdom » dans Tabitha Freeman et al, dir, *Relatedness in Assisted Reproduction: Families, Origins and Identities*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 192.

pour autrui. Tout d'abord, nous détaillerons les difficultés qu'ils rencontrent au moment de transiger avec les différents acteurs qui sont chargés d'appliquer certaines des mesures phares de soutien pour les familles. Pour les participants, les difficultés rencontrées dans leurs interactions avec les représentants de ces instances leur renvoient l'image que leur famille est jugée comme étant de moindre valeur lorsqu'on la compare aux autres réalités familiales. Cela suscite chez eux un sentiment d'injustice d'autant plus grand que le Québec s'inscrit résolument dans la diversification familiale alors que la famille hétérosexuelle traditionnelle n'est plus celle où grandissent la majorité des enfants québécois¹⁸. En ce sens, ce n'est pas tant le droit positif qui retient notre attention. Nous nous intéressons plutôt aux conséquences de la lecture parfois trouble qu'en font les acteurs sociaux directement ou indirectement concernés par le contexte particulier de la gestation pour autrui. Bref, le droit positif nous intéresse, mais il ne se trouve pas au centre de nos préoccupations.

I. MÉTHODOLOGIE

Dans cette contribution à la recherche, l'interdisciplinarité est mise de l'avant. D'une certaine façon, elle témoigne d'une rencontre intellectuelle entre une professeure de travail social et un doctorant en droit. Par la dialogique qu'elle propose, l'interdisciplinarité permet l'enrichissement des savoirs liés à des disciplines différentes. Elle conduit ultimement à une compréhension plus fine et plus globale d'un objet à l'étude, rendant ainsi possible la construction de nouvelles connaissances¹⁹. C'est parce que nous croyons aux vertus de cette approche que nous avons choisi d'allier nos forces disciplinaires. Nous avons pu de cette façon avoir accès à deux types de données, les premières étant empiriques (section I.A) et les secondes, juridiques (section I.B). Comme elles sont de nature différente, leur collecte a exigé l'adoption d'une méthodologie tout aussi différente, laquelle est exposée ci-après.

18. La consultation du chapitre intitulé «Portrait sociodémographique des changements familiaux au Québec», que l'on trouve dans le rapport *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, est à ce titre convaincante. Voir Comité consultatif sur le droit de la famille, sous la présidence d'Alain Roy, *supra* note 8 aux pp 35 et s.

19. Frédéric Darbellay, «Où vont les *studies*? Interdisciplinarité, transformation disciplinaire et pensée dialogique» (2014) 25:1 *Questions de communication* 173 aux pp 180–81.

A. La collecte des données empiriques

Les données empiriques présentées dans cet article sont tirées d'une recherche ayant été menée par la professeure Côté, qui portait sur les trajectoires parentales d'hommes gais ayant concrétisé leur projet parental à l'aide de la gestation pour autrui.

En raison de la complexité du sujet et de sa nature exploratoire, mais aussi par le matériau constitué des expériences et perspectives subjectives de ces pères, une démarche qualitative a été privilégiée. Le désir de comprendre et d'appréhender la perspective des participants, considérés comme des informateurs privilégiés pour décrire cette structure familiale et les difficultés liées à sa reconnaissance, a aussi justifié le recours à cette démarche²⁰. En effet, contrairement aux approches positivistes de facture quantitative, les méthodologies de recherche qualitatives apparaissent particulièrement fécondes et appropriées lorsque l'on cherche à rendre compte de la complexité d'un phénomène peu documenté²¹. Le vécu de pères gais ayant eu leurs enfants grâce à une gestation pour autrui s'y prête bien. À cet égard, les méthodologies qualitatives ne prétendent pas à l'objectivité ou à la neutralité, mais cherchent plutôt à appréhender le sens de la réalité sociale dans laquelle s'inscrit l'action des personnes visées par la recherche²². En ce sens, les témoignages qui jalonnent le présent article permettent de voir comment les personnes ayant participé à l'enquête décrivent leur expérience par rapport au Régime québécois d'assurance parentale (RQAP) et au Directeur de l'état civil (DEC) dans le contexte de la concrétisation de leur projet parental à l'aide de la gestation pour autrui (GPA).

La concrétisation de projets parentaux d'hommes gais grâce à une gestation pour autrui reste très peu documentée²³. Avec les données actuelles, il est donc difficile de savoir combien de couples gais choisissent ce mode d'accès à la paternité plutôt que de se tourner vers

20. Pierre Paillé, « La recherche qualitative, une méthodologie de la proximité » dans Henri Dorvil, dir, *Problèmes sociaux*, t 3, « Théories et méthodologies de la recherche », Québec, Presses de l'Université du Québec, 2007 à la p 409.

21. Anselm L Strauss et Juliet M Corbin, *Les fondements de la recherche qualitative : techniques et procédures de développement de la théorie enracinée*, Fribourg, Éditions Saint-Paul, 2004.

22. Marie-France Fortin et Johanne Gagnon, *Fondements et étapes du processus de recherche : méthodes quantitatives et qualitatives*, 3^e éd, Montréal, Chenelière Éducation, 2016.

23. Cette étude est, à notre connaissance, la seule qui s'est penchée sur le sujet en contexte québécois.

l'adoption locale²⁴. Bien que le recensement de 2011 ayant été fait par Statistique Canada ait démontré que 3,4 % des hommes gais vivaient avec au moins un enfant à la maison, ces statistiques ne nous ont pas renseignés sur la technique de reproduction ayant été utilisée par ces hommes pour avoir leurs enfants.

Notre échantillon est relativement homogène. Il s'agit d'hommes caucasiens, cisgenres²⁵, âgés de 30 à 56 ans, exerçant des professions libérales permettant d'avoir des revenus familiaux importants²⁶ et vivant dans la région métropolitaine de Montréal. Au moment des entretiens, la moyenne de la durée de leurs unions conjugales était de 10,4 ans.

Le corpus a été recueilli à l'aide d'entrevues semi-dirigées²⁷. Celles-ci ont été réalisées de novembre 2012 à avril 2013 auprès d'un échantillon

24. Un couple de même sexe est en mesure de se porter requérant devant les centres jeunesse dans le but d'adopter un enfant. Il a également la possibilité de se porter candidat pour agir à titre de famille d'accueil dans le cadre du programme de la Banque mixte en vue d'adopter ultérieurement l'enfant à risque ou en situation d'abandon qui lui est confié. Quant à l'adoption internationale, il est difficile — voire impossible — d'y avoir accès puisque les autorités des pays concernés font obstacle à l'adoption de leurs ressortissants par des couples homosexuels ou par des hommes célibataires. Voir Roy, « Les couples de même sexe », *supra* note 2 aux pp 39–40.

25. Le terme « cisgenres » est ici utilisé pour affirmer que les hommes gais ayant participé à l'enquête n'étaient pas « transgenres ». Nous retenons, en ce sens, la définition suivante de ce terme :

Comme nous l'indiquent les dictionnaires de langue française, en sciences pures, l'adjectif cis est employé comme antonyme de trans, le premier référant à un élément qui est du même côté, le second qui, dans ses origines latines signifie « par-delà », référant à un élément appartenant aux deux côtés. Plus généralement, le préfixe trans désigne, en opposition au préfixe cis, une transformation et une transition. Le préfixe cis est ainsi accolé aux termes de sexe et de genre pour désigner les personnes qui décident de ne pas faire de transition de sexe ou de genre.

Voir Alexandre Baril, « Transsexualité et privilèges masculins. Fiction ou réalité? » dans Line Chamberland, Blye W Frank et Janice Ristock, dir, *Diversité sexuelle et constructions de genre*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2009, 263 aux pp 283–84.

26. Il est à noter que l'accès à la paternité au moyen de la gestation pour autrui peut impliquer des coûts importants. Certaines cliniques de fertilité, comme la *Surrogacy in Canada Online*, les détaillent sur leur site Web. Voir « Cost of Surrogacy », *Surrogacy in Canada Online*, en ligne : <www.surrogacy.ca/services/the-cost-of-surrogacy.html>. Par ailleurs, les couples faisant affaire avec une agence américaine peuvent s'attendre à devoir payer une somme avoisinant les 100 000 \$ US. Plusieurs d'entre elles offrent ainsi des plans de financement. Pensons par exemple à la clinique *Circle Surrogacy*. Voir « Surrogacy Financing: Obtaining Loans for Surrogacy », *Circle Surrogacy*, en ligne : <www.circlesurrogacy.com/parents/surrogacy-financing>.

27. L'entrevue semi-dirigée est une méthode de collecte de données par laquelle le chercheur se laisse guider par les propos qui émergent de l'entretien tout en balisant cet échange de façon à mieux comprendre le phénomène à l'étude. Cette méthode permet de donner la parole aux acteurs impliqués et reconnaît la légitimité et la pertinence de leurs expériences et de leur savoir pour étoffer la compréhension de l'objet d'étude. Si des thèmes de discussion sont précisés, il

composé de 17 hommes²⁸. De ce nombre, lors de la collecte de données, quatre en étaient au début du processus, c'est-à-dire à l'étape de la conception²⁹. Les 13 autres étaient pères d'enfants âgés de quelques mois à 10 ans.

Au cours de ces entrevues, plusieurs thèmes ont été abordés, parmi lesquels les motivations des participants à réaliser leur rêve d'enfant de cette façon, leurs représentations des figures paternelle et maternelle, l'impact de ces représentations sur la dynamique relationnelle existant ou non entre les pères et les gestatrices et, enfin, ce qui nous préoccupe pour le présent article, les difficultés liées à la reconnaissance sociale et juridique de leur famille. Les entrevues, d'une durée moyenne de deux heures, ont été codifiées à l'aide du logiciel N'Vivo, puis interprétées selon une analyse de contenu classique³⁰.

Pour recruter ces pères, différentes stratégies ont été déployées. D'abord, la Coalition des familles LGBT³¹ et d'autres organismes québécois offrant des services à la communauté gaie ont été approchés afin

n'en reste pas moins que les participants ont toute la latitude voulue pour introduire les thèmes qui leur semblent les plus pertinents à l'égard du sujet de la recherche. L'entrevue semi-dirigée est itérative et circulaire en ce sens qu'elle permet au chercheur et à ses interlocuteurs d'interagir en vue de la coconstruction d'un savoir commun. Voir Lorraine Savoie-Zajc, « L'entrevue semi-dirigée » dans Benoît Gauthier, dir, *Recherche sociale : de la problématique à la collecte de données*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2010, 337.

28. En recherche qualitative, l'échantillon est rarement défini au départ, puisque sa taille dépend de la saturation théorique des données. La saturation survient lorsque la collecte de données n'apporte plus de nouveaux renseignements, les propos des participants devenant redondants. Voir Fortin et Gagnon, *supra* note 22. Dans la présente recherche, la saturation a été atteinte après 15 entrevues, auxquelles nous avons ajouté deux entrevues additionnelles.

29. Ils sont tous devenus pères dans l'année suivant l'entrevue.

30. L'analyse de contenu permet d'analyser un corpus de recherche composé d'entrevues, comme c'est le cas de la présente recherche. La technique d'analyse classique utilisée ici comprend différentes étapes dont la *préanalyse* (qui permet au chercheur de s'imprégner du matériau recueilli pour laisser émerger les premières impressions s'en dégageant), la *phase d'exploitation du matériel* (où les discours sont découpés en unités thématiques puis catégorisés afin d'en extraire le sens) et l'*analyse* proprement dite. Pour cette dernière étape, le matériau a tout d'abord fait l'objet d'une *analyse verticale* suivant laquelle le discours de chaque participant est pris indépendamment de celui des autres, puis d'une *analyse transversale*, qui compare le discours de chaque participant aux autres. Cette façon de procéder présente l'avantage de permettre au chercheur d'avoir une vision d'ensemble de la problématique tout en facilitant le repérage des éléments invariants, consensuels et divergents portés par chaque participant à l'égard des thèmes abordés lors des entrevues, ce qui aide, ultimement, à déceler les caractéristiques communes des participants partageant les mêmes logiques d'appréhension de ces thèmes tout en éclairant les différences de positionnement. Voir Laurence Bardin, *L'analyse de contenu*, Paris, Presses Universitaires de France, 1996.

31. La Coalition des familles LGBT est un organisme québécois qui milite pour la reconnaissance sociale et légale des familles dont les parents sont gais, lesbiens, bisexuels ou trans.

qu'ils sollicitent leurs membres correspondant au profil recherché. Ensuite, les médias sociaux ont été utilisés pour diffuser nos appels à la participation. Enfin, la méthode « boule de neige » a permis de compléter notre échantillon³².

La majorité des hommes ont trouvé la personne qui allait porter leur enfant en ayant recours aux services d'agences privées³³ canadiennes ou états-uniennes. Tel n'est pas toutefois le lot de tous. Certains ont aussi fait des démarches personnelles en naviguant sur le Web et en participant à des forums dédiés à la procréation assistée par autrui³⁴. Il importe de préciser qu'un seul couple a demandé à une amie de porter son enfant, campant alors le projet de gestation pour autrui dans une relation amicale préexistante.

B. La collecte des données juridiques

Les données juridiques ont quant à elles été collectées en ayant principalement recours aux outils de recherche en ligne qui sont propres à l'univers juridique. Les recherches sur la législation québécoise ont ainsi été réalisées dans le « Recueil des lois et des règlements

32. Il s'agit d'une technique par laquelle des sujets rencontrés et des informateurs clés de la communauté gaie et lesbienne nous ont dirigés vers des familles homopaternelles dont les enfants sont nés à la suite d'une gestation pour autrui, et ce, jusqu'à ce que nous ayons obtenu l'échantillonnage requis. Cette méthode est fréquemment utilisée dans des recherches dont l'objet est un phénomène relativement marginal et dont le milieu est difficile d'accès. Voir Alvaro Pires, « Échantillonnage et recherche qualitative: essai théorique et méthodologique » dans Jean Poupart et al, dir, *La recherche qualitative: enjeux épistémologiques et méthodologiques*, Montréal, Gaëtan Morin, 1997, 113.

33. Le recours à une agence peut présenter plusieurs avantages pour les hommes engagés dans un projet parental, notamment l'aide pour trouver une femme qui acceptera de participer à la réalisation de leur projet parental tout en assurant l'évaluation physique et psychologique des postulantes. En outre, les cliniques interviennent pour faciliter les processus légaux liés à la filiation des enfants ainsi nés dans leur lieu de naissance et, en cas de mésentente, elles offrent une médiation entre les couples bénéficiaires et les gestatrices. Voir Dean A Murphy, « The Desire for Parenthood: Gay Men Choosing to Become Parents Through Surrogacy » (2013) 34:8 *Journal of Family Issues* 1104. Par ailleurs, le marketing de ces agences n'est pas neutre et contribue à façonner le désir des hommes gais à fonder une famille à l'aide de la gestation pour autrui en promouvant une image qui répond à leurs aspirations. Certaines agences leur sont spécialement dédiées, par exemple *Surrogate Alternatives*, en ligne : <www.surrogatealternatives.com/surrogate-parenting/international/>.

34. Au Canada et ailleurs dans le monde, il existe une offre non négligeable de don de gamètes (sperme/ovule) et de propositions de gestation pour autrui qui circule au moyen de sites Internet. Bien que l'ampleur du phénomène soit difficile à mesurer, l'émergence de cette offre d'aide à la procréation en dehors des filières médicales conventionnelles s'est accentuée avec l'avènement du Web 2.0, comme en témoignent la multiplication de plateformes numériques et la quantité des annonces qui y circulent quotidiennement.

du Québec» et dans les «Lois annuelles» se trouvant sur le site Web des Publications du Québec³⁵. Les recherches sur la législation fédérale ont quant à elles été faites dans les «Lois codifiées», les «Règlements codifiés» et les «Lois annuelles» qui sont présentées sur le site Web de la législation du ministère de la Justice³⁶. Une mise à jour de l'information présentée sur ces bases de données a été réalisée en consultant la *Gazette officielle du Québec* (que l'on trouve en ligne sur le site Web des Publications du Québec) et la *Gazette du Canada*³⁷. Les recherches sur la jurisprudence et la doctrine ont pour leur part été faites dans les banques de données telles qu'*Azimut*, *La Référence* et *Quicklaw*. Aussi, de nombreuses sources ont été trouvées en faisant une revue des références que contenaient chacun des textes consultés. En terminant sur ce point, nous souhaitons ajouter un détail, mais non le moindre : la recherche est à jour au 15 mars 2016.

II. CADRE THÉORIQUE

La nature différente des données recueillies a justifié le recours à plus d'une approche théorique. C'est ainsi que la théorie des représentations sociales a été retenue pour analyser les données empiriques (section II.A) et l'approche positiviste du droit pour traiter les données juridiques (section II.C). La collecte de ces données nous a confrontés à une terminologie différente, ce qui nous a amenés à faire un choix d'ordre terminologique. Parce que ce dernier reflète le positionnement que nous adoptons par rapport à la gestation pour autrui — nous utilisons d'ailleurs cette expression depuis le début de notre article —, nous avons cru opportun d'expliquer les raisons qui nous motivent à y recourir (section II.B).

A. La théorie des représentations sociales pour analyser les données empiriques

La théorie des représentations sociales a été utilisée pour analyser les données empiriques. Celle-ci se révèle particulièrement féconde. Elle a été largement utilisée pour comprendre les mécanismes à l'œuvre lorsqu'un objet représente un enjeu social important.

35. Publications du Québec, en ligne : <www.publicationsduquebec.gouv.qc.ca>.

36. Site Web de la législation (Justice), en ligne : <lois-laws.justice.gc.ca/fra/index.html>.

37. Gazette du Canada, en ligne : <gazette.gc.ca/gazette/home-accueil-fra.php>.

Selon cette théorie, les représentations sociales sont « une forme de connaissance, socialement élaborée et partagée, ayant une visée pratique et concourant à la construction d'une réalité commune à un ensemble social »³⁸; ces représentations sociales ne sont pas pour autant neutres³⁹. Elles supposent l'adoption d'une position par rapport à une réalité donnée, qui est liée à l'insertion des acteurs et des groupes au sein des rapports sociaux. En ce sens, la position exprimée dépend non seulement de l'appartenance sociale des acteurs, mais aussi de la situation dans laquelle cette position est exprimée. Les acteurs sociaux se situent en ce sens les uns par rapport aux autres⁴⁰. Ils élaborent leurs représentations par rapport aux différents objets revêtant une importance pour eux, en fonction d'un processus qui leur est propre. Ces représentations peuvent par la suite être communiquées par les acteurs sociaux concernés. La théorie des représentations sociales permet en ce sens d'expliquer la pluralité des expressions individuelles d'une représentation sociale, et ce, à partir d'un même objet⁴¹. Plus cet objet est source de polémique, plus les prises de position par rapport à ce dernier sont divergentes⁴². Enfin, les représentations sociales contribuent à réguler les relations entre les différents acteurs sociaux⁴³.

La gestation pour autrui, comme objet de représentations sociales, est source de grande polémique. En y appliquant la théorie des représentations sociales, on explique pourquoi elle est tantôt considérée comme illégale ou amoral, tantôt vue comme une technique de procréation assistée comme les autres. Quoi qu'il en soit, les représentations sociales divergentes en matière de gestation pour autrui ont des incidences sur les relations qu'entretiennent les hommes gais à son égard, mais aussi avec les différents organismes étatiques avec lesquels

38. Denise Jodelet, « Représentations sociales : un domaine en expansion » dans Denise Jodelet, dir, *Les représentations sociales*, Paris, Presses Universitaires de France, 1989, 31 à la p 36.

39. Willem Doise, « Les représentations sociales : définition d'un concept » dans Willem Doise et Augusto Palmonari, dir, *L'étude des représentations sociales*, Lausanne, Delachaux & Niestlé, 1986, 81.

40. Pascal Moliner, « Noyau central, principes organisateurs et modèle bi-dimensionnel des représentations sociales. Vers une intégration théorique? » (1995) 28 (numéro spécial) *Cahiers internationaux de psychologie sociale* 44.

41. Jean-Claude Abric, « Les représentations sociales : aspects théoriques » dans Jean-Claude Abric, dir, *Pratiques sociales et représentations*, Paris, Presses Universitaires de France, 2011, 15.

42. Françoise Mariotti, « Tous les objets sociaux sont-ils objets de représentations sociales? Questions autour de la pertinence » (2003) 1:1 *Journal international sur les représentations sociales* 2.

43. Doise et Palmonari, *supra* note 39.

ils transigent dans leur rôle de parent. Ces représentations sont également à l'œuvre chez les différents experts qui se sont penchés sur la question, comme en font foi les appellations et considérations diverses qui entourent la pratique et les prises de position variées entourant le phénomène. Ainsi, la position que nous prenons en situant la gestation pour autrui dans l'univers des formes de procréation assistée disponibles témoigne des représentations que nous portons en tant qu'acteurs des milieux du travail social et du droit. C'est pourquoi il convient d'énoncer quelques précisions d'ordre sémantique.

B. « Mère porteuse », « maternité de substitution »,
« location d'utérus », « gestation pour autrui »...
quelques précisions d'ordre sémantique

Les expressions « mère porteuse », « gestation pour autrui » et « location d'utérus » sont notamment utilisées pour référer à cette pratique consistant à porter un enfant, pour le compte d'autrui. Elles ne sauraient toutefois être considérées comme des synonymes. Cela s'explique par le sens qu'elles véhiculent, qui va bien au-delà de la simple désignation.

De façon consciente ou non, l'adoption de l'une ou l'autre des expressions suppose un positionnement à l'égard de la pratique dont il est fait référence. La première, « mère porteuse » et son corollaire « maternité pour autrui », attirent l'attention sur la maternité⁴⁴. La seconde, « gestation pour autrui », invite à l'adoption d'une distance critique entre la « maternité » et la « gestation »⁴⁵. La troisième, « location

44. Les défenseurs de cette notion font valoir qu'elle permet de mettre de l'avant le rôle de premier plan joué par la femme, de même que tous les risques associés à la grossesse, à l'accouchement, sans oublier les conséquences psychologiques éventuelles liées à la remise de l'enfant aux parents d'intention, généralement vue comme un drame qui devrait être évité. Voir Louise Langevin, « Réponse jurisprudentielle à la pratique des mères porteuses au Québec; une difficile réconciliation » (2010) 26 Can J Fam L 171 à la p 175; Claire Neirinck, « La qualification de donneur dans l'assistance médicale à la procréation » dans Fulchiron et Sosson, *supra* note 5, 273 aux pp 279–80. Ces deux expressions sont d'ailleurs celles retenues par le Comité consultatif sur le droit de la famille et par le Conseil du statut de la femme dans leurs rapports publiés en 2015 et en 2016. Ces rapports suggèrent un encadrement de la pratique et une reconnaissance de la filiation des enfants ainsi nés. Voir Comité consultatif sur le droit de la famille, sous la présidence d'Alain Roy, *supra* note 8 à la p 245; Québec, Conseil du statut de la femme, *Avis — Mères porteuses : réflexions sur des enjeux actuels*, Québec, Conseil du statut de la femme, 2016 aux pp 17–19.

45. La maternité, est-il suggéré, ne peut être vue comme une condition *sine qua non* de la gestation. *Correlation does not imply causation*. Vivre une grossesse ne fait pas nécessairement de nous une « mère »; ne pas vivre une grossesse ne fait pas nécessairement de nous une « non-mère ». L'expression « gestation pour autrui » s'intéresse à l'acte en lui-même, supposant une assistance à la reproduction, voire un don de gestation. Elle dénonce aussi cette idée d'abandon

d'utérus», met de l'avant l'idée d'exploitation de la femme et de son corps, laquelle serait prise dans une relation où elle est nécessairement exploitée par une ou plusieurs personnes, parfois qualifiées de « proxénètes de l'utérus »⁴⁶. En ce sens, les expressions « mère porteuse », « gestation pour autrui » et « location d'utérus » ne s'équivalent pas⁴⁷. Elles font davantage que seulement désigner la pratique consistant à porter un enfant pour le compte d'autrui.

Prenant acte de cette situation — et reconnaissant par ailleurs notre propre positionnement à l'égard de la pratique —, nous préférons l'expression « gestation pour autrui ». Les avantages qu'elle présente sont multiples. Entre autres, elle laisse aux femmes offrant leurs services gestationnels la liberté de se définir dans leur rôle « qui, bien que fondamental et unique, n'est en aucun cas celui de parent lorsqu'elles entrent dans un tel arrangement »⁴⁸. Elle permet aussi de conserver la marge de manœuvre nécessaire pour adopter un regard critique sur les dérives qui peuvent être associées à une telle pratique⁴⁹, mais qui ne se présentent pas chaque fois qu'il est question de gestation pour autrui. C'est pourquoi nous la préférons aux expressions « mère porteuse » et « location d'utérus ».

maternel d'un enfant au profit de tiers ainsi qu'une certaine mythification des liens entretenus entre la femme et l'enfant durant la grossesse. Voir Geneviève Delaisi de Parseval et Valérie Depadt-Sebag, *Accès à la parenté — Assistance médicale à la procréation et adoption*, Paris, Terra-Nova, 2010 à la p 73.

46. Pour de multiples raisons, la femme portant l'enfant est contrainte de « louer son utérus », au profit d'une ou de plusieurs personnes parfois qualifiées de « proxénètes de l'utérus ». Son action s'inscrit alors dans un système commercial qui nécessairement va à l'encontre de ses intérêts. Elle porte, sur ses épaules, tous les risques associés à la gestation. En ce sens, la pratique consistant à porter un enfant pour le compte d'autrui est nécessairement au détriment des femmes. Elle doit, pour cette raison, être combattue, peu importe les circonstances dans lesquelles elle pourrait avoir lieu. Voir par exemple Didier Epsztajn, « Mère porteuse ou GPA — "Proxénètes de l'utérus" et "exigence d'une mère absente" » Sisyph.org, en ligne: <sisyphe.org/spip.php?article5152>.

47. Dans Ilana Löwy, Virginie Rozée Gomez et Laurence Tain, « Nouvelles techniques reproductives, nouvelle production du genre » (2014) 56:1 Cahiers du genre 5, les auteures soulignent à quel point la sémantique joue un rôle important dans le débat entourant la pratique de la gestation pour autrui et les femmes qui y participent.

48. Bureau et Guilhermont, *supra* note 6 à la p 46.

49. Comme il nous apparaît possible de parler de travail tout en dénonçant l'esclavage, ou encore de don d'organes tout en combattant le vol d'organes, il nous semble tout aussi possible de parler de gestation pour autrui tout en dénonçant la situation des femmes qui se trouvent forcées d'agir comme gestatrices. En d'autres termes, nous croyons en la possibilité de pourfendre l'esclavage sans le travail, le vol d'organes sans le don d'organes et bien évidemment l'exploitation des femmes sans la gestation pour autrui sous toutes ses formes. Pour aller plus loin, nous invitons le lectorat à consulter le chapitre intitulé « La pente fatale » dans Ruwen Ogien, *La vie, la mort, l'État: le débat bioéthique*, Paris, B Grasset, 2009.

C. L'approche positiviste du droit pour analyser les données juridiques

L'approche positiviste du droit a été retenue pour analyser les données juridiques. Celle-ci permet de définir le cadre juridique applicable à une situation donnée. Autrement dit, l'approche positiviste du droit permet d'énoncer les conditions devant être remplies pour que le droit positif soit respecté. Elle permet aussi de se prononcer sur la légalité ou l'illégalité d'une situation donnée. Dans les *Essais de théorie du droit*, Norberto Bobbio explique bien le sens de cette approche et ce qu'elle permet de faire :

[L]e positivisme juridique est caractérisé par la nette distinction entre droit réel et droit idéal, ou, avec d'autres expressions équivalentes, entre le droit comme fait et le droit comme valeur; le droit tel qu'il est et le droit tel qu'il doit être; et par la conviction que le droit dont doit s'occuper le juriste est le premier, et non pas le second⁵⁰.

Le positivisme juridique comme façon d'approcher le droit invite à ne s'intéresser qu'au « droit réel », également qualifié de « droit comme un fait » ou encore de « droit tel qu'il est ». Au Québec, ce droit est nécessairement positif et étatique : positif, d'une part, parce que posé, et étatique, d'autre part, parce que provenant de l'État canadien ou québécois.

L'approche positiviste du droit est généralement celle qui est retenue par les juristes au Québec. C'est à l'aide de cette approche qu'ils peuvent expliciter les normes juridiques, qu'elles émanent de la législation (pouvoir législatif de l'État) ou de la jurisprudence (pouvoir judiciaire de l'État). La neutralité axiologique est importante pour eux. Ils doivent, en théorie du moins, procéder à la description pure et simple du droit positif applicable. Rien de plus n'est attendu d'eux. L'objectif est unique : faire la lumière sur les normes de droit positif dont le respect est exigé par l'État. Les juristes ne peuvent donc sous aucun prétexte substituer leur opinion sur un sujet donné à celle exprimée dans la législation ou la jurisprudence. La mission des juristes adoptant une approche positiviste du droit consiste plutôt en l'exposition fidèle des normes de droit positif. L'altération de ces dernières leur est proscrite. Force est de reconnaître, toutefois, que les processus intellectuels propres à l'interprétation offrent une certaine marge de manœuvre. La subversion demeure

50. Norberto Bobbio, *Essais de théorie du droit. Recueil de textes*, traduit par Michel Guéret, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence et Bruylant, 1998 à la p 25.

possible, mais l'exercice intellectuel qu'elle suscite est périlleux. Les juristes qui s'y livrent marchent sur une corde raide. Car comme l'expose à merveille Hans Kelsen, « l'avocat ne créera pas une norme juridique, car son rôle se borne à décrire le droit en vigueur »⁵¹. En d'autres mots, le juriste adoptant une approche positiviste fait valoir la règle de droit. Il se présente, jusqu'à un certain point, comme un soldat de la règle de droit, au sens figuré il va sans dire.

Bien entendu, les quelques lignes qui précèdent ne permettent pas de saisir toutes les subtilités de cette approche. Pour certains juristes, le portrait qui en est dressé apparaîtra même réducteur. Le positivisme juridique, c'est bien plus, pourront-ils objecter. Ils auront raison. L'idée, dans cette section, n'est pas de faire une présentation dans les moindres détails de cette approche. Il s'agit plutôt de situer le lectorat, en particulier celui qui ne provient pas du milieu juridique. Nous reconnaissons que l'adoption d'une position critique par rapport au positivisme juridique permettrait de relever d'importantes limites, en particulier en ce qui a trait à l'exposition dite neutre et objective du droit positif. Cette exposition, pourrait-il être avancé, n'est pas neutre et objective. Consciemment ou non, délibérément ou non, peut-être même par résignation, elle se trouve à prendre le parti du pouvoir étatique.

Mais voilà, dans cet article, ce n'est pas le positivisme juridique comme objet d'étude qui retient notre attention. Pour cela, nous ne nous étendrons pas sur le sujet. Plutôt, en ayant en tête ce qui précède, nous aurons recours à cette approche pour aborder les normes de droit positif applicables à la gestation pour autrui et qui se révèlent pertinentes eu égard au sujet traité dans cet article. Le plus fidèlement possible, nous exposerons les normes de droit positif. Autant que faire se peut, nous réduirons les risques que ces dernières soient altérées.

III. LA LUTTE POUR LA RECONNAISSANCE DE SA FAMILLE ISSUE DE LA GESTATION POUR AUTRUI : ENTRE REPRÉSENTATIONS SOCIALES ET DROIT POSITIF

Généralement, les données que nous avons recueillies suggèrent que l'homopaternité est bien acceptée au Québec. Juridiquement, cela

51. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, traduit par Henri Thévaz, Neuchâtel, Éditions de la Braconnière, 1988 à la p 53.

peut notamment s'expliquer par l'interdiction de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, qui consacre le droit à l'égalité des parents gais⁵². Empiriquement, une majorité de participants a témoigné de l'ouverture qu'ils observaient dans leur entourage. La concrétisation de leur projet parental a été bien reçue par leurs proches, amis, voisins ou collègues de travail. Ceux qui se sont prononcés sur le sujet tendent à y voir un lien avec l'acceptation sociale de l'homosexualité qui grandit année après année. Ils l'expliquent aussi par la multiplication des modèles familiaux s'écartant de la famille telle qu'on la connaissait autrefois. Ces deux différents témoignages de participants⁵³ le montrent de façon éloquente :

Tout notre entourage trouve ça *cool* [qu'on ait des enfants]. Nos amis sont présents pour nous, ils sont hypercontents et nous donne beaucoup de support. Moi, je viens d'une région en plus. C'est le *fun* de voir que même en région, c'est accepté. On constate que les adolescents font leur « *coming out* » de plus en plus jeune. Tout cela démontre l'évolution de la société. Et en même temps, il y a plein de familles qui ne sont pas conventionnelles.

Je travaille dans [le secteur privé] et que ce soit avec mes collègues ou mes clients, je ne cache pas ma vie familiale. Je n'ai pas besoin de partager ma vie privée, mais je ne me sens pas mal à l'aise de le faire.

En public, les pères gais ne passent pas, pour autant, inaperçus. Ils attirent les regards. Les gens peuvent se montrer curieux, mais se gardent d'être irrespectueux, comme l'explique cet autre participant :

Contrairement à certaines de nos appréhensions, nous n'avons pas vécu de situations désagréables en public, que ce soit dans

52. On se souviendra que l'« orientation sexuelle » est un motif de distinction illicite, tant dans la *Charte canadienne des droits et libertés* (l'arrêt *Egan c Canada*, [1995] 2 RCS 513 ayant confirmé sa qualification comme motif analogue de discrimination) que dans la *Charte des droits et libertés de la personne*. Voir *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11, art 15(1) [*Charte canadienne*]; *Charte des droits et libertés de la personne*, RLQ, c C-12, art 10 [*Charte québécoise*]. Le lectorat souhaitera peut-être aussi relire les précisions que nous avons apportées à la troisième note de bas de page de cet article.

53. Pour des raisons éthiques, nous avons fait un traitement global des données empiriques ayant été recueillies. Ce faisant, les témoignages ne peuvent être rattachés à un participant en particulier. Nous justifions cette décision par le souci de préserver la vie privée des participants, mais aussi d'anéantir tout risque d'atteinte à leur intégrité morale, physique ou psychologique. En procédant de cette façon, nous maximisons l'anonymat des participants.

les magasins spécialisés pour enfants ou ailleurs. En général, nous éveillons parfois une certaine curiosité, mais toujours saine. J'ai même souvenir de ces deux dames âgées au restaurant à [VILLE] qui, un peu surprises de rencontrer une famille homoparentale, ont conclu en nous regardant nous occuper de notre enfant : « en tout cas, ce bébé-là ne manque pas d'attention de ses parents ». Ça nous a fait un petit velours.

Ces témoignages suggèrent que ces hommes ne rencontrent pas de difficultés dans leurs interactions sociales. Dans la vie de tous les jours, ils ne semblent pas faire face à la délégitimation de leur système familial. Or, tel ne semble pas être le cas lorsque ces pères interagissent avec l'Administration québécoise, et ce, particulièrement lorsqu'ils font face au Directeur de l'état civil (section III.A) et aux fonctionnaires du Régime québécois d'assurance parentale (section III.B). Il convient de s'y attarder.

A. La loterie du Directeur de l'état civil

Depuis le 1^{er} janvier 1994, en vertu du premier alinéa de l'article 103 CcQ, le Directeur de l'état civil « est le seul officier de l'état civil » au Québec. Selon le deuxième alinéa de ce même article, ce dernier « est chargé de dresser les actes de l'état civil et de les modifier, de tenir le registre de l'état civil, de le garder et d'en assurer la publicité ». L'acte de naissance est un acte de l'état civil (art 107, al 1 CcQ). Il indique notamment le nom des père et mère (arts 109 et 115 CcQ). Cela veut donc dire que, dans la mesure où l'acte de naissance est dressé au Québec, les pères gais doivent interagir avec le Directeur de l'état civil. Il en va de même s'ils souhaitent insérer, dans le registre de l'état civil, l'acte de naissance qui aurait été dressé par un officier étranger (art 137 CcQ).

Les données empiriques que nous avons recueillies montrent que les relations entretenues avec le Directeur de l'état civil sont, pour les participants, difficiles et stressantes. Un participant affirme que cela l'« empêche [même] de dormir ». Il est préoccupé par la reconnaissance juridique de son statut parental à l'égard de l'enfant :

L'aspect légal, c'est ce qui m'empêche de dormir ces temps-ci. Légalement, est-ce que je suis vraiment le parent de mon enfant? C'est ça ma crainte. Mon *chum* me dit : « ben non, tu es son père ». Oui, je comprends ça, mais s'il me laisse, est-ce que j'aurai des droits sur cet enfant-là?

Un autre, aussi inquiet par les mêmes difficultés, a remis en question la nécessité de se battre pour une telle reconnaissance, considérant le fardeau que cela représentait :

Au départ, on n'était plus certain de vouloir dépenser pour ça [la reconnaissance légale des deux pères]. On se disait : « Nous, on le sait, puis c'est juste un papier ». On se disait que ça allait être compliqué, mais après on a réalisé que ça pouvait avoir des impacts sur les prestations sociales. Par exemple, si l'enfant devient orphelin, il ne pourra pas avoir les rentes. [...]. Si je meurs, je ne veux pas que mon conjoint soit le tuteur, je veux qu'il soit le père. Je veux qu'il ait le titre qui lui revienne. Au début c'était juste un papier, mais on ne sait pas. Aujourd'hui, c'est juste un papier, mais plus tard, peut-être que ce papier va valoir quelque chose.

Comment faire pour obtenir ce « papier » affirmant de façon officielle que les participants sont les parents de l'enfant? La question, d'apparence simple, appelle une série de réponses qui, elles, sont plutôt complexes et variées. Elles sont non seulement sources de difficultés et de stress, mais aussi d'insécurité juridique.

La majorité des participants rencontrés ont affirmé que la naissance de leur enfant avait eu lieu à l'extérieur du Québec. Il en va de même de la reconnaissance de leur statut parental. De retour au Québec, ils ont voulu que ce statut soit officiellement reconnu. Comment s'y prendre? Telle est la question.

L'insertion, au registre de l'état civil, de l'acte juridique ayant été fait à l'étranger se présente comme une option, dans la mesure où les conditions énoncées à l'article 137 CcQ sont remplies :

137. Le directeur de l'état civil, sur réception d'un acte de l'état civil fait hors du Québec, mais concernant une personne domiciliée au Québec, insère cet acte dans le registre comme s'il s'agissait d'un acte dressé au Québec.

Il insère également les actes juridiques faits hors du Québec modifiant ou remplaçant un acte qu'il détient; il fait alors les inscriptions nécessaires au registre.

Malgré leur insertion au registre, les actes juridiques, y compris les actes de l'état civil, faits hors du Québec conservent leur caractère d'actes semi-authentiques, à moins que leur validité n'ait été reconnue par un tribunal du Québec. Le directeur doit

mentionner ce fait lorsqu'il délivre des copies, certificats ou attestations qui concernent ces actes.

Selon cet article, les actes de l'état civil ayant été faits à l'extérieur du Québec pourraient être insérés dans le registre de l'état civil comme s'il s'agissait d'un acte dressé au Québec. Pour cela, il serait toutefois nécessaire que l'acte en question concerne une personne domiciliée au Québec. Ainsi, les participants revenant au Québec — là où ils sont domiciliés — avec un acte de naissance établissant leur lien de filiation avec l'enfant pourraient demander au Directeur de l'état civil que cet acte soit inséré dans le registre de l'état civil, puisque l'enfant est domicilié chez ses parents en vertu de l'article 80, al 1 CcQ. En toute théorie, à la réception d'un tel acte, le Directeur de l'état civil n'aurait qu'à l'insérer dans le registre de l'état civil comme s'il s'agissait d'un acte ayant été dressé au Québec. À cela, il y a une exception, qui est énoncée à l'article 138 CcQ :

138. Lorsqu'il y a un doute sur la validité de l'acte de l'état civil ou de l'acte juridique fait hors du Québec, le directeur de l'état civil peut refuser d'agir, à moins que la validité du document ne soit reconnue par un tribunal du Québec.

Hormis ces cas où le Directeur de l'état civil aurait un doute sur la validité de l'acte de l'état civil qui lui est soumis, il devrait agir conformément à l'article 137 CcQ, ce que nous venons tout juste d'exposer.

En pratique, la séquence des événements ne se présente pas de façon aussi limpide. Un participant, pourtant domicilié au Québec, a expliqué s'être vu refuser l'insertion dans le registre de l'état civil de l'acte de naissance de son enfant qui, pourtant, avait été dressé dans une province canadienne :

Notre enfant est né en [PROVINCE CANADIENNE] nous avons fait une demande de reconnaissance d'un document d'état civil émis hors Québec et ça nous a été refusé.

Un tel refus s'explique mal. Y avait-il réellement matière à avoir un doute sur la validité d'un document ayant été fait à l'extérieur du Québec, mais par une autorité canadienne? Un autre participant rencontré a affirmé avoir eu des difficultés même après qu'un juge de la Cour supérieure du Québec eut exigé que l'acte de naissance ayant été dressé à l'étranger soit inséré dans le registre de l'état civil :

En 2013, nous avons eu un jugement de la Cour supérieure reconnaissant le jugement émis aux États-Unis et demandant

au Directeur de l'état civil d'émettre un certificat de naissance québécois. C'était important parce que le RQAP nous a dit que seuls les parents ayant un certificat de naissance québécois pouvaient se voir offrir des prestations. Malgré cela, j'ai dû faire des représentations auprès du cabinet du ministre de l'Emploi toutes les semaines.

Les deux témoignages qui précèdent nous portent à croire qu'en contexte de gestation pour autrui, les parents gais qui souhaitent faire reconnaître officiellement par le Québec leur lien de filiation en demandant l'insertion au registre de l'état civil de l'acte de naissance ayant été dressé à l'étranger, fût-ce une province canadienne, ou même après que la Cour supérieure du Québec eut exigé une telle insertion, ne sont pas au bout de leur peine. La décision *Droit de la famille – 151172* l'illustre particulièrement bien, même si le contexte procédural ayant mené à cette décision était différent de celui que nous venons d'exposer⁵⁴. Quoi qu'il en soit, dans cette affaire, l'opposition manifestée par le Directeur de l'état civil et la Procureure générale du Québec quant à la possibilité que les requérants soient reconnus comme pères de leur enfant né d'une gestation pour autrui témoigne du malaise exprimé par l'État à l'égard de cette technique de procréation assistée.

Nous avons vu jusqu'à présent ce qu'il advient lorsque la naissance a eu lieu à l'extérieur du Québec. Qu'en est-il si cette dernière survient en terre québécoise? Lorsqu'une telle situation se présente, un régime juridique différent s'applique. Les difficultés rencontrées ne sont pas, quant à elles, moindres. En introduction, nous avons expliqué que les principes clés de la maxime latine *mater semper certa est* — la mère est toujours certaine — n'ont pas à cet égard été altérés avec l'adoption de la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*. Une autre personne peut être reconnue comme mère de l'enfant, mais il n'en demeure pas moins que juridiquement, la personne qui accouche est nécessairement la mère de l'enfant, peu importe le

54. *Droit de la famille – 151172*, 2015 QCCS 2308. Dans cette affaire, les requérants demandaient que le jugement les déclarant pères de l'enfant soit homologué par la Cour supérieure du Québec. Ce véhicule procédural ne nous semble pas adapté en l'espèce. Nous rejoignons ainsi la position exprimée par le juge Lacoursière, lorsqu'il explique, au 16^e paragraphe de sa décision, que « [l]e recours approprié en l'instance eut donc été de demander au directeur d'insérer le certificat de naissance de l'enfant X dans le registre ». Par contre, pour que cet acte devienne un acte authentique, en vertu du troisième alinéa de l'article 137 CcQ, un juge devra en reconnaître la validité, sans quoi l'acte conservera son caractère semi-authentique.

contexte procréatif dans lequel cette naissance a lieu. Les articles 111 et 115 CcQ s'avèrent alors pertinents⁵⁵ :

111. L'accoucheur dresse le constat de la naissance.

Le constat énonce les lieu, date et heure de la naissance, le sexe de l'enfant, de même que le nom et le domicile de la mère.

115. La déclaration de naissance énonce le nom attribué à l'enfant, son sexe, les lieu, date et heure de la naissance, le nom et le domicile des père et mère, de même que le lien de parenté du déclarant avec l'enfant. Lorsque les parents sont de même sexe, ils sont désignés comme les mères ou les pères de l'enfant, selon le cas.

Ainsi, dans l'éventualité où leur enfant naît au Québec, les membres du couple formé d'hommes gais ne peuvent être reconnus d'entrée de jeu comme parents de l'enfant. Hors l'adoption⁵⁶, point de salut, exprimions-nous en introduction. Ce faisant, à la naissance de l'enfant, un constat de naissance devrait être dressé par l'accoucheur et transmis sans délai au Directeur de l'état civil. Sur ce constat apparaîtraient notamment « le nom et le domicile de la mère ». Cette « mère » serait la personne qui accouche, peu importe la façon avec laquelle elle concevrait son lien avec l'enfant. Idéalement, dans les 30 jours de la naissance, le Directeur de l'état civil recevrait une déclaration de naissance dûment remplie. Cette déclaration reprendrait, encore une fois, le nom et le domicile de la mère et, le cas échéant, du père. C'est là que l'occasion se présente, pour un seul des pères, d'être déclaré comme tel sur la déclaration de naissance. Notons que la provenance du sperme n'est pas à cet effet un critère pertinent. L'un des pères pourrait déclarer sa paternité sans qu'il soit génétiquement lié à l'enfant. Lorsque le Directeur de l'état civil aurait, en sa possession, le constat de naissance et la déclaration de naissance, il pourrait dresser l'acte de naissance, conformément à l'article 109 CcQ :

109. Le directeur de l'état civil dresse l'acte de l'état civil en signant la déclaration qu'il reçoit, ou en l'établissant lui-même conformément au jugement ou à un autre acte qu'il reçoit. Pour l'établir, il procède, s'il y a lieu, à une enquête sommaire pour obtenir les informations requises.

55. Ces articles sont, faut-il le noter, complétés par le *Règlement relatif à la tenue et à la publicité du registre de l'état civil*, RLRQ, c CCQ, r 11, arts 1, 3.

56. Comité consultatif sur le droit de la famille, sous la présidence d'Alain Roy, *supra* note 8 aux pp 33–34.

Il date la déclaration, lui attribue un numéro d'inscription et l'insère dans le registre de l'état civil; elle constitue, dès lors, l'acte de l'état civil.

C'est donc dire qu'en contexte de gestation pour autrui, l'enfant né d'une telle technique de procréation assistée aurait initialement pour parents la gestatrice et l'un de ses pères si celui-ci a été déclaré. Pour régulariser la situation, c'est-à-dire pour que l'enfant voit ses deux pères reconnus comme tels sur son acte de naissance, le recours à l'adoption par consentement spécial serait indiqué⁵⁷, comme on a pu le constater dans l'affaire *Adoption – 1445*⁵⁸, bien qu'il s'agisse de la « solution la moins insatisfaisante », de l'avis de la Cour d'appel⁵⁹. Le recours à cette solution dite « la moins insatisfaisante » a récemment été confirmé par un autre jugement, soit *Adoption – 161*⁶⁰. Les doutes sur l'utilisation possible de l'adoption par consentement spécial semblent donc s'être dissipés. Une place beaucoup moins grande est accordée à ce débat qui avait lieu depuis quelques années déjà.

En doctrine, il a fait l'objet d'un traitement approfondi⁶¹. À plusieurs reprises, les juristes se sont prononcés sur ses tenants et aboutissants. Notre intérêt dans cet article ne porte pas sur la mécanique juridique. Ce qui retient notre attention, c'est plutôt sa réception et ses conséquences dans le quotidien des pères gais qui ont recours à la gestation pour autrui dans le but d'accéder à la paternité. N'empêche, il convient de dire quelques mots de ce débat, ne serait-ce que pour mieux le situer. Pour ce faire, nous présentons brièvement la situation avant que

57. Une auteure s'interroge toutefois sur le « détournement », dans un tel contexte, de l'institution de l'adoption. Voir 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 le plus approprié? » dans Christelle Landheer-Cieslack, dir, *Mélanges en l'honneur d'Édith Deleury*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2015, 589 à la p 593.

58. *Adoption – 1445*, 2014 QCCA 1162.

59. *Ibid* au para 66.

60. *Adoption – 161*, 2016 QCCA 16.

61. Comité consultatif sur le droit de la famille, sous la présidence d'Alain Roy, *supra* note 8; Savard, *supra* note 57; Moore, *supra* note 11; Bureau et Guilhermont, *supra* note 6; 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) 70:2 R du B 509 [Giroux, « Le recours controversé »]; Langevin, *supra* note 44; Alain Roy, *Droit de l'adoption : adoption interne et internationale*, 2^e éd, coll « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 2010; Marie-France Bureau, *Le droit de la filiation entre ciel et terre : étude du discours juridique québécois*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2009; Carmen Lavallée, *L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005; Michelle Giroux, « L'encadrement de la maternité de substitution au Québec et la protection de l'intérêt de l'enfant » (1997) 28:4 RGD 535.

la décision *Adoption – 1445*⁶² ne soit rendue par la Cour d'appel. Nous poursuivons ensuite avec la réception de cette décision en jurisprudence. Selon nous, avant comme après la prise de position de la Cour d'appel, la possibilité de recourir à l'adoption par consentement spécial était beaucoup plus probable que son impossibilité.

En jurisprudence, cette possibilité ne faisait pas l'unanimité. Deux positions s'affrontaient. La première, dont le principal motif s'appuyait sur l'intérêt de l'enfant, faisait droit au placement pour adoption⁶³. La seconde arrivait à une conclusion diamétralement opposée, soutenant plutôt que de faire droit au placement pour adoption dans un tel contexte portait atteinte à l'ordre public⁶⁴. D'ailleurs, cette opposition est bien présentée par la professeure Giroux dans un article⁶⁵.

On aurait pu croire que la Cour d'appel, en 2014, avait mis un terme au débat. En affirmant que le placement pour adoption en contexte de gestation pour autrui se présentait comme la « solution la moins insatisfaisante »⁶⁶, elle prenait position en faveur de l'intérêt de l'enfant :

[61] Je suis d'avis que l'analyse la plus juste et la plus mesurée des effets de l'article 541 CcQ sur la filiation par adoption est celle que formulait le juge Tremblay dans le dossier *Adoption – 0918571* où il écrivait :

« Ainsi l'entente verbale intervenue entre la requérante-adoptante (mère génétique) et le mis en cause (père génétique) d'une part, et la mise en cause (mère porteuse) d'autre part, est probablement nulle de nullité absolue en regard de l'article 541 du *Code civil du Québec*. Cela signifie que la requérante-adoptante A et le mis en cause B n'auraient pu par exemple obliger la mise en cause C à poursuivre sa grossesse si cette dernière avait décidé de l'interrompre. Cela signifie aussi qu'on ne pourrait invoquer l'entente de procréation et de gestation si, dans un autre exemple, la mise en cause C avait refusé de signer un consentement à l'adoption. Voilà deux exemples qui ont été cités en commission parlementaire lors de l'étude de l'article 541. Mais

62. *Adoption – 1445*, *supra* note 58.

63. *Adoption – 1342*, 2013 QCCQ 4585; *Adoption – 10329*, 2010 QCCQ 18645; *Adoption – 10330*, 2010 QCCQ 17819; *Adoption – 10489*, 2010 QCCQ 19971; *Adoption – 09184*, 2009 QCCQ 9058; *Adoption – 09367*, 2009 QCCQ 16815; *Adoption – 07219*, 2007 QCCQ 21504.

64. *Adoption – 12464*, 2012 QCCQ 20039; *Adoption – 091*, 2009 QCCQ 628.

65. Giroux, « Le recours controversé », *supra* note 61.

66. *Adoption – 1445*, *supra* note 58 au para 66.

ce n'est pas de ce genre de questions que j'ai à décider. Il faut décider du statut d'un enfant qui existe et qui a droit au respect intégral de ses droits, notamment ceux prévus aux articles 32, 33 et 34 du *Code civil du Québec*. Le tribunal, voyant que l'intérêt d'un mineur était en jeu, aurait pu ajourner la présente instruction afin que l'enfant soit représenté (394.1 Cpc), ce qui n'a pas été nécessaire, le présent tribunal siégeant en matière d'adoption étant investi d'office du pouvoir de sauvegarder l'intérêt d'un mineur, tels *[sic]* que le stipulent *[sic]* les articles précités 543, 32, 33 et 34 du CcQ, mais aussi implicitement les articles 36.1, 46 et 394.1 du *Code de procédure civile du Québec*. Il s'agit donc de rendre une décision du point de vue de l'enfant et non du point de vue des personnes qui ont fait, répétons-le, en toute bonne foi et par pur altruisme en ce qui concerne la mise en cause, une entente de procréation assistée.»

Cette analyse me semble en parfait accord avec celle de plusieurs auteurs que j'ai cités ou mentionnés plus haut. À mon sens, tel doit être aujourd'hui le régime auquel obéit la demande de placement en vue de l'adoption à la suite d'une maternité de substitution⁶⁷.

De façon limpide, dans l'extrait qui précède, la position fondée sur l'intérêt de l'enfant est mise de l'avant. C'est cet intérêt qu'il importe de sauvegarder.

Cependant, peu de temps après que cette décision a été rendue, la question a été de nouveau débattue. Dans *Adoption – 1549*, la Cour du Québec s'est demandée si « [l']intérêt d'un enfant né d'un contrat de gestation [avait] [...] avoir préséance sur les conditions en matière d'adoption? »⁶⁸. Eu égard aux faits particuliers de l'affaire — la filiation maternelle de la gestatrice n'avait pas été communiquée au Directeur de l'état civil⁶⁹ —, la Cour a refusé de prononcer le placement pour adoption :

[37] Le Tribunal ne peut être en désaccord avec la décision de la Cour d'appel à l'effet que c'est l'intérêt de l'enfant qui doit avoir préséance sur les circonstances de sa naissance. Cela dit, les règles de filiation ne doivent pas être mises de côté pour

67. *Ibid* au para 61.

68. *Adoption – 1549*, 2015 QCCQ 7955 au para 1.

69. *Ibid* aux para 6–7.

autant lors de l'application des règles et conditions de l'adoption. L'adoption ne peut être considérée de façon autonome.

[38] Cet enfant a une mère, la mère porteuse, et il faut que celle-ci puisse consentir librement à l'adoption après la naissance de l'enfant.

[39] Le projet d'adoption du couple ne rencontre pas les conditions d'adoption.

[40] Le Tribunal conclut que le fait que la mère de l'enfant, qu'elle soit biologique ou gestatrice, n'ait pas consenti à l'adoption représente un écueil empêchant le Tribunal d'accueillir la requête⁷⁰.

Cette décision de la Cour du Québec a suscité chez nous l'étonnement. Considérant les faits qui avaient été présentés au tribunal et le raisonnement qui a été exposé dans la décision *Adoption – 1445*⁷¹, c'est à une conclusion différente que nous nous attendions. La filiation maternelle de la gestatrice avait bien pu ne pas être communiquée au Directeur de l'état civil, mais cela nous apparaissait nettement insuffisant pour priver un enfant d'une filiation adoptive, surtout dans un contexte où il n'y avait aucun litige quant à l'opportunité de procéder à ce placement en vue de l'adoption.

La décision *Adoption – 1549*⁷² a été portée en appel et elle a été cassée par la Cour d'appel, sous la plume de la juge Marie St-Pierre, dans *Adoption – 161*⁷³. Refuser le placement pour adoption était une erreur qui justifiait l'intervention de ce tribunal :

[54] Retenir que la loi imposait à la mère porteuse l'obligation de déclarer sa filiation maternelle au Directeur de l'état civil et que sa décision de ne pas le faire constituait une « fraude à la loi » permettant une « démarche illégale et contraire à l'ordre public » du père (l'intimé) et de son conjoint (l'appelant) constitue, à mon avis, une erreur.

[55] En l'espèce, cette erreur justifie l'intervention de la Cour⁷⁴.

70. *Ibid* aux para 37–40.

71. *Adoption – 1445*, *supra* note 58.

72. *Adoption – 1549*, *supra* note 68.

73. *Adoption – 161*, *supra* note 60.

74. *Ibid* aux para 54–55.

La juge ajoute un peu plus loin qu'« [e]n l'espèce, l'intérêt de l'enfant milite en faveur de l'ordonnance de placement recherchée »⁷⁵. Bref, au final, le placement en vue d'une adoption a été autorisé. S'il y avait encore place au débat — ce dont nous doutons fortement, au moins dans les cas non litigieux — force est de constater que cette décision de la Cour d'appel y a mis fin. C'est du moins la lecture que nous en faisons.

Grosso modo, voilà comment le débat sur l'adoption par consentement spécial en contexte de gestation pour autrui s'est présenté au cours des dernières années. Le lectorat avide de pousser plus loin ses connaissances et réflexions est invité à consulter les différents écrits sur le sujet⁷⁶. Ici, nous faisons le choix de ne pas nous y attarder davantage.

Nous revenons plutôt à la situation des conjoints gais qui ont eu recours à la gestation pour autrui pour accéder à la paternité. Il leur est permis de recourir à l'adoption par consentement spécial pour que la légitimité de leur famille soit reconnue. Or, selon les données que nous avons recueillies, ce n'est pas toujours ce qui leur est expliqué. Un tout autre portrait de la situation leur est dressé lorsqu'ils demandent de l'information à ce sujet au Directeur de l'état civil. À certains participants, il aurait été recommandé de ne pas indiquer le nom de la gestatrice sur les documents se rapportant à la naissance de l'enfant :

[Lors de l'ordonnance en vue du placement], nous sommes restés devant le juge 3 minutes, sans exagérer. Le juge n'avait qu'une seule question pour nous : « Comment avez-vous fait pour ne pas que la mère soit sur la déclaration de naissance? » Je lui ai expliqué que nous n'avions tout simplement pas fait signer [GESTATRICE] et que par la suite, le directeur de l'état civil nous avait demandé une lettre comme quoi [GESTATRICE] avait consciemment omis de signer la déclaration pour ne pas y apparaître. Le Juge a répondu que c'était une aberration à notre droit québécois que le directeur de l'état civil n'ait pas indiqué la mère au départ et par la suite, demander à la cour de la retirer. Cependant, le juge ne pouvait nous pénaliser ni nous blâmer. C'est une erreur du DEC. Mais nous avons fonctionné de la même façon pour les deux enfants.

75. *Ibid* au para 93.

76. Par exemple, le lectorat souhaitera peut-être consulter les écrits ayant été cités aux notes 61 à 63 de cet article.

Selon le témoignage qui précède, le juge qui a dû décider de la demande formulée par ces participants a considéré la recommandation du Directeur de l'état civil comme une aberration. Nous la considérons de même, surtout dans un contexte où une telle omission peut s'avérer un obstacle à la possibilité de voir le projet d'adoption de l'enfant couronné de succès. En jurisprudence, on observe d'ailleurs deux exemples. Le premier se trouve dans la décision *Adoption – 091*⁷⁷. Dans celle-ci, le juge Dubois avait reproché à la partie requérante de le placer devant une situation de fait accompli et, de ce fait, avait rejeté la demande d'ordonnance de placement en vue de l'adoption. Le deuxième exemple est plus récent. Il s'agit de la décision *Adoption – 1549*⁷⁸ — qui a été cassée en appel⁷⁹ — dans laquelle, pour des raisons similaires, la demande d'ordonnance de placement en vue de l'adoption a également été rejetée. Considérant le propos énoncé dans cet article, nous trouvons particulièrement intéressants les arguments ayant été soulevés par le procureur du requérant et par celui de l'enfant :

[9] Le procureur du requérant demande au Tribunal de faire preuve de créativité et d'accueillir la requête en placement. Il distingue la situation de ses clients de celle étudiée par le juge Dubois dans l'affaire *Adoption – 091* en plaidant, plus particulièrement, la bonne foi du couple. Il ajoute que l'intérêt de l'enfant justifie à lui seul que sa requête soit accueillie.

[10] Le procureur de l'enfant est du même avis. La filiation maternelle n'étant pas reconnue, le consentement de la mère n'est pas nécessaire. Celui du père est suffisant pour respecter les termes de l'article 555 du *Code civil du Québec*⁸⁰.

Ces arguments, toutefois, n'ont pas suffi. Pour la juge Thibault, l'absence de lien de filiation entre l'enfant et la gestatrice empêchait cette dernière de consentir librement à l'adoption. Elle explique son raisonnement aux paragraphes 38 à 40 :

[38] Cet enfant a une mère, la mère porteuse, et il faut que celle-ci puisse consentir librement à l'adoption après la naissance de l'enfant.

77. *Adoption – 091*, *supra* note 64.

78. *Adoption – 1549*, *supra* note 68.

79. *Adoption – 161*, *supra* note 60.

80. *Adoption – 1549*, *supra* note 68 aux para 9–10.

[39] Le projet d'adoption du couple ne rencontre pas les conditions d'adoption.

[40] Le Tribunal conclut que le fait que la mère de l'enfant, qu'elle soit biologique ou gestatrice, n'ait pas consenti à l'adoption représente un écueil empêchant le Tribunal d'accueillir la requête⁸¹.

Il ne nous appartient pas, dans cet article, de déterminer si ces décisions sont fondées ou non en droit. Nous relevons seulement que le fait de ne pas déclarer l'identité de la gestatrice sur les documents de naissance de l'enfant se présente comme un pari risqué. Dans certains cas, l'ordonnance de placement en vue de l'adoption sera accordée, comme ce fut le cas pour les participants rencontrés. Dans d'autres cas, l'ordonnance de placement en vue de l'adoption ne sera pas accordée, comme ce fut le cas pour les couples ayant fait l'objet des deux décisions que l'on vient tout juste de présenter. En ce sens, nous comprenons mal pourquoi le Directeur de l'état civil recommande aux pères gais d'adopter une telle stratégie. Pour ceux qui suivent son conseil, cela équivaut à jouer à la loterie, sans toutefois en être conscients, jusqu'à ce qu'ils soient, eux aussi, placés devant la situation de fait accompli.

B. Agir de façon (il)légal selon le Régime québécois de l'assurance parentale

Les pères gais accédant à la paternité en ayant recours à la gestation pour autrui rencontrent également des difficultés lorsqu'ils transigent avec les fonctionnaires du Régime québécois de l'assurance parentale. Mis en place en 2006⁸², ce Régime figure parmi les politiques phares du gouvernement du Québec en matière de conciliation famille-travail⁸³.

81. *Ibid* aux para 38–40.

82. Avant 2006, les parents québécois bénéficiaient des congés de maternité et parentaux grâce au régime d'assurance-emploi du gouvernement fédéral. Comme les critères d'accessibilité et les niveaux de prestation devenaient de plus en plus restrictifs, plusieurs acteurs québécois de la société civile — principalement les groupes de femmes et les associations syndicales — ont milité pour que Québec se dote de son propre régime. Marie-Ève Giroux, *La lutte pour un régime québécois d'assurance parentale*, Montréal, Cahiers du Centre de recherche sur les innovations sociales (CRISES), coll « Mouvements sociaux » (MS0803), 2008.

83. Le régime québécois d'assurance parentale en est un de remplacement du revenu, qui permet de soutenir financièrement les nouveaux parents, de telle sorte qu'ils puissent être présents auprès de leurs enfants pour une durée maximale d'un an. Il comprend trois catégories de prestations : les prestations de maternité, les prestations de paternité ainsi que les prestations

Ces politiques visent à soutenir les familles dans l'exercice de la parentalité en permettant aux parents d'être présents auprès de leur nouveau-né. Comme l'expliquent Gabrielle Tremblay et ses collègues, la mise en place du Régime québécois d'assurance parentale répond à des préoccupations soulevées en matière d'équité, « notamment l'équité des femmes en emploi, mais aussi l'équité en ce qui concerne les droits des enfants, ainsi que l'objectif de participation des pères aux responsabilités familiales »⁸⁴. En outre, la souplesse du Régime, qui permet aux parents de se partager le congé parental, a un succès tel que ces derniers restent en moyenne 13 semaines ensemble auprès de leur enfant⁸⁵.

Or, pour un certain nombre de participants rencontrés, le Régime québécois d'assurance parentale ne se caractérise pas par la souplesse, mais plutôt par la rigidité dont font montre les fonctionnaires dans le traitement de leur dossier. En effet, plusieurs participants ont eu énormément de difficultés à faire reconnaître leurs droits aux diverses prestations versées en vertu du Régime québécois d'assurance parentale. Sous prétexte que la gestation pour autrui est « illégale » (ce qui n'est pas nécessairement vrai), leur famille a été jugée illégitime. Offrir des prestations de paternité ou des prestations parentales, dans ce contexte, est apparu comme étant contraire à l'esprit de la *Loi sur l'assurance parentale*⁸⁶. Par exemple, ce participant en fait état alors qu'il relate une discussion avec une agente du Régime québécois d'assurance parentale :

Elle [l'agente du Régime québécois d'assurance parentale] me dit : « Vous savez, monsieur, que c'est illégal de faire appel avec une mère porteuse au Québec ». J'ai sauté ça de haut. « Ça fait 5 fois que vous me dites ça, allez chercher votre Code civil et lisez-moi l'article qui dit ça ». Elle me lit donc l'article. J'ai dit : « Est-ce que ça dit que c'est illégal ça ? Non. Ça veut dire que si

parentales. Les premières sont d'une durée maximale de 18 semaines et spécifiquement dédiées à la personne qui a donné naissance. Les secondes, allant jusqu'à cinq semaines, peuvent être demandées par le père ou par la conjointe de la personne qui a donné naissance. Les troisièmes sont d'une durée maximale de 32 semaines et peuvent être demandées à la fois par la personne qui a donné naissance ou par son conjoint/sa conjointe. Voir la *Loi sur l'assurance parentale*, RLRQ, c A-29.011, arts 7, 9 et 10.

84. Gabrielle Tremblay, Andréa Doucet et Lindsey McKay, *Le congé parental et la politique familiale au Québec : une innovation sociale du monde francophone dans la mer anglophone de l'Amérique du Nord*, Cahiers du Centre de recherche sur les innovations sociales (CRISES), coll « Études théoriques » (ET1501) à la p 27.

85. *Ibid* à la p 30.

86. *Loi sur l'assurance parentale*, *supra* note 83.

tu fais une entente avec une femme, c'est nul devant une cour.
C'est ça que ça veut dire ».

L'extrait du témoignage qui précède ne précise pas la disposition du *Code civil du Québec* dont il est question. Qu'à cela ne tienne, une revue de cette loi nous porte à croire que c'est l'article 541 CcQ que l'agente du Régime québécois d'assurance parentale a lu au participant :

541. Toute convention par laquelle une femme s'engage à procréer ou à porter un enfant pour le compte d'autrui est nulle de nullité absolue⁸⁷.

Entre le cadre juridique applicable à la gestation pour autrui et les expériences vécues par les hommes gais y ayant eu recours, un important contraste se dégage. La sempiternelle distinction devant être faite entre le droit positif et les représentations sociales qui sont véhiculées à cet égard reste en ce sens d'une importance capitale. Car selon le premier, au moins *a priori*, la gestation pour autrui n'apparaît pas comme une technique de procréation assistée illégale, mais selon le second, l'inverse semble s'imposer avec une certaine force. Pour cela, les hommes que nous avons rencontrés ont affirmé avoir dû faire face à plusieurs obstacles lorsqu'ils cherchaient à faire reconnaître leur statut parental.

Il devient dès lors intéressant de s'attarder à ce que dit le *Code civil du Québec* au sujet de la gestation pour autrui. L'article 541 CcQ, que nous venons tout juste de citer, est l'article phare. Celui-ci est d'ordre public. Pour cette raison, il ne peut être contourné de quelque façon que ce soit, même si les conjoints gais et la gestatrice souhaitent entrer dans une relation contractuelle. Cela s'explique par ce que sanctionne la nullité absolue, soit « la violation d'une règle tendant à protéger l'intérêt général, l'ordre public ou les bonnes mœurs »⁸⁸. L'article 1417 CcQ prévoit, à cet effet, ce qui suit :

1417. La nullité d'un contrat est absolue lorsque la condition de formation qu'elle sanctionne s'impose pour la protection de l'intérêt général.

87. Avant le 24 juin 2002, l'article 541 CcQ se lisait ainsi : « Les conventions de procréation ou de gestation pour le compte d'autrui sont nulles de nullité absolue ». Voir la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, *supra* note 1, art 30, mais aussi le *Code civil du Québec*, LQ 1991, c 64, art 541.

88. Hubert Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 3^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, *sub verbo* « nullité absolue ».

En l'occurrence, la nullité absolue d'un contrat entraîne une sanction majeure. Elle se trouve inscrite à l'article 1418 CcQ :

1418. La nullité absolue d'un contrat peut être invoquée par toute personne qui y a un intérêt né et actuel; le tribunal la soulève d'office.

Le contrat frappé de nullité absolue n'est pas susceptible de confirmation.

En vertu de l'article 1418 CcQ, les contrats — ou les conventions — qui sont frappés de nullité absolue n'ont aucune valeur juridique devant les tribunaux. Ils ne peuvent sous aucun prétexte faire l'objet d'une confirmation. L'exécution forcée de leur contenu ne peut donc pas être obtenue. En d'autres termes, les droits et obligations qu'ils contiennent ne sont pas juridiquement reconnus. Par exemple, un tribunal ne serait pas autorisé à ordonner à une partie de respecter ce à quoi elle s'est engagée, par exemple de verser une somme d'argent quelconque en guise de remboursement de certaines dépenses. De ce fait, d'un point de vue juridique au moins, nul n'est tenu de respecter ses obligations figurant dans de telles conventions. Cela dit, il importe, pour la suite de l'analyse, de faire la distinction entre les conventions de gestation pour autrui et la gestation pour autrui en elle-même. L'article 541 CcQ rend nulles de nullité absolue les premières, sans pour autant les interdire, au même titre que la gestation pour autrui en elle-même. Il ne rend pas illégale la gestation pour autrui⁸⁹. Dans ce contexte, si l'on revient au témoignage du participant à qui une agente du Régime québécois d'assurance parentale a lu ce qui avait toutes les apparences de l'article 541 CcQ, cela veut dire qu'il avait raison et l'agente, tort.

Est-ce à dire, pour autant, que l'on agit nécessairement en toute légalité lorsque l'on prend part à une convention de gestation pour autrui? Une réponse négative s'impose. Elle ne vient pas, toutefois, d'une lecture de l'article 541 CcQ. Elle ne découle pas, non plus, du *Code civil du Québec*, ni même de toute autre loi québécoise. Elle s'explique essentiellement par la *Loi sur la procréation assistée*⁹⁰, qui est une loi fédérale. Celle-ci prévoit les conditions minimales que doit respecter l'exercice de gestation pour autrui. Les articles 6, 12 (non en vigueur) et 60 de cette dernière sont particulièrement éclairants. Mais

89. Savard, *supra* note 57 aux pp 607–08.

90. LC 2004, c 2.

avant de s'attarder sur ces trois articles, il convient de considérer la définition de « mère porteuse », que l'on trouve énoncée à l'article 3 de la même loi. Elle précise le sens que reçoit l'expression « mère porteuse » chaque fois qu'elle est utilisée aux articles 6 et 12 de la *Loi sur la procréation assistée* :

3. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

[...]

« mère porteuse »

« *surrogate mother* »

« mère porteuse » Personne de sexe féminin qui porte un embryon ou un fœtus issu d'une technique de procréation assistée et provenant des gènes d'un ou de plusieurs donneurs, avec l'intention de remettre l'enfant à un donneur ou à une autre personne à la naissance.

6. (1) Il est interdit de rétribuer une personne de sexe féminin pour qu'elle agisse à titre de mère porteuse, d'offrir de verser la rétribution ou de faire de la publicité pour le versement d'une telle rétribution.

(2) Il est interdit d'accepter d'être rétribué pour obtenir les services d'une mère porteuse, d'offrir d'obtenir ces services moyennant rétribution ou de faire de la publicité pour offrir d'obtenir de tels services.

(3) Il est interdit de rétribuer une personne pour qu'elle obtienne les services d'une mère porteuse, d'offrir de verser cette rétribution ou de faire de la publicité pour le versement d'une telle rétribution.

(4) Nul ne peut induire une personne de sexe féminin à devenir mère porteuse ni lui conseiller de le devenir, ni pratiquer un acte médical pour aider une personne de sexe féminin à devenir mère porteuse, s'il sait ou a des motifs de croire qu'elle a moins de vingt et un ans.

(5) Le présent article ne porte pas atteinte à la validité, en vertu du droit provincial, de toute entente aux termes de laquelle une personne accepte d'être mère porteuse.

12. (1) Il est interdit, sauf en conformité avec les règlements, de rembourser les frais supportés :

a) par un donneur pour le don d'un ovule ou d'un spermatozoïde;

b) par quiconque pour l'entretien ou le transport d'un embryon *in vitro*;

c) par une mère porteuse pour agir à ce titre.

(2) Il est interdit de rembourser les frais visés au paragraphe (1) s'ils ne font pas l'objet d'un reçu.

(3) Il est interdit de rembourser à une mère porteuse la perte de revenu de travail qu'elle subit au cours de sa grossesse, sauf si les conditions suivantes sont respectées :

a) un médecin qualifié atteste par écrit que le fait, pour la mère porteuse, de continuer son travail peut constituer un risque pour la santé de celle-ci, de l'embryon ou du fœtus;

b) le remboursement est effectué conformément aux règlements.

60. Quiconque contrevient à l'un ou l'autre des articles 5 à 7 et 9 commet une infraction et encourt, sur déclaration de culpabilité :

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

Les articles qui précèdent — ceux du *Code civil du Québec* et de la *Loi sur la procréation assistée* — constituent le cadre juridique applicable à la gestation pour autrui. On voit, à leur lecture, que cette technique de procréation assistée n'est pas illégale *a priori*. Nous arrivons à la même conclusion que les rédacteurs du rapport intitulé « Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales » lorsqu'ils affirment que cette technique de procréation assistée n'est pas nécessairement illégale :

Comme on peut le constater, la loi canadienne n'interdit pas le recours à la maternité de substitution; elle se limite à fixer l'âge minimal de la mère porteuse à 21 ans et à en prohiber la rémunération. En conséquence, les ententes aux termes desquelles une personne ou un couple (communément appelés « parents d'intention ») demandent à une femme de 21 ans ou plus d'agir pour eux à titre de mère porteuse ne pourront

donner lieu à l'une ou l'autre des sanctions pénales prévues dans la loi fédérale, pour autant que cette dernière agisse à titre gracieux⁹¹.

Ce cadre juridique porte précisément sur la gestation pour autrui. Mais encore peut-il être complété par d'autres dispositions de lois diverses, qui sont souvent passées sous silence, peut-être parce qu'elles relèvent de l'évidence. Pensons ne serait-ce qu'à la nécessité que toutes les parties impliquées dans le processus de gestation pour autrui offrent un consentement libre et éclairé. On ne peut, juridiquement, forcer une personne à devenir gestatrice, tout comme on ne peut, non plus, la forcer à le demeurer. Nous rappelons la présence, dans le *Code criminel*, des articles 279.01 et 279.04, qui interdisent l'exploitation des personnes. Nous soulignons également les droits à l'intégrité (art 1) et au respect de la vie privée (art 5) qui se trouvent dans la *Charte québécoise*. Juridiquement au moins, l'autonomie des femmes qui pourraient agir ou qui agissent comme gestatrices est ainsi préservée. Le contexte pro-crétif ne module pas différemment ces droits fondamentaux ou encore la criminalisation de l'exploitation. Ainsi, l'on ne peut imposer quoi que ce soit à la gestatrice, par exemple un mode de vie, des examens et traitements médicaux ou encore de mener à terme la grossesse. Toute clause semblable inscrite dans une convention de gestation pour autrui serait vraisemblablement illégale, en plus d'être nulle de nullité absolue en vertu de l'article 541 CcQ.

Lorsque l'on consulte les témoignages des participants ayant été rencontrés, il apparaît manifeste que les fonctionnaires du Régime québécois d'assurance parentale ne semblent pas retenir notre analyse du cadre juridique applicable à la gestation pour autrui. En application de celui-ci, considérant les renseignements qu'ils recueillent, ils ne peuvent tout simplement pas juger de la légalité ou de l'illégalité des actions des pères gais et de la gestatrice. Et pourtant, un certain nombre de participants ont affirmé avoir fait face à plusieurs commentaires selon lesquels le projet qu'ils avaient réalisé était illégal et leur famille, par le fait même, illégitime. Ils ne méritaient pas, pour cette raison, de recevoir des prestations de paternité et des prestations familiales. Les articles 9 et 10 de la *Loi sur l'assurance parentale* traitent respectivement de ces prestations :

91. Comité consultatif sur le droit de la famille, sous la présidence d'Alain Roy, *supra* note 8 à la p 247.

9. Le nombre maximal de semaines de prestations de paternité est de 5 ou, en cas d'option conformément à l'article 18, de 3. Le paiement ne peut ni débiter avant la semaine de la naissance de l'enfant, ni excéder la période de prestations.

10. Le nombre total de semaines de prestations parentales dont peuvent bénéficier les parents de l'enfant est d'au plus 32 ou, en cas d'option conformément à l'article 18, d'au plus 25. Le paiement peut débiter au plus tôt la semaine de la naissance, mais ne peut excéder la période de prestations.

Ne serait-ce que de façon indirecte, l'interprétation normative de ces articles montre que la gestation pour autrui est perçue comme étant détestable. Les parents de l'enfant, parce qu'ils sont homosexuels et qu'ils ont eu leur enfant en ayant recours à la gestation pour autrui, ne peuvent accéder aux prestations auxquelles ils devraient pourtant avoir droit. Dans l'interprétation normative de l'article 9 de la *Loi sur l'assurance parentale*, on lit ce qui suit :

Les prestations de paternité sont accordées au père biologique pour lui permettre d'être présent auprès de son enfant dans le but d'en prendre soin. Il ne peut pas les partager avec l'autre parent.

Cependant, lorsque le couple est formé de deux femmes, les prestations de paternité peuvent être accordées à la conjointe de la mère biologique à la condition qu'il s'agisse d'un projet parental commun et que le nom de la conjointe figure sur l'acte de naissance.

Lorsque le couple est formé de deux hommes, les prestations de paternité sont accordées au père biologique seulement⁹².

Cela montre, d'une part, que les familles composées de pères gais dont l'enfant est né à la suite d'une gestation pour autrui ne peuvent bénéficier de toutes les prestations destinées à leur permettre d'être présents auprès de leur enfant dans le but d'en prendre soin. La lecture de l'interprétation normative de l'article 9 de la *Loi sur l'assurance parentale* le montre. Par ailleurs, l'autre conjoint ne peut, quant à lui, se prévaloir de la prestation de maternité. L'interprétation normative de l'article 7 de la *Loi sur l'assurance parentale* l'interdit de la manière suivante : « [L]orsque le couple est formé de deux hommes, les prestations

92. Régime québécois d'assurance parentale, Interprétation normative (article 9 de la *Loi sur l'assurance parentale* (LAP)), en ligne : <www.rqap-lois.gouv.qc.ca/Article/LAP_09.aspx>.

de maternité ne peuvent être accordées à aucun des deux parents ». De plus, en vertu de l'interprétation normative de l'article 10 de la *Loi sur l'assurance parentale*, seul le père biologique de l'enfant a droit aux prestations parentales :

Les prestations parentales peuvent s'ajouter aux prestations de maternité et aux prestations de paternité. Elles sont accordées pour permettre au parent biologique d'être présent auprès de son enfant dans le but d'en prendre soin.

La mère qui a donné naissance ou le père biologique peut recevoir la totalité des prestations parentales ou ils peuvent s'entendre pour se partager les semaines de prestations. Les prestations peuvent être reçues simultanément ou successivement par les parents.

Lorsque le couple est formé de deux femmes, les prestations parentales peuvent être accordées à la mère biologique et à sa conjointe s'il s'agit d'un projet parental commun et si le nom de la conjointe figure sur l'acte de naissance.

Lorsque le couple est formé de deux hommes, les prestations parentales sont accordées au père biologique seulement⁹³.

Plusieurs pères gais se sont ainsi vu demander de passer un test de paternité pour recevoir les prestations de paternité et les prestations parentales. Car, faut-il le répéter, seul le père biologique y a accès. Or, la présentation d'une telle preuve est perçue comme étant une intrusion dans leur vie privée, d'autant plus que, pour plusieurs, le lien biologique n'est pas révélé à l'entourage :

On m'a demandé de fournir un test d'ADN pour prouver que j'étais le père de mon enfant. Mais je suis son père! Mais pour le RQAP, peu importe le certificat de naissance, je dois démontrer que je suis son père biologique. Mais nous, on a choisi de ne pas le savoir. Et là, le RQAP veut nous obliger!

Ironiquement, si un couple gai opte pour l'adoption afin de concrétiser son projet parental, les conjoints pourront alors se partager les prestations parentales ou les prendre simultanément. Ainsi, l'interprétation normative de l'article 11 de la *Loi sur l'assurance parentale* énonce que⁹⁴ :

93. Régime québécois d'assurance parentale, Interprétation normative (article 10 de la *Loi sur l'assurance parentale* (LAP)), en ligne : <www.rqap-lois.gouv.qc.ca/Article/LAP_10.aspx>.

94. Régime québécois d'assurance parentale, Interprétation normative (article 11 de la *Loi sur l'assurance parentale* (LAP)), en ligne : <www.rqap-lois.gouv.qc.ca/Article/LAP_11.aspx>.

La mère ou le père peut recevoir la totalité des prestations d'adoption ou ils peuvent s'entendre pour se partager le nombre de semaines de prestations. Les prestations peuvent être reçues simultanément ou successivement par les parents.

Lorsque les parents adoptants sont de même sexe, les prestations d'adoption peuvent être accordées à chacun des conjoints ou à chacune des conjointes qui adoptent l'enfant.

Pour notre part, nous comprenons mal la logique adoptée par les rédacteurs de l'interprétation normative de la *Loi sur l'assurance parentale*. D'un côté, seuls les pères biologiques peuvent avoir accès aux prestations de paternité et aux prestations parentales. De l'autre, les couples lesbiens peuvent se prévaloir à la fois des prestations de paternité et des prestations parentales, même si la mère qui n'a pas donné naissance à l'enfant n'a aucun lien biologique avec ce dernier. Deux poids, deux mesures? En outre, nous doutons fortement qu'un test de paternité puisse être exigé des pères hétérosexuels qui demandent les prestations offertes en vertu du Régime québécois d'assurance parentale. Les pères gais sont-ils les seuls à qui l'on demande un test de paternité pour confirmer qu'ils ont droit de recevoir les mêmes prestations? Enfin, les couples gais adoptants peuvent se prévaloir des prestations parentales de la même façon que les couples lesbiens ou hétérosexuels. Il semble donc que l'interprétation normative de l'article 10 vise implicitement les pères gais qui ont leurs enfants à la suite d'une GPA.

À la venue de son deuxième enfant, pour éviter de revivre une situation conflictuelle avec les fonctionnaires du Régime québécois d'assurance parentale, un autre participant a tenté de repérer la procédure la plus efficace à suivre. Il souhaitait toucher les prestations parentales. Il voulait aussi que son conjoint bénéficie des prestations de paternité. Dans cette optique, ce participant a contacté la directrice générale du Régime québécois d'assurance parentale avec l'espoir d'obtenir une ligne directrice claire quant aux procédures à suivre :

Afin de m'éviter de recommencer ces démarches épuisantes et profondément injustes, j'ai eu une conférence téléphonique avec la directrice générale du RQAP afin de prévoir notre prochaine naissance. À mon plus grand désespoir, ils m'ont confirmé que j'allais devoir me battre à nouveau. Ils m'ont confirmé qu'ils ne reconnaissent pas les certificats de naissance ontariens, selon eux je serai père en Ontario et non au Québec et que finalement, pour eux, les mères porteuses sont illégales

au Québec et que ma famille est illégale. Disons que cette conférence téléphonique m'a quelque peu découragé.

Les démarches du participant ne lui ont donc pas permis d'obtenir l'information qu'il cherchait. Plus encore, l'expérience l'a « quelque peu découragé ».

Apparemment, tous les pères gais ne seraient pas confrontés aux mêmes difficultés lorsqu'ils transigent avec les fonctionnaires du Régime québécois d'assurance parentale. En effet, les données recueillies montrent que la situation se présente différemment lorsqu'un seul des deux pères souhaite obtenir les prestations offertes. Les démarches paraissent alors simplifiées. Le nombre de questions posées est moindre. Même la question sur le lien biologique entre le père et l'enfant serait écartée :

Mon conjoint étant *workaholic*, je suis le seul qui a pris le congé de paternité et le congé parental, donc nous n'avons eu aucun problème et aucune question sur le lien génétique avec les enfants. J'ai eu les deux congés et je ne suis pas le père génétique des enfants.

Cela nous laisse songeurs. Est-il possible d'affirmer que plus la situation familiale des personnes souhaitant accéder aux prestations du Régime québécois d'assurance parentale se rapproche de la famille hétéronormative, plus l'accès à ces prestations serait facilité? Serait-ce ainsi parce que dans une telle situation, les fonctionnaires du Régime québécois d'assurance parentale n'auraient pas l'impression de « contourner la loi » en sanctionnant, par le versement des prestations, un geste qu'ils considéreraient eux-mêmes comme « illégal »? Pourtant, peu importe la situation, l'objectif des prestations offertes par le Régime québécois d'assurance parentale n'est-il pas de « soutenir financièrement les nouveaux parents, [de] les encourager dans leur désir d'avoir des enfants et [de] les soutenir dans leur volonté de consacrer plus de temps à leurs enfants dans les premiers mois de leur vie »⁹⁵? Pour mieux refléter la réalité, ne devrait-on pas ajouter à cette mission les mots suivants : « sauf si vous êtes deux pères et que votre enfant est né à la suite d'une gestation pour autrui »? Si tel est le cas, la famille paraît comme moins légitime et, par le fait même, moins méritante. Quoi qu'il en soit, les données que nous avons recueillies ne nous permettent pas de conclure autrement :

95. Régime québécois d'assurance parentale, « Qu'est-ce que le régime québécois d'assurance parentale? », en ligne : <www.rqap.gouv.qc.ca/a_propos_regime/information_generale/index.asp>.

Le RQAP nous traite comme si j'avais ramassé mon conjoint sur le coin d'une rue pour en faire le parent de notre enfant afin de frauder le système et collecter des prestations d'assurance parentale.

Ce témoignage reflète bien le sentiment ressenti par plusieurs participants à l'égard du Régime québécois d'assurance parentale. Les difficultés rencontrées en tentant d'accéder aux prestations de paternité et aux prestations parentales causent chez les pères un sentiment de colère et d'injustice, surtout lorsqu'ils cherchent à voir reconnaître le lien parental existant entre eux et leur(s) enfant(s).

On se souviendra aussi que ces pères vivent également des difficultés avec le Directeur de l'état civil. Homopaternité, gestation pour autrui : un *no man's land*? Il semble bien que oui.

CONCLUSION

L'établissement de la filiation en contexte de gestation pour autrui suscite un nombre important de réflexions chez les juristes. Certaines ont été publiées très récemment. On ne saurait passer sous silence le rapport du Comité consultatif sur le droit de la famille, qui propose l'adoption d'un régime juridique particulier pour encadrer l'établissement de la filiation en contexte de gestation pour autrui⁹⁶. La professeure Anne-Marie Savard de l'Université de Sherbrooke abonde dans le même sens : une modification du droit à cet effet est requise⁹⁷. Ou encore pourrait-on souligner le très récent avis du Conseil du statut de la femme, dans lequel des modifications sont également recommandées au législateur⁹⁸. Ces trois récentes prises de position militent en faveur de l'intégration, dans la législation québécoise, d'un véhicule procédural distinct, soigneusement conçu pour s'appliquer à ce contexte particulier.

En ce qui nous concerne, nous ne pouvons que souscrire à ces injonctions à la régulation de la gestation pour autrui. La situation actuelle, à savoir le flou qui entoure la gestation pour autrui, entretient les représentations sociales voulant qu'il s'agisse là non seulement d'une pratique à réprouver, mais aussi illégale. Les difficultés administratives surviennent alors qu'un certain nombre d'acteurs sociaux significatifs

96. Comité consultatif sur le droit de la famille, sous la présidence d'Alain Roy, *supra* note 8 à la p 251 et s.

97. Savard, *supra* note 57 aux pp 614 et s.

98. Conseil du statut de la femme, *supra* note 44 aux pp 140–41.

(dans ce cas-ci les fonctionnaires du Directeur de l'état civil ou du Régime québécois d'assurance parentale), soucieux de ne pas cautionner une pratique jugée répréhensible, restreignent l'accès aux prestations auxquelles ces pères ont droit ou encore prodiguent des conseils malavisés pouvant potentiellement avoir des incidences importantes pour ces pères et leurs enfants. Dans ces instances gouvernementales, les représentations sociales de cette technique de procréation assistée prennent le pas sur le droit positif, ce qui occasionne de grandes difficultés pour ces pères gais.

Au cœur des difficultés rencontrées par ces pères, semble se profiler le malaise des fonctionnaires du Directeur de l'état civil et du Régime québécois d'assurance parentale exprimé à l'égard de la gestation pour autrui, qui n'est pourtant pas *a priori* illégale au Québec. De surcroît, les renseignements auxquels ont accès ces différents fonctionnaires lorsqu'ils traitent les demandes qui leur sont présentées ne leur permettent pas de déterminer si le projet parental ayant été mené à terme par les pères gais est légal ou non. Cela ne fait pas obstacle à leur jugement : la gestation pour autrui reste, dans leur esprit, illégale. Or, nous constatons certains signaux d'ouverture de la part des responsables du Régime québécois d'assurance parentale, qui se sont récemment montrés disposés à apporter des modifications aux interprétations normatives des clauses relatives aux prestations de paternité et aux prestations parentales.

Après qu'un quotidien québécois eut fait état des difficultés et doléances de plusieurs couples gais ayant eu à transiger avec les fonctionnaires du RQAP, celui-ci a paru indiquer une volonté de modifier ses pratiques à leur égard. Toujours selon ce quotidien, un comité interministériel composé de représentants du Directeur de l'état civil, du Conseil de gestion de l'assurance parentale et du ministère du Travail aurait été mis sur pied afin de trouver des solutions pérennes aux difficultés rencontrées par les couples qui concrétisent leur projet parental grâce à la GPA⁹⁹. Or, malgré le bruit que cette « nouvelle » a suscité (plusieurs organismes œuvrant directement auprès des membres de la diversité sexuelle¹⁰⁰ l'ont partagée), aucune information officielle

99. Sophie Allard, « Mères porteuses hors Québec : la fin de la confusion? » *La Presse+* (28 septembre 2015), en ligne : <plus.lapresse.ca/screens/f6de70ed-8ae9-4e55-a2f6-bd7a089c0622|EaLe9ldd3Lrp.html>.

100. Conseil québécois LGBT et Coalition des familles LGBT, « Le régime québécois d'assurance parentale reconnaît la diversité familiale dans l'octroi de ses prestations », communiqué de presse, en ligne : <www.conseil-lgbt.ca/2015/09/le-regime-quebecois-dassurance-parentale-reconnait-la-diversite-familiale-dans-loctroi-de-ses-prestations/>.

n'a à ce jour été annoncée. Si elle s'avérait véridique, ce serait un pas de plus non seulement vers la reconnaissance de la diversité familiale qui caractérise le Québec d'aujourd'hui, mais vers une acceptation sociale plus grande de la concrétisation d'un projet parental à l'aide d'une gestation pour autrui.

Dans ce contexte, que peut-on envisager pour l'avenir? Sans boule de cristal, il est difficile de nous prononcer. L'effervescence que la gestation pour autrui provoque en ce moment et la pression de plus en plus forte pour une réforme du droit de la famille au Québec laissent croire à la modification prochaine du régime juridique qui est aujourd'hui applicable. Si une telle réforme devait avoir lieu, considérant le fait que l'adoption par consentement spécial présente de nombreuses lacunes en contexte de gestation pour autrui, il serait opportun de mettre sur pied un mécanisme qui permettrait, dès la naissance, la reconnaissance de la filiation des véritables parents de l'enfant. Dans l'élaboration de ce mécanisme, le législateur aura grand avantage à considérer la voix des différents acteurs en contexte de gestation pour autrui. Ce sont ces personnes qui sont les mieux placées pour décrire la situation qu'elles ont vécue, qu'elles vivent ou encore qu'elles s'attendent à vivre, que ce soit comme parents ou gestatrices. L'inaction du législateur sur cette question n'a que trop duré.