

## MATERNITÉ, GESTATION ET LIBERTÉ : RÉFLEXIONS SUR LA PROHIBITION DE LA GESTATION POUR AUTRUI EN DROIT QUÉBÉCOIS

Marie-France Bureau et Édith Guilhermont \*

\* Marie-France Bureau, professeure agrégée à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. Édith Guilhermont, chercheure postdoctorante à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. Les auteures tiennent à remercier Jean-Sébastien Sauvé LL.B. pour le travail qu'il a réalisé en tant qu'assistant de recherche. La présente étude a été réalisée grâce au soutien financier de la Fondation du Barreau du Québec.

© Marie-France Bureau et Édith Guilhermont 2010

*Le Québec et la France prohibent les contrats de gestation pour autrui. Malgré la nullité des contrats prévue par la loi, des couples choisissent néanmoins cette avenue et certains d'entre eux ont saisi les tribunaux afin d'établir un lien de filiation entre eux et l'enfant porté par une tierce partie. La question de la maternité pour autrui est toujours controversée et a donné lieu à une jurisprudence contradictoire à ce jour. La présente étude examine les fondements de la prohibition au Québec et en France et envisage ses conséquences juridiques sur la filiation des enfants nés de cette pratique. Les auteures répertorient les solutions retenues dans divers droits occidentaux afin d'éclairer de quelle façon les législateurs peuvent répondre aux défis posés par cette technique de procréation assistée. Grâce à une analyse du discours bioéthique dominant et à la lumière des études scientifiques portant sur les personnes impliquées dans la gestation pour autrui, les auteures concluent que les motivations du législateur pour interdire cette pratique sont d'abord d'ordre idéologique. Les craintes exprimées depuis une vingtaine d'années, de même que les arguments avancés contre la gestation pour autrui, ne semblent pas validés par les études empiriques sur la pratique en occident et relèvent davantage du désir de maintenir une certaine représentation de la maternité.*

### INTRODUCTION 44

#### I. LA PROHIBITION DE LA GESTATION POUR AUTRUI EN QUESTION 47

##### A. Principe et fondement de la prohibition 47

###### 1. L'affirmation du principe 47

###### 2. Le fondement de la prohibition 50

##### B. La filiation des enfants nés de conventions de gestation pour autrui 53

###### 1. L'impossibilité d'établir la filiation maternelle des enfants nés de convention de gestation pour autrui 53

###### 2. L'intérêt de l'enfant 56

#### II. LES RÉPONSES AUX PROBLÈMES POSÉS PAR LA PROHIBITION DE LA GESTATION POUR AUTRUI 60

##### A. Les solutions offertes par le droit comparé 60

###### 1. L'établissement de la filiation lorsque la pratique est prohibée 60

###### 2. L'établissement de la filiation lorsque la pratique est admise 61

##### B. Une réponse en guise de question : *est mater semper certa* ? 63

###### 1. La non-commercialisation du corps humain et la non-instrumentalisation des personnes 64

###### 2. La santé et l'autonomie des femmes 67

###### 3. L'intérêt de l'enfant à naître 69

###### 4. La protection de l'ordre public et de l'intérêt général 72

### CONCLUSION 74

## INTRODUCTION

La maternité a toujours été considérée par les juristes québécois comme une évidence. La mère est tout naturellement la femme qui accouche de l'enfant. Pour appuyer cette affirmation, on se plaît à répéter l'adage romain *mater semper certa est*. Contrairement à la paternité, qui peut faire l'objet de controverses et de présomptions, la maternité serait toujours certaine, en raison de la réalité du ventre et de l'accouchement. Ces mêmes *a priori* caractérisent le discours juridique en France.

Et pourtant, il est indéniable que les arrangements procréatifs impliquant plus de deux protagonistes (et même deux mères) ont toujours existé en Occident, comme dans le reste du monde. L'anthropologue Maurice Godelier rappelait d'ailleurs dans *Métamorphoses de la parenté* qu'il faut davantage que la rencontre de deux géniteurs pour faire de la parenté. Cependant, bien que les dons d'enfants et les diverses techniques d'adoption aient été utilisés de façon courante pour pallier la stérilité<sup>2</sup>, la pratique consistant à porter un enfant pour autrui n'a fait l'objet d'études en Occident qu'à compter de la fin du XX<sup>e</sup> siècle.

Au Québec et en France, la gestation pour autrui est devenue plus fréquente depuis les années 1980<sup>3</sup>, en partie grâce au développement des techniques de fécondation *in vitro*. Ce que nous appelons la gestation pour autrui est également souvent appelée «maternité pour autrui», «maternité de substitution» ou «recours à une mère porteuse». Nous estimons ces dernières expressions peu satisfaisantes dans la mesure où elles sont essentiellement révélatrices des présupposés de ceux qui les emploient. Elles supposent en particulier l'abandon maternel d'enfants au profit des parents d'intention et sont, à ce titre, réductrices.

En effet, la gestation pour autrui peut prendre deux formes. Dans un cas, elle est dite maternité pour autrui *gestationnelle*, lorsqu'elle implique une fécondation *in vitro* avec les gamètes du couple demandeur. Dans l'autre cas, la femme est impliquée génétiquement, dans la mesure où ce sont ses propres ovocytes qui sont fécondés par le sperme d'un des parents demandeurs ou par un donneur, selon les circonstances. C'est la maternité de substitution dite *traditionnelle*. Plusieurs auteurs marquent la distinction entre les deux types de gestation pour autrui en insistant sur le fait que dans le premier cas, la gestatrice *n'est pas la mère* génétique de l'enfant et qu'il s'agit en l'occurrence d'une pratique plus acceptable<sup>4</sup>. Selon cette logique où le géniteur est assimilé au parent, le fait de fournir ses propres ovocytes transforme la gestatrice en véritable mère et rend moins acceptable la remise de l'enfant aux demandeurs.

Dans la suite de cette étude, nous préferons utiliser l'expression gestation pour autrui dans tous les cas puisque notre position théorique demeure la même, que des liens génétiques entre la gestatrice et l'enfant existent ou non. Nous avons par ailleurs choisi de référer à la femme qui porte un enfant pour autrui comme une gestatrice et non pas comme une mère porteuse. Il ne s'agit évidemment pas de diminuer le rôle exercé par ces femmes, mais plutôt de respecter la façon dont elles conçoivent elles-mêmes leur rôle qui, bien que fondamental et unique, n'est en aucun cas celui de parent lorsqu'elles entrent dans un tel arrangement.

<sup>1</sup> Maurice Godelier, *Métamorphoses de la parenté*, Paris, Fayard, 2004.

<sup>2</sup> Geneviève Delaisi de Parseval et Chantal Collard, «La gestation pour autrui : Un bricolage des représentations de la paternité et de la maternité euro-américaines» (2007) 183 *L'Homme* 29 à la p. 31.

<sup>3</sup> Il demeure néanmoins difficile de quantifier la pratique dans la mesure où les contrats de gestation pour autrui sont interdits au Québec et en France.

<sup>4</sup> Delaisi de Parseval et Collard, *supra* note 2. Voir également *Adoption – 09184*, [2009] R.D.F. 835 (C.Q.).

C'est en 1991 que le législateur québécois adoptait un régime afin d'encadrer non seulement l'insémination artificielle (comme il l'avait fait en 1981), mais aussi l'ensemble de ce que l'on désignait par l'expression procréations médicalement assistées («PMA»). Le *Code civil du Québec*<sup>5</sup> (ci-après «Code») établissait d'abord à l'article 538.2 qu'un apport génétique ne peut à lui seul servir à fonder un lien de filiation entre l'auteur du don et l'enfant (ce qui évite la multiplicité potentielle des pères ou mères). Suivant en cela les recommandations du Barreau<sup>6</sup>, et dans une quasi-synchronie avec un arrêt de principe en droit français<sup>7</sup>, la mère était donc celle qui donnait naissance à l'enfant qu'elle avait porté et le père était celui qui le reconnaissait ou à l'égard duquel la présomption de paternité jouait, si le couple était marié.

Au moment où le législateur adoptait cette disposition, les auteurs étaient en général en accord avec cette orientation. Marie Pratte et Michèle Rivet affirmaient que ces conventions étaient contraires aux principes généraux du droit civil et les jugeaient inacceptables dans le contexte sociaux. Le discours dominant au moment de l'adoption de ces règles était à l'effet que la gestation pour autrui faisait entorse au principe de l'indisponibilité des personnes et risquait de créer des litiges sans fin sur la filiation des enfants<sup>9</sup>. Comme la plupart des juristes québécois, Marie Pratte rappelait que «conformément au droit civil classique, la mère de l'enfant sera celle qui l'a mis au monde»<sup>10</sup>. Cette position de la doctrine et du législateur québécois est très largement en accord avec la position qui prévaut aujourd'hui en droit français.

À une époque où les techniques d'assistance à la procréation ont considérablement progressé et compte tenu du fait que de nombreuses personnes ont recours à des tiers pour mener à bien leur projet parental, les certitudes en matière de filiation s'en trouvent ébranlées. Cependant, plutôt que de repenser les notions de maternité et de filiation au regard de cette réalité, le législateur québécois, à l'instar de ceux d'autres pays comme la France, continue d'interdire la pratique de la gestation pour autrui, sanctionne de nullité les conventions qui ont pour objet de l'organiser et persiste à relier automatiquement la maternité au ventre. Dans ce contexte, les couples qui recourent néanmoins à la gestation pour autrui, de même que les enfants issus de cette pratique, se retrouvent dans une situation délicate. En raison du choix procréatif de leurs parents, des enfants se voient alors dépourvus de filiation maternelle et inversement, des femmes se voient empêchées d'établir une filiation à l'égard de leur enfant, faute de l'avoir porté. Cette situation, illustrée par plusieurs décisions qui ont été rendues au cours des dernières années, soulève des débats quant à l'intérêt des enfants et des femmes impliqués dans ces contrats de gestation pour autrui. En effet, puisque la pratique existe et qu'elle implique des personnes vulnérables, la pertinence de l'interdiction de principe posée par le droit civil dans les années 90 mérite d'être examinée.

<sup>5</sup> *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64.

<sup>6</sup> Comité du Barreau du Québec sur les nouvelles technologies de reproduction, Rapport, «Les enjeux éthiques et juridiques des nouvelles technologies de reproduction» (avril 1988), aux pp. 47-48.

<sup>7</sup> Voir la partie I.A.1, ci-dessous. Cass. Ass. Plén., 31 mai 1991, *Bull.civ.* A.P, n° 4, en ligne : Legifrance <<http://www.legifrance.gouv.fr>>.

<sup>8</sup> Marie Pratte, «Le nouveau Code civil du Québec : Quelques retouches en matière de filiation» dans Ernest Caparros, dir., *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, 283 à la p. 300 ; Michèle Rivet, «La vérité et le statut juridique de la personne en droit québécois» (1987) 18 R.G.D. 843 à la p. 850.

<sup>9</sup> Michèle Giroux, «L'encadrement de la maternité de substitution au Québec et l'intérêt de l'enfant» (1997) 28 (4) R.G.D. 535 à la p. 538.

<sup>10</sup> Pratte, *supra* note 8 à la p. 300.

Récemment les juristes français, mais aussi plus largement les parlementaires et la société civile, ont renouvelé la réflexion sur la maternité de substitution à l'occasion de la discussion qui devait précéder la révision des lois bioéthiques en France. À l'issue de ces réflexions et consultations, il apparaissait très clairement que le droit français se prononçait pour le maintien de la prohibition de la maternité de substitution. Les juristes québécois n'ont pas eu l'occasion de participer à un tel débat dans la province. Toutefois, à l'automne 2009, la *Commission de l'éthique, de la science et de la technologie* s'est prononcée sur la gestation pour autrui dans son avis relatif à l'éthique et à la procréation<sup>11</sup>. Les membres de la commission rejoignent très largement la position des diverses instances et autorités françaises qui ont eu l'occasion de donner leur avis. Il en résulte, à l'heure actuelle, qu'au Québec comme en France, la prohibition des conventions de gestation pour autrui est toujours considérée comme étant la solution la plus appropriée.

Soulignons que vingt ans après la mise en place de cette prohibition, on aurait pu s'attendre à un changement de ton dans le discours juridique. En effet, la pratique de la gestation pour autrui est aujourd'hui beaucoup plus répandue et socialement plus intelligible. Ce type de contrat a en outre été légalisé et encadré par de nombreux États, ce qui a eu pour effet de permettre à des chercheurs de plusieurs domaines des sciences sociales d'étudier les familles qui avaient recours à ce mode d'entrée en parenté et d'enquêter sur les femmes qui décident de porter un enfant pour autrui. Or, malgré ces développements importants dans la recherche qui ont permis une meilleure connaissance du phénomène et, malgré la transformation des pratiques en matière de procréation, les législateurs français et québécois ont favorisé le *statu quo*.

Le maintien de la position actuelle n'est pas de nature à faire cesser les discussions autour de la gestation pour autrui. Cette étude propose de nourrir le débat en interrogeant, grâce au droit comparé, la pertinence de maintenir la prohibition de la gestation pour autrui en droit québécois. En effet, la prohibition nous semble poser davantage de problèmes qu'elle ne parvient à en résoudre. Elle mérite, selon nous, d'être mise en question. L'analyse des études empiriques sur la question et la variété des approches normatives empruntées dans divers pays occidentaux démontrent que le problème posé par cette pratique ne concerne pas tant les personnes impliquées dans ces arrangements que la remise en question de principes tenus pour certains. En ce sens, l'analyse du discours juridique sur la gestation pour autrui, de même que les arguments mis de l'avant par les experts pour l'interdire, nous éclairent davantage sur les représentations culturelles de la maternité et une certaine conception du droit, que sur les enjeux réels soulevés par ce mode d'entrée en parenté.

Dans cette perspective, la première partie de notre propos envisagera le principe et le fondement de la prohibition avant d'envisager ses conséquences juridiques sur la filiation des enfants nés de la gestation pour autrui.

Dans la seconde partie de l'étude, nous exposerons les différentes solutions qui ont été retenues ou proposées pour relever les défis posés par la gestation pour autrui aux droits occidentaux. Nous poursuivrons cette seconde section en questionnant les arguments classiques invoqués à l'encontre d'une libéralisation de la pratique de la gestation pour autrui.

<sup>11</sup> Commission de l'éthique, de la science et de la technologie, *Éthique et procréation assistée: des orientations pour le don de gamètes et d'embryons, la gestation pour autrui et le diagnostic préimplantatoire* (Avis), Québec, 2009.

## I

## LA PROHIBITION DE LA GESTATION POUR AUTRUI EN QUESTION

## A. Principe et fondement de la prohibition

1. *L'affirmation du principe*

En droit québécois, la prohibition de la gestation pour autrui a été inscrite dans le *Code* au chapitre relatif à la filiation des enfants nés d'une procréation médicalement assistée, où l'article 541 interdit «[t]oute convention par laquelle une femme s'engage à procréer ou à porter un enfant pour le compte d'autrui», la rendant «nulle de nullité absolue». Comme le précisent les commentaires du ministre, l'interdiction vaut même pour les conventions qui ne seraient pas conclues à titre onéreux. L'objectif poursuivi par ce texte semble moins résider dans l'interdiction de recourir à une mère porteuse que dans l'impossibilité d'établir la filiation d'un enfant né du recours à une telle pratique : «Il a paru contraire à l'ordre public de permettre que la filiation de l'enfant soit déterminée par une convention. Celle-ci étant réputée n'avoir jamais existé, la filiation sera établie suivant les modes de preuve prévus précédemment»<sup>12</sup>.

En cela, le droit québécois se distingue du droit français qui avait d'abord commencé par interdire l'adoption d'un enfant né d'une mère porteuse par sa mère d'intention avant d'affirmer, dans le chapitre du *Code civil* français intitulé «Du respect du corps humain», la nullité des conventions de maternité de substitution. Ainsi, en 1991 la Cour de cassation réunie en assemblée plénière avait rendu un arrêt<sup>13</sup> par lequel elle affirmait, tout d'abord, que la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance, contrevient aux principes d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes. Puis, constatant que l'adoption requise n'était en réalité que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant conçu en exécution d'un contrat tendant à son abandon à la naissance par sa mère, elle conclut qu'il s'agissait là d'un détournement de l'institution de l'adoption. Par la suite, le législateur français s'est doté en 1994 d'une *Loi de bioéthique* dans laquelle il saisit l'occasion d'affirmer que la maternité de substitution est prohibée. Cette affirmation s'est matérialisée dans le *Code civil* français par l'insertion d'un article 16-7 au terme duquel «[t]oute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle»<sup>14</sup>.

Tandis que la prohibition des conventions de gestation pour autrui trouve son prolongement dans le *Code pénal* français<sup>15</sup>, l'article 60 de la *Loi fédérale sur la procréation assistée* ne sanctionne pénalement que le fait de rétribuer ou de se faire rétribuer pour être mère porteuse, puisqu'elle n'interdit pas quant à elle les conventions.

<sup>12</sup> Québec, Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, Montréal, Publications DAFCO, 1993 à la p. 201 (sous l'art. 541 C.c.Q.).

<sup>13</sup> Cass. Ass. plén., *supra* note 7.

<sup>14</sup> Deux autres textes complètent cette disposition. Ainsi, l'art. 16-5 prévoit que «[l]es conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles» et l'art. 16-9 précise que les dispositions précédentes «sont d'ordre public».

<sup>15</sup> L'article 227-12 al. 3 incrimine «le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre à la naissance». Le *Code pénal* français interdit également tout rattachement de l'enfant à la mère d'intention puisque l'art. 227-13 fait de «la substitution volontaire, la simulation ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant», et de leur tentative un délit passible d'une peine d'emprisonnement. Le recours à ces textes n'est pas pure hypothèse d'école, puisqu'un procureur a récemment fondé un réquisitoire introductif sur ces textes dans l'affaire *Mennesson*. Sur réquisitions du parquet, le tribunal de Créteil a toutefois rendu une ordonnance de non-lieu. Voir Valérie Depadt-Sebag, «Non-lieu dans une affaire de maternité pour autrui», note sous TGI Créteil, ord., 30 septembre 2004, D. 2005.476.

Le droit québécois, tout comme le droit français ou d'autres législations, n'admet pas la validité des conventions de mères porteuses, quand bien même il s'agirait de lutter contre l'impossibilité médicale d'une femme de porter un enfant. En pratique, on observe toutefois que le contentieux lié à la gestation pour autrui est loin d'être abondant. À notre connaissance, il se résume à deux décisions récentes de la Cour du Québec en apparence contradictoires, rendues dans le cadre d'une demande d'adoption, par la mère d'intention de l'enfant né du recours à une gestatrice<sup>16</sup>.

La première de ces décisions, rendue par le juge Dubois au début de l'année 2009, a suscité les commentaires de nombreux experts, mais davantage dans la presse québécoise qui s'était rapidement fait l'écho du jugement<sup>17</sup>, que dans les revues juridiques<sup>18</sup>.

*En matière d'adoption : X.*<sup>19</sup> — Dans cette affaire de requête en adoption par la conjointe du père biologique de l'enfant, l'acte de naissance n'indiquait que la filiation paternelle, le champ réservé à la mère étant demeuré vide. En réalité, l'enfant était né d'une mère porteuse avec laquelle le couple avait conclu une entente verbale en vertu de laquelle elle s'engageait à porter leur enfant et à le leur remettre à sa naissance. Dans le constat de naissance, l'accoucheur avait indiqué «le nom de sa mère biologique nommément identifiée»<sup>20</sup>. En revanche, les champs réservés à l'identification de la mère dans la déclaration de naissance ne portaient quant à eux aucune indication. Peu de temps après la naissance de l'enfant, le père avait consenti à son adoption par sa conjointe<sup>21</sup>, et cette dernière avait saisi la cour pour obtenir une ordonnance de placement en vue de l'adoption<sup>22</sup>.

L'avocate de la requérante faisait valoir que le Tribunal n'avait pas à sanctionner la nullité absolue du contrat de maternité de substitution prévue à l'article 541 du *Code* (sur laquelle d'ailleurs il ne lui était pas demandé de se prononcer), mais devait ici constater que les conditions d'adoption étaient bien réunies, conformément aux exigences des articles 543 et suivants du *Code*, pour s'assurer notamment que les consentements requis avaient été valablement donnés en vue d'une adoption<sup>23</sup>.

<sup>16</sup> *En matière d'adoption : X*, [2009] R.D.F. 199 (C.Q.), *Adoption – 09184*, *supra* note 4. Par ailleurs, même dans les pays où la pratique est admise, les conventions de gestation pour autrui ne suscitent guère de contentieux. Des auteurs estiment à moins de 1% le nombre de cas de gestation pour autrui se terminant devant les tribunaux aux É.-U. et en Grande Bretagne. Dans 99% des cas, les gestatrices remettent volontairement l'enfant aux parents d'intention. Hormis la célèbre affaire américaine *In re : Baby M*, 109 N.J. 396 (1988) et une décision de 2009 de la Cour supérieure du New Jersey (*A.G.R. v. D.R.H. & S.H.*, N.J. Super. Ct., 23 décembre 2009), nous n'avons recensé aucune décision impliquant une gestatrice qui aurait refusé de remettre aux parents commanditaires l'enfant issu de la gestation pour autrui. Il n'existe par ailleurs, à notre connaissance, aucun cas recensé de demandeurs qui auraient refusé d'établir leur filiation avec l'enfant né d'une gestatrice. Voir Elly Teman, *Birthing a Mother, The Surrogate Body and the Pregnant Self*, Berkeley, University of California Press, 2010 à la p. 3 [Teman, «Birthing»].

<sup>17</sup> Judith Lachapelle, «Recours aux mères porteuses, Il faut changer la loi, selon un expert» *La Presse [de Montréal]* (19 mars 2009) A8 ; Christian Rioux, «La mère porteuse, à quel prix?» *Le Devoir [de Montréal]* (23 mars 2009) A1 ; Ginette Durand-Brault (Forum), «Recul pour les droits des enfants» *La Presse [de Montréal]* (18 mars 2009) A21.

<sup>18</sup> Jane Grant, «Commentaire sur la décision *Dans la situation de : X, sub nom. Adoption - 091* – L'intérêt de l'enfant, mais pas à tout prix» *Repères*, Avril 2009; Renée Joyal «Parents, enfants, conjoints: À la recherche d'un sens» (2009) 50 C. de D. 361.

<sup>19</sup> *Supra* note 16.

<sup>20</sup> *Ibid.* au para. 29.

<sup>21</sup> En vertu de principe du consentement spécial à l'adoption en faveur du conjoint prévu à l'art. 555 C.c.Q.

<sup>22</sup> Articles 566 et 573 C.c.Q.

<sup>23</sup> *En matière d'adoption : X, supra* note 16 aux paras. 37 et 38.

Interprétant l'article 543 alinéa 1, selon lequel «[l']adoption ne peut avoir lieu que dans l'intérêt de l'enfant et aux conditions prévues par la loi», le juge Dubois précisa que «les conditions prévues par la loi» visées par ce texte vont bien au-delà du respect formel et procédural du consentement à l'adoption effectué par le père. Ainsi expliqua-t-il qu'il «n'est [...] pas possible de dissocier la question de la validité de ce consentement des étapes précédentes concoctées dans la réalisation du projet parental de ce couple [...]»<sup>24</sup>. C'est la raison pour laquelle le juge Dubois en vint à conclure, tout comme les juges français avant lui, que ce consentement n'était que «la suite logique et prévue de ce même projet parental soigneusement planifié bref, *une manière détournée de donner effet à cette entente contractuelle* –en faisant produire des conséquences juridiques à ce qui est prohibé par la loi»<sup>25</sup>. Pour rejeter la requête en adoption de la mère d'intention, le juge expliqua se refuser à «faire preuve d'aveuglement volontaire et [à] confirmer que la fin justifie les moyens».

En juin 2009, la Cour du Québec était à nouveau saisie d'une requête en adoption en lien avec une gestation pour autrui. Si les faits de cette espèce étaient assez semblables à ceux de la précédente, le raisonnement du juge Tremblay prenait le contrepied du raisonnement qu'avait eu le juge Dubois.

*Adoption - 09184*<sup>26</sup> — Dans cette affaire, où la requérante se trouvait dans l'impossibilité de mener une grossesse sans risquer sa vie, c'est sa propre tante qui avait offert de porter l'enfant conçu grâce à une fécondation *in vitro* des ovules de la requérante et du sperme de son conjoint. La gestatrice était identifiée comme mère dans la déclaration de naissance des deux jumeaux aux côtés du père biologique, mais personne en revanche n'avait réclamé un certificat de naissance. À l'occasion de cette demande en adoption intra familiale, la mère d'intention demandait au tribunal à être substituée à la mère porteuse en ce qui avait trait à la filiation maternelle de l'enfant. Après avoir longuement constaté que les enfants étaient nés d'une convention de mère porteuse entre la requérante et sa tante, et après avoir constaté que tous les consentements à l'adoption étaient réunis, le juge Tremblay s'est attaché à l'intérêt de l'enfant. Pour décider qu'il était en l'espèce dans son intérêt d'être adopté par la requérante et que cette dernière devait se voir attribuer le plein exercice de l'autorité parentale, le juge relevait que «cet enfant reçoit une réponse complète à ses besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques auprès de madame A et de monsieur B [...]»<sup>27</sup>. Ce n'est donc que dans un second temps que le juge avait évoqué la validité de la convention de mère porteuse au regard de l'article 541 du *Code*. Or, s'il reconnaissait que ce texte était tout à fait applicable à l'espèce et que l'entente verbale était sans doute nulle, c'est pour expliquer que les parents d'intention n'auraient pu contraindre la mère porteuse à mener à terme cette grossesse ou à consentir à l'adoption en vertu de la convention verbale conclue entre eux. En effet, cette convention étant nulle, elle n'aurait pu produire aucun de ses effets. Or, le juge avait pris soin de relever qu'en l'espèce, ce n'était pas de ce genre de question qu'il avait à décider. Il devait plutôt «décider du statut d'un enfant qui existe et qui a droit au respect intégral de ses droits»<sup>28</sup>.

C'est ainsi que, contrairement au juge Dubois dans l'affaire précédente, le juge Tremblay avait fini par «rendre une décision du point de vue de l'enfant et non du point de vue des personnes qui [avaient] fait [...] une entente de procréation assistée»<sup>29</sup> et à ordonner le placement de l'enfant en vue de son adoption auprès de sa mère d'intention.

<sup>24</sup> *Ibid.* au para. 57.

<sup>25</sup> *Ibid.* au para. 59.

<sup>26</sup> *Supra* note 4.

<sup>27</sup> *Ibid.* au para. 15.

<sup>28</sup> *Ibid.* au para. 22.

<sup>29</sup> *Ibid.*

Toutefois, la position du droit québécois à l'égard du sort qu'il convient de réserver aux enfants nés d'une convention de maternité pour autrui n'est probablement pas remise en cause par cette seconde décision. Le juge explique en effet sa solution divergente de celle du juge Dubois en invoquant l'absence de lien génétique entre la gestatrice et l'enfant. Avec égard pour cette position, la licéité de l'adoption d'un enfant issu de la gestation pour autrui ne devrait pas dépendre de la provenance des gamètes<sup>30</sup>.

Désormais bien établie au Québec comme en France, la prohibition de la gestation pour autrui mérite d'être envisagée dans son fondement.

## 2. Le fondement de la prohibition

La prohibition de la gestation pour le compte d'autrui trouve dans l'adage *mater semper ce-ta est* son fondement le plus général et apparemment le plus sûr. Aussi, les auteurs n'hésitent-ils pas à l'invoquer, notamment pour justifier l'impossibilité d'établir un lien de filiation avec la mère d'intention<sup>31</sup>. Cet adage, selon lequel «la mère est toujours certaine» traduit une règle de preuve du 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*»<sup>32</sup>.

C'est d'ailleurs le sens de cette fameuse maxime que le juge Dubois rappelait dernièrement : «Pendant des siècles, l'accouchement était un fait si naturel, facile à constater, que la maternité allait de soi. Plus maintenant, comme plusieurs auteurs s'évertuent à nous le rappeler»<sup>33</sup>, pour expliquer ensuite qu'au Québec «il n'y a pas de présomption de maternité au sens où la femme qui accouche n'est pas réputée être légalement la mère de l'enfant»<sup>34</sup>. Les juges français continuent eux aussi à se fonder sur cette maxime même si elle n'a jamais correspondu à la réalité<sup>35</sup>.

<sup>30</sup> La provenance du matériel génétique et les liens biologiques n'ont jamais été suffisants pour créer la parenté. Il suffit de penser à la force des liens du mariage dans la tradition civiliste et notamment à la présomption de paternité pour s'en convaincre. Par ailleurs, la possession d'état, qui a toujours été un mode de preuve fort en matière de filiation, confirme la place relative accordée à la biologie dans l'établissement des liens de parenté. On peut a fortiori penser qu'aujourd'hui, en raison de la prolifération des techniques d'assistance à la procréation et de la complexification des arrangements familiaux, l'intention d'agir comme parent et la réalité des liens vécus sont au moins aussi importants qu'un lien génétique. Qui plus est, ce dernier peut même être complètement éliminé au profit de l'intention dans le cas du don de gamètes, par exemple. Voir l'art. 538.2 al. 1 C.c.Q.

<sup>31</sup> «La reconnaissance et, donc, l'organisation par la loi de la maternité de substitution suppose de remettre en cause le principe selon lequel la mère est la femme qui accouche, lequel correspond pourtant à l'écrasante majorité des cas, y compris le cas des enfants issus de procréations médicalement assistées» selon Aude Mirkovic, «À propos de la maternité pour autrui» (2008) 6 Droit de la famille étude 15 au para. 27 [Mirkovic, «Maternité»]. Voir également François Terré, «Mater semper certa est - Un débat incertain ou prématuré ?» J.C.P. 2009.62 à la p. 56 [Terré, «Mater»] ; Adeline Gouttenoire, «Enfant issu d'une convention de mère porteuse : ordre public : 1 - intérêt de l'enfant : 0», (2009) 346 Lexbase Hebdo, Édition privée générale (consulté sur Le Doctrinal Plus) [Gouttenoire, «Enfant»] ; Monique Brandac, Geneviève Delaisi de Parse-val et Valérie Depadt-Sebag, «Repenser la prohibition de la gestation pour autrui ?» D. 2008.434 à la p. 439.

<sup>32</sup> Laurent Boyer et Henri Roland, *Adages du droit français*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 1992. Voir aussi Albert Mayrand, *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit*, 4<sup>e</sup> éd., Cowansville, Yvon Blais, 2007.

<sup>33</sup> *En matière d'adoption : X, supra* note 16 au para. 46.

<sup>34</sup> *Ibid.* au para. 44.

<sup>35</sup> «[...] Considérant que la loi française ne donne pas une définition de la mère tout comme elle ne dit pas que le mariage est l'union d'un homme et d'une femme tant ces notions sont inscrites dans les mentalités depuis des siècles ; que l'adage latin – *mater semper certa est* qui signifie que la mère est celle qui a accouché de l'enfant trouve application en France même si ce principe est atténué par la possibilité d'accoucher anonymement et par l'obligation qu'a le plus souvent la mère naturelle de reconnaître son enfant ; qu'il est donc patent qu'en droit français la mère est celle qui porte l'enfant et lui donne la vie en le mettant au monde ; [...].», Cour d'appel de Rennes, 4 juillet 2002, D. 2002.Jur.2902 (note Frédérique Granet). Il n'est peut-être pas inopportun d'observer que la Cour, qui confirmait alors l'annulation de la reconnaissance maternelle d'enfants nés d'une mère porteuse, était composée exclusivement de trois femmes magistrats. À l'inverse de cette position jurisprudentielle, des

Malgré les critiques que l'on peut lui adresser, et sa perte de sens, la règle selon laquelle la mère est celle qui accouche est donc toujours en vigueur au Québec, aussi bien qu'en France, comme on a d'ailleurs pu le rappeler récemment de part et d'autre. Dans son récent avis sur la question, la *Commission de l'éthique, de la science et de la technologie*, explique que : «[e]n droit québécois, c'est l'accouchement qui, par la voie du constat de naissance, détermine la maternité ; il n'est aucunement possible de la contester au motif que l'ovule ou l'embryon ne provient pas de la femme qui a mené la grossesse à terme»<sup>36</sup>. En France, le législateur a réaffirmé<sup>37</sup>, dans le *Code civil*, que la mère d'un enfant ne peut être que celle qui en a accouché et pas celle qui a transmis sa génétique en fournissant ses gamètes<sup>38</sup>.

Au-delà de ce fondement très général, qui se dresse comme l'ultime obstacle à la levée de l'interdit, de nombreux arguments s'opposent à la reconnaissance de la gestation pour autrui. Ils sont d'ordre juridique bien sûr, mais aussi d'ordres philosophique, religieux, sociologique, psychologique et enfin éthique<sup>39</sup>. Parmi les multiples justifications invoquées pour interdire la gestation pour autrui, deux raisons principales se dégagent nettement : 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. Ainsi, la *Commission de l'éthique, de la science et de la technologie* considère «que la gestation pour autrui comporte des risques d'exploitation des femmes qui sont inacceptables sur le plan éthique et qu'une telle pratique entraînerait une forme de réification de l'enfant», ce qu'elle affirme réprover<sup>40</sup>.

Pour s'en tenir aux seuls arguments d'ordre juridique et en commençant par la mère gestatrice, on craint tout d'abord une marchandisation de son corps. Le corps humain étant par principe juridiquement indisponible, la gestation pour autrui porte atteinte à cette indisponibilité dans la mesure où le procédé s'apparente à une «location d'utérus». Au-delà de cette indisponibilité, c'est en réalité à la dignité de ces femmes que le procédé porte atteinte et, plus généralement, à la dignité humaine<sup>41</sup>.

À l'encontre de la gestation pour autrui on invoque aussi, naturellement, l'intérêt de l'enfant, lequel est expressément protégé par le droit québécois et le droit international. En effet, cet intérêt paraît totalement absent d'un processus qui aboutit à réifier celui qui n'est que l'objet de désir d'un couple prêt à l'échanger contre de l'argent<sup>42</sup>. Ici, l'enfant n'est pas traité «comme un être humain véritable, mais bien plus comme une chose, un objet, une marchandise»<sup>43</sup>. De plus, on estime que l'intérêt de l'enfant n'est pas assuré parce que le recours à une gestatrice a pour effet de remettre en cause la structure traditionnelle de la famille, de disloquer maternité et famille,

auteurs soutiennent que la réorganisation de la maternité autour du ven-tre et de l'accouchement est un phénomène récent en droit français et québécois. Voir Iacub, *infra* note 124 aux pp. 156 et s. Voir également Bureau, *Filiation, infra* note 154, aux pp. 67 et s.

<sup>36</sup> Avis, *supra* note 11 à la p. 75.

<sup>37</sup> Avec la *Loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009, JO, 18 janvier 2009, 1062 ratifiant l'ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation, en ligne* : Legifrance <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000020104273&dateTexte=>>.

<sup>38</sup> En effet, l'art. 325 du *Code civil* français prévoit que : «[à] défaut de titre et de possession d'état, la recherche de maternité est admise. L'action est réservée à l'enfant qui est tenu de prouver qu'il est celui dont la mère prétendue a accouché» ; tandis que l'art. 332 al. 1 dispose que «[l]a maternité peut être contestée en rapportant la preuve que la mère n'a pas accouché de l'enfant».

<sup>39</sup> Terré, «Mater», *supra* note 31.

<sup>40</sup> Avis, *supra* note 11 à la p. 85.

<sup>41</sup> Pour de plus amples détails, voir la partie II.B.1 ci-dessous.

<sup>42</sup> Giroux, *supra* note 9 à la p. 538.

<sup>43</sup> Jean-Louis Baudouin et Catherine Labrusse-Riou, *Produire l'homme, de quel droit?*, Paris, Presses Universitaires de France, 1987 à la p. 112.

de dépersonnaliser la maternité et, finalement, de préfabriquer une famille éclatée<sup>44</sup>. Enfin, l'intérêt de l'enfant est mis en péril par le recours à un procédé qui rendra le statut de l'enfant des plus incertains<sup>45</sup> et qui risque de le placer «au cœur de litiges dès sa naissance»<sup>46</sup>.

En réalité, la valeur des arguments avancés pour justifier la prohibition ou son maintien, est depuis longtemps contestée<sup>47</sup>. Aujourd'hui, nombre d'entre eux, formulés il y a plus d'une vingtaine d'années, ont perdu de leur pertinence, notamment au regard des techniques de procréation médicalement assistée. Mais bien qu'il existe de sérieuses raisons de critiquer ces arguments<sup>48</sup>, *de lege lata* le recours à la gestation pour autrui et les conventions qui ont pour objet de l'organiser sont condamnés. On ignore combien de temps cette solution va pouvoir perdurer. Si le Québec, à travers la *Commission de l'éthique, de la science et de la technologie*, vient de se prononcer à nouveau contre la levée de l'interdiction de la gestation pour autrui, il n'est pas certain que les positions des uns et des autres n'évolueront pas dans les mois et années à venir. L'exemple français est à cet égard très parlant. Alors qu'au-delà de la jurisprudence et de la majorité de la doctrine juridique, toutes les instances consultées ces dernières années se sont prononcées contre la légalisation de la gestation pour autrui, seul un rapport d'information très documenté émanant d'un groupe de sénateurs proposait de l'autoriser pour mieux l'encadrer<sup>49</sup>. À l'été 2009, et comme en réponse à cet appel des sénateurs, le Conseil d'État puis les états généraux de la bioéthique<sup>50</sup> ont clairement opté pour le maintien de la prohibition. Toutefois, un sondage d'opinion a ensuite montré qu'en octobre 2009, 65 % des Français étaient favorables à la légalisation. En janvier 2010, le Sénat a alors déposé deux propositions de loi tendant à autoriser et encadrer la gestation pour autrui<sup>51</sup>. Ces propositions font suite au rapport d'information de juin 2008.

Cette possible évolution serait justifiée par les effets que produit la prohibition. Les faits ont montré que, bien qu'interdite par la loi, la pratique de la gestation pour autrui continue d'exister et des enfants naissent de mères porteuses. Or, à l'heure actuelle, le sort de la filiation des enfants nés de conventions de mères porteuses s'avère très problématique en raison, précisément, du principe de prohibition.

<sup>44</sup> Giroux, *supra* note 9.

<sup>45</sup> Pour les différents scénarios envisageables, voir Avis, *supra* note 11 à la p. 75.

<sup>46</sup> Giroux, *supra* note 9.

<sup>47</sup> Voir par ex. François Terré, *L'Enfant de l'esclave. Génétique et droit*, Paris, Flammarion, 1987, aux pp. 179 et s. [Terré, *Enfant*], qui plaidait en faveur de la légalisation encadrée de la maternité de substitution avant que la Cour de cassation ne rende son arrêt fondateur en la matière pour interdire ce procédé. Voir aussi, la même année, Baudouin et Labrusse-Riou, *supra* note 43.

<sup>48</sup> Pour un exposé détaillé des arguments et l'appréciation de leur valeur actuelle, voir la partie II.B.1 ci-dessous.

<sup>49</sup> France, Sénat, *Commission des Affaires sociales et Commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale*, Rapport n° 421 (2008) [*Rapport du Sénat*].

<sup>50</sup> États généraux de la bioéthique, Rapport final (1<sup>er</sup> juillet 2009), en ligne : États généraux de la bioéthique <[http://www.etatsgenerauxdelabioethique.fr/uploads/rapport\\_final.pdf](http://www.etatsgenerauxdelabioethique.fr/uploads/rapport_final.pdf)> qui fait état de l'intérêt tout particulier des citoyens (ayant donné leur avis sur le site créé à cet effet) pour la question des procréations médicalement assistées et spécialement la question des mères porteuses (p. 55). Mais il montre aussi que l'opinion exprimée par les citoyens, notamment dans la ville de Rennes, va à l'encontre des sondages d'opinion, quant à eux favorables à la légalisation de la maternité de substitution (p. 68).

<sup>51</sup> Il s'agit de deux propositions identiques, mais émanant de deux groupes de sénateurs, l'un de gauche, l'autre de droite. Voir *Propositions de loi n° 233 et n° 234 tendant à autoriser et encadrer la gestation pour autrui*, en ligne : Sénat <<http://www.senat.fr/leg/pplo9-233.pdf>> et <<http://www.senat.fr/leg/pplo9-234.pdf>>. Ces textes proposent de modifier le Code de la santé publique afin d'inscrire la gestation pour autrui dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation. Ils visent, comme leur titre l'indique, à encadrer la pratique en fixant les conditions restrictives dans lesquelles un couple pourrait recourir à cette pratique de procréation.

## B. La filiation des enfants nés de conventions de gestation pour autrui

La question de la reconnaissance des enfants nés d'une gestation pour autrui est sans doute à l'origine de l'évolution de plusieurs législations vers l'admission et l'encadrement de la pratique<sup>52</sup>. Elle apparaît en effet, aujourd'hui, comme l'un des enjeux majeurs du débat que soulève la gestation pour autrui<sup>53</sup>. Avant d'envisager dans quelle mesure la prohibition actuelle peut porter atteinte à l'intérêt des enfants nés par ce procédé, il convient de situer sa cause dans l'impossibilité, ou la difficulté, dans laquelle se trouve les parents de faire reconnaître la filiation maternelle de leur enfant lorsqu'ils ont eu recours à la gestation pour autrui.

### 1. L'impossibilité d'établir la filiation maternelle des enfants nés de convention de gestation pour autrui

L'impossibilité d'établir la filiation maternelle d'un enfant issu d'une convention de mère porteuse résulte de l'article 541 du *Code* et de l'intention avouée du législateur d'éviter que la filiation d'un enfant puisse dépendre de la volonté de ses parents<sup>54</sup>. La preuve de la filiation est régie par l'article 523 qui dispose :

La filiation tant paternelle que maternelle se prouve par l'acte de naissance, quelles que soient les circonstances de la naissance de l'enfant.

À défaut de ce titre, la possession constante d'état suffit.

Or, sauf à imaginer le cas de fraude, l'acte de naissance d'un enfant né d'une convention de gestation pour autrui fera apparaître la gestatrice comme la mère. En pratique, outre la possession d'état, la seule manière d'établir un lien filial entre la mère d'intention et l'enfant né d'une gestation pour autrui semble de recourir à la technique de l'adoption. À cet égard, la position du droit québécois est loin d'être bien établie, alors que l'impossibilité d'établir un lien de filiation est avérée en droit français dans chacun des cas de figure envisagés et soumis aux juges par les couples ayant eu recours à la gestation pour autrui.

*L'adoption* — Avant que ne soient rendues les décisions des juges Dubois et Tremblay au cours de l'année 2009, la jurisprudence québécoise n'avait pas eu l'occasion de se prononcer sur la question de l'adoption des enfants nés d'une convention de gestation pour autrui. La doctrine semblait quant à elle assez incertaine sur la question. En 2005, Carmen Lavallée estimait que, saisis d'une telle question, «les tribunaux québécois tenteraient sans doute de limiter les conséquences négatives pour l'enfant qui découlent du comportement de ses parents, surtout si la mère biologique l'a abandonné et que la conjointe du père désire le prendre en charge comme son propre enfant»<sup>55</sup>. L'analyse de Benoît Moore penchait davantage du côté du détournement de l'adoption<sup>56</sup>. La voie de l'adoption par consentement général lui semblait exclue car allant à l'encontre de l'article 543 du *Code* selon lequel l'adoption ne peut avoir lieu «dans le but de

<sup>52</sup> Cette question est d'ailleurs au cœur des propositions de loi du Sénat français, déposées en janvier 2010 : «Il revient au législateur de se préoccuper de toute urgence du sort de ces enfants», peut-on lire dans l'exposé des motifs de ce texte qui, tout en rappelant le problème d'établissement de la filiation maternelle, entend maintenir l'art. 16-7 du Code civil qui affirme la nullité de toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui. *Proposition de loi n° 233, ibid.* à la p. 4.

<sup>53</sup> Voir notamment, Guillaume Kessler, «La consolidation de situations illicites dans l'intérêt de l'enfant» (2005) 7 *Droit de la famille*, étude 16.

<sup>54</sup> Voir la partie I.A.1, ci-dessus.

<sup>55</sup> Carmen Lavallée, *L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption – Regards sur le droit français et le droit québécois*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005 à la p. 413.

<sup>56</sup> Benoît Moore, «Les enfants du nouveau siècle - Libres propos sur la réforme de la filiation», dans Barreau du Québec, Service de la Formation permanente, *Développements récents en droit familial (2002)*, Cowansville, Yvon Blais, 2002 75 aux pp. 95-96 [Moore, «Enfants»]. Le raisonnement de l'auteur porte plus spécifiquement sur l'hypothèse du recours à une mère porteuse par un couple d'hommes, mais les arguments tirés du sens des dispositions du *Code civil* semblent avoir une portée générale.

confirmer une filiation déjà établie par le sang (ce qui serait le cas pour le père) et exige du D.P.J. qu'il participe à une opération que la loi dénonce expressément à l'article 541 C.c.Q.<sup>57</sup>. Quant à l'adoption avec consentement spécial, elle ne serait envisageable que dans l'hypothèse où l'accouchement aurait eu lieu clandestinement. Malgré le libellé de l'article 555 du *Code*, la mère porteuse ne pourrait consentir à l'adoption en faveur de la conjointe du père biologique car, expliquait le professeur Moore, «ce serait permettre indirectement une opération qui est expressément déclarée contre l'ordre public aux termes de l'article 541 C.c.Q.». Pourtant, comme le faisait observer Michelle Giroux, le législateur québécois avait refusé de suivre le comité du Barreau lorsqu'il préconisait d'interdire expressément l'adoption d'un enfant issu d'une convention de maternité de substitution. Selon cette auteure, si les conditions de l'adoption étaient réunies et que l'intérêt de l'enfant était en ce sens, les tribunaux n'[auraient] d'autre possibilité que de permettre l'adoption par consentement spécial<sup>58</sup>.

Aujourd'hui, les décisions des juges Dubois et Tremblay dessinent l'état du droit positif en la matière. L'impossibilité d'établir la filiation s'étendrait-elle à d'autres hypothèses que l'adoption ? À notre connaissance, il n'existe pas de décision ayant eu à se prononcer sur d'autres cas de figure. Il n'est cependant pas sans intérêt de signaler les échecs répétés auxquels les couples français se sont heurtés. Aucune des possibilités envisagées pour faire établir un lien de filiation maternelle n'a été admise par les juges français qui refusent, au nom de l'ordre public, de donner un quelconque effet aux conventions de mères porteuses, fût-ce dans l'intérêt concret et avéré de l'enfant.

*La transcription d'actes étrangers* — Les couples français ayant eu recours à la gestation pour autrui savent depuis 1991 qu'il est vain ou très risqué d'emprunter le chemin de l'adoption de l'enfant du conjoint, la jurisprudence étant bien établie en la matière. Il s'agirait, aux yeux de la Cour de cassation, d'un détournement de l'adoption. Certains couples ont alors opté pour la voie du «tourisme procréatif». À cet égard, la Californie apparaît comme une destination privilégiée. Cet État autorise la gestation pour autrui en reconnaissant la validité des conventions de mère porteuse et permet aux parents d'intention d'être déclarés père et mère de l'enfant, par un jugement qui servira ensuite aux autorités américaines à dresser un acte de naissance<sup>59</sup>. L'affaire *Menesson*, du nom de ce couple devenu célèbre pour avoir été emporté dans une longue épopée judiciaire, illustre à elle seule les déconvenues des couples qui ont tenté la gestation pour autrui à l'étranger. Le couple avait eu recours à une mère porteuse avec don d'ovocytes. Des jumelles étaient nées et leur acte de naissance, établi en Californie, faisait apparaître le couple d'intention comme leurs parents. Ces derniers ont ensuite sollicité la transcription des actes de naissance sur les registres d'état civil français, ce qu'ils ont obtenu après leur retour en France. Toutefois, quelques mois plus tard, le procureur de la République de leur lieu de résidence demandait l'annulation de cette transcription en se fondant sur les articles 16-7 et 16-9 du *Code civil* ainsi que sur l'article 423 du *Code de procédure civile* l'autorisant à «agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci»<sup>60</sup>. Devant le Tribunal de grande instance, le procureur invoquait donc la nullité d'ordre public de la convention de mère porteuse et faisait valoir la fausseté des énonciations qui figuraient sur la transcription des actes de naissance américains, puisqu'à défaut d'avoir pu prouver qu'elle avait accouché des jumelles, l'épouse ne pouvait être leur mère légitime. Aussi bien en première instance qu'en appel, le ministère public fut jugé irrecevable en sa demande. Saisie d'un pourvoi contre la décision de la Cour d'appel, la Cour de cassation devait se prononcer sur la seule question de la recevabilité de l'action du ministère public au regard du respect de l'ordre public et non sur la gestation pour autrui en elle-même. La Cour a censuré la Cour d'appel en

<sup>57</sup> *Ibid.* à la p. 96.

<sup>58</sup> Giroux, *supra* note 9 à la p. 544.

<sup>59</sup> Voir *infra* note 104.

<sup>60</sup> Article 423 N.C. proc. Civ.

décidant qu'aux termes de l'article 423 du *Nouveau Code de procédure civile*, le ministère public peut agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion de faits portant atteinte à celui-ci et à l'article 16-7 du *Code civil* selon lequel toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle<sup>61</sup>. L'arrêt des juges d'appel ayant été cassé, l'affaire a été renvoyée pour être à nouveau jugée. Par une décision rendue le 18 mars 2010, la Cour d'appel de Paris s'est définitivement ralliée à la solution adoptée par la Cour de cassation et a prononcé l'annulation de transcription des actes de naissance dressés en Californie, en raison de l'atteinte portée à l'ordre public international<sup>62</sup>. Un an plus tôt, cette même cour s'était déjà ralliée à la solution de la Cour de cassation en décidant, dans un cas tout à fait semblable à l'affaire *Menesson*, d'accueillir la demande de rectification des actes d'état civil dont le ministère public l'avait saisie. La Cour d'appel de Paris relevait en effet que les jugements prononcés aux États-Unis qui avaient eu pour effet de valider une convention portant sur la procréation et la gestation pour le compte d'autrui étaient contraires à la conception française de l'ordre public international et qu'en conséquence, la transcription de l'acte de naissance de l'enfant effectuée sur les registres français de l'état civil, au vu de l'acte de naissance américain, lequel comporte l'indication du nom de la femme du père en qualité de mère, devait être rectifiée<sup>63</sup>.

*La possession d'état* — En 2001, un couple français ayant eu recours à une mère porteuse américaine vivant au Minnesota, s'était vu reconnaître père et mère de l'enfant, né de cette convention, dans l'acte de naissance établi conformément au droit de cet État. S'étant vu refuser la transcription de l'acte de naissance américain sur les registres consulaires français, le couple avait saisi un tribunal français afin qu'il dresse un certificat de notoriété attestant de la possession d'état de l'enfant à l'égard de ses parents<sup>64</sup>. Puis, il avait demandé la transcription du certificat de notoriété. Le ministère public s'était alors opposé à cette transcription et avait requis l'annulation du certificat de notoriété. Le tribunal de Lille refusa la transcription et la Cour d'appel de Douai<sup>65</sup> confirma sa décision par un arrêt du 14 septembre 2009<sup>66</sup>. En effet, après avoir rappelé que «la possession d'état doit, pour pouvoir constituer une présomption légale, permettant d'établir la filiation, être également exempte de vice», les juges conclurent alors :

<sup>61</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 décembre 2008, *Bull. civ.* n° 289.

<sup>62</sup> C.A. Paris, 18 mars 2010, JurisData : 2010-002814, n° 09/11017. Voir, à propos de cette décision, Adeline Gouttenoire, «Filiation d'enfants nés d'une mère porteuse : parents aux États-Unis mais pas en France ... », (2010) 389 *Lexbase Hebdo*, Édition privée générale (consulté sur Le Doctrinal Plus) [Gouttenoire, «Filiation»], qui rappelle à nouveau les problèmes pratiques que cette solution risque d'engendrer pour les enfants et qui note : «Comme le reconnaît, peut-être même, avec un certain cynisme, la Cour d'appel de Paris, l'annulation de la transcription ne remet pas en cause le lien de filiation reconnu par le droit californien ! Ce qui revient à constater très clairement l'existence d'une –situation boiteuse!, que le droit international privé a, en principe, pour fonction même d'éviter, c'est-à-dire la situation d'une personne qui bénéficie d'un statut juridique dans un pays lequel n'est pas reconnu dans un autre. Or, une telle situation est particulièrement problématique, surtout lorsque le défaut de reconnaissance provient du pays de résidence de la personne». Également, on peut consulter V. Égéa, «Gestation pour autrui : Épilogue» D. 2010.1683.

<sup>63</sup> C.A. Paris, 26 février 2009, (2009) JCP Jur 17, (annotation Aude Mirkovic), JurisData :2009-000867, n° 07/18559 et la note sous cet arrêt : Jacques Massip, «La reconnaissance en France des décisions étrangères relatives à la gestation pour autrui» (2009) 139 *Les Petites Affiches* 18.

<sup>64</sup> Les faits devaient être jugés conformément aux textes du *Code civil* français tels qu'ils se trouvaient avant l'entrée en vigueur de la réforme de 2005. À cet égard, le *Code* prévoyait qu'à défaut de pouvoir être prouvée par les actes de naissance inscrits aux registres de l'état civil, la filiation des enfants légitimes se prouve par la possession d'état (art. 319 et 320 anciens, désormais). Dans cette perspective, l'art. 311-13 al. 1 disposait que «les parents ou l'enfant peuvent demander au juge des tutelles que leur soit délivré, dans les conditions prévues aux art. 71 et 72 du présent code, un acte de notoriété faisant foi de la possession d'état jusqu'à preuve contraire.» Ces règles ont été reprises dans les nouveaux textes. Voir notamment, les articles 310-13 et 335 du *Code civil* français.

<sup>65</sup> C.A. Douai, 14 septembre 2009, D. 2009.2845.

<sup>66</sup> Voir Aude Mirkovic, «La gestation pour autrui entache de vice la possession d'état» D. 2009.2845 [Mirkovic, «Gestation»].

«Cette possession d'état repose [...] sur un contrat portant sur la gestation, contrat atteint, en application des articles 16-7 et 16-9 du *Code civil*, d'une nullité absolue qui s'impose aux parties comme aux tiers. Dans ces conditions, une telle possession d'état est viciée et ne peut avoir d'effet en ce qui concerne la filiation quel que soit le demandeur»<sup>67</sup>. En cela les juges d'appel français ont estimé que la possession d'état d'un enfant né d'une convention de mère porteuse ne satisfaisait pas aux conditions de l'article 311-12 du *Code civil* selon lequel la possession doit être continue, paisible, publique et non équivoque. Ajoutons brièvement qu'au Québec, selon nos informations, aucun recours en ce sens n'a été tenté.

*La reconnaissance par la mère* — Cette voie avait été empruntée par un couple de concubins français qui avait eu recours à une Californienne pour porter l'enfant conçu avec leurs gamètes. La mère d'intention avait été inscrite sur les registres de naissance californiens aux côtés de son concubin, le père biologique. Très rapidement, chacun des parents avait procédé en France à la reconnaissance des deux jumelles nées de la gestation pour autrui. Le parquet avait réclamé l'annulation de la transcription des actes de naissance, avec mention des reconnaissances, à laquelle le consulat général de France à San Francisco avait procédé en 1997. Pour accueillir la demande du parquet, et après avoir rappelé qu'en droit français la mère est celle qui accouche, les juges de la Cour de Rennes<sup>68</sup> avaient expliqué, en 2002, que les parents d'intention avaient violé les principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes en cherchant à détourner les règles de la filiation maternelle.

## 2. L'intérêt de l'enfant

L'intérêt de l'enfant né du recours à la maternité de substitution est mis à mal de plusieurs manières par le droit positif actuel. Tout d'abord, et de manière générale, l'état actuel du droit a pour effet, qu'on le veuille ou non, de sanctionner l'enfant pour des choix effectués par ses parents. Et cela, malgré le principe prévu à l'article 522 du *Code* selon lequel les enfants ne devraient pas être discriminés en raison des circonstances entourant leur conception. Ensuite, et de façon plus spéciale, il est sans doute dans l'intérêt de tout enfant de se voir reconnaître un lien de filiation complet. Or, il est indéniable que l'impossibilité d'établir un lien de filiation maternelle porte atteinte à l'intérêt de l'enfant.

En distinguant l'intérêt *a priori* et l'intérêt *a posteriori* de l'enfant, Michelle Giroux parvenait à expliquer à la fois l'interdiction des conventions de mère porteuse et la nécessité de prononcer l'adoption d'un enfant né d'une telle convention. En effet, si l'intérêt de l'enfant, envisagé abstraitement, est sans aucun doute au fondement de l'article 541 posant la nullité des conventions de mère porteuse, l'intérêt de l'enfant, envisagé cette fois concrètement, est que le juge prononce l'adoption sollicitée par la mère d'intention et consentie par son conjoint<sup>69</sup>. Ce n'est cependant pas cette conception de l'intérêt de l'enfant qui a guidé le juge Dubois dans sa décision de 2009. Après avoir reproché à la mère d'intention d'avoir cherché à acculer le tribunal à décider dans le seul intérêt de l'enfant, sans considérer le détournement de l'adoption que cela impliquait<sup>70</sup>, le juge a fait sienne l'idée que l'intérêt concret de l'enfant n'est pas une norme de droit autonome en soi mais plutôt une règle d'interprétation qui suppose la légalité du processus<sup>71</sup>. Enfin, ayant constaté que le droit québécois admet fort bien, par ailleurs, qu'un enfant puisse demeurer sa vie durant avec un état civil incomplet, le juge Dubois conclut ainsi son jugement : «[c]ette enfant n'a pas droit à une filiation maternelle à tout prix»<sup>72</sup>. Si l'on peut comprendre l'embarras du juge et la nécessité dans

<sup>67</sup> C.A. Douai, *supra* note 65.

<sup>68</sup> Granet, *supra* note 35.

<sup>69</sup> Giroux, *supra* note 9 aux pp. 544 et 546.

<sup>70</sup> *En matière d'adoption : X*, *supra* note 16 aux paras. 61 à 67.

<sup>71</sup> *Ibid.* au para. 69, où le juge s'appuie sur le raisonnement de Carmen Lavallée *supra* note 55.

<sup>72</sup> *Ibid.* au para. 77.

laquelle il s'est trouvé de faire primer l'ordre public sur l'intérêt concret de l'enfant, il n'en reste pas moins que cette solution est préjudiciable à l'enfant<sup>73</sup>.

En pratique, les conséquences sont lourdes pour ces enfants nés «hors norme»<sup>74</sup> qui, privés de tout lien de filiation maternelle, sont privés de tous les effets qui s'y attachent. Ceux que le droit tient finalement pour des étrangers vis-à-vis de leur mère, sont placés dans une situation juridiquement semblable à celle qui caractérisait autrefois les enfants adultérins. Ils sont tout simplement stigmatisés<sup>75</sup>. Autrement dit, les enfants nés du recours à une gestation pour autrui ne peuvent tout d'abord se voir transmettre le nom de leur mère<sup>76</sup>. Ensuite, quoique la mère exerce la garde, la surveillance et l'éducation, elle n'est pas juridiquement titulaire de l'autorité parentale. En cas de décès du père ou de séparation du couple<sup>77</sup>, la relation entre la mère et l'enfant risque d'être gravement mise en péril de même que les relations avec le reste de la famille maternelle. En outre, à défaut de dispositions testamentaires le gratifiant, l'enfant ne peut succéder à sa mère puisqu'il ne saurait être considéré comme un descendant au sens de l'article 666 du *Code*. Ce ne sont là que les conséquences les plus graves découlant de l'impossibilité d'établir un lien de filiation entre la mère d'intention et l'enfant né du recours à la gestation pour autrui. On pourrait cependant poursuivre la liste et l'intérêt de l'enfant n'en apparaîtrait que davantage contrarié.

Quoi qu'il en soit de la réalité des atteintes portées à l'intérêt de ces enfants, celles-ci n'ont jusqu'à présent pas suffi pour infléchir la ligne jurisprudentielle des tribunaux. Ainsi, pour prononcer la nullité de la transcription de l'acte de naissance effectuée sur les registres français de l'état civil d'un enfant né d'une mère porteuse en conformité avec le droit californien, la Cour d'appel de Paris<sup>78</sup> a estimé que l'intérêt supérieur de l'enfant ne permet pas d'anéantir les autres principes directeurs du droit français. Pourtant, on pourrait fort bien considérer, à l'inverse, que

lorsque lesdits principes directeurs aboutissent à une violation manifeste de l'intérêt supérieur de l'enfant dans une situation spécifique, ils doivent être écartés. L'intérêt supérieur de l'enfant jouerait alors comme un mécanisme correcteur, appliqué de manière concrète et particulière<sup>79</sup>.

La position actuelle des droits québécois et français, qui excluent respectivement l'adoption par consentement spécial et l'adoption plénière, risque cependant de ne pas résister bien longtemps à la logique des droits fondamentaux. En France, on prévoit déjà depuis quelque temps que le vent de la Cour Européenne des Droits de l'Homme ne devrait pas tarder à souffler ; et dans une direction qui serait favorable aux enfants issus de conventions de mère porteuse. De solides arguments peuvent en effet être tirés de l'interprétation des textes protecteurs des droits des personnes et des enfants en particulier.

<sup>73</sup> Commentant cette décision, Jane Grant observait d'ailleurs que : «[l]e juge Dubois ne pouvait pas en venir à une conclusion différente sans contourner les lois et les conditions de l'adoption. La notion de l'intérêt de l'enfant ne peut être appliquée à toutes les sauces et ainsi permettre aux parties de passer au-dessus des lois. Cependant, il est vrai également que nous aurions tendance à faire droit à la demande d'ordonnance de placement en se disant qu'il est dans l'intérêt de l'enfant qu'il puisse avoir une filiation maternelle et paternelle et que les circonstances de sa naissance ne peuvent lui être préjudiciables» ; Jane Grant, *supra* note 18.

<sup>74</sup> Hélène Gaumont-Prat, «La révision des lois de bioéthique face à l'évolution des modes de procréation : la maternité pour autrui» (2008) 45 *Revue Lamy Droit Civil* 39 à la p. 41.

<sup>75</sup> *Ibid.* à la p. 42.

<sup>76</sup> Le premier alinéa de l'art. 53 du *Code* dispose en effet que «[l]'enfant dont seule la filiation paternelle ou maternelle est établie porte le nom de famille de son père ou de sa mère, selon le cas, et un ou plusieurs prénoms choisis par son père ou sa mère.»

<sup>77</sup> Articles 513 et 521 du C.c.Q. Voir aussi pour la France, Kessler, *supra* note 53 aux paras. 7 et 16.

<sup>78</sup> C.A. Paris, *supra* note 62 à la p. 18.

<sup>79</sup> Gouttenoire, *supra* note 31.

L'article 3.1 de la *Convention internationale des droits de l'enfant* ne prévoit-il pas, en effet, que «[d]ans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale»? Comme on l'a très justement fait remarquer, ce texte pourrait être interprété «comme imposant la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant dans toutes les décisions qui le concernent, y compris lorsque l'ordre public est en jeu»<sup>80</sup>. Il est vrai que l'argument porte davantage en droit français où le juge est lié par ce texte<sup>81</sup> qu'en droit québécois où la *Convention* ne joue que comme élément d'interprétation pour le juge qui cherche à donner un sens à un texte québécois mettant en jeu le droit des enfants<sup>82</sup>. Il ne devrait cependant pouvoir être ignoré. Le juge Dubois avait, quant à lui, pris soin de préciser dans sa décision que le droit international n'était en l'espèce d'aucun secours à la requérante. Le juge avait bien évoqué la *Convention sur les droits de l'enfant*, mais c'était pour s'appuyer sur le seul article 7 et conclure que le droit de l'enfant de connaître ses parents, en l'espèce respecté, n'était pas absolu<sup>83</sup>.

En outre, l'article 2.2 pourrait être invoqué pour éviter que les enfants nés de mère porteuse soient injustement discriminés, puisque selon ce texte :

[L]es États parties prennent toutes les mesures appropriées pour que l'enfant soit effectivement protégé contre toutes formes de discrimination ou de sanction motivées par la situation juridique, les activités, les opinions déclarées ou les convictions de ses parents, de ses représentants légaux ou des membres de sa famille.

Outre-Atlantique, on s'attend d'ailleurs à ce que la Cour Européenne des Droits de l'Homme soit amenée prochainement à se prononcer sur la compatibilité de l'interdiction d'établir la filiation maternelle avec le droit au respect de la vie familiale<sup>84</sup>.

<sup>80</sup> *Ibid.*

<sup>81</sup> L'article 3-1 de la *Convention internationale des droits de l'enfant* est d'application directe en droit français depuis que le Conseil d'État, puis la Cour de cassation, l'ont admis respectivement en 1997 et en 2005. Un justiciable peut donc obliger le juge français à fonder sa décision sur l'art. 3-1 et, le cas échéant, à écarter la règle de droit français qui contrarierait l'intérêt supérieur de l'enfant. Sur ces questions, voir Adeline Gouttenoire *et al.*, «La Convention internationale des droits de l'enfant vingt ans après - Commentaire article par article» (2009) 11 Droit de la famille dossier 13.

<sup>82</sup> Le Canada a ratifié la Convention en 1991 et le Québec a adopté un décret en décembre 1991, aux termes duquel il se déclare lié par le texte international, comme le lui permet la *Loi sur le Ministère des Relations internationales*, L.R.Q. c. M-25.1.1.

<sup>83</sup> *En matière d'adoption* : X, *supra* note 16 aux paras. 73 et 74.

<sup>84</sup> Un auteur écrit, à propos de l'arrêt de la C.A. de Paris du 26 février 2009, que : «[e]u égard aux droits fondamentaux (Convention européenne des droits de l'homme aussi bien que Convention internationale des droits de l'enfant) et à la sensibilité croissante de la Cour EDH pour les questions d'adoption, la position paraît intenable : il paraît de plus en plus certain que, pas plus que l'enfant adultérin n'avait à payer le prix de l'infidélité d'un de ses auteurs, l'enfant né d'une gestation pour autrui ne doit avoir à payer le prix de la mondialisation et de l'exacerbation du désir d'enfant : si l'on veut trouver des moyens de pression pour éviter l'exploitation des femmes, il faudra sans doute les chercher ailleurs que dans des restrictions apportées aux droits de l'enfant [...]», Pierre Murat, «Gestation pour autrui : les palinodies de la cour d'appel de Paris» (2009) 6 Droit de la famille 75. Adeline Gouttenoire, *supra* note 31, explique pour sa part que :

La Cour européenne pourrait procéder, comme elle le fait depuis plusieurs années, à une interprétation de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme à la lumière de la Convention internationale des droits de l'enfant et particulièrement de son article 3-1. Dans l'arrêt *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg* du 28 juin 2007, elle a ainsi considéré, au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant que le refus du Luxembourg d'accorder l'exequatur à un jugement d'adoption péruvien rendu au bénéfice d'une femme célibataire, au motif que le droit luxembourgeois limitait le recours à l'adoption aux seuls couples mariés, constituait une atteinte disproportionnée au droit à la vie familiale de l'enfant et de sa mère. Elle pourrait, de même, considérer que l'atteinte au droit à la vie familiale subie par les enfants nés de mères porteuses n'est pas proportionnée au but légitime poursuivi, en s'appuyant notamment sur l'idée, déjà développée dans l'arrêt –Mazureckl, à propos de l'enfant adultérin, que ce n'est pas à l'enfant de

Quoi qu'il en soit, l'état actuel du droit au Québec, mais aussi celui d'autres pays comme la France, place les couples désirant recourir à la gestation pour autrui face à une alternative insatisfaisante : affronter la loi, avec les incertitudes, voire les échecs, que cela implique d'assumer ; ou la contourner frauduleusement. S'il est si difficile de connaître dans quelle mesure les couples infertiles ont recours à la pratique de la gestation pour autrui, c'est probablement en partie parce qu'ils demeurent dans l'ombre et qu'il existe, ce faisant, un chiffre noir de la gestation pour autrui un peu comme il existe un chiffre noir de la criminalité. Ainsi, le contentieux judiciaire en la matière est, plus qu'ailleurs, un piètre reflet de la réalité sur laquelle il s'agit ici de raisonner.

Les parties à la convention de gestation pour autrui peuvent tout d'abord contourner la loi avec l'aide complaisante de l'accoucheur, médecin ou sage-femme, qui acceptera éventuellement d'inscrire la mère d'intention dans le constat de naissance à la place de celle qui a accouché<sup>85</sup> et ils rempliront la déclaration de naissance de manière à faire apparaître la mère d'intention comme la mère de l'enfant. Pour peu que cette dernière ait fourni ses ovules, elle n'aura aucun scrupule à inscrire son nom dans la rubrique réservée à la «mère biologique»<sup>86</sup> et rien ne devrait permettre d'alerter le Directeur de l'état civil qui inscrira directement les parents d'intention sur les registres d'état civil. Le contournement de la loi pourra également résulter de l'attitude du juge, qui, sans chercher à la violer, pourra décider, dans son application, ne pas tenir compte de la convention de gestation pour autrui. C'est exactement ce que le juge Dubois s'était explicitement refusé à faire et que le juge Tremblay avait pour sa part admis de faire en ne se prononçant que sur la demande d'adoption qui lui était soumise et en s'assurant que les conditions d'une telle adoption étaient bien remplies, en particulier du point de vue de l'intérêt de l'enfant<sup>87</sup>. Autrefois, c'est le même raisonnement qui avait d'ailleurs été avancé par la Cour d'appel de Paris<sup>88</sup>, mais cette décision était demeurée une exception.

subir les conséquences des choix parentaux.

<sup>85</sup>Après tout, en faisant obligation à l'accoucheur de dresser le constat de naissance, l'art. 111 du C.c.Q. exige qu'il ne désigne que «le nom et le domicile de la mère», et ne vise pas celle qui a accouché.

<sup>86</sup>Le formulaire de déclaration de naissance, qui doit être adressé au Directeur de l'état civil en vertu de l'art. 113 C.c.Q., ne comporte aucune référence à la femme qui accouche, pas plus que l'art. 115 C.c.Q. d'ailleurs. En effet, en vertu de ce texte, la déclaration doit seulement énoncer «le nom et le domicile des père et mère». Il précise même que si les parents sont de même sexe, «ils sont désignés comme les mères ou les pères de l'enfant». L'intention d'être officiellement désigné comme parent semble ici l'emporter.

<sup>87</sup>Voir *Droit de la famille – O9184*, supra note 4. Il n'est pas déraisonnable de penser que la même attitude a été adoptée par la Cour du Québec, mais implicitement cette fois, dans sa décision *A.H. (Re)*, [2005] R.D.F. 475 (C.Q.). En effet, saisi d'une demande d'adoption de deux enfants consentie par la mère au profit du requérant (le conjoint du père biologique), le tribunal accepta de prononcer le placement des enfants sans jamais évoquer la question de la maternité de substitution. Il s'est contenté de raisonner sur la possibilité d'avoir deux pères sur un acte de naissance, possibilité qui fut d'ailleurs confirmée.

<sup>88</sup>[...] Mais attendu qu'en l'espèce la cour, qui n'est pas saisie de la validité ni même de l'existence d'une telle convention, n'a à statuer que sur la requête aux fins d'adoption ; Attendu qu'aux termes de l'art. 353 c. civ., la cour doit rechercher «si les conditions de la loi sont remplies et si l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant» ; Attendu que cette dernière exigence est rappelée par l'art. 3-1 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* signée à New York le 26 janv. 1990 et publiée par décret n° 90-917 du 8 oct. 1990 qui énonce : «Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale» ; Attendu que les conditions exigées par les art. 343 s. c. civ. sont remplies ; [...]

(Virginie Larribau-Terneyre, «La nullité d'une convention de mère porteuse n'interdit pas de prononcer l'adoption plénière de l'enfant» D. 1991.381).

Mais au-delà de ces accommodements, quelles solutions juridiques peut-on envisager pour répondre non seulement au problème des couples désireux de recourir à la gestation pour autrui mais aussi, et surtout, à la question de la filiation des enfants nés de cette pratique ? Plusieurs pistes de réponses sont théoriquement envisageables et certaines sont effectivement mises en pratique. C'est à leur exposé que nous nous attacherons dans la suite de cette étude.

## II

### LES RÉPONSES AUX PROBLÈMES POSÉS PAR LA PROHIBITION DE LA GESTATION POUR AUTRUI

L'évolution récente de plusieurs législations étrangères, qu'elles soient de tradition civiliste ou de common law, offre aux juristes québécois un laboratoire d'hypothèses et d'expériences précieuses pour alimenter leurs réflexions et chercher des solutions aux problèmes que soulève la gestation pour autrui. Ces solutions, essentiellement de droit positif mais parfois aussi de droit prospectif, dépendent finalement toutes de la conception que les divers systèmes juridiques se font de la maternité. Or, au-delà des solutions de droit actuellement disponibles, il nous semble aujourd'hui opportun de reconsidérer la maternité, en particulier à l'une des savoirs acquis ces dernières années dans les diverses disciplines qui ont porté un regard sur la maternité pour autrui et qui ont dissipé de nombreuses inquiétudes au sujet de cette pratique.

#### A. Les solutions offertes par le droit comparé

L'établissement du lien de filiation avec l'enfant né du recours à cette pratique étant le vecteur des positions arrêtées par les législateurs, il s'agit de présenter les diverses manières de traiter la gestation pour autrui à travers le prisme de ce problème, en distinguant la manière dont la filiation peut être établie lorsque la pratique est juridiquement prohibée et la manière dont elle l'est lorsque la pratique est admise par le droit.

##### 1. L'établissement de la filiation lorsque la pratique est prohibée

Dans les systèmes juridiques qui prohibent explicitement le recours à la gestation pour autrui, l'établissement d'un lien de filiation, et plus largement la reconnaissance des liens que la mère d'intention entretient avec son enfant, sont très difficiles, comme en témoignent d'ailleurs l'exemple de la France et, dans une moindre mesure, celui du Québec où la situation demeure incertaine<sup>89</sup>. La prohibition de la gestation pour autrui elle-même semble se confondre avec ce refus d'établir un lien juridique avec la mère d'intention<sup>90</sup>. C'est par exemple le cas de l'Allemagne où la loi sur la médiation en matière d'adoption interdit à la fois le recours à la gestation pour autrui et la possibilité d'adopter l'enfant qui en serait issu<sup>91</sup>. La loi espagnole suit la même logique en prévoyant d'une part, que tout contrat de gestation pour autrui est nul et, d'autre part, que «la filiation des enfants nés à l'issue d'une maternité de substitution sera déterminée par l'accouchement»<sup>92</sup>. Le droit italien, qui interdit très strictement la pratique, exclut la possibilité d'adopter et précise que tout enfant né d'un don de gamètes est juridiquement celui de la femme qui l'a porté et de son conjoint<sup>93</sup>.

<sup>89</sup> Voir la partie I.B.1, ci-dessus et Benoit Moore, «Des nouvelles de la Belle Province» D. 2010.880.

<sup>90</sup> On observe que cette prohibition est souvent énoncée dans le cadre juridique réservé à l'assistance médicale à la procréation et qu'elle va souvent de pair avec l'interdiction du don d'ovules. Pour l'exemple de l'Allemagne ou de l'Italie, voir France, Sénat, Les documents de travail du Sénat, *La gestation pour autrui*, LC 182, janvier 2008, en ligne : Sénat <<http://www.senat.fr/lc/lc182/lc182.pdf>> [Sénat, *La gestation pour autrui*].

<sup>91</sup> *Loi du 27 novembre 1989 (Adoptionsvermittlungsgesetz)*, BGBl I 2014.

<sup>92</sup> *Loi n° 14 du 26 mai 2006 sur les techniques de reproduction médicalement assistée (Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida)*, BOE 126 27/05/2006 9292, p. 19947-56.

<sup>93</sup> *Loi n° 40 du 19 février 2004 sur la procréation médicalement assistée (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita)*, Gazzetta Ufficiale n. 45 del 24 febbraio 2004.

Face à une telle impossibilité, mais sans remettre en cause la prohibition de la pratique, des solutions ponctuelles ont pu être proposées pour reconnaître juridiquement le lien existant, de fait, entre la mère d'intention et l'enfant issu de la gestation pour autrui. Une partie de la doctrine française se montre ainsi favorable à la possibilité de prononcer une adoption simple<sup>94</sup> mais cette voie est généralement jugée insatisfaisante<sup>95</sup> et n'est pas admise par les juges ; de leur côté, plusieurs auteurs québécois plaident en faveur de l'adoption par consentement spécial<sup>96</sup> et c'est cette solution que préconise l'avis rendu par la Commission de l'éthique, de la science et de la technologie<sup>97</sup>. Afin de répondre à l'intérêt de l'enfant qui a noué des liens affectifs avec une personne, en l'occurrence la mère d'intention, on a également suggéré la création d'un statut de «quasi-parent» qui pourrait bénéficier à cette dernière<sup>98</sup>. Le Conseil d'État français a pour sa part proposé que, une fois la filiation paternelle admise, la mère d'intention pourrait bénéficier d'un jugement de délégation et de partage de l'autorité parentale consentis par le père<sup>99</sup>.

Quoi qu'il en soit, ces «demi-mesures» en faveur de l'enfant issu d'une gestation pour autrui, peuvent toutes se voir reprocher un inconvénient majeur, souvent dénoncé : celui de ne pas respecter la cohérence du système juridique. Il est en effet très difficile de faire coexister au sein du même ordre normatif un principe de prohibition de la gestation pour autrui et l'organisation d'un régime juridique qui viendrait en pallier les effets au point de rendre caduque la prohibition.

## 2. L'établissement de la filiation lorsque la pratique est admise

L'étude des droits étrangers<sup>100</sup> montre que, s'il s'agit toujours de faciliter ou d'organiser l'établissement de la filiation des enfants ainsi conçus, le sort réservé aux conventions de gestation pour autrui et les conditions auxquelles un couple peut recourir à cette pratique varient d'une législation à l'autre. Dans certains systèmes, la pratique est plus ou moins strictement encadrée par la loi et les conventions de mère porteuse sont nulles<sup>101</sup>, tandis que dans d'autres ces conventions sont admises pourvu qu'elles soient conclues à titre gratuit<sup>102</sup>. D'autres droits encore

<sup>94</sup> Voir, par exemple, Pierre Murat, *supra* note 84 : «Si l'on veut conserver la prohibition des maternités pour autrui, on voit mal comment on évitera, à titre de tempérament, le recours à l'adoption pour donner un statut aux enfants nés d'une gestation pour autrui, sauf à faire implicitement mais certainement de la privation de filiation la sanction de la gestation pour autrui. Dès lors, il faut sans doute penser ne plus faire du recours à la gestation pour autrui un empêchement à l'adoption, au moins à l'adoption simple [...]». Voir également, Mirkovic, «Maternité», *supra* note 31 au para. 20.

<sup>95</sup> Voir Alain Sériaux, «Maternités pour le compte d'autrui : la mainlevée de l'interdit?», D. 2009.1215 à la p. 1218. ; *Rapport du Sénat*, *supra* note 49 à la p. 70.

<sup>96</sup> Notamment, Giroux, *supra* note 9 à la p. 544.

<sup>97</sup> Avis, *supra* 11 note à la p. 76.

<sup>98</sup> L'intervention du juge serait requise pour organiser les relations entre l'enfant et la mère et consisterait essentiellement à conférer à la mère d'intention certaines prérogatives qui resteraient cependant limitées. Voir à cet effet Kessler, *supra* note 53 aux paras. 17 et s.

<sup>99</sup> Conseil d'État, *La révision des lois de bioéthique*, Les études du Conseil d'État, Paris, La Documentation française, 2009 à la p. 52, en ligne : Le Conseil d'État <[http://www.conseiletat.fr/cde/media/document/etude-bioethique\\_ok.pdf](http://www.conseiletat.fr/cde/media/document/etude-bioethique_ok.pdf)>. Dans le même sens et pour d'autres solutions ponctuelles envisagées en droit français, voir Mirkovic, «Maternité», *supra* note 31 au para. 20.

<sup>100</sup> Pour un aperçu de plusieurs législations européennes, on pourra consulter Les documents de travail du Sénat, *supra* note 90.

<sup>101</sup> Ainsi, les récentes propositions de lois françaises tendant à la légalisation de la pratique de la gestation pour autrui réaffirment ce principe. Voir par exemple, *Proposition de loi n° 233*, *supra* note 51, exposé des motifs, à la p. 7 où la volonté d'instaurer un régime légal, plutôt que contractuel, est clairement affirmée.

<sup>102</sup> C'est ce qu'affirme la *Loi sur la procréation assistée*, L.C. 2004, c. 2, art. 6. Le R.-U. fournit également une illustration de ce choix avec sa loi relative à la maternité de substitution, voir *Surrogacy Arrangements Act* (R.-U.), 1985, c.49 et le texte subséquent qui l'a modifié : *Human Fertilisation and Embryology Act* (R.-U.), 1990, c. 37. La loi grecque suppose une telle convention avant qu'une requête judiciaire soit introduite.

admettent que ces conventions soient conclues à titre onéreux et en organisent les modalités.<sup>103</sup> Mais le recours à la gestation pour autrui n'est pas toujours consacré par la loi, c'est parfois la pratique judiciaire qui, dans le silence du législateur, a dessiné les contours de l'admission.<sup>104</sup> S'agissant de la reconnaissance de la filiation des enfants nés de cette pratique, on observe que les droits étrangers l'organisent selon différents modèles, caractérisés par la plus ou moins grande facilité offerte aux couples pour faire établir ce lien. Ces solutions supposent toutes que la mère porteuse consente à ne pas être reconnue comme la mère légale de l'enfant qu'elle a porté et exigent souvent que l'un des parents au moins soit le parent génétique de l'enfant.

*L'adoption* — La possibilité de recourir à l'adoption de l'enfant est la voie la moins facile. Si cette solution est favorable aux enfants et aux parents, il est évident qu'elle repose quand même toujours sur l'idée que la mère est celle qui accouche. En Belgique, en l'absence de dispositions légales particulières, l'adoption peut être consentie par la mère de l'enfant à partir de deux mois après la naissance. La loi danoise sur l'adoption ne favorise pas l'adoption par la mère d'intention, mais la rend cependant possible, pourvu que le père soit déclaré comme tel sur l'acte de naissance, que la mère porteuse lui transfère l'autorité parentale et qu'elle n'ait pas reçu de l'argent pour consentir à cette adoption. Le droit néerlandais permet, quant à lui, aux parents de recourir à la procédure d'adoption de droit commun. L'adoption est aussi parfois envisagée comme un pis-aller, lorsque les couples commanditaires ne remplissent pas toutes les conditions énoncées par la loi autorisant la gestation pour autrui et régissant l'établissement de la filiation.<sup>105</sup>

*L'inscription des parents à l'état civil sur intervention du juge* — Cette solution, qui vise à faciliter la reconnaissance de la filiation des parents d'intention, est moins longue et plus sûre que celle de l'adoption. La jurisprudence ontarienne, dans le silence de la loi et en considération de la *Loi sur la procréation assistée*,<sup>106</sup> semble admettre la validité des conventions de gestation pour autrui conclues à titre gratuit et autorise les parents d'intention à faire modifier l'acte de naissance de l'enfant pour y inscrire leur nom.<sup>107</sup> En Colombie-Britannique, la solution est semblable.<sup>108</sup>

Voir Frédérique Granet-Lambrechts, «Maternités de substitution, filiation et état civil. Panorama européen» (2007) *Droit de la famille* n° 12 étude 34 au para. 21.

<sup>103</sup> Par exemple dans l'État de l'Illinois : *Gestational Surrogacy Act 2005*, sect. 25. C'est également le cas d'Israël où les contrats de gestation pour autrui sont permis, de même que la rémunération des gestatrices et les agences intermédiaires commerciales, *Surrogate Motherhood Agreements (Approval of Agreement and Status of Newborn) Law 5756-1996, 1996, S.H. 1577, 176 (Une traduction anglaise non officielle disponible chez Aryeh Greenfield Publications, P.O. Box 7422, Haifa, Israel 31070)*. Voir également Teman, *Birthing*, *supra* note 16 à la p. 12.

<sup>104</sup> La Californie en est une belle illustration où c'est la Cour suprême de cet État qui a reconnu pleinement la maternité d'intention au détriment de la maternité par accouchement. Voir *Johnson v. Calvert Cal.*, 5 Cal.4th 84, 851 P.2d 776 (1993) ; *Elisa B. v. Superior Court*, 117 P.3d 660 (Cal. 2005) ; *K.M. v. E.G.*, 117 P.3d 673 (Cal. 2005) ; *Kristine H. v. Lisa R.*, 117 P.3d 690 (Cal. 2005) ; *In re Marriage of Buzzanca*, 72 Cal. Rptr. 2d 280 (Cal. Ct. App. 1998) ; *In re Marriage of Moschetta*, 30 Cal. Rptr. 2d 893 (Cal. Ct. App. 1994) ; ainsi que la législation sur la famille: *California Family Code*, § 7600 et seq. (2009). C'est aussi le cas de la Belgique où la pratique est tolérée, mais n'a pas encore fait l'objet d'un encadrement législatif malgré les propositions de loi déposées à cet effet. Voir Nicole Gallus, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socioaffective et de la volonté en droit belge*, Bruxelles, Larcier, 2009 aux pp. 392-93.

<sup>105</sup> Voir le cas du droit britannique : *Human Fertilisation and Embryology Act 1990*, *supra* note 102, l'art. 30.

<sup>106</sup> *Ibid.*

<sup>107</sup> *J.R. v. L.H.*, [2002] O.J. No. 3998 (Ont. Sup. Ct.), décision fameuse qui débute par ces mots enthousiastes du juge : «This is a good news case. It involves two families who shared a common goal. The applicants and respondents are not adverse. Indeed, they have collaborated in their gestational carriage agreement and this application is simply the legal outcome of a wonderful arrangement». Voir aussi, en dernier lieu *M.D. v. L.L.*, [2008] O.J. No. 907 (Ont. Sup. Ct.), décision de la Cour supérieure ontarienne dans laquelle, au para. 40 le juge déclare : «the applicants should be declared the parents of E.D. Certainly, it would be in the child's best interests for such a declaration to be made in this case.».

<sup>108</sup> Voir également *Human Fertilisation and Embryology Act 1990*, *supra* note 102, l'art. 30.

L'intervention judiciaire pour permettre la modification de l'état civil peut également être prévue par la loi comme c'est le cas en Alberta ou en Nouvelle-Écosse<sup>109</sup>.

*La reconnaissance du lien de filiation avant même la naissance* — Cette solution, la plus libérale, se pose résolument comme une exception à l'adage *mater semper certa est*. Elle est la solution la plus libérale, la plus sûre et la plus simple pour les couples commanditaires relativement à l'établissement de la filiation. Le droit jurisprudentiel californien offre une telle possibilité dans la mesure où les parents d'intention, pourvu qu'ils soient les parents génétiques de l'enfant et que la mère porteuse y consente, peuvent obtenir une décision judiciaire leur attribuant la filiation avant la naissance. Ainsi, la déclaration de naissance portera les noms des parents d'intention dès l'origine<sup>110</sup>. La législation grecque<sup>111</sup> se montre tout aussi libérale puisque, dès lors que la mère d'intention a obtenu l'autorisation judiciaire de recourir à la maternité de substitution, l'article 1464 du *Code civil* grec la répute «comme étant la mère légale et prévoit qu'elle est inscrite comme telle dans l'acte de naissance dès l'origine»<sup>112</sup>.

### B. Une réponse en guise de question : *est mater semper certa* ?

À la lumière des développements en matière de procréation assistée, et compte tenu de la transformation des pratiques de parenté, il convient de repenser les certitudes sur la maternité. Nos sociétés occidentales ont déjà eu à remettre en question ce qui était tenu pour évident ou naturel en terme de parenté face aux phénomènes que sont les dons de gamètes, l'adoption ou l'homoparenté. Les familles elles-mêmes, les médecins, les enseignants et les législateurs sont autant d'acteurs qui ont eu à repenser la façon dont on imbrique filiation et parenté sociale comme découlant naturellement de l'acte hétérosexuel fécond.

Malgré les transformations des quarante dernières années en matière de parenté, il semble que la gestation pour autrui continue de susciter un malaise, une anxiété sociale, en dissociant la gestation de la maternité. Dans la mesure où la filiation et l'amour que l'on porte aux enfants sont supposés découler naturellement de la grossesse et de l'accouchement, la gestation pour autrui fait effectivement basculer des certitudes. Des études récentes nous démontrent pourtant que les mères d'intention sont d'aussi bons parents que celles qui ont porté elles-mêmes leurs enfants<sup>113</sup>. Ces mères se trouvent dans une situation semblable aux mères adoptives. Or, aujourd'hui, plus personne n'oserait affirmer que les mères adoptives sont moins aimantes ou compétentes en raison de l'absence de lien biologique avec leur enfant. Leur maternité fondée sur l'intention n'est en rien moins certaine que celle découlant d'un lien corporel. Ce qui compte donc en la matière, au-delà des capacités reproductives des parents, est que l'enfant se voit assuré d'un lien de filiation avec ceux qui ont décidé de former un projet parental. Cette approche implique de faire reposer la filiation sur l'intention de devenir parents et non pas sur la seule base de liens biologiques. Cette orientation nous apparaît tout à fait cohérente et s'insère logiquement dans l'ordonnement du droit

<sup>108</sup> *B.A.N. v. J.H.*, [2008] B.C.J. No. 1169 (B.C. S.C.).

<sup>109</sup> En Alberta, l'art. 12(2) du *Family Law Act*, S.A. c. F-4.5 prévoit que : «A genetic donor may apply to the court for an order declaring the genetic donor to be the mother of a child who is born in Alberta to a gestational carrier» et en Nouvelle-Écosse, le *Birth Registration Regulations*, O.I.C. 2007-498 (September 20, 2007), N.S. Reg. 390/2007 précise, après avoir rappelé que celle qui a accouché doit être inscrite comme la mère légale, à l'art. 5(2) que : «On application by the intended parents in a surrogacy arrangement, the court may make a declaratory order with respect to the parentage of the child».

<sup>110</sup> Sénat, *La gestation pour autrui*, supra note 90 à la p. 38.

<sup>111</sup> *Loi n° 3089 du 19 décembre 2002* sur l'assistance médicale à la procréation humaine et *Loi n° 3305-2005 du 27 janvier 2005* sur la mise en oeuvre des méthodes de reproduction médicalement assistée.

<sup>112</sup> Granet-Lambrechts, supra note 102 au para. 21.

<sup>113</sup> Voir *infra* note 150.

québécois qui reconnaît l'intention comme fondement du lien parental dans les cas d'adoption et en matière de procréation assistée.

Il reste que, contrairement à l'adoption qui est toujours pensée comme un remède aux enfants abandonnés, la gestation pour autrui implique le choix conscient de recourir à une autre femme pour porter son enfant en contrepartie, la plupart du temps, d'une certaine forme de rémunération. Plusieurs s'objectent à cette pratique et nous avons vu que le Québec et la France sont parmi les juridictions qui interdisent toujours ces contrats. Cette interdiction n'empêchant pas la pratique de prendre de l'ampleur<sup>114</sup>, il nous semble important d'évaluer les arguments classiques qui sont opposés à cette pratique et de les confronter aux résultats des recherches actuelles.

Le maintien de la prohibition des contrats de gestation pour autrui se fonde essentiellement sur quatre arguments principaux, soit (1) la non-commercialisation du corps humain et la non-instrumentalisation des personnes, (2) la santé et l'autonomie des femmes, (3) l'intérêt de l'enfant à naître et (4) la protection de l'ordre public et de l'intérêt général. Voyons-les en détails.

### 1. La non-commercialisation du corps humain et la non-instrumentalisation des personnes

Les experts de la bioéthique affirment que la gestation pour autrui comporte de sérieux risques d'exploitation des femmes, particulièrement des femmes pauvres<sup>115</sup>. Il s'agirait en somme d'une «forme moderne d'esclavage» pour reprendre l'expression utilisée par le professeur Sériaux<sup>116</sup>. La commercialisation des échanges entre mère porteuse et couples demandeurs ferait peser un risque de dérive financière, que le contrat soit à titre gratuit ou non, puisqu'une forme de rémunération au moins indirecte est habituellement versée<sup>117</sup>. L'aspect commercial de ce type de convention ferait en sorte de placer les femmes porteuses à risque de subir des pressions de la part des demandeurs ou des intermédiaires mercantiles<sup>118</sup>. Il y aurait alors atteinte à la dignité des «mères porteuses» qui verraient ainsi leurs corps instrumentalisés, transformés en objet marchand, en objet de location. La *Commission de l'éthique, de la science et de la technologie* va jusqu'à considérer que la remise d'une compensation financière pourrait introduire une discrimination entre les femmes puisqu'il pourrait être plus avantageux de porter un enfant pour autrui que pour soi-même<sup>119</sup>. Au-delà des intérêts de la gestatrice, les experts poursuivent dans l'argument de la non-commercialisation en affirmant que la gestation pour autrui introduit le risque que les enfants deviennent de simples biens de consommation, que l'on puisse en quelque sorte les acheter et les vendre<sup>120</sup>. La pratique mènerait donc à la réification tant de la femme que de l'enfant à naître.

<sup>114</sup> Il n'existe pas de données sur le nombre d'enfants nés de la gestation pour autrui au Canada, mais on estime aujourd'hui que 1500 bébés naissent chaque année de tels arrangements aux É.-U. Teman, *Birthing*, *supra* note 16 à la p. 1.

<sup>115</sup> Avis, *supra* note 11 à la p. 77.

<sup>116</sup> Sériaux, *supra* note 95 à la p. 1216 : «Le temps n'est pourtant pas si loin où l'on s'insurgeait contre cette forme moderne d'esclavage qui conduit une femme à abdiquer, même contre rémunération (cette ultime liberté...), ses forces génétiques au profit du couple commanditaire ... ».

<sup>117</sup> Conseil D'État, *supra* note 99 à la p. 49.

<sup>118</sup> Mirkovic, «Maternité», *supra* note 31 au para. 4-6.

<sup>119</sup> Avis, *supra* note 11 à la p. 78. Cette affirmation des membres de la commission, qui n'est assortie d'aucune justification, est contredite par les conclusions que les études de terrain ont révélées à ce jour. L'anthropologue Elly Teman, qui a effectué une vaste enquête qualitative s'échelonnant sur près d'une décennie a recueilli des données et interviewé plus d'une vingtaine de gestatrices et près de trente parents d'intention. Dans son ouvrage intitulé *Birthing a Mother*, elle explique, par exemple, que toutes les mères d'intention ayant participé à son enquête ont eu recours à la gestation pour autrui en tout dernier recours, après avoir épuisé toutes les autres possibilités de devenir mère. Les gestatrices, quant à elles, ont eu leurs propres enfants avant d'offrir leurs services à autrui. Teman, *Birthing*, *supra* note 16 à la p. 107.

<sup>120</sup> *Ibid.*

Ces arguments n'ont rien de nouveau et ont été brandis au moment de l'adoption des lois interdisant la gestation pour autrui au cours des années 1990. On peut admettre qu'il s'agissait alors de craintes légitimes face à une pratique que l'on connaissait mal et qui remettait en question des principes que l'on pensait volontiers intouchables dans l'ordre civiliste de la procréation au Québec et en France. Il est néanmoins surprenant que la même rhétorique soit reprise sans plus de nuance aujourd'hui compte tenu de l'évolution des pratiques de parenté, des théories contemporaines de la filiation et du nombre impressionnant de données empiriques dont nous disposons sur la pratique dite des mères porteuses<sup>121</sup>.

Cette première série d'arguments contre la gestation pour autrui s'appuie en fait sur le principe de l'indisponibilité du corps humain. Cette formule peut être interprétée comme signifiant, en somme, que le corps humain appartient à la catégorie de choses qui sont hors commerce. Il apparaît aujourd'hui que ce principe relève davantage de l'aspiration ou de l'incantation que d'une réalité juridique. Ce qui apparaissait comme une évidence pour plusieurs auteurs civilistes est maintenant remis en question<sup>122</sup>. Affirmer que le corps ne peut faire l'objet de conventions est d'abord clairement contrarié par plusieurs types de contrat dont le contrat de travail ou celui d'assurance-vie pour ne nommer que ceux-là. De plus, il semble exister de si nombreuses exceptions au principe, notamment dans le domaine médical, que l'on peut douter de sa portée.

Le principe d'indisponibilité du corps est d'autant plus difficile à cerner qu'il ne fait l'objet d'aucune disposition juridique expresse, tant en droit positif français qu'en droit québécois. Principe dégagé par la doctrine et repris par les tribunaux depuis les années 1990, la juriste française Stéphanie Hennette-Vauchez explique :

Poser que le corps humain est indisponible et accepter dans le même temps la licéité de nombre de conventions le prenant pour objet sans qu'il soit possible de donner une définition a priori des conventions acceptables et des conventions illicites, revient à poser le principe contraire : on ne sait plus, entre indisponibilité et exceptions au principe, lequel demeure un principe et ce qui constitue les exceptions<sup>123</sup>.

Le principe d'indisponibilité ne vise en réalité qu'à éviter que le corps humain ne fasse l'objet de «commerce marchand», pour reprendre l'expression de Stéphanie Hennette-Vauchez. En ce sens, les conventions qui portent sur le corps, que ce soit sur les organes, sur l'usage de la voix ou sur l'utilisation des embryons surnuméraires, témoignent de l'évolution du droit qui a, par ailleurs, toujours permis de disposer de son corps dans les limites posées par l'ordre public. Marcela Iacub affirme, dans ce contexte, que sous couvert d'un principe général, le droit français a simplement mis l'utérus hors commerce<sup>124</sup>.

Comparer la gestation pour autrui à une marchandisation illicite du corps apparaît problématique pour plusieurs raisons. Cela laisse supposer que les femmes qui acceptent de porter un enfant sont des victimes, qu'elles se font payer pour un usage de leur corps et cela introduit l'argument de la chosification de l'enfant.

Dans le contexte actuel des procréations assistées, et compte tenu de l'évolution des usages du corps, il est tout à fait possible d'envisager la gestation pour autrui non pas comme la vente du corps de la femme (l'approchant ainsi de la prostitution) mais comme un don ou comme la fourniture d'un service selon que le contrat est conclu à titre gratuit ou à titre onéreux.

<sup>121</sup> Voir notamment les études citées aux *infra* notes 122 et s.

<sup>122</sup> Stéphanie Hennette-Vauchez, *Disposer de soi? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, Paris, L'Harmattan, 2004 à la p. 70.

<sup>123</sup> *Ibid.* à la p. 63.

<sup>124</sup> Marcela Iacub, *L'Empire du ventre. Pour une autre histoire de la maternité*, Paris, Fayard, 2004 à la p. 227.

Dans l'hypothèse où une compensation est versée, on peut raisonnablement affirmer qu'il s'agit du paiement d'un service et non pas d'un droit acquis par le couple demandeur sur le corps de la gestatrice. Les demandeurs ne peuvent faire ce qui leur plaît avec le corps de la mère porteuse et les parties doivent s'en tenir aux termes du contrat comme dans n'importe quel autre contrat de service qui implique l'utilisation du corps humain. La rémunération ou une forme de compensation peut certes constituer un incitatif à porter un enfant pour autrui, mais il a été démontré par des études qualitatives que la rémunération en elle-même n'était pas une motivation suffisante pour décider d'entrer dans un tel contrat<sup>125</sup>. De toute façon, on voit mal en quoi le paiement d'une compensation serait problématique, comme des auteures le soulignaient justement, dans la mesure où la plupart des gens n'accepteraient pas de travailler, en dépit de l'amour qu'ils portent à leur métier, s'ils n'étaient pas payés en retour<sup>126</sup>.

Finalement, l'argument selon lequel la gestation pour autrui s'apparenterait au trafic ou à la vente d'enfant revient si souvent dans le discours qu'il convient d'y répondre. Tout d'abord, mentionnons que les couples demandeurs ne contractent pas avec une gestatrice dans un but spéculatif, mais bien pour avoir un enfant. La plupart fournissent d'ailleurs leurs propres gamètes. À l'instar des adoptants ou des personnes ayant recours aux banques de sperme ou d'ovules, ils ne cherchent manifestement pas à faire un quelconque commerce. Les sommes investies sont alors nécessaires pour réaliser un projet parental qu'ils ne peuvent mener à bien sans aide extérieure pour des raisons d'ordre médical, comme l'infertilité, ou en raison du sexe des partenaires. Cela n'a donc rien à voir avec le fait de vendre des enfants.

Les auteurs écossais McLachlan et Swales ont écrit un article convaincant sur la question dans un cadre théorique d'analyse économique du droit<sup>127</sup>. Ils suggèrent que les contrats de gestation pour autrui devraient être licites et contraignants. Ils soutiennent également que la rémunération des gestatrices et l'autorisation d'agences intermédiaires pourraient être permises sans que l'on craigne une marchandisation de la femme ou de l'enfant. Ces contrats, expliquent-ils, n'impliquent aucune vente, mais représentent une entente dans l'intérêt mutuel des parties. Ils en arrivent à la conclusion que la rémunération des gestatrices de même que l'exécution de ces contrats est souhaitable. Cela dit, compte tenu des risques et des vulnérabilités créées par cette pratique, ils préconisent un régime juridique encadrant les contrats de gestation pour autrui et prévoyant l'exécution forcée de telles ententes.

Ces auteurs soutiennent, dans la logique classique de cette école, qu'en l'absence d'arguments sérieux justifiant la prohibition des contrats de gestation pour autrui, ceux-ci devraient être licites. D'autres spécialistes de l'analyse économique du droit avaient déjà pris position en faveur des contrats de gestation pour autrui dans les années 80 et 90. Ces prises de position apparaissent antithétiques d'un courant important du féminisme nord-américain dit féminisme différentialiste qui valorise la différence des sexes et la spécificité de la nature féminine ou de ce que l'on a nommé l'éthique de la sollicitude (care feminism)<sup>128</sup>.

<sup>125</sup> Philip J. Parker, «Motivations of Surrogate Mothers: Initial Findings» (1983) 140 Am. Jour. Psychiatry aux pp. 117-18 ; Hal B. Levine, «Gestational Surrogacy: Nature and Culture in Kinship» (2003) 42 Ethnology 173 à la p. 178. Levine explique que dans le contexte de la gestation pour autrui commerciale, les femmes considèrent évidemment la rémunération comme une condition importante, mais non déterminante dans leur motivation. Il précise que plusieurs États américains et agences intermédiaires maintiennent les compensations financières basses pour éviter toute association avec le trafic d'enfants et pour décourager les pratiques mercenaires.

<sup>126</sup> Jennifer Damelio et Kelly Sorensen, «Enhancing Autonomy in Paid Surrogacy», (2008) 22:5 Bioethics 269 à la p. 271.

<sup>127</sup> Hugh V. McLachlan et J. Kim Swales, «Commercial Surrogate Motherhood and the Alleged Commodification of Children: A Defense of Legally Enforceable Contracts» (2009) 72 Law and Contemp. Probs 91.

<sup>128</sup> Voir par ex. l'ouvrage phare de Carol Gilligan, *In a different voice: psychological theory and women's development*, Cambridge, Harvard University Press, 1982.

On peut cependant, au contraire, considérer le potentiel émancipateur de cette vision plus instrumentale de la reproduction. La gestation pour autrui devient alors un moyen pour les femmes de bénéficier d'une liberté économique propre à transformer et à redéfinir les contours du travail reproductif comme le prétendait le professeur canadien Michael Trebilcock dans un article de 1991. À cette époque, cette position pouvait être considérée comme étant théorique compte tenu de la rareté de la pratique et de l'absence de données anthropologiques sur la question au Canada. Vingt ans plus tard cependant, les études semblent donner raison à la théorie du bénéfice mutuel justifiant la légalisation de la gestation pour autrui commerciale.

## 2. La santé et l'autonomie des femmes

En admettant même l'hypothèse de la licéité de tels contrats dans l'ordre juridique québécois ou français, des auteurs continuent de s'opposer à leur admission en raison de la nature particulière du travail à accomplir, que l'on qualifie de forme d'esclavage. Les sacrifices demandés aux femmes candidates et les risques que la gestation pour autrui leur fait courir seraient trop élevés<sup>129</sup>.

Ces craintes témoignent d'une anxiété face à la pratique, mais encore une fois ne s'ancrent pas dans la réalité vécue des acteurs impliqués dans ces arrangements procréatifs. En effet, les recherches menées sur la maternité pour autrui démontrent de façon systématique que les femmes choisissant de porter un enfant pour autrui ont la plupart du temps leurs propres enfants, connaissent parfaitement les risques reliés à une grossesse et décident de la poursuivre parce qu'elles aiment être enceintes<sup>130</sup>. En 1983, Parker constatait que certaines d'entre elles «voulaien être enceintes pour le reste de leur vie»<sup>131</sup>.

Il est donc raisonnable de penser que les femmes qui se portent candidates dans ce contexte ont une volonté propre et consentent au contrat en sachant ce qu'une grossesse exige. Comme des auteures le soulignent<sup>132</sup>, ce travail de tous les instants durant la gestation est particulier, certes, sans être unique. Les exigences d'un travail quasi constant posées par exemple à des acteurs, des mannequins ou à des chirurgiens spécialistes peuvent présenter des similitudes en ce qu'elles restreignent leur liberté corporelle dans une certaine mesure.

Cela étant posé, il est néanmoins primordial que les États mettent en place des structures pour éviter l'exploitation des mères porteuses. Les risques d'exploitation sont sérieux et méritent d'être pris en considération. Des auteures féministes soulignent à juste titre l'importance d'examiner le potentiel d'exploitation des femmes posé par la gestation pour autrui en tenant compte du déséquilibre éventuel entre les couples demandeurs et les gestatrices qui ont généralement des revenus plus faibles que ces derniers<sup>133</sup>.

De plus, il convient de souligner que la pratique de la gestation pour autrui demeure une pratique générée, fortement ancrée dans les stéréotypes féminins qui, en ce sens, peut contribuer à maintenir les femmes dans un rôle reproductif subalterne, dans une dynamique de rapports de pouvoirs asymétriques<sup>134</sup>. Cependant, critiquer les institutions et le contexte social dans lequel la pratique se développe et s'inscrit ne signifie aucunement qu'il faille l'interdire ou continuer de

<sup>129</sup> Avis, *supra* note 11 à la p.75. Voir également Renée Joyal, *supra* note 18 aux pp. 9-10.

<sup>130</sup> Damelio et Sorensen, *supra* note 126 à la p. 272.

<sup>131</sup> Parker, *supra* note 125 à la p. 118.

<sup>132</sup> Damelio et Sorensen, *supra* note 126 à la p. 272.

<sup>133</sup> *Ibid.* à la p. 269 ; Suze G. Berkhout, «Buns in the Oven: Objectification, Surrogacy, and Women's Autonomy» (2008) 34 *Social Theory and Practice* 95 à la p. 103.

<sup>134</sup> *Ibid.* aux pp. 100-03.

l'ignorer<sup>135</sup>. Au contraire, permettre de tels contrats, et encadrer la pratique paraît être le meilleur moyen pour l'État d'empêcher les abus dans ce domaine.

En effet, bien que révélateurs du malaise que la pratique suscite, les arguments relatifs à l'exploitation des femmes sont purement théoriques et ne s'ancrent aucunement dans la réalité des personnes impliquées dans les arrangements de gestation pour autrui. Plutôt qu'une forme d'esclavage, les données ethnographiques comparées dont nous disposons sur la gestation pour autrui aux É.-U., en Inde et en Israël, montrent plutôt un haut niveau de satisfaction chez les femmes qui ont porté un enfant pour autrui. Elles affirment s'être senties valorisées par l'expérience qui a contribué à les définir et à hausser leur estime d'elles-mêmes<sup>136</sup>.

Il convient donc de se méfier du présupposé selon lequel les femmes qui portent un enfant pour autrui le feraient nécessairement pour des raisons douteuses, soit par abnégation ou à l'inverse, dans le cas des contrats commerciaux, en raison d'une extrême pauvreté qui les forcerait à conclure de tels contrats. En réalité, de nombreuses études scientifiques présentent un biais méthodologique, en prenant pour acquis que les gestatrices auraient nécessairement des motivations douteuses puisqu'une femme «normale» ne consentirait pas à un tel arrangement sans y avoir été forcée<sup>137</sup>.

Plutôt que de voir la gestation pour autrui comme menant nécessairement à l'exploitation des femmes, de plus en plus d'auteurs, se fondant sur un corpus d'enquêtes et de diverses études longitudinales, soutiennent au contraire que la légalisation des contrats de gestation pour autrui favoriserait l'autonomie des femmes.<sup>138</sup> En donnant la possibilité aux femmes de contrôler leurs capacités reproductives tout en valorisant des tâches féminines historiquement dévaluées et non rémunérées, la gestation pour autrui leur offre de nouvelles avenues d'indépendance ou d'autonomie. Exerçant déjà le rôle de mère pour la plupart, il s'agirait là pour ces gestatrices d'améliorer leurs revenus tout en ayant la possibilité de rester à la maison et de s'occuper de leurs enfants.

Certains argueront que les femmes se voient ainsi, en quelque sorte, forcées de faire ce choix en raison de désavantages liés au genre et à la classe sociale classe qui continuent de les confiner aux tâches maternelles et soignantes sous valorisées. Cet argument ne tient cependant pas compte du fait que la plupart des gestatrices aiment être enceintes et affirment qu'elles ne le font pas que pour des raisons économiques, tel que nous l'avons évoqué. De plus, une vaste enquête américaine affaiblit davantage encore l'argument de l'exploitation des femmes en démontrant que ce ne sont pas les femmes les plus pauvres qui choisissent de porter un enfant pour autrui, mais plutôt des femmes mariées, ayant des enfants et issues de la classe moyenne.<sup>139</sup>

<sup>135</sup> *Ibid.* à la p. 96.

<sup>136</sup> Teman, *Birthing*, *supra* note 16 à la p. 293.

<sup>137</sup> «Whatever reason is proffered for her choice, the surrogate is constructed as deviant [...]. By finding ways of constructing the surrogate as deviant, the scholarship \_\_\_proves“ that a \_\_\_normal“ and \_\_\_natural“ woman would not make such a choice unless compelled by circumstance.» (Elly Teman, «The Social Construction of Surrogacy Research: An Anthropological Critique of the Psychosocial Scholarship on Surrogate Motherhood» (2008) 67 *Social Science & Medicine* 1104 à la p. 1108 [Teman, «Social»]).

<sup>138</sup> Richard A. Posner, «The Ethics and Economics of Enforcing Contracts of Surrogate Motherhood» (1989) 5 *J. Contemp. Health L. & Pol'y.* 21 ; Michael J. Trebilcock et Rosemin Keshvani «The Role of Private Ordering in Family Law: A Law and Economics Perspective» (1991) 47 *U.T.L.J.* 533 ; McLachlan et Swales, *supra* note 127 ; Teman, «Social», *supra* note 137; Teman, *Birthing*, *supra* note 16 et Damelio et Sorensen, *supra* note 126.

<sup>139</sup> Une étude américaine de 1988, rajustée en dollars courants de 2005 à partir des données d'un document gouvernemental, démontre que le revenu des gestatrices se situait entre 25,000 et 50,000\$ en 2005, voir Damelio et Sorensen, *supra* note 126 à la p. 274.

Pour Elly Teman, qui a effectué une importante étude qualitative sur une période de huit ans auprès d'une vingtaine de gestatrices et de parents demandeurs en Israël, les femmes qui portent des enfants pour autrui trouvent une forme de reconnaissance qu'elles ne trouvent pas ailleurs dans leur société machiste et militariste.<sup>140</sup>

Il apparaît aujourd'hui important de prendre au sérieux ce que les femmes impliquées dans ces arrangements relatent de leur expérience afin de vérifier si les appréhensions formulées il y a vingt ou trente ans représentent les réels problèmes posés par la pratique. Dans cette optique, affirmer que les femmes choisissant de porter un bébé pour autrui ne comprennent pas la portée de leur geste, ou présumer du caractère nécessairement abusif de la pratique, semble condescendant et réducteur. Comme l'affirmait le juge Posner en 1989, cela rappelle par trop l'idée selon laquelle les femmes sont nécessairement sujettes à exploitation en matière commerciale, servant ainsi de justification à des mesures de soi-disant protection, comme l'incapacité juridique de la femme mariée. Ce rappel évocateur force le questionnement. Aussi peut-on se demander aujourd'hui qui est réellement protégé par la prohibition des contrats de gestation pour autrui. Sont-ce véritablement les femmes et les enfants ou s'agit-il de figer la vision que nous entretenons de la féminité et de la maternité ?

### 3. L'intérêt de l'enfant à naître

Plusieurs arguments sont avancés par les auteurs de doctrine juridique et les experts de la bioéthique selon lesquels la gestation pour autrui serait contraire à l'intérêt *a priori* des enfants. En interdisant la gestation pour autrui, la loi protégerait l'intérêt de l'enfant *in abstracto* et non pas l'intérêt actuel d'enfants particuliers<sup>141</sup>. La pratique serait néfaste puisqu'elle organise un abandon *irréparable* à la naissance<sup>142</sup> et les enfants issus de ces arrangements présenteraient des troubles psychiques en raison du désinvestissement affectif de la mère porteuse<sup>143</sup>. Ces enfants pourraient également développer des troubles de l'identité et ressentir des conflits face à une loyauté contradictoire envers les différents protagonistes impliqués dans sa naissance. Ainsi, la *Commission de l'éthique, de la science et de la technologie* s'appuie sur le témoignage d'un psychiatre, selon lequel les enfants issus d'une gestation pour autrui ne pourraient guérir leur blessure d'abandon (contrairement aux autres enfants abandonnés ...), puisque la mère de substitution remet l'enfant aux parents intentionnels en vertu d'un contrat et non par amour<sup>144</sup>. Par ailleurs, la Commission réitère la crainte maintes fois exprimée depuis les années 1990 que le statut de l'enfant est incertain et que la gestation pour autrui le place au cœur de litiges au sujet de la filiation, notamment parce que la mère porteuse pourrait décider de garder le bébé<sup>145</sup>. Le Conseil d'État français considère pour sa part qu'il n'existe pas d'études permettant de mesurer l'impact psychologique de la gestation pour autrui sur les enfants nés de cette technique.

Pourtant, l'ensemble de ces arguments révèle davantage les préconceptions et les croyances populaires reliées à la maternité et à la fusion qui existerait naturellement entre une femme

<sup>140</sup> Teman, *Birthing*, *supra* note 16 à la p. 293.

<sup>141</sup> Mirkovic, «Maternité», *supra* note 31 au para. 24.

<sup>142</sup> Avis, *supra* note 11 à la p. 73.

<sup>143</sup> C'est ce qu'indique par exemple le *Rapport du Sénat*, *supra* note 49 à la p. 62, en évoquant l'opinion de deux pédopsychiatres. Pourtant, des auteurs estiment à moins de 1% le nombre de cas de gestation pour autrui se terminant devant les tribunaux aux É.-U. et en Grande Bretagne. Dans 99% des cas, les gestatrices remettent volontairement l'enfant aux parents d'intention. Il n'existe par ailleurs, à notre connaissance, aucun cas recensé de demandeurs qui auraient refusé d'établir leur filiation avec l'enfant né d'une gestatrice. Voir Teman, *Birthing*, *supra* note 16 à la p. 3.

<sup>144</sup> Avis, *supra* note 11 à la p. 74.

<sup>145</sup> *Ibid.* aux pp. 70 et 79 ; Giroux, *supra* note 9 à la p. 545.

normale et le bébé qu'elle porte<sup>146</sup>, que des problématiques réelles dont souffriraient les enfants issus de cet arrangement procréatif.

En réalité, il n'existe aucune théorie concluante sur l'influence et la nature des échanges prénatals en raison de la grande diversité des situations et des réactions observées chez les femmes qui portent des enfants<sup>147</sup>. Qui plus est, plusieurs études récentes en psychologie, impliquant de larges cohortes, ont démontré que l'absence de lien gestationnel avec la mère n'avait aucun impact négatif sur la relation entre parents et enfants<sup>148</sup>. En fait, la seule différence révélée par les chercheurs, entre les familles dont les enfants étaient issus de la gestation pour autrui et celles ayant conçu leur enfant naturellement, était une meilleure qualité de liens entre les mères et les enfants de trois ans issus de la gestation pour autrui<sup>149</sup>. Les couples ayant recours à la gestation pour autrui sont des parents réellement motivés, qui désirent leur enfant et qui l'accueillent dès sa naissance. De nombreuses études ont d'ailleurs démontré que les parents qui avaient recours à la gestation pour autrui et à d'autres techniques de procréation telle que la fécondation *in vitro* avaient démontré des compétences parentales supérieures à d'autres parents en raison de leur démarche, de leur profonde implication et du désir qui les avait animés d'avoir des enfants<sup>150</sup>.

L'argument selon lequel la gestation pour autrui mène à un abandon est par ailleurs fragile. Les gestatrices disent éprouver une grande satisfaction d'avoir accompli une mission qui, avec le temps, devient moins contractuelle et s'apparente davantage à un don. C'est pourquoi elles ne vivent pas la remise de l'enfant aux demandeurs comme un abandon, mais bien comme le cadeau ultime offert à ceux avec lesquels elle a tissé des liens parfois très intimes, en particulier avec la mère intentionnelle<sup>151</sup>. Finalement, les femmes interrogées ont affirmé ne pas se considérer comme étant les mères des enfants qu'elles portent pour autrui, mais plutôt comme des fées ou comme leurs nourrices. Elles affirment que ces grossesses étaient plus faciles à mener que lorsqu'elles portaient un enfant pour elles-mêmes<sup>152</sup>.

<sup>146</sup> Le philosophe Philippe Descamps affirme que, pour ancrer la théorie de la différence des sexes, le discours bioéthique a forgé de nouvelles essences, voire même des idoles avec des notions telles que la fusion primordiale entre le fœtus et la mère, l'ombilic ou la notion d'amour matriciel. Ce discours laisse supposer que l'amour maternel est tout entier guidé par la nature, par la gestation. L'attachement de la mère à l'enfant serait donc entièrement lié à sa physiologie. Philippe Descamps, *L'utérus, la technique et l'amour*, Paris, Presses Universitaires de France, 2008, à la p. 134.

<sup>147</sup> C'est ce que relève par exemple le Sénat français. Voir *Rapport du Sénat*, *supra* note 49 à la p. 61.

<sup>148</sup> Susan Golombok *et al.*, «Non-Genetic and Non-Gestational Parenthood: Consequences for Parent-Child Relationships and the Psychological Well-Being of Mothers, Fathers and Children at Age 3» (2006) 21 *Human Reproduction* 1918 à la p. 1922 [Golombok, «Non-genetic»]; Susan Golombok *et al.*, «Surrogacy Families: Parental Functioning, Parent-Child Relationships and Children's Psychological Development at Age 2» (2006) 47 *Journal of Child Psychology & Psychiatry* 213 à la p. 220 [Golombok, «Surrogacy families»].

<sup>149</sup> Golombok, «Non-Genetic», *ibid.* à la p. 1922.

<sup>150</sup> Golombok, «Surrogacy families», *supra* note 148 à la p. 219; Frank van Balen, «Child Rearing Following in vitro Fertilization» (1996) 37 *Journal of Child Psychology and Psychiatry* 687; Golombok *et al.*, «Families with Children Conceived by Donor Insemination: A Follow-up at Age 12» (2002) 73 *Child Development* 952-68.

<sup>151</sup> Teman, *Birthing*, *supra* note 16 à la p. 209.

<sup>152</sup> Delaisi de Parseval et Collard, *supra* note 2 à la p. 46. Elly Teman a noté que les gestatrices utilisaient des métaphores mécanicistes pour décrire leur utérus en qualifiant leur ventre de four à pain, de serre ou de machine à bébé. Plutôt qu'y voir une déshumanisation ou une chosification du corps, à l'instar d'un certain discours féministe sur les procréations assistées, Teman qualifie d'intelligente la façon dont ces femmes jonglent avec la technologie, l'idée de nature et celle du corps. Elle y voit une forme de subversion et une preuve que les émotions et la nature ne contrôlent pas leur destinée. Si elles adhèrent au discours patriarcal et se considèrent comme étant principalement des mères (elles avaient toutes en moyenne 2,54 enfants avant de porter pour autrui), elles s'assurent que la «nature maternelle» ne se manifeste que lorsqu'elles le désirent, c'est-à-dire quand il s'agit de leurs propres enfants. Voir Teman, *Birthing*, *supra* note 16 au chapitre 1 aux pp. 31-53.

En ce qui concerne le spectre des litiges sans fin et l'idée selon laquelle la gestatrice pourrait décider de garder le bébé, il s'agit d'une idée éloignée de la réalité. En dépit d'affaires spectaculaires telle que celle de *Baby M.* aux États-Unis dans les années 1980 et d'autres cas plus récents rapportés de temps à autre dans la presse, plus de 99% des femmes rendent le bébé aux parents intentionnels sans présenter de difficultés psychiques particulières<sup>153</sup>. En ce sens, malgré l'infime nombre de litiges impliquant une gestatrice refusant de remettre l'enfant, les batailles judiciaires et l'attention médiatique disproportionnée qu'ils suscitent démontrent la prégnance de l'idéologie occidentale voulant qu'une mère normale aime naturellement le bébé qu'elle porte et que l'abandonner est contre-nature. La contrepartie de cette croyance est que le bébé porté par autrui ne peut être réellement aimé par sa mère d'intention qui ne lui a pas fait le cadeau de son ventre. Cette orientation donne à réfléchir sur les idées entretenues à l'égard de toutes les parentés non génétiques et laisse voir la force du naturalisme en matière familiale. L'idée dominante est toujours que l'amour porté aux enfants découle naturellement d'un lien physique, charnel, à tout le moins pour les mères. La paternité a toujours été comprise comme étant relative, contingente, négociable et éminemment culturelle alors que l'on insiste pour réduire la maternité au ventre et à la chair à défaut de quoi, craignons-nous, les mères cesseront d'aimer leurs enfants. Ce raisonnement prouve bien une confusion entre la notion de géniteur et de parent alors que le rôle de père ou de mère ne s'est jamais résumé au seul lien biologique.<sup>154</sup>

En ce qui concerne l'argument voulant qu'il n'existe pas d'études sur la question de la gestation pour autrui, nous répondrons rapidement. Il semble que cet argument resurgisse dès lors qu'il existe un malaise face à une pratique de parenté qui bouleverse les représentations sociales dominantes. Ainsi, l'absence d'études a été invoquée *ad nauseam* dans le débat entourant la reconnaissance de l'homoparenté au Québec, alors même que des spécialistes étudiaient ces familles depuis une quarantaine d'années. Cette étude juridique, qui ne fait qu'effleurer les recherches en sciences sociales, démontre bien que nous disposons de nombreuses données sur la gestation pour autrui. Par ailleurs, rares sont les auteurs qui dénoncent l'absence d'études prouvant de façon définitive que l'hétérosexualité ou le lien biologique serait une garantie quelconque pour un développement sain des enfants ou pour garantir de quelconques capacités parentales. Cela dit, la menace de la chosification de l'enfant semble refaire surface chaque fois qu'une anxiété survient dans le domaine de la procréation. Que ce soit à l'égard de la gestation pour autrui, de l'insémination artificielle des femmes seules, plus âgées ou lesbiennes, dès qu'une catégorie de personnes ne pouvant procréer de façon traditionnelle cherche à entrer en parenté, un discours transforme leur désir légitime d'avoir un enfant<sup>155</sup> en coupable et égoïste «droit à l'enfant»<sup>156</sup>. Nous avons longuement discuté de ce phénomène dans d'autres textes et croyons que cet argument est tellement éculé qu'il n'est pas nécessaire de s'y arrêter plus longuement. Afin de clore ce débat, il suffira de citer la psychanalyste française Delaisi de Parseval, spécialiste des procréations assistées, qui écrit avec deux autres professeures que «le désir d'enfant n'est pas ce sentiment futile et égoïste que certains se plaisent à stigmatiser»<sup>157</sup>.

En ce qui concerne le trafic d'enfant, les commentaires sur les risques d'exploitation des femmes peuvent trouver application. Il est juste d'affirmer que les États ont la responsabilité de lutter contre ce fléau. Il ne suffit pourtant pas d'interdire la gestation pour autrui pour faire disparaître la possibilité du trafic. De même que pour l'adoption internationale ou le don d'organes, les risques d'abus ne font dire à personne qu'il faille tout simplement cesser de trouver des familles aux

<sup>153</sup> Teman, *Birthing*, *supra* note 16 à la p. 3.

<sup>154</sup> Descamps, *supra* note 146 à la p. 113 ; Marie-France Bureau, *Le droit de la filiation entre ciel et terre : étude du discours juridique québécois*, Cowansville, Yvon Blais, 2009, à la p. 20 [Bureau, *Filiation*].

<sup>155</sup> Marie-France Bureau, «L'union civile et les nouvelles règles de filiation : contrepoint discordant ou éloge de la parenté désirée» (2003) 105 R. d. N. 901 [Bureau, «Union»].

<sup>156</sup> Bureau, *Filiation*, *supra* note 154 aux pp. 203-05.

<sup>157</sup> Brandac, Delaisi de Parseval et Depadt-Sebag, *supra* note 31 au para. 9.

enfants adoptables ou mettre un terme à la pratique de la circulation des organes<sup>158</sup>. Les risques d'abus évidents dans ces domaines, comme dans celui de la gestation pour autrui, militent au contraire pour un encadrement étatique visant à protéger les parties vulnérables.

#### 4. La protection de l'ordre public et de l'intérêt général

Au Québec comme en France, les contrats de gestation pour autrui sont illicites parce que «contraires à l'ordre public»<sup>159</sup>. Or, en droit civil, la caractéristique de l'ordre public est de s'intéresser non pas aux intérêts particuliers mais bien à l'intérêt général. On pourrait supposer que l'usage qu'une personne fait de son corps relève davantage de la sphère intime et de l'individualité que de l'intérêt de la société, mais force est de constater que ce n'est pas l'orientation qui a été privilégiée par le droit privé en France et au Québec.

Le principe de la dignité humaine, consacré à l'article 3 du *Code*, à la *Charte des droits et libertés de la personne*<sup>160</sup> et érigé au rang de principe constitutionnel en France, est au cœur de cette problématique. La sauvegarde de la dignité humaine, encore une fois, aurait pu se traduire par davantage de liberté quant aux usages corporels, mais une analyse des normes et du discours juridique révèle plutôt un courant contraignant, prohibitif et limitatif.

En effet, de nombreuses normes visent aujourd'hui, au nom du principe de la dignité, à limiter les pouvoirs de la personne sur son corps. La jurisprudence, les divers comités d'éthique et les interventions législatives qui se sont succédés dans ce domaine depuis les années 70 témoignent de la mise en place de ce qu'une auteure a appelé l'ordre public corporel<sup>161</sup>. Ainsi, lorsque les experts de la bioéthique justifient la prohibition des contrats de gestation pour autrui, c'est au nom de valeurs éthiques et particulièrement au nom du principe de la dignité humaine<sup>162</sup>. Les normes bioéthiques qui entourent la procréation, dont la primauté de la personne humaine, le droit à l'intégrité et à l'inviolabilité viseraient donc essentiellement à assurer ce principe fondamental. Or, s'il est central, le principe de dignité n'est ni précis ni approprié comme Stéphanie Hennette-Vauchez l'a bien démontré<sup>163</sup>. Le philosophe Ruwen Ogien va même jusqu'à affirmer qu'il s'agit d'une notion «dangereuse et inutile»<sup>164</sup>.

En plus du caractère flou et ambigu de la notion de dignité et de la difficulté d'en déterminer le contenu, le fait de l'ériger en principe lui confère le statut de principe moral transcendant. Hennette-Vauchez cite la gestation pour autrui en exemple : «L'interdiction de la maternité de substitution est bien de type général et absolu, et expliquer cette interdiction par sa contrariété au principe de la dignité de la personne humaine, c'est bien comprendre ce dernier comme un étalon transcendant»<sup>165</sup>. Or, elle constate que d'autres pays occidentaux qui partagent des valeurs culturelles avec la France autorisent pourtant ce type de contrat. Cela l'amène à conclure que le législateur ne cherche pas tant à interdire des pratiques contraires à la dignité qu'à préserver une représentation limitative des droits qu'une personne peut avoir sur son corps. La protection de la

<sup>158</sup> Pour une discussion sur l'argument de la pente fatale, concernant les dérives supposées vers la marchandisation, on consultera Ruwen Ogien, *La vie, la mort, l'État. Le débat bioéthique*, Paris, Grasset, 2009 à la p. 76 et s.

<sup>159</sup> Avis, *supra* note 11 à la p. 65.

<sup>160</sup> *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12, art. 4.

<sup>161</sup> C'est la thèse soutenue par Stéphanie Hennette-Vauchez, *supra* note 122 aux pp. 380 et s. Les auteurs Edith Deleury et Dominique Goubeau soutiennent également cette théorie et relèvent au Québec la mise en place «d'un ordre public de protection de la personne dans sa dimension corporelle», *Le droit des personnes physiques*, 4<sup>e</sup> édition, Cowansville, Yvon Blais, 2008 à la p. 109.

<sup>162</sup> Avis, *supra* note 11 à la p. 69 ; *Rapport du Sénat*, *supra* note 49 aux pp. 56-57.

<sup>163</sup> Hennette-Vauchez, *supra* note 122 aux pp. 393 et s.

<sup>164</sup> Ogien, *supra* note 158 à la p. 87.

<sup>165</sup> *Supra* note 122 aux pp. 401-02.

personne humaine entendue de cette façon explique, comme Descamps et Ogien l'ont illustré, que l'on criminalise et interdit toutes sortes de pratiques sans vérifier si un préjudice quelconque est réellement causé<sup>166</sup>. Il s'agit de ce qu'Ogien a qualifié de vision morale maximaliste de la bioéthique qui tend à créer des crimes sans victimes. Cette vision limitative de la liberté est caractéristique de l'ensemble de l'orientation normative de l'ordre public corporel, mais il nous apparaît encore plus frappant dans le contexte de la gestation pour autrui. En effet, non seulement la gestation pour autrui bouleverse-t-elle des représentations culturelles du corps, elle remet également en question les *a priori* sur la maternité, voire même sur l'essence de la féminité. On préfère alors limiter la liberté des individus avec des normes juridiques contraignantes plutôt que d'affaiblir les croyances que nous entretenons à propos de l'amour maternel ou de l'amalgame opéré entre nature, reproduction et filiation<sup>167</sup>.

Marcela Iacub a très bien illustré, dans son ouvrage de 2004 sur l'histoire juridique de la maternité en France, les transformations juridiques des dernières décennies<sup>168</sup>. À partir de la jurisprudence et des transformations normatives depuis 1804, la chercheuse démontre l'orientation générale de ces mutations juridiques. La légalité de la maternité est passée de la réalité juridique du mariage vers une légalité fondée sur la vérité biologique, le ventre et l'accouchement.

Le discours bioéthique a eu pour effet de réintroduire le corps de la femme dans le droit. En se biologisant ainsi, le droit de la famille s'est naturalisé. La nouvelle importance accordée au corps sexué, au corps reproducteur féminin<sup>169</sup>, fait de l'utérus le critère suprême de la maternité et renforce l'idée lacanienne de la femme/nature opposée à l'homme/culture. Dans ce contexte, la gestation pour autrui apparaît nettement comme une pratique déviante. Le discours bioéthique et même le travail empirique sur cette pratique témoignent en fait d'un malaise, d'une anxiété à propos de l'unicité maternelle.

Qu'une femme puisse porter l'enfant qu'une autre élèvera implique en effet de remettre en cause la sacralité du lien entre une femme et le fœtus qu'elle porte. Si les femmes normales ont un lien fusionnel avec le bébé qu'elles portent, que nous dit la gestation pour autrui sur les motivations de celles qui décident d'y recourir ? L'anthropologue Elly Teman nous fournit une réponse intéressante en critiquant les études empiriques grâce à une approche constructiviste<sup>170</sup>. L'auteure démontre que la plupart des travaux scientifiques sur les motivations des mères porteuses s'appuient sur un double biais : celui de la naturalité et de la normalité des liens mère/enfant. Avec pour résultat que les femmes qui choisissent de porter des enfants pour autrui sont dépeintes comme étant anormales, sans égard au fait qu'aucune étude n'a, à ce jour, démontré un quelconque problème ou une particularité chez ces femmes<sup>171</sup>.

Cette tentative de chercher néanmoins des anomalies démontre en fait que les chercheurs n'évoluent pas en vase clos et que leurs études sont des produits historiquement et culturellement situés<sup>172</sup>. Finalement, ce biais essentialiste dans les études qualitatives, de même que la récurrence des arguments contre la gestation pour autrui dans le discours bioéthique, en disent plus sur la centralité des préconceptions et des représentations culturelles de la maternité que sur la pratique elle-même, ou sur l'expérience vécue par les femmes impliquées dans ces arrangements procréatifs<sup>173</sup>.

<sup>166</sup> Descamps, *supra* note 146 à la p. 89.

<sup>167</sup> Bureau, *Filiation*, *supra* note 154 aux pp. 188 et s. ; Descamps, *supra* note 146 à la p. 113.

<sup>168</sup> Iacub, *supra* note 124.

<sup>169</sup> Bureau, *Filiation*, *supra* note 154 aux pp. 188 et s.

<sup>170</sup> Teman, «Social», *supra* note 137.

<sup>171</sup> Les études ont en fait toutes conclu que les gestatrices étaient des femmes dans la norme et non différenciées dans leurs caractéristiques personnelles et psychologiques : Teman, *Birthing*, *supra* note 16 à la p. 3.

<sup>172</sup> Teman, «Social», *supra* note 137 à la p. 1105.

<sup>173</sup> *Ibid.* à la p. 1106.

## CONCLUSION

D'un droit civil qui concevait la personne de façon abstraite et psychologique, pour reprendre les termes de Jean Carbonnier<sup>174</sup>, la bioéthique a eu pour effet de distinguer juridiquement la personne de son corps<sup>175</sup>. Cette nouvelle dualité entre le corps et la personne introduit la sacralité de la personne humaine. Ce ne sont pas tant les personnes que le droit cherche à protéger par ce dispositif, mais la personne humaine entendue comme l'espèce humaine entière. En ce sens, contrairement à l'éthique qui se veut prospective, la bioéthique cherche à protéger des valeurs sacrées *a priori*<sup>176</sup>. On lui donne alors pour mission de préserver une vie véritablement humaine, de préserver l'essence et la valeur des êtres humains ce qui, pour la femme, signifie sa spécificité reproductive, bref son utérus.

Il ne faut pas sous-estimer cette tendance actuelle qui consiste à mettre en amont du droit des principes de nature et de biologie qui commanderaient les solutions juridiques auxquelles le législateur devrait se plier. L'idée d'un ordre naturel surplombant les normes juridiques ne se pose pas uniquement dans le domaine de la gestation pour autrui, mais témoigne plutôt d'une tendance lourde à vouloir attribuer au droit des fonctions anthropologiques. Or, sauf à questionner cette idée, nous risquons d'essentialiser des rôles et de perdre de vue l'autonomie du droit qui n'est ni déterminé par la nature ni inféodé à la science.

En ce sens, la gestation pour autrui nous invite à repenser des notions comme celle de maternité et nous force à repenser sa fameuse certitude. Son unicité est possiblement un leurre. Mais admettre que la filiation et la parenté relèvent d'un amalgame d'éléments que sont la biologie, l'intention et la culture permet de légitimer la place de tous les protagonistes impliqués, qu'il s'agisse des mères d'intention, des mères génétiques, des pères ou des parents adoptifs. Dans tous les cas, élargir les possibles en matière de parenté et légitimer la démarche de ceux qui ont recours à des tiers pour réaliser un projet parental ne pourra, à terme, que créer un meilleur avenir pour les nombreux enfants qui émergent de cette matrice.

<sup>174</sup> Jean Carbonnier, « Terre et Ciel dans le droit du mariage » dans *Le droit privé français au milieu du XX<sup>e</sup> siècle, études offertes à Georges Ripert*, t. 1, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950, 325.

<sup>175</sup> Descamps, *supra* note 146 à la p. 87.

<sup>176</sup> *Ibid.* à la p. 85.