



Le XVIIIe Congrès International de droit comparé
25 juillet - 1er août 2010
Washington, DC

Thème II A2 La gestation pour autrui

Rapport du Canada et Québec

Entre clandestinité et vérité : état du droit canadien et québécois sur la question des mères porteuses

(31 mars 2010)

Louise Langevin
Professeure titulaire
Faculté de droit
Université Laval
Québec, Canada
Louise.langevin@fd.ulaval.ca

Marie-Catherine Bolduc
étudiante
Faculté de droit
Université Laval
Québec, Canada

Au printemps 2009, la pratique des « mères porteuses » faisait la manchette des journaux québécois¹. Un juge venait de refuser un projet d'adoption². La conjointe du père biologique (le couple demandeur) d'une enfant voulait adopter cette enfant, avec le consentement de la mère porteuse gestationnelle. Les contrats de « mères porteuses » sont interdits en vertu du Code civil du Québec depuis 1994 (art. 541 C.c.Q.). Le juge a refusé d'instrumentaliser le meilleur intérêt

¹ Voir Judith Lachapelle, « La maternité à l'heure des mères porteuses », *La Presse*, Montréal, 19 avril 2009, A-12 ; Brigitte Breton, « Maternité à risques », *Le Soleil*, Québec, 28 mars 2009, p. 48 ; Denise Bombardier, « Porter un enfant », *Le Devoir*, Montréal, 21 mars 2009 C-5 ; Christian Rioux, « La mère porteuse, à quel prix ? », *Le Devoir*, Montréal, 23 mars 2009 A-1. Sur le même débat en France, voir Sylviane Agacinski, *Corps en miettes*, Paris, Flammarion, 2009 ; Christian Rioux, « L'enfant à tout prix », *Le Devoir*, Montréal, 27 juin 2008 A-3.

² *X sub. nom. Adoption-091*, 2009 QCCQ 628, EYB 2009-154793 (C.Q.) (chambre de la jeunesse, 6 janvier 2009).

de l'enfant et l'adoption. L'enfant se retrouvait ainsi sans mère sur les documents de l'état civil. La seule erreur stratégique de ce couple, qui avait utilisé les services d'une mère porteuse pour 20 000 \$, fut sa franchise envers le juge : l'avocate du couple a informé le juge dès le départ que la mère porteuse consentait à l'adoption, que l'enfant avait été remise à sa mère sociale deux jours après sa naissance et que celle-ci considérait l'enfant comme la sienne. Elle avait d'ailleurs obtenu un congé de maternité. Mère de cinq enfants, la mère porteuse avait déjà agi comme gestatrice. La conjointe du père biologique, déjà mère de deux enfants d'une union précédente, avait eu recours à la procréation médicalement assistée sans succès. Son médecin de la clinique de fertilité l'avait mise en contact avec une avocate qui s'occupait de l'adoption d'enfants issus de la pratique des mères porteuses. Encouragé par le succès d'autres couples qui avaient adopté un enfant issu de la maternité de substitution sans problème, le couple demandeur espérait contourner la loi, bien qu'il savait très bien que la mère porteuse demeurerait la mère légale de l'enfant, si elle décidait de le garder et qu'il n'avait aucun moyen juridique de faire respecter l'entente. Ils étaient conscients des risques qu'ils prenaient³.

Un certain nombre de couples dans la même situation ont procédé par l'adoption, mais sans dévoiler leurs projets au tribunal⁴. L'importance du phénomène est difficile à évaluer⁵ et elle le sera davantage depuis ce jugement de la Cour du Québec. Mais une rapide recherche sur Internet permet de trouver facilement des femmes qui désirent être mères porteuses et des couples qui

³ Pour un reportage avec la mère sociale, en ligne, Radio-Canada : <http://www.radio-canada.ca/emissions/24_heures_en_60_minutes/2008-2009/Entrevue.asp?idDoc=77447>.

⁴ Voir *O.F. c. J.H.* [2005] R.D.F. 475 (C.Q.) : il s'agit d'une ordonnance de placement de deux enfants pour adoption auprès de conjoints de même sexe. Un des conjoints, qui sont mariés, est le père biologique des deux enfants nés en Ontario. La mère biologique a consenti à l'adoption. Le requérant, conjoint du père biologique, demande aussi que le nom des deux pères apparaisse sur l'acte de l'état civil lorsque l'adoption sera présentée. Le juge conclut que selon le Code civil du Québec, il est possible pour un enfant d'avoir deux pères sur son certificat de naissance. Il n'est jamais fait mention que la mère biologique agissait comme mère porteuse.

⁵ La clinique de fertilité OVO de Montréal suivrait une dizaine de grossesse de mère porteuse chaque année. Voir Lachapelle, *supra* note 1. Pour un cas de mère porteuse, voir Josée Guimond, « Mères porteuses : un vide juridique au Québec », *Le Soleil*, Québec, 25 septembre 2008 à la p. 16.

cherchent ardemment des mères porteuses⁶. Les médias révèlent des cas de femmes québécoises qui ont fait affaire avec une mère porteuse gestatrice en Inde, vu la rapidité de réalisation du projet, la qualité des services, et les coûts moins élevés qu'ailleurs⁷.

À la suite de ce jugement, l'opinion publique s'est indignée devant le fait qu'une enfant n'ait pas de mère - et les conséquences juridiques - et devant un juge insensible au meilleur intérêt de l'enfant et à la volonté de toutes les parties. Pourquoi le droit venait-il rompre « un arrangement merveilleux »⁸ ? Certains ont même soulevé le « droit à l'enfant⁹ » des parents et le caractère possiblement discriminatoire de la disposition : des couples homosexuels ne peuvent recourir à cette technique pour avoir des enfants, alors que des couples de lesbiennes peuvent être mères. Des cliniques de procréation assistée, qui utilisent la technique des mères porteuses gestationnelles, - qui reçoivent un embryon sans fournir de matériel génétique - , et le stratagème de l'adoption pour contourner la loi, ont même demandé une modification du Code civil¹⁰. D'autres ont réclamé un débat public sur cette question, qui porte atteinte à une conception traditionnelle de la maternité et de la famille¹¹. D'autres formes de familles et de filiations sont

⁶ Voir, entre autres, Forum.aufeminin.com ; surrogatefinder.com ; surrogateMother.com. et le site d'une avocate torontoise spécialisée dans le domaine, Sherry Levitan <www.fertilitylaw.ca/surrogacy.shtml>. Il est à noter que ce genre de publicité en matière de contrats de mère porteuse, tout comme les contrats commerciaux de mère porteuse sont interdits au Canada, art. 6, *Loi sur la procréation assistée*, L.C. 2004, ch. 2. Comment Procréation Assistée Canada, agence de surveillance de la loi, fera-t-elle pour contrôler Internet ?

⁷ Voir le reportage sur un couple québécois dont la femme n'a plus d'utérus, et qui se rend en Inde pour faire affaire avec une clinique de fertilité et une mère porteuse. Ventres à louer, Une heure sur terre, en ligne : http://www.radio-canada.ca/emissions/une_heure_sur_terre/2009-2010/Reportage.asp?idDoc=106707.

⁸ Comme le qualifie la juge dans la décision ontarienne *J.R. v. L.H.*, (2002), 117 A.C.W.S. (3d) 276 (C.S. On.) au para 1. Voir *supra*.

⁹ Voir Laura Shanner, « The Right to Procreate : when Rights Claims have gone Wrong » (1995) 40 McGill Law Journal 823 ; Dana Hnatiuk, « Proceeding with Insufficient Care : A Comment on the Susceptibility of the *Assisted Human Reproduction Act* to Challenge Under Section 7 of the Charter » (2007) 65 University of Toronto Faculty of Law Review 39.

¹⁰ Voir Judith Lachapelle, « Mères porteuses : il faut changer la loi, selon un expert », *La Presse*, Montréal, 19 mars 2009.

¹¹ Voir Nathalie Collard, « Éthique et utérus », *La Presse*, Montréal, 21 avril 2009, A-22.

acceptées, pourquoi pas celle-là ? Le droit québécois serait-il en retard sur la réalité sociale ? De plus, pour certains, il est difficile de comprendre pourquoi le contrat de mère porteuse gratuit est permis dans certaines provinces canadiennes et pas au Québec. Dans son rapport d'octobre 2009, la Commission de l'éthique de la science et de la technologie du Québec vient de recommander au gouvernement québécois de maintenir le principe de la nullité des contrats de gestation pour autrui, tel que le prévoit le Code civil depuis 1994¹².

L'objectif du texte est de présenter l'état du droit canadien et québécois sur la question de la gestation pour autrui dans un contexte où le recours à la procréation médicalement assistée est presque devenu courant¹³, où l'infertilité est considérée comme une maladie, où certains reconnaissent un droit de procréer et où l'adoption est de plus en plus difficile. Nous analysons la loi, la jurisprudence et la doctrine dans le domaine au Canada et au Québec. Comme le Canada est un État fédéral, notre texte est divisé en deux parties : d'abord, le droit fédéral et ensuite, le droit provincial. Rappelons que le droit civil s'applique au Québec en matière de contrat de mère porteuse et que les autres provinces canadiennes sont régies par la common law. Nous ne reviendrons pas sur les critiques concernant la pratique des mères porteuses qui sont demeurées les mêmes depuis plus de 30 ans¹⁴. Notons cependant que de plus en plus d'études empiriques remettent en question l'idée selon laquelle cette pratique soit nécessairement une source d'oppression pour les femmes qui s'y soumettent¹⁵. Nous prenons position contre cette pratique,

¹² Québec, Commission de l'éthique de la science et de la technologie, *Éthique et procréation assistée : des orientations pour le don de gamètes et d'embryons, la gestation pour autrui et le diagnostic préimplantatoire*, 30 octobre 2009.

¹³ La fécondation *in vitro* est un acte entièrement remboursé par le régime d'assurance-maladie du Québec (maximum de trois essais), comme elle l'est déjà par les autres provinces. *Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée*, L.Q. 2009 c. 30.

¹⁴ Voir, entre autres, Jean-Louis Baudouin et Catherine Labrusse-Riou, *Produire l'homme : de quel droit ? Étude juridique et éthique des procréations artificielles*, Paris, PUF, 1987 aux pp. 107 et s. ; Lori Andrews, *Between Strangers : Surrogate Mothers, Expectant Fathers and Brave New Babies*, New York, Harper & Row, 1989.

¹⁵ Voir Brenda M. Baker, « A Case for Permitting Altruistic Surrogacy » (1996) 11: 2 *Hypathia* 34. Karen Busby analyse la recherche empirique américaine et britannique auprès de mères

parce qu'elle instrumentalise les femmes et les enfants. Le désir d'enfant ou le « droit à l'enfant » ne peut avoir préséance.

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

Le terme « mère porteuse » a attiré des critiques : une mère peut-elle être seulement « porteuse » ? Cette appellation est très réductrice et ramène la femme à un incubateur. Pour certains, elle reflète cependant la réalité : une forme d'exploitation des femmes. D'autres parlent plutôt de gestation pour le compte d'autrui, de maternité de substitution, ou de procréation pour autrui. Mais ces expressions présentent le désavantage d'évacuer la femme qui se soumet à cette pratique, de neutraliser et de masquer la réalité. Nous utiliserons l'expression « mère porteuse » pour désigner la femme qui se prête à cette pratique.

1. Le droit fédéral

Par la mise en vigueur de la *Loi sur la procréation assistée*¹⁶ en 2004, plus de dix ans après le dépôt du rapport final de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction

porteuses, « Revisiting The Handmaid's Tale : Feminist Theory Meets Empirical Research on Surrogate Motherhood » (copie obtenue de l'auteure).

¹⁶ *Supra* note 6. Pour un historique des interventions du gouvernement fédéral dans ce domaine, voir la brève chronologie dans les résumés législatifs de la bibliothèque du parlement au sujet du

(Commission Baird) chargée de se pencher sur la question¹⁷, le parlement canadien a criminalisé les contrats de mère porteuse avec rémunération¹⁸. Plus spécifiquement, cette législation a interdit « de rétribuer une personne de sexe féminin pour qu'elle agisse à titre de mère porteuse, d'offrir de verser [une] rétribution ou de faire de la publicité pour le versement d'une telle rétribution »¹⁹. La *Loi sur la procréation assistée* a également interdit la rémunération d'un intermédiaire pour l'obtention des services d'une mère porteuse²⁰, ainsi que le fait d'induire une femme de moins de 21 ans à devenir mère porteuse ou de pratiquer un acte médical sur celle-ci à cette fin²¹. Une contravention à ces dispositions est d'ailleurs passible d'une amende maximale de 500 000 \$ et d'un emprisonnement maximal de dix ans ou de l'une de ces peines²². Le comportement de la mère porteuse ne peut être criminalisé. L'article 3 de la loi définit la mère porteuse comme « une personne de sexe féminin qui porte un embryon ou un fœtus issu d'une technique de procréation

projet de loi C-13 : *Loi concernant la procréation assistée*, en ligne : Légisinfo <http://www2.parl.gc.ca/Sites/LOP/LegislativeSummaries/Bills_ls.asp?lang=F&ls=C13&source=Bills_House_Government&Parl=37&Ses=2>.

¹⁷ Voir les recommandations n^{os} 199 à 205 dans son rapport, *Un virage à prendre en douceur : rapport final de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction*, Contrats de maternité de substitution, chap. 23, vol. 2, Ottawa, Ministre des services gouvernementaux, Groupe communication Canada, 1993, 2 volumes.

¹⁸ La loi a été adoptée en vertu de la compétence en droit criminel du Parlement fédéral, voir Glen Rivard et Judy Hunter, *The Law of Assisted Human Reproduction*, Markham, LexisNexis Butterworth, 2005 à la p. 28. Pourtant l'agence chargée de surveiller l'application de la loi n'est pas très active et des contrats de mère porteuse commerciaux se concluent. Voir Tom Blackwell, « The impotence of Canada's fertility laws ; embryos for sale, wombs for rent ; baby-making business is booming », *National Post*, 14 février 2009. Pour une critique de l'approche retenue, voir Rakhi Ruparelia, « Giving Away the 'Gift of Life' : Surrogacy and the Canadian Assisted Human Reproduction Act » (2007) 32 *Canadian Journal of Family Law* 11 ; Hnatiuk, *supra* note 8 ; Melody Chen, « Wombs for Rent : An Examination for Prohibitory and Regulatory Approaches to Governing Preconception Arrangements » (2003) 23 *Health Law in Canada* 33.

¹⁹ *Supra* note 6, art. 6 (1).

²⁰ *Ibid.*, art. 6 (2) et (3).

²¹ *Ibid.*, art. 6 (4).

²² *Ibid.*, art. 60.

assistée et provenant des gènes d'un ou de plusieurs donneurs, avec l'intention de remettre l'enfant à un donneur ou à une autre personne à la naissance. »

Au-delà de l'interdiction claire de contrats de mère porteuse commerciaux, la *Loi sur la procréation assistée*²³ ne se prononce pas sur la validité des contrats dits altruistes. Comme nous le verrons plus loin, des tribunaux provinciaux de common law ont reconnu indirectement la validité de ces contrats. Seul l'article 12 (1) c) de la loi qui prévoit les conditions permettant un remboursement à la mère porteuse de certains frais²⁴ peut sembler encadrer, voire reconnaître, les contrats de mère porteuse gratuits. La Commission Baird s'était prononcée contre ces contrats²⁵, tout comme le Comité permanent de la Santé de la Chambre des Communes²⁶.

Cette loi, comme les projets de loi antécédents, ont beaucoup été critiqués²⁷, entre autres au sujet de la prohibition à l'encontre des contrats commerciaux de mère porteuse. Elle peut constituer un empiètement par le gouvernement fédéral d'un champ de compétence provinciale. Il n'en fallait pas plus pour lancer un autre débat sur le partage des compétences entre le fédéral et les provinces. Ainsi, l'article 12 a été invalidé par la Cour d'appel du Québec en juin 2008 lors d'un renvoi sur la constitutionnalité de certaines sections de la *Loi sur la procréation assistée*²⁸. Dans

²³ *Supra* note 6.

²⁴ Les règlements permettant le remboursement des dépenses de la mère porteuse ne sont pas encore en vigueur. Le couple demandeur doit aussi obtenir un permis de Procréation Assistée Canada (PAC), l'agence chargée de surveiller l'application de la loi (art. 21 et s.). Cette agence, créée en 2006, jouit d'un budget annuel de 10 à 12 millions de dollars. Mais ses activités sont très réduites. Voir Procréation Assistée Canada (PAC), en ligne : < <http://www.ahrc-pac.gc.ca/index.php?lang=fra>>. Voir Blackwell, *supra* note 18.

²⁵ Voir les recommandations n^{os} 199 à 205 dans son rapport, *supra* note 17.

²⁶ Voir la recommandation n^o 10 du rapport, Canada, Comité permanent de la Santé de la Chambre des communes, *Assistance à la procréation : bâtir la famille*, décembre 2001.

²⁷ Voir, entre autres, Alison Harvison Young et Angela Wassunna, « Wrestling with the Limits of Law : Regulating New Reproductive Technologies » (1998) 6 *Health Law Journal* 239 ; Alison Harvison Young, « Let's Try Again... This Time With Feeling: Bill C-6 and New Reproductive Technologies » (2005) 38 *University of British Columbia Law Review* 123.

²⁸ *Renvoi fait par le gouvernement du Québec en vertu de la Loi sur les renvois à la Cour d'appel, L.R.Q. ch. R-23, relativement à la constitutionnalité des articles 8 à 19, 40 à 53, 60, 61,*

ce jugement, la Cour d'appel a jugé que plusieurs dispositions réglementant les pratiques de procréation assistée ne pouvaient pas se fonder sur la compétence fédérale en matière de droit criminel²⁹ et empiétaient ainsi sur la compétence des provinces en matière de service de santé³⁰. Cet arrêt a été porté en appel à la Cour suprême du Canada³¹. Les provinces de l'Alberta, du Nouveau-Brunswick et de la Saskatchewan appuient les arguments du Québec.

Il est important de spécifier que, bien que la *Loi sur la procréation assistée* ne se prononce pas sur la légalité des contrats altruistes, celle-ci réfère au droit provincial pour la détermination de la validité de tels contrats. En effet, la loi énonce que les interdictions visant les contrats de mère porteuse commerciaux n'ont pas pour effet de « porte[r] atteinte à la validité, en vertu du droit provincial, de toute entente aux termes de laquelle une personne accepte d'être mère porteuse »³². Ainsi, conformément au partage des compétences, il faudra se référer au droit des provinces pour déterminer la validité des contrats de mère porteuse n'impliquant pas rémunération.

2. Le droit provincial

68 de la *Loi sur la procréation assistée*, L.C. 2004, ch. 2, 2008 QCCA 1167 (autorisation de pourvoi à la C.S.C. autorisée, 32750, 24 avril 2009) Le Québec a répondu par la *Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée*, supra note 11, qui encadre la pratique des cliniques privées. La fécondation *in vitro* est un acte entièrement remboursé par le régime d'assurance-maladie du Québec.

²⁹ Le gouvernement fédéral a compétence en matière de droit criminel (art. 91 (27)), de trafic et commerce (art. 91 (2)), de prélèvement des impôts (art. 91 (3)), de pouvoir de dépenser et pour assurer la paix, l'ordre et le bon gouvernement. *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3 reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 5.

³⁰ Par exemple, les domaines, tels la gestion des services de santé, la réglementation des professionnels de la santé, les lois sur la protection de la vie privée et sur le don de tissus humains, sont du ressort des provinces, art. 92 (7), *Loi constitutionnelle de 1867*, *ibid.*

³¹ L'affaire a été entendue en avril 2009. Voir Judith Lachapelle, « Ottawa se défend d'empiéter sur la juridiction des provinces », *La Presse*, Montréal, 25 avril 2009, A-18. Voir Guy Tremblay, « La compétence fédérale et le projet de loi sur la procréation assistée » (2003) 44 *Cahiers de Droit* 295.

³² *Supra* note 6, art. 6 (5).

Le Québec a clairement interdit dans le Code civil les contrats de mère porteuse à titre onéreux ou gratuit, ce qui n'empêche pas des couples de recourir à cette pratique clandestine. Se pose la question de l'effectivité de la prohibition. Une province canadienne a légiféré dans le domaine et admet à certaines conditions cette pratique lorsque la mère porteuse gestationnelle est consentante. Dans d'autres provinces canadiennes, les tribunaux ont reconnu la parentalité de parents génétiques qui ont utilisé cette méthode. L'état du droit au Canada encourage certainement le « tourisme procréatif » du Québec, et des États-Unis, vers d'autres provinces canadiennes plus accueillantes.

2.1 Le Québec

Dans une section du Code civil intitulée « De la procréation médicalement assistée », à l'instar d'autres pays³³, le législateur québécois a clairement énoncé à l'article 541 C.c.Q. que « toute convention par laquelle une femme s'engage à procréer ou à porter un enfant pour le compte d'autrui est nulle de nullité absolue »³⁴. Cet article vise autant les conventions dans lesquelles la mère porteuse agit comme gestationnelle ou génitrice, avec rémunération ou à titre gratuit. L'effet principal de cette disposition est d'anéantir la possibilité de demander l'exécution forcée d'un contrat de mère porteuse devant un tribunal. Ainsi, bien que cet aspect soit déjà interdit par la loi fédérale, il serait impossible en droit québécois de réclamer un paiement en exécution du contrat de mère porteuse ou même la remise de l'enfant dans le cas d'un contrat à titre gratuit. Par nullité absolue, le Code civil entend un contrat qui porte atteinte à l'intérêt général (art. 1417 C.c.Q.). Toute personne qui a un intérêt né et actuel peut en demander la nullité (art. 1418

³³ Le Code civil français interdit aussi les conventions de maternité de substitution et est silencieux sur la possibilité d'adoption subséquente, art. 16-7. Le Code pénal français interdit les intermédiaires, art. 227-12, al. 3, 227-13. Voir Ass. Plen. 31 mai 1991, D. 1991, 417; Cass. Civ. 1ere, 29 juin 1994, J.C.P. 1995, ed. Gen. II. 22362, note Jacqueline Rubellin-Devichi ; Michela Marzano, dir., *Dictionnaire du corps*, s.v. « mère porteuse », Paris, PUF, 2007 à la p. 577. La position française pourrait changer. Voir Groupe de travail sur la maternité de substitution, Rapport d'information, n° 421, Sénat, session ordinaire de 2007-2008.

³⁴ Le Barreau du Québec et le Conseil du Statut de la femme s'étaient prononcés contre les contrats de mère porteuse. Voir Barreau du Québec, Comité sur les nouvelles technologies de reproduction, *Rapport du Comité sur les nouvelles technologies de reproduction* (1988) 48 Revue du Barreau, supplément, avril 1988, p. 39 ; Conseil du Statut de la femme, *Les grossesses sous contrat*, Québec, Conseil du Statut de la femme, 1987.

C.c.Q.). Bien que cette forme de contrat soit non exécutoire devant les tribunaux, la pratique du contrat gratuit n'est pas criminalisée. Ainsi, certains ont avancé que même si le contrat est nul, la pratique n'est pas interdite, le législateur ne s'étant pas clairement prononcé³⁵. Aucune sanction civile ou criminelle n'est prévue pour les intermédiaires (cliniques de fertilité, médecins, avocats, agences de rencontres, etc.).

Même sans l'interdiction claire de l'article 541 C.c.Q., ce genre de convention, qui porte atteinte à la dignité de la femme et de l'enfant, aurait été interdit par l'ordre public (art. 9, 1373, al. 2 et 1413 C.c.Q.)³⁶. La pratique contrevient à l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes. De plus, rappelons que le droit à l'avortement est reconnu au Canada et que le père en puissance ne peut forcer une femme enceinte à poursuivre sa grossesse ou l'en empêcher³⁷.

Le versement d'une somme d'argent en contrepartie d'un contrat de gestation est également sanctionné par la *Loi sur la protection de la jeunesse*, qui interdit à quiconque de donner ou de recevoir un paiement ou avantage en échange d'un consentement à l'adoption, d'un placement en adoption ou de l'adoption d'un enfant³⁸. Ce type de prohibition pourrait ainsi viser les contrats de mère porteuse commerciaux incluant une clause par laquelle la mère porteuse s'engage à donner un consentement en vue d'une adoption.

Le Code civil ne prévoit pas les conséquences d'un contrat clandestin en regard de l'établissement de la filiation de l'enfant né. Comme le contrat de gestation pour autrui ne peut

³⁵ Voir Monique Ouellette, « Le Code civil du Québec et les nouvelles techniques de reproduction », *Les aspects juridiques liés aux nouvelles techniques de reproduction*, Collection d'études de la Commission sur les nouvelles techniques de reproduction, Ottawa, Ministre des services gouvernementaux, Groupe communication Canada, 1993, 693 à la p. 698.

³⁶ Voir Jean Pineau, Danielle Burman et Serge Gaudet, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Thémis, 2001 à la p. 314, au para 162 ; Baudouin et Labrusse-Riou, *supra* note 14 aux pp. 115 et s.

³⁷ Voir *R. c. Morgentaler, Smoling et Scott*, [1988] 1 R.C.S. 30 ; *Daigle c. Tremblay*, [1989] 2 R.C.S. 530 ; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925 ; *Dobson (tuteur à l'instance de) c. Dobson*, [1999] 2 R.C.S. 753.

³⁸ *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q. c. P-34.1, art. 135.1 et 135.1.3.

être mis en preuve, la filiation de l'enfant sera déterminée selon les règles usuelles³⁹. Au Québec, celles-ci prévoient, comme premier moyen d'établissement de la filiation, le recours à l'acte de naissance⁴⁰. Or cet acte est dressé, en partie, en fonction du constat de naissance, document qui indique la femme ayant donné naissance à l'enfant⁴¹. Ainsi, qu'il s'agisse d'un contrat de gestation sans apport biologique (la mère porteuse agit à titre de gestatrice) ou, à plus forte raison, un contrat de mère porteuse traditionnel (elle fournit l'ovule), la mère porteuse sera la mère légale de l'enfant⁴². La filiation paternelle, quant à elle, sera également établie en fonction des règles courantes, c'est-à-dire soit par l'acte de naissance, par possession d'état, par présomption de paternité ou en dernier lieu, et en l'absence d'une filiation autrement établie, par reconnaissance volontaire de paternité. Ainsi, dépendamment des circonstances, la filiation paternelle de l'enfant pourra être établie en faveur du père biologique de l'enfant ou du conjoint de la mère porteuse si, par exemple, une présomption de paternité pouvait s'appliquer⁴³. Deux cas peuvent se présenter⁴⁴.

- D'abord, si la mère porteuse (génitrice ou gestationnelle) désire garder l'enfant, elle est la mère (son nom apparaît sur le constat de naissance, art. 111 C.c.Q.). Elle peut indiquer le nom de son mari ou de son conjoint (en union civile) comme père dans la déclaration de naissance (art. 114 C.c.Q.). En cas de silence de la déclaration de naissance, son mari ou son conjoint (union civile) est alors présumé le père de l'enfant (art. 538.3 C.c.Q.). Il peut contester sa paternité (art. 539 C.c.Q.). Si le conjoint de la mère porteuse ne conteste pas sa paternité, le père biologique devient un simple donneur de sperme (art. 538.2 C.c.Q.) et

³⁹ Art. 111 C.c.Q. Voir Mireille D.-Castelli et Dominique Goubau, *Précis de droit de la famille*, Saint-Nicolas, Les Presses de l'Université Laval, 2000 à la p. 171.

⁴⁰ Art. 523 C.c.Q.

⁴¹ Art. 111 C.c.Q. Voir Mireille D.-Castelli et Dominique Goubau, *Le droit de la famille au Québec*, 5^e édition, Saint-Nicolas, Les Presses de l'Université Laval, 2005 à la p. 197.

⁴² Art. 111 C.c.Q.

⁴³ Voir Jean Pineau et Marie Pratte, *La famille*, Montréal, Thémis, 2006 à la p. 684.

⁴⁴ Voir Michelle Giroux qui aborde ces situations, « L'encadrement de la maternité de substitution au Québec et la protection de l'intérêt de l'enfant » (1997) 28 *Revue générale de droit* 535.

ne peut réclamer sa paternité. Tout se passe comme s'il n'y avait pas eu d'entente de gestation pour autrui. Les tribunaux ne sont d'aucun secours pour le père biologique ou sa conjointe. Il semble ici que la mère porteuse doive procéder rapidement pour déclarer son conjoint comme père de l'enfant puisque le père biologique pourrait déclarer sa paternité avant le mari de la mère porteuse, auquel cas un tribunal devra décider qui aura la garde de l'enfant.

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

Comme nous l'avons vu, un jugement de la Cour du Québec (chambre de la jeunesse)⁴⁵ a refusé d'entériner la pratique, qui consiste à manipuler la finalité des règles du consentement spécial à l'adoption pour contourner les règles de filiation s'appliquant aux contrats de mère porteuse⁴⁶. Le juge rejette la situation du fait accompli et refuse de permettre à des personnes de faire indirectement ce que la loi ne permet pas de faire directement. Le « critère passe-partout de l'intérêt de l'enfant » ne peut rendre légale une situation planifiée et illégale. « Faut-il, au nom d'un soi-disant « droit à l'enfant », avaliser le détournement de l'institution d'adoption ? »⁴⁷ Le juge considère que l'enfant n'a pas droit à une filiation maternelle à tout prix⁴⁸. Dans cette

⁴⁵ *Adoption – 091, supra* note 2.

⁴⁶ Art. 551 C.c.Q. Dès 1994, une auteure suggérait cette façon de faire : voir Sonia Le Bris, « Procréation médicalement assistée et parentalité à l'aube du 21^e siècle » [1994] 1 Cours de perfectionnement du notariat 133 à la p. 158.

⁴⁷ *Supra* note 2 au para n^o 61.

affaire, rien n'avait été laissé au hasard par les parties pour contourner la loi. Bien que la mère n'ait pas accouché sous X, ce qui n'est pas permis au Québec (c'est l'accoucheur qui dresse le constat de naissance, art. 111 C.c.Q.), elle n'avait pas rempli la déclaration de naissance, seul le père l'ayant fait.

Ce jugement a été critiqué parce qu'il ne tient pas compte du meilleur intérêt de l'enfant, et parce qu'il établit des distinctions entre les enfants en fonction des circonstances de leur naissance, ce qu'interdit l'article 522 C.c.Q.⁴⁹. La prohibition des contrats de mère porteuse n'aurait fait que rendre la pratique clandestine. Une situation à peu près identique en Ontario a connu un autre dénouement : la juge a déclaré que le couple demandeur, parents génétiques par une fécondation *in vitro*, était les parents de l'enfant issu d'une mère porteuse⁵⁰. Quant à l'importance d'une filiation maternelle, la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *A.A. v. B.B.*⁵¹ a suivi le chemin contraire de la Cour supérieure du Québec : la déclaration de parentalité est importante tant pour le parent requérant que pour l'enfant⁵².

Pourtant on ne peut reprocher au juge d'avoir appliqué le droit. Si le législateur a interdit ce genre de contrat au nom du meilleur intérêt de l'enfant, un tribunal aujourd'hui ne peut cautionner une telle pratique pour la même raison. Le juge aurait-il dû combler le silence du législateur quant aux conséquences de la pratique clandestine de la maternité de substitution ? Peut-on déduire de ce silence que l'adoption est possible ? Certes les intérêts d'un enfant sont en jeu, mais d'autres

⁴⁸ La conjointe du père biologique de l'enfant ne jouit donc pas de l'autorité parentale, et ne peut intervenir d'un point de vue juridique dans la vie de l'enfant.

⁴⁹ Pour une critique, voir Ginette Durand-Brault (juge retraitée de la Cour du Québec), « Recul pour les droits des enfants », *La Presse*, Montréal, 18 mars 2009. En 1992, Monique Ouellette affirmait : « Il serait malheureux que des techniques nouvelles, fussent-elles illégales, recréent un statut d'illégitimité disparu de notre droit. » *supra* note 35 à la p. 699. En 1997, une auteure proposait de permettre l'adoption spéciale dans un tel cas au nom du meilleur intérêt de l'enfant, Giroux, *supra* note 44.

⁵⁰ *J.R. v. L.H.* (2002), *supra* note 7.

⁵¹ *A.A. v. B.B.* (2007), 83 O.R. (3d) 561 (C.A.On.).

⁵² Voir aussi dans le même sens la décision *Rypkema v. British Columbia*, [2003] B.C.J. n° 2721.

intérêts sont soulevés : ceux des femmes qui se portent volontaires, ceux des enfants et des conjoints de ces femmes. En validant ce « montage », le juge n'aurait-il pas permis l'adoption privée ? Et que dire du montant de 20 000 \$ versés à la mère porteuse : s'agit-il de rémunération ou de remboursement des dépenses ? Et si le couple demandeur avait attendu quelques années avant de présenter la requête en adoption, le juge aurait-il été obligé de prendre en compte le meilleur intérêt de l'enfant pour régulariser la situation ? Le Directeur de l'état civil du Québec ne possède pas une politique pour régler ces questions et il ne peut compléter la déclaration de naissance, puisque seuls les parents peuvent déclarer la filiation d'un enfant à leur égard (art. 114 C.c.Q.).

Des auteurs préfèrent la protection de l'intérêt immédiat de l'enfant, lorsque la mère porteuse y consent, bien que cette solution favorise le détournement de la loi⁵³. D'autres s'opposent à l'adoption pour régulariser la situation⁵⁴. Des auteurs avaient déjà prévu les conséquences de l'interdiction de la maternité de substitution sans véritables pénalités⁵⁵. L'affaire américaine de *Baby M* n'était pas étrangère à cette prise de conscience⁵⁶. La Commission Baird l'avait souligné⁵⁷. Certains avaient proposé d'aller plus loin et de pénaliser tous les intermédiaires⁵⁸, de

⁵³ Voir Pineau et Pratte, *supra* note 43 à la p. 685 ; Giroux, *supra* note 44 ; Le Bris, *supra* note 46 à la p. 158.

⁵⁴ Voir opinion de Michel Tétrault, *Droit de la famille*, 3^e éd., Cowansville, Blais, 2005, chap. 9.9 ; Benoît Moore, « Quelle famille pour le XXI^e siècle ? : Perspectives québécoises » (2003) 20 *Canadian Journal of Family Law* 57 au para n^o 23 et s.

⁵⁵ Voir Carmen Lavallée, « Le secret de l'adoption en France et au Québec » (1996) 27 *Revue générale de droit* 441 aux pp. 461 et s. ; Conseil du Statut de la femme, *supra* note 34 ; Barreau du Québec, *supra* note 34 ; Le Bris, *supra* note 46 ; Giroux, *supra* note 44 ; Baudouin et Labrusse-Riou, *supra* note 14 ; Commission des droits de la personne du Québec, *Commentaires sur le projet de loi 125, Code civil du Québec*, 1991 à la p. 83.

⁵⁶ *In re Baby 'M'*, 217 N.J. super. 313; 525 A.2d 1128; 1987 N.J. super. Lexis 1113 (N.J.) super. Ct. App. Div. 1987). La mère porteuse avait décidé de garder son enfant. La Cour suprême du New-Jersey a décidé que le contrat ne pouvait faire l'objet d'une exécution forcée étant donné qu'il était contraire à l'ordre public et aux dispositions de la loi du New-Jersey qui interdisaient le paiement pour adoption. Malgré cette qualification, la Cour a conclu que, dans l'intérêt de l'enfant, il était préférable de confier la garde de celui-ci aux parents sociaux.

⁵⁷ *Supra* note 17 à la p. 690.

n'accorder aucun droit préférentiel d'adoption⁵⁹. Alors le législateur aurait-il dû permettre la pratique tout en l'encadrant (réglementer les sommes versées, prévoir des avis juridiques indépendants et de l'aide psychologique pour la mère porteuse, etc.) pour éviter des situations comme celle décrite dans le jugement de la Cour du Québec de janvier 2009 ?

Cette décision reflète un changement dans les mentalités québécoises. Lors des travaux de réforme du Code civil du Québec dans les années 1980, l'opinion populaire condamnait cette pratique. Qu'en est-il aujourd'hui ? Déjà en 1993, la Commission Baird témoignait de l'absence de consensus sur ce sujet :

Nous avons constaté que les opinions sont très variées et difficiles à cataloguer. Elles vont d'une opposition farouche à ces contrats, quelque forme qu'ils puissent revêtir, à l'acceptation et même à l'encouragement par des politiques qui les réglementeraient, les feraient respecter et permettraient la prestation des services médicaux nécessaires. Entre ces pôles, certains s'opposent aux contrats à titre onéreux, mais toléreraient des contrats à titre gratuit, particulièrement dans les cas où c'est la santé de la femme demandeuse qui a été la raison déterminante du contrat de maternité de substitution; certains autres jugeraient les contrats à titre onéreux acceptables s'il y avait certains mécanismes de protection ou certains règlements; et d'autres enfin n'encourageraient pas eux-mêmes les contrats de maternité de substitution (à titre gratuit) ou n'y participeraient pas, mais n'interdiraient pas à d'autres de le faire.⁶⁰

Sommes-nous devant la situation que le législateur voulait éviter : la pratique se poursuit clandestinement et les femmes et les enfants ne sont pas protégés. Des rémunérations sont versées aux mères porteuses, des cliniques, des avocats, des juges et le Directeur de l'état civil collaborent, des enfants sont échangés, des lois sont détournées. Voilà l'exemple parfait d'une loi qui a manqué sa cible. À quoi sert la prohibition du Code civil ? Un médecin d'une clinique de fertilité affirme qu'il préfère superviser les mères porteuses (spécialement celles à qui sa clinique

⁵⁸ Barreau du Québec, *supra* note 34 à la p. 30.

⁵⁹ Barreau du Québec, *supra* note 34 à la p. 30.

⁶⁰ *Supra* note 17 à la p. 754.

a implanté un embryon) plutôt que de les laisser sans aide⁶¹. Peut-on voir une façon pour le milieu de se policer lui-même ?

Ce jugement soulève aussi le rôle des avocats. En contournant l'interdiction des contrats de mère porteuse par l'absence d'inscription de la mère à l'acte de naissance ou dans la déclaration de naissance et par l'adoption de l'enfant issu de l'entente, les avocats dans les dossiers font-ils preuve d'imagination et font-ils avancer le droit pour répondre aux besoins des justiciables ? Ou plutôt défient-ils ouvertement le droit et portent-ils atteinte au *Code de déontologie des avocats*⁶² ? L'avocat ne peut conseiller ou encourager son client à poser des actes qu'il sait être illégaux ou frauduleux⁶³. Le Comité sur les nouvelles technologies de reproduction du Barreau du Québec recommandait de déclarer contraire à l'éthique professionnelle de l'avocat la rédaction de tels contrats⁶⁴.

Au final, ce jugement lance un message clair aux couples demandeurs, à leurs avocats et aux cliniques de fertilité qui s'engagent dans cette voie : ce sera l'enfant qui subira les conséquences juridiques des décisions de ses géniteurs.

La nullité des contrats de mère porteuse commerciaux ou gratuits fait en sorte que les couples d'hommes ne peuvent recourir légalement à cette pratique. Ils doivent utiliser l'adoption pour contourner la loi⁶⁵. Pourrait-il s'agir d'un article discriminatoire à leur égard en vertu de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁶⁶ ou de l'article 10 de la *Charte des droits et*

⁶¹ Voir Lachapelle, *supra* note 1.

⁶² L.R.Q., c. B-1, r.1.

⁶³ Art. 4.02.01 g), *Code de déontologie des avocats, ibid.*

⁶⁴ *Supra* note 34 à la p. 30.

⁶⁵ Voir comme exemple de cette pratique *O.F. c. J.H.*, *supra* note 4.

⁶⁶ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

*libertés de la personne*⁶⁷ du Québec ? L'article 541 C.c.Q. traiterai-t-il différemment les couples homosexuels par rapport aux couples hétérosexuels qui peuvent avoir accès à cette pratique, ou même par rapport à des couples de lesbiennes qui peuvent recourir à d'autres techniques de procréation médicalement assistée. Les couples d'homosexuels ne pourraient avoir recours à la procréation assistée. Il faudrait faire la preuve que ce traitement désavantageux, fondé sur l'orientation sexuelle, perpétue des stéréotypes à l'égard des couples gays. Par ailleurs, en supposant qu'il y ait atteinte au droit à l'égalité des couples gays ou même à leur liberté de choix (art. 2, 7 *Charte canadienne*⁶⁸), ces droits pourraient être restreints en vertu de l'article 1 de la *Charte canadienne* et de l'article 9.1 de la *Charte du Québec*. D'autres intérêts devraient être pris en compte, dont les droits fondamentaux des femmes pour qui cette pratique constitue une forme d'abandon anticipée sur l'enfant à naître, une réification de leur capacité de reproduction et de l'enfant, et une privatisation de l'adoption.

Un couple demandeur québécois qui aurait adopté à l'étranger un enfant issu de la pratique de mère porteuse doit respecter les règles du Code civil en matière d'adoption internationale. Les autorités québécoises ont compétence si l'enfant ou le demandeur a son domicile au Québec (art. 3092 C.c.Q.)⁶⁹. Selon l'article 563 C.c.Q., toute personne qui veut adopter un enfant hors Québec doit préalablement subir une évaluation psychosociale. L'adoption d'enfant hors Québec doit être prononcée soit à l'étranger, soit judiciairement au Québec. La décision prononcée à l'étranger doit faire l'objet d'une reconnaissance judiciaire au Québec (art. 565 C.c.Q.). Le tribunal appelé à reconnaître une décision d'adoption rendue hors du Québec s'assure que les règles concernant le consentement à l'adoption et à l'admissibilité à l'adoption de l'enfant ont été respectées (art. 574 C.c.Q.).

2.1 Les provinces de Common Law

⁶⁷ L.R.Q., c. C-12.

⁶⁸ Voir pour des arguments au sujet de la violation de l'article 7 de la *Charte canadienne*, Hnatiuk, *supra* note 8 ; Chen, *supra* note 18.

⁶⁹ Voir Claude Emmanuelli, *Droit international privé québécois*, collection bleue, Montréal, Wilson et Lafleur, 2001 à la p. 85 au n^o 170, à la p. 240 et s. aux n^{os} 463 et s.

Dans les autres provinces du Canada, la validité des contrats de mère porteuse altruistes n'est pas encore réglée. Les cours de justice ont, à plusieurs reprises, accepté d'établir une filiation en faveur des parents sociaux d'un enfant né d'une mère porteuse. Toutefois ces décisions portaient toutes sur des demandes non contestées et dans la majorité des cas, les contrats de gestation n'impliquaient aucun lien génétique entre la mère porteuse et l'enfant⁷⁰. L'Alberta est la seule province qui a légiféré dans ce domaine. L'état du droit en Ontario, en Colombie-Britannique, en Alberta, en Nouvelle-Écosse et à Terre-Neuve et Labrador sera abordé.

2.1.1. L'Ontario

En 1985, dans son rapport sur les technologies de reproduction, la Commission de réforme du droit de l'Ontario recommandait de permettre les contrats de mère porteuse pour éviter les situations clandestines, mais de les encadrer pour assurer la protection de toutes les parties. La recommandation ne fut pas suivie.

Le jugement *J.R. v. L.H.*⁷¹ de l'Ontario constitue le point de référence quant à l'établissement d'une filiation en lien avec un contrat de mère porteuse. Dans cette affaire, la demande de filiation présentée par les parents biologiques des enfants n'était pas contestée par la mère porteuse et son mari. Dans son jugement, la juge Kiteley mentionne, d'entrée de jeu, que les parties ont collaboré à un contrat de gestation pour autrui et que la demande dont elle est saisie est simplement l'aboutissement légal d'un « arrangement merveilleux »⁷². Plus loin toutefois, elle

⁷⁰ Il faut toutefois noter l'arrêt *Re Ontario Birth Registration # 88-05-045846*, [1990] O.J. n° 608 (Prov. Ct. (Fam.Div.)) (Q.L.), dans lequel la mère porteuse était la fille de la mère sociale. La Cour a accepté la demande d'adoption, qui n'était d'ailleurs pas contestée par la mère porteuse, en raison du meilleur intérêt de l'enfant.

⁷¹ *J.R. v. L.H.*, *supra* note 7 ; voir Mary Jane Mossman. *Families and the Law in Canada : Cases and Commentary*, Toronto, Edmond Montgomery Publications, 2004 à la p. 200 ; Rivard et Hunter, *supra* note 17 à la p. 131.

⁷² *J.R. v. L.H.*, *supra* note 7 au para 1.

rappelle que la requête ne met pas en jeu la question de l'exécution forcée d'un contrat de mère porteuse⁷³.

En examinant la question de la filiation des parents sociaux, la juge déclare que ceux-ci ont droit à une reconnaissance légale parce qu'ils sont les parents biologiques des enfants⁷⁴. Elle se sert donc de l'article 4 de la *Loi portant réforme du droit de l'enfance (L.R.D.E.)*⁷⁵, loi qui encadre de façon générale la filiation des enfants, pour faire une déclaration de maternité et de paternité en ce sens.

Après avoir établi la filiation légale envers les parents biologiques, la juge se penche sur la détermination de la filiation du mari de la mère porteuse. Elle énonce que la présomption de paternité qui s'applique à ce dernier en fonction de l'article 8 *L.R.D.E.* est réfutée. À la suite de cette conclusion, elle se sert de l'article 97 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires (L.T.J.)*⁷⁶ pour effectuer une déclaration de « non paternité » à son égard.

Enfin, quant à la filiation de la mère porteuse, la juge établit que cette dernière est la « mère de naissance » des enfants en vertu de l'article 1 de la *Loi sur les statistiques de l'état civil (L.S.É.C.)*⁷⁷. En raison de cette qualification, la juge spécifie que, si la requête avait été conflictuelle, elle aurait dû déterminer si l'article 4 *L.R.D.E.* permet de nommer deux mères légales aux enfants. Toutefois, elle conclut que, dans le cas présent, étant donné que la requête n'est pas contestée, une telle démarche ne s'avère pas nécessaire. De la même façon que pour le mari de la mère porteuse, elle se sert de l'article 97 *L.T.J.* pour faire une déclaration de « non-maternité » envers cette dernière.

⁷³ *Supra* note 7 au para 8.

⁷⁴ *Supra* note 7 au para 11.

⁷⁵ L.R.O. 1990, c. C-12, ci-après citée *L.R.D.E.*

⁷⁶ L.R.O. 1990, c. C-43, ci-après citée *L.T.J.*

⁷⁷ L.R.O. 1990, c. V-4, ci-après citée *L.S.É.C.*

Après avoir complété son analyse, la juge Kiteley refuse de se prononcer sur la nécessité d'examiner le critère du meilleur intérêt de l'enfant dans ce type de demande⁷⁸. Elle spécifie toutefois que, de toute façon, la reconnaissance de filiation effectuée dans le cas présent remplirait ce critère. Elle conclut en ordonnant que l'acte de l'état civil reflète les déclarations prononcées.

Une partie de l'analyse développée dans l'arrêt *J.R. v. L.H.* fut complétée dans l'arrêt *A.A. v. B.B.*⁷⁹ de la Cour d'appel de l'Ontario. Sans porter sur la maternité de substitution, cette affaire aborde la possibilité de donner à un enfant une deuxième filiation maternelle à l'égard de la conjointe de sa mère biologique. L'adoption par la conjointe ne constituait pas une solution puisque que le couple de même sexe voulait que l'enfant conserve ses liens avec son père biologique qu'il voyait régulièrement. Répondant d'une certaine façon à l'interrogation de la juge Kiteley, la Cour d'appel a énoncé que l'article 4 *L.R.D.E.* ne permettait pas une telle possibilité. Toutefois, la Cour a accordé la déclaration de maternité recherchée en se fondant sur sa compétence *parens patriae*⁸⁰.

Dans son analyse de la loi, et plus spécifiquement de l'article 4 de celle-ci, la Cour a rappelé que cet article pouvait fonder des déclarations de paternité ou de maternité en l'absence de tout lien biologique⁸¹. La Cour a également conclu que la *L.R.D.E.* comportait un « vide législatif » en ce sens que la loi n'avait pas été conçue dans l'optique des parents de même sexe ou des avancées dans les techniques de reproduction⁸².

⁷⁸ *Supra* note 7 au para 20.

⁷⁹ *A.A. v. B.B.*, *supra* note 51.

⁸⁰ Expression latine signifiant « père de la patrie » et qui qualifie le pouvoir inhérent de l'État et du tribunal de droit commun, à qui l'exercice de ce pouvoir est conféré, de veiller aux intérêts des personnes qui ne peuvent prendre soin d'elles-mêmes. Hubert Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, s.v. « *parens patriae* », Montréal, Wilson et Lafleur, 1994.

⁸¹ *Ibid.* au para 33.

⁸² *Ibid.* au para 21.

Le juge rappelle l'importance d'une déclaration de filiation tant pour la conjointe qui agit comme mère que pour l'enfant, spécialement pour les couples de mères lesbiennes en cas de décès de la mère biologique. Cette procédure permet au parent de pleinement participer dans la vie de l'enfant.

Le raisonnement suivi dans l'affaire *J.R. v. L.H.*⁸³ fut également repris, avec quelques variantes, dans le récent arrêt *M.D v. L.L.*⁸⁴ Cette décision portait elle aussi sur un contrat de gestation pour autrui sans apport génétique. Dans cette affaire, les parents sociaux avaient entrepris des démarches auprès de la direction de l'état civil pour faire inscrire leur nom sur l'acte de naissance de l'enfant à naître. La direction de l'état civil leur avait répondu que la démarche à suivre consistait à présenter une demande en ce sens à la cour.

Dans le jugement, la Cour mentionne d'abord que le contrat de mère porteuse est conforme aux exigences de l'article 6 de la *Loi sur la procréation assistée*⁸⁵, étant donné qu'il ne prévoit pas de rémunération⁸⁶. La mère porteuse est une amie du couple. La Cour rappelle, encore une fois, qu'il n'est pas nécessaire de statuer sur la validité du contrat puisque cette détermination n'est pas essentielle pour décider de l'affaire en question⁸⁷.

Pour déterminer la filiation des parents biologiques et du mari de la femme porteuse, la Cour suit substantiellement la même démarche que dans l'arrêt *J.R v. L.H.*⁸⁸. Toutefois, elle se distancie de cette logique quant à la déclaration de « non-maternité » de la mère porteuse. En effet, après avoir déterminé que celle-ci est la mère de naissance de l'enfant en vertu de l'article 1 *L.S.É.C.*, la Cour

⁸³ *Supra* note 7.

⁸⁴ *M.D. v. L.L.* (2008), 52 R.F.L. (6th) 122 (C.S.On.).

⁸⁵ *Supra* note 6. Pour un modèle de contrat de maternité de substitution offert sur un site américain, voir All about surrogacy.com, en ligne : <http://www.allaboutsurgacy.com/sample_contracts/GScontract2.htm>.

⁸⁶ *Supra* note 84 au para 13.

⁸⁷ *Supra* note 84 au para 14.

⁸⁸ *Supra* note 7.

ordonne une déclaration de non-maternité en se fondant, cette fois, sur sa compétence *parens patriae*. La Cour agit de la sorte après avoir conclu, d'une manière semblable à l'arrêt *A.A. v. B.B.*⁸⁹, qu'il y a un « vide législatif » dans la loi. Toutefois, le manquement invoqué cette fois-ci vient de la possibilité d'émettre une déclaration négative de maternité en vertu de l'article 97 *L.T.J.* malgré la qualification de mère en vertu de l'article 1 *L.S.É.C.*⁹⁰ Le juge rappelle au surplus que c'est dans le meilleur intérêt de l'enfant que de lever toute ambiguïté sur sa filiation et de déclarer que la mère porteuse n'est pas sa mère légale⁹¹.

Retenons de ces arrêts que les cours de justice de l'Ontario semblent prendre pour acquis la légalité des contrats de mère porteuse sans rémunération. Il est possible de penser que cette position découle d'une interprétation *a contrario* de la *Loi sur la procréation assistée*⁹². Ainsi puisque ces contrats ne sont pas interdits, ils seraient légaux.

Toujours en se gardant de statuer sur la possibilité de demander l'exécution forcée de tels contrats, les tribunaux acceptent d'établir des liens de filiation envers les parents sociaux. Ces demandes peuvent, comme le montrent ces arrêts, s'effectuer en dehors d'une démarche d'adoption et font souvent l'objet d'une simple modification de l'acte de naissance de l'enfant. En cas de consentement de la mère porteuse et lorsque le couple demandeur a fourni le matériel génétique (fécondation *in vitro*), les tribunaux ontariens ont déclaré mère de l'enfant la conjointe qui a fourni l'ovule, même si elle n'a pas accouché de celui-ci.

Enfin, il est important de noter qu'en l'absence de toute législation encadrant les contrats de mère porteuse, les tribunaux de l'Ontario utilisent la *L.R.D.E.* pour fonder les déclarations de paternité et de maternité alors que cette loi, de leur propre interprétation, n'a pas été conçue pour régir les

⁸⁹ *Supra* note 51.

⁹⁰ *Supra* note 84 au para 65.

⁹¹ *Supra* note 84 au para 67.

⁹² *Supra* note 6.

avancées dans les techniques de reproduction. La position des tribunaux quant aux demandes de filiation des parents sociaux serait, au surplus, connue des agences de l'état civil.

2.2.2 La Colombie-Britannique

En Colombie-Britannique, le traitement judiciaire des demandes de filiation en lien avec les contrats de mère porteuse est similaire à celui effectué par les tribunaux de l'Ontario. Deux principaux arrêts illustrent ce fait.

Rendu en 2003, l'arrêt *Rypkema v. British Columbia*⁹³ est le premier en la matière dans la province. Dans cette affaire, les parents sociaux, qui ont fourni le matériel génétique, ont présenté une demande de filiation à la Cour après s'être fait refuser l'inscription de leur qualité de père et mère sur l'acte de naissance de l'enfant par l'agence de l'état civil. Selon la *Vital Statistics Act*⁹⁴, la mère est celle qui donne naissance à l'enfant. La loi est silencieuse sur la déclaration de maternité de la mère génétique. Dans cet arrêt, le juge fait référence à la *Loi sur la procréation assistée*⁹⁵, qui n'était pas adoptée lors du jugement et qui permettait les contrats altruistes de mère porteuse. Il mentionne aussi que les parties sont liées par un contrat. La Cour se fonde sur l'arrêt *O'Driscoll v. McLeod*⁹⁶ pour déclarer qu'elle a le pouvoir de faire des déclarations de paternité. Elle en déduit que cette compétence s'applique aussi aux déclarations de maternité. En tenant compte du consentement de toutes les parties, elle accorde donc les déclarations recherchées tout en spécifiant que de permettre aux parents biologiques d'être inscrits sur l'acte de naissance évite à ceux-ci la complexité et les frais d'une démarche d'adoption⁹⁷. Elle cite aussi l'arrêt *Trociuk c. Colombie-Britannique*

⁹³ *Rypkema v. British Columbia*, *supra* note 52.

⁹⁴ R.S.B.C. 1996, c. 479, s. 1.

⁹⁵ *Supra* note 6.

⁹⁶ *O'Driscoll v. McLeod*, (1986) 10 BCLR (2d) 108 (C.S.C.-B.).

⁹⁷ *Ibid.* au para 31.

(*Procureur général*)⁹⁸ de la Cour suprême, qui reconnaît que la déclaration de paternité ou de maternité constitue une façon importante de participer dans la vie d'un enfant.

Le deuxième arrêt *B.A.N. v. J.H.*⁹⁹, rendu en 2008, reprend et complète l'analyse de l'arrêt *Rypkema*. Dans cet arrêt, les enfants, dont les parents sociaux recherchent l'établissement de la filiation, ont été conçus à partir des gamètes du père social et de l'ovule d'une donneuse tiers. La mère porteuse, qui n'a pas reçu de rémunération, n'a pas de lien génétique avec les enfants. Les parties sont liées par un contrat qui fait référence à la loi fédérale sur la procréation assistée.

Encore une fois, la Cour énonce que la demande de modification de l'état civil permet aux parents sociaux d'éviter les frais, les délais et l'incertitude entourant une demande d'adoption¹⁰⁰. Par la suite, la Cour mentionne que la loi pertinente en l'espèce est la *Vital Statistics Act*, mais que celle-ci ne comporte pas de dispositions permettant à la Cour de faire des déclarations de paternité ou de maternité. La Cour se fonde donc sur l'interprétation de l'arrêt *O'Driscoll* proposée dans l'arrêt *Rypkema* et déclare qu'elle a la compétence « in equity » pour accorder des déclarations de paternité et de maternité.

La Cour met également en preuve une lettre de l'agence de l'état civil qui explique la politique concernant les cas de mère porteuse. La lettre énonce que les parents sociaux doivent obtenir un jugement de la Cour pour pouvoir être inscrits à titre de « birth parents »¹⁰¹. Bien qu'elle accorde la demande, la Cour spécifie que les motifs du présent jugement, qui prolongent la portée de l'arrêt *Rypkema*, ne peuvent s'appliquer que dans un cas où toutes les parties ont donné leur consentement à la requête. De plus, en raison de l'absence de législation concernant les contrats

⁹⁸ [2003] C.S.C. 34 aux para 15 et 16 (opinion de la juge Deschamps).

⁹⁹ *B.A.N. v. J.H.*, 2008 BCSC 808 (C.S.C.-B.).

¹⁰⁰ *Ibid* au para 4.

¹⁰¹ Nous avons obtenu copie de cette politique de la Vital Statistics Agency de Colombie-Britannique (politique datée de septembre 2006). La politique impose aussi que l'embryon implanté dans la mère porteuse provienne du matériel génétique de l'un ou des deux parents intentionnels. L'agence demande une copie de l'entente de maternité de substitution. La mère porteuse doit renoncer à son droit sur l'enfant.

de mère porteuse en Colombie-Britannique, les cours saisies de cas semblables doivent s'assurer de respecter les politiques de l'agence de l'état civil¹⁰².

Ainsi, de la même manière que les cours de justice de l'Ontario, les tribunaux de la Colombie-Britannique acceptent les demandes de filiation présentées par les parents sociaux et génétiques. Cette démarche se déroule encore une fois en dehors d'une demande d'adoption et consiste à une simple modification de l'acte de naissance. Les juges mentionnent la loi fédérale sur la procréation assistée qui permet les ententes non commerciales de maternité de substitution et ils reconnaissent la validité des contrats qui lient les parties.

Les tribunaux de la Colombie-Britannique ont remédié au problème de l'absence de législation concernant les mères porteuses en se fondant sur « l'équity » pour accorder les demandes de filiation recherchées aux parents sociaux et génétiques. Il est à noter également que cette démarche des tribunaux se fait en conformité avec les politiques administratives de l'agence de l'état civil.

2.2.3 L'Alberta

L'Alberta se différencie des provinces étudiées précédemment puisque cette dernière a édicté des dispositions législatives visant directement les contrats de mère porteuse gestationnelle (avec implantation d'un embryon fécondé). La *Family Law Act*¹⁰³ encadre ces ententes. En conformité avec la *Loi sur la procréation assistée*¹⁰⁴, seuls les contrats altruistes sont visés. Cette loi prévoit, à l'article 12, qu'un juge peut déclarer que la mère génétique de l'enfant est la seule mère légale de celui-ci lorsque la mère porteuse y consent. Bien que la demande de filiation ne puisse être présentée avant les quatorze premiers jours suivant la naissance de l'enfant, la mère génétique de l'enfant est nommée mère légale de celui-ci de façon rétroactive à partir de la naissance.

¹⁰² *Supra* note 99 au para 25.

¹⁰³ S.A. 2003, c.F-4.5.

¹⁰⁴ *Supra* note 6.

Encore plus important, la loi énonce que les contrats de mère porteuse ne peuvent pas faire l'objet d'une exécution forcée et qu'un tel contrat ne constitue pas une preuve du consentement nécessaire lors des demandes de filiation exposées plus tôt¹⁰⁵. Il est donc possible de considérer que cette loi reconnaît implicitement la légalité des contrats de mère porteuse altruistes, tout en excluant la possibilité d'en demander l'exécution forcée. D'ailleurs les demandes de filiation qui peuvent être présentées à la suite d'un contrat de gestation pour autrui nécessitent le consentement de la mère porteuse.

2.2.4 La Nouvelle-Écosse

Un règlement adopté en vertu de la *Vital Statistics Act*¹⁰⁶ permet à un juge, dans le cadre d'une ordonnance d'adoption, d'établir la filiation d'un enfant né à la suite d'une convention de maternité de substitution. Un des deux parents intentionnels doit avoir un lien génétique avec l'enfant. La mère porteuse doit consentir à renoncer à ses droits à l'égard de son enfant.

2.2.5 Terre-Neuve et Labrador

Selon la *Vital Statistics Act*¹⁰⁷ de cette province, le directeur de l'état civil inscrira les parents intentionnels comme les parents d'un enfant né à la suite d'une convention de maternité de substitution si une ordonnance d'adoption a été émise par le tribunal.

En conclusion, les tribunaux des provinces de common law ont permis aux parents génétiques qui ont eu recours à la fécondation *in vitro* et à l'implantation d'un embryon dans la mère porteuse, d'être reconnus comme les seuls parents dans les documents officiels de l'État civil. Dans ces affaires, toutes les parties étaient consentantes et avaient utilisé le contrat pour préciser leurs obligations. Les couples demandeurs ont eu recours à la déclaration de maternité et de paternité, au lieu de la procédure d'adoption plus longue et coûteuse. Les jugements analysés abordent

¹⁰⁵ *Ibid*, art. 12 (7).

¹⁰⁶ *Birth Registration Regulations*, O.I.C. 2007-498 (September 20, 2007), N.S. Reg. 390/2007.

¹⁰⁷ S.N.L. 2009 c. V-6.01.

rapidement la question du consentement de la mère porteuse. Il n'est pas possible de savoir si elle a eu accès à des conseils juridiques indépendants ou de l'aide psychologique. Les contrats sont conclus supposément à titre gratuit, mais les jugements sont silencieux quant aux montants versés pour rembourser les dépenses de la mère porteuse.

Mais quelle serait la position des tribunaux de common law si la mère porteuse contestait la demande des parents sociaux et génétiques d'être reconnus comme les seuls parents? L'Alberta possède une loi qui énonce que les contrats de mère porteuse gestationnelle ne peuvent pas faire l'objet d'une exécution forcée. La mère porteuse gestationnelle demeure donc la mère de l'enfant, si elle décide de garder l'enfant. Il est à prévoir que les tribunaux des autres provinces de common law s'inspireront de cette loi qui respecte la notion d'ordre public en matière contractuelle¹⁰⁸.

Conclusion

Au Canada, la pratique des mères porteuses oscille entre la clandestinité et la vérité.

Au niveau fédéral, depuis 2004, les contrats de mère porteuse commerciaux sont criminalisés par la *Loi sur la procréation assistée*¹⁰⁹. La validité des contrats altruistes est laissée à la détermination des provinces. Le Québec interdit de tels contrats à titre onéreux ou gratuits. La jurisprudence refuse de permettre l'adoption par la conjointe du père biologique d'un enfant issu de cette pratique. Un tribunal québécois a refusé que l'adoption serve au détournement de la loi. Une seule province canadienne, l'Alberta, a légiféré sur le sujet, en reconnaissant la validité des contrats altruistes de mère porteuse gestationnelle et la parentalité du couple demandeur (parents génétiques). Il est cependant impossible de demander l'exécution forcée des contrats lorsque la mère porteuse ne consent plus à la remise de l'enfant. Sans reconnaître explicitement la validité du contrat, d'autres provinces ont adopté des règlements portant sur l'état civil afin de permettre aux parents intentionnels d'être reconnus comme parents de l'enfant issu d'une mère porteuse.

¹⁰⁸ S.M. Waddams, *The Law of Contracts*, 5^e éd., Aurora, Canada Law Book, 2005 aux pp. 397 et s.

¹⁰⁹ *Supra* note 6.

Les tribunaux de l'Ontario et de Colombie-Britannique ont permis aux parents génétiques de présenter des demandes de filiation concernant les enfants nés de contrats de gestation lorsque cette demande n'est pas contestée. Il est possible de considérer que cette approche implique une certaine reconnaissance par ces provinces de la légalité des contrats de mère porteuse à titre gratuit. Le droit sur la question n'est donc pas uniforme au Canada. Mais les parents intentionnels, les mères porteuses et les cliniques de fertilité qui participent à l'aventure ne semblent pas être intimidés par les incertitudes juridiques.