

Mémoire sur le

*Projet de loi n° 2, Loi portant sur la réforme du droit de la famille en matière de filiation
et modifiant le Code civil en matière de droits de la personnalité et d'état civil*

Présenté à la Commission des institutions**Hôtel du Parlement du Québec****présenté par**

**Louise Langevin
professeure titulaire et avocate
Faculté de droit, Université Laval**

Le 1^{er} décembre 2021**Québec, Qc**

PRÉSENTATION

Depuis 1991, Louise Langevin est professeure titulaire à la Faculté de droit de l'Université Laval, à Québec. Depuis le 1er janvier 2021, elle est titulaire de la Chaire de recherche Antoine-Turmel sur la protection juridique des aînés. De 2016 à 2018, elle a été directrice de la revue *Les Cahiers de droit*. De 2006 à 2009, elle a été titulaire de la Chaire d'étude Claire-Bonenfant sur la condition des femmes de l'Université Laval. Elle est aussi, depuis 1986, membre du Barreau du Québec, qui lui a décerné le Mérite Christine-Tourigny en 2010 pour son engagement social et son apport à l'avancement des femmes dans la profession. Elle a été secrétaire juridique auprès du très honorable Feu Antonio Lamer, ancien juge en chef de la Cour suprême du Canada, Ottawa. Elle a été corédactrice de la *Revue Femmes et Droit* de 1999 à 2012 et a été active auprès de l'Agence universitaire de la Francophonie de 2004 à 2009. Elle collabore avec plusieurs médias.

Ses champs de recherche et d'enseignement portent sur les théories féministes du droit, les droits fondamentaux ainsi que sur les obligations conventionnelles et extracontractuelles. En 2012, Louise Langevin a publié avec Nathalie Des Rosiers et Marie-Pier Nadeau *L'indemnisation des victimes de violence sexuelle et conjugale*, 2e édition (Éditions Yvon Blais, 630p.). En juillet 2014, cette monographie a obtenu le prix Walter-Owen de la Fondation de la recherche juridique qui vise à reconnaître l'excellence en matière de rédaction juridique et à récompenser d'exceptionnels projets canadiens qui renforcent la qualité de la recherche en droit au pays. Louise Langevin a travaillé sur le consentement des femmes en matière contractuelle, sur la maternité de substitution, ainsi que sur la question de la traite des femmes. Elle est l'auteure de l'ouvrage *Le droit à l'autonomie procréative des femmes : entre liberté et contrainte* (Ed Yvon Blais, 2020), dans lequel elle analyse les avancées mais aussi les reculs vécus par les femmes dans ce domaine. Cet ouvrage a été primé par le Prix du Concours juridique 2021 (monographie), de la Fondation du Barreau du Québec. Elle travaille présentement sur les droits des femmes âgées.

RÉSUMÉ

En entreprenant une réforme du droit de la famille, le législateur québécois ne peut pas imposer un seul modèle de la famille; il doit respecter la diversité des familles et protéger les plus vulnérables. Mes réflexions et mes commentaires sur le Projet de loi n° 2 sont basés à la fois sur l'intérêt de l'enfant, qui ne peut être discriminé en raison des circonstances de sa naissance, et le respect des droits de la mère porteuse, qui doit toujours avoir la possibilité de garder l'enfant. Je ne nie pas l'agentivité de la mère porteuse et sa capacité décisionnelle, mais la précaution doit prévaloir. Les intérêts de l'un et de l'autre ne doivent pas être appréhendés en opposition mais en interrelation.

Je salue la décision du législateur d'encadrer la pratique, sans pour autant l'encourager, au lieu de simplement l'ignorer. Je salue aussi la possibilité pour la mère porteuse de pouvoir changer d'avis et de garder l'enfant sans pénalité. Cependant, certains articles doivent être réécrits pour s'assurer que la mère porteuse ait toujours le dernier mot et qu'un tribunal ne puisse intervenir pour évaluer ses capacités parentales. Je salue aussi l'imposition du contrat comme outil de négociation et de protection, l'indemnisation des pertes salariales de la mère porteuse et la possibilité d'obtenir des prestations de maternité. Les termes « mère porteuse » et « maternité pour autrui » devraient être retenus pour reconnaître le travail de la mère porteuse.

EXPOSÉ GÉNÉRAL

En matière d'encadrement juridique de la famille, les parlementaires (ie le législateur) ne peuvent imposer le modèle de la « bonne famille », comme ce fut le cas par le passé. D'abord, parce que les familles sont diversifiées et le législateur doit respecter le droit de ces familles de vivre selon leurs valeurs. Il ne peut discriminer à leur égard. Le modèle de la « bonne famille » n'existe donc pas. Ensuite, si le législateur impose un modèle de famille qui ne reflète pas les réalités sociales, les personnes qui constituent ces familles continueront à vivre comme elles l'entendent. Le droit sera alors en décalage avec les réalités sociales. Dans ce domaine, à mon avis, le seul rôle du législateur consiste à protéger les vulnérables, dont font partie les enfants et, dans certains cas, les femmes¹.

Mon mémoire porte sur l'article 96 du *Projet de loi n° 2, Loi portant sur la réforme du droit de la famille en matière de filiation et modifiant le Code civil en matière de droits de la personnalité et d'état civil* (PL n° 2), qui encadre la gestation pour autrui (GPA).

La pratique de mères porteuses demeure un phénomène rare, bien que des statistiques officielles sur le sujet au Canada ne peuvent le confirmer². Elle serait cependant à la hausse. Cette pratique, certainement facilitée par les avancées médicales en matière de fécondation in vitro (FIV), suscite de nombreux débats puisqu'elle remet en question la conception de la maternité et de la paternité. Les positions des différentes parties concernées et des acteurs sociaux semblent souvent irréconciliables. Pourtant, il est exact d'affirmer que, malgré les divergences d'opinions à ce sujet, toutes les personnes impliquées dans le débat veulent protéger l'enfant, qui devrait donc être au cœur des discussions. La protection de l'enfant signifie nécessairement qu'il ne peut être traité différemment ou désavantageusement en raison des décisions de ses parents (art 522 CcQ). Ce principe oriente mes commentaires sur le PL n° 2.

Par ailleurs, on ne peut ignorer les femmes qui sont impliquées dans le parcours procréatif, tant la mère porteuse, la mère intentionnelle que la fournisseuse d'ovules. Mon analyse et mes positions sur la pratique des mères porteuses sont alimentées par une réflexion féministe, qui dénonce le patriarcat, l'exploitation du travail et des capacités procréatives des femmes. Je défends le droit à l'autonomie procréative des femmes, c'est-à-dire le droit de toute femme d'exercer sa capacité décisionnelle au sujet de ses fonctions procréatives, de sa sexualité et de son corps. Cependant, à mon avis, cette autonomie procréative ne peut être absolue, si elle

¹ Voir les principes directeurs qui ont guidé le Comité consultatif sur le droit de la famille. Québec, Comité consultatif sur le droit de la famille, Alain Roy (prés), *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Montréal, Thémis, 2015 aux pp 57 et s (Rapport Roy).

² Moins de 1% des naissances si on se fie à certaines données américaines. Selon Pamela M White, il y aurait eu environ 1 100 naissances par mères porteuses entre 2001 et 2014, voir « Canada's Surrogacy Landscape is Changing: Should Canadians Care? » (2017) 39:11 JOGC 1046. Les cliniques de fertilité au Québec doivent faire rapport annuellement de leurs activités, entre autres à la suite d'une activité de FIV, notamment d'une naissance, au ministre de la Santé. Mais ces statistiques ne semblent pas exister ou ne sont pas accessibles. Voir *Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée*, RLRQ c A-5.0, art 14 ; *Règlement sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée*, RLRQ c A-5.01, r 1, arts 26 et 27.

mène à l'exploitation des femmes. Ma posture tient compte des réalités économiques, historiques et sociales de la maternité. Les capacités procréatives des femmes ont été exploitées et continuent de l'être, l'industrie de la procréation assistée y contribuant certainement. Je reconnais par ailleurs que la condition des mères porteuses canadiennes est plus enviable que celle d'autres mères porteuses sur la planète. Sans nier l'agentivité des femmes, je considère donc que l'État doit intervenir pour encadrer la maternité pour autrui dans le but de respecter l'autonomie procréative des femmes.

Mes réflexions et mes commentaires sur le PL n° 2 sont donc basés à la fois sur l'intérêt de l'enfant et le respect des droits de la mère porteuse. Les intérêts de l'enfant et de la mère porteuse ne doivent pas être appréhendés en opposition, mais plutôt en interrelation. Les intérêts, la santé³ et les droits de la mère porteuse et de l'enfant issu de cette technique priment ceux des parents intentionnels.

Mon analyse est structurée en trois parties. D'abord, je traite de la difficulté de nommer les parties impliquées. Ensuite, je me penche sur les mesures proposées par le PL n° 2 pour respecter le droit à l'autonomie procréative de la mère porteuse. Enfin, j'analyse les articles visant à encadrer le recours à des mères porteuses hors Québec. Je ferai des recommandations au fur et à mesure de mon analyse.

1. La difficulté de nommer

Le PL n° 2 propose l'expression « la femme ou la personne qui a accepté de donner naissance à un enfant », pour désigner la mère porteuse. On ne trouve pas de définition formelle, ce qui est pourtant le rôle d'un Code civil. D'autres articles précisent qu'elle doit renoncer à son lien de filiation avec l'enfant qu'elle met au monde. Des mesures visent à assurer son consentement libre et éclairé, qui est une condition essentielle au succès du processus. En utilisant la périphrase « la femme ou la personne qui a accepté de donner naissance à un enfant », le législateur propose une vision tronquée de la réalité : cette femme – que j'appellerai la mère porteuse – ne fait pas qu'accepter de donner naissance : elle porte et donne naissance à un enfant, mais dans le but de renoncer à son lien de filiation. Toute femme enceinte, qui n'agit pas comme une mère porteuse, accepte de donner naissance par la force des choses. Une définition plus précise aurait l'avantage de présenter clairement la pratique⁴.

³ La *Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée*, RLRQ c A-5.01, rappelle à son article 1 l'importance de protéger la santé des femmes ayant recours à des activités de procréation assistée et des enfants qui en sont issus. La *Loi sur la procréation assistée*, LC 2004, c 2, mentionne les mêmes principes à son article 2.

⁴ L'Ontario a choisi le terme « substitut » pour désigner la mère porteuse, ce qui constitue une hérésie et un manque de respect envers la femme qui accouche. *Loi de 2016 sur l'égalité de toutes les familles (modifiant des lois en ce qui concerne la filiation et les enregistrements connexe.)*, LO 2016, c 23 (*Loi portant réforme du droit de l'enfance*, LRO 1990, c C.12), art 1 « substitut ». Le Manitoba a retenu le terme « gestatrice pour autrui » dans sa nouvelle loi entrée en vigueur le 1^{er} mars 2021, *Loi de 2020 sur le droit de l'enfance*, LS c 2, art 62.

L'expression du PL n° 2 « la femme ou la personne qui a accepté de donner naissance à un enfant » efface la femme qui porte l'enfant et qui en accouchera. L'expression ne reconnaît pas son travail (la grossesse et l'accouchement) et le rôle – glorifié ou non – des femmes dans la procréation. Pourtant, selon le PL n° 2, cette femme demeure la mère jusqu'à ce qu'elle donne son consentement après l'accouchement (art 541.4 et 523 PL n° 2) et elle peut le demeurer, puisqu'elle peut décider de garder l'enfant. L'appellation de « femme qui a accepté de donner naissance » fait présumer de son intention de renoncer à son lien de filiation.

Je recommande donc au législateur de retenir l'expression « la mère ou la personne porteuse », qui est aussi celle employée par la jurisprudence.

Les légistes ont choisi l'expression « gestation pour autrui » pour décrire la pratique et nommer le contrat. Cette expression évacue la femme qui a accouché, neutralise et masque la réalité : les risques pour la santé et les douleurs de l'implantation de l'embryon, la prise de médicaments dont les effets ne sont pas toujours connus, les neuf mois de grossesse, un accouchement et la remise d'un enfant. Je propose l'expression « maternité pour autrui » pour décrire le phénomène parce qu'elle souligne le rôle de la mère porteuse.

Il est intéressant de noter que seul le terme « enfant » ne cause pas de débat terminologique. Il ne peut faire valoir son point de vue.

Recommandation 1 : Je recommande au législateur de retenir l'expression « la mère ou la personne porteuse » et l'expression « maternité pour autrui ».

2. Les mesures pour respecter le droit à l'autonomie procréative de la mère porteuse

Au lieu d'ignorer la pratique de la maternité pour autrui et les enfants qui en naissent, le législateur a décidé de l'encadrer par le PL n° 2, sans pour autant l'encourager. Faute de meilleure solution, la Cour d'appel avait déjà reconnu l'adoption par consentement spécial (art 555 CcQ) pour permettre à l'enfant d'avoir une double filiation avec ses parents intentionnels⁵. Cette décision reconnaissait indirectement la validité du contrat de préconception, lorsque les parties s'entendaient. Je salue la décision du législateur d'encadrer la pratique au nom de la protection des enfants qui en naissent et des femmes qui les mettent au monde. Évidemment, les actions du législateur québécois sont circonscrites par la loi fédérale sur la procréation assistée, qui permet la pratique des mères porteuses à titre gratuit⁶.

Je désire ici rappeler ces mesures et les commenter.

2.1 La reconnaissance du lien de filiation de la mère porteuse

Le PL n° 2 reconnaît que la mère porteuse est la mère légale (elle est la femme qui a accouché de l'enfant) (art 523 PL n° 2). Elle peut changer d'idée après la conclusion du contrat, mais

⁵ *Adoption – 1445*, 2014 QCCA 1162.

⁶ *Loi sur la procréation assistée*, LC 2004, c 2, art 6 (1).

avant l'accouchement en respectant certaines formalités (art 541.8 PL n° 2). Son lien de filiation envers l'enfant est reconnu. Le ou les parents intentionnels ne peuvent mettre fin au contrat unilatéralement. La mère porteuse peut aussi changer d'idée après l'accouchement entre le 8^e jour et le 30^e jour de la naissance, en ne donnant pas son consentement (qui est une condition générale selon l'article 541.4 PL n° 2). Elle est la mère légale de l'enfant selon l'article 541.16 PL n° 2.

Je salue la reconnaissance par le PL n° 2 du lien de filiation de la mère porteuse, qui peut toujours changer d'avis. En aucun cas, le tribunal ne doit intervenir pour retirer la filiation de la mère porteuse⁷. Je réitère ici le principe qui guide ma prise de position : la maternité ne peut être une source d'exploitation des femmes. Le principe de précaution doit primer sur toutes autres positions. Je désire rappeler qu'il n'y a pas de « droit à l'enfant ». Il y a certes un désir d'enfant qui ne peut se transformer en « droit ».

La période de sept jours après l'accouchement pendant laquelle la mère porteuse ne peut prendre aucune décision quant à son lien de filiation et la période de réflexion entre le 8^e et 30^e jour de l'accouchement doivent être maintenues. Ce genre de période de réflexion, qui permet à la mère porteuse de se remettre de l'accouchement, est nécessaire car des pressions peuvent être exercées de toutes parts. Ce genre de délai existe lors d'adoption.

Cependant, selon l'article 541.20 PL n° 2, dans le cas où la mère porteuse ne donne pas le second consentement dans cette période (Il n'est pas clair comment elle peut faire connaître son non-consentement. Disons qu'elle n'a pas respecté les formalités prévues à l'article 541.4 PL n° 2⁸), et que toutes les autres conditions sont respectées, l'autre parent intentionnel (le second) peut demander au tribunal de modifier la filiation s'il présente une telle requête dans les 60 jours de la naissance de l'enfant (la filiation du premier parent intentionnel est établie s'il a reconnu son lien de filiation dans la déclaration de naissance conformément aux règles prévues. Art 523 PL n° 2). Le tribunal intervient alors pour « analyser la situation en prenant notamment en compte, en plus de l'intérêt de l'enfant, les motifs justifiant l'impossibilité d'obtenir le consentement de la femme ou de la personne qui a donné naissance à l'enfant et les efforts faits pour l'obtenir ».

J'essaie ici de comprendre l'intention législative de l'article 541.20 PL n° 2. On peut penser que le législateur vise un cas où la mère porteuse est de mauvaise foi⁹. Comment sera

⁷ Si la mère porteuse est incapable de s'occuper de l'enfant, la Direction de la protection de la jeunesse prendra en charge le dossier.

⁸ Je remercie M^e Marie-Eve Sévigny, étudiante à la maîtrise en droit à l'université Laval sous ma supervision, qui m'a souligné ce point.

⁹ Voir *Adoption – 1873*, 2018 QCCQ 1693 et *Adoption – 1874*, 2018 QCCQ 1694 : la mère porteuse américaine refuse d'accorder son consentement à l'adoption, consentement exigé vertu de l'article 555 CcQ. Elle affirme que les parents intentionnels lui doivent de l'argent. Ceux-ci affirment avoir versé toutes les sommes dues.

interprété l'intérêt de l'enfant ? Il ne faudrait pas créer une situation comme dans l'affaire Baby M du New Jersey où les capacités parentales des parents intentionnels étaient opposées à celles de la mère porteuse¹⁰. Quel est le sens d'« impossibilité » d'obtenir le consentement de la mère porteuse ? Faut-il lui envoyer une mise en demeure, faire de nombreux appels téléphoniques, la visiter ? L'article 541.20 PL n° 2 ne vise pas les cas d'inaptitude à consentir, de décès ou de disparition de la mère porteuse. Une telle situation où la mère porteuse change d'idée après l'accouchement n'est pas aussi rare que certains veulent le laisser croire. (Les mères porteuses dont les histoires ne sont pas positives ne se porteront pas volontaires dans les projets de recherche). Un tribunal britanno-colombien se prononcera en janvier 2022 dans une affaire où la mère porteuse veut être reconnue comme la mère légale de l'enfant¹¹.

Si mon interprétation est inexacte, il faudrait peut-être revoir la rédaction de l'article pour que l'intention législative soit plus claire. Je comprends que le consentement de la mère porteuse après l'accouchement est essentiel ; il fait partie des dispositions générales ou conditions générales¹² (art 541.4 PL n° 2). Un tribunal peut-il modifier la filiation de la mère porteuse qui ne renonce pas à son lien de filiation¹³? Si l'intention législative est de permettre à la mère porteuse de maintenir son lien de filiation avec l'enfant, il doit être clair que le tribunal ne peut intervenir pour l'ignorer.

L'article 541.20 PL n° 2 doit être analysé avec l'article 541.21 PL n° 2. Il me semble y avoir une incongruité. Dans le cas de l'article 541.21 PL n° 2, si les conditions générales sont respectées (art 541.1 à 541.6) mais non les conditions préalables (art 541.10 à 541.12), et que les parents intentionnels (ou seulement le second parent intentionnel) demandent au tribunal de modifier la filiation de la mère porteuse dans les 60 jours de la naissance, le tribunal vérifie le respect des conditions générales. Il vérifie l'existence du projet parental¹⁴ et le consentement de la mère porteuse. Si elle ne consent pas, le tribunal ne jouit d'aucune discrétion : il ne modifie pas la filiation de la mère porteuse qui était déjà reconnue (art 541.16 PL n° 2). Pourquoi dans le cas de l'article 541.21 PL n° 2 reconnaître et accepter que la mère porteuse ne consente pas et ne pas faire de même dans le cas de l'article 541.20 PL n° 2 où toutes les conditions sont par ailleurs respectées (sauf le non-consentement de la mère porteuse) ? Je ne comprends pas la logique derrière cette différence de traitement. En ce

Cette affaire pourrait ressembler à une forme d'extorsion par la mère porteuse. La requête en adoption présentée par le co-père n'a pas été accordée.

¹⁰ Voir *In re Baby M*, 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396 (New Jersey) (1988) dans laquelle le tribunal de première instance avait reconnu la filiation des parents intentionnels plus fortunés que la mère porteuse.

¹¹ Voir *K.B. v. M.S.B.*, 2021 BCCS 1283.

¹² Il faudrait uniformiser la terminologie : dispositions ou conditions générales?

¹³ Les lois de l'Ontario et de la Saskatchewan le permettent. Voir la rédaction de l'art 62 (9), (10), et (11) de la nouvelle loi de la Saskatchewan, *Loi de 2020 sur le droit de l'enfance*, LS c 2. Cet article est aussi présent dans la loi de l'Ontario, *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, LRO 1990, c C.12, art 10 (6), (7) et (8).

¹⁴ Comment faire cette preuve si aucune formalité n'est imposée au projet parental ? Peut-être apparaîtra-t-il dans le contrat notarié ?

moment en vertu de l'article 541 CcQ, la mère porteuse peut toujours garder son lien de filiation avec l'enfant, puisque le contrat est nul de nullité absolue. Le PL n° 2 ne pourrait pas prévoir la nullité de la convention de maternité pour autrui, puisqu'elle est vue comme un outil de protection de la mère porteuse. De plus, la nullité entraîne l'anéantissement du contrat (art 1422 CcQ)¹⁵.

L'article 541.20 PL, tel que je le comprends, me semble un recul dans la protection des droits de la mère porteuse.

Si les conditions générales (art 541.1 à 541.4 PL no 2) et les conditions préalables (art 541.10 à 541.12 PL n° 2) ne sont pas respectées¹⁶, l'article 541.22 al 1 PL n° 2 précise que le projet parental est nul et le tribunal rejette la demande de modification du lien de filiation. Il ne modifie pas le lien de filiation déjà établi (art 541.16 PL n° 2). Ceci semble être la sanction ultime pour les parties qui feront fi des règles. Quelles en seront les conséquences pour l'enfant et pour la mère porteuse ? Quel est l'effet de la nullité du projet parental ? Si le projet parental est déclaré nul, l'anéantissement rétroactif de celui-ci efface-t-il le lien de filiation du père intentionnel ou est-ce l'article 541.16 PL n° 2 qui a préséance ? Pourtant, l'article 541.19 PL n° 2 présume de façon irréfragable (impose) la filiation de l'enfant à l'égard du ou des parents intentionnels. Alors le projet parental peut-il être nul ?

Si le père intentionnel ne veut pas déclarer sa paternité selon l'article 523 PL n° 2, la mère porteuse devra-t-elle tenter une action en reconnaissance de la paternité ? Par une présomption irréfragable, l'article 541.19 PL n° 2 impose la filiation de l'enfant au.x parent.s intentionnels. L'article prévoit trois situations : s'ils disparaissent, s'ils décèdent ou sont dans l'impossibilité d'agir. L'article devrait aussi prévoir le cas où, sans être dans une impossibilité d'agir, ils refusent de reconnaître leur lien de filiation envers l'enfant.

Les articles 541.18 et 541.24 PL n° 2 me semblent aussi poser des questions d'interprétation. Dans le cas où la mère porteuse s'est sauvée avec l'enfant après l'accouchement et n'a pas donné le second consentement, elle est présumée (présomption simple qui peut être repoussée par une preuve contraire) être la mère légale et le père intentionnel est présumé être le père légal. L'autre parent n'est pas reconnu (art 541.18 PL n° 2). L'article 541.24 PL n° 2 permet aux parents intentionnels de demander au tribunal de modifier la filiation. Il « analyse la situation ». Mais avec quels critères ? Dans quel but ? Les critères de l'alinéa 3 ne sont pas

¹⁵ L'effet rétroactif impose la restitution des prestations (art 1422, 1699 et s CcQ), ce qui signifie que la mère porteuse pourrait devoir remettre les remboursements reçus aux parents intentionnels. (Le tribunal conserve une discrétion sur la portée de la restitution, art 1669 al 2 CcQ). La restitution des prestations n'est pas l'intention du législateur.

¹⁶ Ce genre de situation pourrait se produire avec une insémination à la maison. On peut penser que le non-respect de toutes les conditions ne peut se produire avec une FIV, puisque la clinique sera en mesure de détecter ces situations. Voilà pourquoi le PL n° 2 devrait préciser que l'enfant doit avoir été conçu par procréation assistée.

répétés à l'alinéa 2. Le tribunal pourrait-il reconnaître la filiation du second parent et ainsi exclure la mère porteuse ?

Il est difficile de sanctionner les parties qui font fi des règles, sans en même temps sanctionner l'enfant qui en est issu. Des décisions du Canada de common law en témoignent¹⁷.

Enfin, un mot sur la possibilité de prévoir d'autres conditions pour s'assurer du consentement libre et éclairé de la mère porteuse. Comme d'autres États (entre autres, l'État de Victoria en Australie¹⁸), il aurait été possible d'imposer une évaluation psychosociale à la mère porteuse, d'exiger l'expérience de maternités antérieures, d'imposer une limite d'âge, qu'elle ne puisse fournir ses propres ovules¹⁹, qu'elle ne puisse être mère porteuse plus d'un certain nombre de fois, etc. Mais il faut aussi réfléchir aux sanctions en cas de non-respect. Comment sanctionner une mère porteuse qui a mis au monde un enfant sans respecter les conditions légales ? Un encadrement psychosocial en amont semble être une meilleure solution pour éviter ces situations. L'article 10.2 de la *Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée*²⁰ pourrait être modifié pour permettre au médecin traitant de demander une évaluation psychosociale de la mère porteuse lorsqu'il a des motifs raisonnables de croire que son consentement n'est pas libre et éclairé.

Le PL n° 2 distingue entre les conditions générales (art 541.1 à 541.4 PL no 2) et les conditions préalables (art 541.10 à 541.12 PL n° 2). Contrairement aux lois canadiennes dans

¹⁷ Voir la décision britanno-colombienne *Cabianca v British Columbia (Registrar General of Vital Statistics)*, 2019 BCSC 2010, dans laquelle trois personnes (deux femmes vivant en couple et un homme) décident de concevoir deux enfants par procréation assistée. Les parties s'entendent de façon verbale sur le fait que les trois seront les parents légaux des enfants. Après la conception du premier enfant, ces personnes décident de mettre par écrit leurs intentions : elles veulent que l'homme soit aussi reconnu comme parent, ce que la loi reconnaît. Ils n'ont pas obtenu de conseils juridiques avant de procéder à la rédaction de l'acte. Cependant, comme l'impose la loi, le contrat aurait dû être conclu *avant* la conception de l'enfant. Le directeur de l'état civil (Registrar General, Vital Statistics Agency) reconnaît le lien de filiation des deux mères, mais refuse de reconnaître la paternité de l'homme. Au nom de l'intérêt de l'enfant et de son droit de posséder un acte de naissance qui reflète sa réalité familiale, le tribunal reconnaît la paternité de l'homme (donc trois parents), mais en précisant bien que la décision ne doit pas être interprétée comme permettant aux justiciables de contourner les lois : « I agree with Fitzpatrick J. that this decision should not be interpreted as a licence for parties to ignore the technical requirements of Part 3. Section 31 should not be used to circumvent the legislative scheme. This Court should not be expected to remedy every situation where an agreement regarding parentage is not executed prior to conception. While each case will be decided on its own facts, relief should not be presumed. » (au para 49).

Voir aussi *British Columbia Birth Registration No. 2018-XX-XX5815*, 2021 BCSC 767, dans laquelle, utilisant sa compétence *parens patriae*, le tribunal déclare une femme mère légale de l'enfant (l'enfant a été conçu par relation sexuelle entre un homme et une femme qui vivent dans une relation polyamoureuse avec une deuxième femme, et la loi ne prévoyait pas cette situation) au nom de l'intérêt de l'enfant. Toutes les parties s'entendaient.

¹⁸ *Assisted Reproductive Treatment Act 2008 (Vic)*. Voir Erin Nelson, « Surrogacy in Canada: Toward Permissive Regulation » dans Vanessa Gruben et al, dir, *Surrogacy in Canada: Critical Perspectives in Law and Policy*, Toronto, Irwin Law, 2018 à la p 185.

¹⁹ Les cliniques de fertilité exigent dans les faits que la mère porteuse ne fournisse pas ses propres ovules, peut-être par peur que la mère porteuse refuse de remettre l'enfant.

²⁰ *Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée*, RLRQ c A-5.01.

le domaine²¹, le PL n° 2 ne mentionne pas comme condition que l'enfant doit être conçu par procréation assistée²² (c'est-à-dire par FIV ou insémination artificielle en clinique, sans relation sexuelle). L'article 583 al 2 PL n° 2 mentionne les différentes façons dont peut se faire l'apport du matériel reproductif, mais il apparaît dans la section III dans le cas d'une procréation impliquant la contribution d'un tiers. Faut-il comprendre que le projet parental peut prévoir que la conception de l'enfant dans le cas d'une maternité pour autrui se fera par relation sexuelle ?

Recommandation 2 : Précisez le sens des articles 541.20, 541.21 et 541.22 PL n° 2 ainsi que des articles 541.18 et 541.24 PL n° 2, afin qu'il soit clair qu'un tribunal ne puisse intervenir pour modifier le lien de filiation de la mère porteuse qui désire garder l'enfant.

Recommandation 3 : Précisez ce qu'il advient si le père intentionnel ne déclare pas son lien de filiation dans la déclaration de naissance (art 528 PL n° 2) lorsqu'il n'est pas décédé, disparu ou dans l'impossibilité d'agir. Le père intentionnel (et l'autre parent) peuvent-ils refuser de reconnaître son lien de filiation ?

Recommandation 4 : Lorsque toutes les conditions tant générales que préalables sont respectées, mais que la mère porteuse ne consent pas après l'accouchement et que les parents intentionnels décident de demander une modification de la filiation, le rôle du tribunal devrait se limiter à vérifier la bonne ou mauvaise foi de mère porteuse pour éviter des situations potentielles de chantage. Le non-consentement de la mère porteuse ne doit pas servir à évaluer ses capacités parentales.

Recommandation 5 : Il faudrait prévoir une formalité pour que la mère porteuse puisse signifier son non-consentement après l'accouchement (art 541.16 PL n° 2), comme il est prévu à l'article 541.4 PL n° 2 pour la preuve de son second consentement.

Recommandation 6 : Modifiez l'article 10.2 de la *Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée* pour permettre au médecin traitant de demander une évaluation psychosociale de la mère porteuse lorsqu'il a des motifs raisonnables de croire que son consentement n'est pas libre et éclairé.

Recommandation 7 : Précisez si la conception de l'enfant dans le cas d'une maternité pour autrui doit se faire par procréation assistée.

2.2 La convention de gestation pour autrui

²¹ *Loi de 2020 sur le droit de l'enfance*, LS c 2, art 62 (2) d); *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, LRO 1990, c C.12, art 10 (2), 4 ; *Family Law Act*, SBC 2011, c 25, art 29 (2).

²² Pour une définition d'activités de procréation assistée, voir *Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée*, RLRQ c A-5.01, art 2.

La convention de gestation pour autrui prévue à l'article 541.11 PL n° 2 est nécessaire comme un outil de négociation et de protection de la mère porteuse. Elle permet aux parties de mesurer le sérieux de leur geste et d'entrevoir de possibles sujets de conflit. Cette convention ne doit cependant pas être un contrat d'adhésion, qui n'impose que des obligations à la mère porteuse, à l'image des contrats américains dans le domaine. D'autres provinces canadiennes ont retenu cette voie²³, mais le Québec va plus loin dans le PL n° 2 en ne se limitant pas à la renonciation du lien de filiation par la mère porteuse et à la reconnaissance de celui du ou des parents intentionnels. Un règlement doit prévoir le contenu d'un tel contrat (art 541.12 PL n° 2). J'ai déjà proposé un contenu²⁴, qui doit rappeler entre autres que la mère porteuse jouit de l'autonomie procréative, qu'elle est la seule patiente et qu'elle seule peut prendre les décisions concernant son corps et le fœtus. Le contrat ne peut servir à contrôler sa vie quotidienne.

Je salue l'imposition d'un contrat réglementé, conclu sous la supervision d'un.e avocat.e ou notaire, auquel la mère porteuse peut mettre fin unilatéralement (art 541.8 PL n° 2), sans avoir à restituer les montants reçus comme remboursement de ses dépenses, avant ou après la naissance de l'enfant (art 541.2 PL n° 2). La mère porteuse ne doit pas être sanctionnée pour exercer son libre choix²⁵.

L'article 541.5 PL n° 2, qui interdit les clauses pénales et les clauses de renonciation au lien de filiation, devrait plutôt apparaître dans le règlement encadrant le contenu de la convention (art 541.12 PL n° 2), tout comme la clause sur la langue de rédaction du contrat (art 541.11 al 2 PL n° 2) et l'article 541.3 PL n° 2²⁶. Rappelons que le Code civil doit contenir de grands principes et préférer la concision aux détails. Le PL n° 2 ressemble beaucoup à une loi rédigée à la façon de common law²⁷. Peut-être que le législateur devrait préférer une loi au lieu du Code civil comme véhicule juridique.

²³ L'Ontario, la Colombie-Britannique et la Saskatchewan ont retenu le contrat comme forme de protection, mais le déclarent inexécutoire. Voir *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, LRO 1990, c C.12, art 10 (2); *Family Law Act*, SBC 2011, c 25 (en vigueur mars 2013), art 29 (2); *Loi de 2020 sur le droit de l'enfance*, LS c 2, art 62 (en vigueur 1^{er} mars 2021).

²⁴ Louise Langevin, *Le droit à l'autonomie procréative des femmes: entre liberté et contrainte*, Montréal, Yvon Blais, 2020, 400 p. (Ouvrage primé par le Prix du Concours juridique 2021 (monographie), de la Fondation du Barreau du Québec) aux para 282 et s.

²⁵ Si l'une des parties ne respecte pas le contrat (outre pour la résiliation par la mère porteuse en tout temps), l'autre partie lésée pourra tenter une action en exécution du contrat (par exemple, en lien avec certaines conditions au contrat qui ne seront pas gérées par le la notaire. Le PL no 2 ne prévoit pas que le contrat est inexécutoire.

²⁶ Pour un modèle de règlement à ce sujet, voir *Règlement de 2021 sur le droit de l'enfance*, Règl de la Sask 9/2021, art 8.

²⁷ Comparez avec la loi de l'Ontario et de la Saskatchewan dont les sections sur la maternité pour autrui sont beaucoup plus concises que celles du PL n° 2. Voir *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, LRO 1990, c C.12; *Loi de 2020 sur le droit de l'enfance*, LS c 22.

Recommandation 8 : Afin de respecter l'esprit et le style rédactionnel du Code civil, le législateur devrait envisager une loi particulière portant sur la maternité pour autrui au lieu de présenter des articles très détaillés à la lecture difficile dans le Code civil.

2.3 Le remboursement des dépenses de la mère porteuse

L'article 541.2 PL n° 2 prévoit le remboursement des dépenses de la mère porteuse, comme le fait le gouvernement fédéral par le *Règlement sur le remboursement relatif à la procréation assistée*²⁸. On comprend qu'il ne s'agit pas d'obtenir un double remboursement, mais plutôt de bonifier ce qui est déjà prévu par le règlement fédéral.

Ce remboursement constitue un droit, contrairement au règlement fédéral qui stipule que le remboursement des dépenses engagées par la mère porteuse n'est pas obligatoire²⁹. Le règlement à venir, qui doit prévoir les modalités et les conditions du remboursement, devrait aussi permettre le versement d'un montant supplémentaire en cas d'imprévu, ainsi que la possibilité d'ajouter d'autres catégories de dépenses, si elles sont en lien avec le bien-être de la mère porteuse.

Je salue l'indemnisation des pertes salariales de la mère porteuse occasionnées par la grossesse. Ce poste d'indemnisation reconnaît le travail de la mère porteuse et évite son exploitation. Il est aussi essentiel que la mère porteuse n'ait pas à rembourser les montants versés si elle met fin au projet, pendant la grossesse ou après l'accouchement. Elle ne doit pas être « punie » pour avoir exercé son droit.

Recommandation 9 : Le règlement à venir devrait permettre le versement d'un montant supplémentaire en cas d'imprévu, ainsi que la possibilité d'ajouter d'autres catégories de dépenses, si elles sont en lien avec le bien-être de la mère porteuse.

2.4 La rencontre d'information

L'article 541.10 PL n° 2 impose une séance obligatoire d'information sur les implications psychosociales et les questions éthiques de la maternité pour autrui à la mère porteuse et aux parents d'intention, qui doivent la suivre séparément. Un professionnel habilité dispense cette séance. La présence obligatoire à cette séance fait partie des obligations préalables qui doivent être respectées pour profiter de la procédure administrative de la reconnaissance de la filiation des parents intentionnels (art 541.15 PL n° 2) et ainsi éviter l'établissement judiciaire de la filiation beaucoup plus coûteux et long (art 541.12 al 4 PL n° 2). L'analyse d'impact réglementaire sur le PL n° 2³⁰ révèle que cette séance pourrait être organisée et dispensée par les cliniques de procréation.

²⁸ DORS/2019-193 (en vigueur juin 2020); Santé Canada, *Ligne directrice : Règlement sur le remboursement relatif à la procréation*, 30 août 2019.

²⁹ *Règlement sur le remboursement relatif à la procréation assistée*, DORS/2019-193 (en vigueur juin 2020), art 2.

³⁰ *Analyse d'impact réglementaire sur le PL n° 2*, Ministère de la Justice du Québec, 13 octobre 2021.

Cet article impose une rencontre d'information et non une évaluation psychosociale de la mère porteuse et des parents intentionnels. Une telle évaluation obligatoire serait discriminatoire à l'égard de la mère porteuse et des parents intentionnels, puisque les personnes qui deviennent parents sans recourir à la procréation assistée ne sont pas soumises à une telle évaluation. Rien ne permet de croire que le ou les parents intentionnels seraient de moins bons parents.

Par ailleurs, la *Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée*³¹ prévoit que le médecin traitant peut demander une évaluation psychosociale de la personne ou du couple qui forment un projet parental et qui se soumettent à la procréation assistée, « lorsqu'il a des motifs raisonnables de croire que la personne ou le couple formant le projet parental risquent de compromettre la sécurité ou le développement de l'éventuel enfant issu de la procréation assistée ». Cette évaluation se fait « aux frais de la personne ou des personnes formant le projet parental ». La clinique doit informer son/sa client.e que des services de psychologues sont disponibles sur les lieux³² et certaines cliniques de fertilité imposent déjà des évaluations psychosociales. Les cliniques sont donc en mesure de détecter les cas de mère porteuse de convenance (lorsque les parents intentionnels, qui n'ont pas de problèmes de fertilité médicale ou sociale, recourent aux services d'une mère porteuse). L'article 143 PL n° 2 prévoit que le médecin doit recevoir l'attestation du notaire.

Cette rencontre d'information devrait aussi porter sur les risques et conséquences médicales de la fécondation in vitro (FIV) pour la mère porteuse³³. Certes les cliniques sont obligées de donner cette information afin que le consentement de la mère porteuse et des parents intentionnels soient libres et éclairés, comme le prévoit le *Règlement sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée*³⁴. Cependant, cette information arrive tard dans le processus décisionnel. Lorsque la mère porteuse rencontre l'équipe médicale de la clinique de fertilité, elle a déjà conclu le contrat.

Recommandation 10 : La rencontre d'information obligatoire devrait aussi porter sur les risques et conséquences médicales de la fécondation in vitro (FIV) pour la mère porteuse.

2.5 Le contrôle des agences de rencontre

Les intermédiaires commerciaux, qui feraient de la publicité au sujet de leurs services et qui seraient payés pour mettre en contact des mères porteuses potentielles et des personnes intéressées par leurs services, sont interdits³⁵. Une seule poursuite semble avoir été intentée

³¹ *Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée*, RLRQ c A-5.01, art 10.2.

³² *Règlement sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée*, RLRQ c A-5.01, r 1, art 20, 12°.

³³ Je remercie la professeure émérite Maria de Koninck de l'Université Laval pour cette suggestion.

³⁴ *Règlement sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée*, art 19 et 20.

³⁵ *Loi sur la procréation assistée*, LC 2004, c 2, art 6 (2) et (3).

contre des intermédiaires commerciaux qui ne respectaient pas la loi fédérale³⁶. Des pénalités sévères sont prévues contre ceux-ci³⁷. D'ailleurs, ce genre de dépense ne figure pas dans la liste des dépenses permises par le règlement fédéral sur les remboursements des dépenses des mères porteuses.

Pourtant, les agences de rencontre à but lucratif prolifèrent sur le web³⁸. Ces agences profitent du travail procréatif des mères porteuses, les seules dans la chaîne à ne pas être rémunérées officiellement, et de l'inquiétude des futurs parents intentionnels. Les services offerts par les agences, comme des conseils sur les assurances pour la mère porteuse, des conseils juridiques sur le contenu du contrat, les étapes de la procédure médicale - ce qu'elles n'ont pas le droit de faire sans être membres des ordres professionnels habilités à le faire - sont déjà dispensés par les professionnels qualifiés³⁹. D'ailleurs, avec la rencontre d'information obligatoire et le rôle du notaire, le PL n° 2 comblera le besoin d'information des parties impliquées. On peut se demander à quoi serviront les agences. Les réseaux sociaux semblent être déjà assez efficaces pour mettre en contact les personnes intéressées.

Des articles du PL n° 2 limitent le travail des agences. La rencontre d'information est dispensée par des professionnels habilités (art 541.10 PL n° 2). La convention ne peut être conclue qu'entre la mère porteuse et le ou les parents d'intention (art 541.3 PL n° 2) pour éviter que la mère porteuse devienne l'employée d'une agence de rencontre. Le dépôt d'un montant dans un compte en fidéicomis pour rembourser les dépenses de la mère porteuse et la gestion de ce compte par le notaire empêche que les agences deviennent des agences de comptabilité (art 541.12 PL n° 2).

Recommandation 11 : Le législateur devrait considérer l'interdiction de ces agences.

2.6 L'approche non judiciaire

Enfin, comme autre mesure de protection de toutes les parties impliquées, le PL n° 2 prévoit un établissement de la filiation par voie administrative, lorsque les conditions générales et préalables ont été respectées, et que la mère porteuse a consenti (art 541.12 al 4 PL n° 2). Cette solution administrative évitera les incertitudes jurisprudentielles actuelles. Si les parties ont décidé de contourner les conditions, elles devront procéder par voie judiciaire, un véhicule plus long et coûteux. Le ou les parents intentionnels assumeront les coûts d'une telle procédure pour eux et la mère porteuse. On comprend que la procédure d'adoption par consentement spécial de l'article 555 CcQ qui est actuellement utilisée ne sera plus

³⁶ *R c Picard and Canadian Fertility Consulting Ltd*, cite dans Françoise Baylis et al, « Fake it till you Make it: Policymaking and Assisted Human Reproduction in Canada » (2014) 36 JOGC 510 à la p 511.

³⁷ *Loi sur la procréation assistée*, LC 2004, c 2, art 60.

³⁸ Une rapide recherche sur le web est très révélatrice. Il existe trois principales agences au Canada: Canadian Fertility Consultants, Canadian Surrogacy Options, Surrogacy in Canada Online.

³⁹ Voir Erin Nelson, « Surrogacy in Canada: Toward Permissive Regulation » dans Vanessa Gruben et al, dir, *Surrogacy in Canada: Critical Perspectives in Law and Policy*, Toronto, Irwin Law, 2018 à la p 185.

disponible. L'approche par voie administrative ou par voie judiciaire a aussi été préférée par les provinces canadiennes qui ont encadré la maternité pour autrui⁴⁰.

3. La maternité pour autrui hors Québec

Les articles 541.27 et s du PL n° 2 visent à faciliter, pour les parents intentionnels qui décident de se tourner vers l'étranger, la reconnaissance de l'acte de naissance étranger (ou de la décision étrangère) de leur enfant né d'une mère porteuse étrangère. Ces mesures veulent aussi éviter des adoptions internationales illégales déguisées en maternité pour autrui.

Il me semble que ces articles tentent aussi d'enrayer ou, à tout le moins, limiter le « tourisme procréatif », c'est-à-dire des Québécois.es qui se tournent vers l'étranger pour faire affaire avec une agence ou clinique pour obtenir les services d'une mère porteuse. Cette sorte de soins de fertilité délocalisés, qui serait une réponse à une supposée pénurie⁴¹ de mères porteuses au Canada, a été beaucoup critiquée en raison des risques très réels d'exploitation des femmes, particulièrement de celles du Sud. Ainsi, en proposant une liste de provinces ou de pays désignés dans lesquels les couples québécois pourront faire affaire avec une mère porteuse, le législateur limite le choix des parents intentionnels aux seules provinces canadiennes et territoires canadiens, puisque la mère porteuse ne peut y être rémunérée (comme l'impose la loi fédérale sur la procréation assistée). Les pays où les mères porteuses sont payées, ce qui choque l'ordre public québécois puisque la loi fédérale interdit la pratique des mères porteuses à titre onéreux, seront exclus. (Seront donc exclus la plupart de États américains où la pratique commerciale de mère porteuse est permise. On peut se demander si des mères porteuses étrangères accepteront de porter un enfant pour autrui à titre gratuit).

Cependant, en cas de non-respect de toutes les formalités (par exemple, un couple ou une personne décide de contracter avec une clinique étrangère hors Canada et de payer la mère porteuse), quelles sont les sanctions pour les parents intentionnels qui les auraient contournées ? Il semble que le législateur ait prévu cette situation, puisque l'article 541.37 al 3 distingue entre le non-respect des démarches et des autres conditions générales. Si aucune des démarches imposées par la loi n'a été respectée, le tribunal peut accorder la reconnaissance de l'acte de naissance étranger ou de la décision étrangère s'il y a des motifs sérieux et que l'intérêt de l'enfant le commande. Il faut se rappeler que les enfants ne peuvent être discriminés en raison des circonstances de leur naissance.

Dans le cas où aucune des conditions générales et démarches ne sont respectées, l'article 541.37 PL n° 2 al 2 précise que le tribunal refuse de reconnaître l'acte de naissance étranger de l'enfant issu de la GPA ou la décision étrangère reconnaissant la filiation des parents intentionnels. Selon l'article 137 CcQ, cet acte de naissance étranger ne sera pas inséré au registre de l'état civil. L'enfant né d'une mère porteuse étrangère, dont les liens de filiation des parents intentionnels sont déjà reconnus dans un acte de naissance étranger ou par une

⁴⁰ L'Ontario, la Colombie-Britannique et la Saskatchewan. Voir *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, LRO 1990, c C.12; *Family Law Act*, SBC 2011, c 25 (en vigueur mars 2013) ; *Loi concernant certaines questions de droit familial au sujet des enfants et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois*, LS c 2 (en vigueur 1^{er} mars 2021).

⁴¹ Je ne considère pas qu'il y a une pénurie dans ce domaine puisqu'il n'y a pas un droit à l'enfant.

décision étrangère, possède déjà un passeport canadien lorsqu'il arrive sur le territoire canadien avec ses parents (qui ne sont pas obligés d'avoir fourni le matériel génétique). Le gouvernement canadien précise la façon d'obtenir un passeport pour cet enfant⁴². Ce dernier possédera un acte de naissance étranger, comme plusieurs autres citoyens canadiens. Le gouvernement québécois ne peut pas lui refuser des services parce qu'il possède un acte de naissance non québécois.

Advenant le cas où la décision étrangère de reconnaissance de la filiation l'enfant né d'une mère porteuse étrangère ne reconnaisse qu'un seul lien de filiation et que le tribunal refuse de reconnaître la décision étrangère (parce que la loi n'a pas été respectée), cet enfant n'a qu'un seul lien de filiation, ce qui laisse l'autre parent intentionnel sans lien de filiation. L'article 541.37 al 4 PL n° 2 ne peut s'appliquer (Le tribunal aurait pu se prononcer d'office sur la filiation de l'autre parent, n'eût été le non-respect de la loi.) Je me demande si cette situation créée par l'article 541.37 PL n° 2 est discriminatoire envers l'enfant, qui ne peut être puni pour les décisions de ses parents. Les enfants ont droit à une double filiation (s'ils ont deux parents)⁴³.

Bref, comme le législateur ne peut discriminer envers des enfants en raison des circonstances de leur naissance, il est très difficile de sanctionner les parents sans en même temps punir l'enfant. Après analyse du PL n° 2, j'en viens à la conclusion que ces articles n'ont qu'une valeur dissuasive.

Il est difficile pour le Québec de contrôler le tourisme procréatif hors de son territoire, alors que le gouvernement fédéral permet ou tolère que des citoyens canadiens fassent affaire avec des agences étrangères et reviennent au Canada avec un enfant né d'une mère porteuse étrangère.

L'adoption d'une convention internationale pour encadrer le tourisme procréatif constitue une solution parmi plusieurs autres pour éviter l'exploitation des femmes et des enfants. Depuis 2011, le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé travaille à la rédaction d'un instrument international pour encadrer cette pratique⁴⁴. Beaucoup de travail reste à faire.

Recommandation 12 : Précisez si l'article 541.37 PL n° 2 est discriminatoire envers l'enfant, qui ne peut être puni pour les décisions de ses parents.

⁴² Voir Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, *Détermination de la filiation aux fins d'attribution de la citoyenneté dans les cas où interviennent des techniques de procréation assistée, y compris la maternité de substitution*.

⁴³ Le Code civil français, qui ne permet pas la GPA, a été modifié à la suite de l'adoption de la *Loi relative à la bioéthique du 2 août 2021*. Il précise maintenant que la reconnaissance de la filiation à l'étranger est « appréciée au regard de la loi française ». Pour les enfants nés de GPA, la transcription d'un acte d'état civil étranger est ainsi limitée au seul parent biologique (le second parent dit « d'intention » devra passer par une procédure d'adoption).

⁴⁴ Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé, *Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international*, Document préliminaire n° 10 de mars 2012 à l'intention du Conseil d'avril 2012 sur les affaires générales et la politique de la Conférence; Rapport de la réunion de juillet 2021 du Groupe d'experts relatif au Projet filiation / maternité de substitution (9^e réunion).

CONCLUSION

Par l'encadrement de la pratique des mères porteuses dans le Code civil et sa reconnaissance sociale, cette pratique sortira de l'ombre, ce qui permettra de mieux protéger les personnes impliquées. Même si le projet de loi ne vise pas à libéraliser la pratique mais à protéger les parties vulnérables, on peut penser qu'il y aura augmentation de la pratique, et donc une plus grande demande d'ovules (qui sont achetés à des laboratoires étrangers) et d'utérus (qui se trouvent dans le corps de jeunes femmes). Le nouveau programme québécois de procréation médicalement assisté participera à cette augmentation possible de la demande⁴⁵. La prolifération des agences de rencontre en Ontario témoigne aussi de la hausse de la demande de mères porteuses⁴⁶. Ne peut-on voir là une contrainte à la procréation et à la maternité sur les femmes, tant pour celles qui cherchent à être mères que celles qui participeront sans être mères, en partie causée par les avancées médicales et l'industrie biomédicale. Par ailleurs, peut-on plutôt imaginer que les nombreuses mesures décourageront les personnes ou les couples en quête d'enfant qui choisiront plutôt d'aller à l'étranger et de recourir aux services d'une agence de mères porteuses ? Dans tous les cas, des statistiques et des études sur les enfants qui en sont issus seront nécessaires pour mieux comprendre le phénomène.

⁴⁵ Il exclut les mères porteuses en ce moment. Mais il sera certainement adapté au nouveau droit de la famille. *Loi modifiant diverses dispositions en matière de procréation assistée*, LC 2020 c 2.

⁴⁶ L'Ontario a encadré la pratique : *Loi de 2016 sur l'égalité de toutes les familles (modifiant des lois en ce qui concerne la filiation et les enregistrements connexe)*, LO 2016, c 23 (*Loi portant réforme du droit de l'enfance*, LRO 1990, c C.12).

LISTE DES RECOMMANDATIONS

Recommandation 1 : Je recommande au législateur de retenir l'expression « la mère ou la personne porteuse » et l'expression « maternité pour autrui ».

Recommandation 2 : Précisez le sens des articles 541.20, 541.21 et 541.22 PL n° 2 ainsi que les articles 541.18 et 541.24 PL n° 2, afin qu'il soit clair qu'un tribunal ne puisse intervenir pour modifier le lien de filiation de la mère porteuse qui désire garder l'enfant.

Recommandation 3 : Précisez ce qu'il advient si le père intentionnel ne déclare pas son lien de filiation dans la déclaration de naissance (art 528 PL n° 2) lorsqu'il n'est pas décédé, disparu ou dans l'impossibilité d'agir. Le père intentionnel et l'autre parent peuvent-ils refuser de reconnaître son lien de filiation ?

Recommandation 4 : Lorsque toutes les conditions tant générales que préalables sont respectées, lorsque la mère porteuse ne consent pas après l'accouchement et lorsque les parents intentionnels décident de demander une modification de la filiation, le rôle du tribunal devrait se limiter à vérifier la bonne ou mauvaise foi de mère porteuse pour éviter des situations potentielles de chantage. Le non-consentement de la mère porteuse ne doit pas servir à évaluer ses capacités parentales.

Recommandation 5 : Il faudrait prévoir une formalité pour que la mère porteuse puisse signifier son non-consentement après l'accouchement (art 541.16 PL n° 2), comme il est prévu à l'article 541.4 PL n° 2 pour la preuve de son second consentement.

Recommandation 6 : Modifiez l'article 10.2 de la *Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée* pour permettre au médecin traitant de demander une évaluation psychosociale de la mère porteuse lorsqu'il a des motifs raisonnables de croire que son consentement n'est pas libre et éclairé.

Recommandation 7 : Précisez si la conception de l'enfant dans le cas d'une maternité pour autrui doit se faire par procréation assistée.

Recommandation 8 : Afin de respecter l'esprit et le style rédactionnel du Code civil, le législateur devrait envisager une loi particulière portant sur la maternité pour autrui au lieu de présenter des articles très détaillés à la lecture difficile dans le Code civil.

Recommandation 9 : Le règlement à venir devrait permettre le versement d'un montant supplémentaire en cas d'imprévus, ainsi que la possibilité d'ajouter d'autres catégories de dépenses, si elles sont en lien avec le bien-être de la mère porteuse.

Recommandation 10 : La rencontre d'information obligatoire devrait aussi porter sur les risques et conséquences médicales de la fécondation in vitro (FIV) pour la mère porteuse.

Recommandation 11 : Le législateur devrait considérer l'interdiction de ces agences.

Recommandation 12 : Précisez si l'article 541.37 PL n° 2 est discriminatoire envers l'enfant, qui ne peut être puni pour les décisions de ses parents.