

Mémoire sur le projet de loi 12

Loi portant sur la réforme du droit de la famille et visant la protection des enfants nés à la suite d'une agression sexuelle et des personnes victimes de cette agression ainsi que les droits des mères porteuses et des enfants issus d'un projet de grossesse pour autrui

Maria De Koninck, Professeure émérite, département de médecine sociale et préventive, Faculté de médecine, Université Laval¹

Table des matières

1 <i>L'enfant au centre de la réflexion</i>	3
2 <i>La grossesse et l'enfantement</i>	5
2.1 <i>La convention</i>	6
2.2 <i>La maternité fracturée</i>	7
2.3 <i>La gratuité ?</i>	9
2.4 <i>Le consentement</i>	10
2.5 <i>Le recours à des mères porteuses domiciliées hors du Québec</i>	12
3 <i>La désignation des mères porteuses</i>	13
<i>Conclusion</i>	16

¹ Autrice de "Maternité dérobée, mère porteuse et enfant sur commande", éditions Multimondes, Montréal, 2019. Traduction : "Stolen Motherhood, Surrogacy and Made-to-Order Children", Baraka Books, Montréal, 2020. Expertise pertinente: santé des femmes; santé de la reproduction; accouchement et césarienne; mortalité maternelle (consultante pour l'OMS) ; membre du *Réseau de la recherche en éthique féministe des soins de santé*; enseignement en éthique de la recherche et en éthique dans le domaine de la santé publique; membre de comités d'éthique de la recherche et d'éthique clinique.

Préambule

L'objet de ce mémoire est de rappeler quelques-uns des enjeux éthiques et sociaux soulevés par le recours aux mères porteuses et de formuler quelques interrogations sur des éléments du projet de loi 12, dont la désignation des mères porteuses.

On dit souvent que les lois sont en retard sur la société. Toutefois, cela ne l'est pas nécessairement. En effet, certaines façons de faire peuvent se développer sans être socialement légitimes et conséquemment n'ont pas à être juridiquement sanctionnées. Il arrive également que les connaissances sur lesquelles s'appuyer pour légiférer soient lacunaires. Le recours aux mères porteuses correspond à ces deux situations.

Ce recours est-il socialement légitime et doit-il faire l'objet d'une reconnaissance juridique ? La question demeure. De très nombreux pays ne l'autorisent pas². Le Canada le reconnaît, mais l'expérience canadienne n'est pas sans problèmes. Notons, par exemple, l'utilisation de mères canadiennes par des personnes domiciliées hors du Canada pour réduire leurs coûts. Quant aux connaissances sur cette pratique, l'état de situation réalisé par le Conseil du statut de la femme, publié tout récemment³, démontre bien qu'elles sont lacunaires.

Ajoutons qu'il ne faut surtout pas se leurrer. La légalisation de la pratique n'aura pas comme seul effet de donner des balises « à ce qui existe déjà », mais envoie un message à l'ensemble de la société québécoise que cette pratique est dorénavant considérée par le législateur comme socialement légitime. Cet aval peut mener loin.

Pour ces raisons et en l'absence de consultation publique sur le sujet, il n'est pas futile, même à cette étape-ci de l'étude du projet de loi, de rappeler quelques-unes des multiples questions complexes soulevées par le recours aux mères porteuses et qui justifient de ne pas procéder à sa légalisation.

² Parmi les 40 pays que recense le site Surrogacy 360 (site d'information sur le recours aux mères porteuses) qui n'en autorisent aucune forme, notons quelques pays comparables au Québec à plusieurs égards : Allemagne, Autriche, Finlande, France, Italie, Islande, Norvège, Portugal, Suède, Suisse : <https://surrogacy360.org/considering-surrogacy/current-law-2/> consulté le 24 mars 2023

³ Conseil du statut de la femme, 2023. *Grossesses pour autrui : état de la situation au Québec* : <https://csf.gouv.qc.ca/wp-content/uploads/Etude-Grossesses-pour-autrui.pdf>

1 *L'enfant au centre de la réflexion*

L'argumentaire qui sous-tend le projet de loi est celui de la protection des droits des femmes et des enfants. On évoque aussi la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant. Qu'en est-il dans les faits ?

La littérature sur le recours aux mères porteuses, sur laquelle on s'appuie généralement pour en débattre, traite fort peu de l'enfant, de son bien-être et de ses droits. C'est pourquoi, la sociologue italienne Daniela Bandelli, dans un livre publié en 2021⁴ suggère de changer l'angle de la discussion qui entoure cet enjeu pour une discussion dans laquelle le recours aux mères porteuses est considéré avant tout « *comme un moyen par lequel de nouveaux êtres humains arrivent au monde* ». Ce faisant écrit-elle « *le débat porterait sur la nécessité d'interdire ou de permettre que des enfants soient conçus selon ce qui est écrit dans un contrat et qu'ils naissent de femmes de qui ils seront retirés immédiatement après l'accouchement* ».⁵

Changer la perspective en prenant en considération d'abord l'enfant, plutôt que le désir d'adultes et le recours à une femme pour combler ce désir, force une réflexion différente. Lire le projet de loi 12 selon cette perspective est révélateur. Il y est peu question de l'enfant, hormis les règles mises en place pour lui permettre, s'il le souhaite, d'obtenir des renseignements sur ses origines et, si la mère y consent, d'établir un contact avec elle. Cela peut paraître un acquis significatif. Or, cette mesure vise à pallier les problèmes qui risquent de découler des conditions de sa naissance. En pratique, quelle garantie le projet de loi offre-t-il à l'enfant puisqu'on comprend que les mères porteuses qui font des efforts pour ne pas s'attacher à lui ne souhaiteront sans doute pas qu'il réapparaisse plus tard pour connaître et comprendre son histoire ?

À ce moment-ci, nous ne disposons pas d'un corpus de connaissances probantes sur le devenir des enfants qui sont nés dans de telles conditions. Ne pensons qu'à

⁴ Daniela Bandelli, 2021, *Sociological Debates on Gestational Surrogacy, Between Legitimation and International Abolition*, Springer, p 142, Open Access : <https://doi.org/10.1007/978-3-030-80302-5>

⁵ Traduction libre de : “...as a way in which new human beings come into the world” et de “The debate would focus on the need to prohibit or allow children to be conceived in a manner written in a contract and born to women from whom they are removed immediately after childbirth.” Bandelli, 2021, opus cit.: 142

l'impact que peut avoir sur eux la séparation^{6 7} à la naissance ou la possibilité d'un échec dans la quête d'une rencontre avec celles qui leur ont donné la vie.

Nous en savons davantage sur le désir, les démarches et l'expérience des parents demandeurs, l'expérience de mères porteuses et celle de différentes intervenantes et intervenants. On peut donc parler d'une certaine invisibilité de l'enfant dans les débats comme le déplore l'anthropologue David Le Breton : « *L'enfant est, dans cette procédure, l'otage invisible de décisions qui pèseront sur son existence tout entière* ». ⁸

Sur le plan éthique, la question centrale demeure que l'enfant, motif de la transaction, est traité comme un objet à obtenir, ce qui est incompatible avec le respect de sa dignité humaine. On observe ici un renversement de la perspective de l'adoption où on cherche à trouver une famille pour un enfant. Ici l'intérêt de l'enfant est subordonné à celui d'adultes.

Où est l'enfant en tant qu'être humain et où est son intérêt lorsqu'il est l'objet d'une convention ? Que penser d'une planification, avant même sa conception, de la séparation avec la femme qui l'aura porté pendant neuf mois ? « *Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.* » ⁹ Faut-il absolument satisfaire les besoins d'adultes ? Les discours sont articulés autour d'un seul concept : le désir d'enfant

⁶ Certains parents commanditaires ne demanderont pas ou n'imposeront pas une rupture totale avec la mère porteuse. L'enfant sait alors qui elle est et peut même grandir en ayant des contacts avec elle. Mais, cette attitude et cette façon de faire ne sont jamais garanties et ne sont pas les plus répandues.

⁷ Il ne faut pas minimiser, sur le plan de la santé, que la séparation de la mère met en cause l'allaitement maternel, dont les bienfaits (physiques et psychologiques) sont reconnus par des données probantes. À ce sujet, l'anthropologue Delphine Lance a rapporté les propos de mères porteuses, interviewées aux États-Unis et en Ukraine qui révèlent qu'elles ne peuvent envisager l'allaitement : « ... la conjonction du contact corporel et le don du lait rendent l'allaitement inconcevable pour certaines femmes ». Delphine Lance, 2017, « Mettre à distance la maternité. La gestation pour autrui en Ukraine et aux États-Unis », *Ethnologie française*, n° 167 : 417.

⁸ David Le Breton, 2014, « La question anthropologique de la gestation pour autrui », dans Brigitte Feuillet-Liger et Maria-Claudia Crespo-Brauner (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté*, Bruxelles, Bruylant : 348.

⁹ *Convention relative aux droits des enfants*, 1990, Haut-Commissariat aux droits de l'homme des Nations Unies, article 3, alinéa 1 : <https://www.ohchr.org/fr/professionalinterest/pages/crc.aspx>

auquel on répond avec une dite « solution » rendue possible par la médecine. Cette « solution » est-elle humaine, du point de vue de l'enfant ?

Tout en reconnaissant la légitimité du désir d'enfant et la souffrance qui peut être vécue dans les cas d'infertilité, n'est-il pas pertinent, avant d'avaliser le recours à une mère porteuse comme façon d'y répondre, de faire une analyse critique de la construction sociale de ces expériences ? On se doit d'éviter l'angélisme et plutôt déconstruire le discours des acteurs qui tentent, pour leur propre bénéfice, de façonner ce désir et de l'orienter vers le recours à une mère porteuse.

Une réflexion s'impose également sur le caractère central de la recherche du lien génétique avec l'enfant dans les démarches qui mènent à ce recours et combien cette recherche porte ombrage aux autres façons de devenir parent. La valorisation du lien génétique est un phénomène social dont on parle trop peu qui a pour effet d'exclure ou de marginaliser l'adoption comme mode de création d'un lien parental avec un enfant. Cette recherche du lien génétique est de plus en plus importante avec la progression de l'individualisme et elle est soutenue par des pressions sociales exercées sur les couples pour les amener à se reproduire, quelles que soient les difficultés ¹⁰.

Nous avons une responsabilité sociale envers nos enfants et devons tout mettre en œuvre pour que leur naissance soit empreinte de dignité. Lorsque les parents ne sont pas aptes à procréer, la solution qui vient à l'esprit pour une parentalité définie à partir des intérêts de l'enfant est de préférence l'adoption, pratique qui cherche avant tout à répondre aux besoins de l'enfant. Dans une perspective qui place l'enfant au centre de la discussion, on peut donc se demander : pourquoi, n'y a-t-il pas plus d'efforts collectifs et de soutien social pour cette voie qui ne passe pas par une rupture mais vise plutôt à en réparer une ? Pourquoi les politiques publiques n'investissent-elles pas davantage dans d'autres voies qui aident à vivre la parentalité et à répondre au désir de prendre soin d'enfants ?¹¹

2 La grossesse et l'enfantement

Dans cette deuxième partie, nous traiterons des différents enjeux suivants : les implications pour les femmes d'une convention en matière de reproduction, les

¹⁰ Maria De Koninck, « Le désir d'enfant et ses glissements contemporains », *Argument*, vol. 23, no.2, printemps été 2021 : 84-94.

¹¹ Par exemple, la prise en charge d'enfants, dont les parents ne peuvent assumer seuls la responsabilité de leur éducation et différentes contributions aux soins aux enfants jeunes et grands.

pratiques qui mènent à la maternité fracturée, la question de la gratuité, et le recours à des mères porteuses domiciliées hors du Québec.

2.1 La convention

Une mère porteuse se trouve dans une position contre laquelle se sont mobilisées et se mobilisent encore de nombreuses femmes sur la planète. Même si c'est pour un temps limité, « servir » à des fins de procréation est une forme de servitude. Évoquer le consentement n'est pas une réponse suffisante puisqu'un consentement éclairé n'est pas vraiment possible, comme nous le verrons plus loin.

Pour contrer les préoccupations qui découlent de l'utilisation des femmes et de leur potentiel reproducteur, les approches théoriques matérialistes assimilent la grossesse à une simple activité, à un travail, qui permettra à des personnes seules ou à des couples d'avoir un enfant. Or, ces interprétations sont contestables. Dans les faits, une mère porteuse n'est pas une femme dont le travail est sous contrat, mais bien une femme qui s'est engagée dans une convention en vertu de laquelle, pendant neuf mois, elle est enceinte. Son être est mobilisé par cette expérience. Pendant tout ce temps, sa personne est engagée au service d'autres personnes pour répondre à leur besoin d'enfant. N'est-ce pas là une atteinte à la dignité humaine puisqu'aucun humain ne peut être utilisé par un ou par d'autres humains pour leurs propres fins ?

Le recours aux mères porteuses ne s'inscrit pas dans la trajectoire sociale empruntée depuis longtemps par le Québec¹² pour l'égalité entre les sexes. Il représente plutôt un obstacle et même un recul. Malgré les efforts importants déployés dans le projet de loi 12 pour définir des conditions qui protègent les femmes et les enfants, le fait demeure qu'il s'agit de femmes utilisées pour répondre au désir de se reproduire d'autres personnes.

Les constats faits dans de nombreux pays d'abus et de pratiques qui trahissent une vision des mères porteuses comme étant des « servantes » choquent et forcent la réflexion sur la nature même de ce qui est en jeu : le fait que des femmes soient mises sous contrats pour porter et remettre un enfant à sa

¹² Saluons au passage, les avancées récentes du gouvernement québécois en matière de violence, dont les propositions incluses dans le présent projet de loi. Ces propositions semblent, par ailleurs, découler d'une volonté d'assurer le respect de la dignité des femmes et des enfants, ce qui n'est pas le cas dans les articles consacrés au recours aux mères porteuses.

naissance.¹³ En soi, cette situation crée des rapports sociaux entre demandeurs et femmes qui vont à l'encontre de l'égalité entre tous les humains, puisque l'une des parties en cause se soumet à la réalisation du projet de l'autre partie.

Pour être légitime, le discours des adeptes et des promoteurs du recours aux mères porteuses doit banaliser la grossesse et la mise au monde. C'est ce qu'il fait avec le terme de « gestation » qui, fort heureusement, a été abandonné dans le projet de loi 12 pour être remplacé par « grossesse », terme qui réfère à l'expérience humaine vécue lorsqu'une femme porte un enfant. Ce discours vise à faire croire que la grossesse et l'enfantement sont des expériences qui se marchendent, que le caractère transactionnel qu'on leur confère ne laisse pas de séquelles chez la femme ni chez l'enfant, et que les femmes sont interchangeable. Il est généralement simpliste et s'appuie sur une conception réductrice du « progrès ». Il va même jusqu'à qualifier une démarche contractuelle de « don » merveilleux que fait une femme à une personne ou un couple qui éprouve un désir et a l'intention d'avoir un enfant.

2.2 *La maternité fracturée*

Depuis les années 1970, les femmes du Québec ont fait des gains importants pour le respect de leur dignité. En matière de reproduction, ces gains sont, entre autres, l'accès à des moyens efficaces de planifier les naissances et à des services d'interruption volontaire de la grossesse. De plus, grâce aux efforts conjugués du mouvement des femmes et des groupes soucieux de la qualité de l'expérience de la mise au monde des enfants, les conditions dans lesquelles les femmes donnent la vie se sont améliorées. Les risques pour leur santé sont mieux gérés et certains soins qui entourent la grossesse et l'accouchement ont été démedicalisés, comme c'est le cas du soutien accru pour favoriser la proximité mère-enfant après l'accouchement et à l'allaitement. Ces améliorations ont eu des retombées bénéfiques pour les enfants.

La situation n'est pas la même lorsque la naissance des enfants est planifiée dans une convention avec une mère porteuse. Les risques pour la santé des mères porteuses sont peu documentés, mais des études en arrivent à la conclusion qu'ils sont plus élevés que ceux encourus lors d'une grossesse spontanée, étant donné les manipulations en cause.¹⁴ L'information des femmes sur cette question

¹³ Céline Revel-Dumas, 2021, *Le grand bluff*, Paris, Les Éditions du Cerf; Renate Klein, 2017, *Surrogacy, A Human Rights Violation*, Australia, Spinifex.

¹⁴ Irene Woo et al., 2017, «Perinatal outcomes after natural conception versus in vitro fertilization (IVF) in gestational surrogates: a model to evaluate IVF treatment versus maternal effects», *Fertility and Sterility*, vol. 108, n° 6 ; 993-998; Yona Nicolau, 2015,

semble insuffisante.¹⁵ Ainsi le projet de loi ne fait aucune mention de la santé des femmes ni de celle des enfants et ne prévoit aucune disposition pour que les femmes soient informées des risques encourus avant de signer une convention.

De façon générale, un attachement se développe rapidement entre l'enfant et sa mère au moment de la naissance et des moments qui suivent. Cet attachement est considéré comme significatif pour le développement de l'enfant et pour le bien-être de la mère ; c'est pourquoi il est soutenu et encouragé par les soignantes et soignants qui interviennent au cours de la période qui suit la mise au monde.

Or, dans le recours aux mères porteuses, la pratique courante est maintenant d'utiliser l'ovule d'une femme et de faire porter l'enfant par une autre femme dans le but d'éviter l'attachement entre cette dernière et l'enfant avec qui elle n'a pas de lien génétique. C'est donc, ce que souhaitent les demandeurs et aussi des mères porteuses qui affirment que cela facilite leur expérience lorsqu'elles remettent l'enfant. Cette fracture de la maternité a donc, comme objectif avoué, de contrer le développement d'un sentiment humain.

Ce n'est cependant pas la seule raison pour laquelle s'est propagée cette façon de faire qui consiste à recourir à une femme pour des ovules, et à une autre pour porter l'enfant. C'est aussi pour des raisons de préférences génétiques et de coûts. Révélant l'inégalité dans les rapports sociaux, une des façons de procéder consiste à acheter les ovules de femmes dans un pays, par exemple de femmes blanches européennes, pour ensuite implanter les embryons chez des femmes dans un autre pays, à faible revenu, où elles les porteront pour une faible rémunération.

Au Québec, nous devrions nous sentir concernés par cette situation, non seulement par solidarité internationale avec les femmes de pays à faible revenu, mais parce qu'elle nous incite à y réfléchir à deux fois avant de légitimer une forme de reproduction humaine qui repose sur une transaction. Ne nous leurrions pas. Ces façons de faire abusives, qui heurtent nos valeurs, sont le résultat du caractère transactionnel du recours aux mères porteuses dans une logique de libre marché. La marchandisation du potentiel reproducteur des femmes et celle

«Outcomes of surrogate pregnancies in California and hospital economics of surrogate maternity and newborn care», *World Journal of Obstetrics and Gynecology*, vol. 10, n° 4 : 102-107; La Société des néonatalogistes du Québec (SNQ) et l'Association des pédiatres du Québec (APQ), Mémoire présenté à la commission de la santé et des services sociaux, consultation sur le projet de loi 73, Loi modifiant diverses dispositions en matière de procréation assistée, Montréal, le 7 décembre 2020; le Conseil du statut de la femme dans son état de la situation a fait une recension des études sur cette question.

¹⁵ CSF, opus cit. : 66.

des enfants ne doivent pas surprendre. Dès qu'on dit oui à cette pratique, même en y mettant des balises, on entre sur le terrain du marché de la reproduction humaine.¹⁶

À preuve, cette évolution de l'approche traditionnelle dans laquelle la mère porteuse fournit l'ovule vers la préférence pour un recours à deux mères, a favorisé au Canada le développement de catalogues de donneuses d'ovules, utilisables même si les femmes ne sont pas officiellement rémunérées, où les demandeurs peuvent privilégier certaines caractéristiques¹⁷. La tolérance à l'égard de telles pratiques donne froid dans le dos à quiconque comprend comment peut lentement et sûrement progresser l'eugénisme.

2.3 La gratuité ?

L'article 541.3 du projet de loi prévoit que la contribution de la mère porteuse doit être à titre gratuit et qu'elle aura droit, conformément aux normes prévues par règlement, au remboursement ou au paiement de certains frais et à une indemnisation, le cas échéant, pour la perte de revenus de travail. Il faut savoir que lorsque Santé-Canada a voulu formuler un tel règlement, l'opération s'est révélée longue et complexe et que le règlement est contourné.^{18,19}

Par ailleurs, les analystes qui s'intéressent à ce qui se passe aux États-Unis et dans plusieurs pays moins fortunés où des mères porteuses sont utilisées par des étrangers dénoncent le contrôle exercé sur les mères porteuses : alimentation,

¹⁶ *Surrogacy360*, relaie un article canadien annonçant le changement « dramatique » qui découlerait du projet de loi 2 : Chelsey St. Pierre and Beryl Wajzman, October 22, 2021, «Dramatic Change in Quebec Surrogacy Law Proposed Under Bill 2» *The Suburban*, : <https://surrogacy360.org/tag/canada> consulté le 24 mars 2023.

¹⁷ <https://www.canamcryo.com/fr/catalogue-des-donneuses-ovules> consulté le 27 mars 2023.

¹⁸ *Vers une Loi sur la procréation assistée renforcée*, juillet 2017, « Une consultation avec les Canadiens et les Canadiennes sur les principales propositions de politique »; novembre 2017 : « À l'intention des intervenants de l'industrie de la procréation assistée : Sondage auprès des intervenants du secteur de procréation assistée touchés par la proposition de Santé Canada d'élaborer un règlement en vertu de la Loi sur la procréation assistée ». Santé Canada a ensuite consulté l'industrie de la procréation assistée (avec des références aux mères porteuses malgré le principe de gratuité) et est revenu à la charge avec un véritable projet de règlement, en octobre 2018.

¹⁹ Maria De Koninck, *Règlement sur le remboursement relatif à la procréation assistée : un choix politique qui favorise l'industrie de la PA ?* Commentaires transmis à Santé-Canada, le 19 décembre 2018.

soins, relations sexuelles avec leurs conjoints, etc.²⁰ Sans dire qu'un tel contrôle soit autorisé par le règlement canadien, les éventuels glissements inquiètent.

À ce chapitre, les frais d'épicerie font partie des frais remboursables en vertu du *Règlement sur le remboursement relatif à la procréation assistée*²¹ fédéral. Les lignes directrices qui accompagnent le règlement précisent que : « *Les mères porteuses peuvent également être invitées par les futurs parents à adopter un régime alimentaire spécial pendant la grossesse, ce qui peut se traduire par une facture d'épicerie plus élevée pour la mère porteuse. Cette catégorie de frais permet que ces frais soient remboursés à la mère porteuse.* »²² Selon une perspective féministe, ce n'est pas anodin.

Même lorsqu'une loi interdit la rémunération directe, le remboursement conduit à l'évaluation financière de la grossesse et de l'accouchement, entrouvre la porte à la commercialisation ne serait-ce qu'indirecte, et menace l'autonomie de mères porteuses.

Enfin, le respect de la gratuité n'étant pas garanti, comment peut-on éviter que des femmes s'engagent dans cette voie pour des motifs financiers, comme cela se fait ailleurs, très souvent pour nourrir et prendre soin de leur famille ?

2.4 *Le consentement*

L'article 541.11 du projet de loi 12 prévoit que la mère porteuse rencontre, avant la grossesse, un professionnel qui va l'informer sur les implications psychosociales du projet et sur les questions éthiques qu'il implique. Le caractère général des thèmes à aborder lors de la rencontre laisse place à de multiples interrogations. Quel type de rencontre envisage-t-on, simple séance d'information ou véritable échange et discussion ? Qui va définir les sujets à couvrir en ce qui a trait aux aspects psychosociaux et éthiques ? Le professionnel devra être membre d'un ordre, mais sera-t-il accrédité pour remplir cette fonction spécifique, notamment pour s'assurer qu'il est apte à traiter des

²⁰ Voir notamment les travaux de Jennifer Lahl dont une analyse de contrats signés en Californie, « La vérité des grossesses à contrat », in Ana-Luna Stoicea-Deram, Marie-Josèphe Devillers et Catherine Morin Le Sech, (coordination), 2019, *Pour le respect des femmes et des enfants, abolir la maternité de substitution*, TheBookEdition.com : 89-95.

²¹ <https://laws-lois.justice.gc.ca/fra/reglements/DORS-2019-193/page-1.html>

²² <https://www.canada.ca/fr/sante-canada/programmes/consultation-remboursement-procreation-assistee/document.html>

questions éthiques ? Qui le choisira et le paiera ? Et, qu'en est-il des implications médicales qui ne sont pas mentionnées dans le projet de loi ? À quel moment informera-t-on les femmes sur les risques qu'impliquent les manipulations liées à la procréation médicalement assistée ? Comme les femmes vont signer la convention avant d'entreprendre les traitements, comment prétendre obtenir un consentement éclairé si la rencontre avec l'équipe médicale a lieu après la signature de la convention ?

L'obligation que la mère porteuse soit âgée de 21 ans ou plus offre une certaine garantie d'autonomie dans la prise de décision. Toutefois, le fait de ne pas exiger une expérience antérieure de grossesse soulève l'inquiétude. Qu'une femme, n'ayant jamais donné la vie auparavant, puisse conclure une convention en vertu de laquelle elle s'engage à donner la vie à un enfant et à le remettre à d'autres à la naissance, permet de douter qu'il y ait, dans un tel cas, consentement éclairé. Une grossesse dure neuf mois et est toujours unique. Une femme peut difficilement prédire avec certitude comment elle réagira compte tenu du « *caractère aléatoire du temps de grossesse* »²³. Une femme qui n'a jamais vécu de grossesse sera, plus qu'une autre, riche d'au moins une expérience, devant l'inconnu. Le fait qu'elle pourrait, en vertu du projet de loi, décider de garder l'enfant après la naissance ne répond pas à la préoccupation au sujet du consentement éclairé. Les enjeux inhérents à l'expérience de la grossesse sont trop importants pour considérer que la possibilité pour la femme de revenir sur son engagement suffit.

Avant d'aller de l'avant avec le projet de loi, ne serait-il pas sage de discuter des questions suivantes : est-ce éthique pour des médecins de traiter une personne non pas pour son intérêt, mais pour répondre aux besoins d'autres personnes ? Qu'en est-il du principe de non-malveillance, lorsque des interventions comportent des risques accrus pour la mère et qu'on procède non pas dans l'intérêt de la patiente, mais bien de celui d'autres personnes ?²⁴ Ces questions ne devraient-elles pas faire l'objet d'un examen par le nouveau comité central d'éthique clinique en matière de procréation médicalement assistée²⁵ avant d'aller plus loin avec le projet de loi ?

²³ Epelboin, Sylvie, 2011, Gestation pour autrui : une assistance médicale à la procréation comme les autres ?, *L'information psychiatrique*, vol, 87, no, 7: 578

²⁴ Brunetti-Pons, Clotilde *et al.*, *Le « droit à l'enfant » et la filiation en France et dans le monde, Rapport final*, CEJESCO de l'Université de Reims, Mission de recherche droit et justice, Conformément à la Convention de recherche n° 14.19, 5 janvier 2015 - 5 janvier 2017.

²⁵ Créé en vertu de la loi 73.

2.5 Le recours à des mères porteuses domiciliées hors du Québec

Des articles du projet de loi cherchent à encadrer le recours aux mères porteuses domiciliées hors du Québec. On peut douter de l'efficacité de ces articles, d'une part, parce qu'aucune sanction n'est prévue pour les contrevenants et, d'autre part, parce que l'application de l'article 541.36 pourra faire en sorte, dans certains cas, que des demandeurs pourront obtenir la reconnaissance de filiation sans avoir respecté les conditions prévues à d'autres articles de la loi.

Les conditions stipulées dans le projet de loi sont donc moins exigeantes qu'elles ne le sont dans le cas des mères porteuses québécoises. Une telle approche va à l'encontre des valeurs québécoises. Ce n'est pas parce qu'une femme réside dans un autre pays, qu'on peut accepter qu'elle soit, lorsqu'elle s'engage à porter un enfant pour des Québécois, traitée différemment d'une mère québécoise.

Or, nous savons qu'il est impossible que les règles édictées au Québec soient respectées hors de son territoire. Le projet de loi laisse pourtant entendre que ce le serait puisque les États admissibles seront désignés par le gouvernement (a.541.31). Où trouvera-t-il ? Quand on sait qu'au Canada, l'industrie est très présente, les autres provinces ne conviennent pas nécessairement. Alors, vers qui se tourner ? Les États-Unis ? Si c'est le cas, il faudra distinguer les états acceptables de ceux où la marchandisation atteint des sommets. Par ailleurs, les pays démocratiques qui nous ressemblent n'autorisent généralement pas le recours aux mères porteuses. Il serait pour le moins inconvenant de les désigner au cas où des femmes accepteraient là-bas de signer une convention avec des parents québécois ! Et, va-t-on s'assurer, avant de les désigner, que les États pourront se conformer aux obligations en matière de renseignements personnels pour le bien-être des enfants ?

Les institutions publiques du Québec ont-elles les ressources nécessaires pour gérer les ententes conclues avec des citoyennes domiciliées dans d'autres pays ? Et, qu'arrivera-t-il quand ce ne sera pas possible ou que les parents commanditaires n'ont pas tenu compte des règles ? Appliquer le dernier alinéa de l'article 541.36 et reconnaître la filiation ? Une telle situation ferait la démonstration que le projet de loi 12 ne change pas véritablement la donne. En effet, des juges ont déjà été confrontés à des demandes de filiation de ce type et ont accepté au nom de l'intérêt de l'enfant.

Bref, la seule voie possible pour assurer la protection de toutes les femmes et tous les enfants, telle qu'elle est définie dans le projet de loi 12, serait d'assurer que toutes les dispositions prévues soient respectées. Ainsi, toute convention par

laquelle une femme domiciliée hors du Canada s'engage à procréer ou à porter un enfant pour le compte d'une personne seule ou d'un couple domiciliés au Québec devrait être nulle et de nullité absolue si elle n'est pas conforme aux exigences de la loi.

L'article 541.28 précise que la personne seule ou les conjoints demandeurs doivent être domiciliés au Québec depuis au moins un an avant de demander l'autorisation préalable. Quelles informations sous-tendent ce choix du délai d'un an ? Les connaissances disponibles sur le fonctionnement du marché international de la procréation assistée permettent de penser que cette exigence est nettement insuffisante pour protéger la mère et l'enfant.

Par ailleurs, il est tout à fait plausible que ce délai de domicile également exigé à l'article 541.7 pour les demandeurs et la mère porteuse avant la conclusion de la convention soit, dans les faits, insuffisant pour s'assurer qu'il s'agisse bien de personnes qui vivent et résident au Québec.

L'industrie de la procréation assistée se porte bien et est outillée pour faciliter le contournement des lois et des règles. Elle le fait déjà au Canada. Elle ne se privera certainement pas d'intervenir à un moment ou l'autre du processus, avec par exemple, comme porte d'entrée, de faciliter la rencontre de parents demandeurs avec d'éventuelles mères porteuses. Penser le contraire, c'est peu connaître cette industrie. Il serait naïf de croire que l'encadrement prévu dans le projet de loi ne sera pas détourné dès que les promesses de profits importants et d'élargissement du marché canadien auront attiré les commerçants qui sont déjà à l'œuvre dans les autres provinces.

3 La désignation des mères porteuses

Adopter un langage inclusif est souhaitable. Les féministes ont été des pionnières à ce chapitre lorsqu'elles ont entrepris, il y a plusieurs années, de féminiser la langue française. Ce fut et cela demeure difficile. Le débat, sur le sujet, reste vif. Dans le projet de loi, nous avons une illustration d'un problème de féminisation non résolu avec l'article 541.11 qui porte sur l'exigence d'une rencontre avec « un professionnel ».²⁶ Il est évident que « le professionnel » peut bien être une professionnelle. Cet exemple, quoiqu'intéressant sur les défis que soulèvent les

²⁶ L'article 53 de la Loi d'interprétation du Québec stipule : « 53. Le genre masculin comprend les deux sexes, à moins que le contexte n'indique le contraire. »

vœux d'inclusion, ne soulève toutefois pas les mêmes enjeux que celui de la dénomination de la mère porteuse dans le projet de loi.

Dans le titre et dans les notes explicatives de ce projet, on réfère aux « mères porteuses ». Toutefois, cette désignation n'apparaît nulle part dans les articles du projet de loi 12. On utilise plutôt « la femme ou la personne qui a donné naissance à l'enfant ». On laisse donc tomber le concept « mère » pour parler de « femme » qui réfère au sexe biologique et on ajoute « ou la personne qui a donné naissance » pour qualifier quelqu'une qui souhaite être identifiée par son identité de genre plutôt que comme femme. La nouvelle désignation d'une mère porteuse réfère tantôt au sexe biologique, tantôt au concept de genre. Dans le cas du sexe, la désignation est issue du constat qu'il s'agit d'un être humain qui a les caractéristiques physiques associées à la capacité de porter et de mettre au monde un enfant. Dans le deuxième cas, on adopte une terminologie qui réfère à une construction culturelle de l'identité ou une fiction juridique (Code civil, article 70.1), faisant en sorte que l'identité de genre soit reconnue comme établissant le sexe d'une personne en faisant abstraction de ses caractéristiques physiques.

Utiliser ainsi deux concepts qui réfèrent l'un à une définition biologique, et l'autre à une construction culturelle, ou fiction juridique, qui se distancie des attributs biologiques ne peut que confondre. L'enfantement tient de la biologie puisque seule la possession de certaines caractéristiques biologiques permet d'enfanter. Par conséquent, ce qui peut paraître une simple mesure d'inclusion dans un texte législatif sur les mères porteuses intervient sur la représentation des femmes et de leurs caractéristiques biologiques.

Mon intention ici est de vous amener à réfléchir à l'impact de ce choix terminologique dans la loi. En ajoutant « ou la personne qui donne naissance » on prend une distance avec la biologie, c'est-à-dire qu'on induit qu'il n'est pas nécessaire d'être une femme pour enfanter, l'enfantement pouvant être le fait d'une « personne ». Or, les connaissances sur l'histoire de l'accouchement à travers les sociétés et les cultures et sur l'évolution des interventions médicales qui entourent la naissance incitent à la prudence lorsqu'on désigne qui donne naissance, particulièrement dans un texte législatif.

En effet, en matière de procréation, le développement rapide de la procréation médicalement assistée révèle une tendance à l'augmentation des interventions pour réaliser la procréation hors du corps féminin. Dans le cas de l'enfantement, les taux très élevés de césariennes font reculer l'incidence d'accouchements naturels dans lesquels la femme est l'actrice principale.

L'intention du législateur n'est certainement pas de soutenir, dans un projet de loi, une évolution qui réduit le rôle des femmes dans la reproduction pour le confier à des experts techniques. Il n'en demeure pas moins que la désignation retenue pose problème, car c'est ce qu'elle fait, en se distançant des caractéristiques biologiques du sexe.

En utilisant deux concepts issus de modes d'appréhension différents, le législateur, si le projet de loi est adopté tel quel, affirmerait donc que ce ne sont plus que les femmes qui donnent naissance.

Eu égard à la santé et aux droits des femmes, cette terminologie laisse présager des changements pour le moins inquiétants. Ont-ils été suffisamment évalués ? Les caractéristiques du sexe féminin, et conséquemment ce qui lui est propre en matière de reproduction, sont déterminantes à la fois pour les expériences des femmes sur les plans physique, psychologique et social et pour les services qui sont mis en place pour les accompagner dans ces expériences. Les termes qui s'inscrivent sur la voie de l'abandon progressif de la désignation par le sexe des expériences qui lui sont liées, ne sont pas sans effets sur les représentations que les femmes ont d'elles-mêmes et dès lors sur leurs expériences, sur les représentations qu'ont les autres de ce que sont les femmes et sur les soins en santé des femmes.

Est-ce que la désignation retenue est annonciatrice d'un changement majeur dans les lois et règlements du gouvernement ? Est-ce que tout ce qui concerne les femmes, leur fertilité, les composantes de la reproduction (menstruations, ovulation, grossesse, accouchement, allaitement, post-partum), et les liens entre les mères biologiques et leurs enfants sera désigné de façon à s'éloigner des caractéristiques biologiques qui sont essentielles pour ces différentes expériences ? Si oui, quel sera l'impact, entre autres, pour le respect des droits des femmes si chèrement acquis et ceux pour lesquels les luttes continuent et qui reposent sur une condition partagée non pas acquise mais innée ?

Tout cela peut nous mener très loin, la prudence est de mise. Avant de ne plus reconnaître, dans la terminologie légale, que la capacité d'enfanter est une caractéristique exclusivement féminine, il s'impose de soupeser l'impact que ce changement induit sur les rapports sociaux et sur la société en général.

Il ne s'agit pas ici de remettre en cause les efforts d'inclusion. Il s'agit plutôt de prendre un peu de recul permettant d'en apprécier toutes les conséquences.

Conclusion

L'argument clé utilisé pour justifier le projet de loi, en matière du recours aux mères porteuses, est la nécessité d'encadrer une pratique parce qu'elle existe. Pourtant les enjeux éthiques qu'elle soulève, notamment pour la dignité des femmes qui sont invitées à signer une convention dans laquelle elles s'engagent à vivre une grossesse pour d'autres, les conditions pour obtenir un consentement éclairé, le risque de malveillance pour la santé de la mère et de l'enfant, le statut de l'enfant au cœur d'une transaction, la décision, avant leur conception, de placer des enfants à naître dans une situation à risque, en les séparant de celles qui leur ont donné la vie, n'ont pas été débattus de façon large et démocratique au Québec.

Les adeptes du recours aux mères porteuses affirment que cette pratique est un progrès, et que les arguments de celles et de ceux qui s'y opposent reposent sur des événements qui ne sont que des dérives. Il est tout à fait vrai qu'une partie de l'argumentaire critique vise à mettre en garde contre ce qui a été observé : abus de femmes, refus de recevoir l'enfant commandité, commercialisation déshumanisante et autres. Pourtant, ce qui mobilise d'abord et avant tout sur le plan international et qui explique pourquoi de nombreux pays n'autorisent pas cette pratique est le nécessaire respect des femmes, des enfants et des personnes et couples qui souhaitent devenir parents.

Sur la base des informations disponibles sur ce qui se passe dans notre monde globalisé, il est tout à fait prévisible qu'à partir du moment, où la pratique sera légitimée, elle sera vulnérable à sa commercialisation, étape par étape. Pourquoi ne pas tirer des leçons de la prolifération dans le reste du Canada d'agences qui font partie de l'industrie de la procréation assistée et qui servent d'intermédiaires ? Même si la rémunération des mères porteuses est interdite au Canada, les agences ont le champ libre. Si les agences fonctionnent au Canada, pourquoi ne fonctionneraient-elles pas au Québec ?

Mettre des conditions est en soi une démarche responsable. Cependant, si ces conditions sont jugées trop contraignantes, qu'advient-il ? Elles seront contournées, ce qui est beaucoup plus facile quand la pratique elle-même est légale. Et, où sont les sanctions ? Les demandeurs qui n'acceptent pas les contraintes de la loi se tourneront vers d'autres lieux plus laxistes.

Malgré toutes les balises définies dans le projet de loi qui témoignent de l'immense difficulté, pour ne pas dire l'impossibilité, de colmater les brèches, la situation peut évoluer dans un sens différent de celui qui est souhaité. Le

message envoyé par le projet de loi 12 est le suivant : la pratique est légitime à certaines conditions. Or, la légitimation d'une pratique ouvre à son développement et le contrôle sur ce développement qui s'inscrit, qu'on le veuille ou non, dans le marché de la procréation assistée risque d'être très limité.

Avant de légaliser le recours aux mères porteuses au Québec, il faudrait en savoir plus sur tout ce que cela implique et, comme il se doit dans une société démocratique, permettre un véritable débat public.

Maria De Koninck

28 mars 2023