

# LE PHÉNOMÈNE DES FEMMES PORTEUSES: LE DROIT À L'ÉCOUTE DE LA SCIENCE ET DE LA SOCIÉTÉ

Martine Nolin  
Hélène Guay

Introduction .....	3
Chapitre préliminaire - Les droits de la personne humaine .....	5
Section 1 - Les droits du fœtus .....	6
Section 2 - Les droits de l'enfant.....	8
Section 3 - Le droit de procréer .....	10
Section 4 - Le droit à l'autonomie corporelle.....	13
Partie première - L'existence du contrat de grossesse par procuration ....	16
Chapitre premier - La validité du contrat .....	17
Section 1 - La loi, l'ordre public et les bonnes moeurs.....	18
Sous-section 1 - Les contrats sur le corps humain.....	18
Sous-section 2 - Le paiement de la femme porteuse.....	19
Sous-section 3 - La remise de l'enfant .....	22
Section 2 - L'application du droit international privé.....	27
Sous-section 1 - Les règles de conflit de lois du droit québécois.....	27
Sous-section 2 - L'application des règles de conflit de lois au contrat de grossesse par procuration.....	28
Chapitre deuxième - Le contenu obligationnel et l'exécution du contrat de grossesse par procuration.....	29
Section 1 - Les obligations des parties au contrat .....	30
Sous-section 1 - Les obligations contractuelles des parents	30

Sous-section 2 - Les obligations contractuelles des intervenants .....	33
Section 2 - L'inexécution contractuelle et les recours .....	37
Sous-section 1 - Les recours contre les parties au contrat .....	37
Sous-section 2 - Les recours contre les intervenants .....	40
Partie deuxième - Les effets juridiques du contrat de grossesse par procuration .....	44
Chapitre premier - Le droit positif applicable en matière de filiation .....	46
Section 1 - L'application des règles relatives à la filiation .....	47
Sous-section 1 - Les éléments et la preuve de la filiation .....	49
Sous-section 2 - L'établissement et les recours relatifs à la filiation .....	51
Sous-section 3 - La procédure d'adoption .....	61
Section 2 - L'application du droit international privé .....	63
Sous-section 1 - La compétence du tribunal .....	63
Sous-section 2 - L'application de la règle de conflit en matière de filiation .....	64
Chapitre deuxième - Le droit en devenir .....	66
Section 1 - Les voies d'avenir en droit comparé .....	66
Sous-section 1 - Les rapports britanniques et français .....	66
Sous-section 2 - Les projets de loi australien et américains .....	70
Section 2 - Propositions législatives québécoises .....	73
Sous-section 1 - Les projets de loi actuels .....	73
Sous-section 2 - Les hypothèses de solutions .....	75
Conclusion .....	78
Annexe .....	81
Bibliographie .....	82

## LE PHÉNOMÈNE DES FEMMES PORTEUSES: LE DROIT À L'ÉCOUTE DE LA SCIENCE ET DE LA SOCIÉTÉ\*

### INTRODUCTION

A l'aube du vingtième siècle, les progrès scientifiques en matière de biotechnologie de la reproduction humaine permettent de faire tomber les obstacles reliés à certaines déficiences physiologiques. A preuve, l'infécondité tant de la femme que de l'homme peut désormais être soulagée par des moyens de reproduction divers. L'insémination artificielle, la fécondation *in vitro*, le transfert d'embryon font maintenant partie de notre vocabulaire. Le phénomène des femmes porteuses compte au nombre de ces "nouveaux" moyens artificiels. Mère d'emprunt, mère d'accueil, mère de substitution ou de remplacement, grossesse par procuration, maternité de substitution, louage de ventre, constituent autant d'expressions pour représenter cette "formule" pour avoir un enfant<sup>1</sup>.

De manière générale, le phénomène des femmes porteuses représente la situation où des conjoints qui ne peuvent féconder normalement en raison d'un problème physiologique ou génétique chez la femme, conviennent avec une autre femme, une entente par laquelle celle-ci s'engage à se faire inséminer avec le sperme du mari et à mener à terme une grossesse à leur profit, en échange le plus souvent d'une somme d'argent. Cette reproduction assistée ne se limite

\* La recherche est à jour au 1er mai 1985.

1. De toutes ces appellations, nous retiendrons celles de "femme porteuse" et de "grossesse par procuration", qui nous semblent les plus appropriées. Bien que le mot mère soit défini comme celle "qui a mis au monde un ou plusieurs enfants", il exclut du même coup la femme qui n'a pas conçu: le *Petit Robert 1* (1981) verbo "mère". Or, la femme qui porte l'embryon pourrait très bien ne pas l'avoir conçu, mais seulement le porter suite à une fécondation *in vitro* et un transfert d'embryon. Il faut donc retenir le mot "femme" pour représenter celle qui s'engage dans la grossesse. En anglais, l'utilisation de l'expression "surrogate mother", qu'on peut traduire par mère de substitution, a été critiquée. Voir notamment, A.M. CAPRON, "The New Reproductive Possibilities: Seeking a Moral Basis for Concerted Action in a Pluralistic Society", (1984) *12 Law, Med. & Health Care* 192. Tandis que certaines expressions tendent à être péjoratives ("louage de ventre"), celle de grossesse par procuration exprime bien l'objet de l'entente, qui est une sorte de mandat de grossesse.

toutefois pas à cette seule hypothèse. Dans la mesure où le transfert d'embryon sera mis au point, les possibilités vont s'accroître et permettre de réaliser une grossesse où l'embryon pourrait provenir des oeuvres de cinq personnes<sup>2</sup>. Quelle est la filiation de l'enfant ainsi conçu? Quels sont les droits et devoirs de chacun des intervenants?

Le phénomène des femmes porteuses va encore au-delà de cette hypothèse et d'une définition générale car il évoque un éventail de situations, de causes et de répercussions. Ainsi, il n'est pas impossible de penser que les raisons biologiques qui incitent des conjoints à recourir à une femme porteuse<sup>3</sup>, pourraient également inciter une femme seule, inféconde, à utiliser le même moyen pour avoir un enfant. Le recours à une femme porteuse deviendrait une autre avenue pour la création par un homme d'une famille monoparentale. Les couples de même sexe pourraient y trouver une alternative intéressante. On a même invoqué le choix d'une femme de recourir à ce moyen de reproduction afin de ne pas interrompre une carrière florissante. Il est facile de prévoir que le recours à ce moyen, une fois reconnu, ne pourrait être refusé à des personnes, en raison de leur orientation sexuelle ou de leur état civil<sup>4</sup>.

Le phénomène ne tire pas uniquement son origine de l'avancement des sciences médicales. Il provient aussi d'une diminution du nombre d'enfants disponibles pour l'adoption<sup>5</sup>, de la lenteur des procédures d'adoption<sup>6</sup>, du faible taux de réussite de la fécondation *in vitro*<sup>7</sup> et plus simplement du désir de procréer et de se substituer<sup>8</sup>.

2. On a déjà imaginé un nouveau-né issu de la fécondation *in vitro* de l'ovule d'une donneuse par le sperme d'un donneur, transféré et implanté dans l'utérus d'une porteuse. Voir les situations hypothétiques en Annexe.

3. Par exemple, une déficience organique sévère de l'appareil génital ou une maladie génétique dépitée.

4. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 10 (ci-après: *Charte des droits et libertés*). Pour un commentaire sur la liberté de l'orientation sexuelle, voir E. DELEURY, "L'union homosexuelle et le droit de la famille", (1984) 25 *C. de D.* 751.

5. Selon des statistiques émises en 1983, l'indice de fécondité a chuté de 3,84 à 1,57 au cours des trente dernières années; voir Québec, ministère des Affaires sociales, *Document de consultation sur la politique familiale: pour les familles québécoises* (Président: C. Laurin) Octobre 1984, p. 26.

6. Suivant les documents fournis par le Service Adoption du Centre de services sociaux du Montréal métropolitain, les délais d'attente en 1983 étaient d'une durée moyenne de cinq années, pour une demande d'adoption québécoise (p. 3) et d'environ trois ans pour une demande d'adoption internationale (p. 12); Centre de services sociaux du Montréal métropolitain, *L'adoption d'un enfant...* (1982). Voir aussi G. CADIEUX, "L'adoption d'hier à aujourd'hui (1965-1983)", (1984) 69 *Intervention* 130, 131 et 137.

7. Malgré les développements biotechnologiques remarquables des dernières années en matière de reproduction humaine, seulement deux cents naissances ont pu être rendues possibles par la fécondation *in vitro*, dans un centre anglais de réputation mondiale, depuis 1978: S.B. FISHEL, R.G. EDWARDS et J.M. PARDY, "Analysis of 25 Infertile Patients Treated Consecutively by *In Vitro* Fertilization at Bourn Hall", (1984) 42 *Fertil. & Steril.* 191.

8. On parle ainsi de "l'importance extrême attachée par toutes les sociétés à la fonction de fécondité tant pour l'homme que pour la femme": G. DELAISI DE PARSEVAL et A. JANAUD, *L'enfant à tout prix*, 1983, p. 36 (nos italiques).

À la lumière des composantes du phénomène, il est aisé de reconnaître les problèmes juridiques soulevés. Au risque de répéter les questions déjà posées notamment par les juristes canadiens et américains, rappelons celles de la validité du contrat de grossesse par procuration, de la validité des obligations établies par cette convention, des recours en cas d'inexécution contractuelle, et aussi celles de la filiation de l'être humain issu de l'entente et celles engendrées par un contrat entre des parties régies par des lois différentes.

Ce moyen de reproduction offre l'avantage de soulager l'infécondité d'un couple, ou à tout le moins lui offre le choix d'avoir un enfant, tout en créant un lien biologique avec le père, dans les cas où le sperme du mari a été utilisé. Il s'inscrit dans un cadre juridique nouveau puisqu'il ne tombe pas sous l'un ou l'autre des types de filiation connus<sup>9</sup>. Est-il vrai néanmoins d'affirmer qu'il y a vide juridique? Notre droit peut-il répondre aux exigences du phénomène des femmes porteuses? S'il ne le peut, devrait-il être adapté pour y répondre?

Afin de bien cerner les droits, libertés et intérêts soulevés par la recherche d'une réponse à ces questions, une discussion portant sur les droits et libertés de la personne s'impose (*Chapitre préliminaire*).

Précisons dès maintenant que nous n'aborderons pas le volet du droit pénal et que notre analyse portera sur le droit civil québécois. Le recours aux propos de juristes américains, justifié par l'étendue du phénomène, le volume d'opinions déjà publiées et les propositions législatives déjà émises, sera fait avec circonspection. Par ailleurs, sans faire abstraction des situations moins usitées, l'examen portera principalement sur la situation décrite comme la plus fréquente, sinon la plus connue<sup>10</sup>. Nous étudierons dans un premier temps la validité du contrat de grossesse par procuration à partir des principes de droit civil fondamentaux (PARTIE I). Puis nous analyserons les effets juridiques de ce contrat (PARTIE II). L'examen démontre que dans l'état actuel du droit québécois, une telle convention ne serait pas validée et que la solution du phénomène réside davantage dans une reformulation de nos concepts de filiation et de parenté, de même que celui de la famille, en tant qu'institution fondamentale de notre société. La réflexion débouche enfin sur l'impact de la révolution biologique sur la société que le droit ne peut ignorer.

## Chapitre préliminaire - Les droits de la personne humaine

Toute technique de reproduction humaine, qu'elle soit naturelle ou assistée par la science, implique la volonté d'êtres humains de créer un autre être. Cette volonté force la juxtaposition des droits et libertés des individus qui procréent, de l'individu conçu ainsi que de la société témoin de cette conception. À titre préliminaire, une discussion sur les droits de la personne s'impose comme toile

9. *Infra*, PARTIE II, Chapitre 1, Section 1.

10. Soit celle de l'insémination d'une femme porteuse avec le sperme du conjoint d'une femme inféconde; *infra*, Annexe, situation 3.

de fond aux divers aspects qui se greffent au contrat de grossesse par procuration. L'actualisation d'un désir d'enfant entraîne la conception d'un être susceptible de revendiquer certains droits (Section 1) et la naissance d'un enfant, nouveau sujet de droit (Section 2); les futurs parents réalisent leur désir d'enfant par l'exercice d'un droit de procréer (Section 3) et, en vertu de son droit à l'autonomie corporelle, la femme porteuse met sa capacité de procréer au profit de ceux qui ne le peuvent (Section 4).

L'examen des Chartes semble tracer un continuum sur lequel s'échelonnent ces droits et libertés. Si au milieu se trouvent le meilleur intérêt et les droits de l'enfant, auxquels l'État accorde une protection étendue, aux extrémités les droits de l'être simplement conçu et les libertés de la personne réclament une plus grande reconnaissance.

### Section 1 - Les droits du fœtus

Les instruments juridiques reconnaissent la personnalité juridique et confèrent des droits à tout "individu"<sup>11</sup>, à tout "être humain"<sup>12</sup>, à toute "personne"<sup>13</sup> et à "chacun"<sup>14</sup>. Le fœtus est-il partie à l'une de ces appellations? Est-il sujet de droit?

Fort de fictions juridiques, le droit civil a toujours qualifié d'"être vivant" ou de "personne", une entité physique, composée de droits et d'obligations<sup>15</sup>. Défiant toute fiction, la réalité biologique impose au droit une remise en question de la définition de la personne et force les concepts de vie juridique et de vie biologique à se rejoindre.

La vie humaine se présente au monde scientifique comme une progression continue, de la conception à la mort, la naissance n'étant qu'une étape de cette genèse<sup>16</sup>. A des stades aussi précoces que l'existence des gamètes, la rencontre de ces derniers, le développement embryonnaire puis foetal, les interventions

11. *Déclaration universelle des droits de l'homme*, reproduite dans N.U., *Droits de l'homme: recueil d'instruments internationaux*, 1978, p. 1, rés. 217 A (III) du 10 décembre 1948, art. 3 (ci-après: *Déclaration*); *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, *id.*, p. 8, rés. 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966, art. 9 (ci-après: *Pacte*).

12. *Charte des droits et libertés*, *supra*, note 4, préambule, art. 1 et 2.

13. *Id.*, art. 2, al. 2 et s.

14. *Charte des droits et libertés*, *supra*, note 4, art. 9.1; *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, telle qu'éditée par l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.) 1982, c. 11, art. 7-10 (ci-après: *Charte canadienne*).

15. H. MAZEAUD, L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 1, vol. 2: *Les personnes*, 6e éd. par F. Chabas, 1981, p. 506, no 438.

16. Pour une discussion plus détaillée sur cette approche et ses implications juridiques voir M. RIVET, "Esquisse d'un profil de la personne selon le droit", (1981) 11 *R.D.U.S.* 417. L'auteure effectue un excellent parallèle entre les définitions biologiques et juridiques de la personne.

scientifiques et médicales se pratiquent et se perfectionnent<sup>17</sup>. Celles-ci deviennent, pour les personnes qui les pratiquent, sources potentielles d'obligations juridiques et sources potentielles de droits pour celles qui en font l'objet ou qui en bénéficient<sup>18</sup>.

La biologie qualifie la vie et l'être humain selon les résultats de ses expériences scientifiques. Certes, l'étendue et les conséquences de ces progrès empêchent le mutisme juridique. Toutefois, pour qualifier la vie et les droits qui s'y rattachent, le droit positif doit également considérer les valeurs prônées socialement; celles-ci accusent toujours un certain retard par rapport aux réalités scientifiques<sup>19</sup>. Si cet écart entre réalités scientifique et sociale confine pour le moment l'embryon dans le domaine de la réflexion juridique, le fœtus bénéficie, lui, d'un certain degré de reconnaissance légale et sociale.

L'approche du droit positif québécois, bien que certains en espèrent l'assouplissement<sup>20</sup>, se traduit par la maxime *infans conceptus pro nato habitur quoties de commodis ejus agitur*. En divers articles, le Code civil du Bas-Canada attribue à l'enfant simplement conçu des droits patrimoniaux et extra-patrimoniaux<sup>21</sup>. Parallèlement, la jurisprudence a reconnu l'exercice de ces droits, comme celui d'intenter une action en dommages-intérêts lorsqu'un acte de négligence envers les parents lui cause indirectement un préjudice<sup>22</sup>. L'exercice de ces droits par le fœtus demeure toutefois suspendu à la condition qu'il naisse vivant et viable<sup>23</sup>. En droit civil, le fœtus n'a donc pas la personnalité juridique<sup>24</sup>, avec la pleine reconnaissance des droits que cet attribut comporte ou, selon une formulation plus positive, il est une personne sous la condition suspensive de sa naissance<sup>25</sup>.

17. Qu'il suffise ici de penser à l'étude des caryotypes humains en vue de dépister les maladies héréditaires, les techniques de diagnostic prénatal, la laparoscopie, la fécondation *in vitro* et le transfert d'embryon.

18. Voir à ce sujet l'article de B.M. KNOPPERS, "Modern Birth Technology and Human Rights", (1985) 33 *Am. J. Comp. L.* 1, où la responsabilité médicale, soulevée par les interventions prénatales, est discutée.

19. J. CARBONNIER, *Droit civil: I- Introduction, les personnes*, 14e éd., 1982, p. 245, no 52; l'auteur fait état d'une résistance populaire à reconnaître une vie propre à l'embryon.

20. E.W. KEYSERLINGK, "A Right of the Unborn Child to Prenatal Care: The Civil Law Perspective", (1982) 13 *R.D.U.S.* 49; se réclamant de l'absence de mécanismes préventifs contre les abus possibles envers le fœtus, cet auteur prône l'assimilation des obligations et droits reconnus à l'enfant né, à ceux du fœtus. La mère, le médecin, l'hôpital et tout tiers négligent seraient débiteurs d'une obligation de diligence envers le fœtus. Voir également la publication récente du même auteur, E.W. KEYSERLINGK, *The Unborn's Child Right to Prenatal Care*, vol. 5 des *McGill Legal Studies*, 1984.

21. Notamment art. 338(3), 345, 608(1), 771 al. 2, 838 et 945 C.C.B.C.

22. *Montreal Tramways Co. c. Léveillé*, [1933] R.C.S. 456, [1933] 4 D.L.R. 337 (ci-après: *Montreal Tramways Co.*, citée aux R.C.S.).

23. *Id.*, p. 461.

24. *Dame Langlois c. Meunier*, [1973] C.S. 301 (ci-après: *Dame Langlois*).

25. RIVET, *supra*, note 16, p. 457.

Les juridictions canadiennes de common law partagent la même position que notre droit civil<sup>26</sup>. Mentionnons toutefois que le Code criminel diffère par son degré de précision quant au statut du fœtus et par sa position face à l'avortement. Le législateur édicte que le fœtus n'est pas un être humain avant qu'il ne soit complètement sorti vivant du sein de sa mère; simultanément, il lui accorde protection en prohibant l'avortement autre que thérapeutique<sup>27</sup>.

Force nous est de conclure que le droit civil hésite à reconnaître la capacité juridique du fœtus. Si une certaine capacité de jouissance lui est reconnue, le fœtus ne bénéficie d'aucune capacité d'exercice des droits reconnus à la personne<sup>28</sup>. Il s'agit d'une reconnaissance limitée, conditionnelle à une naissance viable. Ce dernier événement entraîne pour l'enfant la pleine reconnaissance des libertés et droits individuels en sus d'une protection particulière de l'État.

## Section 2 - Les droits de l'enfant

Membre de la société dès sa naissance, l'enfant possède tous les droits qui sont reconnus à la personne humaine. Partant, il a droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de sa personne, droits fondamentaux enchâssés dans les documents législatifs nationaux et internationaux<sup>29</sup>. Son statut d'enfant lui confère le droit à une protection particulière, reconnue par le biais de dispositions spécifiques. Mentionnons d'abord les instruments législatifs internationaux auxquels le Canada a adhéré et qui sont applicables en droit québécois<sup>30</sup>. A ceux-ci il faut ajouter

26. A ce sujet, voir K.M. WEILER et K. CATTON, "The Unborn Child in Canadian Law", (1976) 14 *Osgoode Hall L.J.* 643. Position également reconnue par la jurisprudence dans l'arrêt *Duval c. Séguin* [1972] 2 O.R. 686, 26 D.L.R. (3d) 418 (H.C.).
27. Art. 206(1) et 251 C.cr. Interprétant l'étendue du terme "chacun" de l'art. 7 de la *Charte canadienne*, *supra*, note 14, la jurisprudence a clairement énoncé qu'il n'incluait nullement le fœtus, et qu'il est du ressort du Parlement et non des tribunaux d'accorder un statut légal à ce dernier; voir *Borowski c. P.G. Canada*, (1983) 4 D.L.R. (4th) 112, 8 C.C.C. (3d) 392, [1984] 1 W.W.R. 15 (Sask. Q.B.).
28. H., L. et J. MAZEAUD, *supra*, note 15, p. 508, no 442.
29. Les instruments internationaux enchâssent le droit à la liberté, mais leur formulation laisse croire qu'il s'agit plutôt de liberté publique que de liberté individuelle: *Déclaration*, *supra*, note 11, art. 3; *Pacte*, *supra*, note 11, art. 9; *Charte canadienne*, *supra*, note 14, art. 7; *Charte des droits et libertés*, *supra*, note 4, art. 1.
30. *Déclaration des droits de l'enfant*, reproduite dans N.U., *Droits de l'homme: recueil d'instruments internationaux*, 1978, p. 118, rés. 1386 XIV du 20 novembre 1959; le préambule énonce: l'enfant (...) a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux, notamment d'une protection juridique appropriée, *avant comme après la naissance* (nos italiques). Et le principe sixième ajoute que: (...) Il doit, autant que possible, grandir sous la gouverne et la responsabilité de ses parents (...); l'enfant en bas âge ne doit pas, *sauf circonstances exceptionnelles, être séparé de sa mère.* (nos italiques). *Pacte*, *supra*, note 11, art. 24.

la *Charte des droits et libertés de la personne*, adoptée en 1975<sup>31</sup>, et les dispositions relatives aux enfants édictées par le Code civil du Bas-Canada<sup>32</sup> et le Code civil du Québec<sup>33</sup>, depuis 1980<sup>34</sup>. Le concept de protection de l'enfant se concrétise plus spécifiquement par la *Loi sur la protection de la jeunesse*<sup>35</sup>, entièrement en vigueur depuis 1979 et qui a pour objectif "la protection et la défense de l'enfant"<sup>36</sup> ainsi que le maintien de celui-ci dans son milieu de vie naturel<sup>37</sup>.

Mentionnons immédiatement que l'application de cette loi se restreint aux situations où "la sécurité ou le développement est ou peut être considéré comme compromis"<sup>38</sup>. La Loi indique les circonstances dans lesquelles un tel critère s'applique<sup>39</sup> et donne de larges pouvoirs d'intervention au directeur de la protection de la jeunesse<sup>40</sup> de même que les pouvoirs de décision nécessaires au Tribunal de la jeunesse<sup>41</sup>, dans le but d'assurer le bien de l'enfant. Dans son champ d'application particulier, la *Loi sur la protection de la jeunesse* impose à la collectivité, la responsabilité de la protection de l'enfant.

La notion de protection de l'enfant inclut le respect des droits qui lui sont spécifiques: le droit d'être entendu<sup>42</sup>, le droit d'être consulté dans toutes les décisions qui le concernent<sup>43</sup>. Cette consultation est assurée par un mécanisme de représentation et d'audition<sup>44</sup>. La notion couvre également le principe du meilleur intérêt de l'enfant<sup>45</sup>, atteint par "la continuité et la stabilité des conditions de vie appropriées à ses besoins et à son âge"<sup>46</sup>.

31. *Charte des droits et libertés*, *supra*, note 4, art. 39: Tout enfant a droit à la protection, à la sécurité et à l'attention que ses parents ou les personnes qui en tiennent lieu peuvent lui donner.
32. Art. 31 C.C.B.C.
33. Art. 572 et s. C.C.Q.
34. En vertu de la *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39 (ci-après: *Loi instituant un nouveau Code civil*).
35. *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1.
36. M. OUELLETTE, *Droit de la famille*, 1984, p. 249.
37. E. DELEURY et M. RIVET, "La protection de l'enfant en droit social québécois" dans Travaux de l'Association Henri Capitant, *La protection de l'enfant*, t. 30, 1981, p. 420, 425.
38. *Loi sur la protection de la jeunesse*, *supra*, note 35, art. 2. *Protection de la jeunesse - 45*, T.J. Bedford, 460-41-000215-78 (29 septembre 1981). Sur le caractère particulier et exceptionnel de la Loi, voir: C. BOISCLAIR, "La notion de 'parent' dans l'article 1 e) de la Loi sur la protection de la jeunesse", (1981) 11 *R.D.U.S.* 271, 280; A. RUFFO, "Le nouveau droit de la famille: la représentation des enfants par avocat", (1980-81) 61 *F.P. du B.* 175, 180.
39. *Loi sur la protection de la jeunesse*, *supra*, note 35, art. 38.
40. *Id.*, art. 32, 45, 49 et 51. Sur l'abus de pouvoirs du directeur de la protection de la jeunesse, voir notamment *Protection de la jeunesse - 136*, [1984] C.P. 2077.
41. *Id.*, art. 76.1 et 91. Sur l'excès de juridiction du Tribunal de la jeunesse, voir *Protection de la jeunesse - 37*, T.J. St-François, 450-41-000345-81 (17 juillet 1981).
42. Art. 31 C.C.B.C.; OUELLETTE, *supra*, note 36, p. 218.
43. M. OUELLETTE, "La loi 89: la filiation par le sang et l'adoption", (1981) *C.P. du N.* 123, 133, no 9.
44. Art. 816 et 816.1 C.p.c.; V... c. M..., [1983] C.S. 87.
45. *Infra*, introduction de la Partie II.
46. OUELLETTE, *supra*, note 36, p. 242.

En somme, le droit civil québécois reconnaît des droits à l'enfant dès sa naissance et met à sa disposition et à ceux qu'il désigne, les moyens de faire respecter ces droits. De façon générale, la personne de l'enfant requiert que ses droits soient protégés, obligation qui revient peut-être, en premier lieu, à ceux qui ont désiré et conçu cet enfant.

### Section 3 - Le droit de procréer

Aussi fondamental et inhérent à la personne humaine qu'il puisse paraître, le droit de procréer n'existe pas à proprement parler dans notre droit civil<sup>47</sup>. Toutefois les droits à l'autonomie corporelle<sup>48</sup>, à la liberté<sup>49</sup> et au respect de la vie privée<sup>50</sup> servent à élaborer la reconnaissance d'un droit à l'intimité<sup>51</sup>, donc un droit de décider d'engendrer<sup>52</sup>.

La *Déclaration universelle des droits de l'homme* reconnaît la famille comme l'élément naturel et fondamental de la société<sup>53</sup>; si elle édicte d'une part que la famille est un domaine d'intérêt de l'État<sup>54</sup>, elle en précise d'autre part le caractère privé, fermé aux intrusions non justifiées<sup>55</sup>. Tout État signataire du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* s'engage d'abord à reconnaître le

47. Il existe néanmoins une liberté de procréer. Pour une discussion sur ce droit, voir les commentaires en common law de J.A. ROBERTSON, "Procreative Liberty and the Control of Conception, Pregnancy and Childbirth", (1983) 69 *Va L. Rev.* 405; G.P. SMITH et R. IRAOLA, "Sexuality, Privacy and the New Biology", (1984) 67 *Marq. L. Rev.* 263, 279-85. Également *In re Cavitt*, 182 Neb. 712, 157 N.W. 2d 171, p. 175 (S.C. 1968).
48. L'art. 19 al. 2 C.c. et l'art. 1 de la *Charte des droits et libertés*, *supra*, note 4, procurent les fondements du droit à l'autonomie corporelle.
49. *Charte des droits et libertés*, *supra*, note 4, art. 1. L'art. 7 de la *Charte canadienne*, *supra*, note 14, enchâsse également le droit à la liberté. Il faut toutefois souligner que l'application de cet article n'est que partielle au Québec, en vertu de l'adoption de la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, L.Q. 1982, c. 21. L'interprétation des droits fondamentaux qui y sont enchâssés devrait néanmoins inspirer les juristes québécois.
50. *Charte des droits et libertés*, *supra*, note 4, art. 5; voir également les documents internationaux, *supra*, note 11.
51. C'est probablement la traduction la plus juste du "right of privacy" américain, défini par le juge Brandeis comme étant: "[T]he most comprehensive of rights and the right most valued by civilized men", *Olmstead c. United States*, 277 U.S. 438, 478 (1928). Également, *Griswold c. Connecticut*, (1965) 381 U.S. 479.
52. Voir en droit civil: M.T. MEULDERS-KLEIN, "Le droit de disposer de soi-même: étendue et limites en droit comparé" dans Journées juridiques Jean Dabin, *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs: contribution à l'étude du règlement juridique des conflits de valeurs en droit pénal, public et international*, 10e éd., t. 14 1982, p. 215, 264-67, nos 58-60. En common law: *Eisenstadt c. Baird*, 405 U.S. 438, 453 (1972).
53. *Déclaration*, *supra*, note 11, art. 16(3).
54. *Ibid.*
55. *Id.*, art. 12.

droit de fonder une famille<sup>56</sup>, puis à protéger et à assister la famille, particulièrement dans sa formation<sup>57</sup>. Ces quelques dispositions fondamentales demeurent édictées en des termes tellement généraux qu'il importe de se tourner vers les documents internes.

La reconnaissance d'un droit de procréer, par l'intermédiaire d'un droit à l'intimité, au respect de la vie privée, demeure, en vertu de la *Charte canadienne*, très incertaine. Plusieurs seraient tentés d'invoquer à cet effet le libellé de l'article 7<sup>58</sup>. Un certain courant jurisprudentiel reconnaît à cette disposition une application en matière familiale<sup>59</sup>, et encourage une interprétation généreuse de l'expression "liberté"<sup>60</sup>. Toutefois, une importante décision d'un tribunal ontarien va à l'encontre et prône une interprétation restrictive<sup>61</sup>. Selon cette décision, le droit fondamental à la liberté reconnu à l'article 7 n'inclut pas un droit au respect de la vie privée en matière de procréation. La cour reconnaît néanmoins que le droit à la vie privée comprend le droit de se marier et de fonder une famille.

Par l'application de la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*<sup>62</sup>, les tribunaux québécois ne sont pas liés par cette interprétation restrictive du droit à la liberté. Il faut de plus ajouter que cette décision portait sur un domaine de compétence fédérale exclusif. C'est donc dans une optique civiliste et par l'examen des textes législatifs provinciaux que le juriste québécois saura favoriser la reconnaissance d'un droit de procréer.

Le libellé de l'article 1 de la *Charte des droits et libertés* reconnaît le droit fondamental à la liberté. Ne se limitant pas à cet énoncé d'ordre général, le

56. *Pacte*, *supra*, note 11, art. 23(2). Il importe de rapporter le libellé de cet article qui pourrait être interprété comme limitant le droit de fonder une famille au contexte du mariage: "Le droit de se marier et de fonder une famille est reconnu à l'homme et à la femme à partir de l'âge nubile".
57. *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, reproduit dans N.U., *Droits de l'homme: recueil d'instruments internationaux*, 1978, p. 3, rés. 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966, art. 10.
58. *Charte canadienne*, *supra*, note 14, art. 7:  
Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.
59. *Re T and Catholic Children Aid Society of Metropolitan Toronto*, (1984) 46 O.R. (2d) 347, 39 R.F.L. (2d) 279 (Prov. Ct.) (ci-après citée sous O.R.). Dans cet arrêt, une mère s'opposait à un ordre émis par la Catholic Children's Aid Society exigeant la présence de son enfant en cour et sa représentation par un avocat indépendant. Le jugement rapportait à la p. 357: "security of the person includes the right to individual privacy or family autonomy (...) and that one of the liberty interests to be protected is the parental right to be free from State intervention".
60. *Re R.L. Crain Inc. c/ Couture*, (1983) 6 D.L.R. (4th) 478 (Sask. Q.B.). Pour une discussion sur la portée du terme "liberté", voir également M. MANNING, *Rights, Freedoms and the Courts: A Practical Analysis of the Constitution Act 1982*, 1983, p. 242 et s., nos 283 et s.
61. *R. c. Morgentaler*, (1984) 47 O.R. (2d) 353, 12 D.L.R. (4th) 502 (H.C.).
62. *Supra*, note 49; par ce texte de loi, le législateur québécois a exclu la primauté de la *Charte canadienne* dans la province de Québec.

législateur québécois édicte expressément à l'article 5 le droit au respect de la vie privée<sup>63</sup>. Forts de ces deux dispositions, les tribunaux québécois accueilleront-ils une interprétation libérale du droit au respect de la vie privée incluant la liberté en matière de procréation? Cette interprétation libérale doit toutefois obéir à certaines limites. D'une part, le respect de l'ordre public et du bien-être général des citoyens québécois est imposé aux tribunaux par le législateur<sup>64</sup>. D'autre part, la jurisprudence propose d'envisager les droits fondamentaux dans un contexte de protection de l'individu, contre ses propres actions ou celles d'autrui, plutôt que comme moyen d'expression de ses choix<sup>65</sup>.

Les tribunaux respecteront-ils, sur les bases de l'exercice du droit à la vie privée, non seulement le choix d'engendrer mais également le droit de choisir librement le moyen d'engendrer? Le législateur semble favoriser une réponse positive. Le recours à l'insémination artificielle a été implicitement reconnu en 1980, qu'elle soit des oeuvres du mari ou de celles d'un donneur<sup>66</sup>. Au couple désirant un enfant, le droit civil accorde une alternative, donc un choix, dans la méthode de concevoir cet enfant. En vertu du droit de toute personne à l'égalité devant la loi, reconnu par l'article 10 de la *Charte des droits et libertés*<sup>67</sup>, si l'insémination artificielle est utilisée et respectée comme méthode alternative permettant de remédier à l'infécondité des hommes, *a fortiori* le législateur devrait-il reconnaître les techniques permettant de contourner le même handicap chez la femme<sup>68</sup>.

L'absence relative de jurisprudence sur le droit de procréer impose à toute interprétation un caractère aléatoire. Les dispositions législatives québécoises

63. *Charte des droits et libertés*, *supra*, note 4, art. 5.

64. *Id.*, art. 9.1; cette notion "d'ordre public et de bien-être général du citoyen" n'est pas sans rappeler le concept bien civiliste d'ordre public et de bonnes moeurs; voir *infra*, PARTIE I, Chapitre 1, Section 1.

65. La jurisprudence rapportée à l'appui de cette prétention traite plutôt du droit à l'inviolabilité de la personne; les choix de l'individu faits en vertu de ce droit se rapprochent de ceux faits en fonction d'une vision élargie du droit au respect de la vie privée. Dans l'arrêt *P.G. Canada c. Hôpital Notre-Dame*, [1984] C.S. 426 (ci-après: *Niemec*), une requête en vue d'obtenir l'autorisation de pratiquer des interventions chirurgicales afin de maintenir en vie le mis en cause et ce, malgré son désir de mourir, fut accueillie. Statuant sur le caractère limité du principe de l'inviolabilité de la personne, la Cour ajoute, à la p. 427: "*Le respect de la vie, parce que conforme à l'intérêt même de la personne humaine, prime le respect de sa volonté*" (nos italiques). De même, dans l'arrêt *Institut Philippe Pinel c. Dion*, [1983] C.S. 438, le juge Durand a accueilli la requête de l'Institut Pinel et a déclaré qu'il avait le droit de forcer un pensionnaire à se soumettre à des traitements psychiatriques. Le tribunal a ainsi substitué sa décision à celle de l'intimé afin de le protéger contre la détérioration de son état.

66. Art. 586 C.C.Q.

67. *Supra*, note 4.

68. Pour des commentaires sur cet argument, voir en common law, P. BOWAL, "Surrogate Procreation: A Motherhood Issue in Legal Obscurity", (1983) 9 *Queen's L.J.* 5; L.B. ANDREWS, "Removing the Stigma of the Surrogate Motherhood", (1981) 4 *Fam. Advocate* 20; cette dernière auteure ajoute toutefois que, si le donneur de sperme fournit un produit, la femme porteuse, elle, offre un service personnalisé.

précédemment dégagées et l'expérience américaine<sup>69</sup> nous permettent de conclure que les tribunaux québécois, en l'absence de jurisprudence, possèdent les éléments nécessaires à la reconnaissance d'un droit au respect de la vie privée dans le domaine de la procréation.

Si l'étendue de la reconnaissance du droit de procréer demeure tournée vers l'avenir, le droit à l'autonomie corporelle a, lui, retenu l'attention du législateur et de la jurisprudence.

#### Section 4 - Le droit à l'autonomie corporelle

Le concept d'autonomie de la personne découle du principe que tout être humain a droit à la liberté de sa personne, droit enchâssé dans plus d'un document législatif<sup>70</sup>. Les deux termes d'autonomie et de liberté sont à peu près synonymes et expriment le droit de l'individu d'agir sans contrainte<sup>71</sup>. En droit civil, le droit à l'autonomie corporelle découle aussi du droit à l'inviolabilité de sa personne<sup>72</sup>.

Le choix de la femme porteuse de renoncer à son intégrité corporelle et de consentir à l'insémination constitue donc un choix valide et l'exercice d'un droit à la liberté, à l'autonomie corporelle et à la libre disposition de son corps<sup>73</sup>.

A cet égard, plusieurs auteurs ont exprimé une opinion similaire suivant laquelle l'expansion du pouvoir d'une personne sur son corps n'est pas absolu

69. Dans l'interprétation des documents constitutionnels protégeant les droits fondamentaux de la personne, nos voisins du sud ont un acquis de longue date. La différence de tradition juridique n'empêchera certes pas les juristes québécois de puiser dans cette expérience à titre d'inspiration. La Constitution américaine ne reconnaît pas expressément le "right of privacy". Il s'agit d'une création jurisprudentielle élaborée à partir du 14<sup>e</sup> amendement du *Bill of Rights*, qui protège le droit à la liberté des citoyens contre toute ingérence injustifiée de l'État. La Cour suprême des États-Unis a reconnu que cette protection incluait "a right of personal privacy, or a guarantee of certain areas or zones of privacy" dans *Roe c. Wade*, 410 U.S. 113, 152 (1973). La procréation a été reconnue comme une de ces zones privilégiées. Le droit de procréer se définit comme la liberté fondamentale de choisir ou non de porter ou concevoir un enfant. Pour une discussion sur ce courant jurisprudentiel, voir SMITH et IRAOLA, *supra*, note 47, p. 278. Ces auteurs concluent que le droit de procréer confère le droit de concevoir ou non un enfant, rien de plus que ces deux droits, et remettent ainsi en question le droit de choisir la méthode de conception.

70. *Charte des droits et libertés*, *supra*, note 4, art. 1; *Charte canadienne*, *supra*, note 14, art. 7.

71. *Petit Robert I* (1981), verbo "autonomie" et "liberté".

72. Art. 19 al. 2 et 20 C.c.

73. Quant au droit à la liberté, voir les propos des auteurs suivants: J.-L. BAUDOIN, "L'expérimentation chez les humains: un conflit de valeurs", (1981) 26 *R. de D. McGill* 809, 833; A. DECOCQ, *Essai d'une théorie générale des droits de la personne*, 1960, p. 165, no 241; MEULDERS-KLEIN, *supra*, note 52, p. 237, no 27; R.P. KOURI et M. OUELLETTE-LAUZON, "Corps humain et liberté individuelle", (1975) 6 *R.D.U.S.* 85, 88-91. Quant au droit à l'autonomie, voir R. DIERKENS, *Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme*, 1966, p. 39, no 45, p. 42, no 49; R.P. KOURI, "Blood Transfusions, Jehovah's Witnesses and the Rule of Inviolability of the Human Body", (1974) 5 *R.D.U.S.* 156, 161; MEULDERS-KLEIN, *id.*, p. 219, no 8.

et subit des restrictions au nom des intérêts supérieurs de la société et de l'État<sup>74</sup>. Ainsi, bien que le droit civil accepte de plus en plus les contrats sur le corps humain<sup>75</sup>, et permet même la vente de parties du corps susceptibles de régénération<sup>76</sup>, il s'avère que le choix de disposer librement de son corps doit être envisagé dans le cadre des exigences de l'ordre public et des bonnes mœurs<sup>77</sup>.

Avant d'aborder la question du consentement à l'insémination artificielle de la femme porteuse au profit de tiers, il est nécessaire de rappeler brièvement l'évolution du droit civil québécois quant à l'autonomie corporelle, afin de mieux comprendre où se situe l'exercice du droit par la femme porteuse. L'évolution peut être observée sous deux volets: le consentement à l'atteinte corporelle au profit de soi et le consentement au profit d'autrui.

D'une part, la légalité des chirurgies esthétiques et stérilisantes a été reconnue, en 1971, par des amendements importants au Code civil<sup>78</sup>, et, en 1972, par la mise en vigueur de règlements adoptés en vertu de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*<sup>79</sup>. Vers la même époque, le législateur canadien légiférait en matière d'avortement<sup>80</sup>. A la lumière de ces exemples, il est clair que la société d'abord, puis l'État ont admis en droit civil, le droit d'une femme

74. J.-L. BAUDOIN, "La personne humaine au centre du droit québécois", (1966) 26 *R. du B.* 66, 69; BAUDOIN, *id.*, p. 837; E. DELEURY, "Une perspective nouvelle: le sujet reconnu comme objet de droit", (1972) 13 *C. de D.* 529, 535; DIERKENS, *id.*, p. 44, no 52; F. HÉLEINE, "Le dogme de l'intangibilité du corps humain et ses atteintes normalisées dans le droit des obligations du Québec contemporain", (1976) 36 *R. du B.* 2, 7 et 10. Rappelons également ici la limite imposée dans la *Déclaration*, *supra*, note 11, art. 29(2): Dans l'exercice de ses droits et dans la jouissance de ses libertés, chacun n'est soumis qu'aux limitations établies par la loi exclusivement en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et afin de satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique.

75. BAUDOIN, *supra*, note 73, p. 835.

76. Art. 20 al. 3 C.c. J.-L. BAUDOIN, "Aspects juridiques" dans J.E. RIOUX et al., *L'insémination artificielle thérapeutique*, 1983, p. 113, 117.

77. DELEURY, *supra*, note 74, p. 537; DIERKENS, *supra*, note 73, p. 21-22, nos 18-20; HÉLEINE, *supra*, note 74, p. 16; KOURI et OUELLETTE-LAUZON, *supra*, note 73, p. 96; MEULDERS-KLEIN, *supra*, note 52, p. 243, no 33. Voir également l'ouvrage fondamental de A. MAYRAND, *L'inviolabilité de la personne humaine*, 1975. Et Niemec, *supra*, note 65 où l'État est intervenu en vertu du respect de l'ordre public, en obtenant une ordonnance afin que l'hôpital soumette un majeur capable, contre son gré, à l'exérèse d'une tige de métal qu'il avait volontairement avalée.

78. Notamment art. 19 al. 2 et art. 20 C.c. Rappelons ici la décision *Cataford c. Moreau*, [1978] C.S. 933, 937 (ci-après: *Cataford*), où le juge Deschênes reconnaissait la légalité de la stérilisation: "Cette notion évoluée et nombreux sont les exemples où la perception de l'ordre public et des bonnes mœurs s'est modifiée avec les années."

79. *Règlement d'application de la Loi sur les services de santé et les services sociaux*, R.R.Q. 1981, c. S-5, r. 1, art. 67.

80. Art. 251 C.cr.

de contrôler sa fécondité<sup>81</sup>. Plus récemment, le législateur québécois légalisait le changement de sexe de la personne<sup>82</sup>.

D'autre part, le droit de se soumettre à une atteinte corporelle au profit d'autrui est bien établi dans le cas du don d'organes. La loi le limite toutefois à certaines conditions qui reflètent la tolérance sociale: le consentement doit se faire par écrit et être révocable en tout temps<sup>83</sup>; il ne doit pas faire encourir un risque supérieur au profit escompté<sup>84</sup>; enfin, il doit être gratuit, à moins que la partie du corps aliénée soit susceptible de régénération<sup>85</sup>.

Force nous est donc de conclure que l'acceptation par voie législative des atteintes corporelles répond à l'évolution des mœurs de notre société du vingtième siècle. Faut-il pour autant déduire que cette même société est prête à accepter l'insémination artificielle d'une femme au profit de tiers? Les réactions au phénomène ne sont pas unanimes à l'heure actuelle<sup>86</sup>. Mais on peut supposer que la libéralisation des actes sur le corps pourrait progressivement amener une réponse positive.

Quoi qu'il en soit, on peut affirmer dans un premier temps que le consentement à l'insémination artificielle au profit d'autrui constitue un renoncement valide, en droit civil, à l'inviolabilité corporelle dans la mesure où le consentement a été donné librement et volontairement<sup>87</sup>. A ceci il faut ajouter que ce consentement ne pourra être valide que s'il est également révocable<sup>88</sup>.

Dans un deuxième temps, on peut avancer que le contrat de grossesse par procuration se terminant par le "retour" du nouveau-né au couple, il ne peut être soumis aux exigences de l'article 20 du Code civil: l'aliénation d'un organe ou d'une partie du corps susceptible de régénération. Admettre que le don d'un nouveau-né s'apparente à l'aliénation entre vifs d'une partie du corps équivaldrait

81. MEULDERS-KLEIN, *supra*, note 52, p. 237, no 26. Voir aussi, P. BENDER, "The Canadian Charter of Rights and Freedoms and the United States Bill of Rights: A Comparison", (1983) 28 *R. de D. McGill* 811, 846.

82. *Loi modifiant la Loi sur le changement de nom*, L.Q. 1977, c. 19, art. 16.

83. Art. 20 al. 4 C.c.

84. Art. 20 al. 1 C.c.

85. Art. 20 al. 3 C.c.

86. J.-M. DUDDIN, "Le phénomène des mères porteuses arrive au Québec" *Journal de Montréal*, 24 octobre 1984, p. 3. A la même époque, une revue française publiait le reportage d'une entrevue avec une femme porteuse: D. UNTIZEREA, "La première mère porteuse française", (1984) 188 *Parents* 46. Voir également DELAISI DE PARSEVAL et JANAUD, *supra*, note 8, p. 36.

87. Voir *infra*, PARTIE I, Chapitre 1, Section 1, sous-section 1.

88. MEULDERS-KLEIN, *supra*, note 52, p. 243, no 34.



à définir l'enfant comme une chose<sup>89</sup>. Par conséquent, le consentement à l'insemination artificielle au profit d'autrui ne devrait pas être soumis au critère du **bénéfice retiré par rapport au risque encouru**. Le principe de l'intérêt supérieur de l'État doit néanmoins recevoir application. Tel que mentionné plus avant, l'État pourrait intervenir s'il jugeait la renonciation à l'inviolabilité corporelle contraire à l'ordre public ou aux bonnes moeurs<sup>90</sup>. Dans la mesure où l'opinion publique admettrait qu'une femme peut disposer de son corps pour engendrer au profit d'un couple et que, de cette façon, la dignité de la personne humaine n'est pas menacée, l'État ne devrait pas intervenir dans l'exercice du droit d'une femme de disposer librement de son corps. Il pourrait néanmoins s'interposer dans l'aboutissement de cette procréation collective, au nom d'autres intérêts.

En définitive, le droit civil québécois reconnaît à la personne humaine des droits multiples dont le moment d'attribution et les limites ne sont pas toujours clairement définis. Ces mêmes droits ayant fait l'objet de discussions dans la doctrine et la jurisprudence de common law, il aura été possible de s'en inspirer pour mieux les cerner. Il en découle que l'interprétation judiciaire des droits de la personne enchâssés dans les documents législatifs québécois déterminera l'étendue de ces droits. Dans le cadre d'un contrat de grossesse par procuration, l'intérêt supérieur de l'État qui recherche la protection de l'enfant devra guider les tribunaux face aux droits en présence.

## PARTIE PREMIÈRE

### L'EXISTENCE DU CONTRAT DE GROSSESSE PAR PROCURATION

C'est dans la réponse qu'il donne aux diverses conventions juridiques que le droit définit et concrétise l'étendue des droits et libertés fondamentaux de la personne. Dans cet ordre d'idées, nous tenterons de cerner la réponse du droit positif québécois au contrat de grossesse par procuration. Ce dernier met en jeu divers intérêts qui, s'il est permis d'en souhaiter l'harmonie, ne coïncident pas toujours entre eux. La volonté des parties dans la réalisation du désir d'enfant est confrontée aux intérêts de l'État exprimés dans les textes législatifs notamment en matière de protection de l'enfance et en matière familiale.

La société québécoise remet en question la valeur morale de cet acte de volonté. Ce jugement de valeur sera reflété par les tribunaux dans l'application

89. F. TERRÉ, "Faut-il légiférer à nouveau en matière de filiation?" dans C. LABRUSSE et G. CORNU, *Droit de la filiation et progrès scientifiques*, 1982, p. 141, 142. Voir également *Dame Langlois*, *supra*, note 24, p. 305; E. DELEURY et M. RIVET, "La condition prénatale, la médecine et le droit" dans Travaux de l'Association Henri Capitant, *Le corps humain et le droit*, t. 26, 1977, p. 57, 67.

90. Art. 13 C.c.

de l'ordre public et des bonnes moeurs au contrat qui soulèverait un litige. La validité du contrat dépendra de l'issue des confrontations des intérêts des parties avec ceux de l'État et de ces mêmes intérêts avec ceux de la société.

Si la validité du contrat de grossesse par procuration devait être reconnue, sa viabilité se concrétiserait par les diverses obligations auxquelles les parties s'engageraient. Toutefois, puisque l'essence des obligations relève du fait personnel des parties, surtout en ce qui concerne la femme porteuse, la force exécutoire du contrat est incertaine. Les demandes d'injonction, de dommages-intérêts dans un contexte contractuel aussi "humain" risquent de soulever bien des réticences au respect de la volonté des parties.

L'étude de la viabilité du contrat portera sur ses deux éléments: sa validité (Chapitre 1) et sur l'exécution de son contenu obligationnel (Chapitre 2). L'analyse de ces deux aspects contractuels permet de conclure que si la validité du contrat de grossesse par procuration est douteuse, sa force exécutoire est des plus limitées.

### Chapitre premier - La validité du contrat de grossesse par procuration

En matière contractuelle, toute convention juridique se fonde sur la volonté des parties, et sur le respect de la loi, de l'ordre public et des bonnes moeurs. Les parties tentent de faire valoir la légitimité de leurs désirs dans les limites imposées par le législateur et la société. Ainsi, la liberté contractuelle des individus n'est pas absolue, elle est soumise au respect de la loi, de l'ordre public et des bonnes moeurs<sup>91</sup>. Le droit civil accorde préséance aux intérêts collectifs de la société à chaque fois que l'exercice des intérêts individuels menace ou contrevient à l'ordre public ou aux bonnes moeurs<sup>92</sup>. Le caractère évolutif de ces concepts<sup>93</sup> permet de questionner le droit sur la validité du contrat de grossesse

91. Les articles 13, 990 et 1062 C.c. rappellent en effet qu'un contrat ne peut être reconnu valide si le contrat même, sa considération ou son objet sont contraires à l'ordre public et aux bonnes moeurs. Il convient également de mentionner l'application de l'art. 984 C.c. qui impose, aux fins de validité du contrat, la capacité légale des parties, leur consentement donné légalement, un objet au contrat et une cause ou considération licite.

92. L. BAUDOIN, "L'ordre public et les bonnes moeurs en droit privé", (1953) 13 *R. du B.* 381, 394. L'auteur réfère à la notion de bonnes moeurs comme ayant toujours assimilé la morale chrétienne; dans une conception plus libérale, il s'agirait des choses qui "choquent la conscience publique"; "L'ordre public comprend toute chose qui intéresse plus directement la société que l'individu", *id.*, p. 398; G. TRUDEL, *Traité de droit civil du Québec*, t. 1, 1942, p. 87.

93. BAUDOIN, *id.*, p. 381. BAUDOIN, *supra*, note 76, p. 115: "La règle juridique est essentiellement un produit de la société; elle évolue donc avec elle et ne peut rester figée". Dans *Catford*, *supra*, note 78, p. 937, le juge Deschênes, alors juge en chef, rejoint les propos de la doctrine énoncés précédemment. A la question, la stérilisation volontaire d'une femme est-elle contraire à l'ordre public et aux bonnes moeurs dans le Québec?, il répondait: "cette notion évolue [...] on peut constater la difficulté pour un tribunal de saisir cette évolution et d'évaluer l'état des esprits dans la société à un moment donné de sa maturité". Il ajoutait, à la p. 938: "s'il fût déjà une époque où la stérilisation volontaire pouvait insulter à l'ordre public et aux bonnes moeurs, cette époque, pour le mieux ou pour le pire, est révolue et la loi civile du Québec ne s'oppose pas à la conclusion d'un contrat en semblable matière".

par procuration. La nullité absolue<sup>94</sup> frappera-t-elle ces contrats parce que jugés contraires à une saine politique sociale ou choquant la conscience publique? L'analyse contractuelle du phénomène des femmes porteuses, à la lumière des textes de lois pertinents permet de douter sérieusement de la validité de telles conventions en droit positif québécois. L'objet et les considérations du contrat apparaissent comme les éléments les plus susceptibles d'attirer la sanction de l'ordre public (Section 1)<sup>95</sup>.

Sous une acceptation nuancée, l'ordre public sera également impliqué dans la réponse du droit international privé à la validité du contrat de grossesse par procuration (Section 2). Il appert que les règles de conflits de lois en matière contractuelle, contenues au Code civil, soient applicables au contrat de grossesse par procuration présentant un élément d'extranéité. Toutefois, la nouveauté, non pas du phénomène, mais de l'examen juridique auquel il est soumis, limite l'analyse de la validité du contrat advenant la référence à un système juridique étranger.

### Section 1 - La loi, l'ordre public et les bonnes moeurs

L'objet du contrat réside dans la conception d'un enfant en faisant appel aux services d'une femme porteuse; il y a donc contrat sur le corps humain (sous-section 1). Les considérations respectives de la femme porteuse et des parents sont, pour la première, la remise d'une somme d'argent (sous-section 2), et pour les seconds, la remise de l'enfant (sous-section 3).

#### Sous-section 1 - Les contrats sur le corps humain

Le corps humain est hors du commerce et tout engagement dont il est l'objet est sans valeur. Ce vieil adage a longtemps répondu aux pressions de l'Église chrétienne à l'effet que le corps humain est un don sacré de Dieu qui ne saurait se vendre, s'acheter, se donner, se louer ou se prêter<sup>96</sup>. Aux pressions de l'Église ont succédé les pressions du progrès médical et force est de constater aujourd'hui que le corps humain a subi un net processus de désacralisation<sup>97</sup>. Au traditionnel

94. La sanction qui s'attache aux contrats contraires à l'ordre public et aux bonnes moeurs est la nullité absolue; voir à ce sujet J.-L. BAUDOUIN, *Les obligations*, 1983, p. 70, no 80 et p. 74, no 85.

95. Ceci en admettant que les parties au contrat ont la capacité légale de contracter et ont donné un consentement valide selon les prescriptions de l'art. 984 C.c.

96. L. MAZEAUD, "Les contrats sur le corps humain", (1956) 16 *R. du B.* 157.

97. Déjà en 1956, le contrat d'assurance-vie, le donneur de sang, la nourrice étaient des exceptions à cet adage qui militait en faveur du principe selon lequel les conventions engageant une partie du corps humain devraient être reconnues valables lorsqu'elles ne causaient de dommages à personne et lorsqu'elles étaient utiles à la personne; MAZEAUD, *id.*, p. 173. Ce processus de désacralisation s'imposait face au progrès de la chirurgie des greffes et des transplantations; voir DELEURY et RIVET, *supra*, note 89, p. 58.

principe de l'inviolabilité du corps humain, on oppose aujourd'hui le droit de toute personne à l'autonomie corporelle; suivant cet ordre d'idées, le législateur a édicté l'article 20 du Code civil<sup>98</sup>. Le libellé de l'article 20 ne s'adapte toutefois pas au phénomène des femmes porteuses; il y a un contrat engageant le corps humain, mais non dans le contexte envisagé par le législateur: il n'y a pas aliénation d'un organe ou d'une partie du corps humain<sup>99</sup>. Il s'agit plutôt de l'aliénation temporaire d'un espace corporel, l'utérus<sup>100</sup>.

Le législateur reconnaît la libéralisation des moeurs et les contrats sur le corps humain, mais cette reconnaissance n'est pas absolue. Réfléchissant sur ces contrats, certains diront: "la validité doit être assez souvent admise, toutes les fois que la combinaison répond à des fins légitimes éprouvées"<sup>101</sup>. La femme porteuse mettant son corps à la disposition de personnes infécondes sert-elle "des fins légitimes éprouvées"? Il semble que la notion d'ordre public et de bonnes moeurs, en ce qu'elle représente la conscience publique s'exprimant par la voix des tribunaux, soit le seul élément de réponse à cette question. Si le contrat de grossesse par procuration est perçu comme une convention valide afin d'atteindre une fin légitime, soit celle de contrecarrer l'infécondité d'une femme, il demeure qu'un conflit incident peut se dresser. Parce qu'il y a nécessité de se procurer du matériel humain, il y a nécessité "d'avoir une mesure incitative autre que l'amour désintéressé du prochain"<sup>102</sup>.

#### Sous-section 2 - Le paiement de la femme porteuse

L'aspect lucratif de la convention menace fortement sa validité en ce qu'il provoque les tollés de la conscience sociale<sup>103</sup> et attire ainsi la sanction de l'ordre public<sup>104</sup>. La remise d'argent dans ce contexte contractuel évoque immédiatement la vente d'enfants, la commercialisation et les dangers d'exploitation des parties.

98. Voir *supra*, Chapitre préliminaire, Section 4, la discussion sur la portée de cet article dans le contexte de l'autonomie corporelle de la femme porteuse.

99. A la limite, il saurait être question d'aliénation d'une partie du corps susceptible de régénération et de l'application de l'art. 20, lorsque la femme porteuse est également mère biologique et aliène ainsi un ovule.

100. Aliénation, au sens de l'art. 20, suppose un détachement du corps humain, mais il peut y avoir contrat sur le corps humain sans cette idée de détachement. Discutant de la validité de ces contrats et référant au contrat de travail, Carbonnier le qualifie d'"aliénation de l'énergie musculaire"; H., L. et J. MAZEAUD, *supra*, note 19, p. 234, no 48.

101. CARBONNIER, *id.*, p. 235, no 49.

102. J.-L. BAUDOUIN, "Corps humain et actes juridiques", (1976) 6 *R.D.U.S.* 387, 395.

103. A ce sujet, Keyserlingk écrit que le contrat de grossesse par procuration n'est pas en soi outrageux ou contraire à l'ordre public, il peut d'ailleurs être envisagé comme un service utile aux femmes incapables de porter; c'est l'idée du contrat impliquant une remise d'argent qui attire la réprobation; E.W. KEYSERLINGK, "Legal Complexities in New Reproductive Techniques", (1984) 17 *Annales CRMCC* 419.

104. Voir *supra*, note 94.

Ces maux, le législateur québécois tente de les contrer expressément par l'application de l'article 135.1 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*<sup>105</sup> (A). Parallèlement, le législateur accepte l'indemnisation du donneur de sperme; les motifs de ce traitement différent semblent résider dans la juste caractérisation du paiement de la femme porteuse (B).

#### A- L'application de la Loi sur la protection de la jeunesse

L'article 135.1 énonce:

Que le placement ou l'adoption ait lieu au Québec ou ailleurs et qu'il s'agisse d'un enfant domicilié au Québec ou non, quiconque

a) donne ou reçoit ou accepte de donner ou de recevoir, directement ou indirectement, un paiement ou un avantage, soit pour procurer un placement ou contribuer à un placement en vue d'adoption, soit pour obtenir l'adoption d'un enfant;

[...]

commet une infraction et est passible, sur poursuite sommaire, en outre du paiement des frais, d'une amende de 2 000\$ à 5 000\$ s'il s'agit d'un individu, et d'une amende de 5 000\$ à 10 000\$, s'il s'agit d'une corporation.

L'examen du champ d'application de cette loi permet de remettre en question l'assimilation du paiement de la femme porteuse à l'infraction créée par cet article. La *Loi sur la protection de la jeunesse* a pour objet la protection des enfants dont la sécurité ou le développement sont compromis<sup>106</sup>. Seuls des motifs graves ont amené les tribunaux à déclarer la sécurité ou le développement d'un enfant compromis: "lorsqu'un tort sérieux peut lui être causé"<sup>107</sup>, que le "comportement des parents est fortement perturbé"<sup>108</sup>. Si l'exécution du contrat de grossesse par procuration se déroule en conformité avec le contenu obligationnel, la sécurité ou le développement de l'enfant n'est nullement compromis. L'enfant est remis à des parents qui le désirent; son développement mental, affectif et physique s'assimile à celui de tout autre enfant conçu naturellement. Dans l'hypothèse où l'exécution du contrat n'est pas respectée, où, par exemple, les parents sociologiques refusent d'accepter l'enfant qui leur est remis, le directeur de la protection de la jeunesse pourrait intervenir<sup>109</sup>, puisque les parents, cherchant à se défaire de leur enfant, compromettent ainsi sa sécurité et son développement<sup>110</sup>.

105. *Loi sur la protection de la jeunesse*, supra, note 35.

106. Le législateur a prévu des situations précises où la sécurité ou le développement de l'enfant est considéré comme compromis: *Loi sur la protection de la jeunesse*, supra, note 35, art. 38 et 38.1. Également sur l'application de cette Loi, voir nos commentaires au Chapitre préliminaire, Section 2.

107. *Protection de la jeunesse* - 150, T.J. Longueuil, no 505-41-000112-849, 11 octobre 1984.

108. *Protection de la jeunesse* - 21, T.J. Rimouski, nos 100-41-000011-79 et 100-41-000012-79, 8 décembre 1980.

109. *Loi sur la protection de la jeunesse*, supra, note 35, art. 32c).

110. *Id.*, art. 38a) et b).

Il appert donc que l'application de cette loi au phénomène des femmes porteuses soit circonscrite à l'inexécution de la convention. Une conclusion semblable s'impose suite à un examen plus attentif de la prohibition créée par l'article 135.1. L'application de cette disposition dépendra en effet du contexte dans lequel surviendra la conception<sup>111</sup>.

L'infraction est celle de la contribution au placement ou à l'adoption d'un enfant moyennant la remise d'argent ou d'un avantage quelconque. Le phénomène des femmes porteuses ne réfère pas à la notion de placement, mesure sociale d'hébergement dans un centre, une famille d'accueil, un foyer de groupe<sup>112</sup> ou mesure précédant le jugement d'adoption<sup>113</sup>. Réfère-t-il au processus d'adoption? Dans l'hypothèse où l'enfant est remis au père biologique (situations 1, 3 et 4), qui signe l'acte de naissance en cette qualité<sup>114</sup>, le processus d'adoption ne peut intervenir pour recréer une filiation déjà existante. L'adoption est soulevée si la mère sociologique désire adopter l'enfant de son conjoint. Certains pourraient d'ailleurs prétendre que l'article 135.1 exige une correspondance temporelle entre la remise de l'argent et celle de l'enfant, et qu'au moment de l'adoption par la mère sociologique, l'article 135.1 ne s'applique plus.

Toutefois, suivant d'autres situations hypothétiques, lorsqu'il n'y a aucun lien biologique entre l'enfant et ses parents sociologiques (situations 2, 5 et 6) ou lorsque la mère sociologique, à la fois mère biologique, est confrontée à la femme qui accouche<sup>115</sup>, l'adoption s'avère nécessaire afin d'établir la filiation de l'enfant. La remise d'argent ainsi imbriquée au processus d'adoption commanderait l'application de l'article 135.1. Le contrat de grossesse par procuration mettant en oeuvre de telles hypothèses de reproduction serait donc illégal.

L'application de la *Loi sur la protection de la jeunesse* laisse entrevoir l'absence d'uniformité dans la reconnaissance de la validité du contrat à l'étude; la légalité de la convention dépendrait de la présence ou non d'un lien biologique entre le père et l'enfant et ce, malgré une identité d'objet et de considérations<sup>116</sup>. Cet éventuel manque d'uniformité législative face à un même phénomène amène à déborder du cadre législatif pour tenter de qualifier le paiement de la femme porteuse.

111. Voir les situations hypothétiques en Annexe.

112. *Protection de la jeunesse* - 39, T.J. Québec, no 200-41-000350-75, 21 septembre 1981.

113. Art. 615 et s. C.C.Q.

114. Pour une discussion sur la filiation et l'enregistrement des actes de naissance, voir *infra*, PARTIE II, Chapitre 1, Section 1.

115. Le droit positif reconnaît à celle qui accouche le statut de mère, voir *infra*, PARTIE II, Chapitre 1, Section 1.

116. Dans chacune des hypothèses, l'objet du contrat demeure la conception d'un enfant et les considérations respectives de la femme porteuse et des parents sociologiques sont la remise d'argent et la remise de l'enfant.

## B- La caractérisation du paiement de la femme porteuse

La majorité des auteurs des juridictions voisines qui se sont penchés sur cet aspect s'entendent pour qualifier le contrat de grossesse par procuration comme un contrat de service<sup>117</sup>. Dans cette optique le paiement n'est pas une indemnité<sup>118</sup>, mais une dette envers la femme porteuse pour le service rendu; le paiement s'attache à la soumission aux procédures d'insémination, au transfert et retrait d'embryon<sup>119</sup>, à la grossesse, à la diligence dans la poursuite de celle-ci, aux examens médicaux qu'elle requiert<sup>120</sup> et à l'accouchement. La jurisprudence québécoise a d'ailleurs déjà reconnu l'existence des "inconvenients de la grossesse" et des "souffrances inhérentes à l'accouchement"<sup>121</sup>.

La qualification du paiement de la femme porteuse envisagé comme une remise de la dette relativement au service rendu ne s'appuie sur aucune disposition législative. La validité de cette qualification demeure sujette à l'application de l'ordre public et des bonnes moeurs.

Si le paiement de la femme porteuse est susceptible d'être envisagé comme une considération illégale pour une adoption, comme une contrepartie pour service rendu, il saurait également être interprété comme la considération à un acte sanctionné par l'ordre public et les bonnes moeurs, soit la remise de l'enfant aux parents sociologiques.

### Sous-section 3 - La remise de l'enfant

Le contrat de grossesse par procuration se traduit par la remise de l'enfant, de la porteuse au couple. Bien que les conventions puissent varier quant à leur contenu et leur forme, l'engagement de la femme porteuse à remettre le nouveau-né au couple dès sa naissance, s'établit par une clause de renonciation à l'autorité parentale. Afin de comprendre dans quelle mesure notre droit répond à ce nouveau type de convention, il est nécessaire d'abord d'examiner la nature de l'"autorité

117. BOWAL, *supra*, note 68; B.M. DICKENS, "Surrogate Parenthood - New Barriers - Legal Issues", Association of Family and Conciliation Courts, 21st Annual Conference, 1983, (non publié); du même auteur, "Ectogenetic Human Being: A Problem Child of our Time", (1979-80) 18 *U. of W. Ont. L. Rev.* 241; C.A. RUSHEVSKY, "Legal Recognition of Surrogate Gestation", (1982) 7 *Women's Rights L. Rep.* 107; T.M. MADY, "Surrogate Mothers: The Legal Issues", (1981) 7 *Am. J.L. & Med.* 323; C.A. CROW, "The Surrogate Child: Legal Issues and Implications for the Future", (1983) 7 *J. Juv. L.* 80; SMITH et IRAOLA, *supra*, note 47.

118. En droit civil le paiement d'une indemnité suppose la reconnaissance d'un préjudice; le dédommagement équivaut alors à la perte, tant pécuniaire que non pécuniaire; voir J. PINEAU et M. OUELLETTE, *Théorie de la responsabilité civile*, 2e éd., 1980, p. 199.

119. Cette précision sur les procédures de retrait de l'embryon s'impose, surtout en regard des femmes porteuses de cinq jours.

120. Voir *infra*, Chapitre 2, Section 1.

121. Dans *Cataford*, *supra*, note 78; ces deux éléments furent reconnus comme fondement de l'attribution d'une indemnité.

parentale", comme concept déterminant en droit civil québécois de la famille (A). L'étude de la délégation de l'autorité parentale dans le cadre de l'adoption (B) et des autres types de délégation (C) nous permettra de conclure que la renonciation à l'autorité parentale dans le cadre du contrat de grossesse par procuration ne peut être assimilée à aucun des types de délégation reconnus et pourrait être invalidée comme acte contraire à l'ordre public et aux bonnes moeurs.

## A- Définition de l'autorité parentale

D'abord définie comme la puissance paternelle, la notion d'autorité parentale est entrée dans le vocabulaire juridique depuis moins de vingt ans. Avant la réforme du Code civil, seul le père assumait cette autorité, la puissance paternelle, définie comme un droit absolu<sup>122</sup>, "inhérent à la nature humaine"<sup>123</sup> et fondé sur la protection<sup>124</sup> et l'intérêt de l'enfant. L'évolution des moeurs dans la société a progressivement amené le législateur québécois à adopter cette notion à la réalité et à reconnaître l'exercice conjoint de l'autorité parentale aux deux époux<sup>125</sup>.

Ce même législateur a fourni une définition claire de la notion d'autorité parentale, au Code civil du Québec:

Article 647

Les père et mère ont, à l'égard de leur enfant, le droit et le devoir de garde, de surveillance et d'éducation. Ils doivent nourrir et entretenir leur enfant.

Cet ensemble de droits, de devoirs et d'obligations dont le parent est investi<sup>126</sup> vise à assurer la protection de l'enfant et la satisfaction de ses besoins<sup>127</sup>. Le bien-être de l'enfant exige que l'exercice de ces droits et obligations soit assuré, ceux-ci étant d'ordre public<sup>128</sup>.

122. J. TURGEON, "L'autorité parentale et l'intérêt de l'enfant" dans J. BOUCHER et A. MOREL, *Le droit dans la vie familiale: livre du centenaire du Code civil (I)*, 1970, p. 75, 77-78.

123. A. MAYRAND, "L'évolution de la notion de puissance paternelle en droit civil québécois" dans *Mélanges Savatier*, 1965, p. 621, 642.

124. TURGEON, *supra*, note 122, p. 75.

125. Art. 648 C.C.Q. En 1980, le législateur reconnaissait l'égalité des époux dans le mariage: art. 441 et 444 C.C.Q. Il faut ajouter ici qu'en vertu de l'intention législative de ne pas étendre l'application du Code civil du Québec aux conjoints de fait, seuls les père et mère dans le mariage sont visés par le texte de l'art. 648 C.C.Q.

126. La *Loi sur la protection de la jeunesse*, *supra*, note 35, fournit une définition du mot "parent", à l'art. 1(e): "le père et la mère d'un enfant ou, à défaut, tout autre titulaire de l'autorité parentale".

127. OUELLETTE, *supra*, note 36, p. 224; C. BOISCLAIR, *Les droits et les besoins de l'enfant en matière de garde: réalité ou apparence?*, 1978, p. 187; A. RUFFO, "L'enfant: son droit à une famille", (1983) 43 *R. du B.* 70.

128. *Droit de la famille - 155*, C.S. Montréal, no 500-04-003244-838, 4 juillet 1984; et avant la mise en vigueur du Code civil du Québec: *Descôteaux c. Descôteaux*, [1972] C.A. 279.

Si d'une part, la notion d'autorité parentale se rattache au statut de parent et qu'elle "tire son fondement des liens de filiation"<sup>129</sup>, elle peut d'autre part faire l'objet d'une délégation, dans les limites prescrites par la loi<sup>130</sup>.

## B- Délégation de l'autorité parentale dans le cadre de l'adoption

Le consentement à l'adoption entraîne immédiatement délégation de l'autorité parentale du parent à l'adoptant<sup>131</sup>. Il constitue un acte juridique, régi par les dispositions du Code civil du Québec depuis 1982<sup>132</sup>. Il peut être donné de façon générale au directeur de la protection de la jeunesse<sup>133</sup>, ou spéciale, à un ascendant<sup>134</sup>. Bien que le législateur permette le consentement à l'adoption en faveur d'une personne avec qui l'enfant a un lien de parenté, il n'autorise pas le consentement spécial en faveur du conjoint<sup>135</sup>. Dans ce cas, le consentement à l'adoption doit être général.

Les règles qui encadrent le consentement à l'adoption visent à empêcher les placements dits "privés" que la loi condamne<sup>136</sup>. Elles permettent la renonciation à l'autorité parentale dans un cadre limité. C'est ce qui a fait dire à une juriste que la limite du consentement spécial à l'adoption pourrait être mise en doute, en tant que disposition contraire à la *Charte des droits et libertés*, à savoir le "droit d'une personne de confier son enfant à une personne de son choix"<sup>137</sup>.

Considérant le consentement à l'adoption comme un acte lourd de conséquences, puisqu'il entraîne automatiquement la délégation de l'autorité parentale, le législateur l'a assorti d'un délai de révocation de trente jours<sup>138</sup>, de même qu'il a prescrit toutes les étapes suivantes, menant au jugement d'adoption<sup>139</sup>.

129. Boisclair, *supra*, note 38, p. 283.

130. Quant à la délégation de la puissance paternelle, voir: *Stevenson c. Florant*, [1925] R.C.S. 532, 535, M. le juge Rinfret; quant à celle de l'autorité parentale, voir: *Protection de la jeunesse - 143*, T.J. Montréal, no 500-41-000353-840, 17 septembre 1984, Mme la juge Rivet. Voir également en droit français, les propos très clairs de C. LABRUSSE-RIOU, *Droit de la famille 1. Les personnes*, 1984, p. 292.

131. Art. 608 C.C.Q.

132. *Loi sur l'adoption*, L.R.Q., c. A-7, abrogée par la *Loi instituant un nouveau Code civil*, *supra*, note 34, art. 60 et remplacée par les art. 595-632 C.C.Q., entrés en vigueur le 1er décembre 1982. A la même date, les art. 823-25.5 C.p.c. entraient également en vigueur.

133. *Loi sur la protection de la jeunesse*, *supra*, note 35, art. 72.1b) et c). Et art. 824 C.p.c.

134. Art. 607 C.C.Q.

135. Voir à ce sujet la discussion de OUELLETTE, *supra*, note 36, p. 144.

136. *Loi sur la protection de la jeunesse*, *supra*, note 35, art. 135.1; voir le libellé, *supra*, sous-section 2-A.

137. A. RUFFO, "L'enfant dans le nouveau droit de la famille" (1982-83) 78 *F.P. du B.* 129, 143.

138. Art. 600 C.C.Q. Suivant une décision récente de la Cour d'appel, la révocation du consentement à l'adoption doit toujours être autorisée par le tribunal et pourra, suivant les circonstances, outrepasser l'intérêt de l'enfant: *Adoption - 17*, [1982] C.A. 58, 60, M. le juge Beauregard.

139. OUELLETTE, *supra*, note 36, p. 144.

A la lumière de ces données, il appert que la délégation de l'autorité parentale dans le cadre de l'adoption ne peut être faite que de façon restrictive et contrôlée. L'état actuel du droit nous permet de conclure à l'invalidité du consentement à l'adoption autrement que par les règles édictées, en tant qu'acte illicite, mais néanmoins possible avant la naissance<sup>140</sup>.

## C- Critères de la délégation de l'autorité parentale

En droit civil québécois, l'autorité parentale peut faire l'objet d'une délégation<sup>141</sup>. En vertu de son caractère fondamental, traditionnellement lié à l'ordre public, la délégation de cet ensemble de droits et d'obligations doit toutefois toujours être révocable<sup>142</sup>. La délégation peut être partielle, temporaire ou de longue durée. Un "acte volontaire de délégation provisoire" constitue une renonciation licite à l'autorité parentale<sup>143</sup>.

Le cas du don d'un enfant avec l'intention de ne pas le reprendre, entraînant la délégation définitive de l'autorité parentale, équivaut à un abandon en droit civil québécois<sup>144</sup>. La notion d'abandon est définie comme un "motif grave", selon les termes de l'article 654 du Code civil du Québec, qui permet à l'autorité judiciaire de prononcer la déchéance de l'autorité parentale<sup>145</sup>. Elle est généralement appréciée comme une question de fait<sup>146</sup>, mais elle peut aussi être définie comme une question de droit, comme "une manifestation de la volonté, un véritable acte juridique"<sup>147</sup>. L'enfant ne devra pas être considéré comme abandonné si l'un ou l'autre des parents respecte ses obligations en tant que titulaire de l'autorité parentale<sup>148</sup>. Et ce n'est que si la volonté d'abandon émane du titulaire de l'autorité parentale qu'il y aura lieu de discuter d'abandon<sup>149</sup>.

Par ailleurs, la délégation complète de l'autorité parentale, qu'elle soit provisoire ou de longue durée, n'est pas tenue comme un acte illicite, à l'heure actuelle en droit civil québécois, mais une convention à cet effet a déjà été sérieusement mise en doute, et n'a pas été validée<sup>150</sup>.

140. Il n'est pas interdit et n'a pas été jugé contraire à l'ordre public: *Droit de la famille - 77*, [1983] C.S. 692.

141. Art. 649 C.C.Q.; *Protection de la jeunesse - 133*, [1984] T.J. 2061.

142. G. TRUDEL et R. DESROSIERS DE LANAUZE, *Code civil du Québec: comparé et coordonné au Code civil du Bas-Canada*, Livre II: *De la famille*, 1981, p. 201.

143. *Taillon c. Donaldson*, [1953] 2 R.C.S. 257; en l'espèce, il s'agissait de puissance paternelle. Et le commentaire d'arrêt de L. BAUDOUIN, "Puissance paternelle", (1954) 14 *R. du B.* 478.

144. BAUDOUIN, *id.*, p. 484.

145. *Droit de la famille - 61*, [1983] C.S. 426, 427; *Droit de la famille - 104*, [1984] C.S. 93, 98.

146. OUELLETTE, *supra*, note 36, p. 149.

147. J. STOUFFLET, "L'abandon d'enfant: étude en droit civil", (1959) 57 *Rev. trim. dr. civ.* 627, 629-630, no 6, bien qu'il ait alors été question de puissance paternelle.

148. *Id.*, p. 632, no 10 et p. 640, no 22.

149. *Id.*, p. 651, no 39.

150. *Protection de la jeunesse - 143*, *supra*, note 130, p. 5-6.

Force nous est de conclure qu'une délégation de l'autorité parentale, complète et définitive, réalisée autrement que sous le couvert de l'autorité judiciaire, dans le cadre de l'adoption, ne s'entend pas comme une délégation valide. L'autorité parentale étant une notion d'ordre public, toute convention équivalant à une abdication des droits et devoirs dont est investi le titulaire de l'autorité parentale serait mise en doute et pourrait être interprétée comme un acte contraire à l'ordre public et aux bonnes moeurs. Plus précisément, la remise de l'enfant dans le cadre du contrat de grossesse par procuration constitue une délégation complète et définitive de l'autorité parentale, conclue avant la naissance, de la femme porteuse aux conjoints, après la naissance. Cette délégation émane de la mère, celle qui accouche<sup>151</sup>, titulaire de l'autorité parentale<sup>152</sup>. Dans la mesure où elle est dirigée à l'endroit d'une personne qui n'est pas un ascendant, elle déborde le cadre du consentement spécial de l'adoption et équivaut à une délégation invalide. Toutefois, si cette délégation se fait à l'égard du père du nouveau-né<sup>153</sup>, elle constitue une abdication de l'autorité parentale, sans être un abandon, qui demeure douteuse dans la mesure où elle est complète. Pourtant, elle est l'"expression d'une protection réaliste de la personne de l'enfant"<sup>154</sup>.

Les notions d'ordre public et de bonnes moeurs dessinent des limites, pas toujours claires, à l'exercice du droit à la liberté individuelle. Bien qu'il soit de plus en plus admis qu'une personne puisse choisir de soumettre son corps à des chirurgies sophistiquées ou à des expérimentations diverses, le caractère lucratif d'une transaction qui porte sur le corps subit la réprobation dans la mesure où le montant transigé représente une somme importante<sup>155</sup>. Plus précisément, le versement d'une somme d'argent, souvent importante, pour les services rendus par une femme porteuse s'assimile à un échange dans le but d'avoir un enfant et répugne à la conscience sociale. Celle-ci modère les niveaux de tolérance qui, à l'heure actuelle refusent ce type d'échange. S'il n'y a pas lieu de discuter d'abandon ou de "sécurité ou développement compromis" de l'enfant, il faut néanmoins admettre que le droit civil québécois ne reconnaît pas la cession d'un enfant en dehors des cadres réglementés de l'adoption. La validité de la convention de grossesse par procuration s'avère donc fortement douteuse dans notre droit. Pourtant, dans la mesure où le contrat de grossesse par procuration impliquera des personnes qui ne sont pas soumises à notre droit, il faudra recourir à l'utilisation des règles de droit international privé.

151. M. RIVET, "Quand la médecine intervient dans la genèse de la conception, que fait le droit?", (1975) 6 R.D.U.S. 199, 220.

152. *Loi sur la protection de la jeunesse, supra*, note 35, art. 1(e), la définition du mot "parent".

153. Dans le cas où le père biologique est celui qui cherche à avoir un enfant et est reconnu comme le père du nouveau-né.

154. C. NEIRINCK, *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, 1984, p. 400, no 498.

155. Le don de sperme est toléré. Les donneurs reçoivent une somme modique.

## Section 2 - L'application du droit international privé

L'universalité du phénomène des femmes porteuses impose une réflexion sur l'éventuelle réponse du droit international privé à la validité des contrats de grossesse par procuration. En matière contractuelle, le législateur québécois met à la disposition des tribunaux des règles de conflits souples et d'analyse peu complexe (sous-section 1). Toutefois, leur application au phénomène étudié (sous-section 2) permet, pour le moment, de rapporter à l'échelle internationale la réponse incertaine manifestée par notre droit interne.

### Sous-section 1 - Les règles de conflit de lois du droit québécois

Le droit international privé québécois, en matière contractuelle, prévoit deux règles de conflit de lois différentes, l'une s'adresse à la forme de la convention contenant un élément d'extranéité, l'autre à sa substance.

L'article 7 du Code civil prône la règle du *locus regit actum* suivant laquelle la validité de la forme d'un acte passé hors du Québec s'apprécie selon les formalités requises par la loi de ce lieu. La Cour suprême du Canada a toutefois décidé que cette disposition était facultative. Les parties peuvent opter pour la loi de leur domicile commé étant celle devant régir la validité de leur convention<sup>156</sup>.

Quant à l'appréciation de la validité intrinsèque d'un contrat, le droit international privé québécois reconnaît, comme la majorité des systèmes juridiques, la loi d'autonomie des parties<sup>157</sup>. En vertu de cette doctrine, les parties peuvent prévoir, de façon expresse ou implicite, la loi qui gouvernera l'exécution de leur contrat. En l'absence d'une telle désignation, la loi du lieu où l'acte a été signé s'applique<sup>158</sup>.

Ainsi déterminée, la loi applicable au contrat sera la *lex fori* ou une loi étrangère. Suivant cette dernière hypothèse, les tribunaux québécois doivent respecter les dispositions étrangères à moins que l'exception d'ordre public n'en permette le rejet<sup>159</sup>. En droit international privé la notion d'ordre public est

156. *Ross c. Ross*, (1896) 25 R.C.S. 307; bien que cette décision ait été rendue en matière testamentaire, les auteurs l'appliquent également en matière contractuelle; voir E. GROFFIER, *Précis de droit international privé québécois*, 3e éd., 1984, p. 127.

157. Art. 8 C.c.; pour une discussion sur l'application de cette loi voir GROFFIER, *id.*, p. 129 et s.; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, t. 2, 7e éd., 1983, p. 257.

158. Il est à noter, et ce suivant le système de common law, que le Projet de Code civil propose "qu'en l'absence de désignation expresse, les tribunaux appliquent la loi de l'État qui, compte tenu de la nature de l'acte et des diverses circonstances qui l'entourent, avait, au moment de sa passation, le meilleur titre à le régir"; Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 1: *Projet de Code civil*, Livre neuvième: *Du droit international privé*, 1978, art. 21, al. 2.

159. J.-G. CASTEL, *Canadian Conflict of Laws*, vol. 2, 1977, p. 550.

utilisée dans une version atténuée, voire moins stricte, qu'en droit interne. L'exception d'ordre public s'applique seulement lorsque la convention produit des droits "manifestement incompatibles avec l'ordre public québécois"<sup>160</sup>.

### Sous-section 2 - L'application des règles de conflit de lois au contrat de grossesse par procuration

Si l'une des parties au contrat de grossesse par procuration est étrangère, le tribunal appelé à statuer sur la validité juridique de l'acte devra préalablement rechercher la loi applicable. Respectant la désignation expresse stipulée au contrat ou, à défaut, le lieu de conclusion de celui-ci, le tribunal examinera la loi québécoise ou la législation étrangère. L'absence de législation spécifique limite l'analyse d'une éventuelle réponse du droit international privé au phénomène des femmes porteuses.

Toutefois, des tendances législatives et sociales étrangères se dessinent. Par exemple, alors que la Californie et le Michigan sont deux États où des projets de loi proposent, chacun selon des modalités différentes, la licéité du contrat de grossesse par procuration, la position britannique s'y oppose<sup>161</sup>. Dans l'hypothèse où les projets de loi américains seraient adoptés et qu'un contrat lierait une femme porteuse américaine à un couple québécois, et que les parties auraient désigné la loi américaine comme devant régir leur convention, le tribunal québécois saisi d'un litige devrait d'abord s'assurer que les formalités prescrites par la loi américaine ont été respectées<sup>162</sup>, puis apprécier la validité intrinsèque du contrat selon les dispositions de cette même loi<sup>163</sup>. Suivant la même hypothèse où la loi britannique aurait été désignée, le tribunal québécois devrait conclure à l'illégalité de la convention.

Il ressort de cet examen des règles de droit international privé québécois que les mécanismes et les règles de conflits susceptibles de répondre à la validité du contrat incluant un élément d'extranéité, sont en place. Toutefois, devant le vide juridique international actuel, toute application des règles de conflits au phénomène des femmes porteuses demeure à l'état hypothétique. Évidemment,

160. GROFFIER, *supra*, note 156, p. 87; la distinction entre ordre public international et ordre public interne se pose ainsi: "La réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même selon qu'elle fait obstacle à l'acquisition d'un droit au Québec ou qu'il s'agit de laisser se produire au Québec les effets d'un droit acquis sans fraude à l'étranger. Les tribunaux ne devraient faire appel à l'ordre public que dans des cas graves, à savoir dans les cas où l'application de la loi étrangère porterait atteinte aux principes fondamentaux du droit ou de la morale au Québec"; Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 2: *Commentaires*, t. 2, Livre neuvième: *Du droit international privé*, 1978, art. 5.

161. Voir *infra*, PARTIE II, Chapitre 2, Section 1.

162. Art. 7 C.c.; les deux projets de loi prévoient, par exemple, la forme notariée et l'enregistrement des contrats de grossesse par procuration.

163. Art. 8 C.c.

l'intérêt du droit international privé n'est pas limité à la validité et aux modalités d'exécution du contrat; les litiges en matière de filiation sont éminents. Lorsque les tribunaux québécois, s'appuyant sur d'autres règles de conflits, devront juger du sort d'un enfant dont la filiation est contestée, la réponse sera possible; en effet, rares sont les systèmes juridiques qui ne possèdent pas de règles sur la filiation<sup>164</sup>.

Suite à cette analyse sur la validité du contrat de grossesse par procuration, force est de conclure que la réponse juridique au phénomène des femmes porteuses est, pour le moins, incertaine, sinon négative.

Les dispositions législatives québécoises, parce qu'elles n'ont qu'une emprise indirecte le plus souvent sur les divers aspects posés par le contrat, ne permettent pas de prononcer avec certitude l'illégalité du contrat.

La volonté des parties n'est pas seulement sujette aux prescriptions législatives, mais elle l'est également au contexte social dans lequel elles s'expriment. En droit civil, le contexte social se traduit par les notions d'ordre public et de bonnes mœurs dont le contenu fluctue à travers le temps. En l'absence de législation, elles donneront une réponse adaptée à la conscience sociale par la voix des tribunaux. A ce niveau, la réponse du droit à la validité du contrat de grossesse par procuration demeure donc liée à l'évolution sociale en regard des concepts de famille et de reproduction.

Sur la scène internationale, les règles de conflit de lois québécoises sont réceptives à l'analyse du contrat présentant un élément d'extranéité; l'absence de législation ne permet toutefois aucune réponse sûre à la validité de la convention.

S'il n'y a pas lieu de discuter de vide juridique lorsque le phénomène des femmes porteuses est soumis au droit positif, les doutes caractérisent toute tentative de réponse sûre et ce, tant en droit interne qu'en droit international. Une reconnaissance aurait pour conséquence l'examen du contenu obligationnel de la convention et, incidemment, sa force exécutoire.

### Chapitre deuxième - Le contenu obligationnel et l'exécution du contrat de grossesse par procuration

Le contrat de grossesse par procuration est une entreprise humaine où les obligations des parties, surtout celles de la femme porteuse, sont hautement personnalisées. De ce fait, l'inexécution contractuelle est probante et les recours sont limités. Les obligations contractuelles des parties s'établissent en fonction du résultat du contrat: la naissance d'un enfant. Le souci de maximiser ses chances de développements physique et affectif sous-tendra l'élaboration du contenu obligationnel du contrat (Section 1). La naissance d'un enfant influencera également

164. A ce sujet, voir *infra*, PARTIE II, Chapitre 1, Section 2.

la force exécutoire des obligations (Section 2). Le droit contractuel québécois, habitué à trancher, à ordonner et à quantifier, se trouve ici confronté aux notions de droits fondamentaux de la personne et du meilleur intérêt de l'enfant, notions qui se prêtent difficilement à ces exercices judiciaires.

### Section 1 - Les obligations des parties au contrat

Suivant toute relation précontractuelle, le contenu obligationnel d'un contrat se dresse au gré des négociations entre les parties (sous-section 1). L'exercice de la liberté contractuelle et le problème précis d'infécondité ayant provoqué le recours à une femme porteuse<sup>165</sup>, influenceront sur l'étendue du contenu obligationnel de chaque contrat<sup>166</sup>. Sans être parties au contrat, les professionnels de la santé et du droit ont une participation essentielle dans son exécution; participation qui devient génératrice d'obligations et de responsabilité (sous-section 2).

#### Sous-section 1 - Les obligations contractuelles des parents

Les obligations de la femme porteuse découlent toutes d'une obligation principale: remettre l'enfant aux parents sociologiques (A). Beaucoup moins exigeante au niveau de l'implication personnelle, l'obligation principale des parents sociologiques réside dans le paiement de la femme porteuse (B). Sans être directement impliqués au contrat, l'époux de la femme porteuse (C) et la conjointe du père sociologique (D) pourraient en favoriser l'exécution par une certaine reconnaissance du contenu.

#### A- Les obligations de la femme porteuse

Afin d'assurer la réalisation idéale du contrat, la femme porteuse consent, dans une étape précontractuelle, à se soumettre à des examens médicaux et psychologiques. Les premiers, consistant surtout en des investigations génétiques, tentent de prévenir la transmission de maladies héréditaires. Les seconds cherchent à vérifier sa stabilité émotionnelle afin d'assurer le respect de ses engagements ultérieurs, surtout en regard de la remise de l'enfant.

Le choix de la femme porteuse étant déterminé suite aux résultats de ces examens préliminaires, celle-ci s'engage à être inséminée avec le sperme du père

165. Voir *infra*, Annexe.

166. La description suivante du contenu obligationnel du contrat de grossesse par procuration est effectuée à partir de documents américains, notamment: N. KEANE, "The Surrogate Parenting Contract" Association of Family and Conciliation Courts, 21st Annual Conference, 1983, (non publié); K.M. BROPHY, "A Surrogate Motherhood Contract to Bear a Child", (1982) 20 *J. Fam. L.* 263; MADY, *supra*, note 117.

naturel, celui d'un donneur, ou à recevoir l'embryon fécondé *in vitro*. Des obligations accessoires peuvent se rattacher à celle de l'insémination: la femme porteuse accepte de répéter l'opération advenant un échec dans la première tentative de fécondation et elle s'abstient également d'avoir des relations sexuelles<sup>167</sup> durant cette période d'insémination.

Suite à la conception ou à l'implantation de l'embryon dans son utérus, la femme porteuse s'engage à poursuivre une grossesse de manière diligente. En vertu d'une telle obligation, le respect d'une diète alimentaire, la non-consommation de drogues, incluant le tabac et l'alcool, l'observation des indications prescrites par le médecin pourraient être prévus au contrat<sup>168</sup>.

L'obligation de respecter les indications médicales permet de croire qu'il serait loisible aux parties de convenir de l'obligation pour la femme porteuse, de se soumettre à l'amniocentèse, à l'avortement thérapeutique advenant un résultat positif de cet examen et même, à la chirurgie intra-utérine afin de remédier à une malformation du foetus.

Toutes les obligations contractuelles précédentes ne sauraient être interprétées comme des atteintes à l'inviolabilité de la personne humaine ni être tenues comme contraires à l'ordre public. En vertu de son droit à l'autonomie corporelle<sup>169</sup>, et au nom de la liberté contractuelle, la femme porteuse, bénéficiant de toute l'information nécessaire, est apte à accepter ou refuser de telles obligations. Ces mêmes obligations sont liées au désir de donner naissance à un enfant sain. Malgré cette dernière considération, les obligations de la femme porteuse ne sauraient être considérées comme des obligations de garantie<sup>170</sup>. Exiger de la femme porteuse qu'elle remette un enfant sain, ce serait oublier que la science n'a pas encore vaincu tous les aléas de la nature. Fixant l'intensité de ces obligations à une de moyens, la femme porteuse s'engage à une exécution contractuelle empreinte de diligence.

Les paramètres de l'exécution du contrat étant établis, la femme porteuse s'engage à remettre l'enfant dès sa naissance et, accessoirement, à reconnaître expressément les parents sociologiques comme parents de l'enfant remis. La validité d'une telle obligation est douteuse. En droit civil, l'objet d'une obligation, tout comme celui d'un contrat, doit être une chose possible, qui ne soit

167. L'importance de cet engagement s'est révélée dans l'affaire *Mahaloff*, *infra*, note 84, PARTIE II.

168. Voir les commentaires des auteurs américains, *supra*, note 166 et KEYSERLINGK, *supra*, note 20.

169. Voir notre discussion à ce sujet, *supra*, Chapitre préliminaire, Section 3.

170. BAUDOUIN, *supra*, note 94, p. 34, no 25. L'auteur définit ainsi l'obligation de garantie: "celle pour la satisfaction de laquelle le débiteur est tenu de garantir au créancier un résultat précis"; et l'obligation de moyens: "celle pour la satisfaction de laquelle le débiteur n'est tenu que d'employer les meilleurs moyens possibles, d'agir avec prudence et diligence en vue d'obtenir un résultat, mais sans toutefois se porter garant de celui-ci".



ni prohibée par la loi, ni contraire aux bonnes moeurs<sup>171</sup>. Équivalant à une renonciation définitive de l'autorité parentale, l'obligation de remettre l'enfant pourrait être sanctionnée par l'ordre public et les bonnes moeurs<sup>172</sup>.

## B- Les obligations des parents sociologiques

Il y aura lieu ici d'examiner la situation qui serait la plus fréquente (situation 3). Les obligations envisagées devraient s'appliquer aux deux parents sociologiques dans les autres situations.

Tout comme la femme porteuse, le père biologique accepte, et ce, préalablement à la conclusion du contrat, de se soumettre à des investigations génétiques afin d'écartier les risques de transmission de maladies héréditaires.

L'obligation principale du père demeure le paiement de la femme porteuse pour le service rendu<sup>173</sup>. Cette remise d'argent pourrait couvrir, suivant la convention des parties, les frais de transport de la femme porteuse lors de ses visites chez le médecin<sup>174</sup>, les vêtements de maternité, une compensation pour les "inconvenients de la grossesse" et "les souffrances inhérentes à l'accouchement"<sup>175</sup>. Rappelons que la *Loi sur la protection de la jeunesse*, l'ordre public et les bonnes moeurs sont susceptibles de faire échec à la validité de cette obligation<sup>176</sup>.

L'exécution complète du contrat suppose également que le père biologique accepte expressément d'accueillir l'enfant, dans l'état où ce dernier naîtra. Cette dernière précision découle de l'intensité des obligations de la femme porteuse qui sont des obligations de moyens et non de garantie.

Cette description des obligations principales du contrat de grossesse par procuration ne serait pas complète sans considérer les situations où la femme porteuse a un époux et où la conjointe du père biologique n'est pas impliquée dans la conception.

171. Art. 1062 C.c.

172. Voir, *supra*, Chapitre 1, Section 1, sous-section 3.

173. Voir au sujet de la validité de cette obligation notre discussion, *supra*, Chapitre 1, Section 1, sous-section 2.

174. En vertu de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., c. S-5, art. 3 et de la *Loi sur l'assurance-maladie*, L.R.Q., c. A-29, art. 3b), les opérations et soins médicaux impliqués pourraient être assumés par l'État; dans la mesure où l'insémination artificielle ou le transfert d'embryon serait pratiqué dans un contexte thérapeutique, afin de combattre l'infécondité d'un couple. Pour une discussion au sujet de la gratuité de tels services, voir A. LAJOIE, P.A. MOLINARI et J.-M. AUBY, *Traité de droit de la santé et des services sociaux*, 1981, p. 122, no 209.

175. *Catford*, *supra*, note 78, p. 941.

176. *Supra*, note 35; voir notre discussion sur l'application de l'art. 135.1 de cette Loi, au Chapitre 1, Section 1, sous-section 2-A.

## C- Les obligations de l'époux de la femme porteuse

L'article 586 du Code civil du Québec crée en faveur de l'époux de la femme porteuse une présomption de paternité à l'égard de l'enfant<sup>177</sup>. Pour éviter l'effet de cet article et assurer la paternité du père biologique, l'époux de la femme porteuse pourrait être partie au contrat de grossesse par procuration. Il pourrait déclarer au contrat qu'il n'est ni le père biologique, ni le père présumé de l'enfant.

## D- Les obligations de la conjointe du père biologique

Dans l'hypothèse où la conjointe du père biologique ne fournit pas l'ovule nécessaire à la conception, sa participation au contrat se résume d'abord en une reconnaissance des procédures prévues à la convention. Au niveau obligationnel, et ce afin de compléter l'obligation du père biologique au même effet, elle s'engage à accepter et à adopter l'enfant dans l'état où il naîtra.

Si le contenu obligationnel lie les parties au contrat, son exécution exige souvent l'intervention d'agents extérieurs qui se trouvent également liés par le caractère des actes qu'ils posent.

## Sous-section 2 - Les obligations contractuelles des intervenants

Le médecin qui pratique l'insémination artificielle ou le transfert d'embryon et qui assure le déroulement adéquat de la grossesse a une contribution nécessaire au contrat de grossesse par procuration (A). Il en est de même de l'avocat qui rédige le contrat (B). Sans modifier les obligations traditionnellement imposées à ces professionnels par le droit civil, le phénomène des femmes porteuses nous oblige à les considérer sous un angle nouveau.

## A- Les obligations du médecin

En droit civil québécois, la responsabilité médicale est un concept bien établi. Le médecin répond de son devoir défini par l'exercice de la profession selon les normes médicales actuelles et les plus élevées possible<sup>178</sup>. Cette obligation de compétence se concrétise par le respect des obligations d'informer, de traiter avec diligence et prudence, et de confidentialité.

177. Sur l'application des art. 586 et 588, al. 2 C.C.Q., voir *infra*, PARTIE II, note 114 et le texte qui l'accompagne.

178. Code de déontologie des médecins, R.R.Q. 1981, c. M-9, r. 4, art. 2.03.15; LAJOIE, MOLINARI et AUBY, *supra*, note 174, p. 523, no 841.

Le Code de déontologie des médecins impose à ces derniers l'obligation d'obtenir du patient, et ce préalablement à toute intervention, un consentement libre et éclairé<sup>179</sup>. Liée au caractère libre et éclairé du consentement requis, se dresse l'obligation pour le médecin d'informer son patient sur la nature, le but et les risques de chaque intervention qu'il posera<sup>180</sup>.

L'actualisation des deux obligations précédentes place la relation patient-médecin dans le contexte contractuel. L'obligation contractuelle principale du médecin en est une de diligence, de prudence et de conduite raisonnable dans toute intervention<sup>181</sup>. A ce titre, le médecin doit, dans l'exercice de sa profession, se conformer "aux données requises de la science"<sup>182</sup> et pratiquer "selon les normes en vigueur dans les milieux scientifiques québécois"<sup>183</sup>. Dans le même ordre d'idées, la jurisprudence a reconnu que le contenu de cette obligation s'évalue *in abstracto*, soit en comparaison avec les actes d'un médecin de compétence raisonnable placé dans les mêmes circonstances<sup>184</sup>.

Le médecin est finalement tenu au secret professionnel pour toute information reçue dans le contexte d'une relation patient-médecin<sup>185</sup>. Cette obligation de confidentialité ne trouvera exception que sous l'autorisation du patient ou de la loi<sup>186</sup>.

L'intensité des obligations médicales est de moyens et non de garantie; le médecin ne doit pas, et ce par une interdiction expresse du législateur, garantir le succès d'un traitement<sup>187</sup>.

Ces quelques principes de droit médical trouvent une application adaptée au phénomène des femmes porteuses. Le médecin doit d'abord s'assurer du consentement libre et éclairé des parties au contrat; pour ce faire, des explications claires et complètes sur la procédure d'insémination ou le transfert d'embryon, les risques d'échec ou de complications inhérents à ces deux opérations, doivent être fournies. Le consentement libre et éclairé suppose également que la femme porteuse soit confrontée à son obligation de remettre l'enfant et aux difficultés émotionnelles qu'une telle séparation peut entraîner. Le professionnel de la santé

179. Code de déontologie des médecins, *id.*, art. 2.03.28; art. 19 C.c.

180. *Id.*, art. 2.03.29; voir également à ce sujet J. GUIBAULT, "Votre patient a le droit de savoir", (1985) 1 *L'Économiste médical* 52.

181. Selon le principe jurisprudentiel établi par l'arrêt *X c. Mellen*, [1957] B.R. 389; obligation également imposée par le Code de déontologie des médecins, *supra*, note 178, art. 2.03.16.

182. P.-A. CRÉPEAU, "La responsabilité civile du médecin", (1977) 8 *R.D.U.S.* 25, 29.

183. LAJOIE, MOLINARI et AUBY, *supra*, note 174, p. 103, no 173.

184. *Hôpital général de la région de l'amiante Inc. c. Perron*, [1979] C.A. 567, 574.

185. Code de déontologie des médecins, *supra*, note 178, art. 3.01.

186. *Id.*, art. 3.04.

187. *Id.*, art. 2.03.13.

ne serait pas en mesure de respecter cette obligation d'information sans simultanément tenir à jour et perfectionner ses connaissances<sup>188</sup> dans le domaine des nouvelles techniques de reproduction.

L'obligation de diligence du médecin se concrétise dans la sélection adéquate de la femme porteuse, ou des donneurs de gamètes. Par une révision de l'histoire médicale, par les investigations génétiques, le médecin minimise le risque de transmission de maladie héréditaire par l'une des parties au contrat<sup>189</sup>. Dans le même ordre d'idées et selon la combinaison de reproduction employée<sup>190</sup>, le prélèvement, la manipulation et l'implantation de matériel génétique nécessaire à l'exécution du contrat doivent s'exercer avec prudence<sup>191</sup>. Évidemment, le médecin s'implique au niveau de la grossesse de la femme porteuse, mais la surveillance médicale nécessaire à cette grossesse ne diffère pas de la surveillance exigée pour toute autre grossesse.

## B- Les obligations de l'avocat

Les relations avocat-client s'inscrivent dans un contexte contractuel<sup>192</sup>, les obligations de l'avocat découlent de la théorie du mandat<sup>193</sup>. Le Code de déontologie des avocats<sup>194</sup> précise les obligations auxquelles ceux-ci sont tenus dans leur fonction de mandataire.

L'avocat répond d'une obligation d'information envers son client. Il doit fournir à ce dernier les explications nécessaires à la compréhension et à l'appréciation de l'ampleur et des modalités du mandat confié; suite à ces informations l'avocat doit obtenir l'accord du client quant à la poursuite de ce mandat<sup>195</sup>. Si le mandat est autorisé, l'avocat doit traiter l'affaire de son client avec une qualité raisonnable de connaissance, de compétence et de diligence<sup>196</sup>. A ce titre, conseiller ou encourager son client à poser des actes qu'il sait être illégaux ou frauduleux, constitue un acte dérogatoire à la dignité de la profession<sup>197</sup>.

188. Obligation qui lui est d'ailleurs imposée, *id.*, art. 2.03.15.

189. KNOPPERS, *supra*, note 18, p. 9; une obligation similaire a déjà été identifiée dans le contexte de l'insémination artificielle par donneur, voir à cet effet, RIVET, *supra*, note 151, p. 212; également LAJOIE, MOLINARI et AUBY, *supra*, note 174, p. 123, no 212.

190. Voir *infra*, Annexe.

191. KNOPPERS, *supra*, note 18, p. 10.

192. *Obiter* du juge Pigeon dans l'arrêt *Smith c. McInnis*, [1978] 2 R.C.S. 1357, 91 D.L.R. (3d) 190, 4 C.C.L.T. 154, 25 N.S.R. (2d) 272.

193. P.A. MOLINARI, "La responsabilité civile de l'avocat", (1977) 37 *R. du B.* 275, 279.

194. Code de déontologie des avocats, R.R.Q. 1981, c. B-1, r. 1.

195. *Id.*, art. 3.02.04 et 3.03.02; pour une discussion sur les devoirs de l'avocat en common law, voir B.A. SHERWIN, "Attorney Duties in the Area of New Reproductive Technologies", (1984) 6 *Whittier L. Rev.* 799.

196. L'article 1710 C.c. applique ce critère à tout mandataire; pour un exemple du mandat de l'avocat, voir *Hett c. Punpong*, (1890) 18 R.C.S. 290; Code de déontologie des avocats, *supra*, note 194, art. 3.03.01.

197. *Id.*, art. 4.02.01g).

Les obligations de l'avocat sont des obligations de moyens, il ne peut assurer le client de la réussite de son mandat. Il est présumé posséder les mêmes connaissances que tout avocat normalement compétent<sup>198</sup>.

Les honoraires perçus pour l'exercice du mandat doivent être justes et raisonnables; la fixation des honoraires peut tenir compte de l'expérience de l'avocat, de la difficulté du problème, de l'aspect inhabituel des services<sup>199</sup>. Dans le même ordre d'idées, l'avocat doit éviter les méthodes susceptibles de donner à sa profession un caractère de commercialité<sup>200</sup>.

Parce qu'il est tenu d'informer et parce qu'il ne peut encourager les actes qu'il sait illégaux, l'avocat doit exposer à son client<sup>201</sup> la validité douteuse du contrat de grossesse par procuration et l'issue incertaine d'un recours devant les tribunaux advenant un litige<sup>202</sup>.

Le phénomène des femmes porteuses ne s'étant présenté à l'analyse juridique que récemment, le mandat de l'avocat impliqué n'a pas encore fait l'objet de définition précise. Il semble toutefois que les obligations de compétence et de diligence devront s'appliquer à deux fonctions. D'abord, l'avocat doit rédiger, ou du moins veiller à ce que la rédaction du contrat de grossesse par procuration soit conforme aux intérêts et attentes de la partie qu'il représente. Deuxièmement, si l'une des parties au contrat saisit le tribunal au motif d'insatisfaction de l'exécution, l'avocat devrait assurer la représentation légale de son client.

La ligne de force de ceux qui s'opposent au phénomène des femmes porteuses est souvent l'aspect de commercialisation. Les honoraires perçus par les intermédiaires légaux se trouvent au coeur des discussions. Il y a certes prestation de services inhabituels, et l'incertitude de la réponse juridique au contrat de grossesse par procuration confère au mandat de l'avocat un certain degré de difficulté. Ces deux éléments entrent en ligne de compte dans l'établissement des honoraires de l'avocat. Ce dernier est toutefois tenu d'imposer des honoraires justes et raisonnables qui ne permettent pas de qualifier sa participation au contrat de grossesse par procuration d'entreprise commerciale.

Comme le médecin appelé à participer à l'exécution du contrat de grossesse par procuration, l'avocat se voit confier un mandat spécial, nouveau, dont la validité et les modalités restent à préciser.

Les parties au contrat élaborent le contenu obligationnel du contrat dans la mesure de leurs attentes respectives. Les intervenants s'engagent également à favoriser la réalisation du contrat par un exercice adéquat de leur profession.

198. MOLINARI, *supra*, note 193, p. 283.

199. Code de déontologie des avocats, *supra*, note 194, art. 3.08.01 et 3.08.02; également A... c. B..., [1982] R.L. 286 (C.S.).

200. *Id.*, art. 3.08.03.

201. Qu'il représente la femme porteuse ou les parents sociologiques.

202. Voir *infra*, Section 2, sous-section 2.

Si les modalités d'exécution du contrat de grossesse par procuration s'élaborent assez aisément, l'aspect exécutoire de celles-ci apparaît des plus limités.

## Section 2 - L'inexécution contractuelle et les recours

En droit civil québécois toute obligation rend le débiteur passible de dommages en cas de contravention; dans les cas qui le permettent, le créancier peut exiger l'exécution forcée<sup>203</sup>. La preuve de prudence et de diligence dans l'exécution d'une obligation de moyens exonère le débiteur de toute responsabilité<sup>204</sup>. En général, le créancier, victime d'une inexécution contractuelle, récupérera le montant de la perte subie et du gain perdu en dommages-intérêts<sup>205</sup>. Inexécution forcée, perte et gain sont des concepts qui semblent peu adaptés au phénomène des femmes porteuses, aux recours que les parties au contrat pourraient avoir l'une contre l'autre (sous-section 1). Les recours traditionnels contre les professionnels demeurent disponibles, quoique les motifs pour les intenter soient objet de controverse (sous-section 2).

### Sous-section 1 - Les recours contre les parties au contrat

Les recours contre la femme porteuse auront pour objectif de lui imposer le respect de ses obligations de faire ou de ne pas faire (A). L'accueil des recours en exécution forcée contre celle-là est incertain. La nature différente des obligations des parents sociologiques confère aux recours disponibles contre ces derniers, une plus grande chance de succès (B).

#### A- Recours contre la femme porteuse

La première obligation contractuelle de la femme porteuse est de se faire inséminer par le sperme du père sociologique ou d'un donneur, ou de recevoir l'embryon déjà conçu. L'économie du droit civil en matière d'intervention sur le corps humain est basée sur le consentement toujours révocable de la personne<sup>206</sup>. Il devient peu probable qu'un tribunal passe outre le refus de la femme porteuse et lui impose le respect d'un tel engagement contractuel. L'alternative à l'exécution forcée demeure les dommages équivalents à la perte subie<sup>207</sup>; ainsi les parents sociologiques pourraient réclamer le remboursement des dépenses jusque-là encourues par la femme porteuse.

203. Art. 1065 C.c.

204. BAUDOUIN, *supra*, note 94, p. 35, no 26.

205. Art. 1073 C.c.

206. Reflété, entre autres, dans les art. 19 et 20 C.c.

207. Art. 1065 et 1073 C.c.

L'inexécution contractuelle peut avoir pour objet le manque de diligence de la femme porteuse dans la poursuite de la grossesse. Elle pourrait par exemple poser des actes comportant des risques pour la santé du fœtus<sup>208</sup>, passer outre les indications médicales, refuser de se soumettre aux examens médicaux prescrits et prévus au contrat.

Selon une terminologie civiliste, cet ordre d'engagements contractuels représente des obligations de faire ou de ne pas faire quelque chose<sup>209</sup>. Bien que le Code de procédure civile permette au créancier d'obtenir une injonction enjoignant une personne à exécuter de telles obligations<sup>210</sup>, en droit québécois ce recours demeure un recours exceptionnel<sup>211</sup>, d'équité de même que discrétionnaire<sup>212</sup>. Aussi le créancier doit-il démontrer au tribunal qu'une convention expresse n'est pas respectée<sup>213</sup>, qu'il y a absence d'autres recours efficaces<sup>214</sup> et qu'il y a risque de dommages irréparables<sup>215</sup>. Les tribunaux québécois demeurent réticents à recourir à l'exécution forcée pour imposer le respect des obligations de faire<sup>216</sup>; la souveraineté de la liberté individuelle, "l'impossibilité de forcer un individu à l'accomplissement d'un acte auquel il se refuse"<sup>217</sup>, éclipse le respect de la parole donnée. Lorsqu'un intérêt supérieur est en jeu, les tribunaux sont portés à lui sacrifier l'exécution spécifique<sup>218</sup>.

A prime abord, la réception d'une demande d'injonction des parents sociologiques par les tribunaux québécois, afin de forcer la femme porteuse à respecter ses engagements, est douteuse. A l'extérieur du cadre contractuel, les interventions judiciaires dans le but de sauvegarder la santé du fœtus ne sont plus du domaine hypothétique. De telles interventions par les tribunaux américains ont pris la forme d'ordonnances de subir une chirurgie du col utérin afin de maintenir la grossesse<sup>219</sup>, ou de subir une césarienne<sup>220</sup>.

Devant une attitude fort compromettante pour la santé du fœtus, les parents sociologiques, par l'intermédiaire du médecin traitant, pourraient tenter d'obtenir

208. Comme l'usage excessif de tabac ou d'alcool.

209. Art. 1058 C.c.

210. Art. 751 C.p.c.

211. BAUDOUIN, *supra*, note 94, p. 396, no 706.

212. B.M. ROGERS et G.W. HATELY, "Getting the Pre-Trial Injunction", (1982) 60 *R. du B. can.* 1, 2.

213. *Id.*, p. 3.

214. A. PRUJINER, "Origines historiques de l'injonction en droit québécois", (1979) 20 *C. de D.* 249, 273.

215. BAUDOUIN, *supra*, note 94, p. 395, no 705.

216. *Id.*, p. 392, no 702.

217. J.-L. BAUDOUIN, "L'exécution spécifique des contrats en droit québécois", (1958) 5 *McGill L.J.* 108, 113.

218. *Id.*, p. 128.

219. *Taft c. Taft*, 388 Mass. 331, 446 N.E. (2d) 395 (Mass. Sup. Jud. Ct. 1983).

220. *Jefferson c. Griffin Spalding County Hospital*, 247 Ga 86, 274 S.E. (2d) 457 (Ga Sup. Ct. 1981).

une ordonnance judiciaire forçant la femme porteuse à suivre les prescriptions médicales. Il est en effet possible que le droit civil québécois accorde un tel pouvoir aux tribunaux par le truchement de l'article 46 du Code de procédure civile qui reconnaît au juge une grande discrétion dans le choix des recours. L'issue de tels recours demeure toutefois incertaine en ce qu'ils relancent tout le débat sur le statut juridique, la protection du fœtus et le droit à l'autonomie corporelle de la personne<sup>221</sup>.

Ce même débat serait soulevé par l'établissement d'un lien de causalité entre un handicap présent chez l'enfant à sa naissance et le comportement fautif de la femme porteuse durant la grossesse. L'enfant pourrait alors vouloir réclamer des dommages-intérêts de la femme l'ayant porté. Il pourrait tenter d'étendre la portée de la jurisprudence québécoise qui a déjà accueilli le recours en responsabilité civile, prévu à l'article 1053 du Code civil, par l'enfant victime de la négligence d'autrui avant sa naissance<sup>222</sup>.

L'inexécution contractuelle de la femme porteuse pourrait être la non-remise de l'enfant à sa naissance. Malgré le constat selon lequel les tribunaux semblent plus disposés à accorder une injonction lorsqu'il s'agit de faire respecter une obligation de donner<sup>223</sup>, il est peu probable qu'un juge forcerait une femme à abandonner l'enfant qu'elle vient de mettre au monde; la validité juridique de cette obligation étant d'emblée douteuse<sup>224</sup>. Le recours alternatif en dommages-intérêts, prévu à l'article 1065 du Code civil, exigerait une qualification monétaire de la valeur d'un enfant, à la manière d'une chose; la quantification du désir d'enfant est une opération impossible.

Il semble qu'une requête en habeas corpus ne serait pas appropriée. Pour réussir dans une telle requête, les parents sociologiques devraient démontrer que l'enfant est privé de sa liberté<sup>225</sup>. L'enfant n'est pas ici privé de sa liberté, mais plutôt entre les mains de sa mère<sup>226</sup>.

Une action pour obtenir la garde de l'enfant demeure un recours ouvert au père biologique. En droit québécois les mère et père sont égaux dans l'exercice de l'autorité parentale<sup>227</sup>. L'issue d'une telle action se déciderait en fonction du meilleur intérêt de l'enfant<sup>228</sup> et en fonction du foyer le plus apte à assurer son développement physique et affectif.

221. Voir à ce sujet notre discussion, *supra*, Chapitre préliminaire.

222. *Montreal Tramways Co.*, *supra*, note 22. Pour un commentaire sur de telles poursuites, voir J. SHAUGHNESSY, "It's Mom vs. Child in Court Womb of the Future", (1985) 1 *The Medical Post* (de Toronto) 63.

223. BAUDOUIN, *supra*, note 217, p. 110.

224. Voir *supra*, Chapitre I, Section 1, sous-section 3.

225. *Dugal c. Lefebvre*, [1934] R.C.S. 501.

226. En droit, la mère est celle qui accouche, *infra*, PARTIE II, Chapitre 1, Section 1.

227. Art. 647 C.C.Q.

228. Art. 30 C.C.B.C..

Si une telle action devait se solder en faveur de la femme porteuse, par une action résolutoire<sup>229</sup>, les parents sociologiques pourraient être en mesure de réclamer le remboursement des sommes d'argent remises à la femme porteuse.

Le contrat de grossesse par procuration, témoignant des engagements contractuels de la femme porteuse, ne représente tout compte fait qu'une faible assurance de son exécution. La force exécutoire de la convention dépend plutôt de la discrétion judiciaire et du meilleur intérêt de l'enfant.

## B- Les recours contre les parents sociologiques

Essentiellement, l'inexécution contractuelle par les parents sociologiques peut prendre deux formes: le refus de remettre la somme d'argent convenue à la femme porteuse ou le refus d'accueillir l'enfant.

Le paiement de la femme porteuse représente une obligation de donner. Ce type d'obligation se prête plus aisément au jugement en exécution forcée prévu à l'article 1065 du Code civil puisqu'il ne représente pas une contrainte exercée directement sur la personne<sup>230</sup>. Sous réserve de la reconnaissance de la validité du contrat par le tribunal, la femme porteuse serait en mesure d'obtenir un jugement forçant les parents sociologiques à exécuter leur obligation de paiement.

Le refus d'accepter l'enfant ne saurait être solutionné par les recours traditionnels pour inexécution contractuelle. Mettre un enfant entre les mains de personnes qui le rejettent irait directement à l'encontre de son intérêt. Devant une telle situation de rejet parental<sup>231</sup>, l'intervention du directeur de la protection de la jeunesse s'imposerait. D'abord parce que la sécurité ou le développement de l'enfant serait compromis<sup>232</sup> et ensuite parce qu'une décision quant à l'orientation de l'enfant serait nécessaire<sup>233</sup>. L'orientation la plus probable serait la demande en déclaration d'adoptabilité<sup>234</sup>.

### Sous-section 2 - Les recours contre les intervenants

Les recours en responsabilité médicale (A) et en dommages-intérêts contre l'avocat (B) seront disponibles aux parties qui démontrent la négligence de l'un ou l'autre intervenant dans l'exécution de ses obligations. L'efficacité de ces recours pourrait toutefois être compromise par la difficulté de démontrer le lien de causalité entre la négligence et le préjudice.

229. Pour les modalités de cette action, voir BAUDOIN, *supra*, note 94, p. 265 et s., nos 452 et s.

230. BAUDOIN, *supra*, note 94, p. 394, no 704.

231. Nous nous situons dans l'hypothèse où la femme porteuse refuse également de garder l'enfant.

232. *Loi sur la protection de la jeunesse*, *supra*, note 35, art. 38a).

233. Ce pouvoir de décision relève du directeur de la protection de la jeunesse, *id.*, art. 32c).

234. Demande présentée au Tribunal par le directeur de la protection de la jeunesse, *id.*, art. 32h).

## A- Les recours contre le médecin

La faute du médecin à l'égard de la femme porteuse ou des parents découlera d'un manquement au contrat de soins; si l'enfant devait indirectement être victime du même acte fautif, il aurait plutôt un recours extra-contractuel<sup>235</sup>.

Dans toute action en responsabilité médicale, le demandeur doit démontrer que le médecin n'a pas respecté les règles de l'art<sup>236</sup>. Si ce non-respect est la cause d'un préjudice subi par le demandeur, le médecin sera tenu à des dommages-intérêts.

La négligence médicale peut survenir à l'étape de la préconception ou durant la grossesse. À l'étape de la préconception, le manque de diligence dans les investigations génétiques, dans la manipulation du matériel génétique et dans l'implantation de celui-ci pourrait causer un préjudice à la femme porteuse et subséquemment à l'enfant<sup>237</sup>. Ce type de responsabilité médicale a récemment été reconnu aux États-Unis<sup>238</sup>. L'idée de la reconnaissance de ces recours par les tribunaux québécois n'est pas complètement erronée, compte tenu de l'accueil favorable déjà accordé au recours de l'enfant pour préjudices prénataux, et ce depuis l'arrêt *Montreal Tramways Co. c. Léveillé*<sup>239</sup>. La preuve d'actes négligents à l'étape de la préconception obligerait le médecin responsable à indemniser la femme porteuse pour tout préjudice personnellement subi; la même négligence, affectant la santé de l'enfant, permettrait également à ce dernier et aux parents sociologiques un recours en dommages-intérêts contre le médecin<sup>240</sup>.

Les préjudices causés durant la grossesse pourraient résulter de la négligence du médecin dans l'usage de techniques permettant les diagnostics prénataux<sup>241</sup>. Au Québec, les recours en dommages-intérêts pour préjudices prénataux bénéficient déjà d'une reconnaissance jurisprudentielle. Dans le même ordre d'idées, mais découlant de l'obligation d'informer plutôt que de traiter, il y a lieu de

235. Au sujet de cette dualité des régimes de responsabilité médicale, voir LAJOIE, MOLINARI et AUBY, *supra*, note 174, p. 689, no 1091.

236. *Id.*, p. 690, no 1904; également à ce sujet, voir R. SUTHERLAND, "What's New in Medical Law: Med. Post Get Insider's View", (1985) 1 *The Medical Post* 11. Il convient de noter qu'une certaine tendance cherche à établir la responsabilité sans faute du médecin; C. OUVREAU, "Assurance responsabilité 'No-fault' en médecine - c'est faisable. Mais est-ce souhaitable?", (1985) 6 *L'Actualité médicale* 4. L'établissement d'une telle règle serait lourde de conséquences pour la pratique médicale; surtout lorsque le lien de causalité entre la négligence médicale et le préjudice subi serait difficile à démontrer.

237. DICKENS, *supra*, note 117, p. 262.

238. Pour une discussion sur ces recours dans le contexte américain, voir, KNOPPERS, *supra*, note 18, p. 7.

239. *Supra*, note 22.

240. Toujours par analogie avec l'arrêt *Montreal Tramways Co.*, *ibid.*, la cour avait en effet accueilli les demandes en dommages-intérêts des parents pour la naissance d'un enfant handicapé et de l'enfant lui-même.

241. L'amniocentèse, par exemple.

considérer la responsabilité du médecin peu diligent dans l'élaboration du diagnostic prénatal ou qui néglige d'aviser la femme porteuse et les parents sociologiques d'une malformation chez le fœtus. Le préjudice subi par les parents se définit alors par l'impossibilité de faire un choix éclairé quant à la poursuite ou non de la grossesse. Présentement accueillis par les tribunaux américains<sup>242</sup>, la reconnaissance de tels recours par la jurisprudence québécoise serait favorisée par l'emphase mise sur l'obligation d'information imposée au médecin<sup>243</sup>. L'enfant handicapé pour sa part ne saurait poursuivre le médecin sur la base du manque d'informations communiquées aux parents; l'enfant n'opposerait pas alors au médecin son handicap, mais bien le fait unique de sa naissance puisque, informés, ses parents et la femme porteuse auraient pu mettre un terme à la grossesse. La jurisprudence n'est pas réceptive au recours pour "wrongful life": "Il est bien impossible de comparer la situation de l'enfant après sa naissance avec la situation dans laquelle il se serait trouvé s'il n'était pas né"<sup>244</sup> ou même conçu. L'impossibilité morale de quantifier le préjudice que peut constituer l'existence empêche actuellement les tribunaux d'accueillir ce type de recours.

L'économie de la responsabilité médicale étant bien établie en droit québécois, il est possible de conclure que seule la nouveauté des motifs d'action soulevés par les récentes découvertes en matière de reproduction représente des défis pour les tribunaux.

## B- Les recours contre l'avocat

La négligence de l'avocat dans l'exécution de son mandat peut entraîner sa responsabilité et l'obliger à des dommages-intérêts. Le client insatisfait doit démontrer le préjudice subi et le lien de causalité entre le préjudice et la faute de l'avocat<sup>245</sup>.

Le contexte juridique incertain dans lequel se situe actuellement le contrat de grossesse par procuration rend difficile l'identification des formes de négligence susceptibles d'entraîner la responsabilité de l'avocat de l'une ou l'autre des parties. L'aspect innovateur de ce mandat semble même accorder une certaine protection à l'avocat; en effet, s'il est reconnu que les erreurs bêtes sur des questions claires sont sources de responsabilité, les questions controversées n'exigent qu'une habileté convenable de sa part<sup>246</sup>.

Toutefois, les parties doivent être informées de la réponse incertaine du droit quant à la validité et à la force exécutoire du contrat de grossesse par procuration. La négligence de l'avocat de chaque partie dans la communication

242. Pour une discussion sur cette jurisprudence, voir KNOPPERS, *supra*, note 18, p. 4.

243. Voir à ce sujet nos commentaires, *supra*, Section 1, sous-section 1.

244. *Cataford*, *supra*, note 78, p. 26-27. Pour des commentaires sur ce type de recours, voir KNOPPERS, *supra*, note 18, p. 4, 5 et DICKENS, *supra*, note 117, p. 263.

245. MOLINARI, *supra*, note 193, p. 290.

246. *Ibid.*

de ces informations pourrait représenter un préjudice pour les parties s'engageant au contrat; celles-ci risquent en effet de se retrouver sans recours face à une inexécution contractuelle.

Le droit positif québécois offre au contrat de grossesse par procuration une force exécutoire limitée. Les tribunaux québécois étant peu favorables à ordonner l'exécution forcée des obligations qui tirent leur valeur du fait personnel du débiteur, les requêtes en injonction contre la femme porteuse ont peu de chances de réussite. D'ailleurs, le meilleur intérêt de l'enfant demeurera un élément déterminant dans la majorité des recours soulevés de part et d'autre.

La responsabilité médicale et celle de l'avocat obéissent aux principes traditionnellement reconnus par le droit civil. Toutefois, le contexte nouveau imposé par le contrat de grossesse par procuration exige, afin de préciser l'étendue de ces régimes de responsabilité, l'intervention législative ou jurisprudentielle.

Dans l'exercice de leur liberté contractuelle, les parties au contrat de grossesse par procuration pourront prévoir diverses obligations visant à favoriser la naissance et la remise de l'enfant. Si les parties partagent ces mêmes objectifs, le droit doit, lui, se préoccuper du meilleur intérêt de l'enfant, et cette préoccupation influera sur l'accueil des divers recours judiciaires intentés.

Le souci de donner naissance à un enfant sain peut impliquer pour la femme porteuse des obligations lourdes de conséquences au niveau de sa liberté et de son autonomie corporelle. Les tribunaux saisis d'un litige, suite à une inexécution contractuelle, sont peu susceptibles d'entériner de tels engagements.

Le droit civil s'est penché depuis longtemps sur les obligations professionnelles du médecin et de l'avocat. Le domaine des techniques de reproduction assistée fournit toutefois un champ d'application nouveau à ses obligations, tourné vers l'avenir. Le phénomène des femmes porteuses se présente au droit des obligations comme un défi. Les dispositions assurant l'exécution des obligations contractuelles existent, mais leur application au contrat de grossesse par procuration remettrait fortement en question certaines tendances jurisprudentielles.

Le contrat de grossesse par procuration a-t-il une existence possible en droit civil québécois? Les textes législatifs, peu ou pas adaptés au phénomène des femmes porteuses, en permettent difficilement la réception. Par l'application du principe de l'ordre public et des bonnes moeurs, les tribunaux seront en mesure de statuer sur la validité du contrat à l'étude.

Le même climat d'incertitude anime la force exécutoire du contrat; celle-ci semble sujette à la discrétion des tribunaux qui, souvent, décideront de l'issue des recours, non pas sur la base du contrat, mais plutôt en fonction du meilleur intérêt de l'enfant. En effet, les recours traditionnels en inexécution contractuelle prévus au Code civil ne correspondent pas aux implications humaines posées par le contrat de grossesse par procuration; ceux-là semblent plus adaptés au droit des biens.

Malgré une existence juridique compromise, la convention entre la femme porteuse et les parents sociologiques n'en produira pas moins des effets qui, s'ils ne peuvent être qualifiés de valides, s'imposeront quand même à l'analyse juridique.

## PARTIE DEUXIÈME

### LES EFFETS JURIDIQUES DU CONTRAT DE GROSSESSE PAR PROCURATION

Outre les doutes relatifs à la validité du contrat de grossesse par procuration, le phénomène des femmes porteuses soulève plusieurs questions d'ordre juridique une fois le contrat réalisé. Du nombre, la filiation désirée du nouveau-né issu de l'entente déroge aux règles de filiation connues. En droit civil québécois, aucune solution n'a encore été apportée<sup>1</sup>. Notre droit résout-il la question en faveur de l'intention des parties? Et sinon, des dispositions législatives en ce sens devraient-elles être adoptées? A cet égard, il est intéressant de rappeler que le débat juridique, soulevé il y a quelques années, relativement à l'insémination artificielle<sup>2</sup> s'est solutionné par la légitimation de l'acte et la mise en vigueur de dispositions spécifiques au Code civil du Québec<sup>3</sup>, qui reconnaissent et protègent le lien juridique entre l'enfant et son père "psychologique", aux dépens d'une filiation paternelle potentielle. On a préféré donner droit aux parents qui ont eu recours à la technique, plutôt que de créer une contradiction entre la vérité biologique et la vérité sociale et ce, dans le meilleur intérêt de l'enfant. Ce concept juridique pourrait également être le fondement de la solution apportée au phénomène à l'étude, de même qu'à tout litige relatif à une convention de grossesse par procuration. C'est pourquoi il mérite quelques commentaires à ce stade.

La notion du meilleur intérêt de l'enfant, déjà soulevée au début du siècle dans la jurisprudence québécoise<sup>4</sup>, constitue la pierre angulaire des décisions

1. Bien que l'hypothèse d'adaptation des règles relatives à la filiation ait été proposée: voir M. RIVET, "Quand la médecine intervient dans la genèse de la conception, que fait le droit?", (1975) 6 *R.D.U.S.* 199, 220. La question d'une telle filiation a été de nouveau posée récemment: M. OUELLETTE, *Droit de la famille*, 1984, p. 118. Aux Etats-Unis, plusieurs Etats ont émis des propositions législatives en la matière et l'Angleterre s'appête à légiférer de manière spécifique; *infra*, Chapitre 2, Section 1.
2. B.M. KNOPPERS, "The Legitimization of Artificial Insemination: Promise or Problem?", (1978) 1 *Fam. L. Rev.* 108; et RIVET, *id.*, p. 202-17.
3. Art. 586 et 588 al. 2 C.C.Q.; J.-L. BAUDOUIN, "Aspects juridiques" dans J.E. RIOUX et al., *L'insémination artificielle thérapeutique*, 1983, p. 113, 116 et 117.
4. *Bleau c. Petit*, (1902) 6 R.P. 353 (C.S.).

prises au sujet de l'enfant<sup>5</sup>. Elle a fait l'objet de discussions tant dans la doctrine<sup>6</sup> que la jurisprudence<sup>7</sup>. Il ressort des commentaires que le concept demeure difficile à cerner. Selon une juriste, la problématique entourant la définition du "meilleur intérêt" de l'enfant relève probablement du fait que cet intérêt "est de vivre au sein d'un couple uni et [que] ceci ne dépend pas du droit"<sup>8</sup>.

Suivant l'article 30 alinéa 2 du Code civil du Bas-Canada, chaque situation est examinée à la lumière des circonstances particulières. L'intérêt de l'enfant a ainsi été jugé supérieur à l'autorité parentale<sup>9</sup>; le lien biologique a été sacrifié au bien-être de l'enfant<sup>10</sup>; et le désir de la mère naturelle de reprendre son enfant a cédé devant l'intérêt de ce dernier de demeurer dans un milieu de vie qui répond à ses besoins<sup>11</sup>. Le maintien dans le milieu naturel est d'ailleurs désormais déterminant dans les décisions prises au sujet de l'enfant, en vertu de l'article 4 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*<sup>12</sup>.

Les litiges en matière de droit familial relativement à la garde de l'enfant ont par ailleurs été à la source de nombreuses décisions<sup>13</sup> et de florissants commentaires<sup>14</sup> sur la notion du véritable intérêt de l'enfant. Il en ressort que

5. Rappelons notamment les articles suivants: art. 30 C.C.B.-C., art. 595 C.C.Q., art. 816 C.p.c.; *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1, art. 3; *Loi sur la protection de la santé publique*, L.R.Q., c. P-35, art. 42 al. 2. Et les documents législatifs internationaux, *supra*, Chapitre préliminaire, Section 2.
6. Notamment A. MAYRAND, "L'incidence de la conduite des époux sur le droit de garde de l'enfant", (1982) 85 *R. du N.* 28, 33, 34 et 48. Et plus récemment, OUELLETTE, *supra*, note 1, p. 217.
7. Notamment, *Macdonald c. Macdonald*, [1976] 2 R.C.S. 259 et *Talsky c. Talsky*, [1976] 2 R.C.S. 292, 62 D.L.R. (3d) 267 [ci-après: *Talsky*, citée aux R.C.S.]. Et aussi *Stevenson c. Florant*, [1925] R.C.S. 532, 548. Et très récemment, *King c. Low*, (1985) 16 D.L.R. (4th) 576 (C.S.C.).
8. C. LABRUSSE-RIOU, *Droit de la famille. 1. Les personnes*, 1984, p. 96.
9. *Gyore c. Gulyas*, [1974] C.S. 146.
10. *Trudeau c. Arial*, [1981] C.S. 727 [ci-après: *Trudeau*].
11. *Boily c. Vallée*, [1966] B.R. 1001; *Ménard c. Ménard*, [1981] C.S. 50, conf. C.A. Mtl, nos 500-09-001427-806 et 500-09-001433-804, 4 septembre 1981 [ci-après: *Ménard*].
12. *Protection de la jeunesse - 6*, [1980] T.J. 2016, 2017; *Protection de la jeunesse - 21*, T.J. Rimouski, nos 100-41-000011-79 et 100-41-000012-79, 8 décembre 1981. *A contrario*, *Droit de la famille - 183*, [1985] C.S. 161. Et, E. DELEURY et M. RIVET, "La protection de l'enfant en droit social québécois" dans Travaux de l'Association Henri Capitant, *La protection de l'enfant*, t. 30, 1981, p. 425.
13. Notamment, *Brisebois c. Brisebois*, [1972] C.A. 8 (facteur: santé des parents); *Latreille c. Joly-Latreille*, [1974] C.S. 173 (narcomanie); *Talsky*, *supra*, note 7, p. 303. Et plus récemment, *Droit de la famille - 65*, [1983] C.S. 420; *Droit de la famille - 66*, C.S. Beauharnois, no 760-04-000093-81, 9 juin 1983; *Droit de la famille - 110*, [1984] C.S. 99; *Droit de la famille - 183*, *ibid.*
14. Principalement, MAYRAND, *supra*, note 6, p. 33 et 34; J. MARQUIS, "Protection de l'enfant en droit de la famille", (1978) 9 *R.D.U.S.* 283, 286; C. BOISCLAIR, *Les droits et les besoins de l'enfant en matière de garde: réalité ou apparence?*, 1978, p. 71; M. OUELLETTE et J. PINEAU, "La protection de l'enfant: le rapport canadien" dans Travaux de l'Association Henri Capitant, t. 30, 1981, p. 39, 51. Et aussi OUELLETTE, *supra*, note 1, p. 242.

cet élément n'est pas le seul facteur évalué dans l'attribution de la garde de l'enfant, mais qu'il demeure la considération déterminante. C'est ainsi que les tribunaux accordent de plus en plus la garde au parent qui démontre qu'il pourra assurer les meilleures conditions de développements physique et psychologique à l'enfant, aux dépens de la "tender years doctrine", selon laquelle la garde d'un enfant en bas âge revenait à sa mère<sup>15</sup>.

Bien que la jurisprudence en matière de garde de l'enfant ne soit pas directement applicable au phénomène à l'étude, puisqu'il ne s'agit pas de trancher à qui reviendra la garde de l'enfant, mais qu'il s'agit d'abord de déterminer la filiation de l'enfant, elle demeure le reflet de l'orientation du droit relatif à la protection de l'enfant.

Afin de tenter de déterminer si notre droit répond à ce phénomène nouveau, il importe d'examiner d'abord le droit positif applicable en matière de filiation (Chapitre I) puis, d'exposer le droit tel qu'il pourrait être adapté, à la lumière des rapports étrangers (Chapitre II). L'étude nous amène à conclure que les effets juridiques du contrat de grossesse par procuration sont de droit nouveau et que la solution aux questions engendrées par le phénomène réside dans l'évaluation du meilleur intérêt de l'enfant, advenant un litige.

## Chapitre I - Le droit positif applicable en matière de filiation

La filiation est définie comme le "lien de parenté unissant l'enfant à son père (filiation paternelle) ou à sa mère (filiation maternelle)"<sup>16</sup>. Le concept juridique de la filiation relève de la biologie - on parlera de parents biologiques<sup>17</sup> - et de la sociologie - on parlera de parents sociologiques, psychologiques<sup>18</sup>, affectifs<sup>19</sup>. La filiation n'est donc pas simplement établie par le lien biologique, mais elle se définit également par l'aspect sociologique et affectif qui relève des rapports quotidiens de l'enfant avec ses parents<sup>20</sup>.

15. *Tremblay c. Boivin*, C.S. Mtl, no 200-12-023295-802, 11 mars 1981, où la garde a été accordée au père. Également: *Droit de la famille - 65*, supra, note 13; *Droit de la famille - 25*, [1983] C.A. 102. Voir surtout les propos du juge Spence dans *Talsky*, supra, note 7, p. 276. Et aussi le commentaire de R.S. ABELLA, "Family Law Perspectives", (1982) 16 *Law Soc. Gaz.* 204, 216.

16. *Le Petit Robert I*, (1981) verbo "filiation"; voir également D. HUET-WEILLER, C. LABRUSSE et M. VAN CAMELBEKE, *La filiation*, 1981, p. 1, no 1.

17. C. BOISCLAIR, "La notion de "parent" dans l'article 1(e) de la *Loi sur la protection de la jeunesse*", (1980) 11 *R.D.U.S.* 271, 283; *Ménard*, supra, note 11.

18. *Ménard*, *ibid.*; *Racine c. Woods*, (1984) 1 D.L.R. (4th) 193 [ci-après: *Racine*]; A. RUFFO, "L'enfant: son droit à une famille", (1983) 43 *R. du B.* 70, 71.

19. BOISCLAIR, supra, note 17.

20. LABRUSSE-RIOU, supra, note 8, p. 90.

Il est aisé, à ce stade, de reconnaître les problèmes de filiation soulevés par le contrat de grossesse par procuration. La filiation recherchée peut-elle être établie au moyen des règles de droit civil québécois? S'agira-t-il d'une filiation adoptive à l'égard de la conjointe du père qui a fourni le sperme, par exemple? Peu importe la filiation qui sera établie, l'enfant issu d'une convention de grossesse par procuration aura les mêmes droits et les mêmes obligations que tout autre enfant<sup>21</sup> (Section 1).

On a dit que le "phénomène dépasse souvent les frontières d'un pays". Il est donc essentiel d'étudier les règles de droit qui régiraient la situation où un enfant serait issu d'une convention entre parties de juridictions différentes (Section 2).

L'analyse nous amène à conclure que la recherche du meilleur intérêt de l'enfant, qui est à la base des décisions prises à son sujet tant en droit civil québécois qu'en droit international privé, serait déterminante dans la solution d'un litige<sup>22</sup>.

## Section 1 - L'application des règles relatives à la filiation

Avant de définir les règles applicables en matière de filiation, il est nécessaire de préciser que, si les expressions mère psychologique, mère biologique<sup>23</sup>, père biologique, parents psychologiques<sup>24</sup> font désormais partie de notre vocabulaire juridique, en raison entre autres des remous familiaux que la société connaît<sup>25</sup> et de la législation relative à l'insémination artificielle<sup>26</sup>, il faut néanmoins admettre que les nouvelles dispositions du Code civil du Québec furent adoptées, en 1980, sans faire de distinction entre l'un ou l'autre type de parent. "Mère" et "père" y sont donc compris comme les personnes qui sont enregistrées à l'acte de naissance et, aux yeux de la loi, ce sont celles qui ont engendré.

21. Art. 594 C.C.Q.: Tous les enfants dont la filiation est établie ont les mêmes droits et les mêmes obligations, *quelles que soient les circonstances de leur naissance*. [Nos italiques].

Cet article a aboli la distinction entre les enfants légitimes et naturels (ou illégitimes). La distinction a également été abolie en France, au moment de la réforme de 1972; voir HUET-WEILLER, LABRUSSE et VAN CAMELBEKE, supra, note 16, p. 2, no 1; de même qu'en common law, voir P. BOWAL, "Surrogate Procreation: A Motherhood Issue in Legal Obscurity", (1983) 9 *Queens L.J.* 5, 17.

22. La récente affaire *Cotton* en Angleterre en est un exemple; "La Cour confie la garde de "bébé Cotton" au couple US", *Le Devoir*, Montréal, 15 janvier 1985, p. 4.

23. *Adoption - 18*, [1982] T.J. 2009, 2010.

24. *Racine*, supra, note 18, p. 195.

25. Les familles se forment et se déforment à un rythme étonnant. Voir les statistiques sur les divorces accordés par jugement: Québec, ministère des Affaires sociales. *Document de consultation sur la politique familiale: pour les familles québécoises* (Président: C. Laurin), Octobre 1984, p. 25.

26. Art. 586 et 588 al. 2 C.C.Q.



Pour les fins de la discussion, et en raison du caractère même du phénomène, nous continuerons d'entretenir une terminologie qui aura pour effet de qualifier chaque intervenant en fonction de son rôle au processus<sup>27</sup>.

Par ailleurs, comme le législateur n'a pas retenu la distinction proposée par l'Office de révision du Code civil, entre les conjoints de droit et les conjoints de fait, relativement à la pension alimentaire<sup>28</sup>, et qu'il a utilisé le terme "époux" aux titres premier, deuxième et quatrième du Livre deuxième du Code civil du Québec<sup>29</sup>, d'une part, et, puisqu'il a reconnu à tous les enfants, l'égalité devant la loi<sup>30</sup>, et que les mots "mère" et "père" servent à décrire les parents de l'enfant aux titres troisième et cinquième<sup>31</sup>, d'autre part, force est de conclure que ce même législateur n'a pas mis les recours relatifs à la filiation hors de l'atteinte des conjoints de fait<sup>32</sup>.

En droit civil, l'adage *mater semper certa est* fait présumer que l'enfant a pour mère la femme qui en a accouché. Sauf exception, cette présomption n'est que rarement défiée<sup>33</sup>. Dans le cadre du phénomène, elle le sera dans tous les cas.

A l'inverse, la présomption de paternité sera soulevée à chaque fois que la femme porteuse aura un conjoint de droit.

Les obstacles à la science médicale se faisant de plus en plus rares, il y a lieu d'envisager six situations<sup>34</sup>, qui ne sauraient plus être qualifiées d'hypothétiques sous peu, et d'évaluer quelles solutions le droit y apporterait selon qu'il s'agit d'établir la filiation en vertu des règles de preuve ou au moyen de l'intervention judiciaire.

L'examen des composantes et des moyens de preuve de la filiation par le sang (sous-section 1) permettra d'évaluer les contestations potentielles quant à

27. "Mère biologique" pour la donneuse de l'ovule, "père biologique pour le donneur de sperme, "mère sociologique" pour la femme qui désire l'enfant et, bien sûr, "femme porteuse" pour celle qui assure la grossesse. Dans certains cas, la mère sociologique sera à la fois la mère biologique, alors que la femme porteuse sera mère biologique, dans d'autres cas. Voir également *infra*, Annexe.

28. Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. I: *Projet de Code civil*, Livre deuxième: *De la famille*, art. 338; J. PINEAU, *La famille*, 1982, p. 12, no 19. La distinction a pourtant été retenue dans les lois suivantes: *Loi sur l'aide sociale*, L.R.Q., c. A-16, art. 1(d); *Loi sur l'assurance automobile*, L.R.Q., c. A-25, art. 1(7); *Loi sur le régime des rentes du Québec*, L.R.Q., c. R-9, art. 91.

29. Du mariage, du divorce et de l'obligation alimentaire.

30. Art. 594 C.C.Q., *supra*, note 21.

31. De la filiation et de l'autorité parentale.

32. Sauf dans les cas d'insémination artificielle, art. 586 C.C.Q.:

Le recours en désaveu ou en contestation de paternité n'est pas recevable si l'enfant a été conçu par insémination artificielle, soit des oeuvres du mari, soit des oeuvres d'un tiers, du consentement des époux (nos italiques).

33. LABRUSSE-RIOU, *supra*, note 8, p. 91.

34. Voir *infra*, Annexe.

une filiation établie ou à établir, suivant la convention de grossesse par procuration (sous-section 2). Concluant à la difficulté d'application des règles de droit relatives à la filiation par le sang, l'utilisation des règles de l'adoption pour résoudre la filiation sera étudiée (sous-section 3).

### Sous-section 1 - Les éléments et la preuve de la filiation

On peut distinguer trois éléments de la filiation qui se traduisent par autant de moyens de preuve. Comme le législateur québécois a réaménagé et précisé la hiérarchie des moyens de preuve en matière de filiation en 1980<sup>35</sup>, nous procéderons à l'étude du droit positif applicable au phénomène, selon l'ordre alors établi, en dépit d'une certaine controverse<sup>36</sup>.

La filiation renferme d'abord un élément volontaire qui est le reflet de la volonté des parents à ce qu'une certaine filiation soit reconnue. Cet élément de volonté peut se traduire par la non-conformité de l'acte de naissance par rapport à la déclaration de naissance. Les conséquences de l'enregistrement d'un acte de naissance contraire à la vérité biologique peuvent être la source de contestation. Elles seront envisagées ultérieurement.

L'acte de naissance se classe au premier rang des moyens de preuve de la filiation, tant maternelle que paternelle. Il s'établit, à l'heure actuelle, par l'enregistrement de la naissance d'un enfant aux registres de l'état civil<sup>37</sup>. L'enregistrement doit se faire dans les quatre mois qui suivent l'accouchement, sauf exceptions<sup>38</sup>. La présence des parents n'est pas requise au moment de l'enregistrement<sup>39</sup>, mais une déclaration de naissance doit être remise au fonctionnaire<sup>40</sup>. Cette déclaration doit être rédigée par la personne qui assiste la femme à l'accouchement<sup>41</sup> et être transmise aux registres de la ville<sup>42</sup>. La déclaration contient un constat médical appuyé de la signature du médecin; elle identifie l'enfant à la naissance, de même que les parents, et est complétée par l'une ou l'autre des signatures de la mère ou du père<sup>43</sup>.

Si la loi définit l'acte de naissance comme premier moyen de preuve de la filiation, elle n'autorise toutefois pas qu'on y substitue un autre document, tel

35. En vertu de la *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39.

36. A ce sujet, voir le commentaire de OUELLETTE, *supra*, note 1, p. 100 et 101.

37. Art. 54 et 55 C.C.B.-C. Voir également les propositions législatives, *infra*, Chapitre 2, section 2.

38. Art. 53(a) C.C.B.-C.; OUELLETTE, *supra*, note 1, p. 89.

39. Art. 55 C.C.B.-C.

40. *Règlement d'application de la Loi sur la protection de la santé publique*, R.R.Q. 1981, c. P-15, r. 1, art. 15 [ci-après: *Règlement*].

41. *Loi sur la protection de la santé publique*, *supra*, note 5, art. 45.

42. *Règlement*, *supra*, note 40, art. 9, al. 4.

43. *Id.*, Annexe 1.

la déclaration de naissance ou un constat d'accouchement, qui n'a pas le caractère authentique de l'acte<sup>44</sup>. Notons également que le double enregistrement a été reconnu et que la Cour supérieure a ainsi permis récemment la coexistence de deux actes, dans la mesure où ils étaient identiques. Des rectifications ont toutefois été apportées afin de rendre l'acte conforme à la réalité et à assurer l'intérêt de l'enfant<sup>45</sup>.

L'élément sociologique et affectif, deuxième élément de la filiation, se traduit par la possession d'état. Cette dernière fait présumer de la filiation<sup>46</sup>. C'est ainsi qu'elle est rangée au deuxième rang des moyens de preuve, après l'établissement du titre<sup>47</sup>. Définie comme "le fait pour une personne d'exercer des droits dont elle se prétend titulaire"<sup>48</sup>, la possession d'état confirme un titre valide et rend toute contestation de la filiation impossible<sup>49</sup>. Elle est devenue un moyen de preuve privilégié dans le nouveau Code civil du Québec<sup>50</sup>. Pour rendre la filiation irréfutable, la possession d'état doit être non seulement conforme au titre, mais également constante<sup>51</sup>. Cet élément de continuité se vérifie dans les faits qui devraient permettre de déterminer un milieu de vie constant. A défaut de pouvoir prouver une possession constante d'état dans les cas de preuve de filiation d'un nouveau-né, la possession d'état prénatale a été reconnue en droit français<sup>52</sup>. L'état actuel du droit québécois ne nous permet pas d'arriver à la même conclusion. Mentionnons néanmoins la reconnaissance d'un instinct maternel avant la naissance de l'enfant, déjà admise par une certaine jurisprudence<sup>53</sup>. Cette dernière pourrait conduire à discerner la possession d'état d'enfant à partir d'une époque antérieure à la naissance.

La présomption de paternité, en tant que troisième moyen de preuve de la filiation prend appui dans l'élément sociologique de la filiation. Ainsi, dans chaque cas où la filiation n'est pas établie par acte de naissance ou possession constante d'état, la paternité pourra être présumée à l'endroit de l'époux de la femme qui accouche<sup>54</sup>. Ce moyen de preuve de la filiation demeure toutefois sujet à plusieurs possibilités de contestation<sup>55</sup>.

44. *Adoption - 5*, [1980] T.J. 2011, 2014 et 2015.

45. *Harvey c. Lacroix*, [1985] C.S. 11, M. le juge Melançon.

46. A ce sujet, voir le commentaire de P. RAYNAUD, *Jurisprudence*, D.1984, 337, 339.

47. Art. 572, al. 2 C.C.Q.

48. OUELLETTE, *supra*, note 1, p. 91. En droit civil français, voir G. RAYMOND, *Droit de l'enfance: de la conception à la majorité*, 2e éd., 1983, p. 19, no 2.

49. Art. 587, al. 1 C.C.Q.; S. PILON, *La nouvelle législation en matière familiale au Québec*, 1984, p. 74.

50. *Trudeau*, *supra*, note 10, p. 728.

51. Art. 573 C.C.Q. Sur ce concept en général, voir M. RÈMOND-GOUILLOU, "La possession d'état d'enfant", (1975) 73 *Rev. trim. dr. civ.* 459.

52. Voir la jurisprudence à ce sujet dans LABRUSSE-RIOU, *supra*, note 8, p. 94.

53. *A... c. L...*, [1982] C.S. 964; *Droit de la famille - 77*, [1983] C.S. 692.

54. Art. 574 C.C.Q.

55. Art. 582-86 C.C.Q. et OUELLETTE, *supra*, note 1, p. 113-15.

En dernier lieu, la filiation évoque un élément biologique. Les preuves scientifiques de maternité et de paternité font foi de la vérité biologique<sup>56</sup>. Elles permettent d'établir la filiation à défaut d'autres moyens de preuve. La preuve scientifique de la filiation par le sang peut être déposée à chaque fois qu'il y a contestation d'état ou réclamation de filiation, en autant qu'elle puisse être réalisée<sup>57</sup>. La recherche de la vérité biologique, par un tel moyen dans le but d'établir la filiation, demeure toutefois douteuse, dans la mesure où le principe du meilleur intérêt de l'enfant étant prépondérant, l'on admet que "le lien biologique est secondaire pour l'enfant et même inexistant s'il est en bas âge"<sup>58</sup>.

Cette brève analyse des éléments et des moyens de preuve de la filiation s'offre comme toile de fond aux diverses hypothèses envisagées sous le couvert du phénomène. Il s'agira donc de déterminer l'issue de l'application des règles de droit positif en matière de filiation suivant l'une ou l'autre des situations potentielles.

## Sous-section 2 - L'établissement et les recours relatifs à la filiation

En droit civil québécois, l'établissement de la filiation par le sang se fait, soit suivant les règles de preuve, sans procédure judiciaire, soit avec l'intervention du tribunal. Dans le premier cas, il s'agit essentiellement d'établir la filiation par l'application des moyens de preuve discutés auparavant (A); dans le second cas, la filiation n'étant pas établie, elle est réclamée (B) ou, établie, elle est contestée (C).

### A- Établissement de la filiation par les règles de preuve

La filiation s'établit en droit civil québécois suivant la hiérarchie des règles de preuve préalablement examinée. Rappelons toutefois que la maternité de la femme porteuse sera présumée dans chaque cas<sup>59</sup>. Cette présomption<sup>60</sup> devra donc être contredite au moyen d'un titre, d'une possession constante d'état ou d'une reconnaissance volontaire de maternité. La preuve scientifique que la maternité biologique ne relève pas de la femme porteuse (situations 1, 2, 4 et 6) permettra également de repousser cette présomption.

Puisque l'établissement de la filiation de l'enfant issu du contrat de grossesse par procuration repose sur l'intention des parties et l'exécution contractuelle, à savoir la remise de l'enfant, il y a lieu d'étudier successivement l'hypothèse où la remise serait réalisée et celle où elle ferait défaut.

56. Art. 589, al. 1 C.C.Q.

57. OUELLETTE, *supra*, note 1, p. 116.

58. BOISCLAIR, *supra*, note 14, p. 147.

59. Soit dans toutes les situations hypothétiques mentionnées à l'Annexe, la seule exception étant celle de la porteuse de cinq jours, *infra*, note 83 et texte qui l'accompagne.

60. *Supra*, note 33 et texte qui l'accompagne.

Dans l'hypothèse où l'enfant serait remis au couple et que personne ne s'oppose à sa filiation à l'égard des parents sociologiques, la filiation pourrait être établie par l'enregistrement d'un acte de naissance, dans les registres de la ville. L'acte indiquerait des informations relatives à l'enfant et aux "père et mère"<sup>61</sup>, il est signé par "le père et la mère, s'il sont présents"<sup>62</sup>. La loi n'exige pas les deux signatures, l'une ou l'autre suffit, non plus requiert-elle d'indiquer le lien de parenté entre le parent et l'enfant ou entre la mère et le père<sup>63</sup>.

De plus, la loi n'indique pas que la personne qui se déclare mère au fonctionnaire de l'état civil doit être la même personne que celle qui a accouché de l'enfant, tel que constaté dans la déclaration de naissance. Elle est aussi silencieuse quant aux cas de contradiction entre les noms inscrits à la déclaration et ceux à l'acte de naissance<sup>64</sup>.

Sur la base de ces remarques, il est permis de croire que le fonctionnaire de l'état civil peut rédiger et enregistrer l'acte de naissance suivant les informations reçues par les personnes qui se déclarent "mère" et "père". Il pourrait constater la non-concordance des noms et enregistrer l'acte de naissance au nom du père seul, dans quel cas, la mère sociologique qui serait à la fois la mère biologique (situations 1 et 2) pourrait ensuite suivre la procédure d'adoption. Le père sociologique donnerait un consentement général à l'adoption de l'enfant et la mère sociologique se porterait comme adoptant<sup>65</sup>.

En l'absence de réforme des dispositions relatives aux actes de l'état civil<sup>66</sup>, il est possible de penser qu'un acte de naissance au nom des parents sociologiques pourrait être enregistré, en dépit d'une déclaration de naissance au nom de la femme porteuse seule, ou en son nom et celui du père sociologique. De cette façon, les parents sociologiques auraient établi le titre qui, confirmé par une possession constante d'état, constituerait une preuve irréfragable de filiation<sup>67</sup>. A défaut de possession d'état conforme à l'acte de naissance, la filiation établie pourra faire l'objet de contestation<sup>68</sup>. En l'espèce, il serait difficile de conclure à une filiation irréfragable avant que ne s'écoule une période de temps suffisante après la remise de l'enfant aux parents sociologiques.

61. Art. 54 C.C.B.-C.

62. Art. 55 C.C.B.-C.

63. Voir, cependant, les propositions législatives québécoises à ce sujet, *infra*, Chapitre 2, Section 2, sous-section 1.

64. Voir les exemples d'actes de naissance au nom de la mère seule: *Adoption - 15*, [1982] T.J. 2003 et *Adoption - 18*, *supra*, note 23.

65. Sur le consentement à l'adoption, voir *supra*, Partie I, Chapitre 1, Section 1, sous-section 3 et *infra*, sous-section 3. La jurisprudence relative à l'article 607 C.C.Q. a clairement exclu le conjoint de la définition du mot "ascendant", empêchant ainsi le consentement spécial à l'égard du conjoint.

66. Voir *infra*, Chapitre 2, Section 2.

67. Art. 587, al. 1 C.C.Q. Quelle que soit la situation hypothétique (Annexe), une telle preuve empêcherait toute contestation de la filiation établie par les parents sociaux.

68. Art. 588, al. 1 et *infra*, C.

Dans l'alternative où la remise de l'enfant a été effectuée et que les parents sociologiques n'ont pas établi de titre, la filiation pourrait être prouvée par possession constante d'état<sup>69</sup>. La possession devrait être suffisamment longue, continue et non équivoque à l'égard des parents sociologiques pour être considérée comme "constante"<sup>70</sup>. En l'absence de titre conforme à cette possession constante d'état, la filiation et l'état de l'enfant pourront être contestés<sup>71</sup>, et une autre filiation réclamée<sup>72</sup>.

En vertu de la hiérarchie des règles de preuve en matière de filiation, la présomption de paternité pourrait être soulevée dans les cas où ni titre, ni possession constante d'état n'ont été établis. Ce moyen de preuve reste nécessairement entre les mains du conjoint de la femme porteuse, dans le cas d'une porteuse non célibataire<sup>73</sup>. La contestation de la paternité présumée pourrait être soulevée en dépit du recours à l'insémination artificielle<sup>74</sup>.

Dans les cas où ni titre, ni possession constante d'état n'ont été déterminés, la reconnaissance volontaire de maternité par la mère sociologique et celle de paternité par le père sociologique permettraient d'établir la filiation de l'enfant<sup>75</sup>. Ce moyen de preuve soulève cependant des doutes, puisque le moyen est ouvert aux "mère" et "père", termes utilisés par le législateur pour désigner les personnes qui ont procréé l'enfant sans le recours à un tiers. Il est néanmoins soumis que la mère sociologique qui prétend être la "mère" de l'enfant pourrait faire une telle déclaration<sup>76</sup> et apporter la preuve scientifique qu'elle est à la fois la mère biologique<sup>77</sup>, selon les circonstances (situations 1 et 2). La simple reconnaissance de maternité serait plus fragile lorsque la mère sociologique n'aurait pas de lien biologique avec l'enfant (situations 3 à 6), notamment dans le cas le plus connu actuellement suivant lequel la femme porteuse est inséminée avec le sperme du père sociologique.

Le même problème se pose, mais avec moins d'acuité, dans le cas du père sociologique qui n'a pas de lien biologique avec l'enfant (situations 2, 5 et 6). Dans les cas où il peut faire la preuve de sa paternité biologique (situations 1, 3 et 4), le père sociologique pourra déclarer qu'il est le père de l'enfant et ainsi

69. Art. 572, al. 2 C.C.Q.

70. Art. 573 C.C.Q. et *supra*, sous-section 1; *Adoption - 18*, *supra*, note 23, p. 2013 et 2014. Voir aussi RAYMOND, *supra*, note 48, p. 19, no 12.

71. Art. 587 et 588, al. 1 C.C.Q. et *infra*, C.

72. Art. 589, al. 1 C.C.Q.

73. Art. 574 C.C.Q.

74. Art. 588, al. 2 C.C.Q. et la discussion *infra*, note 114.

75. Art. 577 et 578 C.C.Q. "Maternité" et "paternité" se définissent comme les liens de droit qui unissent l'enfant à la mère et au père, respectivement; le *Petit Robert 1*, *verbo*, "maternité" et "paternité".

76. Art. 578, al. 1 C.C.Q.

77. Art. 589, al. 2 C.C.Q.

établir une filiation paternelle non autrement établie. Le doute subsiste cependant lorsque la preuve scientifique accorde la paternité biologique à la fois au père sociologique et à un donneur<sup>78</sup>.

En somme, l'établissement de la filiation de l'enfant issu d'un contrat de grossesse par procuration et remis aux parents sociologiques, tel que convenu, s'avérerait possible au moyen des règles juridiques existantes, lorsqu'il y aurait intention commune des parties qui défient la présomption de maternité. Seule une preuve irréfragable assurera la stabilité de la filiation. En l'espèce, la possession constante d'état confirmera le titre enregistré par les parents sociologiques seulement après une période de temps suffisamment longue, ce qui rend possibles tous les recours en contestation de paternité, de maternité et de filiation, dans les premiers mois suivant la remise de l'enfant.

Dans l'hypothèse où la femme porteuse refuserait de remettre l'enfant, elle pourrait établir la filiation de l'enfant de la même façon que le feraient les parents sociologiques suivant l'hypothèse préalable. En l'absence de contestation de ces derniers, elle fera enregistrer un acte de naissance concordant à la déclaration de naissance. La conformité de la possession d'état au titre de l'enfant lui donnera une filiation irréfragable après un certain temps<sup>79</sup>. Suivant cette hypothèse, et dans le cas où la femme porteuse n'est pas célibataire, l'époux de cette dernière serait présumé le père de l'enfant<sup>80</sup>. La filiation s'établirait donc à la faveur de la porteuse et de son époux lorsqu'il n'y aurait pas exécution du contrat, même en dépit de tout lien biologique entre l'enfant et la femme porteuse ainsi que son époux (situations 1, 2, 4 et 6). La contestation de cette filiation pourrait alors être envisagée et une filiation réclamée<sup>81</sup>.

De plus, la reconnaissance de maternité par la femme porteuse serait renforcée par la présomption légale de maternité. La femme porteuse qui ne serait pas à la fois donneuse de l'ovule (situations 1, 2, 4 et 6) ne pourrait faire la preuve de sa maternité. Elle demeure néanmoins aux yeux de la loi, la mère de l'enfant puisque c'est elle qui lui a donné naissance. La reconnaissance de maternité de la femme porteuse qui ne serait pas la mère biologique pourrait ainsi entrer en conflit avec la reconnaissance de maternité de la mère sociologique qui pourrait, elle, faire la preuve de la filiation biologique de l'enfant (situations 1 et 2). De la même façon, la reconnaissance de maternité de la femme porteuse qui prouverait scientifiquement sa maternité biologique, pourrait créer des difficultés lors même que le père sociologique, à la fois père biologique (situations 1, 3 et 4) reconnaîtrait sa paternité. De nouveau, l'application des règles de la filiation

78. Par exemple dans le cas où on a eu recours à un mélange de sperme pour inséminer la femme porteuse, *in vivo*, ou pour fertiliser un ovule de la mère sociale ou d'une donneuse, *in vitro*.

79. Rappelons ici qu'une certaine jurisprudence française reconnaît la possession d'état de l'enfant par la mère, au moment de l'accouchement, sur la base de la grossesse, *supra*, note 52 et texte qui l'accompagne.

80. Art. 574 C.C.Q.

81. Voir *infra*, B et C.

engendre soit un conflit entre deux mères, soit un conflit d'intérêts entre deux parents biologiques. Reste à savoir si la vérité biologique sera considérée, dans le cadre d'une appréciation judiciaire, supérieure à la présomption de maternité<sup>82</sup>, et laquelle des deux vérités biologiques triomphera de l'autre dans le cas où mère et père biologiques ne sont pas des conjoints. Rappelons que les dispositions du Code civil du Québec, adoptées en 1980, reconnaissent et protègent la filiation dans le cas de recours à l'insémination artificielle des oeuvres d'un tiers, en dépit de la vérité biologique paternelle.

Il faut également faire mention de l'hypothèse de la femme porteuse de cinq jours, qui crée aussi une contradiction entre la preuve scientifique en faveur de la femme porteuse qui fournirait l'ovule et la mère sociologique qui accoucherait dans ce cas. L'établissement de la filiation par la mère sociologique serait alors allégé par la conformité des noms à la déclaration et à l'acte de naissance, d'une part, et par la présomption légale, d'autre part<sup>83</sup>, bien qu'elle ne pourrait faire la preuve scientifique de la filiation.

Dans l'hypothèse où les parents sociologiques refuseraient pour une quelconque raison<sup>84</sup>, de prendre la charge de l'enfant, tel qu'entendu dans le contrat de grossesse par procuration, la femme porteuse pourrait choisir de demeurer en possession de l'enfant. Dans la mesure où il serait prouvé que la femme porteuse est également la mère biologique (situations 3 et 5), la filiation maternelle serait claire. Lorsque la preuve scientifique serait à l'effet que le père sociologique est à la fois le père biologique (situations 1, 3 et 4), le conflit des vérités biologiques serait soulevé, appelant le recours judiciaire dans le but d'établir la filiation de l'enfant.

## B- Recours dans le cas d'une filiation à établir

Les actions relatives à la filiation en droit civil québécois<sup>85</sup> permettent notamment aux personnes intéressées et autorisées par la loi, de réclamer la filiation d'un enfant ou de la décliner. Suivant le même déroulement que l'analyse précédente, seront examinées successivement la situation où le contrat est réalisé de l'accord des parties, et celle où il n'est pas exécuté.

Dans l'hypothèse où la remise de l'enfant a eu lieu et où la filiation n'a pas été établie, parce que l'acte de naissance n'a pas encore été enregistré ou que la possession d'état n'est pas constante, ou encore que personne n'a reconnu

82. Dans le cas où la mère sociologique est à la fois la mère biologique (situations 3 et 5).

83. Il faut peut-être se questionner ici sur l'intérêt de la femme porteuse de cinq jours de réclamer ou contester la filiation de l'enfant issu d'une telle convention de grossesse par procuration.

84. Par exemple une malformation congénitale. Voir à cet effet l'affaire *Malahoff* dans L.B. ANDREWS, "The Stork Market: The Law of the New Reproduction Technologies", (1984) 70 A.B.A.J. 50, 56, où il a toutefois été démontré que le père biologique de l'enfant était l'époux de la porteuse.

85. Art. 581-93 C.C.Q.

volontairement la maternité ou la paternité de l'enfant, ce dernier pourrait "réclamer sa filiation en justice"<sup>86</sup>, par l'intermédiaire d'un procureur nommé par le tribunal<sup>87</sup>. A l'égard d'un enfant qui ne verbalise pas, il a été dit que "ses désirs coïncident avec son intérêt" et que le procureur doit "véhiculer les désirs de l'enfant devant le tribunal"<sup>88</sup>. En l'espèce, déterminer les désirs du jeune enfant, voire du nouveau-né, relève davantage du domaine de la spéculation que de celui de la représentation légale. Le tribunal devrait néanmoins trancher sur la filiation de l'enfant, à la lumière des représentations qui lui sont faites, en se fondant sur les règles de preuve de la filiation établies en droit québécois et en recherchant l'intérêt de l'enfant<sup>89</sup>. Le tribunal pourrait s'inspirer des décisions relatives à la garde de l'enfant où l'attention est d'abord portée sur l'intérêt de ce dernier. Mais, un tribunal devrait-il se limiter aux critères relatifs au "meilleur intérêt" ou plutôt chercher à établir une filiation la plus près de la vérité biologique?

La réponse n'est pas facile, mais on peut néanmoins présumer qu'un tribunal trancherait plus facilement en faveur des parents sociologiques dans les cas où la porteuse n'a pas de lien biologique avec l'enfant (situations 1, 2, 4 et 6) et qu'elle leur a volontairement remis celui-ci. Il est soumis que le tribunal saisi d'une réclamation de filiation par l'enfant devrait s'inspirer de l'intention des parties afin de reconnaître que l'intérêt de l'enfant réside également - et peut-être davantage - dans le désir des parents d'établir la filiation de l'enfant.

De la même façon, les personnes qui se prétendent "mère" et "père" pourraient "réclamer la paternité ou la maternité" de l'enfant<sup>90</sup>. Cette demande conduirait le tribunal saisi à nommer un procureur à l'enfant<sup>91</sup>. Encore une fois, le tribunal serait appelé à décider de la filiation de l'enfant. Dans l'état actuel du droit, il est permis de croire qu'un tribunal hésiterait avant de refuser la demande en réclamation d'état visant à établir la filiation paternelle<sup>92</sup>, en particulier lorsque le père sociologique pourrait faire la preuve scientifique de sa paternité (situations 1, 3 et 4). Le résultat est moins sûr quant à la filiation maternelle puisque la présomption de maternité ferait obstacle.

Suivant la même hypothèse, le directeur de la protection de la jeunesse pourrait intervenir et "demander au tribunal de déclarer l'enfant judiciairement adoptable"<sup>93</sup>. Ce serait le cas où il aurait reçu et confirmé un "signalement à l'effet que la sécurité ou le développement" de l'enfant, remis aux parents sociologiques mais dont la filiation n'est pas encore établie, peut être considéré comme

86. Art. 589, al. 1 C.C.Q.

87. Art. 816 et 816.1 C.p.c.; pour des exemples, voir *V... c. M...*, [1983] C.S. 87; *Droit de la famille - 110*, *supra*, note 13.

88. A. RUFFO, "Le nouveau droit de la famille: la représentation des enfants par avocat", (1980-81) 61 *F.P. du B.* 175, 198.

89. *Adoption - 18*, *supra*, note 23.

90. Art. 589, al. 1 C.C.Q.

91. Art. 816 C.p.c.

92. *Adoption - 15*, *supra*, note 64, p. 2007.

93. *Loi sur la protection de la jeunesse*, *supra*, note 5, art. 32(h).

compromis<sup>94</sup>. Selon la jurisprudence relative au critère de la sécurité ou du développement pouvant être considéré comme compromis, mentionnons d'abord qu'il appartient au directeur, et non au tribunal, de décider dans quels cas ce critère s'applique<sup>95</sup>, d'une part, et d'autre part, que la preuve doit être suffisamment grave pour que le tribunal confirme la décision du directeur<sup>96</sup>. A la lumière de la jurisprudence et suivant le critère de la gravité des circonstances, il sera fait droit au directeur d'intervenir si "la sécurité ou le développement de l'enfant peut être considéré comme compromis"<sup>97</sup>.

Le directeur pourrait de plus demander au tribunal de déclarer l'enfant, qui fait l'objet d'une réclamation de filiation, judiciairement adoptable, pour le motif qu'il y a eu remise d'un enfant<sup>98</sup>, ou pour celui que la filiation n'a pas été établie<sup>99</sup>.

Dans l'hypothèse où la femme porteuse ne remettrait pas l'enfant aux parents et que la filiation de ce dernier ne serait pas établie, il ne fait nul doute que les actions en réclamation d'état, discutées ci-haut, pourraient être intentées. D'une part, il est difficile de déterminer quels seraient les "désirs" que le procureur à l'enfant invoquerait. D'autre part, il appartiendrait au tribunal de trancher le conflit entre la femme porteuse et la mère sociologique et de déterminer laquelle est la mère de l'enfant, dans le cas où la mère sociologique présenterait une preuve scientifique qu'elle est la mère biologique de l'enfant<sup>100</sup> (situations 1 et 2), preuve qui contredirait la présomption de maternité et la possession d'état de la femme porteuse.

A l'opposé, la demande déposée par la mère sociologique qui ne peut prouver ni filiation biologique (situations 3 à 6), ni titre, ni possession d'état, ne serait pas recevable au motif que sa prétention d'être "mère" aux termes des dispositions du Code civil du Québec<sup>101</sup>, ne serait pas soutenue.

Enfin, bien que difficile à concevoir, il est permis de supposer une demande en réclamation de maternité de la part de la donneuse de l'ovule (situations 4 et 6). Celle-ci opposerait une preuve scientifique de maternité à la femme porteuse, présumée mère et en possession de l'enfant. Il est toutefois difficile de déterminer l'intérêt de la donneuse, tel que mentionné plus haut. Le conflit juridique entre deux mères devrait encore une fois être tranché par le tribunal qui déciderait de la filiation de l'enfant.

94. *Id.*, art. 45.

95. *Id.*, art. 32(b). *Protection de la jeunesse - 37*, T.J. St-François, no 450-41-000345-81, 17 juillet 1981.

96. *Protection de la jeunesse - 140*, [1984] T.J. 2080; *Protection de la jeunesse - 155*, C.S. Gaspé, no 110-24-000001-849, 26 novembre 1984.

97. Voir *supra*, Partie I, notes 106-10 et texte qui les accompagne.

98. *Loi sur la protection de la jeunesse*, *supra*, note 5, art. 32(h) et 135.1; sur le consentement à l'adoption illégal, voir *Adoption - 18*, *supra*, note 23, et *Protection de la jeunesse - 114*, T.J. Mtl, no 500-42-000163-833, 18 octobre 1983.

99. Art. 611(1) C.C.Q.; mais voir *Droit de la famille - 107*, [1984] T.J. 2001.

100. Art. 589, al. 2 C.C.Q.

101. Notamment art. 589, al. 1 C.C.Q.

Suivant la même hypothèse, le père sociologique, à la fois père biologique pourrait présenter une demande en réclamation de paternité<sup>102</sup>. Dans le cas où la femme porteuse ne serait pas célibataire, la présomption de paternité à l'égard de son époux empêcherait le père sociologique de réclamer cette paternité puisque la paternité du père présumé ne peut être contestée que par la mère<sup>103</sup>, soit la femme porteuse, aux termes de la loi.

Lorsque l'on considère la situation où la femme porteuse est célibataire, toute personne qui pourrait faire la preuve de sa paternité<sup>104</sup>, soit le père biologique, par opposition au père présumé<sup>105</sup>, pourrait intenter un recours en réclamation de paternité, en présentant la preuve requise<sup>106</sup>. S'il semble peu probable que le donneur de sperme revendique la paternité de l'enfant<sup>107</sup>, il est davantage possible de croire que le père sociologique, qui serait à la fois donneur (situations 1, 3 et 4) puisse rechercher la filiation biologique paternelle. De nouveau, on peut affirmer qu'un tribunal saisi d'une réclamation en filiation de la part du père sociologique pourrait notamment prendre en considération l'intérêt de l'enfant de recevoir une filiation conforme à la vérité biologique paternelle plutôt que maternelle d'une part, et une filiation à l'égard d'un couple plutôt qu'à l'égard d'une femme porteuse célibataire, d'autre part.

Bref, en vertu du droit actuel, et suivant l'hypothèse où la femme porteuse ne remettrait pas l'enfant dont la filiation n'est pas encore établie, l'action en réclamation de maternité ou de paternité de l'enfant ne serait recevable que si la mère ou le père satisfait la preuve de la filiation biologique<sup>108</sup>. Dès lors, la mère sociologique (situations 3 à 6) et le père sociologique (situations 2, 5 et 6) qui n'auraient pas de lien biologique avec l'enfant n'auraient pas l'intérêt nécessaire pour déposer une action en réclamation de maternité ou de paternité, conforme à leurs désirs.

En définitive, dans tous les cas où la filiation n'a pas été établie par un acte de naissance, la possession d'état de l'enfant durant une période suffisamment longue permettrait au parent en possession de l'enfant d'établir la filiation de ce dernier. Ainsi, plus la période serait longue entre l'accouchement de la femme porteuse et la remise de l'enfant par cette dernière aux parents, plus la filiation de l'enfant serait confirmée à l'endroit de la femme porteuse. De la même façon, plus la période serait prolongée après la remise de l'enfant aux parents sociologiques, plus la filiation par possession constante d'état serait confirmée à l'égard de ces derniers.

102. Art. 589, al. 1 C.C.Q.

103. Art. 582 C.C.Q. et OUELLETTE, *supra*, note 1, p. 113.

104. Le père social ou le père biologique, soit le donneur, suivant le cas.

105. Art. 581-84 C.C.Q.

106. Art. 589, al. 2 C.C.Q.

107. Etant donné le contrôle dans les banques de sperme et la renonciation, habituellement écrite, du donneur à rechercher l'enfant, produit de la conception à laquelle il a été partie.

108. Art. 589, al. 1 C.C.Q.

Par ailleurs, le recours en réclamation d'état de l'enfant pourrait être déposé par le tuteur à l'enfant, qu'il y ait eu ou non remise de l'enfant. De la même façon, la mère ou le père sociologique qui se prétendrait à la fois la mère ou le père aux termes de la loi pourrait réclamer la maternité ou la paternité de l'enfant. Ces actions relatives à la filiation permettent de croire que dans la mesure où le parent a un lien biologique avec l'enfant, il lui serait possible d'établir la filiation à son égard. La reconnaissance de la maternité d'une mère sociologique, non donneuse, s'avère ainsi peu réalisable, tandis que les conflits de filiations biologiques entre la femme porteuse et le père sociologique soulèvent de graves questions qui demeurent soumises à l'appréciation des tribunaux. La problématique de la filiation risque néanmoins de se heurter à davantage de débats lors même qu'elle serait contestée après avoir été établie.

### C- Contestations relatives à une filiation établie

Deux types de contestation peuvent être formulés relativement à la filiation établie d'un enfant: la contestation d'état de l'enfant<sup>109</sup> et la contestation de sa filiation<sup>110</sup>. Nous les étudierons successivement, suivant l'hypothèse où l'enfant serait remis aux parents et celle où la femme porteuse refuserait de remettre l'enfant.

En vertu des dispositions du Code civil du Québec, toute contestation d'état de l'enfant dont la filiation est établie, est prohibée, hormis les recours en désaveu de paternité du père présumé et en contestation de paternité par la mère<sup>111</sup>.

Dans l'hypothèse où l'enfant serait en possession des parents sociologiques et où l'acte de naissance serait enregistré à leurs noms, il est permis de croire que la femme porteuse qui chercherait à reprendre l'enfant pourrait contester la filiation de ce dernier dans les mois qui suivent son accouchement. La possession d'état n'étant pas constante, elle ne pourrait confirmer son acte de naissance et établir la filiation<sup>112</sup>. Elle pourrait alors faire la preuve qu'elle a accouché de l'enfant, de même que celle de sa maternité, dans certains cas (situations 3 et 5)<sup>113</sup>. Etant donné l'utilisation de la technique d'insémination artificielle sur la femme porteuse, certains pourraient être tentés d'appliquer la prohibition de contestation de filiation pour ce motif<sup>114</sup>. Il est cependant soumis que l'"insémination artificielle", partie aux dispositions du Code civil du Québec<sup>115</sup>,

109. Art. 587 C.C.Q.

110. Art. 588 C.C.Q.

111. Art. 587, al. 2 C.C.Q.

112. Art. 588, al. 1 C.C.Q.

113. Art. 589, al. 2 C.C.Q. L'hypothèse la plus connue et peut-être la plus probable demeurant celle où la femme porteuse est inséminée avec le sperme du père social (situation 3).

114. Art. 588, al. 2 C.C.Q.

115. Art. 586 et 588, al. 2 C.C.Q.

visé la situation spécifique des époux qui recourent à la technique pour surmonter la stérilité de l'époux. De plus, suivant le principe que les dispositions de la loi doivent être interprétées les unes par rapport aux autres, il y a lieu de retenir que l'article 588 du Code civil du Québec renvoie au moyen d'insémination artificielle mentionné à l'article 586. Le motif ne devrait donc pas être soulevé pour solutionner le phénomène à l'étude.

Finalement, la femme porteuse pourrait contester la paternité du père social puisqu'elle est la mère aux termes de la loi<sup>116</sup>. Mais une telle action serait non fondée puisqu'elle doit être portée contre le père présumé et que le seul père présumé en l'instance est l'époux de la porteuse.

Une action en contestation de filiation déposée par le directeur de la protection de la jeunesse, en tant que "personne intéressée"<sup>117</sup>, serait également recevable au motif qu'il veut faire déclarer l'enfant judiciairement adoptable<sup>118</sup>. De la même façon, l'époux de la porteuse pourrait prétendre au titre de "personne intéressée", pour la raison qu'il est le père présumé.

Dans l'hypothèse où la femme porteuse refuserait de remettre l'enfant aux parents sociologiques et où elle aurait établi un acte de naissance conformément aux dispositions de la loi, la mère sociologique et le père sociologique qui démontreraient un intérêt suffisant, en l'espèce, le lien biologique, pourraient contester la filiation de l'enfant dont la possession d'état n'est pas suffisamment longue pour rendre la filiation irréfragable (situations 1 à 4). Dans ce cas, la détermination du commencement de la possession d'état pourrait être discutée<sup>119</sup>.

Selon la même hypothèse, il est difficile de croire qu'un tribunal saisi d'une action en contestation de filiation établie à l'endroit de la femme qui pourrait faire la preuve de son accouchement et qui serait en possession de l'enfant pendant une certaine période pourrait statuer que la filiation paternelle doit être reconnue. Dans les mêmes circonstances, il est difficile de songer qu'un tribunal exigerait la remise de l'enfant de la femme porteuse aux parents sociologiques<sup>120</sup>. La situation pourrait établir la filiation maternelle à l'endroit de la femme porteuse: accouchement, acte de naissance, possession d'état, bien que non constante, époux présumé père, preuve scientifique. La contestation de filiation paternelle à l'endroit du père social, à la fois père biologique, serait alors difficile. A l'opposé, lorsque la femme porteuse célibataire ne pourrait prouver scientifiquement sa maternité, et que les parents sociologiques le pourraient (situation 1), la contestation de la filiation devrait amener le tribunal à se pencher sur

116. Art. 582 C.C.Q.

117. Art. 588, al. 1 C.C.Q.

118. *Loi sur la protection de la jeunesse*, supra, note 5, art. 32(h) et art. 611(2) C.C.Q. Il devrait alors démontrer que les parents n'ont pas assumé le soin de l'enfant; voir *Droit de la famille - 107*, supra, note 99 et infra, sous-section 3.

119. Supra, note 52 et texte qui l'accompagne.

120. Supra, Partie I, Chapitre 2, Section 2, sous-section 1-A.

l'intérêt de l'enfant et, éventuellement, sur l'intention des parties. Dans tous les cas, la contestation de la filiation pourrait être accompagnée d'une action en réclamation d'état<sup>121</sup>. Les preuves scientifiques de filiation seraient admissibles en opposition à l'action en contestation<sup>122</sup>.

Pour résumer, il faut bien admettre que les parties à un contrat de grossesse par procuration pourraient se prévaloir des actions relatives à la filiation prévues au Code civil du Québec pour contester une filiation établie en leur défaveur. Puisqu'une telle contestation serait susceptible d'être logée peu de temps après l'accouchement, il y a lieu de conclure que dans la très grande majorité des cas, la filiation ne sera pas irréfragable. Et, suivant l'hypothèse la plus connue (situation 3), les parents sociologiques à qui l'enfant ne serait pas remis, pourraient difficilement à la fois contester la filiation établie et réclamer une filiation paternelle, notamment en raison de la présomption de maternité.

En définitive, dans l'état actuel du droit il appert que la filiation d'un enfant issu d'un contrat de grossesse par procuration peut être établie, en l'absence de contestation des parties. L'enregistrement de l'acte de naissance pourrait être valablement fait au nom du père sociologique, à la fois le père biologique. L'enregistrement de la mère sociologique à l'acte de naissance apparaît toutefois douteux. C'est pourquoi l'alternative de la procédure d'adoption pourrait être envisagée.

### Sous-section 3 - La procédure d'adoption

L'analogie du phénomène de grossesse par procuration avec l'adoption est favorisée par l'objectif similaire de chaque moyen. Le désir d'enfant se réalise dans l'un et l'autre cas par l'intermédiaire d'une tierce personne. L'enfant est remis aux personnes qui ont manifesté leur intention d'en prendre charge, soit par la femme qui en a accouché, soit par un organisme reconnu<sup>123</sup>.

Hormis les avantages qu'offre la grossesse par procuration relativement aux délais d'attente et à la création d'un lien biologique, dans le cas le plus fréquent, celle-ci se distingue de l'adoption en ce qu'elle propose le plus souvent des délais de renonciation à l'autorité parentale plus courts que dans le cas du consentement à l'adoption<sup>124</sup>. Au départ, la convention évite les règles strictes de l'adoption puisque, le plus souvent, la filiation biologique paternelle est établie. La procédure pourrait néanmoins être suivie pour statuer sur la filiation maternelle<sup>125</sup>.

121. Art. 591 C.C.Q., *a contrario*.

122. Art. 589, al. 2 et 592 C.C.Q.

123. *Loi sur la protection de la jeunesse*, supra, note 5, art. 72.2. Et infra, Chapitre 2, Section 2, sous-section 2.

124. Infra, Chapitre 2, Section 1. La distinction la plus importante demeure toutefois celle du moment de l'expression du désir d'enfant.

125. *Ibid.*

Cette solution suppose que les parties devraient se soumettre aux règles strictes de l'adoption, soit les délais de consentement<sup>126</sup>, de rétractation de consentement<sup>127</sup>, d'ordonnance de placement<sup>128</sup> et de jugement d'adoption<sup>129</sup>, pour établir la filiation maternelle. Elle entraînerait aussi l'application de la procédure judiciaire, telle que modifiée en 1982, qui exige l'intervention du directeur de la protection de la jeunesse dans chaque cas<sup>130</sup>.

L'hypothèse de l'utilisation de la procédure d'adoption pour permettre la filiation dans le cadre d'une convention de grossesse par procuration où la femme porteuse a été inséminée par le sperme du mari, a déjà été soulevée par une juriste<sup>131</sup>. Il s'agirait de l'hypothèse où le père sociologique, à la fois père biologique, donnerait son consentement général à l'adoption de l'enfant<sup>132</sup>. La mère sociologique déposerait alors une demande d'adoption. Dans le cas où la mère sociologique serait à la fois la mère biologique (situations 1 et 2), on pourrait conclure que l'adoption n'est pas le recours approprié, par analogie à une décision relative à la filiation biologique paternelle<sup>133</sup>.

Dans les hypothèses où le père sociologique n'est pas le père biologique, la convention risquerait d'être invalidée<sup>134</sup>, quoique les parents sociologiques pourraient faire l'objet dans ce cas d'une évaluation pour fins d'adoption<sup>135</sup>.

L'hypothèse où la remise de l'enfant n'est pas effectuée, ne mérite évidemment pas de discussions à ce chapitre.

À l'heure actuelle, les conventions de grossesse par procuration cherchent à éviter la procédure rigide d'adoption et proposent le plus souvent des délais de consentement et de révocation de consentement différents de ceux prescrits par le Code civil du Québec. Afin de régulariser la filiation de l'enfant issu d'un contrat de grossesse par procuration, il y aurait alors peut-être lieu d'envisager l'adaptation des règles relatives à l'adoption, en tenant compte des délais dont les parties conviennent<sup>136</sup>.

126. Art. 603 C.C.Q.

127. De trente jours, art. 609 C.C.Q.

128. Art. 610 et 616 C.C.Q.

129. Art. 615 C.C.Q.

130. Art. 823 C.p.c. Voir également le commentaire de A. RUFFO, "L'enfant dans le nouveau droit de la famille", (1982-83) 78 *F.P. du B.* 129, 136.

131. RIVET, *supra*, note 1.

132. Un consentement général, art. 603 et 607 C.C.Q. Voir la discussion, *supra*, Partie I, Chapitre 1, Section 1, sous-section 3-B.

133. Voir *Droit de la famille* - 184, T.J. Québec, no 200-43-000088-845, 22 janvier 1985.

134. *Protection de la jeunesse* - 143, T.J. Mtl, no 500-41-000353-840, 17 septembre 1984.

135. *Ibid.*

136. *Infra*, Chapitre 2, Section 2, sous-section 2.

## Section 2 - L'application du droit international privé

Le recours au droit international privé doit se faire à chaque fois qu'un rapport juridique franchit les limites du droit privé québécois. Il en serait ainsi lorsqu'un litige relatif à la filiation de l'enfant né mettrait en cause un couple du Québec et une femme porteuse étrangère ou des parents sociologiques étrangers et une femme porteuse québécoise. Le tribunal saisi du litige serait tantôt celui que les parties ont choisi par convention<sup>137</sup>, tantôt celui où l'une des parties aura déposé sa demande, en l'absence de choix de juridiction (sous-section 1). Dans ce dernier cas, le tribunal compétent devra décider quelle loi doit s'appliquer au litige (sous-section 2).

### Sous-section 1 - La compétence du tribunal

Les parties à une convention de grossesse par procuration, issues de juridictions différentes, pourraient déterminer au contrat quel tribunal serait compétent pour entendre un litige relatif à la filiation de l'enfant, ou tout simplement un désaccord survenant après la naissance. Le plus souvent toutefois, il est à prévoir que les parties s'engageraient à l'exécution du contrat et définiraient une forme d'indemnisation au contrat, dans le cas d'une controverse.

Lorsque les parties n'auraient pas défini le forum juridictionnel en cas de litige, il y aurait lieu d'appliquer les règles de droit international privé québécois relatives à la compétence du tribunal<sup>138</sup>. Des règles précises gouvernent les demandes en matières familiales<sup>139</sup>, les demandes d'adoption<sup>140</sup> et de garde<sup>141</sup>. Aucune disposition ne traite toutefois de manière spécifique de la juridiction du tribunal relative à une requête en matière de filiation. Une décision du Tribunal de la jeunesse, non contredite à ce jour, et portant sur une demande de protection de l'enfant en vertu de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, rappelle néanmoins que les "tribunaux ont constamment admis que la présence de l'enfant donne au tribunal compétence juridictionnelle"<sup>142</sup>.

Dans l'hypothèse où les parents sociologiques québécois désireraient l'enfant que la femme porteuse étrangère refuserait de leur remettre, il est clair qu'ils devraient intenter leur action devant le tribunal du domicile de la femme porteuse. Un tribunal québécois déclinerait fort probablement sa compétence en l'absence de l'enfant.

137. Art. 68 C.p.c.

138. Au chapitre des règles de droit privé relatives à l'introduction de l'instance: art. 68-74 C.p.c.

139. Art. 70, al. 1 et 2 C.p.c.

140. Art. 70, al. 3 C.p.c.

141. Art. 83 C.C.B.-C. Et *Protection de la jeunesse* - 109, T.J. Abitibi, no 170-41-000005-83, 27 septembre 1983.

142. *Protection de la jeunesse* - 44, [1981] T.J. 2073, 2077.



Dans l'hypothèse où les parents sociologiques étrangers réclameraient la possession de l'enfant né d'une femme porteuse québécoise, il y a tout lieu de croire qu'un tribunal serait compétent pour décider du litige, étant donné la présence de l'enfant<sup>143</sup>.

Une fois la compétence juridictionnelle établie à l'égard du tribunal québécois, celui-ci devrait décider quelle est la loi qui doit être appliquée.

## Sous-section 2 - L'application de la règle de conflit en matière de filiation

La règle de conflit applicable à un litige de droit international privé québécois en matière de filiation est établie à l'article 6 alinéa 4 du Code civil du Bas-Canada<sup>144</sup>. La filiation constitue une question d'état. Elle se rattache donc à la catégorie du statut personnel qui définit que la loi applicable est celle du domicile de la personne. Comme la question de filiation porte sur la personne de l'enfant, la loi applicable sera celle du domicile de "ses père et mère"<sup>145</sup>. Lorsque les parents n'ont pas de domicile commun, son domicile est celui chez qui il a sa "résidence habituelle"<sup>146</sup>.

En l'absence de disposition claire à l'effet que la filiation d'un enfant est régie par la loi de son domicile au moment de sa naissance<sup>147</sup>, et en l'absence de jurisprudence sur cette question<sup>148</sup>, le tribunal devrait appliquer la loi du domicile de l'enfant, tel que déterminé dans chaque situation.

Dans l'hypothèse où des parents sociologiques étrangers réclameraient ou contesteraient la filiation de l'enfant en possession d'une femme porteuse québécoise, le tribunal saisi appliquerait probablement la loi du domicile de la femme porteuse, soit la loi du for, comme en matière de garde<sup>149</sup>.

Dans l'hypothèse où la femme porteuse étrangère chercherait à reprendre l'enfant en possession des parents sociologiques québécois, le tribunal québécois

143. *Ibid.*

144. Art. 6, al. 4 C.C.B.-C.: L'habitant du Bas Canada, tant qu'il y conserve son domicile, est régi, même lorsqu'il en est absent, par les lois qui règlent l'état et la capacité des personnes; mais elle [sic] ne s'appliquent pas à celui qui n'y est pas domicilié, lequel y reste soumis à la loi de son pays quant à son état et à sa capacité.

145. Art. 83, al. 1 C.C.B.-C.

144. Art. 6, al. 4 C.C.B.-C.: L'habitant du Bas-Canada, tant qu'il y conserve son domicile, est régi, même lorsqu'il en est absent, par les lois qui règlent l'état et la capacité des personnes; de conflit de lois relatives au consentement lors d'une reconnaissance d'enfant naturel", (1982) 101 *Journal des Tribunaux* 37.

147. Tel que proposé par l'Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 1; *Projet de Code civil*, Livre neuvième: *Du droit international privé*, 1978, art. 11 [ci-après: *Projet de Code civil*].

148. Voir le commentaire de E. GROFFIER, *Précis de droit international privé québécois*, 3e éd., 1984, p. 104, no 177.

149. J.-G. CASTEL, *Droit international privé québécois*, 1980, p. 245. Et *Protection de la jeunesse* - 44, *supra*, note 142, p. 2077.

saisi devrait appliquer la loi québécoise. Encore une fois, le critère de la "résidence habituelle" servirait à trancher le litige.

L'application de ce critère demeure cependant douteuse puisqu'il semble difficile, voire impossible d'affirmer qu'un nouveau-né réside habituellement avec un parent plutôt qu'avec un autre<sup>150</sup>.

Dans le cas où le directeur de la protection de la jeunesse interviendrait au litige, pour le motif que la "sécurité ou le développement de l'enfant peut être considéré comme compromis", ou pour faire déclarer judiciairement adoptable<sup>151</sup> l'enfant issu d'une convention suivant les hypothèses ci-haut mentionnées, le tribunal pourrait considérer que la *Loi sur la protection de la jeunesse* est une loi d'application immédiate<sup>152</sup> et l'appliquer sans avoir recours à la règle de conflit de lois<sup>153</sup>.

Que l'une ou l'autre hypothèse soit retenue, dans le cas d'application de la loi québécoise, la recherche du meilleur intérêt de l'enfant devrait être le motif déterminant de la décision du tribunal<sup>154</sup>. Ce critère devrait d'ailleurs être retenu par un tribunal étranger pour solutionner un litige portant sur une convention de grossesse par procuration, comme en témoigne la récente décision d'un tribunal anglais<sup>155</sup>.

Par conséquent, le recours au droit international privé québécois devra être souscrit à chaque fois qu'un litige mettrait en jeu les intérêts de parties soumises à des lois différentes. Il ne serait pas étonnant de voir un tribunal québécois se fonder sur le principe du meilleur intérêt de l'enfant plutôt que de chercher à appliquer des règles inadaptées à l'heure actuelle.

En définitive, ce principe du meilleur intérêt de l'enfant pourrait guider un tribunal qui aurait à trancher un litige relatif à la filiation d'un enfant issu d'un contrat de grossesse par procuration, en droit privé et en droit international privé québécois, en l'absence de disposition spécifique. Il ressort néanmoins que le meilleur intérêt de l'enfant doit être examiné à la lumière des autres règles de droit civil. En l'espèce, les règles relatives à la filiation devraient permettre de fonder une solution au phénomène. Afin d'éviter des acrobaties inutiles et de satisfaire le besoin de protection et la reconnaissance de l'enfant, il y a lieu d'examiner les alternatives législatives.

150. GROFFIER, *supra*, note 148, p. 21, no 42.

151. *Supra*, note 94 et texte qui l'accompagne.

152. *Protection de la jeunesse* - 44, *supra*, note 142, p. 2078.

153. GROFFIER, *supra*, note 148, p. 26, no 51; *Protection de la jeunesse* - 44, *supra*, note 142, p. 2077 et 2078.

154. Art. 30 C.C.B.-C.

155. Dans l'affaire *Cotton*, *supra*, note 22.

## Chapitre 2 - Le droit en devenir

Le droit positif québécois ne répond pas de manière spécifique au phénomène de la grossesse par procuration. Tout au plus, permet-il d'apporter des solutions qui permettraient de répondre au principe de droit du meilleur intérêt de l'enfant, dans le cas où un litige mettrait en jeu les intérêts de ce dernier. Certaines alternatives de solutions ont déjà été envisagées et quelques propositions avancées. L'étendue du phénomène nous permet toutefois de nous tourner vers d'autres juridictions saisies de la même problématique juridique. Il devient de plus impératif de faire cet examen dans la mesure où l'on admet que des conventions peuvent impliquer des parties régies par différents systèmes de loi<sup>156</sup>.

Les commentaires nombreux de juristes et d'autres intervenants au phénomène ont amené les législateurs américains, notamment, à proposer certains textes législatifs (Section 1). Le législateur québécois devrait-il suivre cet exemple? L'étude d'un réaménagement des règles de droit civil pour répondre de manière précise au phénomène se présente comme une tâche sérieuse et complexe dont la valeur doit être envisagée à la lumière des projets de loi actuels (Section 2).

### Section 1 - Les voies d'avenir en droit comparé

Les pays de common law auront été les premiers à émettre des hypothèses législatives en regard du phénomène à l'étude. A l'heure actuelle, l'Angleterre s'appête à déposer un projet de loi qui vise à entériner les recommandations du rapport Warnock<sup>157</sup>. La France cherche également à résoudre ce qu'elle qualifie de vide juridique (sous-section 1). Enfin, aux Etats-Unis, plusieurs propositions législatives qui varient d'un Etat à l'autre ont été émises (sous-section 2). Il ressort de cette analyse comparative que les opinions des juridictions voisines sont partagées quant à la légalisation de ce type de convention.

#### Sous-section 1 - Les rapports britanniques et français

Si les organismes de plusieurs pays se proposent d'émettre des opinions et recommandations relativement au phénomène des femmes porteuses et sur les nouvelles techniques de reproduction<sup>158</sup>, l'Angleterre (A) et la France (B), par l'intermédiaire de divers comités, se sont clairement prononcées contre la reconnaissance légale du phénomène. Si les premiers envisagent l'action législative, les seconds prônent plutôt le respect des règles de droit positif.

156. *Supra*, Partie I, Chapitre 1, Section 2 et Partie II, Chapitre 1, Section 2.

157. Department of Health and Social Security, *Report of the Committee of Inquiry Into Human Fertilisation and Embryology*, juillet 1984 [ci-après: rapport Warnock].

158. La Commission de réforme du droit d'Ontario parachève actuellement un rapport sur le phénomène des femmes porteuses; A. HUTCHISON et D. MORGAN, "Rent-a-Womb: Society's Dilemma" *The Globe and Mail*, Toronto, 11 décembre 1984, p. 7.

## A- L'Angleterre

En 1983, le Royal College of Obstetricians and Gynecologists exprimait son opposition ferme au phénomène des femmes porteuses<sup>159</sup>. Cette opposition était d'abord motivée par les conséquences néfastes pour la mère, pouvant résulter de l'abandon de l'enfant; de plus, toute convention ayant pour but le rejet d'un enfant ne saurait être exécutoire<sup>160</sup>.

Cette position fut reprise, suite à des analyses plus détaillées, par le Council for Science and Society<sup>161</sup> et par le Department of Health and Social Security<sup>162</sup>.

A titre de prémisse, le Council reconnaît que la société accorde une grande importance aux droits de l'individu, à son indépendance et à son intégrité<sup>163</sup>; toutefois, l'importance de ces droits ne saurait écarter toute considération à l'égard de l'enfant qui naît de l'exercice de ces droits. L'intérêt de ce dernier justifie d'ailleurs les interventions de l'Etat dans le domaine de la procréation<sup>164</sup>.

Les risques de bouleversements émotifs chez la femme porteuse suite à la remise de l'enfant, les risques de confusion chez l'enfant conçu de cette façon et la commercialisation de ces entreprises, justifient selon les membres du Council, une présomption contre l'acceptation du phénomène des femmes porteuses<sup>165</sup>. Cette technique de reproduction ne saurait être envisagée qu'en dernier recours et uniquement dans une optique thérapeutique<sup>166</sup>. Dans ces cas extrêmes, le Council propose que l'opération soit supervisée par la direction des services sociaux, plutôt que par des agences privées, et que la remise de l'enfant s'effectue selon le processus d'adoption<sup>167</sup>.

Bien qu'aucun contrat de grossesse par procuration ne puisse bénéficier d'une force exécutoire devant les tribunaux, ceux-ci décideraient, en toute discrétion, de l'issue de son inexécution, en statuant sur le meilleur intérêt de l'enfant<sup>168</sup>. Les principes traditionnels en matière de responsabilité médicale et de compensation s'appliqueraient à tout recours contre le médecin impliqué<sup>169</sup>.

Les recommandations du Council se résument ainsi. D'abord, à moins de circonstances exceptionnelles, le contrat de grossesse par procuration est non

159. Royal College of Obstetricians and Gynecologists, *Report of the R.C.O.G. Ethics Committee on In Vitro Fertilisation and Embryo Replacement or Transfer*, mars 1983.

160. *Id.*, p. 7.

161. Council for Science and Society, *Human Procreation: Ethical Aspects of the New Techniques*, 1984, Part II [ci-après: le Council].

162. Rapport Warnock, *supra*, note 157, no 8.11.

163. *Supra*, note 161, p. 57.

164. *Id.*, p. 69.

165. *Id.*, p. 50.

166. *Id.*, p. 51.

167. *Ibid.*

168. *Id.*, p. 68.

169. *Id.*, p. 74.

valide et non exécutoire<sup>170</sup>. Si le recours à une femme porteuse s'impose afin de remédier à l'infécondité d'un couple, le processus devrait être coordonné par la direction des services sociaux<sup>171</sup>. Au niveau de l'action législative, le Council considère qu'aucune loi précise n'est nécessaire, la réglementation par les codes d'éthique professionnelle s'avérerait beaucoup plus efficace dans un domaine sujet à de rapides changements<sup>172</sup>. La création d'une infraction criminelle pour les parties au contrat de grossesse par procuration ne serait pas justifiée, compte tenu des conséquences possibles sur l'enfant<sup>173</sup>. Toutefois, des poursuites criminelles contre ceux qui encouragent cette pratique pourraient être envisagées<sup>174</sup>.

Créé par le gouvernement britannique en 1982, le comité Warnock avait pour mandat l'examen des conséquences sociales, éthiques et légales des nouvelles techniques de reproduction.

Le Comité reconnaît que l'infécondité complexe de certains couples, l'autonomie corporelle de l'individu et l'absence de preuve quant à l'existence de liens affectifs *in utero* entre l'enfant et sa mère, favorisent l'acceptation des contrats de grossesse par procuration<sup>175</sup>. Toutefois, l'opinion publique est contre de telles pratiques, l'utilisation de l'utérus de la femme avec profit va à l'encontre de la dignité humaine, et le risque d'exploitation commerciale rend le phénomène immoral<sup>176</sup>. Le Comité souligne qu'il est peu probable qu'un tribunal ne considère le contrat de grossesse par procuration comme contraire à l'ordre public et de ce fait, non exécutoire. Toutefois, au même titre que le Council, le Comité rappelle que, malgré l'invalidité du contrat, le tribunal devrait rendre une décision sur l'orientation de l'enfant, et ce, selon son meilleur intérêt<sup>177</sup>.

Fort de ces contre-indications, le Comité se prononce strictement sur l'illégalité du recours aux femmes porteuses. Il recommande d'ailleurs qu'une disposition législative expresse énonce l'illégalité et le caractère non exécutoire des contrats de grossesse par procuration<sup>178</sup>. Suivant l'attitude du Council, le Comité ne favorise pas les sanctions criminelles contre les parties au contrat: l'enfant ne doit pas souffrir d'avoir des parents criminels<sup>179</sup>. Toutefois, si le Council hésitait sur ce point, le rapport Warnock recommande clairement que tout professionnel ou agence favorisant la formation de ces contrats soit tenu criminellement responsable<sup>180</sup>.

170. *Id.*, p. 85.

171. *Id.*, p. 51.

172. *Id.*, p. 62 et 84.

173. *Id.*, p. 84.

174. *Ibid.*

175. Rapport Warnock, *supra*, note 157, p. 45, no 8.14

176. *Id.*, p. 44, no 8.10.

177. *Id.*, p. 43, no 8.6

178. *Id.*, p. 47, nos 8.18 et 8.19.

179. *Ibid.*

180. *Ibid.*

Il semble qu'il y ait un certain consensus au sein de la société britannique à l'effet que le phénomène des femmes porteuses soit inacceptable. Conformément à une attitude prohibitive, les solutions proposées sont peu complexes et supposent uniquement l'intervention du législateur pour prononcer l'illégalité du contrat de grossesse par procuration.

Le Council offre une position plus nuancée en ce qu'il envisage la possibilité de recourir à une femme porteuse dans les cas d'infécondité ne permettant aucune autre alternative.

## B- La France

En 1983, deux associations françaises ont été créées dans le but de servir d'intermédiaires entre les couples inféconds et les femmes porteuses; il s'agit de l'Association nationale pour l'insémination artificielle de substitution à Paris, et "Mère d'accueil" à Marseille. Suite à un avis du ministère de la Justice, à l'effet que cette dernière association était fondée en vue d'un objet illicite, l'association a été dissoute<sup>181</sup>. Dans ce contexte, le Comité consultatif national d'éthique s'est penché sur le phénomène des femmes porteuses et a publié un rapport sur l'état de la question<sup>182</sup>.

Dans l'état actuel du droit français, le contrat de grossesse par procuration est illicite; d'abord parce qu'il est contre l'ordre public et les bonnes moeurs<sup>183</sup>, puis parce que l'objet du contrat, la cession d'enfant, est illégal<sup>184</sup>. De plus, la participation d'un intermédiaire dans la formation du contrat, en ce qu'elle vise à provoquer l'abandon d'un enfant, fait l'objet de dispositions pénales<sup>185</sup>. Le Comité ajoute toutefois que cette qualification juridique, ainsi que toute l'analyse du phénomène, demeure sujette au caractère évolutif des questions soulevées<sup>186</sup>. Le Comité rappelle que le meilleur intérêt de l'enfant représente l'élément prédominant, qui devra motiver tout choix de la société face au contrat de grossesse par procuration<sup>187</sup>.

Si ce choix devait être favorable, le Comité propose que le recours aux femmes porteuses soit limité au contexte thérapeutique, comme moyen de contourner l'infécondité<sup>188</sup>. S'il ne saurait être question de rémunération, des sommes pour l'entretien de la femme porteuse s'imposeraient quand même<sup>189</sup>.

181. J. AYATS, "Faut-il interdire le prêt d'utérus?", (1985) 16 *La Recherche* 102.

182. Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, *Document de travail sur les problèmes éthiques posés par le recours aux "mères de substitution"*, 23 octobre 1984 [non publié] [ci-après: le Comité].

183. *Id.*, p. 23.

184. *Id.*, p. 1.

185. *Id.*, p. 23.

186. *Id.*, p. 7.

187. *Id.*, p. 15.

188. *Id.*, p. 16.

189. *Id.*, p. 22.

Il est également recommandé que toute technique moderne de fécondation soit pratiquée uniquement par des équipes agréées et sans but lucratif<sup>190</sup>. La force exécutoire de tels arrangements ne pourrait couvrir les cas où la femme porteuse décide de garder l'enfant<sup>191</sup>. Le Comité envisage également la représentation légale obligatoire de l'enfant voué à être séparé de sa mère<sup>192</sup>.

Suite à ces considérations sur les modalités du contrat de grossesse par procuration, le Comité recommande de dissuader le recours à cette technique de reproduction à cause de son caractère illicite et de l'incertitude caractérisant son exécution<sup>193</sup>.

Contrairement à l'approche britannique, le Comité ne recommande aucune action législative. La nullité éminente du contrat représente un moyen dissuasif suffisant: "Mieux vaut consacrer plus de moyens à la recherche sur l'infécondité pour que les couples stériles aient à leur disposition des solutions moins hasardeuses"<sup>194</sup>. Parallèlement, le Comité suggère qu'une consultation vaste et organisée s'ouvre sur les problèmes de société posés<sup>195</sup>.

Tout comme en droit positif québécois, la sanction de l'ordre public et des bonnes moeurs, soit la nullité, semble être la réponse du droit positif français au contrat de grossesse par procuration. La Comité propose une politique de "laisser-faire", la réponse du droit positif étant suffisante, le législateur n'a pas à intervenir expressément. Si des problèmes juridiques devaient survenir dans l'exécution de telles conventions, le meilleur intérêt de l'enfant, envisagé par les tribunaux, fournirait la solution applicable à chaque cas.

Les rapports britanniques et français consacrent l'illégalité du contrat de grossesse par procuration. Les voies d'action proposées sont toutefois d'ordres différents. Les organismes anglais favorisent l'intervention législative sanctionnant expressément l'illégalité de ces pratiques, alors que le Comité français s'en remet à l'état du droit positif prononçant la nullité de telles conventions.

## Sous-section 2 - Les projets de loi australien et américains

Si les autres pays en sont encore à l'étape des enquêtes et rapports publics, l'Australie et les Etats-Unis tentent déjà de répondre au phénomène des femmes porteuses par voie législative. En Australie, une proposition législative est à l'effet de prononcer expressément la nullité de tout contrat de grossesse par procuration (A). Au contraire, certaines législatures américaines s'orientent vers l'acceptation du phénomène dans un contexte de réglementation stricte (B).

190. *Id.*, p. 18 et 21.

191. *Id.*, p. 23.

192. *Id.*, p. 14.

193. *Id.*, p. 26.

194. *Id.*, p. 26.

195. *Id.*, p. 21.

## A- Le projet de loi australien

En octobre 1984, le Conseil législatif d'Australie proposait, dans le cadre d'un projet de loi sur le traitement de l'infécondité et sur les techniques de reproduction assistées, de légiférer sur les contrats de grossesse par procuration<sup>196</sup>.

Le projet de loi prévoit d'abord l'amende ou l'emprisonnement pour la publication de tout document, avis ou annonce ayant pour but de favoriser le recours à une femme porteuse. La nullité de toute convention impliquant une femme porteuse est ensuite prononcée et ce, qu'il y ait échange d'argent ou non.

## B- Les projets de loi américains

Le Michigan et la Californie demeurent les deux Etats où la notoriété du phénomène a provoqué la rédaction exhaustive de projets de loi<sup>197</sup>.

Le projet Fitzpatrick répond au phénomène de façon restrictive: les contrats, autres que ceux prévus par la loi, sont prohibés sous peine d'amendes ou d'emprisonnement. Suivant une attitude plus positive, le projet 3771 fait foi de l'intention du législateur de combler le désir d'enfant des couples inféconds; les contrats sont déclarés compatibles avec une saine politique sociale. Les deux projets de loi prévoient la forme notariée des contrats de grossesse par procuration, leur enregistrement et des représentants légaux différents pour les deux parties. La femme porteuse doit avoir atteint l'âge de la majorité, et peut être célibataire ou mariée.

De manière expresse dans le projet 3771, et implicitement dans le projet Fitzpatrick, le recours à une femme porteuse est limité à des fins thérapeutiques, pour remédier à l'infécondité d'un couple marié dont le mari produit un sperme viable.

Contrairement au projet 3771, le projet Fitzpatrick prévoit le parrainage du contrat par un conseiller matrimonial ou une agence sociale spécialisée en adoption d'enfants. Le projet californien prévoit plutôt l'homologation judiciaire du contrat, dès sa formation.

L'obligation principale de la femme porteuse est ainsi formulée dans les deux projets de loi: il y a renonciation de ses droits envers l'enfant. Si le projet 3771 exige le consentement irrévocable à l'adoption de l'enfant en faveur de la

196. Australie, *A Bill for an Act Relating to the Regulation of Certain Procedures for the Alleviation of Infertility or to Assist Conception, to Amend the Human Tissue Act 1982 and the Freedom of Information Act 1982, to Prohibit Agreements Relating to Surrogate Motherhood and for Other Purposes*; première lecture le 25 octobre 1984.

197. Pour le Michigan: House of Representatives, *Surrogate Parenting Legislation*, Substitute for House Bill No. 4114, 2 juin 1983 [ci-après: projet Fitzpatrick]; et *The Surrogate Parenting Act*, House Bill No. 4555, 16 avril 1985. Pour la Californie: California Assembly Bill No. 3771, Part 9, *Surrogate Parent Act of 1982*, reproduit dans A.M. HARALAMBIE, *Handling Pregnancy & Birth Cases*, W.H. Winborne ed., 1984 [ci-après: le projet 3771].

mère sociologique, le projet Fitzpatrick accorde un délai de révocation de vingt jours après la naissance de l'enfant. Les parents sociologiques seraient obligés d'accepter l'enfant, peu importe sa condition.

Le projet 3771 permet de prévoir au contrat toute espèce de compensation due à la femme porteuse. Le projet Fitzpatrick est plus spécifique; la femme porteuse pourrait se faire rembourser pour tous frais d'exams médicaux, psychologiques, d'avis légaux et pour la perte de salaire. Le père sociologique devrait prévoir une sûreté de cent mille dollars en vue d'indemniser l'Etat si celle-ci devait éventuellement prendre l'enfant en charge. Le même projet précise qu'aucune remise d'argent ne pourrait avoir pour objet l'enfant en soi. Toujours en vertu du projet Fitzpatrick, si l'un des parents sociologiques mourait, l'autre parent assumerait la garde de l'enfant; si les deux parents sociologiques mouraient avant la naissance, la femme porteuse pourrait garder l'enfant ou le remettre à une agence d'adoption.

Bien que le projet 3771 soit silencieux à ce sujet, le projet du Michigan prévoit deux mécanismes assurant la simplification des recours en contestation de paternité: l'époux de la femme porteuse devrait consentir expressément aux engagements de son épouse; après la naissance, il serait soumis à des examens médicaux permettant de démontrer sa non-paternité. En cas de révocation du consentement à l'adoption par la femme porteuse, les récents amendements au projet Fitzpatrick prévoient de manière expresse que le tribunal devrait décider du respect ou non de cette révocation en fonction du meilleur intérêt de l'enfant. Au niveau de l'inexécution contractuelle, le projet 3771 prévoit l'application de tous les recours légaux disponibles, incluant l'exécution en nature.

Le projet Fitzpatrick propose la constitution et l'enregistrement d'un dossier rapportant toutes les informations relatives aux circonstances de la naissance, dossier que l'enfant serait autorisé à consulter à l'âge de dix-huit ans.

La solution proposée par ces projets de loi prend la forme d'une réglementation précise et détaillée des divers aspects du contrat de grossesse par procuration. Suivant ces dispositions, le législateur interviendrait directement pour circonscrire la capacité de contracter de tels engagements, le contenu obligationnel du contrat, son exécution et ses effets.

Sans ignorer complètement la notion du meilleur intérêt de l'enfant, les projets de loi américains semblent se préoccuper davantage de l'aspect contractuel du phénomène. Le respect de la volonté des parties est en effet favorisé par diverses dispositions: obligation pour les parents sociologiques d'accueillir l'enfant, peu importe sa condition, irrévocabilité ou délai strict de révocation du consentement de la femme porteuse à l'adoption.

Laisser-faire, action législative prohibitive ou permissive, sont trois types de réponse possibles au phénomène des femmes porteuses. Les solutions offertes par le droit comparé ne sauraient être entérinées en contexte québécois sans d'abord effectuer un examen des modifications au Code civil actuellement proposées par le législateur québécois.

## Section 2 - Propositions législatives québécoises

Après avoir étudié les recommandations et rapports étrangers, il faut se demander si le législateur québécois devrait de la même façon intervenir pour légaliser le phénomène et, le cas échéant, s'il n'y aurait pas plutôt matière à étude avant de proposer une intervention législative concrète. Il s'avère ainsi nécessaire de considérer, dans un premier temps, les propositions de réforme du Code civil du Québec, au chapitre du droit des personnes, afin d'identifier les modifications susceptibles d'être apportées (sous-section 1). Sur la base de ces altérations, qui ne sont toutefois qu'à l'étape de projets de loi, des hypothèses de solution seront de mise (sous-section 2).

### Sous-section 1 - Les projets de loi actuels

La réforme du Code civil du Québec, entreprise il y a déjà quelques années, a connu une nouvelle date importante: le 21 décembre 1984, le projet de loi 20, *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*, était déposé en première lecture à l'Assemblée nationale<sup>198</sup>. Faisant suite à la réforme relativement récente du droit de la famille<sup>199</sup>, le projet de loi 20 marque une étape de plus dans la réforme relative aux droits des personnes, suite au projet de loi numéro 106, déposé en décembre 1982<sup>200</sup>, qui avait soulevé plusieurs critiques<sup>201</sup> et à l'avant-projet de loi déposé en juillet 1984<sup>202</sup>.

Sans chercher à faire une analyse détaillée de cette nouvelle proposition législative, nous tenterons plutôt de mettre en relief les dispositions qui pourraient influencer cette réflexion sur le phénomène des femmes porteuses.

Dans un premier temps, il faut mentionner que le premier article du projet de loi 20 reprend le premier article de la *Charte des droits et libertés de la personne* en reproduisant que "tout être humain" a la personnalité juridique. Par le biais du même article, les droits enchâssés dans ce dernier instrument législatif sont attachés à la personnalité juridique<sup>203</sup>. Cette disposition n'apporte donc aucun éclaircissement quant à la définition de l'"être humain" et laisse

198. Québec, Projet de loi 20, *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*, 5e sess., 32e Lég., 1984 [ci-après cité sous P.L.].

199. *Supra*, note 35.

200. Québec, Projet de loi no 106, *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes*, 3e sess., 32e Lég., 1982.

201. Voir, notamment, E. DELEURY, "Le projet de loi no 106 et les droits de la personnalité: perspective et analyse prospective", (1984) 25 C. de D. 699; B.M. KNOPPERS et L. LUSSIER, "L'intégrité de la personne", *Le Devoir*, Montréal, 15 mars 1983, p. 13.

202. Québec, *Avant-projet de loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*, déposé le 11 juillet 1984.

203. Art. 1, al. 2 et 3 P.L.

entière la question du point de départ de la vie<sup>204</sup>. Dans la mesure où l'embryon serait considéré comme un "être humain", l'adoption de telles dispositions pourrait permettre la représentation de l'embryon dans des litiges relatifs au phénomène, à des stades aussi avancés que celui de l'insémination artificielle de la femme porteuse.

Au chapitre des droits de la personne, il faut souligner la nuance déjà proposée par l'Office de révision du Code civil<sup>205</sup> relativement à l'exercice et à la jouissance des droits civils<sup>206</sup>. Cette distinction confirmerait le droit de la femme porteuse de renoncer à l'exercice de son autorité parentale, dans la mesure où le permet l'ordre public<sup>207</sup>, soit dans les limites de temps et l'étendue déjà mentionnée<sup>208</sup>.

Les droits de l'enfant qui sont reconnus en partie au Code civil du Bas-Canada, au Code civil du Québec et en vertu de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, de même que dans la *Charte des droits et libertés*<sup>209</sup> sont réaffirmés dans le projet de loi 20. Celui-ci réitère le principe du meilleur intérêt de l'enfant et le respect de ses droits, et énonce des critères judiciaires nouveaux<sup>210</sup>, tels "les besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques"<sup>211</sup>, que les tribunaux utilisaient déjà dans le cadre de l'évaluation du meilleur intérêt de l'enfant<sup>212</sup>. Il faut aussi souligner que le projet reprend la proposition de l'Office de révision du Code civil<sup>213</sup> à l'effet d'imposer au tribunal le devoir d'entendre l'enfant lorsque son intérêt est en jeu<sup>214</sup>. L'utilisation du terme "entendre", plutôt que "consulter", comme le proposait l'Office, permet de croire que le projet de loi 20 obligerait le tribunal à davantage d'attention envers l'enfant. Le projet de loi numéro 106<sup>215</sup> et l'avant-projet de loi de juillet 1984<sup>216</sup> n'exigeaient pas un tel devoir du tribunal, non plus que la règle de procédure actuelle<sup>217</sup>.

Si cette proposition était retenue, la représentation légale d'un enfant dans la cadre d'un litige relatif à une convention de grossesse par procuration devrait être octroyée d'emblée. En pratique, cette modification ne serait pas majeure.

204. *Supra*, Chapitre préliminaire, Section 1.

205. *Projet de Code civil, supra*, note 147, Livre premier: *Des personnes*, art. 3.

206. Art. 8 P.L.

207. *Supra*, Partie I, Chapitre 1, Section 1, sous-section 3-A.

208. *Id.*, sous-section 3-C.

209. *Supra*, Chapitre préliminaire, sous-section 2.

210. Par rapport à ceux de l'article 31 C.C.B.-C.

211. Art. 33 P.L.

212. *Supra*, introduction à la Partie II.

213. *Projet de Code civil, supra*, note 147, Livre premier: *Des personnes*, art. 26 et 27, al. 1.

214. Art. 34 P.L.

215. *Supra*, note 200, art. 32.

216. *Supra*, note 202, art. 34.

217. Art. 816 C.p.c.

C'est plutôt au chapitre des actes de l'état civil que le projet de loi 20, suivant en cela le Projet de Code civil<sup>218</sup>, propose des changements majeurs. En nommant le directeur de l'état civil, le seul officier de l'état civil<sup>219</sup>, le législateur élabore des règles strictes quant aux documents concernant la naissance. Des éclaircissements sont ainsi apportés sur la procédure relative au constat, à la déclaration et à l'acte de naissance<sup>220</sup>. La demande d'enregistrement d'un acte de naissance devrait être accompagnée d'une déclaration et d'un constat d'accouchement<sup>221</sup>, qui doivent tous deux être remis au directeur de l'état civil<sup>222</sup>.

Si ces dispositions permettent de conclure à une réglementation plus sévère de l'enregistrement des actes de naissance, d'autres dispositions permettraient de croire que les parties à une convention de grossesse par procuration pourraient néanmoins tenter de déclarer la naissance de l'enfant en procurant une "note faisant état des faits et circonstances"<sup>223</sup>. Une note qui témoignerait de la convention serait toutefois sujette à une révision judiciaire parce que douteuse<sup>224</sup>.

Il faut donc admettre que l'adoption du projet de loi 20 rendrait plus difficile l'enregistrement d'un acte de naissance sous des noms différents de ceux énoncés à la déclaration ou au constat de naissance. Ce contrôle étroit permet de croire que toute "note" devrait probablement être sérieusement examinée.

En définitive, la réforme proposée au livre des personnes ne modifie pas substantiellement les propos de notre analyse bien qu'elle apporte certaines précisions. Il faudra néanmoins prendre en considération les éléments nouveaux de cette proposition législative en examinant la possibilité d'adapter nos règles de droit civil au phénomène des femmes porteuses.

## Sous-section 2 - Les hypothèses de solutions

Plusieurs réponses auront été suggérées aux questions soulevées par la validité du contrat de grossesse par procuration et par la preuve de la filiation de l'enfant issu de la convention. De manière générale, il faut bien admettre le caractère douteux de la convention, en regard du principe de l'ordre public et des bonnes moeurs, et l'utilisation non moins sûre des moyens de preuve de la filiation de l'enfant suivant l'une ou l'autre situation.

L'étude de la réponse du droit québécois au phénomène des femmes porteuses et l'examen des solutions offertes par les autres juridictions<sup>225</sup>, nous permettent d'envisager trois hypothèses de solutions.

218. *Projet de Code civil, supra*, note 147, Livre premier: *Des personnes*, art. 83-88.

219. Art. 108 P.L.

220. Art. 117-24 P.L. Pour l'examen des dispositions actuelles sur le même sujet, voir *supra*, Chapitre I, Section I, sous-section 1.

221. Art. 121, al. 2 P.L.

222. Art. 118 et 119 P.L.

223. Art. 123 P.L., de même que art. 122 et 124.

224. *Droit de la famille - 143, supra*, note 134 et texte qui l'accompagne.

225. *Supra*, Section 1.

A l'instar de l'attitude française<sup>226</sup>, le législateur québécois pourrait s'abstenir d'intervenir. Cette solution, qui n'en est pas une, a pour fondement une tradition juridique civiliste qui respecte la notion fondamentale de l'ordre public. La dignité humaine placée au-dessus des autres valeurs de la société empêcherait le législateur d'intervenir et de proposer une solution favorable. Le danger de la commercialisation qui porterait sur la personne de l'enfant limiterait l'exercice de l'autonomie individuelle de la femme porteuse. Bien que les dernières années fassent foi d'une désacralisation du corps humain dans notre système civiliste<sup>227</sup>, des décisions récentes démontrent que la liberté corporelle individuelle ne pourrait pas être absolue<sup>228</sup>. Ce principe du respect du corps humain empêcherait donc la femme porteuse de s'exécuter, en même temps qu'il ne permettrait pas qu'on la force à se soumettre à des interventions sur son corps<sup>229</sup>.

A cette limite du droit de disposer de soi s'ajoute le principe de la protection de l'enfant qui s'opposerait à toute forme de paiement pour la remise de l'enfant<sup>230</sup> et à une délégation complète de l'autorité parentale en dehors du cadre de l'adoption<sup>231</sup>. La protection de l'enfant et de ses droits se dessine comme une notion de plus en plus fondamentale en droit québécois<sup>232</sup>. Cette protection s'étendrait à des stades indéterminés avant la naissance<sup>233</sup>. L'évolution législative en matière de représentation judiciaire démontre que l'enfant, et possiblement le fœtus, pourraient être représentés quand leurs intérêts seraient mis en cause.

Les intérêts supérieurs de l'Etat et l'imposition de la notion d'ordre public empêcheraient donc qu'une telle convention puisse être reconnue. La nullité de l'acte semblerait inévitable. Les principes de droit civil imposeraient donc la prohibition de la convention. Mais une telle solution laisse entière la question de la filiation de l'enfant et force par conséquent l'examen de solutions plus adaptées à la réalité.

Sur la base de ces remarques et suivant l'exemple offert par les dispositions relatives à l'insémination artificielle, introduites au Code civil du Québec en 1982<sup>234</sup>, il n'est pas impossible de croire que le législateur puisse intervenir au plan du phénomène des femmes porteuses.

A la lumière de l'analyse et des remarques relatives à la première solution, le législateur québécois pourrait choisir de condamner le contrat de grossesse par procuration. Il pourrait ainsi interdire la participation et l'encouragement

226. *Id.*, sous-section 1-B.

227. *Supra*, Chapitre préliminaire, Section 4 et Partie I, Chapitre 1, Section 1, sous-section 1.

228. Notamment, *P.G. Canada c. Hôpital Notre-Dame*, [1984] C.S. 426 et *Institut Philippe Pinel c. Dion*, [1983] C.S. 438.

229. Le contenu obligationnel du contrat devient donc tout aussi discutable que le contrat lui-même; *supra*, Partie I, Chapitre 2, Section 1, sous-section 1.

230. *Supra*, Partie I, Chapitre 1, Section 1, sous-section 2.

231. *Id.*, sous-section 3.

232. *Supra*, Chapitre, préliminaire Section 2.

233. *Ibid.* et Section 1.

234. Art. 586 et 588, al. 2 C.C.Q.

direct ou indirect à ce type de convention, comme le proposent l'Angleterre et l'Australie<sup>235</sup>. Sans créer d'offenses criminelles qui ne sont pas de son ressort, le législateur pourrait imposer des amendements au Code de déontologie des avocats, par exemple, et interdire la rédaction ou la participation à de tels contrats. De la même façon, il pourrait introduire au Code de déontologie des médecins une prohibition expresse de procurer l'insémination artificielle à une femme dans le but d'une grossesse aux fins de remise de l'enfant né à d'autres personnes.

De telles actions législatives soulèveraient probablement plus de débats que le ferait l'absence d'intervention. Il est également permis de croire que les conséquences d'une telle prohibition pourraient être néfastes en ce qu'elles pourraient encourager des pratiques illégales et frauduleuses. Ces remarques pourraient par conséquent forcer le législateur à se tourner vers davantage de tolérance ou, s'il le jugeait à propos, à reconnaître la pratique.

Le législateur québécois pourrait ainsi choisir d'adopter une attitude réceptive au phénomène des femmes porteuses et légiférer de manière spécifique sur les modalités de formation et d'exécution du contrat. Cette attitude imposerait toutefois un certain réaménagement des règles de droit actuelles en matière familiale.

Compte tenu des questions et problèmes soulevés par le phénomène, l'intervention législative pourrait être envisagée dans l'optique d'une saine politique sociale. Le contrôle d'activités qui risquent d'être illégales permettrait d'assurer l'intérêt des parties au contrat, en recherchant la protection de l'enfant. Cette reconnaissance pourrait se faire dans le cadre de certaines limites. Ainsi, un amendement au Code de déontologie médicale pourrait expressément interdire la procuration de l'insémination artificielle d'une femme porteuse autrement que pour des fins thérapeutiques. Le législateur pourrait également choisir de limiter l'accès à cette méthode de reproduction à des personnes mariées. Nul doute cependant que cette attitude discriminatoire soulèverait les foudres des fervents des libertés publiques.

Contrairement aux propositions françaises et américaines, qui promulguent l'installation d'un système<sup>236</sup>, le droit civil québécois semble déjà posséder les structures nécessaires pour superviser la formation et l'exécution du contrat. Le Comité de la protection de la jeunesse pourrait ainsi être désigné pour remplir cette fonction, aux dépens de l'institution d'une agence, tel que proposé par les juridictions américaines. Cette prise en charge permettrait de minimiser les risques d'exploitation des parties et assurerait la coordination du processus d'adoption.

Les règles relatives à l'adoption pourraient également faire l'objet d'un réaménagement, notamment pour faciliter et assurer la remise de l'enfant et l'adoption par la mère sociologique. Le législateur pourrait ainsi raccourcir le délai de révocation du consentement à l'adoption, pour assurer la stabilité du

235. *Supra*, Section 1, sous-sections 1-A et 2-A.

236. *Supra*, Section 1.

contrat. Il pourrait aussi prévoir un mécanisme qui faciliterait l'enregistrement de l'acte de naissance au nom des parents sociologiques. Cette disposition serait d'autant plus importante que les propositions législatives récentes visent à régler de manière plus étroite les dispositions relatives aux actes de l'état civil<sup>237</sup>.

Le législateur pourrait enfin songer à faire entrer dans le cadre des dispositions relatives à l'adoption internationale et à la reconnaissance de jugements étrangers relatifs à l'adoption<sup>238</sup>, le phénomène des femmes porteuses impliquant des parties issues de juridictions différentes.

Ces hypothèses de solutions démontrent le choix que pourrait envisager le législateur en regard du phénomène des femmes porteuses. En dépit des doutes relatifs à la validité du contrat de grossesse par procuration, la filiation semble pouvoir se réaliser par le biais des règles connues. Il faut néanmoins se questionner sur la nécessité de réaménager nos règles de droit civil et ce, pour des considérations qui sont peut-être autres que juridiques.

## Conclusion

Notre droit actuel peut-il répondre aux exigences du phénomène des femmes porteuses? Tenter de répondre à cette question en soulève de nombreuses autres parce que le phénomène étudié bouleverse des valeurs sociales et des concepts juridiques fondamentaux.

Le droit québécois reconnaît des droits et libertés fondamentaux à toute personne. La vie juridique d'une personne comporte plusieurs états qui appellent la revendication et l'exercice de droits propres à chacun de ces états: on peut être enfant, adolescent, adulte, parent. Ce démembrement du concept de personne pourrait peut-être, dans un avenir rapproché, inclure le fœtus et l'embryon. L'enfant a droit à la protection contre tout événement susceptible de compromettre sa sécurité ou son développement physique et affectif. La femme porteuse est une personne majeure capable de contracter, entre autres sur les bases de son autonomie corporelle. Le couple tente de combler un désir d'enfant par l'exercice de sa liberté à fonder une famille. Une convention mise en oeuvre par l'exercice de ces droits pourrait très bien, dans l'exécution idéale du contrat de grossesse par procuration, assurer le respect des droits de chacun. C'est l'anticipation d'un litige qui permet de remettre en question la validité de la convention et qui débouche sur la question de savoir lequel de ces droits aura priorité sur les autres.

Le droit de procréer n'est pas un concept établi en droit civil québécois. Le droit à l'autonomie corporelle n'est pas absolu: dans un but de protection de la personne humaine, l'Etat intervient de plus en plus dans les choix que peut amener l'exercice de ce droit. En revanche, l'étude précédente a démontré que tous les aspects du phénomène des femmes porteuses sont dominés par la notion de

237. *Supra*, sous-section 1.

238. Art. 622.1 C.C.Q.; *Loi sur la protection de la jeunesse*, *supra*, note 5, art. 131.

meilleur intérêt de l'enfant. Le législateur impose le respect de cette notion aux tribunaux qui l'avaient d'ailleurs déjà consacrée dans la jurisprudence. Malgré sa notoriété, le concept du meilleur intérêt de l'enfant souffre d'ambiguïtés, d'imprécisions. S'il est permis de croire que le meilleur intérêt de l'enfant soit servi entre autres par l'établissement de sa filiation, le phénomène des femmes porteuses offre la possibilité de reconnaître la filiation sociologique aux dépens de la filiation biologique.

Le législateur québécois reconnaît cette dichotomie du concept de la filiation dans le contexte de la filiation paternelle, puisqu'il préserve le lien de paternité du mari dans les cas d'insémination artificielle de son épouse. On est en droit de se demander s'il ne devrait pas également créer une présomption irréfragable de maternité en faveur de la mère sociologique touchée par un même problème. C'e faisant, le droit se départirait de la présomption absolue de maternité qui existe en faveur de la femme qui accouche. Toutefois, la preuve de l'existence de liens affectifs *in utero* qui permettrait d'établir une possession constante d'état en faveur de la femme porteuse, entrerait en conflit avec la présomption de maternité de la mère sociologique. Un conflit se pose également quant à la présomption de paternité qui existe en faveur de l'époux de la femme porteuse qui se soumet à l'insémination artificielle.

Le phénomène des femmes porteuses pourrait permettre de combler le désir d'enfant, non seulement d'un couple infécond, mais de personnes célibataires, homosexuelles, ou engagées dans une carrière professionnelle. Présentement, le législateur n'envisage la reproduction par tierce personne qu'en faveur des couples mariés. Il pourrait par ailleurs être soumis que le recours à une femme porteuse ne saurait s'étendre à d'autres contextes que le contexte thérapeutique; comme méthode "curative" d'un problème d'infécondité, et non comme palliatif à une situation voulue par les parties et qui, accessoirement, n'est pas conciliable avec la conception d'un enfant. L'actualisation de cette limite pourrait être réalisée par l'intermédiaire de nouvelles dispositions au Code de déontologie médicale.

Si on a constaté l'éclatement de la famille nucléaire il y a quelques années, c'est le cadre plus restreint de la parenté qui subit aujourd'hui des bouleversements. Les mère et père d'un enfant ne s'identifient plus à ceux qui ont conçu et enfanté, mais à ceux qui détiennent l'autorité parentale, ensemble de droits et d'obligations qui s'exercent et se vivent à travers une réalité, non plus biologique, mais juridique et sociale. Par le biais de la notion du meilleur intérêt de l'enfant, le droit permet à la filiation sociologique de prendre préséance sur la filiation biologique. Si la famille d'hier reposait sur la puissance paternelle, celle d'aujourd'hui repose sur les liens affectifs qui unissent ses membres. Ainsi, le statut de parent n'est plus fonction de la conception, ce statut est plutôt reconnu à ceux qui combler les besoins physiques, affectifs et psychologiques de l'enfant, qu'ils aient ou non contribué à la conception et à la naissance.



Ces remarques d'ordre juridique s'accompagnent de considérations éthiques et sociales que le droit ne peut ignorer et qui doivent également être examinées pour fournir une réponse globale du droit au phénomène des femmes porteuses.

Les répercussions psychologiques sur les parties au contrat et sur l'enfant face aux circonstances particulières de sa naissance font l'objet de questions. Sont notamment mis en cause le sentiment de culpabilité de la femme porteuse qui remet l'enfant, le sentiment de rejet de l'enfant qui apprend les circonstances de sa naissance et le sentiment d'échec de la femme inféconde.

Parce qu'il y a remise d'un enfant en échange d'une somme d'argent, le phénomène étudié fait craindre les dangers de la commercialisation. Ceux-ci pourraient se manifester par une sélection et une rémunération compétitive des femmes porteuses, qui accessoirement risqueraient de provoquer l'exploitation des femmes provenant de couches sociales moins favorisées. Dans le même ordre d'idées, les sommes d'argent impliquées étant considérables, la réalisation du désir d'enfant devient le privilège des gens fortunés. Fonder une famille devient, dans cette optique, non pas une liberté, mais un luxe.

Les nombreux cas d'abandon d'enfant et la revendication du droit à l'avortement libre sont également des faits qui permettent de remettre sérieusement en question la légitimité du recours à la grossesse par procuration.

Y a-t-il un besoin réel justifiant la reconnaissance de cette "technique" de reproduction? Il appert que la loi du nombre ne pourrait appuyer cette reconnaissance. Seule une infécondité très sévère empêchant l'implantation d'un embryon établirait une condition thérapeutique ouvrant sur le recours à une femme porteuse.

Le droit positif québécois répond en partie au phénomène des femmes porteuses. L'application des règles de droit contractuel permet de conclure à la nullité absolue du contrat de grossesse par procuration; ce dernier n'en produit pas moins des effets juridiques auxquels les règles de la filiation du Code civil du Québec sont peu adaptées, si ce n'est par le biais du principe du meilleur intérêt de l'enfant.

Prenant en considération les problèmes juridiques et sociaux soulevés, le législateur pourrait prohiber la grossesse par procuration ou en réglementer les modalités afin d'assurer le respect de la volonté des parties et la protection de l'enfant. Il pourrait également entreprendre une étude approfondie de la question afin de formuler une réponse adaptée au contexte plus général des nouvelles techniques de reproduction assistées.

La grossesse par procuration ne représente qu'un volet des alternatives à la reproduction naturelle et ouvre la réflexion sur les questions plus délicates de l'expérimentation en matière de technique de reproduction, des manipulations génétiques, des banques de sperme, d'ovules et d'embryons. C'est peut-être dans

l'adaptation du droit aux résultats de ces progrès scientifiques que réside la réponse au phénomène des femmes porteuses. La découverte de techniques de reproduction alternatives pourrait d'elle-même amener la désuétude de la grossesse par procuration.

## ANNEXE

### Situations hypothétiques

- 1- Femme porteuse et embryon issu de la mère sociologique et du père sociologique
- 2- Femme porteuse et embryon issu de la mère sociologique et d'un donneur
- 3- Femme porteuse et embryon issu du père sociologique et de la porteuse donneuse
- 4- Femme porteuse et embryon issu de père sociologique et d'une donneuse non porteuse
- 5- Femme porteuse et embryon issu d'un donneur et de la porteuse donneuse
- 6- Femme porteuse et embryon issu d'un donneur et d'une donneuse non porteuse

## BIBLIOGRAPHIE

## MONOGRAPHIES CANADIENNES ET QUÉBÉCOISES

- BAUDOIN, J.-L., *Les obligations*, Montréal, Les Editions Yvon Blais Inc., 1983, 693 p.
- BERNARDOT, A. et R.P. KOURI, *La responsabilité civile médicale*, Sherbrooke, Ed. R.D.U.S., 1980, 450 p.
- BOISCLAIR, C., *Les droits et les besoins de l'enfant en matière de garde: réalité ou apparence?*, Sherbrooke, Ed. R.D.U.S., 1978, 204 p.
- BOUCHER, J. et A. MOREL, *Le droit dans la vie familiale: livre du centenaire du Code civil (I)*, Montréal, P.U.M., 1970, xxx, 302 p.
- CASTEL, J.-G., *Droit international privé québécois*, Toronto, Butterworths, 1980, xxxvii, 954 p.
- CASTEL, J.-G., *Canadian Conflict of Laws*, Vol. 2, Toronto, Butterworths, 1977, xxvi, 791 p.
- DICKENS, B.M., *Medicological Aspects of Family Law*, Toronto, Butterworths, 1979, xi, 145 p.
- GROFFIER, E., *Précis de droit international privé québécois*, 3e éd., Montréal, Wilson & Lafleur/Sorej, 1984, xv, 268 p.
- KEYSERLINGK, E.W., *The Unborn Child's Right to Prenatal Care*, Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1984, xiii, 211 p.
- LAJOIE, A., P.A. MOLINARI et J.-M. AUBY, *Traité de droit de la santé et des services sociaux*, Montréal, P.U.M., 1981, 1261 p.
- MANNING, M., *Rights, Freedoms and the Courts: A Practical Analysis of the Constitution Act 1982*, Toronto, Edmond-Montgomery, 1983, xiv, 760 p.
- MAYRAND, A., *L'inviolabilité de la personne humaine*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1975, 228 p.
- OUELLETTE, M., *Droit de la famille*, Montréal, Thémis, 1984, 509 p.
- PILON, S., *La nouvelle législation en matière familiale au Québec*, Montréal, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1984, xv, 318 p.
- PINEAU, J., *La famille: droit applicable au lendemain de la "Loi 89"*, Montréal, P.U.M., 1982, xxiv, 320 p.
- PINEAU, J. et M. OUELLETTE, *Théorie de la responsabilité civile*, 2e éd., Montréal, Thémis, 1980, viii, 235 p.
- RIOUX, J.E. et al., *L'insémination artificielle thérapeutique: aspects cliniques, psychologiques, juridiques, éthiques et philosophiques*, Québec, P.U.L., 1983, 217 p.
- TRUDEL, G., *Traité de droit civil du Québec*, T. 1, Montréal, Wilson & Lafleur, 1942, 669 p.
- TRUDEL, G. et R. DESROSIERS de LANAUZE, *Code civil du Québec: comparé et coordonné au Code civil du Bas-Canada*, Livre II, *De la famille*, Montréal, Soquij, 1981, 224 p.

## MONOGRAPHIES ÉTRANGÈRES

- BATIFFOL, H. et P. LAGARDE, *Droit international privé*, 7e éd., T. 2, Paris, L.G.D.J., 1983, 692 p.
- CARBONNIER, J., *Droit civil: I- Introduction, les personnes*, 14e éd., Paris, P.U.F., 1982, 417 p.
- Conseil national de recherche scientifique, *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, 972 p.
- Council for Science and Society, *Human Procreation: Ethical Aspects of the New Techniques*, Oxford, Oxford Univ. Press, 1984, xiii, 91 p.

- DECOQ, A., *Essai d'une théorie générale des droits de la personne*, Paris, L.G.D.J., 1960, v, 459 p.
- DELAISI de PARSEVAL, G. et A. JANAUD, *L'enfant à tout prix*, Paris, Éd. du Seuil, 1983, 282 p.
- DIERKENS, R., *Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme*, Paris, L.G.D.J., 1960, 459 p.
- HARALAMBIE, A.M., *Handling Pregnancy & Birth Cases*, W.H. Winborne, ed. Colorado Springs, Shepard's/McGraw-Hill, 1983, xxiii, 621 p.
- HUET-WEILLER, D., C. LABRUSSE et M. VAN CAMELBEKE, *La filiation*, Paris, Librairies techniques, 1981, xi, 233 p.
- Journées d'études juridiques Jean Dabin, *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs: contribution à l'étude du règlement juridique des conflits de valeurs en droit pénal, public et international*, 10e éd., Vol. 14, Bruxelles, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 1982, 706 p.
- LABRUSSE, C. et G. CORNU, *Droit de la filiation et progrès scientifiques*, Paris, Economica, 1982, 152 p.
- LABRUSSE-RIOU, C., *Droit de la famille. I. Les personnes*, Paris, Masson, 1984, 422 p.
- MAZEAUD, H., L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, T. 1, Vol. 2, *Les personnes: la personnalité* 6e éd., par F. Chabas, Paris, Ed. Montchrestien, 1981.
- NEIRINCK, C., *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, Paris, L.G.D.J., 1984, x, 453 p.
- RAYMOND, G., *Droit de l'enfance: de la conception à la majorité*, 2e éd., Paris, Librairies techniques, 1983, ix, 306 p.
- Travaux de l'Association Henri Capitant, *Le corps humain et le droit*, T. 26, Paris, Dalloz, 1977, xiv, 536 p.
- Travaux de l'Association Henri Capitant, *La protection de l'enfant*, T. 30, Paris, Economica, 1981, 702 p.

## PÉRIODIQUES CANADIENS ET QUÉBÉCOIS

- ABELLA, R.S., "Family Law Perspectives", (1982) 16 *Law Soc. Gaz.*, 204.
- BAUDOIN, J.-L., "L'expérimentation sur les humains: un conflit de valeurs", (1981) 26 *R. de D. McGill* 809.
- BAUDOIN, J.-L., "Corps humain et actes juridiques", (1976) 6 *R.D.U.S.* 387.
- BAUDOIN, J.-L., "La personne humaine au centre du droit québécois", (1966) 26 *R. du B.* 66.
- BAUDOIN, J.-L., "L'exécution spécifique des contrats en droit québécois", (1958) 5 *McGill L.J.* 108.
- BAUDOIN, L., "Puissance paternelle", (1954) 14 *R. du B.* 478.
- BAUDOIN, L., "L'ordre public et les bonnes moeurs en droit privé", (1953) 13 *R. du B.* 381.
- BENDER, P., "The Canadian Charter of Rights and Freedoms and the United States Bill of Rights: A Comparison", (1983) 28 *R. de D. McGill* 811.
- BOISCLAIR, C., "La notion de 'parent' dans l'article 1(e) de la Loi sur la protection de la jeunesse", (1981) 11 *R.D.U.S.* 271.
- BOWAL, P., "Surrogate Procreation: A Motherhood Issue in Legal Obscurity", (1983) 9 *Queens L.J.* 5.

- CADIEUX, G., "L'adoption d'hier à aujourd'hui (1965-1983)", (1984) 69 *Intervention* 130.
- CRÉPEAU, P.-A., "La responsabilité civile du médecin", (1977) 8 *R.D.U.S.* 25.
- DELEURY, E., "Le projet de loi no 106 et les droits de la personnalité: perspectives et analyse prospective", (1984) 25 *C. de D.* 699.
- DELEURY, E., "L'union homosexuelle et le droit de la famille", (1984) 25 *C. de D.* 751.
- DELEURY, E., "Une perspective nouvelle: le sujet reconnu comme objet du droit", (1972) 13 *C. de D.* 529.
- DICKENS, B.M., "Ectogenetic Human Being: A Problem Child of our Time", (1979-80) 18 *U. of W. Ont. L. Rev.* 241.
- HÉLEINE, F., "Le dogme de l'intangibilité du corps humain et ses atteintes normalisées dans le droit des obligations du Québec contemporain", (1976) 36 *R. du B.* 2.
- KEYSERLINGK, E.W., "Legal Complexities in New Reproductive Techniques", (1984) 17 *Annales CRMCC* 419.
- KEYSERSLINGK, E.W., "A Right of the Unborn Child to Prenatal Care: The Civil Law Perspective", (1982) 13 *R.D.U.S.* 49.
- KNOPPERS, B.M., "The Legitimization of Artificial Insemination: Promise or Problem?", (1978) 1 *Fam. L. Rev.* 108.
- KOURI, R.P., "Blood Transfusions, Jehovah's Witnesses and the Rule of Inviolability of the Human Body", (1974) 5 *R.D.U.S.* 156.
- KOURI, R.P. et M. OUELLETTE-LAUZON, "Corps humain et liberté individuelle", (1975) 6 *R.D.U.S.* 85.
- MARQUIS, J., "Protection de l'enfant en droit de la famille", (1978) 9 *R.D.U.S.* 283.
- MOLINARI, P.A., "La responsabilité civile de l'avocat", (1977) 37 *R. du B.* 275.
- MAZEAUD, L., "Les contrats sur le corps humain", (1956) 16 *R. du B.* 157.
- MAYRAND, A., "L'incidence de la conduite des époux sur le droit de garde de l'enfant", (1982) 85 *R. du N.* 28.
- OUELLETTE, M., "La loi 89: la filiation par le sang et l'adoption", (1981) *C.P. du N.* 123.
- PRUJINER, A., "Origines de l'injonction en droit québécois", (1979) 20 *C. de D.* 249.
- RIVET, M., "Esquisse d'un profil de la personne selon le droit", (1981) 11 *R.D.U.S.* 417.
- RIVET, M., "Quand la médecine intervient dans la genèse de la conception, que fait le droit?", (1975) 6 *R.D.U.S.* 199.
- ROGERS, B.M. et G.W. HATELY, "Getting the Pre-Trial Injunction", (1982) 60 *R. du B. can.* 1.
- RUFFO, A., "L'enfant: son droit à une famille", (1983) 43 *R. du B.* 70.
- RUFFO, A., "L'enfant dans le nouveau droit de la famille", (1982-83) 78 *F.P. du B.* 129.
- RUFFO, A., "Le nouveau droit de la famille: la représentation des enfants par avocat", (1980-81) 61 *F.P. du B.* 175.
- WEILER, K.M. et K. CATTON, "The Unborn Child in Canadian Law", (1976) 14 *Osgoode Hull L.J.* 643.

#### PÉRIODIQUES AMÉRICAINS

- ANNAS, G.J. et S. ELIAS, "In Vitro Fertilization and Embryo Transfer: Medico-Legal Aspects of a New Technique to Create a Family", (1983) 17 *Fam. L.Q.* 199.

- ANDREWS, L.B., "The Stork Market: The Law of the New Reproduction Technologies", (1984) 70 *A.B.A.J.* 50.
- ANDREWS, L.B., "Removing the Stigma of the Surrogate Motherhood", (1981) 4 *Fam. Advocate* 20.
- BROPHY, K.M., "A Surrogate Mother Contract to Bear a Child", (1982) 20 *J. Fam. L.* 263.
- C'APRON, A.M., "The New Reproductive Possibilities: Seeking a Moral Basis for Concerted Action in a Pluralistic Society", (1984) 12 *Law, Med. & Health Care* 192.
- C'ROW, C.A., "The Surrogate Child: Legal Issues and Implications for the Future", (1983) 7 *J. Juv. L.* 80.
- DICKENS, B.M., "Surrogate Parenthood - New Barriers - Legal Issues", Association for Family and Conciliation Courts, 21st Annual Conference, (1983) [non publié].
- FISHEL, S.B., R.G. EDWARDS et J.M. PARDY, "Analysis of 25 Infertile Patients Treated Consecutively by In Vitro Fertilization at Bourn Hall", (1984) 42 *Fertil. & Steril.* 191.
- K'ANE, N., "The Surrogate Parenting Contract", Association for Family and Conciliation Courts, 21st Annual Conference, (1983) [non publié].
- KNOPPERS, B.M., "Modern Birth Technologies and Human Rights", (1985) 33 *Am. J. Comp. L.* 1.
- MADY, T.M., "Surrogate Mothers: The Legal Issues", (1981) 7 *Am. J.L. & Med.* 323.
- OAKLEY, M.A., "Test Tube Babies: Proposal for Legal Regulation of New Methods of Human Conception and Prenatal Development", (1974) 8 *Fam. L.Q.* 385.
- ROBERTSON, J.A., "Procreative Liberty and the Control of Conception, Pregnancy and Child-birth", (1983) 69 *Va L. Rev.* 405.
- MUCHEVSKY, C.A., "Legal Recognition of Surrogate Gestation", (1982) 7 *Women's Rights L. Rep.* 107.
- MURWIN, B.A., "Attorney Duties in the Area of New Reproductive Technologies", (1984) 6 *Whittier L. Rev.* 799.
- SMITH, G.P. et R. IRAOLA, "Sexuality, Privacy and the New Biology", (1984) 67 *Marq. L. Rev.* 263.

#### PÉRIODIQUES ÉTRANGERS

- WARDLEY, T., "No Surrogate British Mothers", (1984) 308 *Nature* 220.
- WILKINS, D., "In Vitro Fertilisation and Related Research: Why Parliament Must Legislate", (1983) *Lancet* 726.
- MARTIN-BOSLY, B., "Les règles de conflit de lois relatives au consentement lors d'une reconnaissance d'enfant naturel", (1982) 101 *Journal des Tribunaux* 37.
- MAYNAUD, P., *Jurisprudence*, D.1984, 337.
- MÉMOND-GOUILLOUD, M., "La possession d'état d'enfant", (1975) 73 *Rev. trim. dr. civ.* 459.
- MOUFFLET, J., "L'abandon d'enfant: étude en droit civil", (1959) 57 *Rev. trim. dr. civ.* 627.
- MURRY, R., "La condition juridique de l'embryon et du fœtus", *Chronique XXXV, D.*1984, 231.

#### DOCUMENTS SPÉCIALISÉS

- Centre de services sociaux du Montréal métropolitain, *L'adoption d'un enfant...*, Montréal, décembre 1982, 15 p.

- Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, *Document de travail sur les problèmes éthiques posés par le recours aux "mères de substitution"*, Paris, 23 octobre 1984, 28 p. [non publié].
- Department of Health and Social Security, *Report of the Committee of Inquiry Into Human Fertilisation and Embryology*, London, Her Majesty's Stationery Office, 1984, vii, 103 p.
- Nations Unies, *Droits de l'homme: recueil d'instruments internationaux*, New York, N.U., 1978, vii, 131 p.
- Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, Vol. I, *Projet de Code civil*, Montréal, Ed. officiel du Québec, 1978, xi, 786 p.
- Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, Vol. II, *Commentaires*, T. 2, Montréal, Ed. officiel du Québec, 1978, xxii, 1109 p.
- Québec, ministère des Affaires sociales, *Document de consultation sur la politique familiale: pour les familles québécoises* (Président: C. Laurin), octobre 1984, 114 p.
- Royal College of Obstetricians and Gynecologists, *Report of the R.C.O.G. Ethics Committee of In Vitro Fertilisation and Embryo Transfer or Replacement*, R.C.O.G., London, Mars 1983, 19 p.

#### AUTRES PUBLICATIONS

- AYAT, J., "Faut-il interdire le prêt d'utérus?", (1985) 16 *La Recherche* 102.
- DUDDIN, J.M., "Le phénomène des mères porteuses arrive au Québec", *Journal de Montréal*, 24 octobre 1984, p. 3.
- GUIBAULT, J., "Votre patient a le droit de savoir", (1985) 1 *L'Economiste médical* 52.
- HUTCHINSON, A. et D. MORGAN, "Rent-a Womb: Society's Dilemma", *The Globe and Mail*, Toronto, 11 décembre 1984, p. 7.
- KNOPPERS, B.M. et L. LUSSIER, "L'intégrité de la personne", *Le Devoir*, Montréal, 15 mars 1983, p. 13.
- OUVARD, C., "Assurance-responsabilité "No-Fault" en médecine - c'est faisable. Mais est-ce souhaitable?", (1985) 6 *L'Actualité médicale* 4.
- SHAUGHNESSY, J., "It's Mom vs Child in Court Womb of the Future", (1985) 1 *Medical Post* 63.
- SUTHERLAND, R., "What's New in Medical Law: Med. Post Get Insider's View", (1985) 1 *Medical Post* 11.
- UNTIZEREA, D., "La première mère porteuse française", (1984) 188 *Parents* 46.
- X, "La Cour confie la garde de "bébé Cotton" au couple US", *Le Devoir*, Montréal, 15 janvier 1985, p. 4.

#### DICTIONNAIRE

*Le Petit Robert 1: dictionnaire de la langue française*, Paris, S.N.L. 1981, xxxi, 2171 p.

#### JURISPRUDENCE CANADIENNE ET QUÉBÉCOISE

- A... c. B..., [1982] R.L. 286 (C.S.)
- A... c. L..., [1982] C.S. 964
- Adoption - 5, [1980] T.J. 2011
- Adoption - 15, [1982] T.J. 2003
- Adoption - 17, [1982] C.A. 58

- Adoption - 18, [1982] T.J. 2009
- Bleau c. Petit, (1902) 6 R.P. 353 (C.S.)
- Boily c. Vallé, [1966] B.R. 1001
- Borowski c. P.G. Canada, (1983) 4 D.L.R. (4th) 112, 8 C.C.C. (3d) 392, [1984] 1 W.W.R. 15 (Sask. Q.B.)
- Brisbois c. Brisbois, [1972] C.A. 8
- Catford c. Moreau, [1978] C.S. 933
- Dame Langlois c. Meunier, [1973] C.S. 301
- Descôteaux c. Descôteaux, [1972] C.A. 279
- Droit de la famille - 25, [1983] C.A. 102
- Droit de la famille - 48, [1983] C.S. 412
- Droit de la famille - 52, [1983] C.A. 388
- Droit de la famille - 61, [1983] C.S. 426
- Droit de la famille - 65, [1983] C.S. 420
- Droit de la famille - 66, C.S. Beauharnois, no 760-04-000093-81, 9 juin 1983
- Droit de la famille - 76, [1983] T.J. 2055
- Droit de la famille - 77, [1983] C.S. 692
- Droit de la famille - 81, T.J. Mtl, no 500-43-000974-823, 22 janvier 1985
- Droit de la famille - 104, [1984] C.S. 93
- Droit de la famille - 107, [1984] T.J. 2001
- Droit de la famille - 110, [1984] C.S. 99
- Droit de la famille - 155, C.S. Mtl, no 500-04-003244-838, 4 juillet 1984
- Droit de la famille - 183, C.S. Beauharnois, no 760-12-003823-81, 24 janvier 1985 [retenue pour publication]
- Droit de la famille - 184, T.J. Québec, no 200-43-000088-845, 22 janvier 1985
- Dugal c. Lefebvre, [1934] R.C.S. 501
- Duval c. Séguin, [1972] 2 O.R. 686, 26 D.L.R. (3d) 418 (H.C.)
- Gyore c. Gulyas, [1974] C.S. 146
- Hurvey c. Lacroix, [1985] C.S. 11
- Hett c. PunPong, (1890) 18 R.C.S. 290
- Hôpital général de la région de l'amiante Inc. c. Perron, [1979] C.A. 567
- Institut Philippe Pinel c. Dion, [1983] C.S. 438
- King c. Low, (1985) 16 D.L.R. (4th) 576 (C.S.C.)
- Latreille c. Joly-Latreille, [1974] C.S. 173
- Macdonald c. Macdonald, [1976] 2 R.C.S. 259
- Ménard c. Ménard, [1981] C.S. 60, conf. C.A. Mtl, nos 500-09-001427-806 et 500-09-001433-804, 4 septembre 1981
- Montreal Tramways Co. c. Léveillé, [1933] R.C.S. 456, [1933] 4 D.L.R. 337
- P.G. Canada c. Hôpital Notre-Dame, [1984] C.S. 426
- Protection de la jeunesse - 6, [1980] T.J. 2016
- Protection de la jeunesse - 21, T.J. Rimouski, nos 100-41-000011-79 et 100-41-000012-79, 8 décembre 1980
- Protection de la jeunesse - 37, T.J. St-François, no 450-41-000345-81, 17 juillet 1981
- Protection de la jeunesse - 39, T.J. Québec, no 200-41-000350-75, 21 septembre 1981
- Protection de la jeunesse - 44, [1981] T.J. 2073
- Protection de la jeunesse - 45, T.J. Bedford, no 460-41-000215-78, 29 septembre 1981
- Protection de la jeunesse - 109, T.J. Abitibi, no 170-41-000005-83, 27 septembre 1983
- Protection de la jeunesse - 114, T.J. Mtl, no 500-42-000163-833, 18 octobre 1983
- Protection de la jeunesse - 133, [1984] T.J. 2061
- Protection de la jeunesse - 136, [1984] C.P. 2077
- Protection de la jeunesse - 140, [1984] T.J. 2080
- Protection de la jeunesse - 143, T.J. Mtl, no 500-41-000353-840, 17 septembre 1984

- Protection de la jeunesse - 150, T.J. Longueuil, no 505-41-000112-849, 11 octobre 1984  
 Protection de la jeunesse - 155, C.S. Gaspé, no 110-24-000001-849, 26 novembre 1984  
 R. c. Morgentaler, (1984) 47 O.R. (2d) 353, 12 D.L.R. (4th) 502 (H.C.)  
 Racine c. Woods, (1984) 1 D.L.R. (4th) 193  
 Re R.L. Crain Inc. c. Couture, (1983) 6 D.L.R. (4th) 478 (Sask. Q.B.)  
 Re T. and Catholic Children Aid Society of Metropolitan Toronto, (1984) 46 O.R. (2d) 347, 39 R.F.L. (2d) 279 (Prov. Ct.)  
 Ross c. Ross, (1896) 25 R.C.S. 307  
 Smith c. McInnis, [1978] 2 R.C.S. 1357, 91 D.L.R. (3d) 190 4 C.C.L.T. 154, 25 N.S.R. (2d) 272, 19 N.R. 608  
 Stevenson c. Florant, [1925] R.C.S. 532  
 Taillon c. Donaldson, [1953] 2 R.C.S. 257  
 Talsky c. Talsky, [1976] 2 R.C.S. 292, 62 D.L.R. (3d) 267  
 Tremblay c. Boivin, C.S. Québec, no 200-12-023295-802, 11 mars 1981  
 Trudeau c. Arial, [1981] C.S. 727  
 V... c. M..., [1983] C.S. 87  
 X c. Mellen, [1957] B.R. 389

#### JURISPRUDENCE AMÉRICAINE

- Eisenstadt c. Baird, 405 U.S. 438 (1972)  
 Griswold c. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965)  
 In re Cavitt, 182 Neb. 712, 157 N.W. 2d 171 (S.C. (1968))  
 Jefferson c. Griffin Spalding County Hospital, 247 Ga 86, 274 S.E. 2d 457 (Ga Sup. Ct (1981))  
 Olmstead c. United States, 277 U.S. 438 (1928)  
 Roe c. Wade, 410 U.S. 113 (1973)  
 Syrkowski c. Appleyard, 122 Mich. App. 506, 333 N.W. 2d 90 (Mich. App. Ct (1983))  
 Taft c. Taft, 388 Mass. 331, 446 N.E. 2d 395 (Mass. Sup. Jqd. Ct (1983))

#### LÉGISLATION CANADIENNE ET QUÉBÉCOISE

##### Codes

- Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34  
 Code de procédure civile, L.R.Q., c. C-25  
 L. SAINTONGE-POITEVIN, *Les Codes civils*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1982

##### Chartes

- Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I, Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, (R.-U.) 1982, c. 11  
*Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1975, L.R.Q., c. C-12

##### Lois

- Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, L.Q. 1982, c. 21  
*Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39  
*Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1982, c. 61  
*Loi modifiant la Loi sur le changement de nom*, L.Q. 1977, c. 19, L.R.Q., c. C-10  
*Loi sur l'assurance-maladie*, L.R.Q., c. A-29  
*Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1  
*Loi sur la protection de la santé publique*, L.R.Q., c. P-35  
*Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., c. S-5

#### Règlements

- Code de déontologie des médecins, R.R.Q., 1981, c. M-9, r. 4  
 Code de déontologie des avocats, R.R.Q. 1981, c. B-1, r. 1  
*Règlement d'application de la Loi sur la protection de la santé publique*, R.R.Q. 1981, c. P-35, r. 1  
 1  
*Règlement d'application de la Loi sur les services de santé et les services sociaux*, R.R.Q. 1981, c. S-5, r. 1

#### Projets de loi

- Québec, *Avant-projet de loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*, déposé le 11 juillet 1984  
 Québec, *Projet de loi no 106, Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes*, 3e sess., 32e Lég., 1982  
 Québec, *Projet de loi no 20, Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*, 5e sess., 32e Lég., 1984

#### Projets de loi étrangers

- Australie, *A Bill for an Act Relating to the Regulation of Certain Procedures for the Alleviation of Infertility or to Assist Conception, to Amend the Human Tissue Act 1982 and the Freedom of Information Act 1982, to Prohibit Agreements Relating to Surrogate Motherhood and Other Purposes*, Première lecture le 25 octobre 1984  
 Californie, California Assembly Bill No. 3771. Part 9, *Surrogate Parent Act of 1982*  
 Michigan, House of Representatives, *Surrogate Parenting Legislation*, Substitute for House Bill No. 4114, juin 1983; et *The Surrogate Parenting Act*, House Bill No. 4555, avril 1985