



**À l'écoute de la parole des adultes et des enfants concernés :
pour une réforme pragmatique du droit de la famille**

Mémoire présenté à la Chambre des notaires du Québec
dans le cadre de la Commission citoyenne sur le droit de la famille

Isabel Côté

Professeure agrégée
Département de travail social
Université du Québec en Outaouais

Kévin Lavoie

Doctorant en sciences humaines appliquées
Faculté des arts et des sciences
Université de Montréal

Mai 2018

Table des matières

À propos des auteur.e.s.....	ii
Présentation du mémoire	1
La concrétisation d'un projet parental avec l'aide d'un tiers donneur en contexte privé	2
La filiation pluriparentale.....	4
La gestation pour autrui.....	6
Les conventions de gestation pour autrui.....	6
La médiation pour favoriser le dialogue entre les personnes impliquées	9
La filiation de l'enfant né par GPA.....	11
Autres dispositions	15
La question des origines	20
Conclusion	25

À propos des auteur.e.s

Isabel Côté est professeure agrégée au département de travail social et membre du Centre d'études et de recherche en intervention familiale (CÉRIF) de l'Université du Québec en Outaouais. Elle est aussi membre du Partenariat de recherche Familles en mouvance et du Réseau québécois en études féministes (RéQEF), ainsi que chercheure associée à la Chaire de recherche sur l'homophobie. Elle s'intéresse aux pratiques familiales émergentes, notamment les familles homoparentales dont les enfants sont nés grâce à la participation d'une tierce personne. Ses travaux de recherche actuels portent plus spécifiquement sur le rôle du donneur de sperme connu auprès des enfants des familles lesboparentales et les motivations d'hommes gais à fonder leur famille grâce à la gestation pour autrui (GPA), de même que les enjeux identitaires des adolescences conçus grâce à un tiers donneur.

Kévin Lavoie est travailleur social et doctorant en sciences humaines appliquées à l'Université de Montréal. Il est membre étudiant du Réseau québécois en études féministes (RéQEF) et du Centre d'études et de recherche en intervention familiale (CÉRIF). Il est aussi chargé de cours en travail social et en psychoéducation à l'Université du Québec en Outaouais. Ses travaux de recherche actuels portent sur les aspects sociaux et relationnels de la procréation assistée par autrui, notamment le don de sperme en contexte privé au Québec et le rapport à la maternité chez les femmes canadiennes concernées par la gestation pour autrui et le don d'ovocytes. Pour son projet de thèse, il a obtenu la bourse d'études supérieures Vanier du Conseil de recherche en sciences humaines du Canada (CRSH).

Présentation du mémoire

Nous remercions la Chambre des notaires du Québec pour la mise sur pied de cette consultation visant à sonder la population québécoise à propos d'une réforme éventuelle du droit de la famille, une initiative qui s'avère nécessaire au regard des réalités familiales contemporaines et de l'état actuel du droit. Puisqu'un travail de fond a déjà été effectué par le Comité consultatif sur le droit de la famille présidé par monsieur Alain Roy, nous nous basons sur le rapport publié en 2015 pour développer notre argumentaire et formuler nos recommandations.

Les arguments présentés dans ce mémoire sont basés sur nos recherches menées depuis une dizaine d'années sur les techniques de reproduction assistée et soutenues par les principaux organismes subventionnaires québécois et canadiens. Nos travaux de recherche documentent différentes facettes des expériences des personnes directement concernées, lesquelles ont des implications directes sur l'encadrement normatif de ces configurations familiales émergentes. Prenant appui sur des constats empiriques, notre démonstration s'articule autour de trois thèmes :

1. La conception à l'aide d'un tiers en contexte privé et la filiation pluriparentale¹
2. La gestation pour autrui²
3. La question des origines³

En tant que chercheur.e.s en sciences sociales, notre contribution vise à éclairer le débat en restituant la parole des adultes et des enfants. Par le fait même, nous souhaitons alimenter la réflexion collective concernant la réforme du droit de la famille, en mettant en lumière les expériences et les pratiques sociales de familles dont la concrétisation du projet parental initial a requis l'implication d'un moins une tierce personne.

¹ Isabel CÔTÉ, *Deux mères, un donneur et des enfants : une reconfiguration des rôles familiaux?*, (CRSH, 2010-2012) ; Isabel CÔTÉ, *Les trajectoires des familles lesboparentales dont les enfants sont nés d'un donneur de sperme connu : comment évolue la relation du donneur aux enfants?* (FRQSC, 2013-2016) ; Kévin LAVOIE, Isabel CÔTÉ, Francine DEMONTIGNY, *L'expérience des hommes qui offrent leurs gamètes par le biais de sites Internet* (Chaire de recherche sur la santé psychosociale des familles, 2014-2015).

² Isabel CÔTÉ, *Représentations des rôles parentaux de couples gais ayant eu leurs enfants grâce à la gestation pour autrui* (FIRC-UQO, 2012-2014) ; Kévin LAVOIE, *Étude Matrices : vers une approche relationnelle et pragmatique des maternités assistées par tierces reproductrices* (CRSH 2014-2017) ; Kévin LAVOIE, *Aux côté des femmes concernées par la gestation pour autrui au Québec : perspectives familiales et professionnelles* (FRQSC, 2019-2021).

³ Isabel CÔTÉ, Geneviève PAGÉ, Diane DUBEAU, *Récits d'enfants sur leur constellation familiale* (CRSH, 2014-2016) ; Isabel CÔTÉ, Raphaële NOËL, Christine GERVAIS, Francine DEMONTIGNY, Diane DUBEAU, *Intégration des enjeux identitaires liés à sa conception par don de gamètes d'adolescents grandissant dans des familles lesboparentales et hétéroparentales* (CRSH, 2018-2022).

La concrétisation d'un projet parental avec l'aide d'un tiers donneur en contexte privé

Avec l'avènement de la *Loi instituant l'union civile et les nouvelles règles de filiation* en 2002, il est désormais possible de réaliser au Québec un projet parental par le recours aux forces génétiques d'autrui dans le cadre d'une entente de procréation assistée en contexte privé. Bien que des couples hétérosexuels puissent aussi opter pour cette procédure pour pallier l'infertilité du conjoint et ainsi concrétiser leur désir de fonder une famille, cette loi bénéficie principalement aux couples lesbiens en leur permettant de devenir toutes les deux mères sans devoir s'astreindre à un processus d'adoption. Il n'est donc pas surprenant que ce soit ce dernier cas de figure qui ait été principalement étudié, considérant le caractère novateur de la loi en ce qui a trait à la reconnaissance juridique de l'homoparenté.

Les balises juridiques instaurées par la *Loi instituant l'union civile et les nouvelles règles de filiation* apparaissent satisfaisantes actuellement pour les couples qui concrétisent leur projet parental avec l'aide d'un homme qui gravite dans leur entourage. La loi permet notamment de sécuriser les hommes qui acceptent d'agir comme donneur en les soustrayant au risque d'une réclamation en paternité non désirée⁴. Comme ces hommes peuvent également avoir une partenaire de vie, la loi a également le mérite de lever les inquiétudes que cette dernière pourrait avoir que son conjoint ait à endosser un jour un quelconque rôle parental avec d'autres enfants que ceux issus de leur union conjugale.

Nous adhérons à l'analyse du comité voulant que l'origine des gamètes ne doive avoir aucune importance quant à l'établissement de la filiation de l'enfant et, conséquemment, souscrivons à la recommandation n° 3.19 qui stipule que :

Aux fins du cadre juridique régissant la procréation assistée dite classique, il est recommandé d'interdire toute action visant à établir une filiation entre l'enfant et l'auteur de l'apport des forces génétiques au projet parental d'autrui, peu importe la forme qu'aura empruntée son assistance à la procréation.

Quant à la filiation de l'enfant, il importe que le mécanisme retenu demeure simple. Si nous ne désirons pas nous prononcer sur la pertinence d'abroger ou non la présomption de parenté (bien que nous doutions qu'une femme puisse effectivement entreprendre un processus de procréation assistée à l'aide d'un tiers à l'encontre de la personne qui partage sa vie), il n'en reste pas moins que la recommandation n° 3.14 est pertinente :

⁴ Isabel CÔTÉ et Kévin LAVOIE (2016), « De la procréation 'assistée par' autrui à la procréation 'négociée avec' autrui. Dialogue autour de la place du tiers donneur dans le projet parental de mères lesbiennes au Québec », *Revue Queletek*, 4(1), pp. 101-121; Isabel CÔTÉ, Kévin LAVOIE (2018, sous presse), « A child wanted by two, conceived by several: lesbian-parent families negotiating procreation with a known donor », *Journal of GLBT family studies*; Kévin LAVOIE, Isabel CÔTÉ, Francine DEMONTIGNY (2018), « Assisted reproduction in the digital age: Stories of Canadian sperm donors offering their gametes on line via introduction websites », *The Journal of Men's Studies*, 26(2), pp. 184-202.

Il est recommandé de consacrer en toutes lettres les modes d'établissement de la seconde filiation de l'enfant issu d'une procréation assistée dite classique que constituent la reconnaissance formelle de parenté (dans la déclaration de naissance) et la possession constate d'état.

Cela dit, plusieurs couples lesbiens et leur donneur formalisent déjà les résultats de cette période de négociation par une entente écrite, qu'il soit signé en bonne entente entre les parties ou qu'il fasse l'objet d'un contrat formalisé par un représentant juridique. Toutefois, les personnes que nous avons rencontrées dans le cadre de nos recherches conviennent que la relation qui les unit est un garant supérieur à toute convention légale pour préserver la bonne entente et, conséquemment, pour s'assurer que les rôles et les responsabilités convenus à l'égard des enfants soient respectés⁵.

Si nous partageons l'avis du Comité à savoir qu'une convention formelle pourrait protéger les parties, il n'en reste pas moins que nous souscrivons surtout à son analyse voulant que⁶ :

Poser l'exigence d'un écrit ou imposer toute autre formalité, sous peine de nullité du projet parental, s'avérerait toutefois préjudiciable à ceux et celles qui, sans satisfaire aux conditions de forme prescrites, seraient néanmoins en mesure d'en faire la preuve, y compris dans le cadre d'une action judiciaire. Qui plus est, il serait tout à fait contraire à l'intérêt de l'enfant issu de la procréation assistée de faire obstacle à l'établissement d'une filiation avec chacun de ses parents d'intention, alors même que toutes les conditions de fond du processus ont été satisfaites.

Nous convenons également que la relation sexuelle comme option disponible de procréation assistée peut conduire à des situations non souhaitées voulant que des hommes se soustraient d'une paternité non désirée suite à un rapport sexuel ayant conduit à une grossesse imprévue⁷, et ce, à l'encontre de l'enfant ainsi conçu et de sa mère.

Tout cela explique pourquoi la recommandation n° 3.12 nous semble conséquente :

Aux fins du cadre juridique régissant la procréation assistée dite classique, il est recommandé de préciser la nécessité pour le tiers dont l'assistance est requise de connaître la nature de sa contribution au projet parental d'autrui;

Il est en outre recommandé de ne pas imposer de conditions de forme particulières au projet parental.

⁵ Isabel CÔTÉ, Kévin LAVOIE (2016), op cit. 4; Isabel CÔTÉ, Kévin LAVOIE (2018, à paraître), op cit. 4

⁶ COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE (2015), *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, sous la présidence d'Alain Roy, Québec, ministère de la justice, page 157.

⁷ F.P. c. P.C. [2005] R.D.F. 268 (C.S.).

La filiation pluriparentale

La pluriparenté reste encore aujourd'hui un impensé du droit de la famille au Québec. Nous nous désolons que le Comité consultatif n'exprime pas d'ouverture à cet effet, comme en témoigne la recommandation n° 3.20 de son rapport :

Il est recommandé de maintenir la règle actuelle qui limite à deux le nombre de parents qu'un enfant peut avoir, que ce soit en matière de procréation assistée ou en toute autre matière.

Pour le Comité, la reconnaissance de trois, voire quatre parents relève d'une situation « bancale »⁸, élaborée pour plaire aux adultes et faisant fi du véritable intérêt de l'enfant qui ne commande pas « qu'on attribue une filiation au donneur »⁹. Le comité propose plutôt d'élargir l'exercice de la parentalité.

Il appert que le Comité fait preuve d'une conception réductrice et déficiente de la pluriparenté, lorsqu'il compare la concrétisation d'un projet parental à l'aide d'un tiers (donc, d'un donneur) et l'élaboration d'un projet pluriparental menant à l'exercice d'une coparentalité planifiée entre plusieurs parents. Dans le deuxième cas de figure, tous les adultes sont parties prenantes au projet parental. Les décisions concernant l'enfant sont prises en collégialité entre les adultes qui se considèrent comme ses parents. C'est ainsi que le système familial lui est expliqué. Les enfants conçus dans le cadre d'un projet pluriparental que nous avons rencontrés tiennent d'ailleurs un discours différent de ceux qui sont conçus grâce à l'apport d'un tiers de procréation, et ce, même s'ils le connaissent et sont parfois socialisés auprès de lui.

Les familles homoparentales, en impliquant nécessairement une personne extérieure au couple parental pour la conception de leurs enfants, sont celles qui sont le plus susceptibles de tirer profit d'un élargissement de la filiation pluriparentale. De fait, ces familles participent à l'éclatement d'une vision essentialiste de la famille en mettant de l'avant la réflexivité à la base de leur projet parental. Cette réflexivité tient nécessairement compte, non seulement des options disponibles pour concrétiser le projet parental, mais également de la forme de la structure familiale et de qui sera reconnu comme les parents des enfants.

Une reconnaissance de la pluriparenté permettra aux enfants qui grandissent dans ce contexte d'avoir une reconnaissance conséquente de leur système familial. Cela apparaît d'autant plus important que, comme le souligne justement le professeur Alain Roy : « la filiation contribue à la construction identitaire¹⁰ ». Nous sommes entièrement d'accord avec cette affirmation.

⁸ COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE (2015), op cit., 6, page 165.

⁹ COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE (2015), op cit., 6, page 166.

¹⁰ Alain ROY (2004), « La filiation homoparentale : esquisse d'une réforme précipitée », *Enfances Familles Générations*, 1, p. 101-120

D'ailleurs, un jugement récent de la Cour supérieure témoigne des limites de la loi actuelle lorsque le projet parental est le fait de trois, voire de quatre personnes¹¹.

C'est pourquoi nous recommandons que :

- **La règle actuelle qui limite à deux le nombre de parents soit élargie à quatre parents légaux ;**
- **Un mécanisme, inspiré par le modèle de la Colombie-Britannique, soit prévu afin de permettre la reconnaissance d'une entente de préconception entre les adultes prenant part au projet parental.**

¹¹ Droit de la famille — 18968, 2018 QCCS 1900.

La gestation pour autrui

Bien qu'il s'agisse d'une pratique marginale en regard des autres techniques de reproduction assistée, la gestation pour autrui (GPA, ou pratique de « mère porteuse ») demeure un mode d'entrée en famille très controversé. Plusieurs éléments contribuent à la stigmatisation des personnes impliquées dans une telle entente, les parents d'intention et les femmes porteuses, mais aussi les enfants ainsi nés. Parmi ces éléments, soulignons les nombreux faits galvaudés et nourris par des considérations émotives ou idéologiques, de même que l'absence d'encadrement législatif au Québec.

La gestation pour autrui soulève de nombreux questionnements éthiques qui ne peuvent être évacués. Pour y réfléchir de façon raisonnée et constructive, nous estimons que la discussion doit impérativement fait état des constats empiriques, et ce, dans le but d'assurer la protection de l'ensemble des parties, au premier plan les enfants. Le « flou juridique » qui persiste actuellement au Québec est un facteur qui exacerbe la vulnérabilité des personnes impliquées, puisqu'il fait en sorte qu'elles naviguent à travers les systèmes juridiques et médicaux en l'absence d'un encadrement cohérent et fiable qui les protège adéquatement¹².

Nous saluons le courage politique du Comité d'avoir proposé un encadrement de la pratique et ne pouvons que souscrire à la recommandation n° 3.21 qui stipule :

Dans le respect du principe de l'intérêt de l'enfant et du droit des femmes à la dignité et à la libre disposition de leur corps, il est recommandé d'instituer un cadre juridique spécifique permettant de reconnaître des effets au projet parental impliquant le recours à une mère porteuse.

Les conventions de gestation pour autrui

Considérant la situation actuelle au Québec sur la nullité des conventions de GPA et les craintes qui lui sont associées, plusieurs parents d'intention se tournent vers des agences spécialisées situées dans d'autres provinces canadiennes, principalement l'Ontario, pour établir une entente avec une femme porteuse. Dans ces situations, les démarches juridiques sont orchestrées par des agences privées. D'autres, qui réalisent plutôt leur projet parental à l'aide d'une femme porteuse issue de leur entourage ou encore, rencontrée sur les réseaux socionumériques, vont tout de même franchir les frontières québécoises pour signer un contrat, croyant ainsi être adéquatement protégés. La préoccupation principale des parents est, évidemment, la garantie que l'enfant leur sera remis. Quant aux femmes porteuses, le contrat représente pour elles la certitude que leur geste n'est pas un acte criminel ou illégal, ce qui leur procure une certaine paix d'esprit leur permettant de vivre de façon plus sereine leur grossesse pour autrui.

¹² Kévin LAVOIE, Isabel CÔTÉ (2018, à paraître), « Navigating in Murky Waters: Legal Issues Arising From a Lack of Surrogacy Regulation in Quebec ». Dans Angela CAMERON, Alana CATTAPAN & Vanessa GRUBEN (Éds.). *Surrogacy in Canada: Critical Perspectives in Law and Policy*.

Les contrats proposés par les agences soulèvent néanmoins de nombreux questionnements. D'une part, ces contrats sont préparés à partir d'un format prédéfini (souvent en provenance des États-Unis, où la régulation de la pratique est très différente), lequel ne tient pas compte des particularités de chaque situation ni des aspirations ou motivations des personnes concernées, notamment lorsque la femme porteuse souhaite endosser un certain rôle parental auprès de l'enfant ou quand le projet découle d'une entente amicale. Qui plus est, certaines clauses incluses dans le contrat sont jugées superflues, voire inappropriées. La clause de confidentialité a été fréquemment mentionnée par nos participantes comme un exemple d'une mesure « absurde » comprise dans les contrats, surtout à l'ère des réseaux sociaux. Cette clause stipule que les parties ne doivent pas témoigner ou afficher publiquement du processus de GPA. Pour les femmes enceintes qui portent pour autrui, la grossesse rend difficile le respect de cette disposition, contrairement à la marge de manœuvre dont jouissent les parents d'intention pour dévoiler le projet à leur entourage et leurs collègues de travail, par exemple.

D'autres clauses soulèvent des enjeux préoccupants en ce qui concerne l'autonomie corporelle des femmes, soit les restrictions imposées à la femme porteuse pendant la grossesse de même que les prises de décision sur le plan médical durant cette même période. Ainsi, les contrats proposés par les agences énumèrent bien souvent une liste imposante de restrictions. Outre les prescriptions habituelles liées à la consommation d'alcool, de tabac et de drogues, d'autres spécificités peuvent s'ajouter telles que l'obligation de tenir à jour quotidiennement un journal alimentaire, l'interdiction de consommer certains aliments ou certaines boissons (fruits de mer, fromage, repas de restauration rapide, café, boisson gazeuse, etc.), la demande ne pas faire la pratique d'un sport jugé à risque pour le fœtus, ne pas prendre leurs propres enfants dans les bras pour ne pas risquer une fausse-couche. Bref, la liste des restrictions peut varier grandement d'une situation à l'autre. Si les femmes porteuses que nous avons rencontrées s'engagent à suivre les recommandations du médecin et à faire le nécessaire pour assurer la santé de l'enfant à naître, certaines clauses « dépassent les bornes » selon elles.

La question de l'avortement ou de la réduction embryonnaire est souvent enchâssée dans ces contrats. Nos données révèlent que certaines femmes porteuses font explicitement exclure des contrats plusieurs conditions en vue d'éviter que les parents d'intention ne sollicitent un avortement en cas de pathologie diagnostiquée chez le fœtus. Ainsi, seules les pathologies pouvant compromettre la survie du bébé suite à sa naissance sont considérées par ces femmes comme étant un motif valable d'avortement. De même, plusieurs femmes spécifient le nombre d'embryons qu'elles conviennent de porter. D'autres n'ont pas d'avis particulier ou préfèrent ne pas se prononcer sur ces questions, estimant que ces préoccupations sont du ressort des couples pour lesquels elles acceptent d'agir comme femme porteuse. En général, ces amendements sont très bien acceptés par les parents.

Par ailleurs, pendant les suivis de grossesse, plusieurs examens médicaux et tests de dépistage sont exécutés par les professionnels de la santé. Ces derniers doivent désigner leur interlocutrice, c'est-à-dire leur patiente lors de ces rencontres périnatales, dans un contexte où trois personnes sont impliquées dans le projet de GPA.

C'est ainsi que, pris dans une situation où les professionnels de la santé ne savent pas toujours comment se positionner entre la femme porteuse et les parents d'intention, il arrive que certains d'entre eux consultent les parents pour des actes médicaux qui seront posés sur la femme porteuse, et ce, principalement lors de l'accouchement. Cela peut causer de la détresse, non seulement chez les parents d'intention qui ne se sentent pas habilités à répondre et qui considèrent que l'autonomie de la femme porteuse doit être absolue, mais également chez cette dernière qui peut en venir à accepter des actes médicaux – telle une césarienne par exemple – alors qu'elle ne l'aurait pas fait pour son propre accouchement¹³.

Notons que les ententes informelles témoignent d'une plus grande flexibilité et s'apparentent beaucoup à celles formulées entre les couples lesbiens et les donneurs de gamètes que nous avons rencontrés, même si les considérations sont évidemment différentes. Ainsi, dans le cadre d'une entente de GPA établie à l'amiable, la confiance mutuelle prend une importance marquée, puisqu'il s'agit de l'unique assurance du respect de l'entente entre les parties. Plusieurs motifs sont avancés par les participants pour expliquer leur choix de s'en remettre à l'honneur et à la parole de l'autre : ressources financières limitées ne permettant pas de payer les honoraires d'un avocat, désintérêt envers les questions légales, désir de maintenir une entente souple et flexible, ou volonté de préserver l'authenticité de la relation préexistante le cas échéant, sans la teinter de la froideur et des contraintes associées à un contrat légal. Dans ces circonstances, établir le lien de confiance passe par la validation d'une vision commune du projet de GPA. Les parents d'intention et les femmes porteuses, souvent accompagnées de leur mari et de leurs enfants, planifient alors des moments (un souper, par exemple), pour discuter de l'entente. Les aspirations, les besoins et les craintes des personnes sont alors abordés de façon plus ou moins explicite, de même que les considérations médicales.

Lors de cette période de discussion à trois ou à quatre, l'objectif avoué est de se familiariser avec les valeurs et le tempérament de l'autre, vérifier si leurs personnalités sont compatibles pour être en mesure de vivre cette aventure ensemble et valider les grandes lignes de l'entente. La négociation s'inscrit dans une approche relationnelle du moment présent où le rôle de chacun est en construction, étant donné l'absence de modèles et la singularité du processus. Dans ce contexte, l'identification de problèmes potentiels pour dicter une marche à suivre ne fait pas partie de la discussion initiale, puisque la vision d'ensemble du projet de GPA est plus importante que la somme des éléments pouvant être mis sous contrat dans une entente formalisée¹⁴.

¹³ Kévin LAVOIE, Isabel CÔTÉ (2018, à paraître), op cit., 12 ; Isabel CÔTÉ, François SALLAFRANQUE-ST-LOUIS (2018), « La gestation pour autrui comme technique de procréation relationnellement assistée », Dans Isabel CÔTÉ, Kévin LAVOIE, Jérôme COURDURIES (Éds.). *Perspectives internationales sur la gestation pour autrui : expériences des personnes concernées et contextes d'action* (p. 53-73), Québec, Presses de l'Université du Québec ; Hélène MALMANCHE (2018), « Blouses blanches dans la zone grise », Dans Isabel CÔTÉ, Kévin LAVOIE, Jérôme COURDURIES (Éds.). *Perspectives internationales sur la gestation pour autrui : expériences des personnes concernées et contextes d'action* (p. 251-268), Québec, Presses de l'Université du Québec.

¹⁴ Kévin LAVOIE, Isabel CÔTÉ, (2018, à paraître) op cit., 12 ; Kévin LAVOIE, Isabel CÔTÉ, (2018), « Gestation pour autrui et réseaux sociaux : mise en relation et négociation des ententes au sein d'une communauté en ligne ». Dans *Perspectives internationales sur la gestation pour autrui : expériences des personnes concernées et contextes d'action* (p. 207-224), Québec, Presses de l'Université du Québec.

Tout cela confirme donc l'importance de mettre en œuvre des modalités qui permettraient aux parties de discuter des tenants et aboutissants d'un projet par GPA préalablement à sa concrétisation. À cet effet, le Comité formule la recommandation suivante (n° 3.21.1).

Aux fins du cadre juridique applicable au projet parental impliquant le recours à une mère porteuse, il est recommandé d'instituer une première voie procédurale administrative qui, en raison des garanties dont elle sera assortie, permettra au directeur de l'état civil de procéder, après la naissance de l'enfant, à l'inscription de sa filiation avec les parents d'intention, du consentement de toutes les parties.

Plus spécifiquement, il est recommandé que la voie administrative ne trouve application que dans la mesure où :

- a. Les parents d'intention et la mère porteuse ont bénéficié des conseils d'un notaire et le projet parental a été consigné par acte notarié avant la conception de l'enfant;*
- b. Les parents d'intention et la mère porteuse ont rencontré individuellement un professionnel du centre jeunesse (ou dûment mandaté par l'institution) aux fins d'obtenir l'éclairage nécessaire sur les conséquences psychosociales du projet parental convenu et sur les questions éthiques qu'il implique.*

Si nous saluons la proposition du Comité d'instaurer une voie dite « administrative » facilitant l'établissement de la filiation de l'enfant conçu par GPA, la formule proposée nous apparaît toutefois lourde et compliquée. D'une part, la spécialisation inhérente au fait de proposer un tel service entraînera inévitablement une surenchère des coûts associés à la consultation avec un notaire en pratique privée¹⁵. D'autre part, le fait de consulter un intervenant en Centre jeunesse pourrait être rébarbatif pour plusieurs personnes, puisque ces intervenants sont généralement associés aux familles en difficulté.

La médiation pour favoriser le dialogue entre les personnes impliquées

Dans le but de favoriser le dialogue entre les personnes impliquées, nous estimons que le processus de médiation familiale du ministère de la Justice est un modèle d'intervention porteur qui pourrait facilement être adapté aux circonstances particulières de la GPA. Non seulement les médiateurs agréés sont-ils habilités à négocier des ententes entre des parties pouvant avoir des intérêts divergents dans un contexte de charge émotive élevée, mais sont-ils également en mesure d'individualiser les conventions non seulement dans l'intérêt supérieur de l'enfant, mais également celui de chacune des parties.

¹⁵ D'un point de vue féministe, si nous adoptons une posture critique face au fait que la GPA devrait être proposée à titre gracieux par une femme pour éviter une quelconque marchandisation, nous trouvons qu'il est contradictoire que de l'argent puisse être échangé au profit de tous les intermédiaires qui interviennent dans le processus sans que leurs motivations ne soient sujettes à caution.

Ce processus de « négociation raisonnée¹⁶ » permettrait également aux parties de faire preuve d'agentivité, ce que réclament les femmes porteuses et les parents d'intention que nous avons rencontrés. Enfin, le fait que le processus se déroule en plusieurs étapes permettrait aux parties de prendre le temps de réflexion nécessaire préalablement à la concrétisation du projet, ce qui représente un gage important de maintien d'une relation satisfaisante à long terme¹⁷.

Par ailleurs, un certain nombre de sessions de médiation en vue de l'établissement d'une convention de gestation pour autrui devrait être offert à titre gracieux, au même titre qu'elles le sont actuellement pour les parents en situation de séparation. La gratuité du service de médiation nous paraît ici importante, afin d'éviter que les personnes impliquées soient tentées de galvauder cette étape afin de réduire la facture d'honoraires professionnels. Or, la négociation de l'entente est une étape cruciale du processus permettant une mise en dialogue des attentes et des besoins de chacune et chacun. Cette démarche s'inscrirait résolument dans une perspective préventive, afin de réduire les risques de mésentente ou de discorde portés devant les tribunaux.

Chaque partie devrait pouvoir être vue séparément, pour avoir l'opportunité de discuter librement et sans contrainte de ses attentes et appréhensions quant au processus de GPA, avant la mise en commun de la discussion. Ces sessions devraient permettre de renseigner les parties sur les modalités contraires aux législations existantes, notamment celles touchant l'autonomie corporelle absolue de la femme porteuse. Les parents d'intention pourraient alors être sensibilisés au fait que cette dernière ne doit pas être contrainte d'adopter quelque comportement que ce soit durant sa grossesse et qu'elle a le droit d'y mettre fin à tout moment, et ce, sans avoir à justifier sa décision. Ils doivent également être conscients qu'elle n'a pas d'obligation de subir un avortement si elle ne le souhaite pas. Enfin, la femme porteuse reste la maîtresse d'œuvre de toutes les décisions de santé la concernant et concernant le fœtus, et ce, jusqu'à ce que ce dernier soit juridiquement reconnu comme une personne.

¹⁶ Ministère de la Justice, définition et buts de la médiation, <https://www.justice.gouv.qc.ca/couple-et-famille/separation-et-divorce/la-mediation-familiale-pour-negocier-une-entente-equitable/definition-et-but-de-la-mediation/>

¹⁷ Isabel CÔTÉ, François SALLAFRANQUE-ST-LOUIS (2018), op cit., 13 ; Jérôme COURDURIÈS, « Ce que fabrique la gestation pour autrui », *Journal des anthropologues*, 144, pp. 53-76 ; Heather JACOBSON (2016), *Labor of love. Gestational surrogacy and the work of making babies*. NB, Rutgers University Press ; Kévin LAVOIE, Isabel CÔTÉ (2018, à paraître), op cit 12 ; Elly TEMAN (2010), *Birthing a Mother. The Surrogate Body and the Pregnant Self*. Berkeley, University of California Press ; Vasanti JADVA, Susan IMRIE, Susan GOLOMBOK (2015), « Surrogate mothers 10 years on: A longitudinal study of psychological wellbeing and relationships with the parents and child », *Human Reproduction*, 30(2), pp. 373-379.

Ces rencontres devront également permettre aux parents de bien comprendre les mécanismes par lesquels leur filiation à l'enfant sera établie. Outre ces considérations légales, les enjeux éthiques liés à la concrétisation d'un projet parental à l'aide d'une GPA doivent également être négociés entre les parties, notamment la façon dont sa conception sera expliquée à l'enfant, la décision des personnes impliquées d'avoir recours ou non au matériel génétique de la femme porteuse, les termes d'adresse qui seront utilisés pour la désigner, etc.

En résumé, nous recommandons que :

- **La convention de gestation pour autrui soit le résultat d'un processus de médiation offert par un médiateur agréé, mais dont les clauses concernant l'autonomie des femmes porteuses soient enchâssées dans un encadrement législatif ;**
- **Le processus de médiation permette de discuter des enjeux éthiques et relationnels découlant de la concrétisation d'un projet parental par gestation pour autrui ;**
- **Cinq heures de médiation soient offertes gratuitement ;**
- **La procédure permette d'établir la filiation de l'enfant sur simple déclaration au directeur de l'État civil.**

La filiation de l'enfant né par GPA

Deux voies sont proposées par le Comité pour l'établissement de la filiation de l'enfant, soit la voie « administrative » et celle découlant d'une procédure judiciaire. Si les médias rapportent souvent les situations où un processus de GPA s'est révélé être problématique, il n'en reste pas moins que la très grande majorité des recherches¹⁸, incluant les nôtres, concluent plutôt à un processus qui soit satisfaisant pour l'ensemble des parties.

Le comité propose ce qui suit :

Dans le cadre de la voie administrative, il est recommandé d'instituer des règles qui, pour l'essentiel :

- a. *Autoriseront la mère porteuse à remettre l'enfant aux parents d'intention dès après sa naissance dans le but de leur transférer l'autorité parentale, cette remise devant être constatée par écrit devant deux témoins ou par acte notarié;*
- b. *Autoriseront la mère porteuse et les parents d'intention à signer volontairement une déclaration commune de naissance dans les 30 jours de la naissance à l'intention du directeur de l'état civil aux fins de permettre l'établissement de la filiation de l'enfant avec ces derniers;*

¹⁸ Karen BUSBY, Delaney VUN (2010). « Revisiting The Handmaid's Tale: Feminist Theory Meets Empirical Research on Surrogate Mothers », *Canadian Journal of Family Law*, 26, pp. 13-93 ; Jennifer MERCHANT (2012), « Une gestation pour autrui éthique est possible », *Travail, genre, sociétés*, 2(28), pp. 183-189.

- c. *Permettront à la mère porteuse de rétracter son consentement à la remise de l'enfant et à l'établissement de sa filiation avec les parents d'intention dans les 30 jours de la naissance, provoquant ainsi la caducité du projet parental;*
- d. *Reconnaîtront la responsabilité des parents d'intention ou du parent d'intention qui auront provoqué la caducité du projet parental en refusant d'y donner suite après la naissance, cette responsabilité jouant tant à l'égard de l'enfant que de la mère porteuse;*
- e. *Permettront la finalisation du projet parental sur la base du consentement de la mère porteuse et d'un seul parent d'intention, en dépit du refus de l'autre parent d'intention initialement partie au projet parental, la responsabilité de ce dernier étant toutefois engagée à l'égard de l'enfant et de l'autre parent d'intention;*
- f. *Élimineront l'application de la voie administrative au profit de la voie judiciaire dans la mesure où la mère porteuse devient inapte ou disparaît avant d'avoir pu manifester sa volonté;*
- g. *Permettront d'assimiler à un refus l'incapacité factuelle ou juridique des parents d'intention ou de l'un d'eux de donner suite au projet parental;*
- h. *En cas de caducité du projet parental, permettront d'appliquer par défaut les règles relatives à la filiation de l'enfant né d'une procréation naturelle.*

Si nous accueillons favorablement cette proposition procédurale, nous nous inscrivons néanmoins en faux contre le libellé C qui permet à la femme porteuse de rétracter son consentement dans les trente jours suivant la naissance de l'enfant.

Nous souscrivons tout à fait à l'analyse du professeur Alain Roy devant les dangers de constitue toute période de « flottement » entre la naissance de l'enfant et l'établissement de sa filiation. Ainsi, suite à l'adoption de la *Loi instituant l'union civile et les nouvelles règles de filiation*, le professeur Roy a abondamment écrit¹⁹ sur les conséquences découlant du fait que le donneur de sperme puisse avoir un an pour réclamer sa filiation à l'enfant si la conception de celui-ci résulte d'une relation sexuelle.

¹⁹ Andréanne MALACKET, Alain ROY (2008) « Regards croisés sur la filiation homoparentale de l'enfant né d'une procréation assistée en droit québécois et comparé », Dans Claudine PARENT, Sylvie DRAPEAU, Michèle BROUSSEAU, Ève POULIOT (Éds.), *Visages multiples de la parentalité*, Québec, Presses de l'Université du Québec, pp. 388-413 ; Alain ROY(2003), « Le droit de la famille. Une décennie d'effervescence législative », *Revue du notariat*, 105, p. 215-272 ; Alain ROY (2004), op cit., 10 ; Alain ROY (2005), « Les couples de même sexe en droit québécois ou la quête d'une égalité sans compromis », *Annales de droit de Louvain*, 65(1-2), p. 29-48.

À ce propos, le professeur Roy précise²⁰ :

Durant les douze mois qui suivent la naissance, le deuxième lien de filiation de l'enfant demeurera donc incertain et pourrait éventuellement faire l'objet de marchandages. En effet, le géniteur pourrait être tenté de négocier son inaction en échange d'une contrepartie financière. Une telle perspective, convenons-en, heurte nos valeurs les plus fondamentales. La filiation devient susceptible de négociations, sans que l'intérêt de l'enfant ne soit nécessairement pris en compte. Qui plus est, l'ensemble des tractations pourrait s'effectuer dans la clandestinité la plus totale, en marge de tout contrôle judiciaire, le tribunal n'ayant à intervenir qu'en cas de conflit entre les différents protagonistes.

Bien que le délai proposé soit plus court (30 jours, plutôt qu'un an), il n'en reste pas moins que cette possibilité offerte à la femme porteuse de rétracter son consentement nous apparaît très problématique. La possibilité de marchandage d'une filiation en principe irréfragable ouvre effectivement la porte à l'émergence de conflits qui ne seront évidemment pas dans l'intérêt de l'enfant. On peut ainsi présumer que le père biologique de l'enfant de même que la femme porteuse pourraient, dans un tel contexte, se disputer la garde d'un enfant devenu, malgré lui, l'objet de lutte de pouvoir entre deux parties. Or, les effets délétères des conflits de garde pour les enfants sont bien documentés²¹.

Cela nous apparaît d'autant plus inapproprié que la voie administrative postule que les parties aient participé à un processus ayant permis une réflexion sur les enjeux éthiques découlant de la réalisation d'un projet parental à l'aide d'une GPA, dont ceux liés aux affects inhérents à ce type de processus. Par ailleurs, une telle clause suppose que la femme porteuse soit une personne vulnérable nécessitant protection à l'encontre d'elle-même du fait d'une décision qu'elle aurait prise et par la suite regrettée. Or, ce portrait ne représente absolument pas l'expérience des femmes porteuses ni leurs motivations à s'impliquer dans le projet parental d'autrui. Contrairement aux idées reçues, les femmes porteuses qui choisissent d'aller de l'avant dans un projet de GPA ont réfléchi aux tenants et aboutissements de leur démarche. Qui plus est, la notion de « pouvoir » est au cœur de leur réflexion, puisqu'elles se rendent rapidement compte que leur désir de porter un enfant pour un couple est grandement recherché. Cela augmente leur sentiment de contrôle de la situation.

²⁰ Alain ROY (2005), « Le nouveau cadre juridique de la procréation assistée en droit québécois ou l'œuvre inachevée d'un législateur trop pressé », 23, *L'Observatoire de la génétique*, p. 4.

²¹ Sylvie DRAPEAU, Amandine BAUDE, Jérôme OUELLET, Élisabeth GODBOUT, Hans IVERS, Marie-Christine SAINT-JACQUES (2017), « Relations between postdivorce custody arrangements, family contexts, and children's adjustment », *Journal of Child Custody*, 14(1), pp. 11-33 ; Élisabeth GODBOUT, Claudine PARENT, Marie-Christine SAINT-JACQUES (2014), « Le meilleur intérêt de l'enfant dont la garde est contestée : enjeux, contexte et pratiques », *Enfances, Familles, Générations*, 20, pp. 168-188.

Par ailleurs, le fait de permettre un tel délai de rétraction aurait comme impact d'insécuriser grandement les parents, qui pourraient alors avoir le réflexe de couper les liens avec la femme porteuse, nuisant ainsi à l'établissement d'une relation positive pouvant s'inscrire dans la durée après la naissance de l'enfant. Enfin, il est fort à parier que plusieurs parents s'engageront plutôt dans un processus interprovincial ou transnational pour éviter d'avoir à faire face à une telle éventualité au Québec.

Cela explique la raison pour laquelle nous recommandons que, pour la voie administrative :

- **La rétractation du consentement de la femme porteuse ne soit pas permise après la naissance de l'enfant.**

Advenant le fait que la voie administrative soit, le Comité propose la mise en place d'une procédure judiciaire, tel qu'en témoigne la recommandation n° 3.21.2 :

Aux fins du cadre juridique applicable au projet parental impliquant le recours à une mère porteuse, il est recommandé d'instituer une voie procédurale judiciaire subsidiaire à la voie administrative qui permettra au tribunal, du consentement de la mère porteuse et des parents d'intention ou de l'un d'eux, de prononcer après la naissance de l'enfant la substitution de la filiation en faveur du ou des parents d'intention, pour autant que la preuve du projet parental et de son antériorité par rapport à la conception de l'enfant lui soit apportée, par tous moyens.

La voie judiciaire prendrait la forme suivante, selon la recommandation n° 3.21.2.1

Dans le cadre de la voie judiciaire, il est recommandé d'instituer des règles qui, pour l'essentiel :

- a. Autoriseront la mère porteuse et les parents d'intention ou l'un d'eux à s'adresser au tribunal dans les 60 jours de la naissance pour lui demander de faire en sorte que la filiation de l'enfant avec les parents d'intention soit substituée à celle de la mère porteuse;*
- b. Reconnaîtront la responsabilité des parents d'intention ou du parent d'intention qui auront provoqué la caducité du projet parental en refusant d'y donner suite après la naissance, cette responsabilité jouant tant à l'égard de l'enfant que de la mère porteuse ;*
- c. Permettront la finalisation du projet parental sur la base du consentement de la mère porteuse et d'un seul parent d'intention, en dépit du refus de l'autre parent d'intention initialement partie au projet parental, la responsabilité de ce dernier étant toutefois engagée à l'égard de l'enfant et de l'autre parent d'intention;*
- d. Permettront au tribunal de rendre la décision qu'il estimera la plus favorable à l'enfant dans le cas où la mère porteuse décède, devient inapte ou disparaît avant d'avoir pu opposer son refus ou exprimer sa volonté;*
- e. Permettront d'assimiler à un refus l'incapacité factuelle ou juridique des parents d'intention ou de l'un d'eux de donner suite au projet parental;*

- f. *En cas de caducité du projet parental, permettront d'appliquer par défaut les règles relatives à la filiation de l'enfant né d'une procréation naturelle.*

Nous endossons le fait que la voie administrative soit privilégiée et, conséquemment, que le défaut d'y souscrire aurait comme conséquence de laisser le tribunal statuer sur la filiation d'un enfant ainsi conçu. Le processus proposé nous semble adéquat en ces circonstances.

Autres dispositions

Le comité propose également plusieurs autres dispositions eu égard à une entente de gestation pour autrui.

Il s'agit des recommandations n° 3.21.3 à 3.21.10.

Aux fins des règles d'établissement de la filiation de l'enfant né des suites d'un projet parental impliquant le recours à une mère porteuse, il est recommandé d'établir l'âge minimal de la mère porteuse et des parents d'intention à l'âge de la majorité.

Aux fins des règles d'établissement de la filiation de l'enfant né des suites d'un projet parental impliquant le recours à une mère porteuse, il est recommandé de ne pas établir de distinctions fondées sur l'apport ou non de son propre ovocyte par la mère porteuse.

Aux fins des règles d'établissement de la filiation de l'enfant né des suites d'un projet parental impliquant le recours à une mère porteuse, il est recommandé de ne pas exiger que la mère porteuse soit soumise à l'obligation de justifier d'une expérience de grossesse et de naissance antérieure.

Aux fins des règles d'établissement de la filiation de l'enfant né des suites d'un projet parental impliquant le recours à une mère porteuse, il est recommandé de ne pas imposer de conditions relatives à l'existence ou à l'absence de liens de parenté entre la mère porteuse et les parents d'intention.

Aux fins des règles d'établissement de la filiation de l'enfant né des suites d'un projet parental impliquant le recours à une mère porteuse, il est recommandé de ne pas proposer de dispositions concernant le nombre de contributions qu'une femme peut apporter à titre de mère porteuse.

Aux fins des règles d'établissement de la filiation de l'enfant né des suites d'un projet parental impliquant le recours à une mère porteuse, il est recommandé de ne pas faire de distinction en fonction du fait que les parents d'intention fournissent ou non leurs propres gamètes.

Aux fins des règles d'établissement de la filiation de l'enfant né des suites d'un projet parental impliquant le recours à une mère porteuse, il est recommandé de ne pas séparer la fratrie résultant d'une grossesse multiple.

Aux fins des règles d'établissement de la filiation de l'enfant né des suites d'un projet parental impliquant le recours à une mère porteuse, il est recommandé de ne pas soumettre les parents d'intention à une évaluation préalable de leurs capacités parentales

Ces propositions témoignent de la profondeur réflexive à laquelle le comité s'est astreint pour s'assurer que les nombreux aspects jouxtant la pratique soient couverts. Nous ne pouvons que souscrire à la majorité d'entre elles.

Toutefois, il nous apparaît important d'exiger la **preuve d'une grossesse** et d'un accouchement précédent la mise en œuvre d'une entente de GPA. En effet, bien que cela reste un phénomène rare, certaines femmes vivent des difficultés importantes lors de leur grossesse qui ne peuvent pas être appréhendées préalablement. Si les études sur les problématiques médicales durant la grossesse chez les femmes porteuses tendent à souligner le fait qu'elles se déroulent sans incident, cela est davantage vrai chez les femmes multipares que les femmes nullipares. Même si cela relève de l'ordre de l'épiphénomène, une revue systématique de la littérature a pu recenser quelques cas d'hystérectomie suite à une grossesse pour autrui²². Bien que chaque grossesse soit unique, nous pensons qu'il soit prudent d'exiger la preuve que la femme porteuse pressentie ait déjà mené une première grossesse à terme, et ce, en vue de favoriser sa santé et son bien-être.

Pour cela, nous recommandons que :

- **La femme porteuse ait déjà vécu une grossesse et un accouchement s'étant déroulés sans difficulté médicale avant d'entamer un tel processus pour autrui.**

Aussi, il importe que le **Régime québécois d'assurance parentale (RQAP)** puisse être adapté à cette réalité de la concrétisation d'un projet parental à l'aide d'une gestation pour autrui, ce qui n'est pas le cas actuellement²³.

Le Régime québécois d'assurance parentale permet de soutenir financièrement les nouveaux parents, de telle sorte qu'ils puissent être présents auprès de leurs enfants pour une durée maximale d'un an. Il comprend trois catégories de prestations : les prestations de maternité, les prestations de paternité ainsi que les prestations parentales.

²² Viveca SÖDESTRÖM-ANTILLA, Ulla-Britt WENNERHOLM, Anne LOFT, Anja PINBORG, Kristiina AITTOMÄKI, Liv BENTE ROMUNDSTAD, Christina BERGH (2016), « Surrogacy: outcomes for surrogate mothers, children and the resulting families - a systematic review », *Oxford Journal*, 22(2), pp. 260-276.

²³ Isabel CÔTÉ, Jean-Sébastien SAUVÉ (2016), « Homopaternité, gestation pour autrui: no man's land? », *Revue générale de droit*, 46(1), pp 29-69 ; Kévin LAVOIE et Isabel CÔTÉ (2018, à paraître), op cit 12.

Les premières sont d'une durée maximale de 18 semaines et spécifiquement dédiée à la femme qui a donné naissance. Les secondes, allant jusqu'à cinq semaines, peuvent être demandées par le père ou par la conjointe de la personne qui a donné naissance. Les troisièmes sont d'une durée maximale de 32 semaines et peuvent être demandées à la fois par la femme qui a donné naissance ou par son conjoint/sa conjointe²⁴. Tout cela fait en sorte que les parents peuvent rester un an auprès de leur nouveau-né.

Dans un contexte de GPA, la durée des prestations est moins longue, puisque les 18 semaines associées aux prestations de maternité sont retranchées du total. Les parents d'intention doivent donc se partager un maximum de 37 semaines, et ce, s'ils optent pour ne pas prendre de semaines de prestation concurremment. Pourtant, les bénéfices pour les nourrissons de pouvoir rester avec leurs parents pour une période d'un an ne sont plus à démontrer²⁵. Évidemment, il ne s'agit pas de retrancher des semaines de prestations à la femme porteuse, mais plutôt d'assurer aux enfants les mêmes droits de bénéficier de la présence continue d'au moins un parent pour la première année de leur existence²⁶.

Nous recommandons donc que :

- **Les 18 semaines de prestations de maternité soient préservées pour les femmes porteuses afin qu'elles puissent se remettre des suites de l'accouchement ;**
- **Les prestations parentales soient augmentées de 18 semaines lorsqu'un enfant naît d'une gestation pour autrui.**

²⁴ Voir la Loi sur l'assurance parentale, RLRQ, c A-29.011, arts 7, 9 et 10.

²⁵ Annick VALLIÈRES (2016). *Impacts sociaux du régime québécois d'assurance parentale et d'autre régimes comparables*. Revue de la littérature. Québec, Conseil de gestion de l'assurance parentale.

²⁶ Cette proposition rejoint également les préoccupations des familles adoptives, pour qui les congés parentaux représentent une occasion inestimable de construire dès l'arrivée de l'enfant un lien d'attachement entre lui et ses parents. Voir à ce sujet : Geneviève PAGÉ, Anne-Marie PICHE, Françoise-Romaine OUELLETTE, Marie-Andrée POIRIER (2008). « Devenir parents sans donner naissance : la construction d'un lien avec un enfant en contexte d'adoption ». Dans *Visages multiples de la parentalité*. Québec, Presses de l'Université du Québec, pp. 89-121.

Précisions que la GPA s'inscrit dans la mondialisation des échanges et de la mobilité des personnes, puisque son usage ne se limite plus uniquement à l'enceinte du pays des bénéficiaires et des femmes impliquées à titre de tierces reproductrices. On parle alors de **GPA transnationale et transcontinentale**²⁷. La portée internationale de la GPA sous-tend généralement une dimension commerciale, les intermédiaires privés étant alors responsables d'orchestrer chaque étape du processus transnationale de procréation.

La GPA transnationale peut s'actualiser en Occident (principalement aux États-Unis) ou dans les pays émergents, les deux contextes soulevant des enjeux différenciés. En effet, lorsqu'il s'agit de GPA transnationale, les récriminations et les inquiétudes portent principalement sur les situations vécues en Inde, en Thaïlande, au Mexique ou en Ukraine, pour ne nommer que ceux-là, puisque l'encadrement de la pratique et les droits des femmes porteuses y apparaissent comme sujets à caution.

Dans un avis publié il y a près d'une dizaine d'années, la Commission de l'éthique de la science et de la technologie du Québec soulignait déjà les enjeux éthiques, culturels et sociaux découlant de la GPA transnationale dans les pays émergents²⁸ :

La reproduction outre-frontière dérange pour plusieurs raisons : elle n'est envisageable que pour ceux et celles qui en ont les moyens financiers, tout contrôle de la qualité ou de la sécurité des services offerts à l'étranger est impossible – ce qui peut poser des risques pour les mères et les enfants –, elle implique et augmente le risque d'exploitation des femmes résidant dans des pays émergents par des ressortissants étrangers mieux nantis. En outre, comme les interdictions légales sont généralement le reflet de consensus sociaux, il est gênant que des gens contournent les lois d'un pays pour aller là où les lois sont plus laxistes.

²⁷ Les recours transnationaux ont souvent été qualifiés de « tourisme procréatif », tant dans les médias que dans les écrits scientifiques. Cette expression s'avère néanmoins stigmatisante pour plusieurs personnes ou couples pour qui ce processus empreint de stress et de souffrance liée à l'infertilité est en décalage avec la connotation de loisir et de plaisir associée au mot « tourisme ». Les hommes et les femmes qui ont recours à la GPA en dehors de leur pays de résidence témoignent en effet des démarches lourdes et coûteuses auxquelles ils et elles s'astreignent pour concrétiser leur projet parental et ainsi fonder une famille. Aussi, cette notion met l'accent sur la perspective des parents d'intention, et ne prend pas en compte le point de vue des tierces reproductrices, qu'il s'agisse des femmes porteuses ou des donneuses d'ovules, ni celui des autres acteurs en présence comme les gestionnaires des agences spécialisées ou les propriétaires des cliniques médicales, qui ne peuvent être réduits à des contrées que l'on visite. Voir à ce sujet Marcia INHORN, Pasquale PATRIZIO (2009), « Rethinking Reproductive 'Tourism' as Reproductive 'Exile' », *Fertility and Sterility*, 92(3), pp. 904-906; Ilana LÖWY, Virginie ROZÉE, Laurence TAIN, (2014), « Nouvelles techniques reproductives, nouvelle production du genre », *Cahier du genre*, 1(56), pp. 5-18.

²⁸ COMMISSION DE L'ÉTHIQUE DE LA SCIENCE ET DE LA TECHNOLOGIE (2009), *Éthique et procréation assistée : des orientations pour le don de gamètes et d'embryons, la GPA et le diagnostic préimplantatoire*, Québec, Gouvernement du Québec, p. 84.

Bien que certains pays émergents aient resserré les critères d'accès aux cliniques de GPA afin que seuls leurs ressortissants puissent y avoir accès comme c'est désormais le cas en Inde par exemple²⁹, il nous apparaît judicieux que l'État québécois encadre les conventions s'y déroulant et impliquant des couples québécois. Cela pourrait être délégué au Secrétariat à l'adoption internationale qui aurait alors le mandat d'agréer les cliniques témoignant des standards éthiques attendues par la société québécoise. Seules les conventions établies avec les cliniques agréées se verraient ainsi reconnues par l'État.

Par ailleurs, on oublie également que le Canada est un lieu où s'actualisent des ententes de GPA transnationales. En effet, du fait de son système de santé public et universel, il est moins onéreux d'avoir recours aux services d'une agence canadienne qu'une agence étatsunienne³⁰. Dans le cas où une entente de GPA ne serait pas respectée, cela pose la question de la difficulté d'obliger des parents établis dans une autre juridiction de donner suite au projet ou encore, d'assurer leur responsabilité à l'endroit de la femme porteuse et de l'enfant. Nous avons d'ailleurs documenté une telle situation où des parents européens n'ont pas donné suite au projet, laissant la femme porteuse avec la responsabilité d'assurer le bien-être de l'enfant³¹.

Pour ces raisons, nous recommandons que :

- **Le Secrétariat à l'adoption internationale soit mandaté de superviser les démarches de concrétisation d'une GPA transnationale inspirées par le modèle déjà établi pour l'adoption ;**
- **Le Secrétariat à l'adoption internationale soit mandaté pour l'agrément des cliniques à l'extérieur du Canada avec lesquelles les personnes ou les couples seraient autorisés d'entreprendre un processus de GPA ;**
- **La filiation des enfants conçus à l'international avec une clinique agréée soit reconnue selon les mêmes principes que les enfants nés d'une convention de GPA effectuée en contexte québécois ;**
- **Les ressortissants étrangers ne puissent pas établir une convention de GPA transnationale en contexte québécois.**

²⁹ Virgine ROZÉE, Unisa SAYEED (2016), *Assisted Reproductive Technologies in the Global South and North: issues, challenges and the future*, New York, Routledge.

³⁰ <http://www.rcinet.ca/fr/2016/08/25/mere-porteuse-lavantage-canadien>

³¹ Il ne s'agissait toutefois pas d'une femme porteuse québécoise.

La question des origines

La concrétisation d'un projet parental à l'aide d'une tierce personne soulève la question des origines, laquelle doit se comprendre dans un contexte d'anonymisation de l'identité des donneurs et des donneuses de gamètes. Si quelques pays ont légiféré en faveur de la possibilité pour l'enfant d'avoir accès à des données nominatives concernant la personne à l'origine de sa conception³², c'est encore l'anonymat qui prévaut au Canada³³.

Le débat fait rage à savoir si la levée de l'anonymat et la divulgation aux enfants de données nominatives concernant le donneur ou la donneuse de gamètes sont essentielles pour leur bien-être. Les arguments en faveur d'une certaine divulgation des données relatives au donneur ou à la donneuse veulent que cela permette une meilleure intégration psychique en répondant à la lancinante question « d'où je viens? ». L'enfant peut ainsi recréer la genèse de son histoire, étape indispensable à la construction de l'identité³⁴. D'autres soutiennent plutôt que la construction identitaire qui découlerait de la connaissance des origines génétiques serait d'abord et avant tout liée à une vision fantasmée des origines, qui pourrait être interprétée comme l'expression d'une survalorisation des liens biogénétiques³⁵.

Il importe de faire la distinction entre l'anonymat et le secret lorsqu'il est question des origines. Ainsi, les recherches sur les taux de divulgation démontrent que les familles présentant les plus faibles taux sont les familles hétéroparentales, plus particulièrement celles dont les enfants sont nés d'un don de sperme³⁶.

Les raisons expliquant la réticence au dévoilement sont la crainte que cela ne compromette le lien d'attachement entre l'enfant et son père, la peur que l'enfant ressente colère et confusion à l'annonce qu'il n'est pas lié génétiquement à ses deux parents, ou la mise à

³² Sonia ALLAN (2017), *Donor conception and the search for information. From secrecy and anonymity to openness..* New York, Routledge

³³ Michelle GIROUX, Cheryl MILNE (2017), « The right to know one's origins, the AHRA reference, and Pratten v AGBC: A call for provincial legislative action ». Dans *Regulating creation: the law, ethics, and policy of assisted human reproduction*. Toronto, University of Toronto Press. pp. 124-144

³⁴ Voir notamment Geneviève DELAISI DE PARSEVAL (2009), « Secret des origines/inceste/procréation médicalement assistée avec des gamètes anonymes : ne pas l'épouser ». *Anthropologie et Sociétés*, 33(1), pp. 157-169; Irène THÉRY (2013), « L'anonymat des dons d'engendrement est-il vraiment éthique? », *Esprit*, 5, pp. 133-164.

³⁵ Voir Dominique LE LANNOU (2010), « Secret et anonymat du don de gamètes », *Gynécologie obstétrique et fertilité*, 38(5), pp. 324-331; Petra NORDVIST, Carol SMART (2014), *Relative strangers: Family life, genes and donor conception*, New York, Palgrave Macmillan; Ilke TURKMENDAG, (2012), « The Donor-Conceived Child's 'Right to Personal Identity': The Public Debate on Donor Anonymity in the United Kingdom », *Journal of Law and Society*, 39(1), pp. 58-75.

³⁶ Jennifer READINGS, Lucy BLAKE, Polly, CASEY, Vasanti JADVA, Susan GOLOMBOK, (2011), « Secrecy, disclosure and everything in-between: decisions of parents of children conceived by donor insemination, egg donation and surrogacy ». *Reproductive BioMedicine Online*, 22(5), pp. 485-495.

distance des liens biologiques au profit des liens sociaux³⁷. Nous savons aussi que plus l'enfant est jeune au moment de la divulgation, meilleure est l'intégration de l'information³⁸. Néanmoins, malgré les injonctions liées à l'importance de dévoiler les circonstances de leur conception à leurs enfants, les parents hétérosexuels expriment se sentir démunis quant à la façon de procéder et considèrent la situation comme étant très anxiogène³⁹. Quant aux familles dont les parents sont de même sexe, puisque la concrétisation de leur rêve d'enfant à l'aide d'un don constitue la voie privilégiée, cela ne semble pas présenter d'enjeux particuliers⁴⁰. D'ailleurs, ces familles ont plus fréquemment recours à des donneurs à identité ouverte lorsque l'option est disponible⁴¹.

Par ailleurs, il est faux de penser que la levée de l'anonymat engendrerait inévitablement une baisse des dons. Si après la mise en place d'une telle régulation on constate effectivement une baisse, cela se replace dans les années subséquentes⁴². Enfin, précisons que ce ne sont pas tous les enfants nés par don de gamètes qui présentent un intérêt face au tiers de procréation⁴³.

Il importe selon nous de connaître ces éléments pour formuler ensuite des recommandations qui soient sensibles aux besoins des uns et des autres et qui n'aient pas

³⁷ Tabita FREEMAN, Susanna GRAHAM, Fatemeh, EBTEHAJ, Martin RICHARDS (2014), *Relatedness in assisted reproduction. Families, origins and identities*. Cambridge, Cambridge University Press; Petra NORDVIST, Carol SMART, (2014), op cit, 35; Jennifer READINGS, Lucy BLAKE, Polly, CASEY, Vasanti JADVA, Susan GOLOMBOK, (2011), op cit 36

³⁸ Vasanti JADVA, Tabita FREEMAN, Wendy KRAMER, Susan GOLOMBOK (2009). « The experiences of adolescents and adults conceived by sperm donation: comparisons by age of disclosure and family type », *Human Reproduction*, 24, pp. 1909-1919; Elena ILIOI, Lucy BLACK, Vasanti JADVA, Gabrielle, ROMAN, Susan GOLOMBOK (2016), « The role of age of disclosure of biological origins in the psychological wellbeing of adolescents conceived by reproductive donation: a longitudinal study from age 1 to age 14 », *Journal of child psychology and psychiatry*, 58(3), pp. 315-324.

³⁹ Astrid INDEKEU, Katrien DIERICKX, Paul T. SCHOTSMANS, Karin DANIELS, Peter ROBER, Thomas D'HOOGE, (2013), « Factors contributing to parental decision-making in disclosing donor conception: a systematic review ». *Human Reproduction*, 19(6), PP. 714-733; Petra NORDVIST, Carol SMART, (2014), op cit, 35.

⁴⁰ Isabel CÔTÉ (2012), « Deux mères, un donneur et des enfants. Motivations des actrices et acteurs quant à l'établissement de la famille lesboparentale avec donneur connu ». *Nouvelles pratiques sociales*, 24(2), pp. 84-101 ; Brenda HAYMAN, Lesley WILKES, (2017) « De novo Families: Lesbian Motherhood », *Journal of Homosexuality*, 64(5), pp. 577-591.

⁴¹ Susan GOLOMBOK, (2015), *Modern families. Parents and children in new family forms*. Cambridge, Cambridge University Press. ; Petra NORDVIST, Carol SMART, (2014), op cit, 35

⁴² Sonia ALLAN, (2017), op cit, 32.

⁴³ Isabel CÔTÉ, Renée-Pier TROTTIER-CYR, Kévin LAVOIE, Geneviève PAGÉ, Diane DUBEAU (soumis), « Récits d'enfants québécois sur leur constellation familiale : les liens relationnels au sein des familles lesboparentales avec donneur connu », *Recherches familiales* ; Vasanti JADVA, Tabita FREEMAN, Wendy KRAMER, Susan GOLOMBOK, (2009), op cit., 38; Ann LALOS, Claes GOTTLIEB, Othon LALOS, (2007), « Legislated right for donor-insemination children to know their genetic origin: a study of parental thinking », *Human Reproduction*, 22, pp. 1759-1768.

comme résultante de provoquer un effet de repli contre-productif. En effet, si la Suède a consacré l'accès aux origines des enfants conçus par dons de gamètes en levant l'anonymat dès 1985, cela ne s'est pas nécessairement traduit en un taux de divulgation plus élevé qu'ailleurs⁴⁴. Il faut donc mieux outiller les parents hétérosexuels qui conçoivent leurs enfants à l'aide d'un tiers et les aider à surmonter les blessures résultant d'une trajectoire personnelle et conjugale liée à l'infertilité.

Si, de façon générale, une plus grande ouverture peut être bénéfique, la question des origines ne sera pas résolue simplement avec une nouvelle législation. D'abord, la consécration d'un droit aux origines ne garantit pas que les parents accepteront de discuter de la situation avec leurs enfants. Ensuite, puisque la législation canadienne consacre l'anonymat des dons de gamètes, la divulgation ne pourrait être que partielle, à moins que les parents n'aient recours à une banque étrangère. Enfin, un donneur ou une donneuse ayant accepté que des données nominatives le ou la concernant soit transmises à l'enfant issu de ses gamètes pourrait décider ultérieurement de révoquer son consentement.

Parle-t-on alors réellement des *origines* ou de la *connaissance* d'avoir été conçu par don de gamètes? À notre avis, il y a là une certaine confusion qui mériterait d'être clarifiée.

Ces considérations étant posées, nous croyons néanmoins qu'une reconnaissance du droit de l'enfant de connaître les circonstances de sa naissance, en favorisant une plus grande transparence et en dédramatisant la conception par don de gamète, pourrait avoir le mérite de lever le tabou sur ce mode d'entrée en famille. C'est pourquoi nous sommes en accord avec le principe de la recommandation suivante (n° 3.33) :

Il est recommandé de consacrer dans la Charte québécoise des droits et libertés le « droit de toute personne à la connaissance de ses origines », et d'en préciser la portée dans le Code civil au Titre portant sur les « droits de la personnalité ».

Le Comité consultatif formule également plusieurs recommandations découlant de la précédente (n° 3.33.1 à n° 3.33.5)

Dans le cadre du régime juridique régissant le nouveau droit de l'enfant à la connaissance de ses origines, il est recommandé d'établir dans le Code civil le principe suivant lequel il appartient aux parents de l'enfant de lui transmettre l'ensemble des données lui permettant de connaître ses origines, de même que le droit de l'enfant d'obtenir communication de tout renseignement personnel lié à ses origines auprès des organismes ou instances, publics ou privés, qui en seraient dépositaires d'une manière ou d'une autre.

⁴⁴ Ann LALOS, Claes GOTTLIEB, Othon LALOS, (2007), op cit., 43.

Dans le cadre du régime juridique régissant le nouveau droit de l'enfant à la connaissance de ses origines, il est recommandé d'autoriser le majeur et le mineur de 14 ans ou plus à exercer seuls leurs droits, et de subordonner l'exercice du droit du mineur de moins de 14 ans à l'accord du titulaire de l'autorité parentale.

Dans le cadre du régime juridique régissant le nouveau droit de l'enfant à la connaissance de ses origines, il est recommandé d'accorder aux parents d'origine, au donneur de gamètes et à la mère porteuse le droit d'inscrire un veto de contact auprès des autorités compétentes afin que l'enfant ne puisse entrer en communication avec eux.

Dans le cadre du régime juridique régissant le nouveau droit de l'enfant à la connaissance de ses origines, il est recommandé de reconnaître aux parents d'origine (en matière d'adoption), mais non au donneur (en matière de procréation médicalement assistée), le droit d'obtenir les renseignements personnels relatifs à l'enfant devenu majeur et, éventuellement, de prendre contact avec lui, sous réserve du veto de contact que ce dernier pourra inscrire auprès des autorités compétentes afin qu'ils ne puissent entrer en communication avec lui.

Dans le cadre du régime juridique régissant le nouveau droit de l'enfant à la connaissance de ses origines, il est recommandé d'analyser la faisabilité d'une mesure qui permettrait aux enfants nés d'une procréation médicalement assistée avant l'entrée en vigueur d'une éventuelle réforme, le droit d'obtenir communication des renseignements personnels contenus à leur dossier, selon les conditions et modalités que le projet de loi 47 prévoyait à l'égard des adoptions du passé.

Si ces recommandations sont intéressantes, elles font cependant reposer la question de la divulgation sur les épaules des parents. Bien que les couples qui ont recours au don de sperme doivent rencontrer un ou une psychologue qui discutera notamment avec eux des tenants et aboutissants liés au dévoilement⁴⁵, les parents soutiennent quand même ne pas se sentir appuyés lorsque cela se passe moins bien⁴⁶. Par ailleurs, même quand les parents ont l'intention de divulguer l'information, ils retardent souvent le moment, faute de savoir comment s'y prendre⁴⁷.

⁴⁵ COMMISSION DE L'ÉTHIQUE DE LA SCIENCE ET DE LA TECHNOLOGIE (2009), op cit., 28.

⁴⁶ Astrid INDEKEU, Katrien DIERICKX, Paul T. SCHOTSMANS, Karin DANIELS, Peter ROBER, Thomas D'HOOGHE, (2013), op cit 39 ; Petra NORDVIST, Carol SMART, (2014), op cit, 39.

⁴⁷ Astrid INDEKEU, Katrien DIERICKX, Paul T. SCHOTSMANS, Karin DANIELS, Peter ROBER, Thomas D'HOOGHE, (2013), op cit 39 ; Petra NORDVIST, Carol SMART, (2014), op cit, 39.

Il nous apparaît donc important d’agir en amont pour mieux soutenir et accompagner les personnes et les couples concernés. Pour ce faire, nous sommes d’avis que les personnes qui envisagent de concrétiser leur désir d’enfant en ayant recours à un don de gamètes puissent bénéficier d’une rencontre permettant de discuter en profondeur des enjeux qui y sont liés, et ce, dès la rencontre avec le ou la psychologue de la clinique de fertilité au moment de l’évaluation. Il nous semble aussi judicieux que les couples puissent avoir accès à des séances de thérapie conjugale par exemple pour les accompagner au moment du dévoilement ou encore, lorsque celui-ci se déroule moins bien. L’enfant concerné devrait également pouvoir bénéficier d’une telle mesure de soutien psychosocial ou thérapeutique.

C’est pourquoi nous recommandons que :

- **L’État offre du soutien et de l’accompagnement aux parents qui se trouvent aux prises avec des enjeux liés au dévoilement, en leur offrant des sessions de psychothérapie avec une personne spécialisée sur le sujet ;**
- **L’État offre du soutien et de l’accompagnement aux enfants qui se trouvent aux prises avec des enjeux liés au dévoilement, en leur offrant des sessions de psychothérapie avec une personne spécialisée sur le sujet.**

Conclusion

Nous saluons les propositions émises par le Comité consultatif, de même que la tenue d'une Commission citoyenne sur la réforme du droit de la famille qui ont le mérite de favoriser l'émergence d'une discussion collective et de stimuler les réflexions sur le sujet. Au regard des savoirs empiriques, il nous semble nécessaire de réfléchir à des mécanismes visant à protéger les personnes vivant dans les structures familiales qui se distinguent du modèle hétéronormatif traditionnel sur lequel le droit actuel est basé, mais sans tomber dans le piège d'antagoniser leurs besoins et leurs intérêts respectifs. Nous espérons que le Gouvernement prenne acte de la nécessité de protéger les familles et de reconnaître la diversité familiale contemporaine, et amorce une réforme en profondeur sur cette question. La frilosité du Législateur québécois à cet égard n'a que trop duré.

Toutefois, toute réforme du droit de la famille devra s'accompagner selon nous d'une vaste campagne de sensibilisation dont les modalités d'éducation et de diffusion devront être variées. En effet, les recherches en sciences sociales démontrent que les personnes ayant une connaissance lacunaire ou erronée du droit tendent à s'appuyer sur des croyances et des représentations de *ce qu'elles croient être* le cadre législatif en vigueur, avec toutes les conséquences potentiellement négatives qui peuvent en découler⁴⁸. Or, il appert qu'une meilleure compréhension des lois et des règles touchant le couple ou la famille ne favorise pas nécessairement une réaction préventive visant à aller au-devant des problèmes éventuels, puisque des considérations émotives entrent aussi en jeu⁴⁹. Lorsqu'une grande disparité entre les valeurs sociales et celles qui sous-tendent le droit est observée, une certaine confusion compromettant l'efficacité des lois en place est aussi remarquée⁵⁰.

Un droit de la famille en adéquation avec les pratiques sociales et familiales contemporaines s'actualise selon nous par une meilleure compréhension des expériences vécues par les adultes et les enfants concernés, de même que par une prise en compte des aspects relationnels de la procréation assistée par autrui. Ainsi, une telle réforme pragmatique du droit permettrait de mieux protéger les enfants conçus grâce aux techniques de reproduction assistée, tout en accueillant les besoins et les aspirations des couples infertiles ou inféconds et des tierces personnes qui les aident à fonder une famille.

⁴⁸ Hélène BELLEAU et Pascale CORNUT ST-PIERRE (2012) « Pour que droit et familles fassent bon ménage : étude sur la conscience du droit en matière conjugale », *Nouvelles pratiques sociales*, 25(1), pp 62-89.

⁴⁹ Hélène BELLEAU (2015), « D'un mythe à l'autre : de l'ignorance des lois à la présomption du choix éclairé chez les conjoints en union libre », *Revue Femmes et Droit*, 27(1), pp 1-21.

⁵⁰ Hélène BELLEAU, op cit. 48.