

■ La gestation pour autrui

OBJET

« Saraï, femme d’Abram, ne lui avait point donné d’enfants. Elle avait une servante égyptienne, nommée Agar. Et Saraï dit à Abram : voici, l’Éternel m’a rendue stérile ; va, je te prie, vers ma servante ; peut-être aurai-je par elle des enfants (...) Agar enfanta un fils à Abram ; et Abram donna le nom d’Ismaël au fils qu’Agar lui enfanta¹. »

Si l’on en croit la Genèse, la gestation pour autrui, souvent appelée « le phénomène des mères porteuses », est vieille comme le monde. Pourtant, cette pratique est régulièrement au centre de l’actualité et soulève toujours de vifs débats.

Pour certains, la pratique de la gestation pour autrui n’est ni plus ni moins qu’une dérive de la société et tout État responsable doit y faire échec. Le corps des femmes ne doit pas faire l’objet d’une instrumentalisation et l’enfant ne doit jamais être une simple marchandise que l’on peut obtenir sur demande. Pour d’autres, toutefois, le phénomène des mères porteuses s’inscrit dans la suite logique des avancées qu’a connues le domaine de la reproduction assistée au cours des dernières décennies.

Quoi qu’il en soit, on ne peut nier la réalité. Le recours à une mère porteuse est de plus en plus considéré comme une option pour des couples. À l’échelle internationale, des mères porteuses dans des pays où les coûts sont moins élevés ou les règles moins contraignantes sont de plus en plus sollicitées.

LES CINQ LECTURES POUR COMPRENDRE

1/ Commission de l’éthique de la science et de la technologie, [Avis éthique et procréation assistée : des orientations pour le don de gamètes et d’embryons, la gestation pour autrui et le diagnostic préimplantatoire](#), Québec, Gouvernement du Québec, 2009, 192 p.

Dans son avis adressé au ministre du Développement économique, de l’Innovation et de l’Exportation, la Commission de l’éthique de la science et de la technologie rappelle, dans le chapitre 1, que les techniques de procréation assistée se sont développées de façon importante au cours des dernières années au Québec. L’essor qu’a connu le recours à cette pratique a entraîné des bouleversements majeurs. Aussi, la représentation sociale de la filiation, le souci de protéger les personnes qui font appel aux techniques de procréation assistée et les enfants qui en naîtront nécessitent une réflexion éthique approfondie pour guider l’action des acteurs concernés. La Commission se penche sur trois pratiques liées à la procréation

¹ Le Sénat français relève cet extrait de la Bible pour montrer que la gestation pour autrui ne date pas d’hier. Voir France. Parlement. Sénat. Commission des affaires sociales et Commission des lois constitutionnelles, de législation du suffrage universel, du Règlement et d’administration générale par le groupe de travail sur la maternité, [Rapport d’information](#) : annexe au procès-verbal de la séance du 25 juin 2008, Paris : Sénat; no 421, p. 10.

assistée : le don de gamètes et d'embryons, la gestation pour autrui (GPA) et le diagnostic préimplantatoire. Chacune d'elles fait l'objet d'un chapitre, le troisième porte sur la GPA.

Dans ce chapitre, la Commission présente ce qu'est la GPA. Cette pratique réfère aux situations où une femme poursuit une grossesse, non pas dans l'intention de garder l'enfant, mais dans celle de le remettre, dès sa naissance, à une personne ou à un couple avec qui elle a passé un contrat à cette fin. La forme la plus classique de GPA consiste à inséminer la mère porteuse avec le sperme du conjoint de la femme qui ne peut ni concevoir ni porter un enfant. Dans ce cas, l'ovule utilisé est celui de la mère porteuse. Avec le développement de la procréation assistée, une nouvelle forme de maternité de substitution est apparue où la mère porteuse est uniquement gestatrice. Un embryon déjà conçu *in vitro* est alors transféré dans l'utérus d'une femme qui le portera et lui donnera naissance pour le couple ou la personne dont on a utilisé les gamètes ou qui a eu recours à un donneur.

La Commission s'intéresse ensuite à l'encadrement juridique de la GPA. Les contrats liés à cette pratique ne sont pas reconnus par le Code civil du Québec. Ils sont considérés comme nuls et, conséquemment, non exécutoires. Cependant, la GPA n'est pas nécessairement illégale, c'est-à-dire sanctionnée par une peine d'amende ou d'emprisonnement. En effet, la Loi canadienne sur la procréation assistée n'interdit pas comme telle la maternité de substitution. Toutefois, elle défend, entre autres, la rétribution de la mère porteuse et oblige à ce que cette dernière ait au moins 21 ans.

Des pages 74 à 84, il est question des enjeux éthiques de la GPA. La Commission y affirme que, bien qu'il soit difficile d'en mesurer l'ampleur, cette pratique existe ici comme ailleurs. Celle-ci soulève des enjeux éthiques liés au statut de l'enfant, à son développement, à l'accès à ses origines, à la santé des femmes, à leur autonomie, à la non-commercialisation du corps et à la non-instrumentalisation des personnes ainsi qu'à la reproduction outre-frontières, appelée « tourisme procréatif ».

La Commission conclut que la GPA se pratique à petite échelle au Québec, même si elle n'est pas reconnue. Comme il est difficile d'en mesurer les conséquences sur les mères porteuses, les enfants et les familles ainsi créées, il faut être prudent et la circonscrire dans l'intérêt de toutes les parties impliquées.

Considérant, notamment, que la GPA constitue une forme d'instrumentalisation et de commercialisation du corps de la femme et de l'être humain et considérant les risques physiques et psychologiques qu'elle comporte pour tous les acteurs en cause, la Commission recommande que le gouvernement du Québec maintienne le principe de la nullité des contrats de la GPA.

2/ Langevin, Louise, « Réponse jurisprudentielle à la pratique des mères porteuses au Québec : une difficile réconciliation », *Revue canadienne de droit de la famille*, 15 octobre 2010, 23 p.

Dès le début, l'auteure rappelle que le droit est rarement en avance sur les pratiques sociales et que le droit de la famille en constitue le meilleur exemple. Selon elle, celui-là doit être mis à jour régulièrement au risque que ce domaine du droit soit rapidement dépassé par les réalités sociales. L'encadrement juridique de la procréation médicalement assistée en témoigne.

En janvier, en juillet et en août 2009, trois décisions de la Cour du Québec portant sur des requêtes de placement en vue d'adoption d'enfants, issues de la pratique de mère porteuse, sont arrivées à des

conclusions différentes. Sur la base de ces décisions, l'auteure propose une réflexion sur les fondements de la maternité de substitution.

Elle conclut que le législateur doit clarifier les paramètres de cette pratique des mères porteuses, car trop de questions sont laissées en suspens par ces décisions. Selon elle, le discours d'égalité et d'altruisme présenté comme fondement à cette pratique n'est qu'un « écran de fumée ». Cette pratique, avec ou sans apport génétique, à titre gratuit ou onéreux, conduit à l'exploitation des femmes. Celles-ci sont ramenées à leur rôle de reproduction. Compte tenu du fait que la maternité de substitution constitue maintenant une réelle option pour les couples infertiles et de la réaction positive des tribunaux québécois et canadiens, l'auteure considère, toutefois, que les contrats à titre onéreux, strictement encadrés par une loi, devraient être permis. La juste valeur du travail accompli par les femmes serait ainsi reconnue.

3/ Commissaire à la santé et au bien-être, [Avis détaillé sur les activités de procréation assistée au Québec](#), Québec, Gouvernement du Québec, 2014, 366 p.

(Les éléments essentiels de cet avis sont repris dans l'[avis synthèse](#) produit sur le sujet.)

En février 2013, le Commissaire à la santé et au bien-être recevait, du ministre de la Santé et des Services sociaux, le mandat de produire un avis sur ce qui devrait constituer un service assuré par le Programme québécois de procréation assistée, lancé en 2010. Dans cette optique, le Commissaire a mené une large consultation auprès de la population, fait un appel de mémoire et réalisé des entrevues avec des professionnels du domaine de la procréation assistée.

Lors de ces travaux, plusieurs enjeux éthiques ont été portés à l'attention du Commissaire. Certains d'entre eux n'étaient pas en lien direct avec le programme de procréation assistée, dont la gestation pour autrui.

Sur le plan légal, en vertu de l'article 541 du Code civil du Québec, les contrats de mères porteuses sont nuls de nullité absolue. La Loi canadienne sur la procréation assistée, quant à elle, permet les contrats de maternité de substitution sous certaines conditions, notamment s'ils sont conclus sur une base altruiste. Selon les consultations menées par le Commissaire, la légitimation de cette pratique par la loi fédérale a comme conséquence d'engendrer une certaine confusion chez les cliniciens qui travaillent dans le domaine de la procréation assistée, à savoir si la pratique des mères porteuses est permise ou non au Québec.

Par ailleurs, les risques d'abus physiques et psychologiques des mères porteuses et des enfants qui en sont issus constituent une très grande préoccupation. Des enjeux liés à l'autonomie reproductive des femmes, à la dignité de la personne humaine, à l'instrumentalisation de cette dernière et à la commercialisation du corps humain se posent également.

Le Commissaire conclut que, étant donné les risques inhérents à la pratique de la gestation pour autrui et l'évolution actuelle de cette pratique, il est préférable, dans un esprit de minimisation des risques, de se pencher sur cette réalité plutôt que d'en faire abstraction. Il recommande donc de réfléchir sur cette pratique afin d'approfondir les implications éthiques découlant des recommandations du Comité consultatif sur le droit de la famille (document suivant). Cette réflexion serait engagée au sein d'une table de concertation qu'il recommande de mettre en place. Le Commissaire recommande aussi de lancer un

débat sur l'acceptabilité sociale de la gestation pour autrui sur la base d'informations légales, éthiques, cliniques et sociales.

4 / Comité consultatif sur le droit de la famille, Alain Roy, prés., [Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales](#), Québec, Ministère de la Justice du Québec, 2015, 596 p.

Dans la foulée de la décision *Lola c. Éric*, le gouvernement du Québec a créé, en 2013, le Comité consultatif sur le droit de la famille dont le mandat était d'évaluer l'opportunité de revoir l'ensemble du droit de la famille et de faire les recommandations nécessaires. La section 3 du troisième chapitre du rapport du comité porte sur la filiation, notamment dans le contexte du projet parental avec recours à une mère porteuse (partie B).

Le Comité expose d'abord le cadre légal actuel applicable à la maternité de substitution (mère porteuse). Celui-ci comporte une dimension fédérale et une autre provinciale. La loi fédérale, Loi sur la procréation assistée, n'interdit pas le recours à la maternité de substitution. Elle se limite à fixer l'âge minimal de la mère porteuse à 21 ans et à prohiber sa rémunération. Il revient aux provinces de reconnaître ou non des conséquences juridiques, notamment sur le plan filial, aux ententes relatives à la demande adressée, par une personne ou un couple, à une femme d'agir à titre de mère porteuse. Par ailleurs, au Québec, l'article 541 du Code civil prévoit que « toute convention par laquelle une femme s'engage à procréer ou à porter un enfant pour le compte d'autrui est nulle de nullité absolue ». Conséquemment, la filiation des enfants issus de cette pratique n'est pas prévue par la loi. C'est la mère porteuse qui sera la vraie mère de l'enfant et elle ne pourra être remplacée dans ce rôle que si l'enfant peut ensuite être adopté.

Ensuite, le Comité présente les deux principes-cadres qui ont guidé sa réflexion dans l'aménagement d'un cadre juridique qui reconnaîtrait certains effets au projet parental impliquant le recours à une mère porteuse. 1) Peu importe les sentiments mitigés que ce projet peut susciter, la réalité existe et il ne sert à rien de la nier. Des enfants naissent et continueront de naître de mères porteuses. Or, les enfants qui en sont issus ne doivent d'aucune manière être pénalisés pour les actes posés par les adultes; il en va de leur intérêt et du respect de leurs droits. 2) Peu importe leurs motivations profondes, les femmes qui acceptent d'agir à titre de mères porteuses ne peuvent être abandonnées à leur sort; il en va de leur protection et du respect de leur dignité.

Guidé par ces deux principes, le Comité propose un cadre juridique comportant deux voies parallèles : l'une administrative et l'autre judiciaire. Chacune mène à l'établissement de la filiation de l'enfant avec son ou ses parents d'intention. La voie judiciaire n'est qu'une option par défaut. En fait, les parties n'y auront recours que si les conditions dont la voie administrative est assortie ne sont pas satisfaites. Toutefois, ces deux procédures ne pourraient être utilisées que si, et seulement si, toutes les parties consentent après la naissance à donner suite au projet parental. La procédure administrative permettrait l'établissement de la filiation de l'enfant après la naissance sur déclaration au Directeur de l'état civil transmise dans les 30 jours de la naissance. Cette procédure ne s'appliquerait que si le projet parental a été reçu devant notaire. De plus, chaque partie devrait avoir été individuellement rencontrée par un professionnel du centre jeunesse qui l'aurait informée des enjeux psychosociaux du projet parental et des questions éthiques qu'il soulève. Par ailleurs, les parties qui n'auraient pas accompli ces formalités pourraient se prévaloir de la voie judiciaire. Elles devraient alors s'adresser au tribunal dans les 60 jours de la naissance pour faire la preuve de leur projet parental et de son antériorité par rapport à la date de la conception et pour prouver le consentement de chacune des parties à la finalisation du projet parental.

5 / Conseil du statut de la femme, [Mères porteuses : réflexions sur des enjeux actuels](#), Avis, Québec, février 2016, 170 p.

Au printemps 2014, à la suite de critiques entourant la couverture par le Programme québécois de procréation assistée de traitements de fertilité reçus par des mères porteuses, le gouvernement a donné au Conseil du statut de la femme le mandat d'étudier la question de la maternité pour autrui (MPA).

Le Conseil aborde le phénomène de la MPA dans une perspective éthique féministe. Il décrit les grandes orientations qui ont guidé sa réflexion dans ce dossier. D'abord, le Conseil présente ses plus récentes positions sur la maternité et l'infertilité. Il définit les trois grands principes éthiques qu'il a retenus pour évaluer la pratique de la MPA, soit l'autonomie, l'intégrité et la dignité des femmes et des enfants. Selon le Conseil, il existe des risques d'exploitation liés à la pratique. Il suffit de penser à la situation en Inde, l'une des principales destinations du tourisme procréatif en matière de MPA.

Fait intéressant, l'organisme dresse une synthèse des recherches empiriques qui ont été menées en sciences sociales sur la MPA. On y aborde le profil des mères porteuses, leurs motivations, le choix d'utiliser ou non ses propres gamètes, les expériences des mères porteuses sur le plan psychologique, les expériences des enfants dont la mère a porté un enfant pour autrui et celles des enfants nés d'une mère porteuse. La réflexion éthique féministe sur la pratique se fait donc à la lumière des connaissances sur le sujet. Le Conseil insiste sur l'importance de s'interroger sur la dimension altruiste de la MPA. Le Conseil évalue ensuite cette pratique à la lumière des trois principes éthiques retenus. Selon lui, il est nécessaire que la mère porteuse soit informée de ses droits fondamentaux à propos de son propre corps afin qu'elle conserve tout au long du processus son autonomie décisionnelle. Il faut aussi qu'elle sache, pendant sa grossesse et après la naissance de l'enfant, qu'elle a la possibilité de changer d'idée. Enfin, quant au respect de l'intégrité de la personne, selon le Conseil, il est évident que la pratique commerciale de la MPA porte atteinte à ce principe, parce qu'elle implique la marchandisation du corps de la femme et de la vie humaine. La pratique à titre gratuit, pour sa part, peut elle aussi comporter des atteintes à ce principe et, pour cette raison, le respect de ce dernier doit être évalué dans le contexte de situations concrètes.

Enfin, dans le dernier chapitre de l'avis (surtout les pages 136 à 143), le Conseil formule des recommandations qui portent sur les dimensions suivantes : la lutte contre la marchandisation du corps des femmes; la lutte contre le tourisme procréatif en matière de MPA; l'encadrement de la pratique à titre gratuit au Québec; la préservation de l'autonomie de la mère porteuse et de la responsabilité des parents d'intention; la filiation des enfants nés d'une mère porteuse; la minimisation des risques pour la mère porteuse et pour l'enfant; la nécessité de documenter la pratique et d'évaluer les mérites d'une réforme éventuelle. Le Conseil précise que ses recommandations ont deux objectifs principaux : lutter contre la commercialisation de la MPA et du matériel reproductif humain et limiter les risques de conséquences négatives de la MPA pour les mères porteuses et les enfants issus de la pratique lorsqu'elle s'exerce à titre gratuit.

En bref, le Conseil estime qu'il faut reconnaître la validité du choix que font des mères porteuses québécoises, quand il est fait par altruisme, sans rémunération. Toutefois, il demeure opposé à l'idée de porter un enfant pour autrui quand il y a rémunération ou présence d'intermédiaires qui en tirent profit. Il recommande d'accroître les efforts pour combattre cette pratique qui existe au pays et à l'étranger.

CINQ LECTURES POUR COMPRENDRE...

ET CINQ AUTRES LECTURES (POUR ALLER PLUS LOIN)

- 1/ Monéger, Françoise, dir., de. [Gestation pour autrui = Surrogate Motherhood](#) : XVIIIe Congrès, Washington D.C, les 25-31 juillet 2010 : rapport de synthèse, Paris, Société de législation comparée, c2011, 23 p. (Collection Colloques, vol. 14).
- 2/ Beaudin, Mélanie, « [Gestation pour autrui. Droit à l'enfant ou droit de l'enfant ?](#) », *Le Journal*, Barreau du Québec, vol. 44, n° 12, décembre 2012.
- 3/ « La maternité pour autrui : un grand geste aux contours juridiques flous », *Medium Large*, Ici Radio-Canada.ca, mardi, 10 juin 2014.
[http://ici.radio-canada.ca/emissions/lib_radio/v3.2/incpages/pop_indexeur.asp?idMedia=7101457&appCode=medianet&time=90&json={\"idEmission\":\"3471435\",\"Date\":\"2014/06/10\",\"numeroEmission\":\"3507\",\"urlbase\":\"/emissions/medium_large/2013-2014\"}](http://ici.radio-canada.ca/emissions/lib_radio/v3.2/incpages/pop_indexeur.asp?idMedia=7101457&appCode=medianet&time=90&json={\)
- 4/ Côté, Isabel, « [Pour un débat raisonné sur la gestation pour autrui : Les femmes concernées sont fières de leur geste](#) », *Le Devoir*, 26 avril 2014.
- 5/ Schoenborn, Melina, « [Regards sur la maternité pour autrui](#) », *Gazette des femmes*, 14 avril 2016.

Préparé par Hélène Bergeron, février 2017.