

# Canadian Journal of Family Law

---

Volume 34 | Number 2

---

8-31-2022

## La réception au Québec des gestations pour autrui délocalisées : La filiation post-tourisme procréatif en mal d'institution

Harith Al-Dabbagh

Follow this and additional works at: <https://commons.allard.ubc.ca/can-j-fam-l>



Part of the [Family Law Commons](#), and the [Law and Society Commons](#)

---

### Recommended Citation

Harith Al-Dabbagh, "La réception au Québec des gestations pour autrui délocalisées : La filiation post-tourisme procréatif en mal d'institution" (2022) 34:2 Can J Fam L 1.

The University of British Columbia (UBC) grants you a license to use this article under the [Creative Commons Attribution- NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International \(CC BY-NC-ND 4.0\) licence](#). If you wish to use this article or excerpts of the article for other purposes such as commercial republication, contact UBC via the Canadian Journal of Family Law at [cdnjfl@interchange.ubc.ca](mailto:cdnjfl@interchange.ubc.ca)

# LA RÉCEPTION AU QUÉBEC DES GESTATIONS POUR AUTRUI DÉLOCALISÉES : LA FILIATION POST- TOURISME PROCRÉATIF EN MAL D'INSTITUTION

Harith Al-Dabbagh\* \*\*

*L'essor de la gestation pour autrui transnationale, ces dernières décennies, a soulevé à l'égard du droit international privé des questions souvent épineuses. Au Québec, l'illicéité des conventions de mères porteuses a eu pour corollaire de pousser un certain nombre de couples en mal d'enfant à recourir à cette pratique à l'étranger où la loi locale l'autorise. La question est alors de savoir si l'enfant, né au terme de ce processus, peut voir sa filiation établie à l'égard du parent d'intention dépourvu du lien filial avec l'enfant. Après quelques tergiversations, la jurisprudence a admis, au nom de l'intérêt de l'enfant, l'usage du procédé de l'adoption par consentement spécial pour régulariser a posteriori la situation. Une telle solution, bien que louable, fait fi du caractère international de la situation induit par le lieu de naissance de l'enfant et du domicile de la mère porteuse. Dans la présente contribution, l'auteur tente de démontrer que la simple*

---

\* Professeur agrégé et directeur du Programme de maîtrise en droit comparé, Faculté de droit, Université de Montréal

\*\* Cette recherche a été menée à bien grâce au soutien financier de la Fondation du Barreau du Québec dans le cadre du concours de subventions 2017-2018. Les opinions exprimées dans le présent texte n'engagent cependant que leur auteur. L'auteur remercie les évaluateurs anonymes pour les remarques et suggestions sur la version initiale de ce texte.

*transposition des règles du droit interne en la matière nuit à la coordination internationale des solutions et compromet la lutte contre le tourisme procréatif et l'exploitation des femmes étrangères de condition modeste.*

## INTRODUCTION

Le phénomène dit de « tourisme procréatif »<sup>1</sup> est régulièrement au centre de l'actualité et soulève toujours de vifs débats sur les plans éthique, social et légal. Il est la suite logique des avancées qu'a connues le domaine de la reproduction au cours des dernières décennies et de la facilité d'accès aux techniques de procréation assistée dans de nombreux pays à travers le monde<sup>2</sup>. Le marché international de la gestation pour autrui connaît incontestablement un essor sans précédent<sup>3</sup>. Certains pays disposent d'une législation très permissive dont les bénéfices ne sont pas réservés aux seuls nationaux et résidents. C'est notamment le cas de certains États américains, de l'Inde, de la Thaïlande, mais aussi de l'Ukraine ou de la Roumanie, où l'offre de service est

- 
- <sup>1</sup> Nous utilisons ce terme à connotation péjorative à dessein dans le but d'attirer l'attention des intéressés sur les difficultés juridiques susceptibles de naître d'un accès transfrontalier aux techniques de maternité de substitution, afin de les inciter à prendre sérieusement en considération ces difficultés.
- <sup>2</sup> En matière de GPA, les législations nationales présentent une grande diversité : prohibition, encadrement juridique plus ou moins strict, tolérance et autorégulation. Parmi les pays ayant ouvert, sous conditions, l'accès à une gestation pour autrui on trouve : l'Afrique du sud, le Brésil, l'Équateur, la Finlande, la Grande-Bretagne, la Grèce, le Portugal, Hong-Kong, l'Ile Maurice, l'Inde, l'Indonésie, la Nouvelle-Zélande, les Pays-Bas, la Roumanie, la Russie, l'Ukraine et le Vietnam. Voir le site internet de l'association française MAIA qui accompagne les candidats à la gestation pour autrui : « La gestion pour autrui », en ligne : *MAIA* <[maia-asso.org/gpa.html](http://maia-asso.org/gpa.html)>.
- <sup>3</sup> Guillaume Kessler, « Le droit international privé à l'épreuve du renouveau de la filiation » (2020) 1 *JDI Clunet* 3 à la p 5.

accessible aux étrangers pour de faibles tarifs<sup>4</sup>. La coexistence de législations nationales prohibitives et d'autres permissives en matière de maternité de substitution est à l'origine de la multiplication des voyages dits procréatifs.

Dans ce contexte, le recours aux services d'une mère porteuse à l'étranger a pris une ampleur considérable partout dans le monde. On parle, sans exagération, du développement d'un « marché de la gestation pour autrui »<sup>5</sup> ou d'un « marché mondial de la procréation »<sup>6</sup>. Sa croissance se nourrit de l'exacerbation du désir d'enfant, de la diminution du nombre d'enfants adoptables et, plus profondément, de la remise en cause de la fatalité ou des contraintes de la nature<sup>7</sup>. Quelle que soit la raison, des couples cherchent dans d'autres ordres juridiques des gestatrices à un moindre coût ou dans des conditions beaucoup moins exigeantes. La diversité de législations à l'échelle mondiale fait en sorte que des pays opposés à la pratique soient malgré eux, concernés par l'épineuse

---

<sup>4</sup> Souvent par l'intermédiaire des agences faisant de la publicité sur internet. Faisant référence à une recherche faite sur Internet par des parents d'intention québécois : *Adoption — 15410*, 2015 QCCQ 15938 (CanLII); *Adoption — 12464*, 2012 QCCQ 20039 ; *Adoption — 091*, 2009 QCCQ 628.

<sup>5</sup> Camille Vedel, « Le tourisme procréatif : vers une réforme contrainte de l'adoption en droit français ? » (4 décembre 2018) 59:4 C de D 1033 à la p 1037.

<sup>6</sup> Hugues Fulchiron, « La lutte contre le tourisme procréatif : vers un instrument de coopération internationale ? » (2014) 2 JDI Clunet à la p 2.

<sup>7</sup> *Ibid.*

question de la régularisation d'une situation constituée à l'étranger<sup>8</sup>.

Au Québec, l'examen de la jurisprudence rendue ces dernières années révèle que l'interdiction de la gestation pour autrui n'a pas découragé les couples en mal d'enfant de faire appel aux mères porteuses à l'étranger, dans des États où la pratique est autorisée par la loi ou, du moins, non encadrée. On peut relever « le recours à de tels moyens pour les couples désirant des enfants et incapables de procréer ainsi que dans le cas des nouvelles formes de parentalités dont celle des couples homosexuels masculins »<sup>9</sup>. Des couples hétérosexuels ou de même sexe masculin ont pu ainsi obtenir, grâce à un « voyage de la procréation », ce que la loi québécoise leur refuse ou leur rend difficile<sup>10</sup>. Les faits à l'origine de l'affaire *Adoption*

---

<sup>8</sup> Parmi les pays qui prohibent formellement la GPA : la France, l'Allemagne, la Norvège, l'Espagne, le Portugal, l'Italie, la Suisse, l'Autriche. Voir Véronique Boillet, Marta Roca i Escoda et Estelle de Luze, *La gestation pour autrui : Approches juridiques internationales*, Limal, Anthemis, 2018. Sur l'hétérogénéité des législations des États membres de l'Union Européenne sur la GPA, voir l'étude comparée publiée par le Parlement européen : Laurence Brunet et al, « A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States » (2013), en ligne (pdf) *European Parliament* : <[www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI\\_ET\(2013\)474403\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403_EN.pdf)>.

<sup>9</sup> *Adoption* — 16200, 2016 QCCQ 8952 au para 113.

<sup>10</sup> Contrairement aux couples d'hommes, les couples de deux femmes ont accès depuis 2002 à la procréation médicalement assistée. L'art 115 CcQ permet d'inscrire dans la déclaration de naissance d'un enfant né par procréation assistée, les noms des deux parents de sexe féminin à titre de mère. La création de plein droit d'un lien de filiation en leur faveur explique vraisemblablement l'absence de ce cas de figure dans la jurisprudence recensée à ce jour.

— 1632<sup>11</sup> — sur laquelle nous reviendrons — nous éclairent sur le contexte du recours à ces pratiques. En l'espèce, les conjoints se sont tournés vers l'Inde, car « il leur apparaissait alors difficile pour un couple de même sexe d'adopter à l'international. Concernant l'adoption québécoise, ils estimaient les délais trop longs et la démarche risquée »<sup>12</sup>. De plus, le contrat étant « légal » en Inde, ils ne couraient pas le risque que la mère porteuse refuse de leur remettre l'enfant<sup>13</sup>.

Le tourisme procréatif est en effet une manifestation, en matière de filiation, de ce que certains dénomment le *law shopping* qui conduit des individus à chercher une législation plus favorable en se rendant à l'étranger<sup>14</sup>. Cela est facilité par l'accès très généralisé à l'information grâce au réseau Internet. Les prestataires de services reproductifs installés dans les États dont le dispositif législatif est libéral vont ainsi chercher à attirer des couples originaires d'États dont la loi prohibe ou limite la maternité de substitution<sup>15</sup>. Une fois l'enfant né, le ou les parents commanditaires — du moins reconnus comme tels dans l'État de naissance — vont tenter de faire entériner cette filiation dans leur État d'origine. Or, le législateur

<sup>11</sup> *Adoption — 1632*, 2016 QCCQ 6873, (j Viviane Primeau).

<sup>12</sup> *Ibid* au para 36.

<sup>13</sup> *Ibid* au para 41.

<sup>14</sup> Mathias Audit, « Bioéthique et Droit International privé » (2014) 373 *RCADI* 217, 388.

<sup>15</sup> Voir par ex : « International Surrogacy Programs », en ligne : *Global Surrogacy* <globalsurrogacy.baby/>; « Surrogacy in India » en ligne : *Dr. Rita Bakashi* <drritabakshi.in/surrogacy-in-india/>; « Surrogacy in Ukraine SUSPENDED », en ligne : *Global Surrogacy* <globalsurrogacy.baby/ukraine/>.

québécois n'est point intervenu pour régler ni le sort des conventions conclues et exécutées à l'étranger, ni le statut des enfants nés dans ce cadre particulier. Cela étant, comment traduire juridiquement le transfert de filiation de la mère porteuse aux parents d'intention, plus particulièrement celui ou celle dépourvu(e) du lien biologique avec l'enfant ?

La question de la filiation, consécutive à une naissance par « mère porteuse », a fait l'objet d'une littérature riche et abondante au Québec<sup>16</sup>. Néanmoins, la doctrine n'a pas, jusqu'à présent, prêté une attention particulière aux aspects internationaux de la problématique. La particularité de notre étude réside donc dans notre volonté d'asseoir exclusivement notre analyse sur les cas impliquant un caractère transfrontalier. Le but est de faire ressortir les difficultés inhérentes à la maternité de substitution menée à l'étranger et la nécessité d'un traitement distinct des cas relevant du pur droit interne. Dans le cadre forcément limité de la présente contribution, nous nous penchons particulièrement sur l'un des problèmes les plus sensibles que pose le tourisme

---

<sup>16</sup> Voir les références doctrinales citées dans le présent texte et plus particulièrement : Louise Langevin, « Réponse jurisprudentielle à la pratique des mères porteuses au Québec ; une difficile réconciliation », (2010) 26 *Can J Fam L* 171 ; Michelle Giroux, « Le recours controversé à l'adoption pour établir la filiation de l'enfant né d'une mère porteuse : entre ordre public contractuel et intérêt de l'enfant », (2011) 70 *R du B* 509 ; Anne-Marie Savard, « L'établissement de la filiation à la suite d'une gestation pour autrui : le recours à l'adoption par consentement spécial en droit québécois constitue-t-il le moyen le plus approprié ? », dans Christelle Landheer-Cieslak et Louise Langevin, dir, *La personne humaine, entre autonomie et vulnérabilité : Mélanges en l'honneur d'Édith Deleury*, Cowansville (QC), Éditions Yvon Blais, 2015 aux pp 589 et s.

procréatif, à savoir celui d'assurer la stabilité et la continuité au-delà des frontières du lien de filiation des enfants issus de ces pratiques.

Le scénario envisagé peut schématiquement s'énoncer ainsi : les parents d'intention, domiciliés au Québec, se rendent à l'étranger dans le but de conclure et de voir exécuter les conventions de mère porteuse, puis reviennent au Québec avec les enfants issus de ces conventions. Dans ce contexte, la procédure d'adoption est habituellement perçue comme la suite logique en vue de faire substituer la filiation de la conjointe ou du conjoint du père à celle de la mère porteuse étrangère. L'examen de la jurisprudence révèle d'emblée que nos tribunaux demeurent indifférents au fait que la conception et la naissance de l'enfant ait lieu à l'étranger ou sur le sol québécois. Ce traitement indifférencié se fait au prix de transposer abusivement aux situations internationales les règles traditionnelles de l'adoption interne, entraînant alors des effets délétères.

En réalité, le phénomène revêt une spécificité certaine lorsqu'il s'inscrit dans une dimension qui échappe au cadre strictement national. D'une part, dans bien des pays, le procédé n'offre pas une protection satisfaisante de tous les participants, notamment les mères porteuses qui se trouvent dans une condition de vulnérabilité<sup>17</sup>. La mère porteuse n'est habituellement qu'une gestatrice. Il ressort alors qu'il est souvent difficile de s'assurer que son consentement soit libre et éclairé, du fait de la

---

<sup>17</sup> Sur les risques d'exploitation, voir : Conseil du statut de la femme, *Avis : Mères porteuses : réflexions sur des enjeux actuels*, Québec, 2016 aux pp 42 et s.

dissimulation de son identité derrière une agence ou une clinique de procréation servant d'interface dans le processus<sup>18</sup>. Les actes de naissance délivrés à l'étranger ne sont pas d'un grand secours, car ils ne font pas systématiquement mention du nom de la mère<sup>19</sup>. D'autre part, l'altruisme, souvent présenté comme fondement de cette pratique au Canada<sup>20</sup>, perd son intérêt en contexte international. La perspective d'une gestation altruiste (non rémunérée) y est infiniment réduite, car il est assez surprenant qu'une femme étrangère accepte de rendre service gratuitement<sup>21</sup>. On se retrouve alors devant des cas de gestation transnationale à caractère commercial, voire de « location(s) d'utérus » offerts par des agences agissant comme intermédiaire<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> Dans une affaire où le requérant et son conjoint ont eu recours aux services d'une clinique en Inde, ceux-ci ont témoigné qu'ils n'ont jamais rencontré ni parlé à la femme ayant donné les ovules, et que c'est la Clinique qui a retenu les services de la mère porteuse qu'ils n'ont rencontrée qu'après la naissance de l'enfant. *Adoption — 15410*, 2015 QCCQ 15938 aux paras 15–17.

<sup>19</sup> *Ibid* au para 27.

<sup>20</sup> Loi sur la procréation assistée, LC 2004, ch 2, arts 6(1)–6(3).

<sup>21</sup> Des situations par pur altruisme ont pu être relevées par la jurisprudence concernant des mères porteuses québécoises fondées sur l'existence d'une relation préalable (familiale, amicale ou autre) entre les deux parties. A titre d'exemple : *Adoption — 09185*, 2009 QCCQ 8703 (j Claude Tremblay); *Adoption — 07219*, 2007 QCCQ 21504 (j Dubois). Dans ces deux affaires, la mère porteuse était respectivement la tante par alliance de la requérante et la belle-sœur de la requérante.

<sup>22</sup> L'Inde est souvent présentée comme un pays attirant chaque année de milliers de personnes intéressées par ce processus. Pour le modèle indien, voir Usha Rengachary Smerdon, « India », dans Katarina Trimmings et Paul Beaumont, dir, *International Surrogacy Arrangements, Legal Regulation at the International Level*, Portland

Dans le silence de la loi, c'est l'œuvre jurisprudentielle qui a permis de préciser le statut de l'enfant né d'une mère porteuse hors de Québec. Effectivement, dès 2005, les tribunaux québécois ont dû faire face à la question de l'établissement ou de la reconnaissance de la filiation des enfants nés dans ce cadre<sup>23</sup>. En dépit d'un ordre public prohibitif, les tribunaux ont, après maintes tergiversations, admis que le lien filial à l'égard du parent d'intention, homme ou femme, peut juridiquement se traduire par une adoption. Cette évolution libérale n'a pu se faire qu'au prix d'une dénaturation de cette institution, désormais réduite à une simple technique créatrice de filiation. Cela est d'autant plus regrettable que les questions de droit international privé suscitées par les voyages procréatifs sont souvent restées inaperçues, le traitement étant opéré à l'aune des règles du droit interne. À notre sens, ignorer l'élément d'extranéité, comme c'est actuellement le cas au Québec, c'est négliger un paramètre essentiel.

---

(OR) Hart Publishing, 2013 aux pp187–217. Adde, *Avis du Conseil du statut de la femme*, supra note 17 aux p 46 et s.

<sup>23</sup> Une première affaire remonte vraisemblablement à 2005 : *OF c JH*, [2005] RDF 475 (CQ). Une ordonnance de placement est accordée au conjoint du père biologique des jumeaux nés en Ontario. La lecture de la décision ne permet, toutefois, d'affirmer avec certitude que la femme qui a accouché et dont le nom figure au certificat de naissance a agi à titre de mère porteuse. Celle-ci a donné son consentement à l'adoption des enfants au Québec. Le juge a prononcé une ordonnance de placement en vue de l'adoption en concluant que selon le Code civil du Québec, il est possible pour un enfant d'avoir deux pères sur son certificat de naissance, sans poser de questions sur le contexte dans lequel l'adoption prenait place.

Pour le démontrer, nous allons nous atteler, dans un premier temps, à retracer cette évolution jurisprudentielle entre 2009 et 2019 ayant conduit à la solution qualifiée de « la moins insatisfaisante » (I.), pour tenter, dans un second temps, d'explorer les avenues possibles pour parvenir à une solution plus satisfaisante en matière de filiation comportant un élément d'extranéité (II.).

### **I. L'IGNORANCE DU CARACTÈRE INTERNATIONAL : SOLUTION LA MOINS INSATISFAISANTE**

Après une période de valse-hésitation, la jurisprudence québécoise a admis l'emploi du procédé de l'adoption afin d'établir la filiation de l'enfant issue d'une convention de gestation pour autrui, tout en reconnaissant qu'il ne s'agissait pas d'une solution idéale. La solution est d'autant plus insatisfaisante du fait qu'elle ait été appliquée *ad litteram* sans distinction entre droit interne et droit international privé. Schématiquement, la libéralisation de la position des tribunaux à cet égard fut le fruit d'un double facteur : un cantonnement de la notion d'ordre public, d'une part (A.), et un assouplissement de la condition du consentement spécial à l'adoption, d'autre part (B.)

#### **A. ORDRE PUBLIC CIRCONSCRIT**

Au Québec, l'art. 541 C.c.Q. frappe de nullité absolue « [t]oute convention par laquelle une femme s'engage à procréer ou à porter un enfant pour le compte d'autrui », peu importe que ce soit avec ou sans rémunération<sup>24</sup>. Il s'agit d'une disposition d'ordre public de direction par

<sup>24</sup> Voir : Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la justice*, t 1, Québec, Publications du Québec, 1993 à la p 327.

laquelle le législateur manifeste son hostilité envers les conventions de procréation ou de gestation pour le compte d'autrui<sup>25</sup>. Une telle position est animée par des préoccupations visant à prévenir la réification du corps humain, la patrimonialisation de l'enfant, à assurer la protection de la femme contre l'exploitation et, plus globalement, l'intérêt général de la société<sup>26</sup>. La pratique a été jugée comme allant à l'encontre de certains principes du Code civil et plus particulièrement à celui de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes<sup>27</sup>. La nullité du contrat implique que les obligations qui en découlent ne sont pas exécutoires. Toutefois, la question paraît plus délicate lorsqu'il s'agit de savoir si une telle illicéité pourrait s'étendre et avoir une incidence sur le statut de l'enfant une fois né et remis aux

---

<sup>25</sup> Par nullité absolue, le Code civil entend un contrat qui porte atteinte à l'intérêt général (art 1417 CcQ).

<sup>26</sup> Michelle Giroux, « L'encadrement de la maternité de substitution au Québec et la protection de l'intérêt de l'enfant » (1997) 28 *RGD* 535 ; Marie-France Bureau et Édith Guilhermont, « Maternité, gestation et liberté : Réflexions sur la prohibition de la gestation pour autrui en droit québécois » (2011) 4 *RD & santé McGill* 45 aux pp 52–53 ; Alain Roy, *La filiation par le sang et par la procréation assistée*, coll. « Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ) », Cowansville (QC), Éditions Yvon Blais, 2015 aux pp 214–216.

<sup>27</sup> Art 3 et 10 CcQ. Toutefois, il faut bien admettre que ces principes ont connu récemment une certaine érosion. Pour plus de détails, voir : Michelle Gobert, « Réflexions sur les sources du "principe" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes » [À propos de la maternité de substitution], (1992) 91 *RTD civ* 489. *Adde* : Carmen Lavallée et Suzanne Philips-Nootens, « De l'état inaliénable à l'instrumentalisation, la filiation en question » dans Pierre-Claude Lafond et Brigitte Lefebvre, dir, *L'union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21e siècle*, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2003 à la p 337.

parents d'intention. À cet égard, la question de la contrariété à l'ordre public a donné lieu à des divergences prétoriennes.

Dans un premier temps, la jurisprudence paraît assez contradictoire sur la portée à donner à l'art. 541 C.c.Q dans le contexte de la maternité de substitution. Certains juges se sont montrés réticents à admettre l'adoption d'un enfant issu d'un contrat frappé de nullité absolue. Dans un jugement rendu en janvier 2009<sup>28</sup>, un couple hétérosexuel avait « fait affaire » avec une mère porteuse. Cette dernière avait été inséminée avec le sperme du conjoint, lequel, en tant que seul parent déclaré, a signé par la suite un consentement spécial en faveur de l'adoption de son enfant par sa conjointe. Le tribunal a refusé d'ordonner le placement de l'enfant en vue de son adoption. Selon le juge Dubois, on ne saurait « dissocier la question de la validité de ce consentement des étapes précédentes concoctées dans la réalisation du projet parental de ce couple »<sup>29</sup>. Aux yeux du juge, l'adoption sur consentement spécial n'est que l'étape ultime d'un plan soigneusement orchestré qui caractérise une manière détournée pour donner effet à une entente contractuelle prohibée par la loi<sup>30</sup>. Par conséquent, on ne saurait avaliser « le détournement de l'institution de l'adoption » au nom de l'intérêt de l'enfant<sup>31</sup> qui n'est pas un « critère passe-partout »<sup>32</sup>. Juger autrement serait permettre à « une démarche conçue et réalisée dans

---

<sup>28</sup> *Adoption — 091*, 2009 QCCQ 628.

<sup>29</sup> *Ibid* au para 57.

<sup>30</sup> *Ibid* aux paras 59–60.

<sup>31</sup> *Ibid* au para 61.

<sup>32</sup> *Ibid* au para 66

l'illégalité [d'aboutir] finalement à un résultat légal »<sup>33</sup>. Ce raisonnement a trouvé écho trois ans plus tard dans *Adoption — 12464*<sup>34</sup> où le tribunal rejette une requête pour ordonnance de placement en soulignant qu'un tel procédé est devenu « l'instrument par lequel le père et son épouse ont contourné les prohibitions législatives existantes, et fait partie d'une démarche illégale et contraire à l'ordre public, visant à faire produire de façon détournée des conséquences juridiques à ce qui est prohibé par la loi »<sup>35</sup>. La démarche consistait donc à raisonner de manière unitaire refusant d'isoler la question de l'adoption du procédé suivi pour concevoir l'enfant ; la première n'étant que l'aboutissement du second.

À l'opposé, certains juges n'ont pas hésité à permettre l'adoption nonobstant l'illicéité de l'entente ayant abouti à la conception de l'enfant. Dans *Adoption — 09558*<sup>36</sup>, décision rendue à peine huit mois après celle du juge Dubois, le tribunal ordonne le placement de l'enfant en vue de son adoption. En l'espèce, deux hommes en union civile s'adressent à une agence californienne pour retenir les services d'une mère porteuse. Un contrat en bonne et due forme est passé avec cette dernière et le couple a défrayé tous les coûts inhérents autant à l'agence qu'aux services de la mère porteuse. Celle-ci accouche finalement au Québec après avoir été inséminée avec le sperme d'un des hommes du couple. Le juge constate

---

<sup>33</sup> *Ibid* au para 66.

<sup>34</sup> *Adoption — 12464*, 2012 QCCQ 20039 (J Dominique Wilhelmy), infirmé par *Adoption — 1445*, 2014 QCCA 1162.

<sup>35</sup> *Ibid* au para 62.

<sup>36</sup> *Adoption — 09558*, 2009 QCCQ 20292 (J Louis Grégoire).

d'abord que de telles conventions sont légales en Californie. Ensuite, que le nom de la mère porteuse apparaît dans l'acte de naissance québécois de l'enfant et que les parties n'ont pas essayé de camoufler son identité<sup>37</sup>. Enfin, le meilleur intérêt de l'enfant dictant la voie à suivre au juge : les circonstances de naissance ne peuvent être source de discrimination<sup>38</sup>. Tout en reconnaissant que la doctrine québécoise est partagée sur la question, le juge souligne que la nullité absolue, prônée à l'article 541 C.c.Q., n'affecte que les parties contractantes puisque la volonté du législateur était de permettre aux couples de même sexe d'adopter, ce qui se traduit donc par une indifférence quant au mode de conception de l'enfant. On retrouve le même raisonnement trois ans plus tard dans *Adoption — 1342*<sup>39</sup> où la juge Johanne Denis conclut que « [l]e législateur a choisi nonobstant l'article 541 du Code civil du Québec de ne faire aucune distinction quant aux règles gouvernant le processus de l'adoption. Les parties au contrat par ailleurs nul et de nullité absolue ne sont d'aucune façon exclues de ce processus »<sup>40</sup>. La consécration de la filiation « monosexuée » par la réforme de 2002<sup>41</sup> a certes pavé la voie à cette reconnaissance. Outre l'adoption, la procréation assistée permet dorénavant

---

<sup>37</sup> *Ibid* aux paras 11 et 12.

<sup>38</sup> *Ibid* aux paras 20–22.

<sup>39</sup> *Adoption — 1342*, 2013 QCCQ 4585.

<sup>40</sup> *Ibid* au para 14.

<sup>41</sup> *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, LQ 2002, c-6.

la création d'un lien filial entre un enfant et deux parents de même sexe<sup>42</sup>.

Une troisième interprétation tendait à opérer une distinction entre une mère porteuse qui accepte d'héberger l'ovule fécondé d'une autre femme et celle qui fournit non seulement son utérus, mais aussi l'ovule nécessaire à la fécondation. L'opposition à l'adoption ne se manifeste que dans ce second cas<sup>43</sup>. Lorsque l'ovule fécondé provient de la mère d'intention, nous serions en présence d'une simple convention de gestation plutôt qu'une convention de procréation. La maternité de substitution gratuite et sans apport génétique de la mère porteuse semblait ainsi pouvoir être tolérée<sup>44</sup>.

Quoi qu'il en soit, il est patent que depuis l'arrêt rendu par la Cour d'appel en 2014 dans *Adoption — 1445*<sup>45</sup>, le procédé n'est plus considéré comme caractérisant une fraude à la loi ni une violation de l'ordre public, et cela quel que soit le scénario envisagé<sup>46</sup>. La Cour d'appel, sous la plume du juge Yves-Marie Morissette, reconnaît que la question a suscité bien des controverses et qu'il s'agit plus

---

<sup>42</sup> Couples de deux femmes et femmes seules. Voir : Roy, *supra* note 26 à la p 8.

<sup>43</sup> *Adoption — 10539*, 2010 QCCQ 21132 aux paras 50–53 ; *Adoption — 12464*, 2012 QCCQ 20039 (tous deux rendus par J Dominique Wilhelmy).

<sup>44</sup> Langevin, *supra* note 16 à la p 186.

<sup>45</sup> *Adoption — 1445*, 2014 QCCA 1162.

<sup>46</sup> Sur cette affaire, voir : Louise Langevin, « La Cour d'appel du Québec et la maternité de substitution dans la décision *Adoption — 1445* : quelques lumières sur les zones d'ombre et les conséquences d'une « solution la moins insatisfaisante », (2015) 49 *RJTUM* 451.

particulièrement d'interpréter l'intention législative sous-jacente à l'article 541 C.c.Q.<sup>47</sup>. La Cour refuse d'introduire une distinction selon la provenance de l'ovule (mère génitrice et mère gestatrice)<sup>48</sup> et autorise l'adoption au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant, inscrit à l'art. 33 C.c.Q., ainsi qu'au regard de l'art. 522 C.c.Q qui condamne le fait de discriminer les enfants en raison des circonstances de leur naissance. Raisonner autrement conduirait à priver l'enfant d'une partie de ses droits dans une situation qui ne lui est pourtant aucunement imputable. Néanmoins, la Cour admet expressément que l'adoption constitue en l'occurrence « la solution la moins insatisfaisante »<sup>49</sup>. Tout en niant l'existence d'« un droit à l'enfant »<sup>50</sup>, le juge Morissette s'emploie à réduire la portée de l'art. 541 C.c.Q. qui ne saurait avoir un impact sur le domaine de l'adoption :

[59] ...Étant nul de nullité absolue, le contrat de mère porteuse contrevient à une règle que le législateur a située dans le champ de l'ordre public de direction. Les conséquences

<sup>47</sup> *Adoption — 1445*, 2014 QCCA 1162 au para 56.

<sup>48</sup> *Ibid* aux paras 62 et 65.

<sup>49</sup> *Ibid* au para 66. Expression empruntée à Benoît Moore : Benoît Moore, « Maternité de substitution et filiation en droit québécois » dans *Liber amicorum, Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Paris, Dalloz, 2013, 859 aux pp 870–871.

<sup>50</sup> *Adoption — 1445* au para 70. Certains auteurs soutiennent néanmoins que la substance du « droit à l'enfant » se serait partiellement intégrée par osmose au droit québécois au cours des dernières années, bien que les juristes résistent à le reconnaître comme tel. Voir en ce sens : Elisabeth Beauchamp, « Existe-t-il un "droit à l'enfant" en droit québécois? » (2020) 33 :1 *Can J Fam L* 49 à la p 53.

d'un tel choix sont graves et le contrat ne peut en aucun cas avoir d'effet obligatoire. Mais cela ne signifie pas qu'*ipso facto*, tous ses effets, même indirects, même sur des tiers, doivent être combattus à tout prix par le droit. L'enfant, ici, est un tiers, il est plus qu'un objet<sup>51</sup>.

En concluant que la nullité de ces contrats n'affecte pas nécessairement l'établissement de la filiation, la Cour semble faire sienne la proposition faite en France par Paul Lagarde<sup>52</sup> de « dissocier le sort du contrat illicite du statut des enfants qui en sont issus ». La Cour se rallie également à la doctrine québécoise qui préconise que l'illicéité de la conception ne devrait faire obstacle à l'établissement de la filiation<sup>53</sup>. Autoriser l'adoption, estime la Cour, est « la solution qui respecte le mieux le principe fondamental énoncé à l'article 522 C.c.Q., qui veut que tous les enfants dont la filiation est établie aient les mêmes droits et les mêmes obligations, quelles que soient les circonstances de

---

<sup>51</sup> *Adoption — 1445*, 2014 QCCA 1162.

<sup>52</sup> Paul Lagarde, « La gestation pour autrui : problèmes de droit interne et de droit international privé », (2009) 62 : 2 *Rev Hellénique de Droit Int'l* 511, à la p 518. Dans le même sens : Hubert Bosse-Platière, « Le tourisme procréatif. L'enfant hors la loi française » (2006) 131 *Informations sociales* 88 à la p 98, citant cette fois le doyen Carbonnier.

<sup>53</sup> Giroux, *supra* note 16 à la p 353 ; Moore, *supra* note 49 à la p 873. *Contra* en critiquant cette position : Langevin, *supra* note 46 à la p 451. Pour l'auteure, l'arrêt s'inscrit dans « un courant individualiste en droit de la famille qui donne priorité à la liberté de choix sur d'autres valeurs, comme l'indisponibilité du corps humain, le droit à la dignité humaine et à la sécurité ». *Ibid* à la p 471.

leur naissance »<sup>54</sup>. Le débat entourant la question des mères porteuses, et *a fortiori* celle du tourisme procréatif, « ne doit pas se faire aux dépens des enfants », peut-on lire dans un jugement subséquent<sup>55</sup>. En somme, le lien tissé entre « conception » et « filiation » se trouve ainsi rompu. La nullité de la convention de mère porteuse n'irradie plus sur le sort de l'enfant.

Fondée sur des intentions louables, l'extension d'une telle solution aux gestations pour autrui transnationales nous semble, pour le moins, inopportune dans la mesure où la neutralisation de l'ordre public pourrait être perçue comme une incitation au « tourisme procréatif »<sup>56</sup>. L'érosion de l'ordre public permet dorénavant aux parents d'intention d'obtenir, *in fine*, le résultat recherché par le déplacement procréatif, soit l'établissement d'un lien de filiation avec l'enfant. Ces préoccupations transparaissent dans certains jugements où des juges éprouvaient un malaise face à des pratiques douteuses à l'étranger. Ainsi, dans *Adoption — 1590*<sup>57</sup> tout en suivant la solution retenue par la Cour d'appel en

---

<sup>54</sup> *Adoption — 1445* au para 68.

<sup>55</sup> *Adoption — 1632*, 2016 QCCQ 6873 au para 165.

<sup>56</sup> Pareille critique a également été formulée en France. Voir : Yves Lequette, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? » (2016) 387 RCADI 593 à la p 613 : « On voit ainsi comment *le raisonnement en termes de droits fondamentaux fraye la voie à la mise en place d'un monde qui a vocation à ne plus être régulé que par le seul marché* » (En italique dans le texte).

<sup>57</sup> *Adoption — 1590*, 2015 QCCQ 10185.

2014<sup>58</sup>, la juge Sophie Gravel ne manque pas d'émettre quelques réserves :

[49] Le commerce des mères porteuses rémunérées est en plein essor en Inde, car les coûts sont peu élevés et le temps d'attente pour les couples est minime.

[50] Le législateur est soucieux de préserver l'intégrité de la personne et ne pas favoriser la commercialisation, l'exploitation et la chosification de l'enfant.

[51] Le Code civil du Québec prévoit la nullité absolue des contrats de mères porteuses, mais les tribunaux constatent que tant au Canada qu'à l'étranger, de tels contrats se forment et sont exécutés. Des enfants naissent donc de mères porteuses qui, souvent, ont été rémunérées.

[52] Ceci étant dit, le tribunal doit maintenant décider si les conditions permettant l'ordonnance de placement sont réunies. Il ne lui appartient pas de sanctionner la conduite des parents ou de se prononcer sur la validité d'un contrat, maintenant exécuté.

La mise en veilleuse de l'ordre public s'est simultanément conjuguée avec l'atténuation des exigences liées au consentement spécial à l'adoption.

---

<sup>58</sup> *Adoption — 1445*, 2014 QCCA 1162 : solution qui préconise, rappelons-le, de distinguer la question de la validité du contrat de mère porteuse, de l'adoption de l'enfant à naître.

## B. CONSENTEMENT SPÉCIAL ASSOUPLI

Une fois la question de l'ordre public tranchée, c'est sur le terrain du consentement à l'adoption que se trouveraient, dorénavant, les tribunaux québécois. Le consentement spécial à l'adoption semble être la pièce maîtresse du système actuel. Le contrôle du juge s'exerce en effet sur cet élément.

En vertu de l'art. 555 C.c.Q., le consentement spécial à l'adoption peut être donné en faveur du conjoint du père ou de la mère. La mère porteuse pourrait ainsi consentir à son propre « remplacement » par le conjoint ou la conjointe du parent figurant dans l'acte de naissance<sup>59</sup>. En se référant uniquement aux conditions requises pour l'adoption, ce consentement spécial est valablement donné dès lors qu'il est libre et éclairé<sup>60</sup>. En outre, celui-ci doit être donné par écrit devant deux témoins<sup>61</sup>.

La question de l'intégrité du consentement apparaît sous un jour particulier lorsque la pratique doit se faire par « donneuse d'ovules » et mère porteuse. La naissance de l'enfant faisant alors suite à la fécondation d'un ovule de la donneuse, par un spermatozoïde de l'un des conjoints. Le rôle de la mère porteuse se réduit ainsi à une gestatrice, évincée aussitôt l'enfant mis au monde et sans aucune

---

<sup>59</sup> Jean Pineau et Marie Pratte, *La famille*, Montréal (QC), Éditions Thémis, 2006 aux pp 683–685. Dans le même sens : Benoit Moore, « Dessine-moi une famille » dans *Liber amicorum, Mélanges en l'honneur du professeur Michel Grimaldi*, Paris, Défrenois, 2020, 683 à la p 693.

<sup>60</sup> Art 543 CcQ.

<sup>61</sup> Art 548 CcQ.

mention dans le certificat de naissance de celui-ci. En effet, l'enfant est délibérément privé d'une filiation maternelle dans le dessein d'être adopté facilement. La mention « *mère non déclarée* » n'a pas manqué de susciter la suspicion de certains juges ayant pu y voir une manière de contourner le consentement de la mère légale, celle ayant accouché de l'enfant (*mater semper certa est*)<sup>62</sup>.

Dans *Adoption — 1549*<sup>63</sup>, un couple d'hommes québécois a eu recours à une amie ayant accepté, sans rémunération, de porter un enfant issu d'une fécondation *in vitro* d'un ovule de donneuse ontarienne anonyme inséminée avec le sperme de l'un des conjoints. Le certificat de naissance de l'enfant ne mentionne pas le nom de la mère gestatrice. Le requérant demande au tribunal de lui permettre d'adopter l'enfant de son conjoint. D'après la juge Doris Thibault de la Cour du Québec, « [l]a mère porteuse a l'obligation de déclarer sa maternité à l'égard de l'enfant. Ne pas déclarer sa maternité équivaut à frauder la Loi »<sup>64</sup>. Par conséquent, « le fait que la mère de l'enfant, qu'elle soit biologique ou gestatrice, n'ait pas consenti à l'adoption représente un écueil empêchant le tribunal d'accueillir la requête »<sup>65</sup>. Un tel raisonnement n'a toutefois pas trouvé grâce aux yeux de la Cour d'appel. Par

---

<sup>62</sup> En vertu de ce principe l'enfant se voit attribuer une filiation maternelle avec la mère porteuse, même si l'ovocyte fécondé provient d'une autre femme. Alain Roy, « Revue de la jurisprudence 1994–2019 en droit de la famille : entre conservatisme et audace judiciaires », (2020) 122 R du N 1.

<sup>63</sup> *Adoption — 1549*, 2015 QCCQ 7955.

<sup>64</sup> *Ibid* au para 19.

<sup>65</sup> *Ibid* au para 40.

un arrêt rendu le 14 janvier 2016<sup>66</sup>, la Cour estime que la juge du fond a erré en retenant que l'omission de déclarer sa maternité « constituait une « fraude à la loi » permettant une « démarche illégale » de la part du père et de son conjoint<sup>67</sup>. Après avoir relevé que c'est de manière libre et éclairée que la mère porteuse a fait le choix de ne pas déclarer la filiation de l'enfant à son égard, la Cour d'appel a écarté toute « fraude à la loi »<sup>68</sup>. En affirmant qu'il n'y a pas d'obligation de déclarer la maternité à l'état civil, cette jurisprudence constitue une sérieuse remise en cause de la maxime *mater semper certa est*<sup>69</sup> et permet, au surplus, de passer outre le consentement de la mère porteuse dès lors que son identité est passée sous silence.

Au demeurant, l'approche retenue par la Cour d'appel suggère une distinction selon que la filiation maternelle de la mère porteuse est déclarée ou non à l'acte de naissance. Alors que son consentement libre et éclairé est toujours exigé dans le premier cas, il ne semble plus être requis dans le second où son rôle est celui de « porter », de

---

<sup>66</sup> *Adoption — 161*, 2016 QCCA 16. Pour un commentaire critique de cet arrêt, voir Andréanne Malacket, « Maternité de substitution : quelle filiation pour l'enfant à naître ? » (2015) 117 R du N 229.

<sup>67</sup> *Adoption — 161*, 2016 QCCA 16 au para 54.

<sup>68</sup> *Ibid* au para 83.

<sup>69</sup> En ce sens : Michelle Giroux, « Les conventions de procréation ou de gestation pour autrui au Québec : entre solution jurisprudentielle et réforme du droit » dans Véronique Boillet, Marta Roca Escoda et Estelle de Luze, dir, *La gestation pour autrui. Approches juridiques internationales*, Limal, Anthemis, 2018, 125 à la p 134.

« délivrer » et ensuite de « disparaître »<sup>70</sup>. La brèche jurisprudentielle ainsi ouverte s'avère davantage périlleuse dans le contexte d'une gestation délocalisée où la mention *unknown mother* « mère non déclarée » peut d'autant plus facilement être apposée sur le certificat de naissance étranger.

L'affaire *Adoption — 1632*<sup>71</sup>, est à cet égard édifiante. Il s'agit d'une demande en ordonnance de placement faisant suite à une convention de gestation par autrui contractée en Inde par l'intermédiaire d'une clinique spécialisée dans ce domaine. L'acte de naissance de l'enfant porte la mention *unknown mother*. Il s'agit selon toute vraisemblance d'une pratique courante, car les cliniques indiennes cherchent généralement à limiter le contact entre mères porteuses et parents d'intention<sup>72</sup>. Aux yeux de la Procureure générale, le fait de taire l'identité de la mère aurait pour corollaire de « contourner des impératifs légaux et [de] porter atteinte à la dignité humaine par l'instrumentalisation du corps de la femme et la marchandisation de l'enfant »<sup>73</sup>. La requête a toutefois été accueillie. Pour la juge Viviane Primeau, le consentement de la mère porteuse n'était pas nécessaire considérant qu'elle n'est pas identifiée et que « sa filiation

---

<sup>70</sup> Langevin, *supra* note 46, à la p 478. Dans le même sens : Alain Roy, « De certains enjeux contemporains du droit québécois de la filiation » (2017) 2 CP du N 325 à la p 347.

<sup>71</sup> *Adoption — 1632*, 2016 QCCQ 6873. Étant donné que l'Inde ne reconnaît pas les couples homosexuels, le requérant, conjoint du père biologique, n'appose pas sa signature au contrat.

<sup>72</sup> Amrita Pande, *Wombs in labor: Transnational commercial surrogacy in India*, New York, Columbia University Press, 2014, chap 6.

<sup>73</sup> *Adoption — 1632* au para 26.

n'est pas reconnue à l'acte de naissance »<sup>74</sup>. La juge fait remarquer que depuis les deux arrêts de la Cour d'appel en 2014 et 2016, « force est donc de constater que tant en jurisprudence que dans la doctrine, la controverse au sujet de la légalité du recours à l'adoption par voie de consentement spécial semble s'estomper, et ce, en dépit du fait que la mère porteuse soit nommément désignée à l'acte de naissance ou pas »<sup>75</sup> et d'ajouter :

[146] Il est bien connu que le tourisme reproductif a cours en Inde depuis déjà quelques années. Le recours commercial aux mères porteuses se fait par le biais de cliniques ou agences.

[147] Toutefois, les doutes entretenus concernant la validité du consentement de la mère porteuse reposent d'une part sur des hypothèses et d'autre part nous réitérons qu'il ne nous appartient pas dans le contexte du processus d'adoption de sanctionner les personnes qui ont eu recours à ce procédé.

La même solution a été suivie dans *Adoption — 15410*<sup>76</sup>, où la Cour du Québec accepte l'adoption par le conjoint du père biologique de deux enfants nés d'une procréation assistée avec une mère porteuse indienne non identifiée au certificat de naissance étranger<sup>77</sup>. Après une revue de la

---

<sup>74</sup> *Ibid* au para 139.

<sup>75</sup> *Ibid* au para 105.

<sup>76</sup> *Adoption — 15410*, 2015 QCCQ 15938 (J Alain Brillon).

<sup>77</sup> C'est la clinique qui avait retenu les services de la mère porteuse. Les requérants n'ont rencontré celle-ci qu'une fois après la naissance de l'enfant (paras 16–17). Dans le certificat de naissance remis par les

jurisprudence, le tribunal souligne qu'il « est dans l'intérêt des enfants de leur permettre d'être adoptés par le conjoint du père biologique, le tout tel que le projet initial a été, pour eux, conçu »<sup>78</sup>.

En revanche, la qualité du consentement semble reprendre toute sa vigueur dès lors que la mère, génératrice ou gestatrice, est identifiée à l'acte de naissance. Rappelons que depuis l'arrêt la Cour d'appel de 2014, le fait par la mère porteuse d'avoir participé à une entente illicite contraire à l'ordre public ne constitue pas en soi un vice de consentement<sup>79</sup>. Il n'en demeure pas moins que le consentement de la mère porteuse doit être libre et éclairé. La jurisprudence enseigne à cet égard qu'un consentement à l'adoption devrait être l'expression de cette seule volonté et avoir uniquement pour objet l'adoption. De plus, celui-ci doit avoir été donné après la naissance de l'enfant. On ne saurait donner effet à un consentement signé avant la naissance de l'enfant<sup>80</sup>.

À cet égard, l'affaire *Adoption — 1874*<sup>81</sup> représente un « exemple frappant des risques reliés à ces ententes de maternité de substitution »<sup>82</sup> à caractère international. En

---

autorités indiennes, aucun nom n'apparaît pour identifier la mère (para 27).

<sup>78</sup> *Ibid* au para 45.

<sup>79</sup> *Adoption — 1445*, 2014 QCCA 1162 au para 49.

<sup>80</sup> Voir : Alain Roy, *Droit de l'adoption : adoption interne et internationale*, 2<sup>e</sup> éd Montréal, Wilson & Lafleur, 2010 aux pp 39–40 avec les références jurisprudentielles citées.

<sup>81</sup> *Adoption — 1874*, 2018 QCCQ 1694.

<sup>82</sup> *Ibid* au para 116.

l'espèce, le demandeur et son conjoint, tous deux domiciliés au Québec, ont eu recours au service d'une mère porteuse au Tennessee, en vertu d'un *Gestational Surrogacy Agreement*<sup>83</sup>. Les deux enfants nés aux États-Unis sont enregistrés au nom du père biologique et de la mère porteuse. Un jugement américain identifie toutefois le conjoint du père comme « père d'intention ». Cette décision reprend essentiellement les stipulations contenues dans les ententes conclues antérieurement entre la mère porteuse et les parents d'intention. Au Québec, le père des enfants signe un consentement spécial à l'adoption en faveur de son conjoint, mais la mère porteuse refuse de signer ledit document en alléguant que les parents d'intention n'ont pas honoré leurs engagements financiers envers elle. La question s'est posée de savoir si le tribunal peut passer outre le consentement de la mère porteuse et si le jugement étranger peut valoir un tel consentement.

Pour la juge Annie Savard, « [l]a filiation étant établie auprès de la mère porteuse, son consentement spécial à l'adoption constitue une condition essentielle et d'ordre public »<sup>84</sup>. Le consentement doit être donné de manière libre et éclairée, par écrit devant deux témoins<sup>85</sup>. Il doit être explicite et ne porter que sur cette question<sup>86</sup>. L'absence d'exercice de l'autorité parentale ou l'absence

---

<sup>83</sup> Prévoyant notamment que la mère porteuse s'engage à participer au processus d'insémination, à porter le ou les enfants à naître, à se soumettre aux examens médicaux et à remettre les enfants dès leur naissance aux parents d'intention. Elle renonce à tous ses droits parentaux en faveur de ces derniers.

<sup>84</sup> *Ibid* au para 84.

<sup>85</sup> *Ibid* au para 92.

<sup>86</sup> *Adoption — 1631*, 2016 QCCQ 6872 au para 68.

de volonté de la mère porteuse d'assumer les conséquences qui découlent de la filiation ne peut suppléer à cette condition. De même, la renonciation de la mère porteuse à ses droits parentaux en vertu de la loi étrangère ne vaut pas consentement à l'adoption. La juge conclut, à juste titre, que « les ententes de maternité de substitution ne constituent pas un consentement à l'adoption »<sup>87</sup> et d'ajouter qu'on ne saurait ainsi « contourner les dispositions essentielles de la Loi en invoquant la validité d'un contrat privé, et ce, même si ce type de contrat de maternité est prévu et permis par la législation étrangère »<sup>88</sup>. Le refus de tenir compte du contrat étranger provient du fait que ce sont les dispositions du droit interne québécois qui ont, en l'espèce, été appliquées. Nous croyons que la solution aurait pu être différente si l'on avait considéré que l'enfant était domicilié aux États-Unis, pays de sa naissance et où sa mère demeure, comme nous allons le voir<sup>89</sup>.

Il en résulte que le consentement de la mère porteuse étrangère ne peut être implicite et doit revêtir les formes usuelles du droit québécois. Toutefois, l'affaire *Adoption — 16200*<sup>90</sup> laisse planer quelques doutes à ce propos. En l'espèce, une mère porteuse thaïlandaise a porté deux enfants conçus à partir des forces génétiques fournies par un couple hétérosexuel québécois<sup>91</sup>. L'acte de

---

<sup>87</sup> *Adoption — 1874*, 2018 QCCQ 1694 au para 97.

<sup>88</sup> *Ibid* au para 102.

<sup>89</sup> Voir ci-dessous, II.A.

<sup>90</sup> *Adoption — 16200*, 2016 QCCQ 8952.

<sup>91</sup> Les parents d'intention avaient payé la somme de 27 000\$ à une agence de procréation assistée en Thaïlande. Le contrat conclu prévoit notamment que la mère porteuse s'engage à participer au processus

naissance des enfants en Thaïlande porte le nom de la mère porteuse et celui du père comme étant les parents. L'épouse du père demande l'adoption des enfants et le père a signé un consentement spécial à l'adoption en sa faveur. Surgit, aussitôt, la question de savoir si le tribunal devait autoriser l'adoption en dépit de l'absence de consentement spécial à l'adoption de la mère porteuse. Pour statuer, le juge Pierre Hamel analyse les stipulations d'un document intitulé *Surrogacy Agreement*, que la mère porteuse aurait signé par l'entremise de l'agence de procréation après la naissance des enfants. Ledit document, reprenant les obligations de la mère porteuse, avait été présenté à l'Ambassade du Canada pour permettre aux enfants de rentrer au Québec avec le couple. Faute de pouvoir retracer la mère porteuse et l'agence, le juge considère ce document comme équivalant à un consentement spécial à l'adoption conformément aux dispositions du Code civil du Québec. Selon le tribunal, « la preuve a établi que la mère porteuse a accepté de signer à nouveau ce contrat après la naissance des enfants »<sup>92</sup>, et « la preuve, telle qu'établie, permet de conclure que la mère porteuse a volontairement confié les enfants à leur père et à la requérante conformément aux engagements convenus et qu'en conséquence, elle acceptait de renoncer à ses droits parentaux à l'égard des enfants selon les termes indiqués » au contrat<sup>93</sup>, et cela

---

d'insémination, de porter l'enfant des parents et de se soumettre aux décisions des parents et des médecins durant la grossesse. À la suite de l'accouchement, elle s'engage à remettre les enfants aux parents et à renoncer à ses droits parentaux. *Ibid* aux paras 25–26.

<sup>92</sup> *Ibid* au para 92.

<sup>93</sup> *Ibid* au para 97.

nonobstant le fait que la mère n'ait pas signé de consentement à l'adoption en bonne et due forme.

Une telle interprétation prête, croyons-nous, le flanc à la critique. Présumer le consentement de la mère sur la base d'un document présenté aux fins de l'immigration nous paraît discutable, d'autant plus que de nombreux rapports font état des pressions exercées sur les mères d'origine modeste dans certains pays du Sud par les agences de procréation commerciales<sup>94</sup>. De tels comportements existent notamment dans certaines cliniques de pays comme l'Inde ou la Thaïlande<sup>95</sup>. La fin de l'indivisibilité entre l'adoption et la convention qui l'a précédée ne saurait aboutir à donner effet à de telles conventions, même signées après la naissance. Une partie de la doctrine n'a pas manqué de dénoncer l'usage du consentement spécial comme instrument par lequel les conjoints contournent les dispositions impératives<sup>96</sup>.

Les développements précédents mettent en lumière un processus de libéralisation progressive de la jurisprudence à l'égard de la maternité de substitution à l'étranger. La mise au rencart de l'ordre public et l'interprétation souple du concept de consentement spécial

---

<sup>94</sup> Voir l'avis du Conseil du statut de la femme, *supra* note 17 à la p 46 et s. Bien que le Conseil ait été mandaté pour proposer des orientations concernant le droit interne, il a estimé si grave la situation des procréations délocalisées qu'il a jugé nécessaire de se pencher sur cette question.

<sup>95</sup> Konstantinos A Rokas, *L'assistance médicale à la procréation en droit international privé comparé*, Thèse de doctorat, Université Paris I, 2016 [non publiée] à la p 101.

<sup>96</sup> Roy, *supra* note 80, no 38; Michel Tétrault, *Droit de la famille*, vol 3 : La filiation, l'enfant et le litige familial, 2019 aux p 260 et s.

ont permis d'accueillir avec bienveillance toutes sortes de requêtes en adoption d'enfants conçus et nés à l'étranger consécutivement à un recours à une mère porteuse. En l'absence de textes législatifs, les tribunaux ont dû « être créatifs, tenant compte des valeurs fondamentales de la société québécoise »<sup>97</sup>.

Cependant, pour de nombreux juges, la consécration de la solution adoptive - et *a fortiori* son extension aux cas de procréations délocalisées - semble être un « pis-aller » ou se faire à contrecœur, faute de mieux. Une lecture attentive de la jurisprudence en la matière fait ressortir un certain malaise face aux arguments relatifs à l'ordre public, à la dignité de la personne et au respect des droits fondamentaux, préoccupations auxquelles la Cour du Québec ne s'estime pas être le forum approprié. En témoigne les propos de la juge Primeau, selon laquelle « [i]l n'appartient pas au Tribunal alors qu'il est saisi du cas de deux enfants en particulier de trancher ce débat de société »<sup>98</sup>, appelant de ses vœux à ce que des règles claires soient édictées. De sa part, le juge Hamel, tout en partageant ses préoccupations face à ces pratiques courantes et parfois fortement discutables<sup>99</sup>, estime « qu'il appartient plutôt au législateur d'intervenir sur ces questions, que ce soit par voie législative ou par l'établissement de conventions internationales, plutôt

---

<sup>97</sup> *Adoption — 10539*, 2010 QCCQ 21132 au para 59. (J Dominique Wilhelmy)

<sup>98</sup> *Adoption — 1632*, 2016 QCCQ 6873 au para 166.

<sup>99</sup> *Adoption — 16200*, 2016 QCCQ 8952 aux paras 108 et 112.

qu'au juge chargé de se prononcer sur la situation concrète et bien réelle d'enfants sujets de telles demandes »<sup>100</sup>.

En somme, d'aucuns ne considèrent la solution adoptive comme étant un moyen approprié pour établir la filiation d'un enfant issu d'une convention de mère porteuse. En réalité, la procédure d'adoption interne sur consentement spécial est usitée comme *palliatif universel* pour purger la situation des vices entachant, encore, le contrat de GPA. C'est à défaut de pouvoir appliquer les règles en matière de filiation d'enfants nés d'une procréation médicalement assistée qu'on emprunte celles de l'adoption<sup>101</sup>. La solution paraît donc bien artificielle, voire incarnant une sorte de subterfuge juridique. Elle consacre la dénaturation d'une institution utilisée à des fins totalement étrangères à sa raison d'être et à son esprit. La véritable fonction de l'adoption est de donner une famille à un enfant qui en est dépourvu et non de donner une filiation à un enfant venu au monde consécutivement à un contrat organisant sa conception, son abandon et sa remise aux parents d'intention<sup>102</sup>. De plus, cette voie peut engendrer des difficultés pratiques. Non seulement la procédure peut être longue et coûteuse, mais son aboutissement est subordonné au consentement du parent

---

<sup>100</sup> *Adoption — 16200*, 2016 QCCQ 8952 au para 111.

<sup>101</sup> Savard, *supra* note 16 à la p 620.

<sup>102</sup> Vedel, *supra* note 5 à la p 1057. Le Préambule de la Convention de La Haye de 1993 reconnaît que l'adoption internationale présente « l'avantage de donner une famille permanente à l'enfant pour lequel une famille appropriée ne peut être trouvée dans son État d'origine » : *Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*, 29 mai 1993 (entrée en vigueur : 1 mai 1995).

légal (dont le nom figure à l'acte de naissance) qui pourra s'y opposer si le couple se déchire entre la naissance de l'enfant et la requête en adoption. Cela est sans compter que le parent d'intention pourrait lui-même changer d'avis et répudier son engagement parental<sup>103</sup>.

Cela étant, face à l'essor qu'a connu le tourisme procréatif ces dernières années et les dérives qui l'accompagnent, il nous paraît de plus en plus incongru de se contenter de la solution qui s'est imposée *de lege lata*. Le droit doit lutter contre l'usage des institutions familiales comme de simples instruments techniques « sans consistance sociale ni résonance morale »<sup>104</sup>. Dans ce contexte, il conviendra *de lege ferenda* de dépasser « la solution la moins insatisfaisante »<sup>105</sup> à la recherche d'une voie plus adéquate et opportune. C'est ce que nous allons tenter d'explorer dans la seconde partie de la présente étude.

---

<sup>103</sup> Laurence Brunet, « Le droit français face au défi des pratiques de gestation pour autrui : que reste-t-il de l'ordre public? », dans Véronique Boillet, Marta Roca i Escoda et Estelle de Luze, dir, *La gestation pour autrui : Approches juridiques internationales*, Limal, Anthemis, 2018 à la p 71.

<sup>104</sup> Jacques Ghestin, Gilles Goubeaux et Muriel Fabre-Magnan, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4<sup>e</sup> éd, Paris, LGDJ, 1994, à la p 805.

<sup>105</sup> Expression employée par le professeur Benoît Moore et reprise par le juge Yves-Marie Morissette dans *Adoption — 1445*, 2014 QCCA 1162 au para 66.

## II. LA PRISE EN CONSIDÉRATION DU CARACTÈRE INTERNATIONAL : VERS UNE SOLUTION PLUS SATISFAISANTE ?

Il va sans dire qu'eu égard à sa dimension transfrontalière, le tourisme procréatif intéresse, en premier lieu, le droit international privé. Ce dernier a pour objet de régir les relations internationales entre personnes privées. Il conviendra, dès lors, de se tourner vers cette discipline pour voir si elle est à même d'offrir des solutions pertinentes à cet égard (A.). Faute de quoi, il faudra s'interroger sur les issues et les avenues possibles à la lumière de la réforme envisagée du droit de la filiation au Québec (B.).

### A. INSUFFISANCES DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Opération complexe, le tourisme procréatif met en jeu les relations entre deux ou plusieurs ordres juridiques : l'entente peut intervenir dans un pays, l'insémination et/ou l'accouchement dans un deuxième, suivi par le déplacement de l'enfant vers un troisième. À ce risque d'éparpillement entre les différentes lois, vient se superposer une parentalité déjà fragmentée par les conditions de conception de l'enfant. Or, les relations avec les autres ordres juridiques constituent la matière même du droit international privé<sup>106</sup>. Cette discipline a justement pour objet d'assurer une meilleure coordination des systèmes juridiques en présence et de favoriser ainsi

---

<sup>106</sup> Henri Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Dalloz, 1956 à la p 19.

l'harmonie internationale des solutions<sup>107</sup>. La délocalisation procréative pose à ce titre de nombreux défis aux internationalistes.

Même si son ampleur demeure difficile à mesurer, le recours par des Québécois à une mère porteuse étrangère qui donne naissance à l'extérieur du Québec est bien établi<sup>108</sup>. Une telle situation peut caractériser un ou plusieurs éléments d'extranéité impliquant la mise en œuvre des règles de droit international privé, à savoir la volonté des parties de se référer à un ordre juridique étranger, le domicile de la mère porteuse et la naissance de l'enfant à l'étranger. Se pose alors la question cruciale de l'appréhension par le droit international privé des situations créées à l'étranger.

Affirmons d'emblée qu'il n'y a pas de reconnaissance automatique des situations constituées hors du Québec. Pour établir un lien de filiation entre l'enfant et le parent d'intention, l'examen attentif de la jurisprudence révèle l'usage de deux véhicules procéduraux : la sollicitation au Québec du prononcé de l'adoption de l'enfant selon les règles du droit interne, et la demande de reconnaissance d'une filiation tissée à l'étranger en vertu d'une loi étrangère. Envisageons donc ces deux schémas

---

<sup>107</sup> Hélène Gaudemet-Tallon, « Le droit international privé confronté à des valeurs contradictoires » (2005) 312 RCADI 9 à la p 411.

<sup>108</sup> Il n'existe aucune statistique fiable permettant de connaître le nombre de couples québécois qui se rendent dans une autre province ou dans un autre pays pour avoir accès à la GPA. Notre constatation se base exclusivement sur la fréquence des dossiers portés devant les tribunaux ces dernières années. N'étant que la pointe de l'iceberg, cela ne reflète vraisemblablement qu'une partie infime de la réalité.

susceptibles de mettre en jeu les règles relatives aux conflits de lois et aux effets des jugements étrangers.

Tel que nous l'avons remarqué précédemment, la prohibition de la maternité de substitution ne fait plus obstacle au prononcé de l'adoption une fois les conditions de celle-ci réunies. Toutefois, la question se pose de savoir si une telle adoption ne devrait pas obéir aux règles relatives à l'adoption internationale plutôt qu'à celles du droit interne (consentement spécial à l'adoption). Parce que la situation se rattache à deux ou plusieurs systèmes juridiques, il s'agira alors de désigner parmi ces systèmes celui qui régit la question du consentement et de l'admissibilité à l'adoption. Aux termes du premier alinéa de l'article 3092 C.c.Q., « [l]es règles relatives au consentement et à l'admissibilité à l'adoption d'un enfant sont celles que prévoit la loi de son domicile ». Or, où se situe ce domicile ? Faut-il, pour apprécier son adoptabilité, tenir compte du domicile d'origine, lieu de naissance de l'enfant, ou du nouveau domicile québécois après le déplacement?

La question de la détermination du domicile de l'enfant est donc préalable à toute analyse que doit faire le juge pour statuer sur son adoption. La Cour d'appel a eu l'occasion de rappeler que « [l]a question du domicile des enfants est cruciale, puisque, s'ils sont domiciliés à l'étranger, les règles régissant leur admissibilité à l'adoption et le consentement à cette mesure seront celles de la loi étrangère que désigne l'article 3092 C.c.Q. »<sup>109</sup>. La réponse à cette interrogation aura une incidence directe sur l'enfant issu d'une mère porteuse du fait que son

---

<sup>109</sup> *Adoption* — 152, 2015 QCCA 348 au para 18.

admissibilité à l'adoption pourrait relever d'une loi étrangère — permissive ou prohibitive — et non de la loi québécoise<sup>110</sup>. À cet égard, la jurisprudence a décidé généralement qu'en matière d'adoption internationale, le domicile de l'enfant est celui de son pays d'origine, refusant ainsi de tenir compte du changement de domicile une fois l'enfant arrivé au Québec<sup>111</sup>. Dans *Adoption — 152*<sup>112</sup>, la Cour d'appel précise « tant que les enfants demeurent mineurs, même si leur domicile se déplace au Québec, c'est encore le droit de leur domicile original qui régit le consentement et l'admissibilité à l'adoption. [...] et ce, afin d'éviter que des parties ne cherchent ainsi à se dérober au régime mis en place par les articles 563 à 565 C.c.Q., régime qui vise à protéger les enfants et à empêcher qu'on en fasse le trafic ou qu'on les arrache intempestivement ou abusivement à leur pays et à leur famille d'origine ». La compétence de la loi étrangère en la matière s'explique par le souci « d'éviter les adoptions “boiteuses”, valides au Québec, mais invalides dans le pays d'origine de l'adopté, afin de stabiliser son statut personnel

---

<sup>110</sup> Ainsi a-t-il été jugé que « [d]ans le contexte où l'on reconnaît que le domicile de l'enfant est au Liban, relativement au processus d'adoption, il ressort clairement que l'admissibilité à l'adoption de l'enfant en cause ne peut que relever de la Loi libanaise, et non de la Loi québécoise » : *Adoption — 13318*, 2013 QCCQ 16271 au para 50, s'agissant d'un enfant arrivé au Québec à l'âge de 10 mois.

<sup>111</sup> *Adoption — 11117*, 2011 QCCA 1129 aux para 44 et s; *Adoption (En matière d')*, 2006 QCCQ 8524 aux para 31–35 ; *Dans la situation de : M. (D.)*, 1999 CanLII 10301 (QC CQ) au para 28. Pour plus de détails, voir : Harith Al-Dabbagh, « Conflits de lois dans le temps » dans *JurisClasseur Québec*, coll « Droit civil », *Droit international privé*, fasc 4, Montréal (QC), LexisNexis Canada, 2020, feuilles mobiles au para 57.

<sup>112</sup> *Adoption — 152*, 2015 QCCA 348 au para 61.

» et de lui permettre « de revenir à ses origines sans traumatisme »<sup>113</sup>. C'est surtout à l'égard d'enfants nés dans les pays musulmans que cette jurisprudence s'est manifestée avec le plus de fermeté en faisant échec à leur adoption au Québec au nom du respect du principe prohibitif de la loi étrangère<sup>114</sup>.

En matière de maternité de substitution à l'étranger, il est surprenant de constater que la question du domicile de l'enfant et de l'application des règles québécoises relatives à l'adoption internationale n'a guère été discutée. La GPA transnationale reçoit le même traitement que celle effectuée au Québec, faisant fi de l'élément d'extranéité. Effectivement, dans la quasi-totalité des affaires examinées, une unique réponse est fournie conformément à la loi du for, sans que la mise en œuvre de l'art. 3092 C.c.Q ne soit envisagée. Les tribunaux se contentent d'appliquer les mêmes principes que ceux régissant l'adoption d'un enfant issu d'une mère porteuse québécoise<sup>115</sup>. En l'état actuel de la jurisprudence, la signature d'un consentement spécial est à même de rendre l'enfant admissible à l'adoption, sans égard au fait que cette admissibilité puisse relever d'une loi étrangère; la loi du lieu du domicile de la mère porteuse.

---

<sup>113</sup> Gérald Goldstein, « Une lecture critique des règles relatives à l'adoption en droit international privé québécois » (2010) 69 R du B 57 à la p 68.

<sup>114</sup> Pour plus de détails, voir : Harith Al-Dabbagh, « La réception de la kafala dans l'ordre juridique québécois : vers un renversement du paradigme conflictuel? » (2017) 47 :1 RGD 165 aux pp 192 et s.

<sup>115</sup> Roy, *supra* note 26, n° 222.

Néanmoins, si les juges sont enclins à considérer l'enfant domicilié au Québec et à appliquer les règles de l'adoption « locale », quelques jugements laissent transparaître quelques hésitations à cet égard. Ainsi, dans *Droit de la famille — 151172*<sup>116</sup>, le juge souligne que la question du domicile de l'enfant est plus difficile à établir. Faut-il donc en conclure que celui-ci était domicilié aux États-Unis, lieu de sa naissance, au même endroit que sa mère porteuse ? La demande ne concernant pas une adoption, la question reste ouverte. Dans une autre affaire<sup>117</sup>, le tribunal conclut que « [u]ne application stricte de la loi et particulièrement de l'article 80 C.c.Q. nous amènerait à fixer le domicile de cet enfant aux Philippines, l'enfant ayant en principe son domicile chez son tuteur, soit sa mère ». Mais faut-il rappeler qu'en l'espèce l'enfant n'avait pas de paternité reconnue.

De même, s'agissant de l'affaire susmentionnée où la mère porteuse était domiciliée en Thaïlande, le juge Hamel relève qu'« [a]ucune des parties n'a fait la preuve du régime légal en vigueur en Thaïlande au moment de la conception et la naissance des enfants. C'est donc un aspect que le tribunal n'a pas considéré. Quoi qu'il en soit, les enfants sont maintenant au Québec sous la garde de la requérante et de leur père »<sup>118</sup>. Le tribunal a dès lors examiné la question de l'admissibilité et du consentement à l'adoption uniquement à travers le prisme du droit québécois. Or, une telle justification a de quoi étonner puisqu'en matière d'adoption internationale, il est bien

<sup>116</sup> *Droit de la famille — 151172*, 2015 QCCS 2308.

<sup>117</sup> *Dans la situation de M. (D.)*, 1999 CanLII 10301 (QC CQ), EYB 1999-16297 au para 21.

<sup>118</sup> *Adoption — 16200*, 2016 QCCQ 8952 au para 104.

admis que « [l]a Cour ne peut pas décider immédiatement d'appliquer le droit en vigueur au Québec lorsque la partie a fait défaut d'alléguer ou d'avoir établi la teneur du droit étranger »<sup>119</sup>. Il s'agit en effet d'une exception à l'art. 2809 C.c.Q. relevant du fait qu'en matière d'adoption, le juge est tenu de soulever d'office l'extranéité et d'exiger la preuve de la teneur de la loi étrangère, voire de l'établir lui-même au besoin<sup>120</sup>. Cette exception découle de l'article 568 C.c.Q., enjoignant au juge de s'assurer que « les conditions de l'adoption ont été remplies et, notamment, que les consentements requis ont été valablement donnés », selon le droit applicable dans le pays du domicile de l'enfant<sup>121</sup>.

En somme, la question du tourisme procréatif semble à l'heure actuelle échapper au droit international privé pour être assujettie au seul droit interne. Par conséquent, beaucoup de zones d'ombre persistent sur la notion du domicile de l'enfant né d'une mère porteuse et sur l'applicabilité des dispositions relatives à l'adoption d'enfant domicilié hors du Québec<sup>122</sup>. Nous avons néanmoins trouvé une seule affaire où le tribunal soulève l'application de l'art. 3092 C.c.Q. quant aux conditions relatives au consentement et à l'admissibilité à l'adoption de deux enfants nés d'une mère porteuse en Tennessee et remis aux parents d'intention vivant au Québec. Cependant, le juge conclut de manière péremptoire que « le

<sup>119</sup> *Droit de la famille — 2906*, [1997] JQ no 5760 au para 19.

<sup>120</sup> Gérald Goldstein et Ethel Groffier, *Droit international privé*, t.I, coll. « Traité de droit civil », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, à la p 229 ; Claude Emanuelli, *Droit international privé québécois*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2011, n° 444.

<sup>121</sup> *Adoption — 152*, 2015 QCCA 348 au para 18.

<sup>122</sup> Voir art 563 à 565. Voir aussi art 3092 CcQ.

régime juridique applicable est celui en vigueur au Québec », considérant que les enfants sont, actuellement, domiciliés au Québec<sup>123</sup>.

Cela étant, faut-il donner plein effet au domicile actuel de l'enfant né à l'étranger et en conclure alors que son admissibilité à l'adoption relève exclusivement du corpus interne ? En effet, le rattachement au « domicile d'origine » revêt toute sa pertinence dans le cas d'enfants nés et ayant développé des attaches à l'étranger avec leur milieu de vie d'origine. La disposition semble conçue pour fonctionner dans ce cadre particulier<sup>124</sup>. Or, c'est rarement le cas dans la gestation pour autrui à l'étranger. Dans ce cadre particulier, il s'avère que des documents de voyage sont rapidement délivrés par les autorités consulaires canadiennes, soit généralement dans les quelques semaines après sa naissance, pour permettre le déplacement de l'enfant vers le Canada. Conclure que son domicile soit celui de son tuteur — souvent père biologique québécois — serait conforme à l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'art. 80 C.c.Q., dans la mesure où la mère est inconnue ou non déclarée à l'acte de naissance<sup>125</sup>.

Toutefois, lorsque la mère est connue, le mineur, faute de domicile commun, est « présumé domicilié chez

<sup>123</sup> *Adoption — 1874*, 2018 QCCQ 1694 aux paras 62–64.

<sup>124</sup> Sur le conflit mobile et l'application de la notion du domicile d'origine de l'enfant à adopter, voir : Al-Dabbagh, *supra* note 111 aux paras 56–57.

<sup>125</sup> Cet article établit une « présomption absolue quant au lieu du domicile de l'enfant mineur, qui peut même relever de la fiction juridique lorsque, pour une raison ou une autre, cet enfant ne réside pas physiquement au lieu désigné par cette disposition » : *Adoption — 152*, 2015 QCCA 348 au para 24.

celui de ses parents avec lequel il réside habituellement, à moins que le tribunal n'ait autrement fixé le domicile de l'enfant »<sup>126</sup>. Dans cette hypothèse, le lieu de résidence habituelle de l'enfant ne peut être modifié unilatéralement sans l'accord de l'autre parent gardien ou sans l'autorisation préalable du tribunal. Le juge fixe alors le lieu de domicile de l'enfant en tenant compte de la situation à la date du déplacement, sous réserve d'une preuve postérieure permettant de conclure à une acceptation du déménagement par l'autre parent gardien<sup>127</sup>. Par conséquent, la mise à l'écart de la loi étrangère nous semble inévitable dès lors que la mère consent après la naissance au déplacement de l'enfant au Canada.

Quoiqu'il advienne, l'adoption sur consentement spécial n'est pas la seule voie empruntée pour se rattacher la filiation d'un enfant né à la suite d'une gestation transfrontalière. Dans diverses situations, c'est la loi en vertu de laquelle la convention a été conclue qui investira le ou les commanditaires de la qualité de parents de l'enfant. Il s'agit alors de reconnaître le jugement ou l'acte de naissance étranger<sup>128</sup>. Dans le cas où un acte d'état civil a été dressé à l'étranger, il suffirait habituellement d'en demander la transcription dans le registre d'état civil

---

<sup>126</sup> Art 80 al 2 CcQ.

<sup>127</sup> *Droit de la famille* — 201682, 2020 QCCA 1477 au para 12.

<sup>128</sup> En Californie, un jugement prénatal constate la parenté des parents intentionnels sur la foi duquel sera dressé un certificat de naissance. Section 7630, *California Family Code* 1992, 1 amended by Stats. 2018, Ch 876, Sec 50.

québécois conformément à l'article 137 C.c.Q.<sup>129</sup>. Un acte étranger désignant le parent d'intention comme père ou mère de l'enfant n'aurait donc pas besoin de reconnaissance judiciaire<sup>130</sup>. Toutefois, l'opposition du directeur de l'état civil conduirait inéluctablement à un processus judiciaire<sup>131</sup>.

Lorsque l'objet de la reconnaissance est un jugement établissant le lien filial, il sera soumis au régime applicable quant à la reconnaissance et à l'exécution des décisions étrangères, soit les articles 3155-3163 C.c.Q. L'affaire *Droit de la famille — 151172*<sup>132</sup> en fournit une illustration intéressante. En l'espèce, deux hommes mariés au Québec ayant eu recours aux services d'une mère porteuse en Pennsylvanie intentent une action pour faire reconnaître une filiation établie par un jugement américain. La Cour supérieure donne effet à ce jugement et à l'acte de naissance dans lequel les conjoints apparaissent tous deux comme les parents de l'enfant<sup>133</sup>. De l'avis du juge, le

---

<sup>129</sup> Un texte qui permet l'insertion dans le registre des actes de l'état civil faits hors Québec en leur conférant la force probante d'un acte semi-authentique.

<sup>130</sup> Ces actes étrangers peuvent mentionner ou non le nom de la mère porteuse et être dressés à la suite de décisions étrangères ou sans qu'aucune décision étrangère n'ait été rendue au préalable. Il est évident que dans le cas où l'acte mentionne le nom de la mère porteuse comme « mère légale », les parties n'auront aucun intérêt à demander sa transcription. Il faudra passer par la voie de l'adoption.

<sup>131</sup> Art 138 CcQ.

<sup>132</sup> *Droit de la famille — 151172*, 2015 QCCS 2308 (j Louis Lacoursière).

<sup>133</sup> Un jugement qui a donné effet à la convention de mère porteuse et sur le fondement duquel avaient été établis les actes de naissance. *Droit de la famille — 151172*, 2015 QCCS 2308 au para 2

jugement étranger remplit les conditions de régularité des décisions étrangères énoncées à l'article 3155 C.c.Q., notamment la compétence du juge étranger<sup>134</sup> et la compatibilité à l'ordre public international. À la prétention du non-respect de l'ordre public soulevée par la Procureure du Québec et le Directeur de l'état civil, le juge Louis Lacoursière rétorque :

[112] L'article 3155(5) C.c.Q. précise bien que c'est le résultat de la décision étrangère qui se doit d'être manifestement incompatible avec l'ordre public, tel qu'il est entendu dans les relations internationales. Quel est le résultat en l'espèce ? Le résultat du Jugement et de l'acte de naissance qui en découle est de reconnaître la filiation de deux hommes à l'égard de leur enfant. Non seulement ce résultat n'est pas contraire à l'ordre public, tel qu'il est entendu dans les relations internationales, mais il ne l'est pas non plus en vertu de l'ordre public interne du Québec, puisque le Code civil du Québec prévoit spécifiquement la possibilité pour un enfant d'avoir deux parents du même sexe.

---

<sup>134</sup> La condition de compétence du juge étranger n'a pas soulevé beaucoup de difficulté étant donné que le juge américain était celui de la nationalité et du domicile de la mère porteuse, ainsi que de l'un des parents d'intention (para 99). On peut toutefois se demander si la démarche ne constitue pas une fraude au jugement, laquelle consiste à éluder la compétence de son juge naturel au profit de celle d'un juge étranger aux fins d'obtenir de celui-ci une décision que l'on ne pourrait obtenir de celui-là.

Nous ne pouvons qu'être d'accord avec le constat que la filiation en faveur de deux parents de même sexe n'est pas contraire à l'ordre public. En revanche, le fait que la filiation ait été établie avant même la naissance de l'enfant aurait de quoi attirer les foudres de l'ordre public. Quoi qu'il en soit, le raisonnement adopté par ce jugement pourrait amener, à l'avenir, le Directeur de l'état civil à modifier sa pratique quant à la transcription d'acte résultant d'un jugement rendu à l'étranger au terme d'une gestation pour autrui. Ceci d'autant plus que s'agissant d'un jugement d'état : « il est d'usage en droit international privé de lui donner effet sans qu'il ne soit nécessaire de le faire reconnaître judiciairement »<sup>135</sup>. Les jugements étrangers en matière d'état et de capacité produisent leurs effets de plein droit sans besoin d'une reconnaissance formelle, à moins que leur validité ou leurs conséquences juridiques ne soient contestées au Québec, comme l'avait déjà affirmé la Cour d'appel en 2011<sup>136</sup>.

Au demeurant, il importe que le jugement étranger établisse bel et bien la filiation et ne se borne pas à entériner ou à valider l'entente de maternité de substitution. L'affaire *Adoption — 1873*<sup>137</sup> susmentionnée démontre les limites de ce régime libéral de reconnaissance des jugements. Il s'agit, rappelons-le, d'une décision intitulée « Order of Parentage » rendue par la *Chancery Court for*

<sup>135</sup> *Adoption* (En matière d'), 2006 QCCQ 8524 au para 41.

<sup>136</sup> *Adoption — 111*, 2011 QCCA 38 aux paras 63 et 65. Sur la question de la reconnaissance de plein droit des jugements en matière d'état et de capacité des personnes, voir : Harith Al-Dabbagh, « Effet au Québec des divorces étrangers non dotés de l'*exequatur* : Le cas des divorces islamiques », (2022) 1 Rev Crit DIP 7 aux pp 20–26.

<sup>137</sup> *Adoption — 1873*, 2018 QCCQ 1693.

*Davidson County at Nashville*, quelques jours après la naissance des enfants. Face au refus de la mère porteuse de donner son consentement spécial au Québec, le demandeur (père d'intention) fait valoir que la décision américaine vaut adoption et qu'elle doit être reconnue et exécutée<sup>138</sup>.

Tout en rappelant que la décision américaine peut être reconnue et déclarée exécutoire au sens de l'article 3155 C.c.Q, la juge Savard refuse de lui donner effet, aux motifs que celle-ci ne fait que reprendre « les principales dispositions des contrats de maternité de substitution, lesquelles vont à l'encontre des règles essentielles et d'ordre public de toutes démarches d'adoption au Québec, qu'elles soient locales ou internationales »<sup>139</sup>. On ne saurait ainsi reconnaître une décision qui reprend et donne droit à des ententes n'ayant aucune valeur, étant nulles de nullité absolue<sup>140</sup> :

[109] Lui donner l'effet recherché équivaudrait à bafouer les dispositions d'ordre public internes et internationales en matière de consentement libre et éclairé à l'adoption, dispositions adoptées afin de protéger les valeurs morales de notre société telles la filiation, la non-instrumentalisation du corps de la femme et la non-

---

<sup>138</sup> En vertu de ce contrat, la mère porteuse s'engage à remettre les enfants aux parents d'intention dès la naissance. Elle renonce à tous ses droits parentaux en faveur de ces derniers. Elle s'engage à coopérer aux démarches futures, notamment en collaborant aux démarches d'adoption. *Ibid* au para 35.

<sup>139</sup> *Ibid* au para 108.

<sup>140</sup> *Adoption — 1873*, 2018 QCCQ 1693 au para 110.

marchandisation de l'enfant. C'est la dignité humaine, ici protégée par des dispositions législatives d'ordre public et international, qui risque d'être violée par une telle brèche.

Avant de conclure sur ce point, notons que le recours à l'article 3091 C.c.Q, qui jusqu'ici n'a pas été envisagé, offre néanmoins des perspectives intéressantes et ce même en l'absence de tout jugement ou acte public étranger. En effet, son alinéa 1<sup>er</sup> prévoit que « [l]'établissement de la filiation est régi par la loi du domicile ou de la nationalité de l'enfant ou de l'un de ses parents, lors de la naissance de l'enfant, selon celle qui est la plus avantageuse pour celui-ci ». Par cette règle de conflit à facteurs alternatifs, le législateur québécois a voulu favoriser l'enfant en lui permettant de créer un lien de filiation selon l'une des six lois potentiellement compétentes<sup>141</sup>. Le choix de la loi applicable par le tribunal est dicté par l'intérêt de l'enfant<sup>142</sup>. A l'image de l'article 33 C.c.Q., il s'agit ici d'un intérêt concret et non d'un intérêt abstrait<sup>143</sup>. Bien qu'elle ait été imaginée à l'origine pour la filiation par le sang, la disposition semble pouvoir prospérer dans les cas où la filiation est tissée en vertu d'une loi permissive<sup>144</sup>. Le rattachement à la loi nationale

---

<sup>141</sup> Gérald Goldstein, *Droit international privé*, vol 1, *Conflits de lois : dispositions générales et spécifiques*, coll « Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ) », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011 à la p 224.

<sup>142</sup> Emanuelli, *supra* note 120, n° 501.

<sup>143</sup> *Adoption — 07217*, 2007 QCCQ 21922 au para 41.

<sup>144</sup> Un choix pourrait ainsi être opéré entre les lois suivantes : la Loi du domicile ou de la nationalité de la mère porteuse, la Loi du domicile

ou à la loi du domicile de la mère au moment de la naissance de l'enfant permet de prendre en considération les liens de filiation consacrés à l'étranger et de réaliser ainsi l'harmonie internationale des solutions et la stabilité du statut personnel par-delà les frontières. Le rattachement alternatif à la loi de l'enfant permet aussi d'atteindre le même résultat dans le cas où sa naissance sur le sol étranger lui aurait permis d'acquérir automatiquement la nationalité étrangère (*jus soli*). Toutefois, le domaine d'application de cette disposition se voit nécessairement réduit aux législations, peu nombreuses pour le moment, qui reconnaissent *de plein droit* les liens de filiation au bénéfice d'un parent d'intention dépourvu du lien biologique avec l'enfant<sup>145</sup>. En outre, le rattachement soulève un problème évident d'indétermination lorsque la mère porteuse est inconnue ou non identifiée à l'acte de naissance de l'enfant.

En somme, si des solutions aux difficultés soulevées par le tourisme procréatif peuvent être envisagées sous le prisme du droit international privé, les choses demeurent relativement obscures. Les règles de conflit québécoises s'avèrent insuffisantes à bien des

---

ou de la nationalité du père biologique et la Loi du domicile ou de la nationalité de l'enfant. Le tout au moment de la naissance de l'enfant.

<sup>145</sup> Par exemple, dans l'État américain de l'Illinois, il est possible de déterminer avant la naissance de l'enfant que les parents d'intention seront les parents légaux de l'enfant : *Gestational Surrogacy Act*, 750 ILCS 47, sec 15. La loi albertaine laisse trente jours aux parents intentionnels pour faire une demande de reconnaissance de leur parentalité : *Family Law Act*, SA 2003, c F-4-5, art 8.2. Pour une étude de droit comparé, cf not Katarina Trimmings et Paul Beaumont, *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Hart Publishing, 2013.

égards. Elles peinent en l'état actuel à offrir des solutions pleinement satisfaisantes en matière de maternité pour autrui transfrontalière. Reste à savoir si une solution plus globale ne pourrait pas provenir d'une évolution des règles en matière de filiation internationale.

## **B. PERSPECTIVES D'ADAPTATION AUX NOUVELLES REALITES**

Le tourisme procréatif soulève des problèmes épineux et divers néanmoins imbriqués. Les récentes évolutions jurisprudentielles sont bien loin d'avoir levé toutes les interrogations qui irriguent cette matière. En témoigne l'appel constant au législateur pour intervenir, émanant aussi bien de la doctrine<sup>146</sup> que des juges<sup>147</sup>. Les hésitations jurisprudentielles mettent en lumière « l'impérieuse nécessité de réformer [le droit], notamment par la mise en place d'un fondement juridique clair et solide à ce type de

---

<sup>146</sup> De nombreuses voix se sont exprimées en faveur d'une réforme des règles de la GPA et plus généralement de la filiation. Voir : Michelle Giroux, « Filiation de l'enfant né d'une procréation assistée » dans Jurisclasseur Québec, Coll. « Droit civil », *Personnes et famille*, fasc. 30, LexisNexis Canada, 2017 au para 6 ; Roy, *supra* note 70 aux pp 346–350; Langevin, *supra* note 46, à la p 451 ; Savard, *supra* note 16, aux pp 603–604; Françoise-Romaine Ouellette et Carmen Lavallée, « L'adoption légale comme révélateur de l'évolution de la famille au Québec, » (2017) 73 *Droit et cultures* 49 à la p 66.

<sup>147</sup> A titre d'exemples : Juge Viviane Primeau dans *Adoption — 1632*, 2016 QCCQ 6873 au para 166; Juge Pierre Hamel dans *Adoption — 16200*, 2016 QCCQ 8952 aux paras 108–111 ; Juge Sophie Gravel dans *Adoption — 1590*, 2015 QCCQ 10185 au para 47 : « Pour éviter que l'enfant se retrouve dans une telle situation, il serait souhaitable que des règles claires soient édictées en matière de filiation afin de s'adapter aux nouvelles réalités sociales ».

filiation »<sup>148</sup>. Le droit est inéluctablement interpellé par les bouleversements du concept occidental de la filiation et « des solutions doivent être imaginées »<sup>149</sup>.

On pourrait penser *prima facie* que le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant est à même d'offrir une solution appropriée, même en dehors de toute intervention législative. L'immense majorité des jugements, dont celui de la Cour d'appel en 2014, mettent en effet l'accent sur l'appréciation *a posteriori* de l'intérêt concret et réel de l'enfant soit en l'occurrence l'intérêt de se voir reconnaître un lien de filiation avec ses parents d'intention avec lesquels il vit et qui, dans les faits, se comportent comme tels<sup>150</sup>. Généralement, un tel lien est positivement perçu par les juges. Ainsi, dans *Adoption — 16200*<sup>151</sup>, le juge Hamel énumère les avantages que l'établissement de la filiation procure à l'enfant. Nous pouvons relever la réponse à ses besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques de manière à assurer sa sécurité et favoriser son plein développement, la création sur le plan psychologique d'un sentiment de sécurité, d'appartenance voire d'attachement, l'autorisation de soins de santé pour l'enfant ou encore la prestation de tout autre service rendu nécessaire ou souhaitable en raison de l'état de l'enfant. Dès lors, peut-on lire dans un autre jugement<sup>152</sup>, si le « droit d'être

---

<sup>148</sup> Savard, *supra* note 16 à la p 604.

<sup>149</sup> Giroux, *supra* note 69 à la p 139.

<sup>150</sup> *Adoption — 1445*, 2014 QCCA 1162 au para 51.

<sup>151</sup> *Adoption — 16200*, 2016 QCCQ 8952 aux paras 149–153.

<sup>152</sup> *Adoption — 09558*, 2009 QCCQ 20292 au para 24 (J Louis Grégoire). Dans le même sens : *Adoption — 1590*, 2015 QCCQ 10185 au para 55 où la juge Gravel estime que « [l]'intérêt actuel de cet enfant dicte qu'il

parent » n'existe pas, le droit d'un enfant d'être assumé par ses parents ou les personnes qui en tiennent lieu, lui, est bien réel [...] » ».

Cependant, si le meilleur intérêt de l'enfant s'avère en l'occurrence un critère important, il ne permettra pas, à lui seul, de faire fi des conditions essentielles de l'adoption prévues au Code civil du Québec<sup>153</sup>. À la fois question d'opportunité et de légalité, l'adoption, rappelons-le, « ne peut avoir lieu que dans l'intérêt de l'enfant et aux conditions prévues par la loi »<sup>154</sup>. L'intérêt de l'enfant ne semble donc pas être hiérarchiquement supérieur aux autres conditions de l'adoption. De plus, il est généralement admis que l'intérêt concret constitue à cet égard un élément d'interprétation et qu'il ne peut, à ce titre, contredire une règle de droit<sup>155</sup>. Ainsi, dans l'affaire *Adoption — 1874* susvisée, le tribunal estime, à bon droit, « qu'il ne peut, au nom de l'intérêt de l'enfant, passer outre les conditions essentielles de l'adoption prévues au Code civil du Québec »<sup>156</sup>. Il s'ensuit que « l'intérêt de l'enfant ne suffit pas. Les règles prescrites par la loi doivent être respectées ... »<sup>157</sup>. Le critère de l'intérêt de l'enfant ne

---

puisse être adopté par les parents qui le désirent réellement et qui lui offrent un projet de vie ».

<sup>153</sup> Giroux, *supra* note 26 à la p 539 ; Pineau et Pratte, *supra* note 59 aux pp 684–685 ; Roy, *supra* note 80, n° 39.

<sup>154</sup> Art 543 CcQ. Nous soulignons.

<sup>155</sup> Carmen Lavallée, *L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption — Regards sur le droit français et le droit québécois*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, à la p 411.

<sup>156</sup> 2018 QCCQ 1694 au para 119 (J Savard).

<sup>157</sup> *Adoption — 1631*, 2016 QCCQ 6871.

saurait purifier « plus blanc que blanc et effac[er] tout ce qui a été fait auparavant »<sup>158</sup> pour reprendre les termes employés par le juge Dubois. En outre, même en admettant que la filiation adoptive puisse être exclusivement fondée sur l'intérêt de l'enfant, la solution est loin d'être adaptée à ce scénario de procréation, comme nous l'avons déjà indiqué.

Tenant compte de ce fait, le *Comité consultatif sur le droit de la famille* (ci-après CCDF) propose sur ce sujet une réforme majeure. Il recommande d'adopter un cadre juridique propre permettant, aux termes d'un processus administratif ou judiciaire selon les circonstances, d'établir un lien filial entre l'enfant et les parents d'intention<sup>159</sup>. De prime abord, le Comité formule deux principes-cadres ayant guidé sa réflexion. D'une part, l'enfant qui est issu d'une convention de gestation ou de procréation pour autrui ne doit pas être pénalisé en raison de l'origine de sa conception ; il en va de son intérêt et du respect de ses droits. D'autre part, les mères porteuses, peu importe leurs motivations profondes, ne doivent pas être abandonnées à leur sort si les parents d'intention refusaient d'honorer leurs engagements vis-à-vis de l'enfant ; il en va de leur protection et du respect de leur dignité<sup>160</sup>.

---

<sup>158</sup> *Adoption — 091*, 2009 QCCQ 628 au para 66 (J Dubois).

<sup>159</sup> Comité consultatif sur le droit de la famille, Alain Roy (prés), *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Ministère de la Justice du Québec, Québec, 2015, à la p 166 et s. [ci-après Rapport Roy]. *Adde*, la prise de position en faveur d'une réforme par le Conseil du statut de la femme, *Avis. Mères porteuses : réflexions sur des enjeux actuels*, Québec, 2016 à la p 129.

<sup>160</sup> Rapport Roy, *supra* note 160 à la p 170.

Inspiré de ces principes, le CCDF formule non moins de treize recommandations concernant le projet parental impliquant le recours à une mère porteuse au Québec<sup>161</sup>. Nous retiendrons les propositions suivantes : l'abrogation de l'article 541 C.c.Q., l'institution d'un cadre juridique spécifique permettant le transfert du lien de filiation aux parents d'intention par voie administrative<sup>162</sup> ou judiciaire<sup>163</sup>, la reconnaissance d'un droit pour la mère porteuse de changer d'avis en tout temps avant la naissance et au cours d'un certain délai après celle-ci, l'instauration d'une responsabilité financière des parents d'intention à l'égard de la mère porteuse<sup>164</sup> et, enfin, le droit de l'enfant né d'une mère porteuse d'accéder à ses origines. En somme, un projet parental épousant le cadre proposé entraînera l'établissement de la filiation de l'enfant avec les parents d'intention lorsque toutes les parties y consentent. Ces propositions méritent d'être saluées. D'ailleurs, on peut constater que, progressivement, tous les systèmes

---

<sup>161</sup> *Ibid* aux pp 339–403.

<sup>162</sup> Cela consiste en l'établissement de la filiation sur déclaration au directeur de l'état civil. Cela exigerait la formalisation du projet parental par-devant notaire visant à s'assurer de la légalité du projet et de la validité du consentement des parties. De plus, l'intervention d'un professionnel du centre jeunesse est exigée pour assurer une prise en compte des aspects psychosociaux et éthiques d'un tel projet.

<sup>163</sup> Lorsque les formalités pour bénéficier de la voie administrative ne sont pas remplies, il faudra s'adresser au tribunal pour obtenir une déclaration judiciaire de filiation à l'égard de l'enfant ainsi conçu. Les parties auraient 60 jours à partir de la naissance pour ce faire. Le tribunal pourrait substituer la filiation des parents d'intention avec l'enfant à celle de la mère porteuse.

<sup>164</sup> Pour prévenir le cas où les commanditaires peuvent refuser d'honorer leur engagement financier ou d'accepter l'enfant une fois celui-ci né.

juridiques nationaux s'ouvrent à ces techniques de procréation et légifèrent en la matière<sup>165</sup>.

Toutefois, à bien y regarder, l'expertise du Comité n'a porté que sur le droit interne de la filiation<sup>166</sup>. Tout en soulignant l'essor du tourisme procréatif qui nécessite une attention particulière, le CCDF ne s'est pas penché sur les questions de droit international privé<sup>167</sup>. Le Comité indique à cet égard qu'il « n'avait ni le mandat, ni les ressources pour se pencher sur les règles applicables en droit international privé et il restera à évaluer les conséquences juridiques » de sa recommandation quant à filiation établie à la suite d'un contrat de mère porteuse conclu et exécuté à l'étranger<sup>168</sup>.

Même en l'absence de proposition à cet égard, il est permis de penser que le cadre élaboré pour les procréations impliquant un recours à une mère porteuse au Québec aura une incidence dans le domaine des relations privées internationales. Compte tenu des liens étroits qui les unissent, le droit interne et le droit international privé constituent chacun un miroir de l'autre. Nous pouvons penser à deux répercussions possibles à la mise en place du régime prôné par le CCDF.

---

<sup>165</sup> Pour une présentation publiée par l'OMS de nombreux droits nationaux en la matière : Effy Vayena, Patrick J Rowe et P David Griffin, *Current Practices and Controversies in Assisted Reproduction*, Geneva, World Health Organisation, 2002 à la p 396.

<sup>166</sup> Rapport Roy, *supra* note 160 à la p 6.

<sup>167</sup> *Ibid* à la p 188.

<sup>168</sup> *Ibid* à la p 593.

D'une part, l'éventuelle abrogation de l'article 541 C.c.Q.<sup>169</sup>, frappant de nullité absolue les conventions de mère porteuse, aurait un impact sur la réception des conventions étrangères et leur exécution. En l'état actuel, les parents d'intention québécois ne sauraient se prévaloir d'une convention de maternité de substitution conclue à l'étranger puisque leur loi personnelle (loi du domicile) s'y oppose<sup>170</sup>. La disparition annoncée de l'article 541 impliquerait la validité d'une telle convention selon la loi choisie implicitement ou explicitement par les parties<sup>171</sup>. Le contrat sera dès lors soumis à la *lex contractus* dont le domaine d'application engloberait également l'établissement du lien de filiation. S'agissant toutefois de conventions d'un type assez particulier pour lesquelles les incidences vont bien au-delà de la simple sphère contractuelle, la théorie des lois de police pourrait rendre la mise en œuvre plus délicate<sup>172</sup>. Même si l'on peut

<sup>169</sup> La position du législateur québécois traduit une antinomie qui n'est plus tenable : on ne peut pas, à la fois, être contre une pratique et valider sur son territoire les effets juridiques de son recours à l'étranger. Même en droit interne le rôle de l'art 541 CcQ se réduit à un outil de protection de la mère porteuse, une sorte de droit de veto qui lui permet de changer d'avis et de garder l'enfant. Voir Louise Langevin, « La Cour d'appel du Québec et la maternité de substitution dans la décision Adoption-1445 : quelques lumières sur les zones d'ombre et les conséquences d'une « solution la moins insatisfaisante » » (2015) 49 RJTUM 451 à la p 479.

<sup>170</sup> L'ordre public au sens de l'art 3081 CcQ s'oppose à ce que de telles conventions, valides dans certains pays étrangers, puissent être exécutées au Québec. Goldstein, *supra* note 141 à la p 226.

<sup>171</sup> Le choix exprès de loi applicable à un contrat de maternité de substitution ne semble pas poser de réelle difficulté vu le caractère très libéral de l'art. 3111 C.c.Q.

<sup>172</sup> Les lois de police ou d'application immédiate sont des dispositions matérielles impératives de droit interne qui excluent la mise en œuvre

observer une nette tendance à la « privatisation »<sup>173</sup>, les questions de filiation demeurent éminemment extrapatrimoniales et ne sont donc pas à la libre disposition des intéressés. À cet égard, le Barreau du Québec a suggéré de mettre en place un cadre « qui s'appliquerait à la fois aux contrats de gestation pour autrui survenus au niveau national et international »<sup>174</sup>. Une telle proposition reviendrait à faire de la loi québécoise une loi de police ou d'application immédiate pouvant mettre en échec toute convention conclue en application d'un droit étranger plus permissif, comme une loi permettant la rémunération de la mère porteuse ou autorisant l'insémination dans des conditions différentes. Nous estimons que ce schéma pêche par excès de dogmatisme dans la mesure où elle traduit une territorialisation excessive peu compatible avec les

---

de la règle de conflit et qui s'imposent pour la réalisation d'un but d'intérêt vital pour la société. Pour plus de détails, voir : Gérald Goldstein, « Méthodes alternatives : lois de police, règles matérielles et méthode de la reconnaissance » dans *Juris Classeur Québec*, coll « Droit civil », *Droit international privé*, fasc 6, Montréal, LexisNexis Canada, 2020, paras 4 et s.

<sup>173</sup> En ce sens : Benoît Moore, « Les enfants du nouveau siècle (libres propos sur la réforme de la filiation) » dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, dir, *Développements récents en droit familial (2002)*, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2002, 75 à la p 84.

<sup>174</sup> En outre, « le Barreau du Québec considère que le droit québécois devrait régir la gestation pour autrui et les autres procédures corolaires lorsque les parents adoptifs résident au Québec et même quand la grossesse survient à l'international » et souligne ses préoccupations quant au tourisme procréatif et aux enjeux de droit international privé : Québec, Barreau du Québec, « Réflexions sur la réforme du droit de la famille » (nd) aux pp 7-8, en line (pdf) : *Barreau du Québec*, <[www.barreau.qc.ca/media/1854/reflexions-reforme-droit-famille.pdf](http://www.barreau.qc.ca/media/1854/reflexions-reforme-droit-famille.pdf)>.

exigences du droit international privé et aux besoins d'une société en mouvement.

D'autre part, nous pensons que le caractère plus ou moins libéral du régime envisagé aura inéluctablement une incidence sur les déplacements à l'étranger à des fins procréatives<sup>175</sup>. Les intéressés seront vraisemblablement davantage tentés de se prévaloir d'un cadre juridique québécois impliquant la reconnaissance d'un lien filial qui procède directement de la loi<sup>176</sup>. Cependant, il serait illusoire de croire que les mesures proposées puissent enrayer complètement le phénomène. Qu'on le veuille ou non, le désir d'enfant est si puissant qu'il justifiera dans l'esprit de ceux et celles qui le ressentent le franchissement des frontières. C'est notamment en raison de conditions d'accès plus souples à l'étranger que des Québécois seront toujours attirés par un for lointain. Au-delà, des considérations économiques peuvent aussi être à l'œuvre, l'opération étant moins onéreuse dans de nombreux pays qu'elle ne l'est localement<sup>177</sup>. Le choix de se déplacer à

---

<sup>175</sup> Pour le président du CCDF, l'effet incitatif devrait avoir pour conséquence « de drainer les parties qui souhaitent recourir à une mère porteuse vers la voie la plus éthique ». Roy, *supra* note 70 à la p 349.

<sup>176</sup> Pour la voie administrative, le comité souligne qu'à moins que la mère porteuse se rétracte après l'accouchement, le directeur de l'état civil dressera l'acte de naissance et seule la filiation du ou des parents d'intention y sera inscrite, à l'exclusion de la mère porteuse. Rapport Roy, *supra* note 160 aux pp 175 et s.

<sup>177</sup> Nous pensons notamment à l'Inde, l'Ukraine ou la Thaïlande où les tarifs pratiqués sont bien inférieurs à ceux du Québec et du Canada. Voir pour le cas comparable des États-Unis : Usha Rengachary Smerdon, « Crossing Bodies, Crossing Borders : International Surrogacy Between the United States and India » (2008) 39 *Cumb LR* 15.

l'étranger pourrait également être animé par les trop longs délais ou par la recherche d'une expertise ou d'une technique particulière refusée au Québec<sup>178</sup>. En effet, la pratique a démontré que le problème ne concerne pas seulement les systèmes prohibitifs. Les États qui encadrent plus ou moins le processus et se trouvent, à leur tour, confrontés à la législation laxiste d'autres États<sup>179</sup>.

À ce propos, surgit aussitôt la question de savoir si un voyage procréatif ne pourrait pas être frappé d'inefficacité par la mise en œuvre de la théorie de fraude à la loi, dans la mesure où les parents d'intention n'ont fait appel à un ordre étranger que dans le but de se soustraire à un cadre légal plus restrictif<sup>180</sup>. Est-il permis de voir dans un tel comportement une sorte de manœuvre frauduleuse qui consisterait à vouloir contourner la réglementation de la loi québécoise en la matière ? Force est d'admettre que la jurisprudence a refusé jusqu'à présent de qualifier de frauduleux les voyages procréatifs. Il est admis que pour

<sup>178</sup> Notamment pour éviter que la mère porteuse change d'avis et décide de garder l'enfant.

<sup>179</sup> Fulchiron, *supra* note 6, aux pp 9–10 ; Mathias Audit, « L'identité génétique de l'enfant confrontée aux conflits de lois en matière d'assistance médicale à la procréation » dans Sylvain Bollée et Etienne Pataut, dir, *L'identité à l'épreuve de la mondialisation*, coll «Bibliothèque de l'IRJS-André Tunc», Paris, IRJS Éditions, 2016, 109 à la p 110.

<sup>180</sup> En ce sens, en France : Sara Godechot-Patris, « L'enfant venu d'ailleurs face à l'interdit. Perspective de droit international privé » dans *Mélanges en hommage à Marie-Stéphane Payet*, Paris, Dalloz, 2012, aux pp 294–316. *Adde*, sur le recours au concept de fraude à la loi en Suisse : Véronique Boillet et Estelle De Luze, « Les effets de la gestation pour autrui à caractère international en Suisse : Analyse de la jurisprudence du Tribunal fédéral » dans *La gestation pour autrui : Approches juridiques internationales*, *supra* note 8 aux pp 143 et s.

mettre en œuvre le *Fraus omnia corrumpit*, la mauvaise foi des parties doit être démontrée. En d'autres termes, il faudra établir le fait que la démarche à l'étranger n'ait eu lieu que dans le seul dessein d'éluder la loi normalement compétente. Or, le for québécois répugne généralement, à remettre en cause les intentions du couple commanditaire. Ainsi, dans une affaire susmentionnée où le conjoint du père biologique cherchait à adopter l'enfant issu d'une gestation en Inde, la Cour du Québec s'est abstenue de « mettre en doute la bonne foi du requérant et du mis en cause qui ont agi avec transparence dans un pays où ils ont estimé que c'était permis tout en se conformant aux pratiques en vigueur » dans ce pays<sup>181</sup>. De même, au sujet d'un couple homosexuel ayant eu recours à une mère porteuse en Pennsylvanie, la Cour souligne que « la bonne foi des requérants n'est pas mise en cause et qu'on ne leur reproche pas une quelconque fraude à la loi, réelle ou apparente »<sup>182</sup>. À l'aune de ces considérations, nous pouvons nous demander, à l'instar des professeurs Talpis et Goldestin<sup>183</sup>, si la théorie de fraude à la loi, chère aux internationalistes, existe encore en droit international privé québécois !

L'on peut conclure de ce qui précède que le choix d'une GPA à l'étranger, quelles qu'en soient les motivations, sera une réalité inévitable pour les années à venir. Elle ne manquera pas de mettre en présence plusieurs lois nationales et de générer ainsi un conflit de

<sup>181</sup> *Adoption — 1631*, 2016 QCCQ 6872 au para 130.

<sup>182</sup> *Droit de la famille — 151172*, 2015 QCCS 2308 au para 113.

<sup>183</sup> Jeffrey A Talpis et Gerald Goldstein, *Le droit international privé québécois et la pratique notariale*, Montréal (QC), Chambre des notaires du Québec, 1996 à la p 13.

lois, voire un conflit des cultures. Le rapport du CCDF demeure muet sur ce point. De surcroît, les correctifs du droit international privé, telles que l'exception d'ordre public et la fraude à la loi, ne semblent pas de grand secours face à des personnes désireuses d'échapper au futur encadrement juridique, en se plaçant artificiellement sous l'empire d'une autre loi dont la teneur conviendrait mieux à leurs desseins<sup>184</sup>.

En fin de compte, la gestation pour autrui transnationale échappe, à l'heure actuelle, à la méthode conflictuelle puisque la situation est traitée par le truchement du consentement spécial à l'adoption du droit interne. Ni la loi du lieu de naissance de l'enfant, ni celle du lieu du domicile de la mère porteuse n'est prise en compte. Or, sur le plan du lien de filiation, cette lacune pose une difficulté majeure, car la législation organisant la GPA et celle qui la reçoit peuvent nourrir des perceptions différentes quant aux conséquences à tirer du recours à ces techniques. Il en résulte alors des filiations boiteuses dans la mesure où le lien filial n'est pas réglé de manière uniforme dans les différents États impliqués dans le processus (États de naissance et d'accueil). Le souci d'assurer la coordination internationale des solutions, principe directeur du droit international privé, se trouve irrémédiablement compromis.

## CONCLUSION

Il va sans dire qu'« [e]n raison de l'ampleur grandissante du "tourisme procréatif", les questions de droit

---

<sup>184</sup> Gérald Goldstein, « La fraude à la loi dans le droit international privé du nouveau Code civil du Québec » (1997) 57 R du B 707 à la p 709.

international privé sont donc de plus en plus importantes pour les États »<sup>185</sup>. Toutefois, cette dimension internationale n'est guère prise en compte par la jurisprudence au Québec. Nos tribunaux semblent enclins à évaluer la situation des enfants nés d'une mère porteuse à l'étranger à l'aune du seul droit interne. Le critère du domicile de l'enfant ou de la mère porteuse, crucial dans le contexte de la maternité de substitution, n'a malheureusement point retenu l'attention. Il en va de même du critère de la loi qui est la plus avantageuse pour l'enfant, pour la détermination de la loi applicable à sa filiation.

L'examen des jugements rendus sur ce point révèle que le juge québécois accepte de placer l'enfant issu d'une mère porteuse à l'étranger, en vue de son adoption au Québec, selon les règles du droit interne gouvernant le consentement spécial<sup>186</sup>. La nullité des conventions de mères porteuses empêche certes les tribunaux d'y donner effet, mais elle ne fait point obstacle à leur intervention dans le tissage des liens entre l'enfant et le ou les parents d'intention, une fois le projet accompli. Il ressort même que la jurisprudence se montre très libérale à cet égard. À l'heure actuelle, la seule pierre d'achoppement demeure la présence d'un différend entre la mère porteuse et les parents d'intention québécois à la suite duquel la première refuse de donner son consentement spécial à l'adoption. Encore, cela ne ferait échec au processus, rappelons-le, que dans le cas où la mère porteuse est connue et bien identifiée à l'acte de naissance de l'enfant. Dans le cas contraire, de plus en plus fréquent, hélas, la jurisprudence la plus récente

---

<sup>185</sup> *Droit de la famille* — 151172, 2015 QCCS 2308 au para 62.

<sup>186</sup> Art 555 CcQ.

estime que le consentement de celle-ci n'est plus requis. On peut déplorer qu'un tel système, une sorte de bricolage jurisprudentiel, ouvre en grand les vannes du tourisme procréatif.

On ne saurait trop insister sur les différences qui existent entre les pratiques « domestiques » qui seront, si la réforme voit le jour, encadrées par des règles bien précises et leur version internationale, qui est susceptible d'impliquer des femmes peu éduquées, en grande difficulté économique et « dont les capacités reproductrices font l'objet d'une industrie »<sup>187</sup>. Tel que pratiqué aujourd'hui, le tourisme procréatif peut apparaître à bien des égards comme une « forme moderne d'exploitation de la misère humaine, dans des conditions souvent indignes »<sup>188</sup>. Le phénomène prospère sur la diversité des systèmes juridiques nationaux qui sont, qu'on le veuille ou non, interdépendants. Le problème serait en partie réglé si les États qui autorisent la gestation pour autrui « commerciale » limitaient la possibilité pour des étrangers de statut prohibitif de recourir à une telle pratique sur leur territoire. Force est de constater que tel n'est pas le cas. Étant donné que les enjeux du phénomène dépassent largement les frontières étatiques, le législateur national, seul, est impuissant pour faire face aux questions complexes qui se font jour.

À l'ère de la globalisation et de la mobilité des personnes, il importe aujourd'hui de réfléchir à des

---

<sup>187</sup> Dominique Bureau et Horatia Muir Watt, *Droit international privé*, t. 2, 4<sup>e</sup> éd, coll « Thémis Droit », Paris, PUF, 2017 à la p 231.

<sup>188</sup> David Sindres, « Le tourisme procréatif et le droit international privé » (2015) 2 JDI Clunet 249 à la p 4.

solutions proprement internationales pour résoudre les problèmes de la gestation pour autrui transfrontalière. Dès 2011, la Conférence de La Haye de droit international privé s'est emparée du sujet<sup>189</sup>. Après avoir fait le constat que l'action individuelle d'un État ne pouvait résoudre les difficultés résultant des conventions de maternités de substitution<sup>190</sup>, le Bureau permanent a estimé qu'il conviendrait d'instaurer un système de coopération calqué sur le modèle mis en place dans le cadre de la convention de 1993 sur l'adoption, en vue d'éviter les filiations boiteuses<sup>191</sup>. Il faut d'emblée souligner, que cela ne suggère pas une approbation pratique de la maternité de substitution ou une incitation au tourisme procréatif<sup>192</sup>. L'idée d'un tel instrument a été formulée dans le but de protéger les gestatrices, d'empêcher les dérives

<sup>189</sup> L'ensemble des travaux sur le projet filiation/maternité de substitution est disponible sur le site internet de la HCCH : « HCCH », en ligne : *HCCH* <[www.hcch.net/fr/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy](http://www.hcch.net/fr/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy)>.

<sup>190</sup> Conférence de la Haye de Droit International Privé « Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international » (2012) à la p 25, en ligne (pdf) : *HCCH* <<https://assets.hcch.net/docs/b4114840-8e21-4f34-b054-43fe4c01ab32.pdf>>.

<sup>191</sup> Conférence de La Haye de droit international privé, « Étude sur la filiation juridique et questions découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international » (2014) à la p 33, en ligne (pdf) : *HCCH* <<https://assets.hcch.net/docs/0a94d5c2-a37b-4651-ad6b-55554ff508f7.pdf>>.

<sup>192</sup> Voir le rapport publié par le groupe d'experts relatif au Projet *filiation/maternité de substitution* suite à la réunion de janvier/février 2019 : Bureau Permanent, « Rapport du Groupe d'experts sur le projet Filiation / Maternité de substitution (réunion du 29 janvier au premier février 2019) » (2019) en ligne (pdf) : *HCCH* <[assets.hcch.net/docs/e5e9932e-c4b3-4192-aff9-896430c5700b.pdf](https://assets.hcch.net/docs/e5e9932e-c4b3-4192-aff9-896430c5700b.pdf)>.

qu'entraînerait l'exploitation commerciale des processus de gestation pour autrui, et d'assurer un statut aux enfants nés au terme de tels processus. Le Groupe d'experts a veillé à la représentativité géographique, car « le besoin de régulation internationale ne touche pas seulement les États dont sont issus les clients du tourisme procréatif, il concerne en premier lieu ceux dans lesquels la prestation sera réalisée »<sup>193</sup>. Les travaux actuels du Groupe d'experts sont consacrés à l'élaboration de dispositions éventuelles à inclure dans un instrument général de droit international privé sur la filiation ainsi que dans un protocole distinct traitant la filiation résultant de conventions de maternité de substitution à caractère international. S'agissant particulièrement de ce dernier, une approche de reconnaissance basée sur un processus de certification est à l'étude<sup>194</sup>.

Nous savons que la Convention de 1993 fait abstraction des conflits de lois et des conflits de juridictions en instaurant un dialogue préalable entre l'État d'origine de l'enfant et son État d'accueil<sup>195</sup>. Un tel instrument de coopération pourrait parfaitement convenir au cadre d'une

---

<sup>193</sup> Kessler, *supra* note 3 à la p 15.

<sup>194</sup> Voir Groupe d'experts sur le projet Filiation, Maternité de substitution Présidente, « Rapport du Groupe d'experts sur le projet Filiation / Maternité de substitution (réunion du 12 au 16 octobre 2020) » (2020) au para 9, en ligne (pdf) : HCCH <<https://assets.hcch.net/docs/ee0fb1b4-164a-47af-bbc1-2156e4eaf6b1.pdf>>.

<sup>195</sup> Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale. Le contrat de gestation pour autrui semble d'ailleurs illicite au regard de la Convention, puisque l'art 4-4 exige que le consentement de la mère n'ait été donné qu'après la naissance de l'enfant.

gestation pour autrui internationale<sup>196</sup>. L'autorité de l'État dans lequel la gestation a été opérée pourrait ainsi vérifier le consentement des différentes parties et les conditions qui pourraient être fixées (âge minimal, statut marital, exigence d'une grossesse antérieure ou encore remboursement des frais médicaux, par exemple) tandis que celle de l'État d'accueil fixerait de son côté les exigences relatives aux parents d'intention (âge, aptitude physique et mentale, exigence ou non d'un lien génétique avec l'enfant). Une enquête préalable pourrait par ailleurs être réalisée sur le modèle de la procédure d'agrément exigée en vue d'une adoption<sup>197</sup>. L'adoption d'un instrument international serait le bienvenu et permettrait de répondre à la fois au besoin de clarification du statut civil de l'enfant et à la nécessité de moralisation de pratiques qui se développent à l'international.

À ce jour, l'élaboration d'une convention internationale est toujours en discussion au sein de la Conférence de La Haye et il convient, évidemment, de suivre de près les travaux<sup>198</sup>. Dans l'attente d'évolution législative en la matière, des solutions intermédiaires peuvent être envisagées en vue de ménager un juste

---

<sup>196</sup> Kristiana Brugger, « International Law in the Gestational Surrogacy Debate » (2012) 35:3 Fordham Int'l LJ 665 à la 671; Fulchiron, *supra* note 6, à la p. 3.

<sup>197</sup> Voir l'art. 10 et s. de la Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale.

<sup>198</sup> Un rapport final du Groupe d'experts est attendu pour février 2023 : Groupe d'experts sur le projet Filiation et Maternité de substitution, « Rapport du Groupe d'experts sur le projet Filiation/Maternité de substitution (réunion du 15 au 17 février 2021) » (2021), en ligne (pdf): *HCCCH* <<https://assets.hcch.net/docs/a1d17aad-6ee1-4e56-a2c0-e39054583fed.pdf>>.

équilibre entre les différents intérêts en jeu. Il pourrait s'agir, d'une part, de sensibiliser les potentiels candidats à la gestation pour autrui transfrontalière aux dérives du tourisme procréatif ayant cours dans certains pays. D'autre part, il s'agirait de reconnaître la situation régulièrement créée à l'étranger par le biais de l'article 3091, ou par le contrôle de régularité internationale des décisions étrangères conformément à l'article 3155 C.c.Q. Une telle voie, protégeant l'enfant déjà né, n'empêche pas d'exercer une plus grande vigilance envers l'exploitation industrielle des mères porteuses et les pratiques attentatoires aux droits des femmes, et d'assurer à tout le moins une régulation analogue à celle mise en place en matière d'adoption internationale par la Conférence de La Haye.