

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Faculté de droit

LA GROSSESSE CONTRACTUELLE:
ASPECTS JURIDIQUES ET SOCIAUX

Alain Klotz

Essai soumis à la Faculté de Droit
en vue de l'obtention
du diplôme de "Maîtrise en droit"

JUIN 1991

(c) Alain Klotz

RÉSUMÉ

Lorsque tous les espoirs de procréer naturellement sont perdus, la grossesse contractuelle semble une alternative plus efficace et plus naturelle que l'adoption pour les couples infertiles. Mais le désir de procréer, de se transmettre à travers ses enfants, nous donne-t-il le droit à l'enfant à tout prix?

Cet essai étudie le contrat de grossesse en fonction du droit positif québécois. La validité et les enjeux de tels arrangements à tous les niveaux, y compris les intermédiaires professionnels, sont questionnés.

A partir des limites normatives, le gouvernement pourrait établir des limites juridiques à la grossesse contractuelle. Il y va de la dignité de la femme et de l'enfant.

When infertile couples have lost any hope of having children, surrogacy may seem a more efficient and natural choice than adoption.

What is the price of wishing to procreate, of desiring descendants? Is there a right to a child, at any price?

This essay analyses the surrogacy contract according to the Quebec Civil Law. It raises the issues of both the legal validity and the social risks as well as the role of the professional intermediary of such agreements.

On the basis of normative principles, the government should legislate to limit surrogacy arrangements. The dignity of children and of women are at stake.

TABLE DES MATIERES

Remerciements.....	vi
Dédicace.....	vii
Dédicace.....	viii
Note de l'auteur.....	ix
INTRODUCTION.....	1
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE - LA PROCRÉATION ASSISTÉE.....	9
<u>Section 1.</u> La stérilité et les techniques destinées à y pallier.....	9
A) La stérilité.....	9
B) Les techniques de procréation assistée.....	13
1. L'insémination artificielle.....	13
-L'historique.....	13
-La technique.....	14
2. La fécondation <u>in vitro</u>	16
-L'historique.....	16
-La technique.....	17
<u>Section 2:</u> Le droit de procréer.....	21
A) Sources internationales.....	23
B) Sources internes.....	25
PARTIE I - LE CONTRAT DE GROSSESSE: LES LIMITES ACTUELLES.....	31
CHAPITRE 1 LES LIMITES CONTRACTUELLES.....	31
<u>Section 1:</u> Liberté contractuelle.....	32
A) Le principe.....	33

B) Les limites au principe.....	34
<u>Section 2: Légitimité et légalité des contrats de grossesse.</u>	35
A) Le contrat par lui-même.....	36
1. Qualification du contrat.....	36
2. Contenu du contrat de grossesse.....	40
B) Validité du contrat de grossesse.....	43
1. Atteintes à l'ordre public.....	43
2. Illicéité de la cause et de l'objet.....	51
3. Filiation.....	55
CHAPITRE 2 - LES LIMITES DÉONTOLOGIQUES.....	61
A) Les avocats : le respect du droit.....	62
B) Les médecins: le consentement éclairé.....	66
PARTIE: II - LE CONTRAT DE GROSSESSE: LES ENJEUX FUTURS.....	77
CHAPITRE 1 LES ENJEUX SOCIAUX.....	79
<u>Section 1: Pour l'enfant et la gestatrice.</u>	79
A) L'enfant issu d'une grossesse contractuelle.....	80
1. Origine génétique et confidentialité.....	81
2. Le droit au père et à la mère.....	87
3. L'intérêt de l'enfant.....	92
B) Pour la gestatrice sous contrat.....	103
1. Exploitation potentielle de la grossesse....	104
2. Situations difficiles.....	105
<u>Section 2: Pour la société.</u>	108

A) Une nouvelle conception de la maternité.....	109
B) Droit et vérité.....	112
CHAPITRE 2 LES ENJEUX LEGAUX.....	117
<u>Section 1</u> : Les limites normatives.....	117
A) Au Canada.....	118
B) Aperçu international.....	125
<u>Section 2</u> : Les limites juridiques.....	131
A) Les avenues législatives.....	132
1. Aperçu international.....	132
2. Les options.....	142
B) Une législation canadienne.....	151
1. Partage des compétences constitutionnelles..	155
2. Atteinte possible aux droits fondamentaux...	159
CONCLUSION.....	164
Bibliographie.....	174

REMERCIEMENT

Je tiens à remercier ma directrice de thèse, Madame Bartha Maria Knoppers, pour sa précieuse collaboration.

A Viviane et aux
enfants de nos rêves

A l'amitié, à la vie.

NOTE DE L'AUTEUR

Pour les références citées dans ce travail, nous avons respecté le guide pour la dissertation juridique du professeur Didier Lluelles de l'université de Montréal ¹.

¹

Didier LLUELLES, Guide des références pour la rédaction juridique, Montréal, Editions Thémis, 1989.

INTRODUCTION

"Science sans conscience n'est
que ruine de l'âme" (Rabelais).

A chaque époque son histoire sur l'entraide des femmes. Des mères nourricières qui vendaient leur lait, en passant par ces nourrices gardiennes qui élevaient, des années durant, les enfants d'autres femmes, nous voici rendus à la femme qui reproduit ¹ pour autrui. Aujourd'hui, cette dernière fabrique, porte et accouche pour les autres par contrat de grossesse ².

-
- 1 Albert JACQUARD, Eloge de la différence-La génétique et les hommes, Edition du Seuil, Paris, 1978, P. 18. D'après l'auteur, le mot reproduction implique une réalisation aussi voisine que possible de l'original. L'enfant est une création totalement unique et n'est surtout pas une reproduction de qui que ce soit. Cette unicité résulte du nombre fabuleux d'enfants totalement différents qu'un même couple pourrait procréer. Même si le professeur Jacquard nous met devant l'évidence d'un abus de langage, cet abus est tellement significatif de l'intention d'un couple de se "reproduire" à travers ses enfants qu'il en est excusable.
 - 2 Le vocabulaire est déjà assez riche pour désigner ce genre de contrats: grossesse contractuelle, mère porteuse, mère donneuse, mère de substitution, mère d'emprunt, grossesse par procuration, gestatrice ou gestation pour le compte d'autrui, maternité de substitution, maternité de suppléance, location d'utérus, autant d'expressions pour désigner le fait de prêter ses organes reproducteurs et gestationnels. Pour notre part, nous utiliserons tour à tour les expressions contrat de grossesse ou grossesse contractuelle quand il s'agira de décrire le phénomène dans son ensemble. Le terme gestatrice fera référence à la femme qui porte l'enfant pour le compte d'autrui tout le temps de la gestation. Nous éviterons les termes "mère porteuse" car toute femme enceinte est une mère porteuse. Lorsque nous chercherons à faire une distinction entre le génétique et le biologique, nous parlerons de mère gestatrice ou utérine et de mère génétique.

Conséquence indirecte de la reproduction médicalement assistée reliée à l'insémination artificielle (IA), connue depuis fort longtemps ³, et à la récente technique de la fécondation in vitro accompagnée du transfert d'embryons (FIVET), le phénomène entraîne une certaine polémique.

Depuis la naissance du premier "bébé-éprouvette" ⁴, l'engouement dû aux découvertes scientifiques en matière de biotechnologie de la reproduction humaine fait, peu à peu, place à l'inquiétude. Qu'ils soient biologistes ⁵, juristes ⁶, philosophes ⁷, représentants populaires ⁸,

3 Infra, "Chapitre préliminaire".

4 En Grande-Bretagne, le 16 juillet 1978, naissait Louise Brown, première mondiale d'un bébé conçu in vitro: Jean-Louis BAUDOUIN et Catherine LABRUSSE-RIOU, Produire l'homme: de quel droit?, Paris, P.U.F., 1987, p. 63; Jacques TESTART, De l'éprouvette au bébé spectacle, Paris, Editions Complexe, 1984, rapporte aussi la naissance d'Amandine, premier bébé éprouvette français né le 22 février 1982.

5 Jacques Testart, responsable des recherches qui ont mené à la naissance du premier bébé-éprouvette en France, a refusé de pousser ses recherches dans le domaine des manipulations génétiques. Ce geste a eu une telle résonance au sein de la communauté scientifique mondiale que, depuis, Jacques Testart s'est senti obligé de s'expliquer dans deux livres: De l'éprouvette au bébé-spectacle, Paris, Editions Complexe, 1984, et L'oeuf transparent, Paris, Fayard, 1986.

6 J.-L. BAUDOUIN et C. LABRUSSE-RIOU, Produire l'homme: de quel droit?, op.cit., note 4; BARREAU DU QUÉBEC, Rapport sur les nouvelles technologies de reproduction, Montréal, avril 1988; Supplément Revue du Barreau, Tome 48, No. 2, juin 1988.

7 Jacques DUFRESNE, La reproduction humaine industrialisée, Institut québécois de recherche sur la culture, Québec, 1986.

membres du Forum international sur les NTR ⁹, participants de colloque pluridisciplinaire ¹⁰ ou membres de comités spécialisés ¹¹, tous dénoncent la gravité de certaines techniques aujourd'hui rendues possibles par la science

-
- 8 CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, Enjeux, quand la technologie transforme la maternité, Les Publications du Québec, 1989; CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, Les nouvelles technologies de reproduction, Avis synthèse du Conseil du statut de la femme, mai 1989.
- 9 Actes du Forum international sur les nouvelles technologies de la reproduction, organisé par le Conseil du statut de la femme, tenu à Montréal du 29 au 31 octobre 1987 à l'Université Concordia et reproduit dans: CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, Sortir la maternité du laboratoire, Québec, 1988; Au Conseil de l'Europe en matière biomédicale qui s'est tenu à Vienne les 19 et 20 mars 1985 au sujet des progrès de la biologie, le Garde des Sceaux français Robert Badinter a exprimé son inquiétude devant les bouleversements de l'ordre juridique traditionnel occasionnés par la science biomédicale: Frits W. HONDIUS, "L'Europe face à la bioéthique", dans GÉRALD-A. BEAUDOIN (dir), Vues canadiennes et européennes des droits et libertés - Actes des journées strasbourgeoises 1988, Cowansville, Editions Yvon Blais, 1989, p. 421, à la page 425.
- 10 ACTES SUD, Colloque génétique, procréation et droit, Paris, Editions Hubert Nyssen, 1985.
- 11 MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, Rapport du comité de travail sur les nouvelles technologies de reproduction humaine, Québec, 1988. Le comité s'est unanimement prononcé contre le principe des contrats de grossesse; LA DOCUMENTATION FRANÇAISE, Rapport de la Commission d'Enquête présidée par Dame Mary WARNOCK, Paris, 1985, p. 75. Il s'agit du rapport anglais dont le parlement britannique s'inspira pour légiférer contre les contrats de grossesse dès 1985 et récemment en 1990 sur tout l'aspect de la reproduction assistée; LA DOCUMENTATION FRANÇAISE, Rapport du groupe de travail sur la fécondation in vitro, analyse du génome et thérapie génétique, Paris, 1987. Ce groupe était présidé par le professeur Ernest BENDA, président de la Cour fédérale constitutionnelle de la R.F.A. et constitué par le Ministère fédéral de la recherche et de la technologie et le Ministère fédéral de la justice.

auxquelles notre droit et notre morale répondent avec inquiétude et incertitude. La commercialisation possible¹² de la maternité humaine, via la fécondation in vitro et le transfert d'embryon, en est une.

Les dimensions multiples de la grossesse contractuelle dépassent et remettent en question ce que notre droit positif avait pu faire de mieux en matière de droit de la famille.

Si l'insémination artificielle, vieille de deux cents ans, ébranlait les structures juridiques et anthropologiques de la paternité, la FIVET qui vient depuis quelques années s'y ajouter remet en question la notion même de mère. Cette technique pourrait permettre aujourd'hui la création d'un enfant qui aurait trois mères: une mère génétique, une mère gestationnelle et une mère sociale qui recueillera, au bout du processus, l'enfant à élever¹³.

Dans le cas d'insémination artificielle, la question de savoir qui est la mère ne devrait poser à priori aucun problème, la génétique autant que la biologie se chargent d'une réponse des plus naturelles. Par contre, pour la grossesse engendrée à l'aide de la FIVET et d'un don d'ovule, la biologie, sans l'aide de la génétique, peut-elle encore répondre à l'aide de l'adage mater semper certa

12 Le commerce de cette pratique est chose de plus en plus courante, notamment aux Etats-Unis où l'avocat Noel KEANE est très réputé. Il était entre autre le rédacteur du contrat dans la fameuse affaire Bébé M., infra, note 160.

13 Paul LAURITZEN, "What Price Parenthood?", (1990) 20 Hastings Center Report 38, 41.

est ¹⁴? La maternité devient divisée en ses aspects utérins, génétique et psychologiques ¹⁵.

Sur la filiation, le droit avait depuis toujours des réponses en harmonie avec la science, la morale et la nature. La femme était la mère de l'enfant qu'elle accouchait parce que cette sainte vérité était celle de la nature. Certitude tellement rassurante que jamais on n'a pu penser pouvoir se méprendre un jour. Celle-ci était inévitablement la mère génétique, utérine et émotionnelle de l'enfant qu'elle venait d'accoucher. La dissociation du processus procréatif n'appartenait qu'à la science-fiction.

Suite à l'avènement des NTR, l'importance de la parenté biologique est perturbée ¹⁶. La vérité affective doit-elle prendre une place prépondérante sur la vérité du sang et faudrait-il légalement reconnaître plusieurs maternités

14 En droit civil, l'adage mater semper certa est (on connaît toujours la mère) fait présumer que l'enfant a pour mère la femme qui le met au monde, le but étant que la vérité biologique fonde la filiation. Mais n'est-on pas en droit de se demander si cette présomption, qui voulait avant tout établir une vérité naturelle, ne pourrait pas aujourd'hui, en toute logique juridique, être renversée, surtout si le phénomène des contrats de grossesse devait se répandre?

15 Bartha Maria KNOPPERS, Conception artificielle et responsabilité médicale - Une étude de droit comparé, Les Editions Yvon Blais Inc., Cowansville (Qué), 1986, p. 2.

16 Cette perturbation, sans être négligeable, ne serait pas si grave. L'intérêt de l'enfant ne serait pas toujours nécessairement d'être avec ses parents biologiques. La volonté d'être parents, au-delà de toute considération d'ordre biologique, serait plus importante: Sonia LE BRIS, Procréation assistée et parentalité en droit français et québécois, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1988.

avec les attributs et les prérogatives dues à chacune?

La maternité de substitution gérée par contrat est en bonne partie reliée aux nouvelles techniques de reproduction. Nous sommes conscient de tous les autres problèmes et défis soulevés par les possibilités qu'offrent les NTR, notamment la tentation d'éliminer, par le dépistage génétique, toute transmission de maladies héréditaires dans une volonté d'eugénisme douce jamais tout à fait absente¹⁷. Le statut qu'il faut ou non donner aux embryons surnuméraires congelés en est un autre. Cependant, dans cette étude, nous essayerons de nous limiter principalement à la grossesse contractuelle et aux problèmes posés à tous les stades du processus.

En première analyse, nous examinerons les interrogations juridiques soulevées par le contrat de grossesse. Nous aborderons l'aspect juridique d'un tel contrat en fonction des limites contractuelles contenues dans la liberté contractuelle. De la qualification du contrat de grossesse à son contenu, nous en vérifierons la validité en regard du droit civil québécois. Ensuite, les agissements de l'avocat et du médecin, en tant qu'intermédiaires, seront abordés au niveau de la déontologie professionnelle (partie I).

17 "Eugenic Artificial Insemination: a Cure for Mediocrity", (1981) 94 Harv. Law Rev. 1850. Pour certains, il est erroné d'associer les NTR avec l'eugénisme. Si eugénisme il y a, il se situerait au niveau de l'usage que l'on fait des NTR et non de la technique elle-même: mémoire de Madame Sonia Le Bris devant les audiences de la Commission royale sur les nouvelles technologies de reproduction, le 21 novembre 1990 à Montréal; Pierre-André TAGUIEFF, "L'eugénisme, objet de phobie idéologique", (1989) 156 Esprit 99.

La deuxième partie portera sur les enjeux sociaux de la grossesse contractuelle pour tous les intervenants. L'enfant et sa mère gestatrice sont tout deux particulièrement affectés par le contrat. Ce genre d'entente concerne aussi la société.

L'intérêt de l'enfant issu d'un contrat de grossesse pourrait être compromis par les règles de la confidentialité l'empêchant de retracer ses origines, de même que par la possibilité d'être privé d'une double parenté. Cet intérêt explicitement protégé dans notre Code civil ¹⁸ entre en contradiction avec celui des cocontractants.

L'assujettissement de la gestatrice à l'arbitraire du couple commanditaire, par la limitation de ses droits pendant la grossesse, remet en question sérieusement la dignité humaine ¹⁹. Après l'accouchement, la gestatrice aura des choix difficiles à faire au moment de livrer sa progéniture au couple commanditaire, surtout si celle qui "accouche pour autrui" a mal anticipé ses réactions maternelles face à l'enfant qu'elle doit livrer au couple infertile commanditaire.

Pour la société en général, la possibilité d'entrevoir une nouvelle conception de la maternité est présente. Par le biais de la grossesse contractuelle, le risque d'accéder à une forme de maternité de convenance existe, notamment pour les célibataires ou homosexuels qui choisiraient la technique de l'insémination artificielle ou de la FIVET comme mode de conception substituée. Le droit au père et

18 Art. 30 C.c.

19 Luc HUPPE, "La liberté humaine comme fondement des droits et libertés garantis par la Charte", (1988) 48 Rev. du Bar. 724.

à la mère pour l'enfant à naître semble alors en péril.

Le recours à la gestation par autrui est une pratique encore marginale certes, mais déjà naissent questions, interrogations et volonté d'agir. Des limites normatives aux limites légales, le droit devrait prendre la place qui lui revient.

L'exploitation potentielle de la grossesse contractuelle n'est pas à négliger. Afin de préserver à la fois le respect et la dignité de l'être humain, devrait-on contrôler, voire interdire les contrats de grossesse ou laisser faire en continuant d'adapter le mieux possible notre Code civil à ces nouvelles réalités ²⁰ ? (PARTIE II)

La grossesse pour autrui tente d'apporter une solution aux problèmes de stérilité chez l'humain. Elle est intimement liée aux NTR, nous avons donc préféré commencer par un chapitre préliminaire décrivant les différentes techniques destinées à pallier à la stérilité. Il importait aussi dans ce chapitre de vérifier si un "droit de procréer", permettant la revendication à l'enfant, existait (Chapitre préliminaire).

20 Le Projet de loi 125, portant réforme du Code civil, déposé le 18 décembre 1990 devant le ministre de la justice M. Gil Rémillard, ne stipule que la nullité des contrats de grossesse, sans pour autant en interdire la pratique. Infra, notes 150, 329, 386.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE: LA PROCRÉATION ASSISTÉE

Lorsque la nature ne suffit plus, il faut parfois l'assister médicalement. Dans un premier temps, nous présenterons les différentes techniques de procréation assistée (section 1) pour ensuite rechercher si la procréation est un droit absolu dans notre société (section 2).

Section 1: La stérilité et les techniques destinées à y pallier

Pour répondre à un besoin de progéniture très conscientisé chez l'humain qui se heurte à un problème de stérilité (A), la technique des procréations assistées se sont fortement développées ces dernières années (B).

A) La stérilité

La stérilité masculine ou féminine au Canada représente un pourcentage variant de 10 à 20% des couples selon la source des données ²¹. En fait, nous disposons de peu de données factuelles concernant la stérilité. Dans les chiffres avancés, personne ne connaît la proportion qui revient aux couples qui n'ont pas d'enfants par choix ²². Quant aux causes de l'infertilité et les moyens de les éviter, elles

21 ONTARIO LAW REFORM COMMISSION, Report on human artificial reproduction and related matters, Toronto, 1985, p. 9 et s.; BARREAU DU QUÉBEC, Rapport sur les nouvelles technologies de reproduction, op.cit., note 6, p. 9; MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, Rapport du comité de travail sur les nouvelles technologies de reproduction humaine, op.cit., note 11.

22 Rapport de la Commission d'Enquête présidée par Dame Mary WARNOCK, op.cit., note 11, p.21.

intéressent moins que les recherches faites pour y pallier²³. La course à la renommée dans le domaine de la procréatique est non seulement attirante pour les chercheurs mais aussi mieux subventionnée par l'Etat²⁴.

L'absence de descendance est universellement reconnue comme un malheur biologique, pire, certains le subissent comme un échec du couple et comme une source de détresse²⁵. Vouloir un enfant ne serait pas un caprice mais plutôt un besoin humain primaire²⁶. Ceci a pour conséquence que chez les couples infertiles, la transmission de la vie à l'aide

-
- 23 Aux audiences publiques de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction, tenues à Montréal les 21 et 22 novembre 1990, la présidente de la Confédération des syndicats nationaux (CSN) a fait état de plusieurs rapports, études et enquêtes qui prouveraient que le milieu de travail est responsable de la majorité des cas d'infertilité masculine autant que féminine. Le remède le moins coûteux et le plus efficace serait de changer les normes de travail afin d'éviter que les travailleurs et travailleuses soient en contact avec des substances qui dérègleraient le cycle ovulaire chez la femme et la production de spermatozoïdes sains chez l'homme.
- 24 Selon le mémoire présenté par l'Association Féminine d'Education et d'Action Sociale (AFEAS) aux audiences publiques de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction, qui se sont tenues le 21 et 22 novembre 1990 à Montréal, le gouvernement fédéral aurait, une même année, accordé 3,5 millions de dollars à la recherche fondamentale en procréatique et seulement 400 000\$ à la recherche sur l'infertilité.
- 25 Suzanne UNIACKE, "In vitro fertilization and the right to reproduce", (1987) 1 Bioethics 241, 244; Pour certaines femmes, le fait de ne pas avoir d'enfants serait perçu comme une faiblesse, pour d'autres, la qualité de leur relation conjugale se jugerait à leur potentiel de fertilité: Michelle STANWORTH, Reproductive Technologies Gender, Motherhood and Medicine, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1987, p. 131.

- 26 Id., p. 245.

des N.T.R. suscite de profondes réflexions qui dépassent parfois les cadres purement juridique et éthique.

Certaines traditions culturelles et religieuses font même de l'infertilité un motif suffisant de divorce ²⁷. Quant à la société, les amis et la famille, tous attendent souvent d'un couple qu'il fonde une famille. Directement ou allusivement, une certaine pression s'exerce sur le couple qui, comble de malheur, découvre qu'il ne pourra pas avoir d'enfants ²⁸. Il paraît donc tout à fait normal qu'on tente par tous les moyens d'y remédier.

Les complications administratives reliées à l'adoption et le manque d'enfants à adopter font que les nouvelles techniques de reproduction représentent souvent le dernier espoir pour les couples infertiles, d'autant plus que pour certains le désir de transmettre leurs gènes est très profond ²⁹. Le droit d'essayer de procréer ³⁰ et le désir légitime et naturel d'avoir des enfants font que les techniques de procréation assistée connaissent un certain

27 M. le Grand Rabbin Emmanuel CHOUCHEA, " Le point de vue du judaïsme " dans: ACTES SUD, Colloque génétique, procréation et droit, op.cit., note 10, p. 473, 475.

28 Geneviève DELAISI DE PARSEVAL et Alain JANAUD, L'enfant à tout prix, Seuil, Paris, 1983, p. 21.

29 La collection de gènes transmise par les parents est un patrimoine presque à l'abri du temps. Quasi éternel, on le retrouvera présent chez la descendance, longtemps après la mort des parents malgré les mutations qu'il subit. Inconsciemment, on se perpétue à travers ses enfants.

30 Il n'existe pas de droit à l'enfant: infra, Section 2 B).

succès malgré des taux de réussite en réalité assez faible
31 .

31 Le taux de succès des meilleures cliniques au monde pour la fécondation in vitro ne dépasserait pas les 10% (8% au Québec) alors qu'il serait de 20% pour l'insémination artificielle: Rapport du comité de travail sur les nouvelles technologies de reproduction humaine, op.cit., note 11, pp. 37, 38, 55, et 57. La comparaison reste cependant difficile à faire, vu les différentes méthodes de calcul. En effet, certaines cliniques ne prendraient pas en considération les échecs, ni le nombre d'essais avant d'arriver à une grossesse. En fait, il y a autant de façons de calculer les taux de réussite qu'il y a de cliniques. Selon nous, le calcul devrait toujours être basé sur le nombre de naissances vivantes et non de grossesses obtenues. Par exemple, la "Commission Warnock", op.cit., note 11, rapporte qu'en 1983 l'équipe anglaise Steptoe-Edwards avait obtenu 192 grossesses sur 579 femmes qui avaient au total déjà subi 967 laparoscopies. Les 192 grossesses mentionnées ont abouti à une naissance ou une fausse couche, nous dit-on, sans cependant mentionner les naissances vivantes. Selon le Magazine télévisé "Le point", émission du 23 novembre 1990, une étude rigoureuse, effectuée au Québec voici deux ans, démontrerait que la FIV ne procurerait des enfants vivants et viables que dans 0 à 5% des cas! Quant à la Commission de réforme du droit, elle s'inquiète aussi de la façon dont on présente actuellement les taux de réussite de la FIV: mémoire de la Commission de réforme du droit du Canada, présenté devant la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction, Montréal, le 21 novembre 1990, infra., PARTIE I, chapitre 2, "le consentement éclairé". Selon l'émission télévisée "enjeux" du 9 janvier 1991, le taux moyen de réussite de trois hôpitaux de Montréal pratiquant la fécondation in vitro serait de 8,73% pour un taux affiché de 21.66% (Hôpital Général de Montréal, Hôpital ST Luc et Centre Universitaire Laval. L'Hôpital Maisonneuve Rosemont a refusé de divulguer ses taux de réussite). Le très sérieux magazine scientifique français "la recherche" révèle dernièrement que, malgré la publicité faite, le taux de réussite de la FIV ne dépasserait pas les 5% et que, pour permettre aux intéressés de s'informer correctement, il faudrait, à l'instar de l'Australie, commander une enquête totalement indépendante des milieux médicaux: Joachim Marcus STEIFF, "La controverse sur les taux de succès de la FIV", (Avril 1991), 231 La Recherche, 524, 529.

B) Les techniques de procréation assistée

La procréation assistée est multiple dans ses formes. Certaines sont relativement simples et connues depuis fort longtemps (1), d'autres, très récentes et en amélioration constante, relèvent d'une technique compliquée (2).

1. L'insémination artificielle

La plus simple de toutes les techniques employées pour pallier à la stérilité masculine est aussi la plus ancienne.

-L'historique

La première fécondation artificielle chez l'homme remonte à 1791 en Angleterre par Hunter et en 1804 en France par Thouret ³². Employée initialement pour contourner l'impuissance du conjoint rendant la relation coïtale impossible, la technique est vite appliquée pour combattre la stérilité de l'homme par le truchement de l'insémination artificielle avec donneur ³³.

Dans le contexte socio-religieux de l'époque, la méthode intra-conjugale est mal acceptée en France par la société en général, plus particulièrement par l'Eglise, et même le droit comme en témoigne l'affaire Lejâtre de 1880 ³⁴. Le tribunal de Bordeaux condamne l'insémination artificielle

32 D^r. O. Steeng, "Histoire de l'insémination artificielle, (1974) 15 Echanges 23.

33 Georges DAVID, "Don et utilisation du sperme", dans Colloque génétique, procréation et droit, Paris, ACTES SUD, Editions Hubert Nyssen, 1985, p.203.

34 Id., p. 204.

intra-conjugale comme "répugnant à la loi naturelle et constituant un véritable danger social". La position de l'église n'a guère évolué depuis ³⁵.

C'est aux Etats Unis qu'en 1884 Pancoast pratique la première insémination avec le sperme d'un donneur. C'est le début lent et difficile de "l'IAD" car bien que moins influente qu'en France, l'Eglise catholique ne supporte pas qu'à la violation de la loi naturelle avec l'IAC vienne s'ajouter la turpitude qu'entraîne la procréation adultérine avec donneur ³⁶.

L'insémination artificielle simple (IA) relève d'une technique peu élaborée puisque certaines femmes préconisent même de l'employer sans l'aide du corps médical ³⁷.

-La Technique

L'opération consiste à introduire dans le vagin de la femme, au moyen d'une canule, le sperme de son conjoint (Insémination intra-conjugale ou IAC) ou celui d'un donneur inconnu (insémination avec donneur ou IAD), au moment précis où la femme est fertile, c'est à dire à une date proche de l'ovulation prévue.

L'insémination artificielle sans donneur règle le cas de l'impotence ou d'un handicap physique du conjoint masculin qui, sans être totalement stérile, ne peut pas avoir de

35 Robert CLARKE, Les enfants de la science, Paris, Ed. Stock, 1984, p. 104.

36 Id.

37 Aussi simple soit-il, le mode d'emploi de cette méthode nécessite un minimum de pratique et de connaissance.

rapports sexuels. On utilise aussi l'IAC pour injecter le sperme directement dans l'utérus de la femme (IIU) afin de remédier à l'incompatibilité de la glaire cervicale qui tue ou rend le sperme inactif au niveau du vagin³⁸. D'autres techniques sont aussi employées comme celles qui consistent à déposer le sperme dans la cavité abdominale (DIPI) ou dans les trompes (ITI).

Dans ces cas d'insémination artificielle sans donneur (IAC), la science ne fait que contourner une difficulté technique mais les cellules germinatives proviennent toujours du couple et aucun problème autre que le rejet de la pratique par certaines religions ne devrait déranger le couple procréateur³⁹. Pour ce dernier, il s'agit de leur enfant au niveau génétique et biologique autant qu'affectif⁴⁰. La filiation est naturelle, génétique, et affective, la "vérité de la nature" est respectée malgré l'apport extérieur de la science. Cette vérité est faussée à moitié lorsque, pour combler la stérilité ou la fécondité réduite de l'homme, la femme est inséminée avec le sperme d'un donneur, (IAD).

38 Rapport de la Commission d'Enquête présidée par Dame Mary WARNOCK, op.cit., note 11, p. 36.

39 ACTES SUD, Colloque génétique, procréation et droit, op.cit., note 10; voir le point de vue judaïque p. 473, et le point de vue catholique p. 518. La dissociation de l'acte sexuel de la procréation et la masturbation nécessaire pour recueillir le sperme sont en général allégués pour condamner l'IAC.

40 La mère génétique est aussi mère biologique. L'inverse n'est pas nécessairement vrai. Par exemple, dans le cas de maternité de substitution avec transfert d'embryons, la gestatrice n'ayant pas fourni d'ovule porte en elle un étranger génétique, ce qui ne l'empêche pas d'avoir un lien biologique avec l'enfant en tant que mère utérine.

Dans ce cas, seule la femme du couple contribue à la naissance de l'enfant. Malgré tout, cela est préférable à l'adoption puisque l'enfant portera la marque génétique d'au moins un des deux conjoints en permettant de plus au couple de vivre ensemble l'expérience de la grossesse.

Cette marque génétique pourrait être complètement absente avec des techniques plus récentes de procréation assistée comme celles qui consistent à déposer dans la cavité abdominale de la gestatrice (POST), ou dans les trompes (GIFT) ou dans la voie vaginale (TVGIFT) le sperme d'un donneur ainsi que des ovules prélevés d'une donneuse. On parlera alors d'insémination in vivo, procédé peu employé au profit de la fécondation in vitro.

2. La fécondation in vitro

En Grande-Bretagne, le 16 juillet 1978, naissait Louise Brown, première mondiale d'un bébé conçu in vitro. Cette première mondiale marquait aussi le véritable début de cette technique.

-L'historique

A l'inverse de l'insémination artificielle, la fécondation in vitro suivie du transfert d'embryon est récente, du moins pour ce qui a trait à son application chez l'homme qui remonte à la fin des années 1970. Avant cela, on pratiquait surtout la FIVET sur les mammifères dans le but d'améliorer la race. C'est sur des lapins que Heapes l'aurait réalisé dès 1890⁴¹. Hautement médicalisée, la technique de la FIVET est complexe.

41 J.-L.BAUDOUIN, et C.LABRUSSE-RIOU, Produire l'homme de quel droit?, op.cit., note 4.

-La technique

A L'inverse de l'insémination artificielle, la technique fait appel à un personnel médical hautement spécialisé. Il s'agit de prélever de l'ovaire, dans le cas où celui-ci est accessible, par une technique chirurgicale appelée laparoscopie ⁴², des ovocytes produits par stimulation hormonale et arrivés à maturité ⁴³. La fertilisation des ovules par le sperme est alors obtenue par une mise en contact dans un milieu nutritif adéquat. Après une soixantaine d'heures, une partie des oeufs commenceront à se diviser ⁴⁴. A la huitième division, un ou plusieurs oeufs rendus au stade embryonnaire seront alors transplantés dans l'utérus (TE) de la même femme ou de celle qui acceptera de mener la grossesse à terme ⁴⁵.

42 Le laparoscope est un instrument chirurgical optique qui est utilisé pour observer les organes internes de l'abdomen et du pelvis afin de réaliser des interventions chirurgicales mineures telles que le recueil d'un ou plusieurs ovules dans les follicules ovariens quand ils sont arrivés à maturité. Définition tirée du Rapport de la Commission d'Enquête présidée par Dame Mary WARNOCK, op.cit., note 11.

43 Il est maintenant plus aisé de repérer la position d'un follicule à maturité grâce à la technique d'identification par ultrasons qui, à l'inverse de la technique de laparoscopie, se fait sous anesthésie locale.

44 Le taux de succès de la fécondation est généralement d'au moins 75% :LA DOCUMENTATION FRANCAISE, Rapport de la Commission d'Enquête présidée par Dame Mary WARNOCK, op.cit., note 11, p. 53.

45 J.-L. BAUDOUIN et C.LABRUSSE-RIOU, Produire l'homme: de quel droit?, op.cit., note 4, p. 66; BARREAU DU QUÉBEC, Rapport sur les nouvelles technologies de reproduction, op.cit., note 6.

En plus d'être coûteuse ⁴⁶, cette méthode présenterait un éventail de risques plus large pour la femme ⁴⁷, et serait surtout moins efficace que l'insémination artificielle. En fait le taux de réussite serait même très bas ⁴⁸.

La fécondation in vitro et le transfert d'embryons qui s'en suit (FIVETE) ont été développés pour répondre à certaines formes de stérilité féminine. En effet, à l'instar de l'infertilité masculine provenant d'un problème technique ou psychologique empêchant tout coït ou nuisant à l'éjaculation, certaine forme d'infertilité féminine n'annonce pas pour autant la stérilité et se règle par la fécondation in vitro. Il s'agit de cas où les ovules, pourtant sains, ne descendent pas dans l'utérus à la rencontre du gamète mâle. Les trompes de Fallope, en mauvais état ou atteintes d'infection (salpingite), sont en général à la base du problème. La chirurgie tubaire peut parfois y remédier mais avant l'avènement de la FIV, les possibilités de grossesses étaient, dans ce cas, très minces ⁴⁹.

46 Tout le processus coûte environ 5000\$ par essai. Pas plus coûteux que la chirurgie tubaire, le montant est cependant défrayé par les particuliers et non remboursable par l'Assurance maladie du Québec.

47 BARREAU DU QUÉBEC, Rapport sur les nouvelles technologies de reproduction, op.cit., note 6, p. 18. L'injection d'hormones pour provoquer une "super ovulation", représente des dangers encore mal évalués de nos jours. La production d'ovules en surnombre provoquerait quant à elle une ménopause précoce.

48 Supra, note 31.

49 Rapport de la Commission d'Enquête présidée par Dame Mary WARNOCK, op.cit., note 11, p. 51.

Au cas où la femme ne peut pas produire elle-même d'ovule et que le prélèvement soit impossible à cause de l'inaccessibilité des ovaires ou autre, mais ayant un utérus normal, le don d'ovule d'une autre femme fertile et donneuse est aujourd'hui possible.

Cet ovule fécondé avec le sperme du mari de la femme inféconde permettra au couple de vivre l'expérience de la grossesse et d'avoir un enfant qui, par ailleurs, ne portera pas la marque génétique de sa mère. Cependant, le don d'ovule a un avantage sur l'IAD puisque le couple, chacun à sa façon, contribue à la naissance de l'enfant. La femme en tant que gestatrice, le conjoint en tant que participant au patrimoine génétique de l'enfant à naître.

Enfin, signalons que la FIV peut aussi servir de traitement à certaines formes de stérilité masculine comme "l'oligospermie" ⁵⁰.

A la différence de l'insémination artificielle, la fécondation in vitro peut permettre à une femme de mener une grossesse sans contribution génétique de sa part. C'est le cas notamment quand les gamètes fécondés du couple stérile sont réimplantés chez une tierce personne qui en assume la gestation et l'accouchement, sans pour autant avoir une relation génétique avec le produit de la conception; la femme qui mène la grossesse n'est alors que la gestatrice du bien génétique des commanditaires ⁵¹. Lorsqu'au contraire elle fournit la moitié du patrimoine généti-

50 Id.

51 Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, "Mère de substitution" dans ACTES SUD, Colloque génétique, procréation et droit, op.cit., note 10, p.311.

que, comme dans le cas de l'insémination artificielle, on parlera alors de femme génitrice et gestatrice.

On voit ici la différence entre les deux méthodes de procréation assistée. Avec l'I.A., il n'y a pas de double don de gamètes, la gestatrice pour le compte d'autrui ne fait pas que prêter ses organes procréateurs. Elle est impliquée génétiquement dans le processus et l'enfant qu'elle porte est aussi le fruit de ses oeuvres puisqu'elle fournit naturellement un ovule.

Peu importe le procédé employé, l'idée est qu'une femme accepte de porter un enfant pour le remettre à un autre couple. C'est par contrat que le couple qui cherche à procréer se liera avec la femme qui acceptera de porter et d'accoucher pour eux l'enfant qu'ils souhaitent. Avant de vérifier les limites juridiques d'une telle entente, nous avons jugé opportun de rechercher l'existence d'un droit fondamental de procréer.

Un hypothétique droit de procréer sous-tendrait qu'un couple infertile puisse exiger de se reproduire par n'importe quel procédé, sans nécessairement se soucier des inconvénients subséquents possibles pour leur progéniture à naître, pour la femme gestatrice dans le cas de grossesse par procuration, ou pour la société. Existe-t-il un "droit à l'enfant" qui l'emporte éventuellement sur le "droit de l'enfant" ⁵²?

52 Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, "Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées", (1988) 4 Rev. trim. dr. civ. 661, 663.

Section 2 : Le droit de procréer

Du légitime désir d'avoir un enfant à la prétention d'un véritable droit à l'enfant (qui s'inférerait d'un soi-disant droit de procréer découlant lui-même d'une interprétation large du droit de fonder une famille), il y a plusieurs échelons que le juriste appréhendera avec toutes les nuances qui s'imposent.

Le droit de procréer, duquel découlerait éventuellement un droit à l'enfant, pourrait indirectement s'interpréter à partir des différentes conventions internationales (A), ou de textes constitutionnels nationaux relatifs aux droits de la personne (B), autant que de certains jugements et de

la doctrine ⁵³ et justifier ainsi le recours aux diverses

53 La Déclaration universelle des droits de l'homme, 1948, art. 16, al.1; la Convention européenne des droits de l'homme, 1951, art.12; la Convention américaine des droits de l'homme, 1969, art.17, al.2; la Charte canadienne des droits et libertés, partie 1 de la Loi constitutionnelle de 1982 [annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (1982, R.-U, c. 11)], art.7; la Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., c. C-56, art. 5; Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques; 1966, art. 23, al.2. Les tribunaux ont parfois, de façon fort ambiguë, dit que l'une des fins du mariage était la procréation: Tribunal de grande instance de Créteil, 1^{re} Ch. civ., Gaz. Pal. 18 sept. 1984, p.11. Pour certains, il existe un droit fondamental de procréer: Monique OUELLETTE, Droit et science, Montréal, Editions Thémis, 1986, p. 111. Pour d'autres, ce droit est violé en cas de stérilisation non thérapeutique d'une malade mentale: Re D., [1976] 1 All. E.R. 326; Dans E.(M^{rs}) v. Eve [1986] 2 S.C.R. 388, la Cour suprême du Canada rétablit le jugement de 1^{ère} instance qui interdisait à une mère de faire stériliser sa fille déficiente mentale. La Cour est cependant moins catégorique que le tribunal de première instance et ne reconnaît pas un droit fondamental de procréer. On préfère apprécier la procréation comme un "grand privilège" (pp. 395 et 428). Aux E.-U., au nom du droit de procréer, un tribunal a déjà invalidé une loi permettant la stérilisation de criminels (violeurs) d'habitude: Skinner v. Oklahoma, [1942] 316 U.S. 535, 41-42. Pour certains, ce jugement était l'opinion d'un droit de procréer basé sur "The right to privacy": Robert C. BLACK, "Legal Problems of Surrogate Motherhood", (1981) 16 New England Law Review 373, 388; Contra, Anita L. ALLEN, "Surrogacy, Slavery, and the Ownership of Life", (1990) 13 Harvard Journal of Law and Public Policy 139. Pour le professeur Robertson, le quatorzième amendement de la Constitution américaine empêcherait les tribunaux de s'ingérer dans la volonté de ne pas reproduire autant que dans celle de reproduire. Le droit de procréer s'inférerait du choix existant quand il s'agit de reproduction humaine: John A. ROBERTSON "Procreative Liberty and the Conception, Pregnancy and Childbirth", (1983) 69 Va.L.Rev. 405, 430; John A. ROBERTSON, "Procreative Liberty and State's Burden of Proof in Regulating Noncoital Reproduction", (1988) 16 Law, Medicine & Health Care 18, 19.

pratiques de procréation artificielle ⁵⁴.

La reconnaissance de ce droit légitimerait la reproduction humaine par n'importe quel moyen comme réponse sociale au désir d'enfant ⁵⁵. Il convient donc de s'interroger sur la source possible d'un tel droit afin d'en vérifier son existence.

A) Sources internationales

La Déclaration universelle des droits de l'homme ⁵⁶ garantit le droit fondamental de se marier et de fonder une famille.

Faut-il interpréter cette phrase comme un "droit à l'enfant" garanti à des couples biologiquement incapables de procréer, y compris au moyen des nouvelles techniques de reproduction ⁵⁷? La structure de l'article 16 de la

54 S. UNIACKE, "In vitro Fertilization and the Right to Reproduce", loc.cit., note 25, p. 241, 245, note 12 et 13.

55 Thomas A. EATON, "Comparative Responses to Surrogate Motherhood", (1986) 65 Nebraska Law Review 686, 693, à la note 28. Cependant, le recours aux services d'une femme gestatrice par le biais du contrat de grossesse pour les hommes vivant seuls, les couples d'homosexuels ou de lesbiennes, ou simplement par convenance, pourrait être restreint malgré le droit fondamental à la non-discrimination, infra, Partie II, chapitre 2, section 2 B) "Atteinte possible aux droits fondamentaux".

56 1948, Art.16, al.1: "A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille."

57 Certains sont vite arrivés à cette conclusion afin de justifier leurs travaux de recherche et débloquent des fonds pour la FIV. Voir: S. UNIACKE, "In vitro Fertilization and the Right to Reproduce", loc.cit., note 25,

Déclaration universelle des droits de l'homme ne permet pas d'arriver à cette conclusion. Il s'agirait plutôt d'une affirmation générale édictée dans le but de permettre les mariages interraciaux encore interdits dans certains pays⁵⁸. On cherche surtout à protéger les couples de toute intrusion arbitraire de l'Etat dans des champs aussi privés que le choix d'un époux. Une interprétation plus large, notamment en raison de la conjonction "et" de l'article 16 pourrait faire en sorte d'inclure le droit de procréer par des méthodes naturelles qui ne nécessitent aucune intervention extérieure au couple. Ainsi, une interprétation aussi large qu'abusive de cet article ne conférerait un droit de procréer qu'aux seuls couples mariés et formés d'un homme et d'une femme⁵⁹.

La Convention européenne des droits de l'homme⁶⁰, qui s'inspire de l'article 16 de La Déclaration universelle des droits de l'homme, ne semble pas fournir un fondement plus solide à un éventuel droit de procréer⁶¹. Quant à

245 aux notes 12 et 13.

58 Geneviève COUSINEAU, "Notre droit actuel peut-il répondre aux exigences du phénomène des mères porteuses d'enfants et, sinon, comment pourrait-il y répondre?" dans Réflexions juridiques sur le phénomène des femmes porteuses d'enfants - Prix Charles-Coderre 1985, Montréal, Editions Yvon Blais, 1986, p. 153, à la page 157.

59 La Déclaration universelle des droits de l'homme, n'aurait cependant qu'une valeur symbolique au Québec: id.

60 1951, art.12, al.2: "A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit."

61 M.-T. MEULDERS-KLEIN, "Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées", loc.cit., note 52, 666.

l'article 2 de la Convention, il protège la vie de toute personne et, malgré ce qu'en pensent certains ⁶², nous ne croyons pas que le droit de procréer par tous les moyens y soit consacré.

B) Sources internes

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ⁶³ est entré en vigueur le 19 août 1976 pour le Canada ⁶⁴. Il stipule le droit de se marier et de fonder une famille à l'article 23(2). Le droit à l'enfant n'y est pas explicitement mentionné.

Dans la Charte canadienne des droits et libertés, le droit de procréer ne figure nulle part ⁶⁵. Certains ont cependant fait l'exercice d'en interpréter généreusement l'article 7 afin d'y découvrir un droit fondamental de

62 Selon l'opinion du Garde des Sceaux français Robert Badinter, au cours d'un rapport présenté devant le Conseil de l'Europe en matière biomédicale à Vienne les 19 et 20 mars 1985, " Le droit à la vie, stipulé dans la première phrase de l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme, pourrait impliquer un nouveau droit de donner la vie eu égard aux nouvelles techniques de reproduction", supra, note 9. Nous ne partageons pas ce point de vue. Dans notre sens: M.-T. MEULDERS-KLEIN, "Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées", loc.cit., note 52, p. 666.

63 1966, art. 23, al.2.

64 Gérald-A. BEAUDOIN (dir), op.cit., note 9, p. 645, annexe VII.

65 J.-L. BAUDOIN, "Les problèmes juridiques de la procréation artificielle. Aperçu comparatif de la situation en Amérique du Nord", dans Procréation Artificielle, Génétique et Droit-Colloque de Lausanne des 29 et 30 novembre 1985, Zürich, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, 1986, p. 111, à la p.128.

procréer, mais sans succès ⁶⁶. Il faut dire que, jusqu'à maintenant, nos tribunaux n'ont guère eu l'occasion de trancher la question ni d'interpréter l'article 7 dans le contexte d'un contrat de grossesse ⁶⁷. Nous doutons qu'une interprétation légale des termes "vie, liberté et sécurité"

66 G. COUSINEAU, "Notre droit actuel peut-il répondre aux exigences du phénomène des mères porteuses d'enfants et, sinon, comment pourrait-il y répondre?" dans Réflexions juridiques sur le phénomène des femmes porteuses d'enfants - Prix Charles-Coderre 1985, op.cit., note 58, p. 153, à la page 157; art. 7: "Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale".

67 Cependant, signalons qu'en 1985 un tribunal ontarien, dans un jugement sur la constitutionnalité des dispositions du Code criminel sur l'avortement (ces dispositions ont depuis été jugées inconstitutionnelles par la Cour suprême du Canada: R. c. Morgentaler, [1988] 1 R.C.S. 30.), reconnaît que le droit à la vie privée, stipulé dans l'article 7 de la Charte canadienne, comprend le droit de se marier et de fonder une famille: Regina c. Morgentaler, Smoling and Scott, [1985] 12 D.L.R.(4th) 502 (C.A.). Plus récemment, le professeur Monique Ouellette semble admettre que le droit de procréer soit de nature fondamentale: M. OUELLETTE, Droit et science, op.cit., note 53, p. 111. Les tenants de cette affirmation s'appuient parfois sur le jugement de 1^{ère} instance, E. (M^{rs}.) v. Eve [1976] 115 D.L.R. (3d) 283 (P.E.I.S.C.) qui interdisait à une mère de faire stériliser sa fille déficiente mentale, précisant, en accord avec la décision anglaise Re D., précitée, note 52, que cela privait la personne concernée du droit fondamental de procréer. Pour d'autres motifs, la Cour suprême du Canada renverse la décision de la Cour d'appel de l'Île du Prince-Édouard qui autorisait la stérilisation dans cette même affaire. Nous n'avons pas trouvé dans ce dernier jugement la reconnaissance claire d'un droit de procréer qui serait garanti dans notre constitution. Au contraire, le juge La Forest, rédigeant pour la majorité, estime, en réponse à l'avocat de l'intimé qui plaidait un choix de procréer librement garanti dans l'article 7 de la Charte constitutionnelle, que cet article "ne s'appliquait pas en l'espèce" (p. 436) et que la procréation était plus un privilège qu'un droit.

contenus dans l'article 7 de la Charte fédérale ouvre une avenue au droit subjectif à l'enfant, sous prétexte du droit à fonder une famille.

Au niveau provincial, la Charte des droits et libertés de la personne ⁶⁸, ne garantit pas plus une liberté totale en matière de procréation qui découlerait d'un quelconque droit de fonder une famille. S'il est vrai que l'article 5 protège la vie privée de toute personne, il reste qu'à l'intérieur de cette intimité conjugale, tout n'est pas nécessairement permis sous prétexte que dans des questions affectant de façon aussi fondamentale la décision d'un couple de procréer, l'Etat ne peut se permettre d'intrusion arbitraire ⁶⁹.

Certaines limites à la procréation médicalement assistée se justifieraient dans la protection d'un intérêt supérieur lié à l'ordre public, donc au bien être général ⁷⁰. L'article 9.1 de la Charte provinciale est là pour tempérer l'interprétation de l'article 50, qui stipule l'élargissement de la protection de la Charte à l'exercice d'un droit ou d'une liberté non énumérés ⁷¹. Enfin, le libellé

68 Précitée, note 53, art. 5: "Toute personne a droit au respect de sa vie privée".

69 B. M. KNOPPERS, Conception artificielle et responsabilité médicale - Une étude de droit comparé, op.cit., note 15, p. 176.

70 Infra, Partie II, Chapitre 2, section 2 B) "Atteinte possible aux droits fondamentaux".

71 Art. 9.1: "les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec. La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice." Art. 50: "La Charte doit être interprétée de manière à ne pas supprimer ou restreindre la jouissance ou l'exercice d'un droit ou d'une liberté

de l'article 1 de la Charte provinciale ⁷² reconnaît le droit fondamental à la liberté. Nous avons donc la liberté de procréer. Vouloir chercher là un droit garanti de procréer ne nous paraît pas évident.

Au niveau des droits fondamentaux, il n'apparaît donc pas qu'un droit de procréer soit enchâssé ni dans la Charte constitutionnelle, ni dans la Charte provinciale. Ce faisant, il serait faux de prétendre y retrouver, par extension, un droit au recours à une femme gestatrice pour le compte d'autrui afin de jouir d'un quelconque droit à la maternité ou à la paternité par procuration.

Après cette courte étude des principaux instruments législatifs, force nous est de conclure qu'il n'existe pas de droit juridique à l'enfant, ni pour un couple, ni à fortiori pour une personne seule ⁷³. En fait, la reconnaissance du droit de se marier et de fonder une famille permet juste de dire qu'il en découle un droit de tenter de procréer, c'est à dire la faculté ou encore la liberté de procréer qui n'implique, de la part des autres, qu'un devoir négatif de ne pas empêcher cette faculté ou liberté⁷⁴.

de la personne qui n'y est pas inscrit."

72 Art.1: "Tout être humain a droit à la vie, ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité, et à la liberté de sa personne."

73 Ce droit serait cependant allégué par certains chercheurs afin de légitimer leurs recherches sur la FIV: S. UNIACKE, "In vitro Fertilization and the Right to Reproduce", loc.cit., note 25, 241.

74 J.-L. BAUDOUIN, et C. LABRUSSE-RIOU, Produire l'homme de quel droit?, op.cit., note 4, p. 154.

Soutenir qu'il existe un droit à l'enfant reviendrait, en cas d'échec, à rendre l'Etat débiteur de ce droit, ce qui est absurde. Quand on parle du droit de se marier, l'Etat a comme obligation de ne pas empêcher le mariage entre adultes consentants qui ne sont pas déjà mariés à quelqu'un d'autre, et de fournir tout le support matériel (officier public, enregistrements et autres) afin que le couple qui le désire puisse se marier. Là s'arrête son obligation.

Malgré la grande détresse que peut engendrer la solitude, l'Etat ne peut être obligé de fournir un conjoint au nom du droit de fonder une famille! Qui plus est pour ce qui est de la procréation. On ne peut impliquer l'Etat au point de l'obliger à déterminer les modalités d'exercice du droit de fonder une famille, ou tout faire, peu importe les moyens employés, pour fournir un enfant aux titulaires de ce droit. Donner la vie est un don et non un dû ⁷⁵.

Si l'enfant n'est pas un bien de consommation auquel on estime avoir droit, mais bien un privilège ⁷⁶ qui nous permet d'accéder au titre de parents, la liberté d'engendrer n'est donc pas synonyme d'un droit à l'enfant. Par conséquent il n'existe pas de droit absolu de réclamer l'aide d'autrui pour procréer ⁷⁷ par fécondation in vitro ⁷⁸,

75 Appréhender la procréation de cette façon devrait, selon nous, permettre un plus grand respect de la vie et de la dignité humaine.

76 Dans E. (M^{rs}.) v. Eve, précité, note 53, la Cour suprême du Canada préfère apprécier la faculté de reproduire comme un "grand privilège" plutôt que comme un droit (pp. 395 et 428).

77 THE NEW YORK STATE TASK FORCE ON LIFE AND THE LAW, Surrogate Parenting: Analysis and Recommendations for Public Policy, May 1988, p. 61; François TERRE, L'enfant de l'esclave - Génétique et droit, Flammarion, Paris,

ou par insémination artificielle, même quand la nature s'oppose à la volonté d'un couple.

La gestation contractuelle engendrée par l'insémination artificielle ou par la FIVET représente souvent la dernière chance pour des couples infertiles ayant tout essayé. Mais cette façon de procréer suscite des questions quant aux limites du droit contractuel. La légitimité et la légalité de ces ententes sont plus que douteuses et le mutisme juridique n'est pas de mise.

L'implication d'avocats et de médecins oblige au contrôle de leur déontologie respective, en regard de la rédaction de contrats douteux d'une part et de la qualité des différents consentements recueillis au niveau des actes médicaux d'autre part (Partie I).

Loin d'être négligeables, les enjeux de la grossesse contractuelle concernent autant la gestatrice que l'enfant à naître et la société en général. Les gouvernements fédéral et provinciaux sont aussi concernés (partie II).

1987, p. 128; "Le droit de se marier et de fonder une famille, reconnu par l'art. 12 de la Convention du 4 nov. 1950 et par l'art.23 du Pacte international de New York du 19 déc. 1966 [...] n'implique pas de conclure avec un tiers des conventions portant sur le sort d'un enfant à naître": Cour de cassation (Civ. 1^{re}), 13 décembre 1989, (1990) 19 Dalloz Sirey, jurisprudence; Aux Etats Unis, dans l'affaire Bébé M, infra, note 160, la Cour d'appel du New Jersey rejette le jugement de première instance qui alléguait que le droit de procréer rendait valide un contrat de grossesse. La Cour d'appel dit en substance que le droit de procréer ne concerne que la façon naturelle d'avoir des enfants par relation sexuelle ou par insémination artificielle (p.1253).

78 B. M. KNOPPERS, Conception artificielle et responsabilité médicale - Une étude de droit comparé, op.cit., note 15, p. 175.

PARTIE I - LE CONTRAT DE GROSSESSE:LES LIMITES ACTUELLES

La grossesse contractuelle soulève des problèmes d'ordre juridique, éthique et philosophique auxquels nous n'étions pas habitué. La pratique consiste à susciter une naissance en dissociant différentes étapes du processus de reproduction et en impliquant des tiers qui sont, dans les cas les plus simples, un donneur de gamètes, une gestatrice, un médecin, un avocat et des parents commanditaires. Toutes ces personnes sont liées entre elles par le but recherché: la gestation pour le compte d'autrui.

L'existence d'une telle entente se traduit de nos jours par un contrat écrit en bonne et due forme ⁷⁹, dans lequel les droits et obligations de chacun sont inscrits de façon la plus précise possible. Comme aucune loi au Québec ne définit ni ne réglemente le contrat de grossesse, il convient donc d'en vérifier la conformité aux règles générales du droit contractuel (Chapitre 1).

Pour se réaliser sainement et en toute confiance, ces ententes engendreront l'apport d'avocats et de médecins. Nous vérifierons donc si les actes posés par ces professionnels sont en conformité avec leur code de déontologique respectif (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 - LES LIMITES CONTRACTUELLES

Le couple infertile aura, par l'intermédiaire d'un avocat, placé une annonce dans un journal afin de trouver

79 Cet écrit est nécessaire afin de faciliter les modes de preuve en cas de poursuites seulement puisque le principe du consensualisme appelle une liberté totale quant à la forme du contrat: solus consensus obligat (le consentement seul oblige).

une femme qui moyennant rémunération, acceptera de concevoir un enfant par insémination artificielle ou par transfert d'embryons. Après la conception, la femme sous contrat devra assumer la gestation complète en suivant rigoureusement certaines recommandations dictées par le couple commanditaire et enfin accoucher d'un enfant auquel elle sera le plus souvent reliée génétiquement. Pour respecter les termes du contrat, elle devra, après l'accouchement, abandonner l'enfant au couple commanditaire qui se définira alors comme ses parents.

Dans ce qui suit nous allons vérifier s'il est possible qu'une telle entente soit confirmée par un tribunal québécois⁸⁰. Pour ce faire, il nous a semblé adéquat de revenir sur les notions de base qui fondent notre droit civil dans le domaine du droit des contrats, comme la liberté contractuelle (Section 1) et la légalité et la légitimité (Section 2).

Section 1: Liberté contractuelle

Un des principes généraux de la théorie des obligations est la liberté presque illimitée de contracter, encore appelée "le principe de la liberté contractuelle" (A) qui, avec le consensualisme et l'autonomie de la volonté,

80 Récemment, une telle entente a été confirmée par la Cour d'appel de Paris: Cour d'appel de Paris (1ère ch., sect. c), 15 juin 1990, Répertoire général: 89-18-925. Malgré les remous qu'il provoque, ce jugement mérite d'être très nuancé dans sa portée et ne reconnaît pas nécessairement la pratique des contrats de grossesse comme le laisse supposer le journal Le Monde du 10 octobre 1990, 18. Entre autre, le contrat de grossesse en question était dénué de toute préoccupation lucrative.

forment le fondement même de l'ensemble du système de droit civiliste ⁸¹. Ce principe connaît cependant des limites (B).

A) Le principe

Transposition sur le plan juridique de la doctrine de l'autonomie de la volonté, le principe de la liberté contractuelle, quant au fond ⁸², veut que les parties à un contrat de grossesse soient libres de décider et de choisir à leur guise selon les conditions et modalités qu'elles choisissent ⁸³. La liberté contractuelle n'est qu'un absolutisme apparent puisque subordonnée à l'ordre public et aux bonnes moeurs ⁸⁴ et à certaines conditions de fond quant à la formation du contrat ⁸⁵.

81 J.-L. BAUDOUIN, Les obligations, Cowansville (Qué), Editions Yvon Blais, 1989, N° 55 à 58, pp 67 à 85.

82 Le principe fondamental de la liberté contractuelle suppose la liberté d'engagement, de négociation et d'extinction du contrat. Il existe aussi une liberté de forme selon laquelle le contrat est source d'obligation sans qu'il soit nécessaire à sa validité de l'exprimer selon une forme préconstituée. C'est le principe du consensualisme; Id., n° 70, p.65.

83 Pour la Cour d'appel de Paris, précitée, note 80, la maternité de substitution relève de la "libre expression de la volonté et de la responsabilité individuelles de ceux qui y souscrivent [...]".

84 Art. 13 C.c.: "On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs".

85 Les conditions de fond sont déterminées par le législateur à l'article 984 C.c.: "Quatre choses sont nécessaires pour la validité d'un contrat: des parties ayant la capacité légale de contracter; leur consentement donné légalement; quelque chose qui soit l'objet du contrat; une cause ou considération licite."

B) Les limites au principe

L'ordre public est souvent assimilé aux bonnes moeurs. En fait, la distinction n'est pas aisée à faire et pas vraiment nécessaire à notre propos. Les bonnes moeurs seraient une accumulation de règles d'éthique ayant cours à un certain moment de l'évolution sociale ⁸⁶. L'ordre public, sous son aspect contractuel, serait dérangé lorsque ces règles d'éthique, établies par les us et coutumes ou par la loi, sont enfreintes.

Dans le cas du contrat de grossesse, la question est de savoir si celui-ci, d'une manière ou d'une autre, viole la loi ou la conscience collective du moment et du lieu. Les actes juridiques de l'humain sur son propre corps connaissent des limites qui mettent en lumière des principes contradictoires comme le droit de repousser l'agression d'autrui contre son corps et la liberté de disposer de soi-même par contrat. Le besoin d'une limite dans le partage des droits sur le corps entre la société et l'individu existe. Cette limite se retrouve dans la notion d'ordre public ⁸⁷ qui vient restreindre le droit illimité de céder à un tiers ses prérogatives sur son propre corps ⁸⁸.

Pour la plupart des comités et selon les rapports de spécialistes, ce genre d'entente est totalement invalide,

86 J.-L. BAUDOUIN, Les obligations, op.cit., note 81, N° 81, p. 79.

87 Infra, Section 2: "Légitimité et légalité des contrats de grossesse".

88 François CHABAS, "Le corps humain et les actes juridiques en droit français", dans TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI-CAPITANT, Le corps humain et le droit, vol.26, Paris, Dalloz, 1975, p. 225, 228.

donc de nullité absolue en vertu du droit positif car contraire à l'ordre public et aux bonnes moeurs ⁸⁹ puisque l'entente porte sur le corps humain et qu'en principe celui-ci ne peut faire l'objet de commerce ⁹⁰. Ensuite, l'opération vise essentiellement à faire échec à la filiation normale. En effet, à l'accouchement, il est entendu entre les parties que l'enfant sera abandonné au profit des commanditaires par celle qui a assumé la gestation. Enfin, une rémunération est généralement incluse pour les services de la gestatrice, ce qui viendrait en contradiction avec La loi sur la protection de la jeunesse ⁹¹.

Section 2: Légitimité et légalité des contrats de grossesse

N'étant ni définie ni réglementée par le Code civil, l'entente qui liera les parties (A) devra être qualifiée

89 COMITÉ NATIONAL D'ÉTHIQUE, "Avis sur les problèmes éthiques posés par le recours aux mères de substitution", 23 octobre 1984; RAPPORT AU PREMIER MINISTRE, Les procréations artificielles, Paris, La documentation française, 1986, p.107; MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, rapport du comité de travail sur les nouvelles technologies de reproduction humaine, op.cit., note 11. La liste des auteurs dans le monde qui considèrent le contrat de grossesse nul car contre l'ordre public serait trop longue. Signalons cependant quelques auteurs qui se sont ouvertement prononcés en faveur de tels contrats: Nicholas KASIRER, "The Surrogate Motherhood Agreement: a Proposed Standard Form Contract for Quebec", (1985-86) 16 R.D.U.S. 351; T.A. EATON, "Comparative Responses to Surrogate Motherhood", loc.cit., note 55, 686; J.A.ROBERTSON, "Procreative Liberty and the State's Burden of Proof in Regulating Noncoital Reproduction", loc.cit., note 53, 26.

90 Combinaison des articles 19, 1059, 1062 et 1486 C.c.; infra, note 115.; BARREAU DU QUÉBEC, Rapport sur les nouvelles technologies de reproduction, op.cit., note 6.

91 L.R.Q., c. P-34.1, art. 135.1.

avant que ne soit vérifiée la validité des contrats de grossesse en regard du droit positif (B).

A) Le contrat par lui-même

La validité d'un contrat de grossesse dépendra essentiellement de la qualification donnée à une telle entente (1), autant que de son contenu obligationnel (2).

1) Qualification du contrat de grossesse

Le contrat de grossesse ou de gestation est conclu par les parties indépendamment des modèles légaux. Il s'agit donc d'un contrat innomé. La considération et la personnalité de la contractante étant un élément essentiel et déterminant de la volonté d'engagement du créancier, le contrat de grossesse comporte indéniablement un élément intuitu personae.

Les services qu'on s'apprête à louer sont les services de la gestation et de l'accouchement, quand la gestatrice n'est que le dépositaire des gamètes fécondés du couple commanditaire. S'y rajoute la location des facultés reproductrices et génétiques qui inclut la donation d'un gamète dans le cas de l'insémination artificielle.

L'entente qui intervient entre les différentes parties pourrait s'associer à un contrat innomé de louage de service⁹². Mais le contrat de grossesse est plus complexe que cela et ne peut se résumer à un contrat entre un ventre fécond et un couple stérile. A moins que le tiers procréa-

92 N. KASIRER, "The Surrogate Motherhood Agreement: a Proposed Standard Form Contract for Quebec" op.cit., note 89, p. 356.

teur ne soit pas plus qu'un simple chaînon de la machinerie cellulaire de la procréation ⁹³.

En plus de l'aspect prestation de services, se rattache une obligation de renoncer aux droits de filiation sur l'enfant à naître. Quelle qualification donner à cet engagement de la part de la gestatrice, au minimum mère biologique de l'enfant qu'elle porte? Le but final, le produit fini, la cause principale du contrat étant le transfert de l'enfant à sa naissance de la gestatrice au couple commanditaire, devrions-nous plutôt parler de "vente d'enfant" quand, comme il est d'usage, une somme d'argent couronne toute l'opération et, ce, indépendamment de la qualification qui s'y rattache?

Pour certain le terme "vente d'enfant" n'est pas exact et, à ce titre, le contrat de grossesse n'enfreint nullement l'ordre public ⁹⁴. Pour d'autres, le terme serait

93 René SOULAYROL, "Mères porteuses, l'espoir abusé", Journal Le Monde, mercredi 13 février 1991, 12.

94 R. C. BLACK, "Legal Problems of Surrogate Motherhood", loc.cit., note 53, 382. Selon cet auteur, le paiement fait à la gestatrice n'a pas de lien avec la remise de l'enfant à la naissance par cette dernière. Le père génétique aurait en quelque sorte confié ses gamètes à la gestatrice le temps de la grossesse et reprendrait le produit fini à terme. On n'achète donc pas ce qui nous appartient déjà. Avec respect, il nous est difficile d'adhérer à ce point de vue. En effet, il s'infère du scénario soumis par l'auteur (insémination artificielle) que la gestatrice est aussi génitrice du même enfant. Le père n'est donc propriétaire qu'à moitié eu égard au patrimoine génétique fourni (le cas pourrait nous sembler plus nuancé s'il s'agissait de la gestatrice d'un étranger génétique, bien que malgré cela elle serait encore mère biologique de cet enfant). Donc, si le père ne peut acheter son enfant, la mère, elle, vend bien le sien! L'auteur n'hésite pas à défendre le contrat de grossesse en expliquant que les facultés reproductives de la femme devraient, moyennant compensa-

exagéré, le but du contrat étant surtout de permettre une renonciation anticipée à certains droits extra-patrimoniaux⁹⁵. Si on tente un instant d'oublier tout le "processus de fabrication" qui implique l'investissement total du corps humain, on pourrait en effet analyser la convention comme un acte de renonciation anticipé aux droits que la gestatrice aurait normalement sur l'enfant à naître⁹⁶ en vertu de l'autorité parentale⁹⁷. Une espèce d'adoption prénatale⁹⁸.

Nous pensons que les expressions "louage de services de gestation" ou "louage de services de reproduction et de gestation" sont les plus adéquats quand on parle de contrat de grossesse⁹⁹. Quant à l'expression "don d'ovule", elle

tion financière, pouvoir satisfaire les besoins de tous puisque nous vivons dans une société de commerce (p.382). Permettons-nous donc l'analogie suivante: la location de l'espace de fabrication (l'utérus) a une cause bien précise soit la fabrication d'un être humain à être livré. Dans l'entreprise, c'est sur la vente du produit fini qu'on récupère les frais de location et autres frais inhérents à la fabrication. En toute logique, l'enfant est le produit fini convoité. C'est la réussite de sa fabrication qui assurera le paiement à la gestatrice pour le compte d'autrui.

95 J.-L. BAUDOUIN, et C. LABRUSSE-RIOU, Produire l'homme de quel droit?, op.cit., note 4, p. 116.

96 Id., p. 117.

97 Infra, "filiation".

98 Bonnie STEINBOCK, "Surrogate Motherhood as Prenatal Adoption" (1988) 16 Law, Medicine & Health Care 44, 48.

99 La qualification reste problématique puisque le contrat comprend trois éléments indissociables: l'insémination artificielle ou le transfert d'embryons dans le cas d'insémination in vitro, la grossesse et la remise de l'enfant au couple. Le paiement ne pourrait donc pas être associé uniquement à l'un ou l'autre de ces éléments mais à l'ensemble de ceux-ci: (PRIX CHARLES-

ne qualifie certainement pas le contrat de grossesse dans son ensemble. Il y a certes un ovule d'investi (pas nécessairement) mais il y a bien plus puisque le simple prélèvement d'ovocytes en vue d'une FIV nécessite un traitement préalable d'hormones et une intervention médicale. De plus, une ménopose précoce guette la donneuse puisqu'un nombre fixe d'ovules est prédéterminé chez chaque femme, à l'inverse de la production de sperme chez l'homme.

En fait, la maternité n'est ni biologiquement ni psychologiquement identique à la paternité. La prestation en est autrement plus complexe ¹⁰⁰. Enfin, pour la gestatrice, le prêt d'utérus et la grossesse sont soumis à des exigences multiples qui varieront au gré du couple commanditaire et qui se retrouveront par écrit dans l'entente signée.

CODERRE, Réflexions sur le phénomène des femmes porteuses d'enfants, op.cit., note 58, p. 110.

100 Catherine LABRUSSE-RIOU, "Filiation et médecine", (1986) 2 Rev. int. de droit comparé 421, 431.

Les parties à la grossesse contractuelle ¹⁰¹ se sont créé une série d'obligations consignées au contrat sous forme de clauses ¹⁰².

2) Contenu du contrat de grossesse

Les cocontractants s'engagent généralement et réciproquement à faire quelque chose, à s'abstenir d'un acte ou à livrer un produit. L'étendue de l'obligation peut être aussi vaste que de s'engager à prendre tous les moyens raisonnables pour atteindre le but, l'objet du contrat. En fait, tout est possible dans un contrat et, sous réserve de ne pas atteindre l'ordre public ¹⁰³, la liberté contractuelle est totale.

101 Les parties principales sont évidemment l'homme qui donne son sperme en cas d'insémination artificielle ou la femme qui fournit son ovule dans le cas de FIV et la femme qui accepte de porter l'enfant à concevoir. Cependant, d'autres personnes sont indirectement impliquées et pourraient même faire l'objet d'une permission incluse au contrat. Par exemple, l'époux de la gestatrice et la conjointe du père sociologique. Le médecin et l'avocat sont aussi des intervenants au contrat puisque leur contribution est nécessaire au déroulement des opérations. L'avocat est le rédacteur du contrat et, à ce titre, il a des obligations imposées par le Code civil et son Code de déontologie. Le médecin qui pratiquera l'insémination artificielle ou le transfert d'embryon aura aussi des obligations imposées surtout par son Code de déontologie, *infra*, Chapitre 2, "les limites déontologiques des professionnels".

102 Nous nous sommes basés sur l'exemple d'un contrat de grossesse aux E-U. et sur un modèle de contrat proposé au Québec: Katie Marie BROPHY, "A Surrogate Mother Contract to Bear a Child", (1981-82) 20 *J. Fam. L.* 263; N. KASIRER, "The Surrogate Motherhood Agreement: a Proposed Standard Form Contract for Quebec", *loc.cit.*, note 89, 364.

103 Art. 13 C.c.

Une fois signé, le contrat acquiert une force obligatoire. Même si celle-ci n'est pas législativement consacrée, elle est malgré tout reconnue en droit civil québécois ¹⁰⁴. Avant de signer, les parties auront pris soin de comprendre l'ampleur de l'engagement qu'elles ont librement accepté. Du contrat principal découlera automatiquement un autre contrat, médical cette fois, avec le médecin qui procédera à l'insémination artificielle ou au transfert d'embryons ¹⁰⁵.

Comme préliminaire, la candidate au contrat de grossesse devra se soumettre à une investigation génétique afin de prévenir toute transmission de maladies héréditaires. Le but final du contrat étant la remise de son enfant quand il viendra au monde, elle devra aussi accepter de passer des tests d'ordre psychologique afin de vérifier sa stabilité émotionnelle. Au pire, elle devrait être capable de combattre l'envie de garder son enfant.

C'est pour éviter toute réaction de ce genre que les candidates idéales seront des femmes mariées et mères de famille d'un accouchement personnel ¹⁰⁶. Le résultat de ces examens permettra de choisir la candidate idéale à l'insémination artificielle ou au transfert d'embryons. Le partenaire de la future gestatrice ainsi que l'épouse de

104 J.-L. BAUDOUIN, Les obligations, op.cit., note 81, N° 353, p. 222.

105 Ce contrat sera examiné sous l'angle du consentement éclairé à l'acte médical dans le chapitre 2 de la Partie II qui traite des enjeux légaux pour les intermédiaires professionnels.

106 44% des candidates seraient célibataires: Philip PARKER, "Motivation of Surrogate Mother: Initial Findings", (1983) 140 Am.J.Psych. 117.

celui qui aura fourni le gamète peuvent aussi être invités à une évaluation psychologique.

La gestatrice choisie peut s'engager à se faire inséminer avec le sperme du partenaire du couple commanditaire¹⁰⁷ ou encore à recevoir un ou des embryons fécondés in vitro. Cela dépendra du type d'infertilité qui sévit dans le couple. Une des clauses au contrat stipulera qu'advenant un échec d'autres tentatives seront faites.

Pendant tout le temps de la grossesse, la gestatrice devra se soumettre à des clauses très strictes modifiant littéralement son style de vie en plus des divers examens périodiques qu'elle devra passer. A l'accouchement, son enfant sera donné au couple commanditaire.

Nous analyserons juridiquement l'ensemble d'un tel contrat ainsi que les clauses qui nous semblent contraires au droit positif.

107 Certains pensent que la loi pourrait permettre à un homme célibataire d'engendrer par contrat de grossesse. L'article 598 C.c.Q. est allégué pour ce faire: N. KASIRER, "The Surrogate Motherhood Agreement: a Proposed Standard Form Contract for Quebec", loc.cit. note 89, 365. Pour d'autres, afin d'éviter la discrimination interdite par nos Chartes, il ne faudrait pas interdire l'accès aux NTR aux hommes ou femmes seuls, ni aux homosexuels en quête d'enfants: mémoire de la Commission de réforme du droit du Canada, présenté devant la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction, Montréal, le 21 novembre 1990. Nous ne partageons pas ce point de vue qui semble faire totalement abstraction de l'intérêt de l'enfant et des clauses contenues dans les chartes permettant de restreindre les droits fondamentaux.

B) Validité du contrat de grossesse

En matière de contrats, les conventions juridiques se fondent sur la volonté des parties. Le droit civil accordant cependant préséance aux intérêts collectifs, la liberté contractuelle des individus n'est pas absolue. En fait, celle-ci est soumise au respect de la loi, de l'ordre public et des bonnes moeurs ¹⁰⁸ (1).

L'étude de la validité du contrat de grossesse portera aussi sur la cause et l'objet du contrat (2).

La grossesse par procuration met en jeu des intérêts divergents qui ne coïncident pas toujours avec ceux de l'Etat, tels qu'exprimés dans les textes législatifs en matière familiale, notamment sur la filiation (3).

1. Atteintes à l'ordre public

Peu importe les termes choisis, il s'agit dans les faits d'une entente qui, parce qu'elle porte sur le corps humain¹⁰⁹, plus exactement sur la fonction gestative et reproductive de la femme, ne peut par principe faire l'objet d'un commerce selon la tradition juridique ¹¹⁰. Cette opinion ne fait pas l'unanimité. Le droit de la femme d'utiliser ses fonctions gestatives dans un but

108 Supra, section 1 "Liberté contractuelle".

109 L'art. 20 C.c. permet de commercialiser un organe susceptible de régénération. Infra, note 125. Rappelons cependant que l'enfant n'est pas un organe.

110 TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI-CAPITANT, Le corps humain et le droit, op.cit., note 88; J.-L. BAUDOUIN et C. LABRUSSE-RIOU, Produire l'homme de quel droit?, op.cit., note 4, p. 115; infra, note 115.

lucratif serait même garanti ¹¹¹. Le louage de services de reproduction pourrait même, selon certains, s'associer aux autres activités qui nous permettent de gagner notre vie ¹¹² et qui représentent parfois des dangers bien plus évidents et connus de tous ¹¹³.

La capacité de gestation devrait-elle se louer au même titre que nous louons nos services physiques et intellectuels pour des buts parfois plus dégradants ou du moins pas aussi gratifiants que celui de créer et donner la vie? Il

111 N. KASIRER, "The Surrogate Motherhood Agreement: a Proposed Standard Form Contract for Quebec", loc.cit., note 89, 356. Pour ce juriste, nous avons un droit fondamental de propriété sur notre corps conféré par l'article 1 de la Charte des droits et libertés de la personne, précitée, note 53: "Tout être humain a droit à la vie, ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne [...]". Toujours selon cet auteur, le droit à la vie privée serait l'argument à invoquer afin de défendre la décision de devenir gestatrice pour le compte d'autrui. Les art. 4, 5 et 8 de la Charte plaideraient dans ce sens. Avec respect pour l'opinion contraire, nous pensons que l'auteur a omis de prendre en considération l'art. 9.1 de la Charte qui ajuste les libertés fondamentales à l'ordre public et au bien-être des citoyens. S'il est vrai que l'article 5 protège la vie privée de toute personne, il reste qu'à l'intérieur de cette intimité tout n'est pas permis. L'article 9.1, rajouté en 1983, est là pour nous le rappeler et restreindre l'interprétation de l'article 50 qui stipule l'élargissement de la protection de la Charte à l'exercice d'un droit ou d'une liberté non énumérés. Enfin, le libellé de l'article 1 de la Charte provinciale reconnaît le droit fondamental à la liberté, certes, mais il s'agit là d'énoncer la liberté comme le contraire de l'emprisonnement et non comme un droit absolu abolissant toute contrainte d'ordre moral ou autre.

112 J. A. ROBERTSON, "Procreative Liberty and State's Burden of Proof in Regulating Noncoital Reproduction", loc.-cit., note 53, 22.

113 La boxe par exemple.

s'agit d'une question qui, pour y répondre, fait appel à une bonne connaissance de tous les problèmes et enjeux existants avec la location de la capacité de gestation de la femme.

Ainsi, pour le juriste voulant éviter un semblant de contradiction qui n'est qu'apparente, il s'agira de ne pas tomber dans le piège d'une analogie trop superficielle entre le contrat de grossesse et les actes que nous posons quotidiennement dans le cadre d'un contrat de travail ou de sports. Dans ces cas routiniers, nous ne louons pas notre corps et ne faisons pas l'objet de servitude. C'est la personne elle-même, guidée par sa volonté propre, qui agit directement sur la partie du corps nécessaire à la réalisation d'un ouvrage donné ¹¹⁴. Ainsi cette personne n'est investie que par sa volonté et non par celle de tiers.

Sauf certains domaines où l'expérimentation est présente et oblige directement les participants sur leur corps, personne n'a vraiment le droit de contrôle sur notre enveloppe corporelle. C'est une des raisons pour lesquelles le contrat d'esclavagisme, même avec "consentement éclairé", est nul car contraire à la dignité humaine ¹¹⁵,

114 F. CHABAS, "Le corps humain et les actes juridiques en droit français", dans TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI-CAPITANT, Le corps humain et le droit, *op.cit.*, note 88, p. 225, 225.

115 Mireille DELMAS-MARTY, "L'homme des droits de l'homme n'est pas celui du biologiste", (1989) 156 Esprit 166, 121. Parmi les composantes de cette dignité humaine, le libre arbitre et la faculté de se gouverner soi-même, plutôt que d'être assujetti à l'arbitraire d'autres personnes, sont certainement des composantes du droit à la liberté. C'est même dans la dignité humaine que se trouve "la théorie fondamentale qui sous-tend la Charte": R. c. Morgentaler, [1988] 1 R.C.S. 30, p. 166; "La Charte et le droit à la liberté individuelle qu'elle garantit sont inextricablement liés à la notion de

donc à l'ordre public. C'est une nuance que nous proposons à ceux pour qui l'argent reste un mobile suffisant pour permettre les contrats de grossesse au nom de la liberté contractuelle et sous prétexte que "le paiement de tout service est la base de notre économie" ¹¹⁶.

Le contrat de gestation avec lien génétique ou non n'est pas un service comme un autre puisque le corps de la gestatrice est plus ou moins entièrement à la disposition du couple infertile commanditaire qui lui dictera, via l'écrit du contrat, une nouvelle façon de vivre et de se comporter en considération de l'enfant qu'elle porte.

Dans ce contrat, la contribution de la gestatrice ne se limite pas seulement à ses organes procréateurs. Son système tout entier, corporel et mental, contribue au développement du fœtus durant neuf mois, sans interruption possible. De ce fait, la gestatrice sous contrat, "fabricante" pour le compte d'autrui, est traitée comme un simple moyen qui la dépasse parfois. Elle perd une grande partie du contrôle sur son propre corps qui cesse en partie de lui appartenir, véritable servitude au profit du couple commanditaire qui compte bien que sa volonté soit respectée, puisqu'elle émane d'une entente contractuelle dont l'objet est la "fabrication" d'un enfant le plus parfait possible.

Pour tous ces motifs, le contrat de location des fonctions gestationnelles de la femme déroge au droit

dignité humaine": R. c. Morgentaler, supra, p.164. L. HUPPE, "La liberté humaine comme fondement des droits et libertés garantis par la Charte", loc.cit., note 19, 725.

116 A. T. EATON, "Comparative Responses to Surrogate Motherhood", loc.cit., note 55, 716.

absolu à la dignité humaine. De plus, la personne humaine étant considérée comme hors commerce ¹¹⁷, cette sorte d'entente devrait être frappée de nullité car dérogeant aux principes du droit civil comme l'ordre public ¹¹⁸. L'indisponibilité de l'état des personnes soutient ce principe. En effet, si nous pouvons disposer à notre guise de notre corps, ce dernier reste presque indisponible pour les autres.

Le service que les commanditaires requièrent passe par la location d'un outil qui est indissociable de son emplacement, soit l'intérieur du corps de la gestatrice. Par le biais de son outil reproducteur, c'est de la location de la personne entière dont on parle. Le "terrain de production", "l'outil" autant que la grande partie du "matériel de production", est indissociable de la femme sous contrat de grossesse qui dans la majorité des cas fournira aussi la moitié du matériel génétique ¹¹⁹.

S'il est vrai que la conception traditionnelle de l'inviolabilité de la personne ainsi que les garanties qui l'entourent sont remises en question par les progrès de la médecine et de la technologie, cette remise en question

117 Combinaison des articles 19, 1059, 1062 et 1486 C.c..

118 L'article 984 C.c. précité, note 85, énumère les quatre choses nécessaires à la validité d'un contrat. Ici, l'objet du contrat est, par nature, hors commerce donc le contrat n'est pas valide.

119 "Une telle convention est illicite, d'une part parce qu'elle a un objet interdit par la loi et d'autre part, puisqu'elle porte à la fois sur la mise à la disposition du couple demandeur des fonctions reproductrices de la mère de substitution, et sur l'enfant à naître, toutes choses qui ne sont pas dans le commerce [...]": Tribunal de grande instance de Paris, Paris, 1^{re} ch. A, 11 oct.1988, (1988) 40 Dalloz, 275.

doit se faire sans perdre de vue le grand principe de l'indisponibilité du corps humain. Cela veut dire qu'il pourra y avoir une exception à ce principe ¹²⁰ seulement dans une perspective thérapeutique ou dans un but d'expérimentation scientifique, pourvu que le risque encouru ne soit pas hors de proportion avec le bienfait qu'on peut en espérer ¹²¹ et avec plein consentement éclairé du sujet ¹²².

Le contrat de grossesse, en dehors de sa nature même dont nous reparlerons au niveau des enjeux sociaux, contient, par essence, des clauses sous la forme de certaines obligations qui réduisent l'autonomie de la gestatrice sous contrat au point d'être une atteinte à l'exercice des droits relatifs à son propre corps.

L'obligation de se soumettre aux examens choisis par le couple commanditaire, les interdictions multiples et l'obligation de changement d'habitude de vie selon le bon vouloir du couple contracteur sont des atteintes flagrantes à la dignité humaine et à l'autonomie que ne tolère pas l'ordre public ¹²³. Le test consiste à se demander si

120 J.-L. BAUDOUIN, "Rapport général" dans TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI-CAPITANT, Le corps humain et le droit, op.cit., note 88, p.175, 183.

121 Art. 20 al.1 C.c..

122 Infra, note 127.

123 Parmi les clauses militantes dans ce sens, soulignons l'interdiction formelle d'avorter (sauf si la vie de la mère est en danger), ou encore l'obligation formelle d'avorter advenant la découverte d'une malformation chez l'enfant à naître. L'obligation d'arrêter de consommer des boissons alcoolisées ou de fumer est certainement très sage mais relève d'une décision tellement personnelle, que personne ne devrait pouvoir l'imposer, du moins dans un contrat. Il en va ainsi pour l'interdiction d'avoir des rapports sexuels les premiers jours suivants l'insémination artificielle, l'obligation de

l'application forcée des différentes clauses contenues dans un contrat de grossesse sont exécutoires de force. Par injonction mandatoire par exemple, pourrait-on forcer l'exécution de l'engagement de ne plus boire d'alcool ou de celui d'arrêter de fumer durant la grossesse? Un tribunal civil pourrait-il obliger la gestatrice à suivre une certaine diète, ou encore advenant la malformation du fœtus, à avorter selon une clause généralement présente dans ce genre d'entente? Poser la question revient à y répondre dans l'état actuel de notre droit.

Le fait que le couple puisse imposer à la gestatrice certaines obligations portant sur l'exercice des droits relatifs à son propre corps, le temps de la grossesse, revient à accepter une forme d'esclavagisme moderne¹²⁴ que le droit ne peut sanctionner. En fait, nous pouvons disposer de notre corps, mais ce dernier reste totalement indisponible pour les autres, hormis les quelques rares exceptions concernant les transplantations et l'expérimentation.

En France, la gratuité est un certain indice de moralité de la cause d'un contrat emportant disposition du corps

suivre une certaine diète, de passer des visites médicales aussi régulièrement que l'impose le contrat, soit jusqu'à une fois par semaine pour le dernier mois de la gestation. Enfin l'obligation de donner l'enfant à la naissance est certainement l'obligation la plus onéreuse pour celle qui l'a porté neuf mois.

124 Selon Aristote, l'esclave est "un outil vivant": Paul LEGENDRE, L'Inestimable objet de la transmission, Paris Fayard, 1985, p.356.

humain ¹²⁵. Mais il y a, même à titre gratuit, des limites à disposer de son propre corps. Ces limites pourraient se résumer à la moralité de la fin poursuivie et à l'étendue du sacrifice consenti ¹²⁶. Même avec notre consentement ¹²⁷ et gratuitement, la liberté des autres d'agir sur notre enveloppe charnelle reste aussi limitée par l'ordre public, élément temporel et spatial de la conscience commune ¹²⁸ et bridée par la nécessité d'une cause ou d'un objet licite ou moral.

125 F. CHABAS, "Le corps humain et les actes juridiques en droit français", dans TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI-CAPITANT, Le corps humain et le droit, op.cit., note 88, p. 225, 229. Le droit québécois fait, quant à lui, exception à ce principe lorsque la partie du corps aliénée est susceptible de régénération. Selon l'art. 20 C.c., on peut donc vendre son sang, ses cheveux, sa peau, son lait et son sperme.

126 F. CHABAS, Id., p. 230.

127 Le consentement libre et éclairé fait disparaître l'illicéité des atteintes à l'intégrité physique: Louis BAUDOUIN, "La personne humaine au centre du droit québécois", (1966) 26 Rev. du B. 66, 67. Rappelons qu'une atteinte illicite à l'intégrité humaine peut engendrer des accusations de voies de faits: art. 265 C.cr.

128 Nous ne sommes donc pas véritablement maître de notre corps qui, en fait, ne nous appartient que sous certaines conditions. D'ailleurs, certains impératifs sociaux peuvent nous imposer la violation de notre autonomie corporelle, comme la vaccination obligatoire qui est une atteinte à l'intangibilité du corps humain. Rappelons que c'est par dérogation au Code criminel que l'intervention chirurgicale, atteinte flagrante à l'autonomie corporelle, est permise pour le bien-être de l'opéré: art. 45 C.cr. En France, il fut décidé que la liberté contractuelle ne permettrait pas de se faire tatouer une partie du corps, le lambeau de peau ainsi décoré devant la caméra devant être ensuite détaché par un chirurgien pour rester la propriété du producteur qui se réserve ensuite le droit de le vendre: Tribunal de Grande Instance, Paris, 3 juin 1969, (1969) 2 Gaz.-Pal. 57.

2. Illicéité de la cause et de l'objet

Les conditions de fond à la validité de tout contrat sont déterminées par le législateur à l'article 984 C.c. "Quatre choses sont nécessaires pour la validité d'un contrat" ¹²⁹. Les deux premiers éléments (quelque chose qui soit l'objet du contrat et une cause et considération licite) ne posent pas ici de difficulté. Par contre, l'objet et la cause du contrat sont plus problématiques.

L'objet du contrat, qu'il ne faudrait pas confondre avec les effets du contrat, est "l'opération juridique principale que les parties avaient en vue et sur laquelle elles ont réalisé l'accord de volonté" ¹³⁰.

Dans la grossesse contractuelle, on peut dire que l'objet du contrat porte sur la location de l'appareil reproducteur de la gestatrice (production d'un enfant). La cause du contrat est la livraison de l'enfant ainsi conçu (obligation de le livrer à sa naissance). Quant aux effets du contrat, ils se définissent comme étant les choses qu'une personne s'engage à faire ou à ne pas faire ¹³¹.

Dans la grossesse contractuelle, la gestatrice est débitrice de l'obligation de porter un enfant pendant tout le temps de la gestation. Elle est aussi débitrice de toutes les clauses du contrat qui sont des obligations de faire ou ne pas faire. L'objet du contrat autant que les

129 Supra, note 85.

130 J.-L. BAUDOUIN, Les obligations, op.cit., note 81, n° 268, p. 187.

131 Art. 1058 C.c..

obligations qui en découlent doivent être licites pour que la convention intervenue soit valide ¹³².

La cause du contrat doit être examinée en fonction de sa finalité, du but que les parties voulaient atteindre; c'est le motif déterminant qui a poussé la partie à contracter ¹³³. Dans le cas soumis, le motif déterminant est l'obtention d'un enfant moyennant paiement.

Si l'objet du contrat est de porter un enfant pour l'abandonner à la naissance au couple stérile en vue d'une adoption subséquente, la mère utérine devra renoncer aux droits et obligations qu'elle acquiert sur l'enfant à la naissance ¹³⁴. Or, ces droits sont considérés comme in-

132 J.-L. BAUDOUIN, Les obligations, op.cit. note 81, n° 271, p. 189.

133 Id., n° 278, p. 194.

134 Le droit considère ipso facto mère de l'enfant celle qui accouche. Pour la femme gestatrice sous contrat, il se peut qu'aucun lien génétique ne la rattache à cet enfant, du moins dans le cas où elle n'a pas fourni l'ovule nécessaire à la fécondation. L'époux de la gestatrice n'est pas non plus le véritable père, même si notre droit civil (art. 574 C.c.Q.) fait présumer la paternité du mari de la femme qui accouche, jusqu'à 300 jours après le divorce du couple. En droit civil, l'adage mater semper certa est (on connaît toujours la mère) fait présumer que l'enfant a pour mère la femme qui l'a mis au monde. La vérité génétique passait nécessairement par la vérité biologique qui devait fonder la filiation. Mais n'est-on pas en droit de se demander si cette présomption, qui voulait avant tout établir une vérité naturelle, ne pourrait pas aujourd'hui, en toute logique juridique, être renversée, surtout si le phénomène des contrats de grossesse devait se répandre?

aliénables ¹³⁵, car d'ordre public ¹³⁶ (sauf en cas d'adoption légale). Il est donc impossible de se soustraire ou de déroger conventionnellement à l'autorité parentale ¹³⁷.

La grossesse contractuelle méconnaît donc le principe d'ordre public de l'indisponibilité de l'état des personnes puisqu'elle organise à l'avance la naissance d'un enfant dont l'état ne correspondra pas à la filiation réelle, au moyen de la renonciation de la future mère aux droits qu'elle tient de la filiation et qu'elle accepte de céder à des tiers ¹³⁸.

"L'organisation de la famille, telle qu'édictee par le législateur est d'ordre public [...] C'est pourquoi sont interdites les conventions relatives aux devoirs et droits résultant du mariage ou relatives à l'autorité parentale."¹³⁹

135 Si on considère que le père biologique, au profit duquel la mère gestatrice abandonne ses droits parentaux, possède déjà ces mêmes droits par la filiation génétique, il ne s'agit plus d'une cession de droits hors commerce: Cour d'appel de Paris (1ère ch., sect. c), 15 juin 1990, précitée, note 80, p. 4; infra, note 141.

136 L'art. 647 C.c.Q. prévoit le devoir de garde, de surveillance et d'éducation des parents envers leur progéniture.

137 Jean PINEAU, La famille: droit applicable au lendemain de la «Loi 89», Montréal, P.U.M., 1982, n° 326.

138 Tribunal de grande instance de Paris, Paris, 1ère ch. A, 11 oct. 1988, précité, note 119.

139 Jean PINEAU et Danielle BURMAN, Théorie des obligations, Montréal, 2^e édition, Les Editions Thémis, 1988, n° 120, p. 173.

Ces droits sont aussi extrapatrimoniaux, donc hors commerce ¹⁴⁰. La remise d'argent pour obtenir le placement d'un enfant en adoption auprès de parents commanditaires revient à négocier des droits hors commerce ¹⁴¹, ce qui est nettement contre notre droit positif ¹⁴² en plus de déroger à la Loi sur la protection de la jeunesse ¹⁴³, à cause justement du caractère lucratif de l'opération, et non du contenu du contrat.

140 J.-L. BAUDOIN, et C. LABRUSSE-RIOU, Produire l'homme de quel droit?, op.cit., note 4, p. 117.

141 Pour certains Etats américains, le paiement fait à la gestatrice pour autrui n'est pas illégal. Dans Matter of Baby Girl L.J., 132 Misc. 2d 972, 505 N.Y.S. 2d 813, 818 (Sur. Ct., Nassau Co.1986), la Cour de l'Etat de New York conclut que le paiement ne s'apparente pas à celui fait dans le but d'adopter un enfant puisque l'entente est faite avant la conception! Dans l'affaire Subrogate Parenting Associates inc. c. Commonwealth of Kentucky, [1986] 704 S.W.R. 2d 209, le juge Libson ne considère pas le contrat de grossesse illégal en soi puisque le paiement fait à la gestatrice pour autrui au terme du contrat ne peut, selon la Supreme Court of Kentucky, s'assimiler à la vente et à l'achat d'un enfant et, par conséquent, ne dérogerait pas au buying and selling babies qui interdit ce négoce. Sans être illégal, ce genre de contrat ne serait pas susceptible d'exécution forcée. Il est intéressant de constater que la cour décide qu'il ne s'agit pas d'un cas d'adoption, puisque l'enfant est relié génétiquement à son père (p. 212). Cette logique ne peut évidemment s'appliquer que si on reconnaît cette paternité. Afin de savoir si ce genre de contrats dérogent à la notion de public policy, qui interdit toutes considérations monétaires pour l'échange d'un enfant à sa naissance, la Cour s'en remet au législateur (p.213); Elizabeth Rose STANTON, "The Rights of the Biological Father: From Adoption and Custody to Surrogate Motherhood", (1987) 12 Vermont L. Rev. 87.

142 Art. 1059, 1062 et 1486 C.c..

143 L.R.Q., c. P-34.1, art. 135.1. Le but de cet article est d'interdire que des enfants soient traités comme des objets: ils sont hors commerce au même titre que les adultes.

La personne humaine est aussi considérée comme hors commerce ¹⁴⁴, donc ce genre d'entente qui a pour objet principal la cession d'un enfant à sa naissance, serait frappé de nullité car dérogeant aux principes du droit civil encadrant la validité des contrats ¹⁴⁵. L'indisponibilité de l'état des personnes soutient ce principe et fait en sorte qu'un enfant ne puisse faire l'objet de cession à titre onéreux ou même gratuit. En effet, l'altruïsme de la gestatrice ne peut faire disparaître l'illicéité de l'entente, compte tenu de la nature des engagements consacrés.

Nous venons de constater que le contrat de grossesse, à but lucratif ou non, milite contre l'ordre public. Cette constatation aura des conséquences sur l'avocat qui participe à la rédaction de la convention ¹⁴⁶, même si la nullité juridique d'une telle entente lui enlève tout effet pratique.

Malgré sa nullité, le contrat de grossesse aura engendré et donné la vie à une tierce personne: un enfant. Clamer la nullité de l'entente en cas de conflits entre les cocontractants ne réglera pas son cas: à son égard, le contrat a eu des effets, il est né. Il va falloir établir sa filiation.

3. Filiation

Dans le cas d'un enfant issu d'une grossesse contractuelle, il sera difficile de passer outre certains problè-

144 Combinaison des articles 19, 1059, 1062 et 1486 C.c.

145 Art.984 C.c. précité, note 85.

146 Infra, chapitre 2.

mes de filiation dont les solutions apportées par le droit sont en désaccord avec la volonté des participants à l'entente. En effet, dans notre société, la vérité du sang est reconnue comme une norme qui permet de baser le droit de la filiation ¹⁴⁷. Le propos qui suit n'a pas pour but de faire une étude approfondie sur la filiation et ses moyens de preuve. Un rappel est cependant nécessaire pour analyser les hypothèses engendrées par un contrat de grossesse, que la gestatrice pour autrui soit la mère génétique ou non.

Des problèmes d'ordre juridique se posent suite à la naissance d'un enfant conçu pour quelqu'un d'autre que la gestatrice. Au mieux, toutes les volontés seront respectées et on cherchera à détourner la filiation sanguine de la mère utérine afin de favoriser la volonté de filiation sociologique de la mère adoptive.

L'opération vise essentiellement à faire échec à la loi puisqu'à l'accouchement, il est entendu entre les parties que l'enfant sera donné aux commanditaires par celle qui a assumé la grossesse, malgré le fait que le droit d'aujourd'hui considère ipso facto la gestatrice mère de l'enfant qu'elle accouche même si aucun lien génétique ne les rattache ¹⁴⁸ (par exemple dans le cas où elle n'aurait pas

147 La conformité de la filiation juridique et de la vérité biologique est reconnue par le législateur québécois qui a intitulé "de la filiation par le sang" le chapitre premier du titre troisième du Code civil du Québec.

148 Supra, note 134. La vérité biologique fonde la filiation basée sur les liens du sang (comprendre liens génétiques). Aujourd'hui, cette vérité biologique ne reflétant plus nécessairement la vérité génétique, cette présomption, qui voulait avant tout établir une vérité naturelle, (qui avait le mérite de la simplicité) ne pourrait-elle pas, en toute logique juridique, être renversée, surtout si le phénomène des contrats de grossesse devait se répandre? Pour certains, malgré

fourni l'ovule nécessaire à la fécondation). Pas plus que son époux, s'il elle en a un, n'est le véritable père, même si le droit lui accorde ce titre par présomption ¹⁴⁹. D'ailleurs, il ne pourrait pas prendre un recours en désaveu ou en contestation de paternité après avoir consenti à l'insémination artificielle de sa femme ¹⁵⁰.

l'importance des liens affectifs qui se tissent entre la femme et l'enfant qu'elle porte, c'est la maternité génétique qui devrait primer puisqu'elle donne, avec la paternité, toute l'information génétique nécessaire: Pierre KAYSER, "Les limites morales et juridiques de la procréation artificielle", (1987) 1 Dalloz Sirey, Chronique-XXXV, p. 195.

149 L'art. 574 C.c.Q. fait présumer la paternité du mari de la femme qui accouche, jusqu'à 300 jours après le divorce du couple. Le législateur québécois a cependant prévu une façon de contester ce moyen de preuve de la filiation par un recours en désaveu ou en contestation de paternité, sauf dans le cas où l'enfant, dont on conteste la filiation, a été conçu par insémination artificielle, soit des oeuvres du mari, soit des oeuvres d'un tiers, avec le consentement des époux: les articles 581 à 586 C.c.Q. traitent du désaveu et de la contestation de paternité, les articles 586 et 588 al.2 C.c.Q. tentent, quant à eux, de protéger plus particulièrement la filiation de personnes conçues par insémination artificielle. L'article 586 C.c.Q. qui, dans l'intérêt de l'enfant, verrouille totalement toute contestation de paternité en cas d'insémination artificielle avec donneur ne constitue-t-il pas une paternité artificielle forcée quand on tente de l'appliquer au contrat de grossesse? Cour d'appel de Toulouse (1ère ch.), 21 septembre 1987, D.S., 1988, 184, 187 (note Danièle HUET-WEILLER). Enfin, en toute logique, ne devrait-on pas appliquer également cet article dans le cas de fécondation in vitro? C'est ce qui est prévu dans le Projet de loi 125, art. 580, dont un chapitre est réservé à la procréation médicalement assistée.

150 Art. 586 C.c.Q. Notons que le Projet de loi 125 (art.580 al.2), permettra au mari de la mère utérine de contester sa paternité même s'il a consenti à la procréation médicalement assistée, s'il prouve que l'enfant n'est pas issu de celle-ci. Cependant, nous doutons de la possibilité d'alléguer cette disposition du P.L.125 dans le cas de contrat de grossesse. Les

D'un autre coté, la femme du père génétique se fera passer pour mère de l'enfant, cette maternité ne correspondant ni à la vérité biologique ni à la vérité juridique au moment de la naissance ¹⁵¹.

Si la gestatrice (mère utérine et juridique) débitrice de l'obligation de donner l'enfant s'exécute, il faut techniquement qu'elle abandonne ses droits de filiation pour que l'adoption par les parents commanditaires puisse avoir lieu. Cette adoption s'avérera nécessaire afin d'établir la nouvelle filiation de l'enfant ¹⁵².

Dans l'hypothèse d'une gestation sans relation génétique, dans le couple commanditaire chacun ayant fourni les gamètes nécessaires, deux femmes pourraient clamer le titre

articles 579 à 583 du P.L.125 font sans aucun doute référence à la procréation médicalement assistée comme contribution au projet parental du couple qui, avec l'aide de la science et de donneurs de gamètes engendrera un enfant pour eux et non pour autrui. D'ailleurs, l'article 582 P.L.125 rend nulles toutes conventions de procréation ou de gestation pour le compte d'autrui, ce qui nous fait dire que les dispositions du P.L.125 ayant trait à la procréation médicalement assistée ne devraient pas s'appliquer aux contrats de grossesse. A l'inverse, les articles du C.c.Q. actuel concernant la présomption de paternité et le recours au désaveu seraient applicables au mari de la gestatrice: PRIX CHARLES-CODERRE, Réflexions sur le phénomène des femmes porteuses d'enfants, op.cit., note 58, pp. 33, 50, 171.

151 Infra, partie II, Chapitre.1, Section 2 B) "droit et vérité".

152 En effet, l'acte de naissance a légalement établi une première filiation en faveur de la femme qui a accouché. Nous ne traiterons pas ici de la procédure d'adoption, ni du rôle que pourrait jouer le directeur de la protection de la jeunesse, ni des recours dans le cas d'une filiation à établir.

de mère à cause du lien biologique qui les rattache à l'enfant. La question de savoir qui est la vraie mère a-t-elle une réponse possible en dehors de ce que nous propose le droit positif?

Dans le cas d'un affrontement entre la gestatrice et le couple commanditaire au moment de livrer l'enfant, rien ne pourra forcer la gestatrice à remplir ses obligations contractuelles¹⁵³. Pour plusieurs raisons, les créanciers de l'obligation de donner l'enfant n'auront aucun recours contre la débitrice. L'aspect lucratif de la convention, comme nous l'avons vu¹⁵⁴, entache en effet la validité d'un tel contrat; la renonciation à l'autorité parentale est une convention nulle car directement contre l'ordre public¹⁵⁵.

153 On peut même considérer, vu la nullité du contrat qui milite contre l'ordre public, qu'il n'y a jamais eu de contrat, donc que la mère utérine n'est liée à personne. Pour certains, l'accord passé entre la gestatrice et le couple stérile demandeur ne peut même pas être considéré comme un contrat à titre gratuit: J. RUBELLIN-DEVICHI, "Congélation d'embryons, fécondation in vitro, mère de substitution, point de vue d'un juriste" dans ACTES SUD, Génétique, procréation et droit, op.cit., note 10, p. 313, 314. La gestatrice serait donc protégée contre d'éventuelles poursuites si elle décidait de garder son enfant.

154 Supra, Section 2 B) "validité du contrat de grossesse".

155 Supra, "validité du contrat de grossesse". Notons que dans une optique réaliste, on pourrait grandement faciliter les choses. Par exemple, l'Angleterre vient de légiférer pour régir la procréation et ses effets. L'article 30(2) et 30(6) de la Human Fertilisation and Embryology Act 1990, 1990 Chapter 37, permet en effet à la gestatrice et à son mari ou conjoint de renoncer à l'autorité parentale dans les six mois de la naissance de l'enfant. La loi n'est permissive que dans le cas où il n'y a pas eu de commercialisation de la grossesse.

Cette nullité est aussi vraie lorsqu'aucun échange d'argent n'est prévu au contrat ¹⁵⁶. Ensuite, à la naissance, la mère utérine, mais pas nécessairement génétique, sera seule présumée être la mère de l'enfant dont elle vient d'accoucher. Cette maternité est relativement facile à prouver ¹⁵⁷, puisque l'accomplissement physique de l'accouchement fonde la filiation et les droits qu'elle acquiert à cet égard sont intacts.

Pour établir la filiation tant maternelle que paternelle d'un enfant né d'une femme sous contrat de grossesse, l'acte de naissance est un moyen privilégié de preuve ¹⁵⁸. Quant à la possession d'état, élément des articles 572 al.2 et 573 C.c.Q., il confirme ou remplace le titre et rend impossible toute contestation de la filiation ¹⁵⁹. C'est donc dire toute l'importance pour le couple commanditaire de recevoir l'enfant le plus vite possible. Enfin, l'exécution forcée en nature ¹⁶⁰, soit obliger la gestatrice

156 Ceci permet d'affirmer que toute convention de gestation pour le compte d'autrui est nulle, même à titre gratuit.

157 Ce qui n'est pas le cas de la paternité qui est par nature "occulte et incertaine": Pierre Basile MIGNAULT, Droit civil canadien, t. 2, Montréal, Théoret, 1985, p.61.

158 Art. 572 C.c.Q., 54 et 55 C.c..

159 Droit de la famille - 737, [1990] R.J.Q. 85 à 92 (C.A.); Art. 572: La filiation tant paternelle que maternelle se prouve par l'acte de naissance, qu'elles que soient les circonstances de la naissance de l'enfant. A défaut de ce titre, la possession constante d'état suffit.

160 Aux Etats Unis, l'interprétation de la loi est différente d'un Etat à l'autre selon l'idée qu'on a sur l'exécution du contrat: dans Subrogate Parenting Associates inc. c. Commonwealth of Kentucky, précité, note 141, sans juger le contrat illégal, la cour décide qu'il n'est pas susceptible d'exécution forcée. A l'inverse, dans un autre jugement célèbre à cause de

à remettre l'enfant au couple commanditaire, paraît impossible en droit civil ¹⁶¹.

Cette partie qui traite des limites au contrat de grossesse, serait incomplète sans parler des obligations de certains professionnels sans qui ces ententes seraient difficilement réalisables.

CHAPITRE 2 - LES LIMITES DÉONTOLOGIQUES

La mise en branle d'un contrat de grossesse implique des professionnels. Entre autres, l'avocat collabore grandement à l'opération de rédaction du contrat. Officier public, il doit le faire en respectant les lois (A).

Le médecin, professionnel quasi indispensable, intervient dans les actes médicaux posés sur la candidate à la gestation. Parmi ses diverses obligations, celle d'infor-

l'acharnement de la gestatrice à vouloir garder l'enfant auquel elle s'était attachée, la cour a décidé de forcer l'exécution du contrat et la mère utérine a dû remettre son enfant au père biologique: In the Matter of BABY M., 217 N.J. 525 A. 2d 1128 (1987), renversé par: In the Matter of BABY M., 109 N.J. 396, 537 A.2d 1227 (N.J. 1988). Dans cette affaire, la gestatrice pour autrui avait refusé de remettre l'enfant aux commanditaires, malgré les termes du contrat qu'elle avait signé avant l'accouchement. La Cour d'appel du New Jersey, renversant l'instance inférieure, juge que le contrat de grossesse est invalide mais accorde cependant la garde au père avec droit de visite à la mère. Le juge Wilentz base son jugement sur le conflit avec les lois existantes et sur les dérogations à l'ordre public d'un tel contrat (p. 1240 et suivantes). A propos des considérations d'ordre public, il est intéressant de constater que le savant juge considère les impacts possibles à long terme sur l'enfant, la femme porteuse, le père naturel ainsi que sur la mère sociologique (p. 1250).

161 J.-L. BAUDOUIN, Les obligations, op.cit., note 81. n° 683, p. 407.

mer est certes la plus importante puisqu'elle intervient avant toute prise de décision (B).

A) Les avocats: le respect du droit

La participation d'un avocat à la rédaction d'un contrat qui est contre l'ordre public ¹⁶² est une entorse à la déontologie de la profession d'avocat ¹⁶³.

Ce dernier doit veiller au respect du droit dans la rédaction d'un contrat. Est-il évident que l'acte rédigé par l'avocat va à l'encontre de l'article 135.1 de la Loi sur la protection de la jeunesse? Pour certains, l'aspect lucratif du contrat n'est pas rattaché à l'abandon de l'enfant mais aux services rendus par la gestatrice ¹⁶⁴. A

162 Supra, Section 2 B) "validité du contrat de grossesse".

163 A ce sujet, notons qu'un rapport du Barreau du Québec suggère de déclarer la rédaction de contrats de grossesse contraire à l'éthique professionnelle de l'avocat: BARREAU DU QUEBEC, Rapport sur les nouvelles technologies de reproduction, op.cit., note 6 p.30. Notons que selon le Code de déontologie des avocats, R.R.Q., 1981, c. B-1, r. 1., art. 2.01, l'avocat ne doit pas prononcer des paroles ou publier des écrits contraires aux lois, ni inciter quiconque à y porter atteinte [...]. Quant à l'art. 4.02.01. g), il déclare: "[...] est dérogatoire à la dignité de la profession le fait pour un avocat de conseiller ou d'encourager son client à poser un acte qu'il sait être illégal ou frauduleux (nous avons souligné).

164 "[...] a surrogate motherhood arrangement involves a contract to bear a child, not to sell a child": E. R. STANTON, "The Rights of the Biological Father: From Adoption and Custody to Surrogate Motherhood", loc.cit., note 141, 107; "[...] the surrogate mother is not paid for a baby per se, nor merely for her consent to adoption, but primarily for the risks she takes and the services she renders.": KATZ, "Surrogate Motherhood and The Baby Selling Laws", (1984) 20 Col. J.L. & Soc. Probs. 1, 17-18.

ce titre, il pourrait ne pas s'agir de la vente d'un enfant¹⁶⁵. Ce n'est pas parce que le paiement fait à la gestatrice se définirait comme une compensation pour services rendus et non comme dédommagement pour don d'enfant que le contrat de grossesse serait moins illégal¹⁶⁶. En effet, s'il est possible de contourner l'interdiction de céder, échanger, donner un enfant pour de l'argent, comment passer à côté de l'interdiction de vendre une partie du corps non susceptible de régénération?

L'interprétation de l'article 20 al.3 C.c. qui permet l'aliénation onéreuse d'une partie du corps susceptible de régénération s'applique, selon nous, à contrario au cas de la fécondation in vivo, c'est à dire quand la gestatrice est fécondée directement dans son utérus¹⁶⁷. Qu'elle soit hors du corps ou dans le corps, l'aliénation pour autrui a lieu. Le contrat comprenant l'insémination artificielle inclut nécessairement l'aliénation d'un ovule à titre

165 Après tout, il y a une certaine logique à dire que le paiement fait par le père biologique à la gestatrice ne représente pas le prix d'un enfant auquel il est génétiquement relié. Cette logique aura, au moins en première instance, inspiré la Cour dans l'affaire In the Matter of BABY M., précitée, note 160: "At birth, the father does not purchase the child. It is his own biological genetically related child. He cannot purchase what is already his". Dans la décision Subrogate Parenting Associates inc. c. Commonwealth of Kentucky, précitée, note 141, 212, on a soutenu que le lien génétique qui liait l'enfant à son père empêchait de considérer qu'il s'agissait d'un cas d'adoption.

166 Pour N. KASIRER, loc.cit., note 89, il suffirait de faire "un effort" afin de caractériser le contrat de grossesse comme un contrat de service et contourner ainsi le fait de le percevoir comme une vente d'enfant.

167 Contrat: PRIX CHARLES-CODERRE, Réflexions sur le phénomène des femmes porteuses d'enfants, op.cit., note 58 p. 102.

onéreux. Cela devrait compromettre la validité d'un contrat de grossesse à but lucratif ¹⁶⁸, le nombre d'ovules étant prédéterminé dès la naissance, la quantité va en s'épuisant et n'est donc pas susceptible de régénération sans fin comme le serait le sperme, les cheveux, le sang ou la peau ¹⁶⁹.

En fait, le service rendu en est un de reproduction autant que de gestation puisque la fourniture d'un ovule rentre nécessairement dans le contrat de grossesse même si la gestatrice est fécondée in vivo comme dans le cas de l'insémination artificielle.

Plus évidente est l'atteinte à l'ordre public de la part du rédacteur de l'entente ¹⁷⁰. Selon l'article 1053 C.c. qui énonce que "toute personne capable de discerner le bien du mal est responsable du dommage causé par sa faute à autrui, soit par son fait, soit par imprudence, négligence ou inhabilité", l'avocat rédacteur engage probablement sa responsabilité civile envers le couple stérile demandeur qui ne pourrait récupérer la mise de fonds versée à la gestatrice si celle-ci refusait d'abandonner son

168 Opinion contraire: N. KASIRER, loc.cit., note 89, 370.

169 L'ovule fécondé in vitro menant à la grossesse n'entretrait pas dans la catégorie des aliénations interdites par le Code civil. Il s'agira alors d'un don d'enfant qui aura lieu au terme de la gestation. L'article 20 al. 3 C.c., qui permet l'aliénation gratuite d'une partie du corps humain, s'appliquerait par contre au surplus d'ovules prélevés, fécondés ou non, et en attente d'être réimplantés. Cependant, nous pensons que l'aliénation d'ovules à titre gratuit n'entacherait pas la validité d'un contrat dont la considération serait altruiste, à cause précisément des termes de l'art. 20 al.3 C.c..

170 Supra, Section 2 B) "Validité du contrat de grossesse."

enfant à la naissance. Une mention attirant l'attention des parties sur ce risque ne pourrait l'exonérer d'une poursuite pour compensation du préjudice résultant de la perte des sommes versées par le couple commanditaire ¹⁷¹.

Peut-on aller aussi loin et dire qu'advenant la révélation de troubles futurs provoqués chez l'enfant enlevé de sa mère à la naissance, celui-ci pourrait poursuivre l'avocat qui, parce qu'il a rédigé l'entente, aurait contribué à son préjudice ¹⁷²? Non, vu la difficulté de prouver le lien causal entre la faute de l'avocat et le préjudice subi par l'enfant issu d'une gestation sous contrat.

Le médecin est un autre professionnel ayant un rôle primordial dans la réalisation du projet. Mais son premier devoir est, avant toute chose, de bien renseigner sa patiente afin que celle-ci puisse donner un consentement éclairé, valable pour la suite des opérations dont son corps sera l'objet.

171 Code de déontologie des avocats, précité, note 163, art. 3.04.01. En fait, la nullité du contrat retomberait sur celui qui l'a rédigé.

172 C. ATIAS, "Le contrat de substitution de mère", (1986) Rec. Dalloz Sirey, Chronique.- IX.

B) Les médecins: Le consentement éclairé

Si le médecin n'est pas nécessaire pour appliquer la technique de l'insémination artificielle, il est cependant difficilement pensable que les parties à un contrat de grossesse se passent de lui. Quant à la fécondation in vitro, il est bien évident que le médecin traitant sera présent à toutes les étapes du processus qui lui-même nécessitera la présence d'une véritable équipe spécialisée spécialement formée et disponible vingt-quatre heures par jour. Un équipement sophistiqué est aussi nécessaire pour réaliser la fécondation en éprouvette et la transplantation d'embryons. Donc, dans tous les cas, le corps médical est une partie importante, voire essentielle, à l'existence et à la réalisation du contrat de grossesse. Ce faisant, nous devons examiner si le rôle tenu par la science médicale est conforme à l'éthique rigoureuse que lui impose sa profession.

Le rôle premier du médecin est curatif. En d'autres termes, on le rencontre pour pallier à un état corporel qui nous dérange ou nous inquiète. Une visite chez le médecin est utile, parfois nécessaire ou vitale. En effet, la vocation du corps médical est de soigner, c'est à dire remédier à un état considéré comme anormal. Pour se faire soigner, il est parfois nécessaire d'accepter des interventions sur notre corps, véritables atteintes à l'intégrité corporelle. Sans consentement, ces interventions seraient des voies de fait ¹⁷³.

173 Art. 265 C.cr.; notons que les interventions chirurgicales sont des atteintes à l'intégrité corporelle. Elles sont cependant permises par dérogation explicite de l'art.45 du Code criminel.

L'inviolabilité de la personne humaine est un droit fondamental ¹⁷⁴ autant qu'une tradition civiliste ¹⁷⁵. Les progrès de la médecine et de la chirurgie modernes, plus particulièrement dans le domaine des greffes et des transplantations d'organes et de tissus, ont provoqué le recul du principe de l'indisponibilité du corps humain ¹⁷⁶, d'où le besoin d'une codification tendant à préciser les limites de ce principe ¹⁷⁷.

"La personne humaine est inviolable. Nul ne peut porter atteinte à la personne d'autrui sans son consentement ou sans y être autorisé par la loi". ¹⁷⁸

174 Charte canadienne des droits et libertés, art.7; Charte des droits et libertés de la personne, art. 4 et 5, précitées, note 53.

175 Madeleine CARON, "Le Code civil québécois, instrument de protection des droits et libertés de la personne ?", (1978) 56 Rev. du B. Can 197, 200 et 204; Louis BAUDOUIN, "La personne humaine au centre du droit québécois", (1966) 26 Rev. du B. 66; Albert Mayrand, l'inviolabilité de la personne humaine, Wilson et Lafleur, Montréal, 1975; TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI-CAPITANT, Le corps humain et le droit, op.cit., note 88.

176 Roger NERSON, "L'influence de la biologie et de la médecine moderne sur le droit civil", (1970) R.T.D.C. 661, 676.

177 L'art. 19 C.c. ne fait qu'énoncer un principe qui faisait déjà partie du fond non écrit de l'ordre public québécois au même titre que certaines des dispositions de la Charte de droits et libertés: Madeleine CARON, "Le Code civil québécois, instrument de protection des droits et libertés de la personne ?", loc.cit., note 175.

178 Code civil du Bas Canada, art.19.

L'affirmation de ce principe entraîne que, dans le cadre du contrat médical, et sauf circonstances particulières ¹⁷⁹, le corps d'un malade ne peut être touché par le médecin ou le chirurgien qu'avec le consentement du patient ¹⁸⁰.

La notion de consentement éclairé ou d'autorisation valide ¹⁸¹ permet l'égalité juridique des parties au contrat de soins ¹⁸², rétablissant ainsi l'équilibre "entre partie savante et profane" ¹⁸³. Lorsque l'atteinte à l'intégrité corporelle n'a pas de but curatif, dans le cas de la

179 Au Québec, il est généralement admis que l'urgence, en droit médical, apparaît comme revêtue d'une fonction dérogatoire à la règle de la loi ou du contrat, elle est source d'un droit d'exemption: R. NERSON, "Urgence et droit médical", (1975) 10 R.J.T. 13; Code de déontologie des médecins, c. M-9. r.4, art. 2.03.28; Voir aussi les articles 27, 34, 41 et 47 du Règlement sur l'organisation et l'administration des établissements, (1984) 116 G.O. II, 2745, qui traitent des dérogations que l'urgence et la nécessité apportent aux politiques d'admission élaborées par un conseil régional; Alain BERNARDOT et Robert KOURI, La responsabilité civile médicale, Sherbrooke, Les Editions Revue de droit Université de Sherbrooke, 1980, note 181, n° 23, p. 14, n° 207, p. 137, n° 254, p. 171; Projet de loi 125, art. 13.

180 Code de déontologie des médecins, id.; Weiss c. Solomon, [1989] R.J.Q. 731 (C.S.). Le consentement que doit donner le patient est éclairé par les données que le médecin devra fournir. Celui-ci doit donner suffisamment d'explications afin que le patient soit bien informé pour prendre une décision libre et éclairée.

181 B. M. KNOPPERS, "Les notions d'autorisation et de consentement dans le contrat médical", (1978) 19 C. de D. 893.

182 Suzanne NOOTENS, "La relation médecin-patient et les décisions de traitement", (1990) 20 vol.2 R.D.U.S. 377, 380.

183 François TOTH, "Le droit du patient d'être informé: un droit protégé par la Charte des droits et liberté de la personne", (1989-90), 20 R.D.U.S. 161, 161.

chirurgie esthétique par exemple, l'intensité de l'obligation du chirurgien de renseigner est plus grande qu'en matière curative ¹⁸⁴.

Dans le cas de contrat de grossesse par transfert d'embryons, l'intervention du médecin n'a pas pour but de soigner la future gestatrice. L'action médicale s'apparente plutôt à une nouvelle réalité, soit la greffe pour le compte d'autrui. Nous pensons donc que, contrairement à une intervention chirurgicale à but curatif, l'obligation usuelle de renseignement du praticien ¹⁸⁵ va jusqu'à l'obliger exceptionnellement à procurer tous les renseignements possibles et énumérer toutes les conséquences ou possibilités de complications inhérentes à la grossesse par transfert d'embryons pour le compte d'autrui. Nous reconnaissons qu'il s'agit là d'une obligation très lourde mais qui ne transforme pas pour autant l'obligation de moyen du médecin en une obligation de résultat ^{185a}. C'est l'intensi-

184 Sauf si la chirurgie esthétique est destinée à corriger des imperfections, cause d'un état psychique déséquilibré: A. BERNARDOT et R. KOURI, op.cit., note 179, n° 180, p. 121.

185 Code de déontologie des médecins, précité, note 179, art.2.03.29. "Le devoir de renseignement constitue également, à notre avis, une obligation de diligence. [...] Cela découle de la nature même du contrat, car le médecin est d'abord et avant tout un conseiller [...]": Paul-André CREPEAU, L'intensité de l'obligation juridique - ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie, Les Editions Yvon Blais Inc., 1989, no 93, p. 52.

^{185a} A ce sujet: Bérard Guillette c. Maheux, J.E. 89-993 (C.A.); Gouin-Perreault c. Villeneuve, C.S. Montréal, no 500-05-022658-759, 16 août 1982, confirmé par [1986] R.R.A. 4 (C.A.).

té de la diligence qui est accentuée, ce qui est moins contraignant que l'intensité de résultat ¹⁸⁶.

En matière d'insémination artificielle, et plus encore avec le transfert d'embryons, les chances de succès de l'entreprise sont relativement faibles vu tous les aléas de la FIV et du transfert d'embryons. Selon la sociologue Louise Vandelac, le taux de succès de la FIV serait de moins de 5%; pour le docteur Serge Rousseau, il plafonnerait à 5% dans les meilleures statistiques ¹⁸⁷. La FIV ne procurerait des enfants vivants et viables que dans 0 à 5% des cas ¹⁸⁸!

"La façon dont on présente actuellement le taux de réussite de la fécondation in vitro a des répercussions graves sur l'autonomie des patientes, l'équité fondamentale et la prise de décisions éclairées. Des omissions, des ambiguïtés, des incohérences dans le calcul des taux de réussite revendiqués nuisent à la possibilité d'une communication claire et précise entre le médecin et sa patiente. Au mieux, ces pratiques ne font que favoriser la confusion, au pire elles semblent fondamentalement trompeuses, notamment au niveau du consentement éclairé de la patiente (nous avons souligné), font naître de

186 P.-A. CREPEAU, L'intensité de l'obligation juridique - ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie, id., no 63, p. 36.

187 Le Dr Serge Rousseau, interrogé au magazine télévisé "le point", infra, note 189, est chef du département des Cliniques de fertilité des hôpitaux Sainte-Justine et Hôtel-Dieu de Montréal. La sociologue, Dr Louise Vandelac, interrogée à l'émission télévisée "Ferland Nadeau en direct" du dimanche 5 mai 1991, est commissaire à la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction.

188 Supra, note 31.

faux espoirs et peuvent même inciter à la prise de risques inconsidérés".¹⁸⁹

Tant qu'il n'existera pas de données statistiques normalisées sur les taux de réussite de la fécondation in vitro, les candidates aux contrats de grossesse n'auront pas la possibilité de peser les conséquences possibles des différents essais qu'il faut parfois effectuer avant d'arriver à obtenir l'implantation d'un embryon. Par exemple, il est plus que probable que, mieux informées du très faible taux de réussite d'un premier implant, les candidates à la gestation n'auraient pas consenti à toute la procédure médicale qui s'avère très exigeante en matière de procréation artificielle. Le consentement n'étant pas ou insuffisamment éclairé sur un des points majeurs de la réussite de l'entreprise médicale, peut-on parler d'une autorisation valide? L'inexactitude des taux d'échecs connus dénature le consentement de la candidate au transfert d'embryons dans l'exercice de son droit à exprimer un consentement éclairé puisque le calcul des risques et des avantages (s'il en est) est faussé¹⁹⁰.

189 Mémoire de la Commission de réforme du droit du Canada, présenté par M^e Gilles LETOURNEAU devant la Commission Royale sur les nouvelles techniques de reproduction, Montréal, le 21 novembre 1990 et présenté comme argument central dans l'émission télévisée "Le point" du 22 novembre 1990. Pour le magazine scientifique La Recherche, loc.cit., note 31, «On utilise massivement une technologie dangereuse et coûteuse en l'absence de données valables concernant son efficacité réelle, alors qu'on pourrait les connaître».

190 Id.; La Commission de réforme du droit du Canada recommande de "normaliser la présentation des taux de réussite de la fécondation in vitro en exigeant le versement régulier de renseignements précis à un registre central."

Le principe de l'inviolabilité de la personne humaine va de pair avec le principe du droit du patient à l'information.

Loin d'avoir perdu son importance avec l'avènement des sciences médicales de la reproduction et les nécessités de s'y adapter, le devoir d'information du médecin serait aujourd'hui élevé au rang de droit fondamental ¹⁹¹ pour celle qui s'apprête à investir tout son corps pour autrui. A ce titre, le simple fait de n'avoir pas correctement informé la candidate sur tous les risques connus et inhérents à une grossesse par transfert d'embryons serait une faute sanctionnable, même s'il n'y a pas eu de dommages corporels ¹⁹².

En plus des informations usuelles à fournir sur les conséquences de la grossesse en général, comme les problèmes d'inconfort à court terme, de santé à court, moyen et long terme, les risques d'avortement associés à l'amniocentèse, la nécessité d'une intervention chirurgicale sur le fœtus, il ne faudrait pas non plus omettre de rappeler que, très rarement il est vrai, il arrive encore de nos jours que des femmes décèdent ¹⁹³ ou soient physique-

191 F. TOTH, "Le droit du patient d'être informé: un droit protégé par la Charte des droits et liberté de la personne", loc.cit., note 183, 162.

192 Id., p. 172.

193 La commercialisation de la grossesse est à la base de risques qui augmentent d'autant plus que les gestatrices pour autrui ne sont généralement pas aisées financièrement parlant. Ainsi on rapporte le cas d'une gestatrice sous contrat morte d'une crise cardiaque au 8^{ème} mois. Pour s'assurer d'obtenir le contrat de grossesse, elle avait omis de parler de ses troubles cardiaques au médecin chargé de l'ausculter au nom de l'agence responsable de la recruter. De plus, elle n'avait pas les moyens d'acheter le moniteur cardiaque de 250\$ tel

ment ou moralement marquées suite à des complications imprévisibles qui surviennent pendant la grossesse ou à l'accouchement.

Le médecin, dans une optique préventive associée à une obligation intensive de diligence, ne devrait-il pas rappeler à sa patiente, entre autres, les risques à court terme connus, et les risques inconnus et probables à long terme associés à la forte prise d'hormones dans le cas de transfert d'embryons, les risques à la santé avec les grossesses multiples possibles résultant du transfert de plusieurs foetus, les dépressions graves pouvant affecter son équilibre psychique et celui de toute sa famille dans le cas où elle constaterait le présomptueux de son engagement et le regretterait après coup?

Les complications pouvant toucher le foetus, même entraîner son décès, sont aussi à expliquer malgré leur extrême rareté ¹⁹⁴.

que recommandé par le cardiologue qui la traitait: Susan DODDS, Karen JONES, "Surrogacy and Autonomy", (1989) 3 bioethics 1, 8, à la note 8. Suite à la mort de la gestatrice et de l'enfant qu'elle portait, la famille du donneur de sperme a poursuivi l'agence de placement et le médecin responsable du choix de la gestatrice et de son suivi médical pendant la grossesse. Ceci a donné lieu à une première, soit une poursuite en responsabilité médicale impliquant une gestatrice: Mounce c. Hanson, No. 89-045388 (Harris Cty. Tex. 1990), cité dans Karen H. ROTHENBERG, " Gestational Surrogacy and the Health Care Provider: Put Part of the "IVF Genie" Back Into the Bottle", (1990) 18 Law, Medicine & Health Care 345, 348.

194 La mortalité infantile est moins rare que la mortalité maternelle mais reste envisageable. N'est-ce pas une des raisons pour lesquelles les médecins s'opposent fermement à la légalisation de la profession de sage femme? Au Québec, on comptait, en 1977, une mortalité périnatale moyenne de 1,35%, toutes régions confondues. De 1983 à 1985, ce chiffre tombe à 0,87%. En ce qui concerne la mortinatalité, de 0,64%, elle tombe à 0,43%

Si l'on considère que l'insémination artificielle autant que le transfert d'embryons ne relèvent pas de soins thérapeutiques, l'obligation de renseigner du médecin est selon nous encore plus onéreuse:

"En d'autres mots, il doit informer sur [...] les chances de succès ou d'insuccès, les conséquences et les dangers de l'insuccès." ¹⁹⁵

La question qui se pose est de savoir comment le médecin peut informer valablement la candidate au transfert d'embryons, alors qu'aucune donnée normative n'existe. Les cliniques effectuant des fécondations in vitro et des transferts d'embryons ne seraient-elles pas tentées de faire une promotion inéquitable et trompeuse de leurs travaux afin d'attirer des clientes ¹⁹⁶?

pour les mêmes années. Pour les décès maternels directement et indirectement reliés à la grossesse, le risque est plus qu'insignifiant. De 1975, où le taux de mortalité était de 8 pour 100,000 naissances il est, en 1985, de 2 pour 100,000: GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, La périnatalité au Québec - La mortalité et la morbidité périnatales et infantiles, Québec, 1989.

195A. BERNARDOT et R. KOURI, La responsabilité civile médicale, loc.cit., note 179.

196 Certaines poursuites ont récemment été intentées par les autorités américaines contre des cliniques qui exagéraient leurs taux de réussite: FTC c. IVF Australia & NME Hospitals Inc., (1990) 55 Fed. Reg. 37962, 37964; Dans l'affaire FTC/U.S. c. Jacobson, N°. 89-0078-A du 18 mai 1989, on a enjoint à la clinique de fécondation in vitro de cesser ses déclarations trompeuses sur les chances de grossesse. Ces jugements sont cités dans le mémoire de la Commission de réforme du droit du Canada présenté le 21 novembre à Montréal devant la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction.

On est loin du consentement très averti requis ¹⁹⁷ de la gestatrice pour le compte d'autrui puisque, comme avec les greffes, dans ce cas précis, l'atteinte corporelle est acceptée dans l'intérêt des tiers et qu'aucun avantage thérapeutique n'est espéré ¹⁹⁸, au contraire! L'objection, selon laquelle il n'y aurait plus de candidates prêtes à se soumettre à de telles interventions si elles étaient correctement informées des risques élevés d'échecs, ne peut évidemment être retenue puisque cela aurait pour conséquence d'empêcher l'exercice du droit de choisir ou du droit de la candidate à l'information.

Il nous semble donc que d'un point de vue strictement juridique le manque de données précises quant aux taux de succès de l'entreprise médicale, particulièrement complexe et exigeante en matière de transfert d'embryons (moins avec IA), fait en sorte qu'il est difficile de parler de véritable information fournie à la candidate. Son consentement est aussi bien loin d'être éclairé selon les interprétations du droit civil à cet effet. Cela peut avoir de graves répercussions sur le médecin qui n'est de ce fait plus protégé des risques inhérents d'une pratique qui ne semble pas encore être vraiment sortie du stade expérimental ¹⁹⁹. De plus, peut-on dire comme certains que, face à

197 F. CABRILLAC, Le droit civil et le droit humain, Thèse de doctorat, Montpellier, 1962, p. 29.

198 A. BERNARDOT et R. KOURI, La responsabilité civile médicale, loc.cit., note 179 p. 123.

199 Rappelons que les conséquences d'un consentement non éclairé peuvent engendrer des poursuites pour voies de fait en vertu du Code criminel (art 265). Certains pensent même qu'une accusation de viol pourrait être portée (nous ne partageons pas ce point de vue): Edith DELEURY "Le corps humain, personnalité juridique et famille en droit canadien", dans TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI-CAPITANT, Le corps humain et le droit, op.cit., note 88

un consentement insuffisamment éclairé, l'intégrité physique de la personne est automatiquement violée ²⁰⁰?

L'étude que nous venons de faire dans ce chapitre nous permet de conclure, qu'à cause des différentes violations à la dignité humaine, autant qu'à certaines dispositions explicites de la loi, le contrat de grossesse est indéniablement nul. Il atteint la liberté contractuelle dans ses limites qui sont rattachés au principe du respect de l'ordre public et des bonnes moeurs. La cause et l'objet du contrat sont aussi illicites, enlevant toute légalité à ces ententes. Enfin, les professionnels qui y participent s'exposent à la violation de leur Code de déontologie respectif.

p. 57, 99. Au niveau civil, la gestatrice qui subirait un dommage inhabituel mais prévisible dû à sa grossesse aurait des recours contre le médecin traitant en prétendant qu'elle n'a pas donné un consentement libre et éclairé puisque, mieux informée, elle n'aurait pas consenti à l'insémination artificielle ou au transfert d'embryons cause du dommage: F. TOTH, "Le droit du patient d'être informé: un droit protégé par la Charte des droits et libertés de la personne", loc.cit., note 183, 169.

200 L. BAUDOUIN, "La personne humaine au centre du droit québécois", loc.cit., note 175, 67. Elevé au rang de droit fondamental, le non respect du droit à l'information du patient provoquerait un préjudice moral suffisant pour donner ouverture à un recours contre le médecin fautif, même sans dommages corporels. Le recours serait basé sur l'article 49 al. 1 de la Charte des droits et libertés de la personne. On peut imaginer qu'en cas d'atteinte intentionnelle (par exemple divulgation de faux taux de réussite afin d'obtenir un consentement) des dommages exemplaires pourraient être accordés suivant l'article 49 al.2 de la Charte; François TOTH, "Le droit du patient d'être informé: un droit protégé par la Charte des droits et libertés de la personne", loc.cit., note 183, 172.

Mais plus loin que les considérations présentes d'ordre légal, les contrats de grossesse questionnent aussi à cause des différents enjeux futurs occasionnés. Enjeux légaux ou sociaux, nous sommes tous concernés en tant que société.

PARTIE II - LE CONTRAT DE GROSSESSE: LES ENJEUX FUTURS

Il existe des risques potentiellement élevés de problèmes psychologiques pour celui qui apprendra un jour que sa mère l'a abandonné au couple commanditaire en vertu d'un contrat à but lucratif. Peut-on éviter le raccourci qui fera dire à cet enfant qu'en fait il a été vendu par sa mère biologique et acheté par sa mère sociologique. "Le risque d'un bouleversement psychique et affectif est sérieux" ²⁰¹.

Faute d'un nombre suffisant de sujets, d'un recul appréciable, et aussi par respect pour ces familles sensibilisées, il est difficile d'étudier l'impact psychologique sur des enfants issus de contrats de grossesse. Seule une valeur clinique pourrait être prise en considération. Mais il reste possible de se baser sur les connaissances de la psychologie infantile, acquise au cours de ces dernières années, pour analyser les risques encourus.

Pour le professeur Soulayrol, l'enfant issu de gestatrice pour le compte d'autrui doit supporter le manque de sa mère primitive (la gestatrice) car elle reste la parte-

201 BARREAU DU QUÉBEC, Rapport sur les nouvelles technologies de reproduction, op.cit., note 6, p. 28.

naire privilégiée de ses premières expériences de pensée et de caractère ²⁰².

La planification de l'abandon avant même sa conception rend l'enfant objet d'autodétermination des adultes qui, d'un commun accord, vont l'amputer de sa mère, d'une moitié de filiation sanguine quand cela n'est pas totalement dans le cas de double don de gamète. L'enfant devient la victime de manipulations d'adultes qui ne se préoccupent tout simplement pas de ce qu'il subira ou pensera plus tard.

Victime aussi possible du paradoxe qui rend parfois hargneux les enfants adoptés: celui d'idéaliser l'objet perdu, qui l'a pourtant abandonné ²⁰³. La rancœur de cet abandon risque d'être projetée sur celle qu'il considère comme la "ravisseuse" de sa mère biologique, soit sa mère sociologique puisqu'elle s'interpose entre lui et sa quête ambivalente de sa "vraie" mère ²⁰⁴. Le père s'expose aussi à des risques: celui d'être considéré comme complice de cet enlèvement.

Au sujet de la séparation des différentes étapes du processus de reproduction provoquant une dissociation de la parentalité, notamment avec la FIV, il se dégage un consensus sur les problèmes d'identité qui ciblent l'enfant conçu à l'aide des NTR. Cette identité serait brouillée par

202 Professeur en psychiatrie de l'enfant à la faculté de médecine de Marseille, président de la Société française de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent. R. SOULAYROL, "Mères porteuses, l'espoir abusé", Journal Le Monde, loc.cit., note 93.

203 Id.

204 Id.

l'immixtion de différentes parties dans la genèse du processus procréatique ²⁰⁵.

La grossesse contractuelle engendre des questions complexes et difficiles pour ceux qui sont directement impliqués dans le processus, soit la gestatrice et l'enfant qu'elle porte pour autrui, mais aussi pour la collectivité qui forme la société. Il s'agira des enjeux sociaux (Chapitre 1). La reconnaissance de ces enjeux sociaux soulève des questions publiques d'une grande portée qui devraient influencer le processus décisionnel au point d'avoir à en définir les enjeux légaux (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 LES ENJEUX SOCIAUX

Bien que le débat soit relativement récent, il est de mieux en mieux cerné par les différentes sciences humaines. L'impact social de la grossesse contractuelle peut déjà se mesurer sur la gestatrice et même sur l'enfant grâce à une certaine analogie avec l'adoption (Section 1). Il s'ensuit que la société est aussi concernée par tous ces enjeux (Section 2).

Section 1: Pour l'enfant et la gestatrice

La grossesse contractuelle implique deux acteurs principaux en un. Au premier plan, l'objet de l'entente: un enfant issu du contrat (A), porté par une femme qui, parce qu'elle s'est entendue pour le donner à la naissance, devra, plus souvent qu'autrement, faire face à un certain dilemme avant de s'exécuter (B).

205 J.-L. BAUDOUIN, et C. LABRUSSE-RIOU, Produire l'homme de quel droit?, op.cit., note 4, p. 243.

A) L'enfant issu d'une grossesse contractuelle

L'enfant est au centre de l'entente intervenue dans le cadre d'un contrat de grossesse et ses origines sont liées à cette entente. L'importance de connaître ses origines génétiques ²⁰⁶ peut-elle être transformée en droit d'accès aux antécédents médicaux dans le cas des enfants issus des NTR?

Au terme d'une grossesse contractuelle, l'intérêt futur de l'enfant né, explicitement mentionné dans notre Code civil ²⁰⁷, ne rentre-t-il pas en contradiction avec celui des cocontractants lorsque l'enfant, qui apprend qu'il est né d'une insémination hétérologue, veut rechercher sa filiation biologique dans un but autre que la simple satisfaction de connaître son géniteur? Pourra-t-il surmonter les règles de la confidentialité qui entoure les banques de sperme afin de retracer ses origines (1)?

La protection de ses droits à la double parenté est contradictoire avec la promotion des droits individuels appliquée à la procréatique (2). Quant à son intérêt, s'il est en général présumé être celui de venir au monde, cela

206 En relation avec la règle de l'anonymat des donneurs et donneuses, d'aucuns appréhendent que les enfants issus de contrat de grossesse ne puissent vivre le morcellement engendré par la dissociation de la parenté, l'identité se façonnant davantage au niveau biologique: CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, Sortir la maternité du laboratoire, Acte du forum international sur les nouvelles technologies de reproduction organisé par le Conseil du statut de la femme, Montréal, 29, 30 et 31 octobre 1987, à l'Université Concordia, Québec, 1988, p. 218, op.cit., note 8.

207 Art. 30 C.c.

ne devrait pas être dans n'importe quelles circonstances(3).

1. Origine génétique et confidentialité

Pour réaliser parfaitement la volonté de toutes les parties à l'entente intervenue dans le cadre d'une gestation pour le compte d'autrui, l'idéal serait que toute trace de l'entente disparaisse à jamais. Mais les dossiers médicaux tenus par les hôpitaux et les médecins regorgent de renseignements...

Dans le cadre des NTR, des actes médicaux sont posés par des professionnels de la santé. Les médecins sont tenus de tenir des dossiers complets sur leurs patients ²⁰⁸. Ces dossiers sont strictement confidentiels et sont couverts par le secret professionnel ²⁰⁹. Les hôpitaux doivent aussi tenir des dossiers médicaux sur leurs patients ²¹⁰. Ces dossiers sont tout autant confidentiels ²¹¹. En fait, la conservation des dossiers médicaux sert à toutes les

208 Art. 4.01 Code de déontologie des médecins, précité, note 179; Considérant que les donneurs de matériel génétique ne sont pas des patients, certains pensent que cette obligation ne s'appliquerait pas à eux: B.M. DICKENS, dans B. M. KNOPPERS, Conception artificielle et responsabilité médicale - Une étude de droit comparé, op.cit., note 15, p. 127, à la note 227.

209 Art.42 de la Loi médicale, L.R.Q., c. M-9; art. 87(3) du Code des professions, L.R.Q., c. C-26; art.9 de la Charte des droits et libertés de la personne, précitée, note 53.

210 art. 50 et suivants du Règlement sur l'organisation et l'administration des établissements (r.-6) de la Loi sur les services de santé et les services sociaux, L.R.Q., c. S-5.

211 Art. 7 de la Loi sur les services de santé et les services sociaux, L.R.Q., c. S-5.

parties au contrat de grossesse. Ils contiennent les informations utiles à l'enfant qui recherche ses origines génétiques.

L'anonymat des donneurs fait appel à un principe fondamental garanti dans la Charte des droits et libertés de la personne ²¹². Mais plus qu'une simple curiosité concernant les origines génétiques ²¹³, la levée de l'anonymat est parfois nécessaire lorsqu'il s'agit de soigner certaines maladies à l'aide d'un donneur compatible ²¹⁴.

212 Art.9: "Chacun a droit au respect du secret professionnel. Toute personne tenue par la loi au secret professionnel [...] ne peuvent même en justice, divulguer les renseignements confidentiels qui leur ont été révélés en raison de leur état ou profession[...]. Le tribunal doit, d'office, assurer le respect du secret professionnel". La confidentialité des dossiers des enfants issus des NTR est aussi assurée par la Loi sur l'accès aux organismes publics et sur la protection des renseignements personnels, L.R.Q. 1986, c.A-2.1. Pour ceux qui ne considéreraient pas le donneur comme un patient, notons que l'article 5 de la Charte est une protection suffisante à la vie privée des donneurs pour que leur nom reste confidentiel.

213 La vérité concernant nos origines peut référer à la méthode procréative employée et au nom des donneurs de gamètes.

214 Dans Droit de la famille-140, [1984] T.J. 2049, il a été jugé que le droit à la vie et son corollaire, l'obligation de porter secours prévue à l'article 2 de la Charte, doivent avoir préséance sur le principe de la confidentialité dans les limites nécessaires pour sauver la vie d'une enfant adoptée et atteinte de leucémie aiguë myéloblastique. Dans cette affaire, il fallait absolument communiquer avec les parents naturels afin de tenter une greffe de moelle osseuse, traitement donnant le plus de résultat quand la prise est faite à même un frère ou une soeur de l'enfant. D'aucuns pouvaient prétendre, vu la hiérarchie des normes, que seul l'article 2 de la Charte aurait pu contrer le principe fondamental du respect de la vie privée de l'article 5 de la Charte. C'eût été oublier que les libertés et droits fondamentaux doivent s'exercer dans le respect du

Des raisons d'ordre psychologique grave pourraient aussi motiver une demande de levée de l'anonymat dont bénéficient ceux qui ont recours aux techniques de reproduction ²¹⁵. Mais nous doutons que le simple besoin de retrouver ses parents biologiques, même à cause de troubles psychologiques mineurs ou de risques minimes de maladies génétiques pour l'enfant, soit suffisant pour permettre l'accès à la source génétique de la procréation ²¹⁶. Comme mentionné ci-haut, la confidentialité est protégée par le secret professionnel qui est un droit fondamental garanti aux bénéficiaires tant que ceux-ci n'y ont pas renoncé.

Selon nous, dans l'état actuel du droit, seule l'urgence médicale, qui inclurait des conséquences psychiatriques graves sur l'enfant, pourraient faire lever l'anonymat.

bien-être général des citoyens du Québec et, qu'à ce titre, des articles attitrés du Code civil, comme l'art. 30 C.c traitant de l'intérêt de l'enfant, peuvent avoir préséance. Pour une critique du jugement ci-haut mentionné: Alain KLOTZ, "Le droit au secours dans la province du Québec", (1991) 21 R.D.U.S. 479, 492.

215 BARREAU DU QUÉBEC, Rapport sur les nouvelles technologies de reproduction, op.cit., note 6, p. 26 et 27.

216 Le Projet de loi 125, après avoir réaffirmé la règle de la confidentialité en matière de procréation médicalement assistée (art. 583 al.1 P.L.) permet toutefois une exception lorsqu'un préjudice grave à la santé de l'enfant risque d'être causé s'il est privé de certains renseignements nominatifs relatifs à ses sources génétiques (art. 583 al.2), (nous avons souligné). Les problèmes de confidentialité des dossiers médicaux en matière de NTR peuvent s'apparenter aux problèmes de confidentialité en matière d'adoption quand il s'agit de traiter une demande de consultation. Dans Droit de la famille 657, [1989], R.J.Q. 1693, le tribunal réaffirme l'importance du caractère confidentiel des dossiers d'adoption. Seuls des cas exceptionnels pourraient établir une justification légale qui permettrait d'écarter le principe de la confidentialité.

Non seulement à cause de l'article 2 de la Charte des droits et libertés de la personne qui traite du droit au secours de la personne en danger de mort²¹⁷, mais aussi à cause de l'article 9.1 de la Charte²¹⁸ qui devrait permettre aux articles appropriés du Code civil de s'appliquer dans l'intérêt de l'enfant afin de faire lever la règle de la confidentialité. Pour une juridiction spéciale qui permettrait la levée de l'anonymat, les avis sont partagés entre le respect du droit à la vie privée, aussi garanti comme droit fondamental²¹⁹, et l'intérêt de l'enfant²²⁰.

La finalité des NTR étant la création d'une famille, situation différente de l'adoption qui permet les retrouvailles sous certaines conditions, certains sont d'avis que la levée de l'anonymat créerait plus de problèmes qu'elle

217 "Tout être humain dont la vie est en péril a droit au secours. Toute personne doit porter secours à celui dont la vie est en péril, personnellement ou en obtenant du secours, en lui apportant l'aide physique nécessaire et immédiate, à moins d'un risque pour elle ou pour les tiers ou d'un autre motif raisonnable."

218 Supra, note 71.

219 Art. 5 de la Charte des droits et libertés de la personne: "Toute personne a droit au respect de sa vie privée".

220 Art. 30 C.c.: "L'intérêt de l'enfant et le respect de ses droits doivent être les motifs déterminants des décisions prises à son sujet. On peut prendre en considération, notamment, l'âge, le sexe, la religion, la langue, le caractère de l'enfant, son milieu familial et les autres circonstances dans lesquelles il se trouve."

n'en résoudrait ²²¹. D'autres pensent le contraire quand il s'agit d'adoption ou de l'IAD ²²².

Enfin, rappelons qu'il n'existe pas de textes qui énoncent un principe de droit à connaître ses origines et que dans les pays où cette possibilité existe, seulement 1,5% des enfants s'en prévalent afin de retracer leurs géniteurs ²²³.

221 BARREAU DU QUÉBEC, Rapport sur les nouvelles technologies de reproduction, op.cit. note 6, p. 26.

222 Les travaux sur l'adoption démontreraient que l'enfant adopté a un grand besoin de connaître ses origines génétiques et qu'il y va de son développement psychologique ultérieur. Pour l'enfant issu de l'IAD, les résistances à la levée de l'anonymat viendraient de craintes irrationnelles. Le secret servirait uniquement à protéger le narcissisme de l'homme stérile au détriment de l'enfant sur qui le mystère exercerait à long terme un effet pathogène et des blocages: G. DELAISI de PARSEVAL, "Le désir d'enfant saisi par la médecine et par la loi", (1989) 156 Esprit 86, 95. Certains pays, comme l'Angleterre, l'Ecosse, l'Etat d'Israël, reconnaissent aux enfants adoptés devenus majeurs la possibilité d'accéder à leurs antécédents biologiques. La Suède permet à l'enfant devenu majeur de rechercher son géniteur dans le cas d'insémination artificielle avec donneur. La province du Québec permet à l'enfant adopté arrivé à majorité d'obtenir les renseignements nécessaires pour retrouver ses parents biologiques si ces derniers y ont préalablement consenti: art. 632 C.c.Q. Notons cependant un élargissement de cette possibilité contenu dans le Projet de loi 125 déposé le 18 décembre 1990 devant le ministre de la justice M. Gil Rémillard: l'art. 571 al.2 prévoit en effet que même l'adopté mineur pourra demander de retracer ses origines génétiques si ses parents adoptifs y consentent.

223 M.J. BONNETAIN, "Filiation: rupture et continuité", Acte du colloque de Vaucresson, Institut de l'enfance et de la famille, Paris, Ed. Etnerhi, 1985, p. 263.

L'accès aux informations concernant nos géniteurs pourrait être un élément essentiel de l'expérience humaine²²⁴. Il s'agit d'un besoin d'identité qui peut, dans certains cas, dépasser tout l'amour reçu de nos parents adoptifs²²⁵.

Peut-on blâmer le besoin parfois vital de s'insérer dans le monde selon une dimension à la fois physique et historique? Ne ressentons-nous pas tous un peu ce besoin? Néanmoins, le droit ne devrait pas s'immiscer dans la révélation des origines génétiques à l'encontre de la volonté des parents sociologiques à cause du respect fondamental de la vie privée garanti dans nos Chartes. Quant à dire librement à un enfant qu'il est le résultat d'une grossesse contractuelle, cela serait un signe de franchise qui, selon le Comité du Barreau du Québec²²⁶, permettrait la "déstigmatisation" du fait de l'infertilité. Pour d'autres, la franchise entourant les antécédents biologiques agirait comme frein et limite à la commercialisation des gamètes²²⁷.

224 Supra, note 222.

225 La volonté de se retracer génétiquement va-t-elle nécessairement de pair avec des problèmes relationnels entre adopté et adoptants comme certains le pensent? M.J. BONNETAIN, "Filiation: rupture et continuité", Acte du colloque de Vaucresson, Institut de l'enfance et de la famille, op.cit., note 223.

226 Rapport sur les nouvelles technologies de reproduction, précité, note 6, p. 26.

227 Mémoire présenté par l'Association Féminine d'Education et d'Action Sociale (AFEAS) le 21 novembre 1990 à Montréal devant la Commission Royale sur les nouvelles technologies de reproduction, p. 10.

Privé en principe de ses origines génétiques et de la moitié de ses origines biologiques par un anonymat bien scellé, l'enfant issu d'une grossesse contractuelle risque de se voir aussi confisquer le bonheur d'avoir un deuxième parent pour l'élever. Le contrat de grossesse semble en effet tout indiqué pour les femmes ou les hommes seuls aux prises avec une envie de progéniture.

2. Le droit au père et à la mère

L'enfant en tant qu'être humain est une personne et non un objet de propriété. Malgré que ses besoins les plus vitaux soient bien différents de ceux des adultes, ceux-ci ne sont ni mentionnés, ni garantis dans nos Chartes. L'exemple le plus flagrant est certainement qu'aucune protection juridique ne lui est accordée avant sa naissance.

Il a fallu une évolution constante des droits de l'enfant pour que celui-ci ne soit plus perçu comme un objet de propriété sujet à l'exploitation ²²⁸. Au XX^e siècle, l'enfant est passé de sujet de droit entier à sujet de droit égal, quelles que soient les circonstances de sa naissance ²²⁹.

La Convention sur les droits de l'enfant ²³⁰, accorde à celui-ci une aide et une assistance spéciale, notamment une protection juridique appropriée, avant comme après sa

228 M.-T. MEULDERS-KLEIN, "Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées", loc.cit., note 52, 667.

229 Id.

230 Adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies, le 20 novembre 1989.

naissance, afin qu'il jouisse d'un épanouissement harmonieux de sa personnalité, dans un climat de bonheur d'amour et de compréhension au sein de son milieu familial (preamble). Pour la Convention, la dignité et l'intérêt supérieur de l'enfant doit-être une considération primordiale (article 3). Dans cette optique, son adoption ne devrait être autorisée que par les autorités compétentes (article 21).

Cette évolution du droit de l'enfant risque fort d'être compromise dès lors que ce dernier devient l'objet d'un contrat de gestation. Après avoir réifié l'enfant à naître par l'intermédiaire d'un véritable contrat de fourniture dans lequel il n'est plus qu'un "produit industriel ou un objet à fabriquer"²³¹, voici qu'on pourrait à présent le priver d'une double parenté.

Appliquée pour pallier à l'infertilité des couples en quête de progéniture génétique, la gestation pour le compte d'autrui permet aujourd'hui à une personne seule de commander un enfant par contrat dans le but avoué de l'élever sans représentation ni amour du deuxième géniteur.

En Europe, selon un principe de non discrimination, proclamé dans l'article 1^{er} du Projet de principes généraux des Nations Unies concernant l'égalité des personnes nées hors mariage de 1977, l'enfant serait titulaire du droit d'avoir un père et une mère, soit un droit fondamental à une vie familiale équilibrée. Ce droit découlerait aussi

231 Pierre RAYNAUD, "L'enfant peut-il être objet de droit?"
Recueil Dalloz Sirey 1988, Chronique XVI, 109, 111.

de la jurisprudence ²³², et serait reconnu par différents rapports de comités formés dans divers pays ²³³.

Ainsi, le droit de l'enfant d'avoir un père et une mère socialement responsables de lui constitue la frontière première et fondamentale de la légitime utilisation des NTR notamment dans les cas de contrats de grossesse.

Il ne faudrait pas, comme certains l'ont fait, tomber dans le piège d'une comparaison indue entre la maternité de substitution et l'adoption pour légitimer que des hommes ou femmes seules puissent "s'offrir un enfant" ²³⁴. L'analogie

232 L'arrêt MARCKK, rendu le 13 juin 1979 par la Cour européenne des Droits de l'homme contre la Belgique. Cet arrêt interprétait l'article 8 al.1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme comme impliquant le droit fondamental de tout enfant d'avoir une vie familiale normale avec les membres de sa famille de sang, "A fortiori son père": M.-T. MEULDERS-KLEIN, "Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées", loc.cit., note 61, 667; Cour d'appel de Toulouse, précitée, note 146: "Attendu que le principe du respect de l'enfant à naître impose que soit sauvegardé son droit qui découle à la fois du droit naturel et du droit positif à avoir un père et une mère et qu'il soit interdit d'en faire un orphelin dès avant sa naissance [...]."

233 Ces différents rapports font en général état du droit de l'enfant, issu de l'insémination artificielle ou de la fécondation in vitro, à ne pas être privé volontairement d'un père ou d'une mère socialement responsable de lui: M.-T. MEULDERS-KLEIN, "Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées", loc.cit., note 52, 661.

234 N. KASIRER, "The Surrogate Motherhood Agreement: a Proposed Standard Form Contract for Quebec", loc.cit., note 89, 365.

avec l'adoption permise au célibataire ²³⁵ néglige totalement le fait que l'adoption concerne un enfant déjà né et abandonné. Dans ce dernier cas, on essaye de régler un problème existant alors qu'avec les contrats de grossesse on crée un problème de toute pièce avant même que l'enfant ne soit conçu.

La volonté d'engendrer à tout prix chez certains couples stériles ne devrait-elle pas se mesurer aux droits futurs de l'enfant qu'on s'apprête à fabriquer? Cela impliquerait une recherche plus sévère de l'intérêt de l'enfant à naître. Entre autre, lui assurer la chance d'avoir un père et une mère pour l'accueillir à sa naissance, plutôt que d'en faire un orphelin prénatal.

La protection de l'enfant et la promotion des droits de la personne dans le contexte de la procréatique sont parfois contradictoires. Pour certains organismes ²³⁶, le principe des droits de la personne, notamment la non discrimination, garantie dans la Charte provinciale ²³⁷, permettrait aux personnes seules et de toute orientation sexuelle d'avoir accès aux contrats de grossesse. Aucune condition d'admissibilité ne devrait être établie. La protection de l'enfant et celle de la famille tradition-

235 Art. 598 C.C.Q.: "Toute personne majeure peut, seule ou conjointement avec une autre personne, adopter un enfant."; Le projet de loi 125 instituant un nouveau Code civil au Québec reprend mot à mot cet article.

236 Opinion de la Commission de réforme du droit du Canada devant la Commission Royale sur les nouvelles techniques de reproduction, Montréal, le 21 novembre 1990.

237 Charte des droits et libertés de la personne, précitée, note 53, art. 10.

nelle ne seraient pas suffisantes pour exclure célibataires et homosexuels ²³⁸.

Avec respect, notre interprétation des principes régissant les droits de la personne, le droit de la famille et l'intérêt de l'enfant nous amène à une conclusion différente. Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect de l'ordre public et du bien être général des citoyens du Québec ²³⁹. La violation d'un droit fondamental doit donc s'analyser à partir d'un critère de proportionnalité qui assure que l'interdiction est une limite acceptable au sens de l'article 9.1 de la Charte, vu la possibilité plus que raisonnable d'atteinte à l'intérêt de l'enfant et à la dignité de la personne de la mère et de l'enfant ²⁴⁰.

Avec la FIVET, dans le cas où la mère génétique et gestatrice est seule, elle peut n'entretenir aucune relation personnelle avec le géniteur de l'enfant, plus souvent qu'autrement, illustre inconnu. L'enfant est dépossédé du droit d'avoir un père. Les difficultés d'acquisition de son identité peuvent se révéler considérables car renforcées par l'absence de tout père social ²⁴¹. L'intérêt supérieur de l'enfant est en jeu.

238 Opinion de la Commission de réforme du droit du Canada, supra, note 236.

239 Art. 9.1 de la Charte des droits et libertés de la personne.

240 Supra, note 115; Infra, Partie II, Chapitre 2 section 2 A) "Atteinte possible aux droits fondamentaux".

241 Rapport Benda, précité, note 11.

3. L'intérêt de l'enfant

"Les bons enfants à venir, ceux qui auraient une bonne qualité de vie, ce sont peut-être ceux dont on pourrait se passer, ceux dont, au fond, on n'a pas besoin. Ceux dont on peut penser qu'ils ne seront pas des enfants-objets. Ceux sur lesquels on peut projeter un désir sans qu'il s'agisse d'un besoin. Ceux qui pourraient ne pas naître en somme...." ²⁴²

L'intérêt de l'enfant né est consacré dans notre droit civil ²⁴³, affirmation de principe suffisamment large pour l'étendre à l'être en devenir au nom de ses intérêts futurs ²⁴⁴, en considération de l'être humain, sujet de droit à part entière qu'il sera une fois né, et du droit qu'il aura

242 W. PASINI, "Les bons enfants à venir" dans M.SOULE (dir.), Les bons enfants, Paris, E.S.F., 1983. Références tirées du mémoire de Geneviève DELAISI de PARSEVAL entendue devant la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction, à Montréal les 21 novembre 1990, au cours de son propos sur "les parents potentiels et réels, à l'issue de différents traitements de la stérilité du couple."

243 Art. 30 C.c. al.1: "L'intérêt de l'enfant et le respect de ses droits doivent être les motifs déterminants des décisions prises à son sujet". Pour La Convention sur les droits de l'enfant, précitée, note 230, art.3, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

244 La Convention sur les droits de l'enfant, précitée, note 230 (préambule), reconnaît à l'enfant la nécessité d'une protection juridique appropriée avant sa naissance; E. DELEURY "Le corps humain, personnalité juridique et famille en droit canadien", dans TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI-CAPITANT; Le corps humain et le droit, op.cit., note 199, p. 57 et suivantes; Jacques CROTEAU "le foetus humain, une personne? - Essai philisophique", (1989) 20 R.G.D. 499. Le parlement danois a légiféré une loi qui stipule que la vie humaine commence dès la conception: "Law on the establishment of an ethical council and on regulation of certain biomedical experiments. Law nr L76 of 22 May 1987"; Soren HOLM, "New Danish law: human life begins at conception", (1988) 14 Journal of Medical Ethics 77.

par exemple de ne pas être traité comme une monnaie d'échange dès sa naissance.

Au centre de tous les débats sur les nouvelles techniques de reproduction, se retrouve une personne en devenir²⁴⁵, le foetus qui deviendra l'enfant tant voulu. Il subira demain les conséquences des gestes posés aujourd'hui par d'autres²⁴⁶.

La protection du foetus, plus ou moins évidente selon nos intérêts, reste un objectif valable²⁴⁷. La dualité personne-objet, à laquelle font face le foetus et aujourd'hui l'embryon, devrait hanter le juriste pour qui l'idée de la réification du matériel génétique est incompatible avec le droit des biens.

Sans trop nous étendre sur les droits du foetus en particulier, rappelons que c'est sur lui que reposent les attentes de toutes les parties à un contrat de grossesse conclu avant même la rencontre des gamètes de ses parents génétiques. Pour certains, son intérêt existe dès le stade embryonnaire²⁴⁸. Pour d'autres, l'absence de garanties

245 Walter M. Weber, "The Personhood of Unborn Children: A First Principle in Surrogate Motherhood Analysis", (1990) 13 Harvard Journal of Law and Public Policy 157.

246 L'enfant issu des NTR est le résultat de décisions et d'actes posés par bien d'autres personnes hormis ses parents: donneurs de gamètes, médecins, avocats, gestatrice... pour ne nommer que les principaux.

247 COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, Les crimes contre le foetus, document de travail 58, Ottawa, 1989, p. 27.

248 Junior L. Davis Vs. Mary Sue Davis, [1989] Circuit court, Tennessee, Equity division (division I), N°. E-14496.

constitutionnelles en sa faveur ne se traduit pas par une négation totale de ses droits ²⁴⁹.

A l'autre extrême, l'idée que le corps humain n'est qu'une mécanique relevant du domaine du droit des choses a déjà été avancée ²⁵⁰. Le matériel génétique ne serait que pure information qui, ajoutée à l'information convoyée par l'autre moitié ne formerait qu'un patrimoine informationnel de cellules totipotentes ²⁵¹. La notion de force ou de potentiel de vie organisée pouvant engendrer un être humain est totalement épurée au profit d'une réserve d'informations, chose par définition.

Nous ne retiendrons de ces opinions que la possibilité de reconnaissance de certains droits futurs qui seront eux reconnus à la naissance de l'enfant projeté, aujourd'hui embryon ou fœtus.

C'est donc à la signature du contrat de grossesse qu'il faut vérifier si les futurs droits de l'enfant à naître ne seront pas quelque part bafoués ou abolis avant même qu'il ne soit conçu ²⁵². Avant même la conception, il faudrait

249 Chantal Daigle c. Jean-Guy Tremblay, [1989] R.J.Q. 1735 à 1758, (C.A.), (Opinion du juge Nichols).

250 Jean-Christophe GALLOUX, Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique, Thèse de droit, Bordeaux I, 1988.

251 Cellules embryonnaires aptes à former différents tissus selon les actions morphogènes qu'elles subissent.

252 Nous faisons référence au droit d'avoir un père et une mère, dans les cas où une personne seule désirerait engendrer et élever l'enfant. Une des possibilités offertes aujourd'hui par les NTR est de concevoir l'enfant que l'on veut à tout prix sans en connaître les géniteurs. Dans l'hypothèse plus rare d'un double don de gamète, cet enfant ne sera génétiquement relié à

prévoir non seulement le bien-être de l'embryon et du fœtus pendant son développement in utero, mais aussi l'intérêt que pourrait avoir beaucoup plus tard l'enfant né à connaître ses origines, ou encore son droit d'avoir un père et une mère capables de lui assurer une vie familiale normale et équilibrée à laquelle tous les enfants ont droit ²⁵³.

Nous doutons que, dans tous les cas, l'intérêt de l'enfant "commandé" par un couple infertile soit présumé être celui de venir au monde ²⁵⁴, du moins pas dans n'importe quelles circonstances.

Pour certains, le don de la vie prime sur toutes les conséquences possibles dues aux NTR ²⁵⁵ et l'existence de risques psychologiques serait "infiniment préférable" au fait de n'être jamais né ²⁵⁶. A ce titre, on ne pourrait

aucun de ses parents sociaux. L'intervention biologique des tiers dans la procréation se faisant sous le couvert d'un anonymat bien scellé, l'accès à la source génétique de la procréation n'est pas aisé pour l'enfant à la recherche de ses origines génétiques.

253 Supra, Section 1, A) 2 "Le droit au père et à la mère".

254 J. RUBELLIN-DEVICHI, "Congélation d'embryons, fécondation in vitro, mère de substitution, point de vue d'un juriste", dans ACTES SUD, Génétique, procréation et droit, op.cit., note 10, p. 307, 313; contra: M.-T. MEULDERS-KLEIN, "Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées", (1988) 4 Rev. trim. dr. civ. 661, 668.

255 J. A. ROBERTSON, "Decisional Authority Over Embryos and Control of I.V.A. Technology", (1988) 28 Jurimetrics 285, 294.

256 A.T. EATON, "Comparative Responses to Surrogate Motherhood", loc.cit., note 55, 709.

pas proscrire le recours aux contrats de grossesse puisqu'il s'agit de donner la vie.

La vie serait-elle un dû? Signe des temps, l'inverse est couramment allégué en matière d'avortement justement en vertu de l'intérêt de l'enfant?

Pour d'autres, peu importe le rôle des tiers dans la procréation, l'intérêt de l'enfant est moins de naître de façon naturelle que d'être aimé et entouré par ceux qui l'on voulu ²⁵⁷. L'intérêt de l'enfant ne serait donc pas nécessairement de vivre auprès de ses parents génétiques ²⁵⁸. Pourtant, notre éducation, notre logique des choses de ce monde, la coutume et les us, notre instinct, tout nous porte à croire le contraire.

Il semble que la justification de la grossesse contractuelle passe par la reconnaissance d'une filiation affective qui serait aussi forte, à cause de l'exacerbation du désir d'enfants chez le couple infertile, sinon plus que la filiation biologique ²⁵⁹.

282 R. SOULAYROL, "Mères porteuses, l'espoir abusé", Journal Le Monde, loc.cit., note 93.

283 G. DELAISI DE PARSEVAL et A. JANAUD, L'enfant à tout prix, op.cit., note 28.

L'enfant conçu à l'aide des méthodes NTR (incluant les contrats de grossesse) sera-t-il nécessairement plus heureux car ardemment désiré ²⁶⁰? Certains pensent que non ²⁶¹.

Un enfant "très" (trop?) voulu, pour lequel on a dépensé tant d'énergie, est un enfant qui risque de décevoir s'il ne répond pas aux aspirations et nombreuses projections et sacrifices faits à son égard. En fait, la situation d'un enfant issu d'une grossesse contractuelle nous semble vraiment différente de la procréation naturelle.

Il est difficile de prévoir les conséquences psychiques de cette aventure aussi bien pour les parents que pour l'enfant.

Selon le psychanalyste René Diatkine ²⁶², le succès d'une fécondation in vitro n'efface pas pour autant le souvenir des expériences pénibles antérieures, ni celui des échecs. "[...] Il faut parfois se méfier des expériences vécues ayant nécessité une trop grande dépense d'énergie", dit-

260 Id., p. 315, note 31.

261 Dans son communiqué devant la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction, la psychanalyste, G. DELAISI de PARSEVAL, supra, note 28 et 242, spécialiste depuis plusieurs années dans le traitement de couples infertiles, rapporte des cas de patientes qui, après avoir eu des enfants suite à de longs traitements contre la stérilité, les maltraitent physiquement et psychologiquement; "Car ce qui est désiré, ce n'est pas un enfant, mais un désir d'enfant, un enfant imaginaire qui est parfois difficilement comblé par l'enfant réel": G. DELAISI de PARSEVAL, "Le désir d'enfant saisi par la médecine et par la loi", loc.cit., note 222, 86.

262 René Diatkine, "Fécondation in vitro, congélation d'embryons et mères de substitution, le point de vue d'un psychanalyste, dans ACTES SUD, Colloque génétique, procréation et droit, op.cit., note 10, p. 279, à la page 281.

il. En fait, l'enfant issu de la FIVET pourrait être moins aimé que celui qui est venu au monde le plus naturellement possible dès les premières tentatives sans même avoir été fortement désiré. Quant aux enfants issus d'une gestatrice, la chose est encore plus délicate.

Plus loin que le simple tabou du "lucre procréatif", n'est-il pas dans la nature humaine que les choses payées ont tendance à être perçues comme des articles de commerce, même inconsciemment? Pourquoi l'enfant issu d'un contrat de grossesse devrait-il échapper à l'attitude des adultes? Cela risque, à certains égards, de modifier la nature du désir d'enfant au point de glisser dangereusement vers la recherche d'un certain type de progéniture plus parfait que la moyenne ²⁶³.

Enfin, sur le plan psychique, il est bien difficile aujourd'hui d'évaluer l'impact sur des enfants conçus à l'aide de gestatrice sous contrat. Chaque enfant a son histoire psychique bien à lui marquée par une chaîne de causalité influencée elle-même par des facteurs qui proviennent directement du vécu des parents, notamment de sa mère pendant la gestation. En prenant connaissance de son origine, l'enfant issu d'une fécondation in vitro risque de se heurter, dans l'élaboration de sa propre identité, à des difficultés considérables du fait de sa dissociation biologique. De plus, selon le Rapport Benda²⁶⁴:

"Un accord portant sur une maternité de remplacement est une atteinte à la dignité de l'être humain qu'est l'enfant. Elle ne tient aucun compte de l'importance que revêt pour la constitution de la personnalité d'un

263 François ISAMBERT, "Nouvelles parentés, point de vue d'un sociologue" dans ACTES SUD, Colloque génétique, procréation et droit, op.cit., note 10, p. 285, 296.

264 Supra, note 11, 34.

enfant le développement dans le corps de sa mère, ainsi que des relations tant physiques que psychiques qui lient une femme enceinte et son enfant et qui sont primordiales pour le développement de ce dernier."

L'enfant en gestation n'est même plus traité avec la chaleur et l'attention qui se doit ²⁶⁵. Il est devenu l'objet d'un contrat, parfois un moyen de gagner un peu d'argent.

Pendant neuf mois, il sera un être pour lequel sa propre mère ne devra éprouver aucun sentiment, ni former avec lui aucun lien. Il est anonyme et sans visage ²⁶⁶. Sa mère temporaire, en bonne débitrice de son contrat, ne doit s'attacher à lui sous aucun prétexte. Elle ne lui adressera pas plus la parole de peur de s'attacher et évitera de penser à la vie que son corps abrite si intimement par crainte de succomber à cet amour si naturel. Elle restera donc étrangère à l'évènement.

"Ce ne sont pas des paroles toutes faites, mais des échanges sonores qui constituent une véritable relation amoureuse". ²⁶⁷

"L'enfant objet", celui qui était au coeur de la transaction, pourrait bien ressentir que sa gestation était conçue comme une prestation de service et que, de ce fait, il n'a pu profiter de la relation étroite et personnelle souhaitable pendant la grossesse entre la mère et l'enfant.

265 Patrick VERSPIEREN, "Mère de substitution - l'alibi de la générosité", (1984) 361/5 Etude 493, 495.

266 Id.

267 Denise BOMBARDIER et Claude SAINT-LAURENT, Le mal de l'âme - Essais sur le mal de vivre au temps présent. Paris, Editions Robert Laffont, 1989, p. 162.

L'état d'âme particulier, dans lequel se trouve la gestatrice enceinte qui se prépare dès le début de la gestation à donner son enfant, enlève à ce dernier le bénéfice d'une concentration particulière de l'intérêt de la mère pour ce qui grossit de jour en jour dans son ventre.

L'absence de ce processus psychique, particulier à la grossesse, aurait une incidence bien connue des psychiatres sur le développement de l'enfant à court et à long terme²⁶⁸. Des recherches récentes démontrent que le fœtus bénéficie d'échanges importants, d'une communication trans-utérine avec celle qui le porte, notamment au niveau du système nerveux. Une bonne organisation psychique de l'enfant en dépendrait.

"On peut admettre aujourd'hui qu'une certaine organisation dans le temps se met en place au cours de la vie foetale et qu'à la naissance, un rudiment d'histoire du sujet existe déjà."²⁶⁹

C'est aussi pour cette raison que la grossesse pour autrui, motivée par l'altruisme, suscite une réserve presque équivalente à la grossesse contractuelle motivée par une rémunération²⁷⁰.

Une prénatalité marquée et troublée par ces manques pourrait être le prélude à une enfance menacée. L'adulte qui en émergera n'ira-t-il pas grossir la liste de ceux qui se cherchent une identité?

268 R. Diatkine, "Fécondation in vitro, congélation d'embryons et mères de substitution, le point de vue d'un psychanalyste", loc.cit., note 262, 283.

269 Id. p.282.

270 Rapport Benda, précité, note 11, p. 34.

La réalisation du contrat ne repose pas seulement sur la bonne volonté des parties et leur détermination à rester fidèles à leurs engagements, mais aussi sur la puissance de sentiments inconnus ou insoupçonnables à la signature du contrat, mais incontournables au moment de la naissance.

Si la mère utérine s'est attachée à son enfant et refuse de l'abandonner, l'enfant serait au coeur d'un conflit opposant ses deux parents génétiques; si son père biologique refuse de le reconnaître ou si la femme de son père biologique refuse d'en demander l'adoption, les termes du contrat ne voudront plus rien dire, et "tout le système s'écroule" ²⁷¹. C'est l'enfant qui subira les conséquences de ne pas être protégé du risque d'être abandonné par les deux parties au contrat, sous prétexte qu'il n'est pas conforme aux attentes, que la situation a changée, la femme du père biologique étant enceinte, ou encore que le nouveau-né est atteint d'une tare ou malformation ²⁷².

En fait, tout le monde semble s'arranger pour tirer le maximum de ces ententes ²⁷³. En fin de compte, c'est l'enfant qui devra supporter les possibles conséquences

271 J.-L. BAUDOUIN, et C. LABRUSSE-RIOU, Produire l'homme: de quel droit?, op.cit., note 4, p. 128.

272 Infra, "Les avenues législatives", Partie II, Chapitre 2 A).

273 Dans les contrats de grossesse, on retrouve des clauses obligeant la gestatrice à avorter en cas de malformation congénitale, et les futurs parents sociaux se réservent le droit de ne pas prendre livraison d'un enfant né handicapé. La gestatrice est toujours légalement considérée mère de l'enfant à cause du fait matériel de l'accouchement qui, dans notre droit positif, fonde la filiation, même si, dans le cas de transfert d'embryon, elle n'est que mère utérine d'un parfait étranger génétique. A son tour, elle pourrait ne pas reconnaître l'enfant et l'abandonner.

psychologiques ou physiques dont il est affligé et qui sont la cause de son abandon par tous.

Différence avec la procréation purement naturelle où aucun tiers n'intervient, l'enfant conçu à l'aide des NTR et né handicapé ou affligé de tares génétiques suite à une faute prouvée d'un des intervenants, aura un recours en responsabilité pour dommages subis ²⁷⁴.

B) Pour la gestatrice sous contrat

La grossesse contractuelle peut-elle, sans excès, être qualifiée d'entreprise à but lucratif? Même les fervents défenseurs de cette pratique disent qu'elle est basée sur la vente d'enfants et qu'alléguer le contraire serait une tromperie ²⁷⁵. L'apport économique des centaines de millions de dollars engendrés par la grossesse contractuelle serait même bénéfique pour la société et tout à fait morale²⁷⁶.

Ce genre d'entreprise n'implique-t-elle pas la possibilité d'une nouvelle forme d'exploitation économique du corps de la femme sur la base de ses capacités reproductives ²⁷⁷ (1)?

274 B. M. KNOPPERS, Conception artificielle et responsabilité médicale - Une étude de droit comparé, op.cit., note 15, p. 207.

275 Peter H. SCHUCK, "The Social Utility of Surrogacy", (1990) 13 Havard Journal of Law and Public Policy 132, 136.

276 Id., p. 133.

277 Le danger d'exploitation semble bien réel: K. H. ROTHENBERG, "Gestational Surrogacy and the Health Care Provider: Put Part of the "IVF Genie" Back Into the Bottle", loc.cit., note 193, 347. Certaines femmes

La naissance d'un enfant "commandé pour autrui" pose un problème de taille pour celle qui "accouche pour autrui", surtout si celle-ci a mal anticipé ses réactions maternelles face à l'enfant qu'elle doit livrer au couple infertile commanditaire (2).

1. Exploitation potentielle de la grossesse

Sous la contrainte économique, certaines femmes démunies pourraient consentir à des clauses abusives et dévalorisantes à l'intérieur d'un contrat de grossesse ²⁷⁸. D'ailleurs, ce contrat comporte, par essence même, certaines obligations qui réduisent beaucoup l'autonomie de la femme sous contrat, au point d'en être une atteinte à l'exercice des droits relatifs à son propre corps ²⁷⁹.

Il en est ainsi des clauses lui interdisant de fumer, de boire de l'alcool, ou qui l'obligent à passer des visites médicales régulièrement pendant tout le temps de sa grossesse, à se soumettre à certains tests prénatals, à ne

défavorisées d'Amérique du Sud porteraient déjà des enfants pour des familles aisées des Etats Unis selon une divulgation faite par M^e Gilles Létourneau, Président de la Commission de réforme du droit de Canada, devant les audiences de la Commission royale sur les Nouvelles technologies de reproduction tenues à Montréal le 21 novembre 1990. D'autres femmes pauvres pourraient prendre des risques inconsidérés eu égard à leur santé et en mourir: S. DODDS, K. JONES, "Surrogacy and Autonomy", loc.cit., note 193.

278 CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, Enjeux, quand la technologie transforme la maternité: les nouvelles technologies de reproduction, Avis synthèse du Conseil du statut de la femme, mai 1989, op.cit., note 8.

279 J.-L. BAUDOIN et C. LABRUSSE-RIOU, Produire l'homme: de quel droit? op.cit., note 4, p. 129.

pas se faire avorter ²⁸⁰, ou le contraire advenant une malformation du fœtus, et de toute autre clause paraissant utile aux créanciers.

Par ailleurs, le consentement de la gestatrice à ces clauses ne leur enlève pas leur caractère de servitude d'un être humain sur un autre, véritable atteinte à la dignité humaine ²⁸¹.

Mais le plus grand des risques auquel la gestatrice s'expose est certainement d'avoir mal évalué sa capacité de se détacher de son enfant à la naissance.

2. Situations difficiles

"On frémit à penser que l'idéal d'une mère donneuse pourrait être, pour réussir l'abandon qui va couronner le terme de sa grossesse, de se détourner de toute attention à son bébé, de refuser toute réponse aux signaux de vie qu'il lui lance, de se détourner de tout imaginaire sur l'enfant à venir, de refouler en elle tous les fantasmes de maternité et d'idéal d'enfant [...]" ²⁸².

Depuis des années, on essaye de nous sensibiliser aux échanges affectifs et biologiques entre la mère et l'enfant à naître, au fait que se créent des liens intimes, subtils, secrets entre eux pendant les neuf mois de la grossesse. Malgré tout, l'existence d'un instinct maternel entre la mère et l'enfant avant la naissance est remis en question

280 Soulignons que l'avortement n'est plus un crime au Canada: supra, note 67.

281 Pour les notions de dignité humaine: supra, note 115.

282 R. SOULAYROL, "Mères porteuses, l'espoir abusé", Journal Le Monde, loc.cit., note 93.

par certains auteurs ²⁸³. Au Québec, une certaine jurisprudence commence par contre à reconnaître cet instinct ²⁸⁴.

Sentir la vie bouger en soi devrait suffire pour laisser des marques indéniables dans le coeur de celle qui vit une telle expérience. Et que dire de l'accouchement qui, selon une majorité de mères, serait une épreuve en général difficile et laissant des marques sur et dans le corps.

Est-il possible, après neuf mois de gestation, d'accoucher et de se séparer d'un enfant, sans déchirement, alors qu'il porte la marque biologique et génétique plus souvent qu'autrement (dans tous les cas d'insémination artificielle) de celle qui l'a porté? Les choses devraient-elles être différentes quand il s'agit de contrat de grossesse? L'association du Barreau canadien, qui ne condamne pas les contrats de grossesse, pense que non ²⁸⁵.

L'intérêt des promoteurs de la gestation contractuelle est d'éviter de porter le débat sur ce sujet. Cela est compréhensible puisque la réalisation d'un contrat de

283 G. DELAISI DE PARSEVAL et A. JANAUD, L'enfant à tout prix, op.cit., note 28.

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

285 Dans un mémoire à l'intention de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction, l'Association du Barreau canadien recommande que le contrat de grossesse ne soit pas exécutoire contre la gestatrice qui déciderait de garder son enfant. Après l'accouchement, celle-ci devrait bénéficier de dix jours afin de tester ses sentiments: ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, Mémoire de l'Association du Barreau canadien à la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction, Législation et réforme du droit, novembre 1990, p. 61.

grossesse doit passer par l'ignorance des liens intenses qui se créent entre la mère et l'enfant qu'elle porte.

"Comment peut-on bouleverser, avec une telle inconséquence et une telle légèreté, la relation mère-enfant, ce premier lien humanisant" ²⁸⁶.

Même dans la grossesse pour autrui, l'instinct maternel est parfois plus fort que toute autre considération. C'est ainsi que certains jugements ont permis de découvrir tout le drame d'une séparation forcée entre la mère utérine, la gestatrice d'un contrat de grossesse, et son enfant ²⁸⁷. Les promoteurs de ces ententes diront sans aucun doute que la candidate était mal choisie à cause de son état émotionnel trop fragile, trop humain.

Forcer la gestatrice à donner son enfant à la naissance à cause d'un contrat permet l'analogie avec celles qui ont dû abandonner leur progéniture à l'adoption sous la pression d'une société qui ne percevait la conception que

286 Anne-Marie De VILAINÉ, "Maternité en miettes et malheurs en chaîne", dans Sortir la maternité du laboratoire, op.cit., note 9, pp. 68 et 69.

287 In the Matter of BABY M., précité, note 160; Dans l'affaire Johnson c. Calvert, No. 63-31-90 (Orange Cty. Super. Ct. Calif. October 22, 1990, cité dans: K. H. ROTHENBERG, "Gestational Surrogacy and the Health Care Provider: Put Part of the "IVF Genie" Back Into the Bottle", loc.cit., note 277, 345, une gestatrice de Californie demandait la garde partielle de l'enfant issu d'une fécondation in vitro qu'elle avait accouché. Bien que n'ayant aucun lien génétique avec l'enfant, elle tentait de démontrer l'attachement profond qu'elle avait développé pendant les mois de la grossesse. Elle ne pouvait se faire à l'idée d'interrompre la relation affective qui s'était ainsi créée. Le juge Richard Parslow trouvant le contrat valide, rejette la demande en estimant que deux mères naturelles seraient source de confusion pour l'équilibre affectif de l'enfant.

dans le mariage. L'histoire nous apprend que ces femmes n'auraient jamais oublié l'enfant mis au monde, même après de nombreuses années et certaines en souffriraient ²⁸⁸.

Advenant un encadrement légal de la gestation sous contrat, il devrait être reconnu que la mère utérine peut toujours garder l'enfant s'il elle le désire ²⁸⁹. Elle devrait tout au moins avoir une période de réflexion allouée après l'accouchement. Même ceux qui sont en faveur de la grossesse contractuelle le reconnaissent ²⁹⁰. Ce qui, il faut bien le dire, va alors à l'encontre des intérêts du couple créancier. En fait, selon l'état du droit québécois, il nous paraît peu vraisemblable qu'un tribunal valide un contrat de grossesse comme ce fût le cas dans l'affaire Bébé M aux Etats-Unis ²⁹¹.

La gestatrice, qui après l'accouchement se sentirait incapable de se défaire de son enfant, devrait le garder sans aucune autre forme de procès. Il lui suffirait dès la naissance de faire établir sa maternité en procédant à l'enregistrement civil de la naissance selon les modalités de l'article 53a C.c. ²⁹².

La grossesse contractuelle n'a pas d'impact que sur la gestatrice et l'enfant qu'elle porte. La société dans son

288 Droit de la famille 657, précité, note 216, 1694.

289 La nouvelle loi anglaise sur les NTR prévoit cette possibilité; Infra, PARTIE II, Chapitre 2, Section 2 A) "Les limites juridiques, aperçu international".

290 P. H. SCHUCK, "The Social Utility of Surrogacy", Loc.cit., note 275, 137.

291 Supra, note 160.

292 Supra, partie I, Chapitre 1 "filiation".

ensemble pourrait y voir là une nouvelle façon de se reproduire. Le désir d'enfant serait exaucé sans les responsabilités qui vont de pair.

Section 2: Pour la société

En dehors de la gestatrice et de l'enfant, la grossesse contractuelle concerne aussi la société. Une nouvelle façon de concevoir la maternité est rendue possible par l'effet combiné de la liberté de procréer et du droit fondamental à la non discrimination (A). Cependant, des limites à ce droit sont envisageables (B).

A) Une nouvelle conception de la maternité

Une société qui accepte, via la grossesse pour le compte d'autrui, de réduire la gestation à une pure fonction de fabrication où l'âme et la symbolique sont amputées²⁹³, se rend-elle complice de la dégradation des significations humaines du fait familial dans son ensemble?

Loin d'être en régression, le phénomène de la gestation contractuelle pour le compte d'autrui se multiplie parfois, dans le pire des scénarios possibles.

Selon le mémoire oral de la Commission de réforme du droit du Canada, présenté par Me. Gilles Létourneau devant les audiences publiques de la Commission Royale sur les nouvelles techniques de reproduction à Montréal, le 21

293 Les symboles jouent un rôle important dans la reproduction humaine, notre culture en est marquée: Jean RUFFIE, Le sexe et la mort, Paris, Seuil, 1986, p. 219 et ss; J. A. ROBERTSON, "Decisional Authority Over Embryos and Control of I.V.A. Technology", Loc.cit., note 255, 293.

novembre 1990, des mexicaines porteraient déjà les enfants de riches américaines.

Le contrat de grossesse commence à se banaliser par la publication d'annonces sollicitant des candidates. Le caractère légal de telles annonces nous paraît aussi suspect que le contrat de grossesse. D'ailleurs, la loi anglaise, qui a pour but d'interdire la commercialisation de la grossesse, pénalise les responsables de telles annonces ²⁹⁴.

Le glissement de la société de l'éthique de responsabilité vers une éthique du désir est un risque qu'il ne faut pas ignorer. La structure traditionnelle de la maternité et de la famille ainsi que l'unité biologique de cette dernière sont remises en cause ²⁹⁵.

"Ceux qui commandent l'enfant n'acceptent ni la responsabilité de la grossesse, ni celle de la gestation. Celle qui le porte, de son côté, accepte la responsabilité de sa fabrication, mais non de son éducation".²⁹⁶.

Une nouvelle idéologie de la maternité permettrait-elle de se "payer un enfant" comme n'importe quel bien de consommation? L'enfant pourrait, à la rigueur, devenir un

294 Surrogacy Arrangement Act, 1985, art.3.

295 Eliane MORGON-DUMAS, L'insémination artificielle au regard du droit positif actuel et des propositions de lois récentes, mémoire de doctorat, Lyon III, Faculté de droit, Université Jean Moulin, 1978-1979, p.13.

296 J.-L.BAUDOUIN et C. LABRUSSE-RIOU, Produire l'homme: de quel droit?, op.cit., note 4, p. 111.

bien de compagnie pour des personnes seules en quête d'une parentalité ²⁹⁷.

Devrait-on permettre aux personnes célibataires, ou à un couple de lesbiennes, d'avoir accès aux techniques de reproduction assistée? Oui, répondent certains ²⁹⁸, au nom du principe des droits de la personne, notamment la non discrimination garantie dans les Chartes ²⁹⁹.

Avec la grossesse contractuelle il y a rupture des responsabilités échouant usuellement aux parents sous une seule bannière. Mais il y a aussi un mensonge délibéré et planifié qui entraîne le droit en dehors des certitudes habituelles de la vérité génétique.

297 Supra, PARTIE II, Chapitre 1, "Le droit au père et à la mère".

298 Mémoire de la Commission de réforme du droit du Canada, op.cit., note 107. Dans la perspective féministe lesbienne, on est d'accord pour que les techniques de reproduction assistées desservent les couples de lesbiennes. D'ailleurs, l'expression reproduction assistée est remplacée par le terme "reproduction alternative": M. A. COFFEN, "Of Father Born: A Lesbian Feminist Critique of the Ontario Law Reform Commission on Artificial Insemination", (1986) Canadian Journal of Women and the Law 424. Ce sujet sera étudié à la fin de cet essai, infra, Chapitre 2, Section 2 B), "Atteinte possible aux droits fondamentaux".

299 Charte des droits et libertés de la personne, art. 10, Charte canadienne des droits et libertés, art.15, précitées, note 53.

B) Droit et vérité

Le droit, dans son pluralisme normatif, a toujours su, à de rares exceptions près³⁰⁰, faire refléter la vérité de la nature.

Fait social ou "instrument de construction du tissu social"³⁰¹, le droit sécrétait la norme. Dire que la filiation véritable est la filiation biologique, c'était constater un fait de la nature qui permettait par la même occasion de fonder la filiation par le sang avec une certitude qui avait le mérite de la simplicité. C'était le reflet de la vérité de la nature en plus de celui des valeurs morales de la société. Le droit, la morale, la culture et la science parlaient le même langage. Certitude réconfortante pour tous: l'enfant avait toujours pour mère celle qui venait de l'accoucher parce que la vérité biologique équivalait à la vérité génétique.

Depuis l'avènement de la gestation pour autrui, tout se complique et la vérité du sang ne veut plus dire grand

300 Une exception concerne l'enfant adopté légalement qui est considéré comme l'enfant de ses parents adoptifs. Le droit lui confère une filiation fictive qui se substitue à sa filiation d'origine au point que les droits et obligations de chacun sont les mêmes que ceux de la filiation par le sang: art. 627, 628 C.c.Q.; Certains effets de nullité provoquent aussi un mensonge délibéré du droit qui en sécrétant une fiction fera en sorte qu'un mariage annulé sera censé n'avoir jamais existé. (effet cependant tempéré par la théorie du "mariage putatif", art.431 à 439 C.c.Q.).

301 Jacques-Yvan MORIN, "Une Charte des droits de l'homme pour le Québec", (1963) 9 McGill L. J. 273, 273.

chose ³⁰², en fait il n'existe plus une vérité, mais des vérités. Mais comment accommoder toutes les réalités? Celle qui fournit l'ovocyte, porteur du patrimoine génétique, est-elle plus mère que celle qui fournit le gîte et la nourriture au fœtus, ou que celle qui l'élèvera après sa naissance ³⁰³?

La dissociation entre le génétique et le gestationnel est responsable de ces hésitations et questionne quant à l'établissement de la maternité telle que définie de nos jours.

302 Et si dans un renversement total des positions usuelles on dépassait ce cadre normatif, cela serait-il nécessairement négatif? Que la question se pose montre bien qu'une autre orientation peut inspirer les esprits. D'ailleurs, aussi séduisante qu'elle soit dans sa simplicité objective, la vérité du sang comme fondement de la filiation est-elle trop simple pour être suffisante?: Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN "La réforme du droit de la filiation en Belgique - Analyse du projet de loi n° 305" (1979) Revue trimestrielle de droit familial 66.

303 Pour certains, on devrait traiter les donneuses d'ovules exactement comme les donneurs de sperme et aucun droit de regard sur l'enfant conçu ne devrait leur être accordé, afin d'éviter des poursuites possibles en revendication de parenté de la donneuse à la gestatrice. Le tribunal confronté à une telle demande devrait néanmoins décerner le titre de mère et la garde selon le principe du meilleur intérêt de l'enfant: THE NEW YORK STATE TASK FORCE ON LIFE AND THE LAW, Surrogate Parenting: Analysis and Recommendations for Public Policy, op.cit., note 77, p. 47. La question est de savoir si on peut considérer comme simple donneuse d'ovule celle qui le fait suite à un projet parental qu'elle entend bien réaliser? Un tribunal du Michigan a déjà permis d'établir une maternité sur preuve que la requérante avait fourni l'ovule nécessaire à la conception d'un enfant porté par une tierce personne gestatrice: Smith v. Jones, N°. 85-532014DZ (Mich.Cir.Ct., Wayne Co. March 14, 1986).

Proclamer, à l'encontre du droit positif ³⁰⁴, que la femme de celui qui a donné le sperme nécessaire à la conception par contrat de grossesse est la vraie mère ³⁰⁵, revient à donner un autre sens à la vérité de la nature en plus de reléguer la conception, la gestation et l'accouchement à une pure technicité vidées du sens humain auquel nous étions habitué.

Dans le cas d'enfants issus des contrats de grossesse, l'établissement de la filiation devient une construction juridique qui favorise plus la paix des familles que la vérité génétique. Au nom d'une vérité sociale, on camoufle, on déforme la vérité de la nature, la seule que nous connaissions. Mais est-ce si grave que cela?

Comme nous l'avons vu, ce genre de fiction juridique existe aussi dans le cas d'enfants adoptés afin de leur permettre l'attribution d'une filiation stable ³⁰⁶. Ici, on remédie au cas d'un enfant déjà né mais abandonné ³⁰⁷, que

304 Supra, PARTIE I, Section 2 B) "filiation".

305 C'est d'ailleurs la volonté exprimée en toute logique dans un contrat de grossesse, c'est aussi parfois la vérité de la nature quand les futurs parents ont chacun fourni la moitié du patrimoine génétique.

306 Art. 618 C.c.Q.: "L'ordonnance de placement confère l'autorité parentale à l'adoptant. Elle fait obstacle à toute restitution de l'enfant à ses parents ou à son tuteur, ainsi qu'à l'établissement d'un lien de filiation entre l'enfant et ses parents par le sang." (nous avons souligné)

307 Le principe de la recherche du meilleur intérêt de l'enfant, qui doit toujours guider le tribunal (art. 30 C.c.), précité, note 243, rend parfois le lien biologique secondaire au profit du lien psychologique. L'article 586 C.c.Q aussi. Pour une étude sur la signification et le rôle du parent psychologique: Claude BOISCLAIR, Les droits et les besoins de l'enfant en matière de garde: réalité ou apparence?, Sherbrooke,

le droit aille contre nature nous semble un moindre mal dans la mesure où il tente de réparer une situation de fait qui existait avant toute intervention juridique. Mais, que cette déformation volontaire de la vérité de la nature soit planifiée à l'avance, dans le cas du contrat de grossesse, afin de faire valoir une vérité de convenance, est une chose différente.

En fait, le rattachement de l'enfant à sa famille sociale peut dépendre de l'utilisation d'un certain nombre d'artifices, plus ou moins légaux³⁰⁸, et surtout de la bonne volonté de toutes les parties.

Le droit est-il en retard, le principe de vérité dépendant des données de la biologie classique qui rattache l'enfant à ses deux parents génétiques, principe même de la filiation³⁰⁹. Avec la grossesse contractuelle, ce mécanisme devrait-il être adapté afin de faire refléter, non plus la vérité de la nature, qui n'existe de toutes façons plus quand on dissocie la mère génétique de la femme qui

Editions de la Faculté de droit, 1978, p.147. Pour une courte rétrospective des différents jugements de la Cour suprême du Canada sur l'intérêt de l'enfant: Droit de la famille 657, précité, note 216.

308 Certains pensent que le couple commanditaire pourrait s'attirer des problèmes si personne ne veut reconnaître que l'enfant du contrat est leur enfant. Ainsi, le directeur de la protection de la jeunesse pourrait être obligé de prendre l'enfant à sa charge en vertu de la Loi sur la protection de la jeunesse. D'autres problèmes pourraient surgir en rapport avec les impôts, les allocations familiales, le système scolaire, et les autres membres de la famille: PRIX CHARLES-CODERRE, Réflexions sur le phénomène des femmes porteuses d'enfants, op.cit., note 58, p. 161.

309 supra, PARTIE I, Chapitre 1, Section 2 B) "Filiation".

accouche, ou quand on dissocie la mère génétique de la mère sociologique, mais une vérité de convenance?

En fait l'accouchement n'est plus une preuve de vérité génétique et l'élément physiologique n'est plus le seul auquel on devrait accorder de l'importance. Le principe de vérité biologique sur lequel le droit s'appuie ne devrait-il pas céder devant d'autres impératifs s'ils ne vont pas à l'encontre de l'intérêt de l'enfant? La filiation sociologique et les intérêts des parties concernées méritent aussi d'être considérés ³¹⁰.

A la lumière de ce qui suit, on constate que le principe de la vérité biologique n'est plus aussi crédible, il ne traduit plus les certitudes auxquelles nous étions habitués. Pire, il introduit parfois une certaine confusion et:

"c'est au droit qu'il appartiendra [...] de choisir une vérité plutôt qu'une autre, voire de reconnaître comme véritable la filiation sociologique."³¹¹

Le droit ne sait-il pas déjà se satisfaire de vérités sociologiques ³¹²?

Place au forum de juristes, bio-éthiciens, philosophes et politiciens pour réparer une certaine inflation du droit

310 Marie PRATTE et Elisabeth FORTIS-MONJAL, "Présomption de paternité et vérité biologique en droit français et québécois.", Dalloz 1988, Chr. VI, 37.

311 Id.

312 Par exemple, lorsqu'il fait reposer la filiation juridique sur la vérité sociologique: article 586 C.c.Q. "Le recours en désaveu ou en contestation de paternité n'est pas recevable si l'enfant a été conçu par insémination artificielle, soit des oeuvres du mari, soit des oeuvres d'un tiers, du consentement des époux."

qui, dans le cas de la grossesse contractuelle, est totalement dépassé par les événements dictés eux-même par une technologie qui avance si vite qu'elle influence nos comportements avant même que la réflexion ait pris place.

La question préoccupe suffisamment pour que normes et limites se retrouvent dans les conclusions de différents rapports de comités spécialisés étoffant ainsi les enjeux légaux ³¹³.

CHAPITRE 2 LES ENJEUX LEGAUX

Fruit d'une technique de plus en plus élaborée, la grossesse contractuelle questionne. Il existe désormais un écart important entre la technique des sciences procréatives pouvant mener au contrat de grossesse et l'élaboration de politiques législatives adéquates pour veiller à une application judicieuse de ces techniques.

Une saine politique législative démocratique devrait refléter la volonté populaire majoritaire. Comme première étape, les rapports de comités spécialisés (Section 1), reflet des positions dominantes, jouent un rôle important dans l'élaboration de futures limites juridiques à la grossesse par procuration (section 2).

Section 1: Les limites normatives

La prise de conscience des problèmes reliés à la grossesse pour autrui se reflète à travers les débats

313 Pour certains, les limites normatives sont suffisantes pour remplacer la loi. Un système normatif à la place d'une loi laisserait plus de champ aux moeurs et à la morale: J.RUBELLIN-DEVICHI dans ACTES SUD, Colloque génétique, procréation et droit, op.cit., note 10, p. 61.

publics organisés aussi bien au Canada (A) que dans le monde (B).

A) Au Canada

Le 25 octobre 1989, le gouvernement du Canada rendait publique la constitution d'une commission royale d'enquête sur les NTR. Formée en vertu de la partie I de la Loi sur les enquêtes, la Commission royale sur les nouvelles technologies de reproduction est une première au Canada.

Le mandat des neuf Commissaires qui la composent est de faire enquête sur les progrès actuels et prévisibles de la science et de la médecine en matière de techniques de reproduction et de présenter un rapport final. Le phénomène du recours à la gestation pour le compte d'autrui fait partie de l'enquête à titre de conséquence des NTR car le mandat de la Commission inclut aussi de se pencher sur le bien-être et la santé génésique des femmes.

L'intérêt de la Commission royale est, entre autre, de susciter la production de nombreux rapports, sous forme de mémoires d'organismes professionnels ou de groupes privés et même de particuliers. Ainsi, la Commission de réforme du droit (ci-après CRD), dans son mémoire oral aux audiences de Montréal devant la Commission royale, souhaite, entre autre, voir disparaître la pratique des contrats de grossesse à titre onéreux³¹⁴. Tant en fonction du droit que de l'intérêt public, la CRD allègue que déclarer ces contrats nuls et non avenus devrait suffire à convaincre le public d'y renoncer.

314 Il faut donc en conclure que la Commission de réforme du droit ne s'oppose pas aux ententes qui ne stipulent aucune rémunération.

Cependant, la CRD n'est pas unanime quand il s'agit de faire appel au droit pénal comme mesure supplémentaire, sauf contre les intermédiaires qui, contre rémunération, aideraient à la conclusion de ces contrats. Selon notre compréhension, par intermédiaires, il faut entendre toute personne autre que les parties directement impliquées dans le contrat, c'est à dire les personnes autres que les donneurs de gamètes, la gestatrice et son mari ou conjoint, et les personnes commanditaires.

L'Association du Barreau canadien, dans son rapport de novembre 1990 ³¹⁵, ne recommande pas d'interdire expressément les contrats de grossesse ³¹⁶. Cependant, ce contrat ne devrait pas être exécutoire contre la gestatrice qui aurait de plus le privilège de ne pas honorer son contrat et de garder l'enfant qu'elle a mis au monde ³¹⁷.

315 ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, Mémoire de l'Association du Barreau canadien à la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction, op.cit., note 285, p. 51 et suivantes.

316 Id., p. 61.

317 Id., L'Association assimile à un acte illicite tout paiement de la part des parents commanditaires en vue de l'adoption de l'enfant. On propose aussi d'atténuer les effets présomptifs de paternité du Code civil afin de faciliter la filiation avec les parents sociaux de l'enfant. Le Code civil du Québec prévoit en effet une présomption de paternité pour le mari de la femme qui accouche (art.574), cette présomption est irréfragable lorsque l'enfant a été conçu par insémination artificielle du consentement des époux (art.586). Par ailleurs, le Projet de loi 125 (art.580 al.2), permettra au mari de la gestatrice de contester sa paternité même s'il a consenti à la procréation médicalement assistée, s'il prouve que l'enfant n'est pas issu de celle-ci, supra, Chapitre 1, Section 1 A) "l'intérêt de l'enfant".

A l'inverse, le Comité du Barreau du Québec ³¹⁸, affirme sa volonté d'interdire et de pénaliser la maternité de substitution, de déclarer tout contrat de grossesse nul car contre l'ordre public, de prévoir une sanction professionnelle contre l'avocat ayant dérogé à l'éthique professionnelle et suggère que soit modifiée la Loi sur la protection de la jeunesse afin de couvrir le phénomène des contrats de grossesse. Enfin, selon le Comité, aucun droit préférentiel d'adoption ne devrait être accordé à la conjointe du père biologique, lorsque l'enfant est issu d'un contrat de grossesse (art.18 à 21).

On est bien loin des propositions du Rapport ontarien sur le sujet qui donne préférence au couple commanditaire. L'Ontario Law Reform Commission ³¹⁹ pour qui les conventions de grossesse sont acceptables afin de combattre l'infertilité, propose une intervention législative concrète afin d'encadrer correctement le phénomène. Par exemple, les conventions devront être approuvées par le tribunal de la famille qui jugera s'il y va de l'intérêt de l'enfant et si les futurs parents se qualifient suffisamment à ce titre ³²⁰. La Commission va aussi loin que de reconnaître une filiation automatique aux parents commanditaires, en dépit

318 BARREAU DU QUÉBEC, Rapport du comité sur les nouvelles technologies de reproductions, op.cit., note 6.

319 ONTARIO LAW REFORM COMMISSION, Report on Human Artificial Reproduction and Related Matters, Toronto, 1985.

320 Id., art.37 à 39; cette façon de faire s'est entre autre attiré un lot de critiques défavorables. On reproche au Rapport d'être simpliste en plus de suggérer au législateur ontarien un schéma complexe d'aménagement législatif et réglementaire: J.-L. BAUDOUIN, "Les problèmes juridiques de la procréation artificielle. Aperçu comparatif de la situation en Amérique du Nord" op.cit., note 65, p. 131.

même de l'opposition de la gestatrice qui déciderait de garder l'enfant après l'accouchement ³²¹.

Cette position peut sembler extrême. Peter Schuck, un auteur favorable à la grossesse sous contrat au point d'y voir une utilité sociale, reconnaît la possibilité à la mère de garder son enfant au détriment du principe même de la grossesse contractuelle ³²².

Dans la même veine, la Société canadienne de fertilité et d'andrologie et la Société des obstétriciens et gynécologues du Canada ont émis récemment un rapport conjoint dans lequel ils ne condamnent pas la gestation pour le compte d'autrui ³²³. En fait, on recommande que celle-ci soit permise pour des raisons médicales seulement et non pour des raisons de convenance ou de commercialisation de la grossesse. Le rapport reconnaît cependant les risques importants inhérents à la méthode et préconise une étude de l'impact légal et psychologique possible sur toutes les parties ³²⁴.

A l'instar de l'Association du Barreau canadien, le rapport recommande aussi qu'une période de grâce soit accordée à la gestatrice avant qu'elle ne donne son enfant

321 Id., art. 49, 52, 56 et 58.

322 P.H. SCHUCK, "The Social Utility of Surrogacy", loc.-cit., note 275, 132, 137; Ce point de vue est aussi partagé par l'Association du Barreau canadien, Supra, note 285.

323 THE CANADIAN FERTILITY AND ANDROLOGY SOCIETY AND THE SOCIETY OF OBSTETRICIANS AND GYNAECOLOGISTS OF CANADA, Ethical Considerations of the New Reproductive Technologies, A Report of the Combined Ethics Committee, Published by Ribosome Communications, sept. 1990, p. 51.

324 Id.

au couple commanditaire. Ceci, afin de tester ses sentiments. On reconnaît par là qu'il est fort difficile, voire impossible, d'anticiper les sentiments de la mère utérine à la naissance du bébé.

Il est intéressant de remarquer que la décision des parents commanditaires de refuser l'adoption de l'enfant à sa naissance pour cause de tares ou malformations est défendue par ce rapport. On y fait la différence entre la malformation due à la négligence de la gestatrice, cas où le couple infertile pourrait refuser de prendre possession de l'enfant et la malformation congénitale, risque existant dans toute grossesse, et qui ne permettrait pas le refus de l'enfant ³²⁵.

Le gouvernement du Québec a semblé aussi s'intéresser à toute la problématique, si l'on en juge par le Rapport du Comité de travail sur les nouvelles technologies de reproduction remis au ministre de la Santé d'alors, Madame Lavoie-Roux ³²⁶.

Le Comité québécois s'est unanimement prononcé contre le principe des contrats de grossesse, à l'article 54 de son Avis et recommandations sur la question (p. 84, 89). Le Comité de travail n'est cependant plus unanime quand il s'agit d'ententes privées sans contrat (art.55), mais reste majoritairement contre.

Une majorité des membres se déclare favorable à l'interdiction d'agences spécialisées dans ce type de contrats.

325 Id., p. 52.

326 MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, rapport du comité de travail sur les nouvelles technologies de reproduction humaine, op.cit., note 11.

On propose aussi de modifier l'article 135.1 de la Loi sur la protection de la jeunesse, afin qu'il s'applique sans équivoque aux intermédiaires spécialisés dans les contrats de grossesse. Cependant, à l'inverse du Barreau, on ne se prononce pas sur l'aspect déontologique des professionnels intervenant dans de tels contrats. Les membres du comité sont aussi contre la pratique des contrats de grossesse avec transfert d'embryons, vu les risques d'une pratique sociale encore plus inacceptable.

Signalons que le sujet préoccupe aussi grandement les organismes de représentation populaire ³²⁷. En attendant,

327 Sous l'égide du CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME AU QUÉBEC (CSF), s'est tenu le Forum international sur les nouvelles techniques de reproduction, en octobre 1987 à Montréal. Le CSF s'est souvent et toujours prononcé contre la grossesse sous contrat alléguant la nullité de tel contrat en vertu du Code civil, des implications affectives et humaines, de l'aliénation des droits des femmes pendant la grossesse et des effets possibles sur la notion de maternité et sur la conception de la reproduction de la vie. D'autres organismes parfois moins connus sont venus présenter leur point de vue aux audiences publiques de la Commission royale sur les nouvelles technologies de reproduction tenues à Montréal. C'est le cas de l'association féminine d'éducation et d'action sociale (AFEAS) qui demande aux gouvernements fédéral et provincial d'imposer un moratoire de cinq ans sur les NTR afin d'éviter les abus tant en laboratoire qu'en pratique. L'association plaide pour un droit aux origines génétiques des enfants conçus à l'aide des NTR. Le mouvement Alliance pour la vie allègue que les contrats de grossesse sont "répugnants" car les enfants y sont traités comme des choses et les femmes comme des prostituées de la reproduction. Ces ententes devraient être interdites. L'Eglise anglicane du Canada s'est aussi prononcée, aux audiences publiques de la Commission royale, totalement contre la grossesse sous contrat. Le rapport du synode général de 1989 de l'Eglise anglicane, est paru sous le titre: Whose Child is This?. Il met en relief les dangers au niveau éthique, légal et théologique du recours à la gestation pour autrui.

le gouvernement du Québec n'a pas encore réagi alors que le domaine de la santé est de sa juridiction en vertu du partage des compétences constitutionnelles. (voir infra, Section 2 B), "Partage des compétences constitutionnelles")

Aucun encadrement n'existe au sujet de toutes ces nouvelles pratiques ³²⁸, que ce soit au plan des lois, des règlements ou des politiques publiques. Seuls des comités d'éthique, attachés aux centres hospitaliers, pourraient se prononcer sur les conditions de pratique des services de reproduction médicalement assistée que ces hôpitaux offrent.

Cela n'aide guère quant au fond de notre propos qui réside dans le phénomène des contrats de grossesse bien que le médecin traitant soit encore la personne la mieux placée pour évaluer la situation. Par exemple, l'insémination artificielle ne sera pas tentée sur une femme dont on a évalué l'impossibilité physiologique de porter un enfant.

Il n'existe aucune loi traitant directement de la question des contrats de grossesse. Le droit actuel, même s'il rend nul un tel contrat qui irait à l'encontre de l'ordre public, semble insuffisant pour régler à posteriori les litiges qui pourraient surgir. Le droit de demain, en spécifiant la nullité sans plus des conventions de grossesse pour le compte d'autrui, ne règle pas ce problème mais pourrait en régler d'autres ³²⁹.

328 L'absence de dispositions spéciales dans le Code civil ne crée pas pour autant un vide juridique mais entraîne simplement l'application du droit commun aux situations nouvelles engendrées par l'évolution de la procréatique.

329 Projet de loi 125 (Loi instituant un nouveau Code civil) déposé le 18 décembre 1990 à l'Assemblée nationale du Québec. Il comporte un chapitre sur la procréation

B) Aperçu international

En Angleterre, le "Rapport Warnock"³³⁰, a fait suite à la "Commission d'enquête sur la fécondation humaine et l'embryologie" de juillet 1984. Ce rapport, à l'époque le premier du genre dans le monde, reste certainement un des plus avancés sur le sujet. Il a le mérite de clarifier un sujet difficile à cerner. Les différentes méthodes de traitement de l'infertilité, les conséquences sociales, éthiques et légales soulevées par les NTR sont analysées en profondeur.

Le rapport fait état d'arguments en faveur de la grossesse de substitution et d'arguments contre. La

médicalement assistée dont un article précisant que les contrats de grossesse sont sans effet: art. 582 P.L. 125 " Les conventions de procréation ou de gestation pour le compte d'autrui sont nulles." Il reste que nullité ne veut pas dire interdiction malgré ce qu'en ont compris les médias d'information québécois (voir "coupures de journaux", infra, in fine). Les articles du nouveau Code civil sur la procréation artificielle cherche à encadrer principalement l'aide apportée, par la procréation médicalement assistée, aux couples infertiles en quête de progéniture, mais sans passer par une gestatrice. Ainsi, on y protège les donneurs de gamètes contre tout lien de filiation avec l'enfant ainsi conçu (art. 579 P.L. 125). On garantit à l'enfant une filiation paternelle en réaffirmant les principes de l'art. 586 C.c.Q. voulant que la contestation de paternité ne soit pas recevable si l'enfant est conçu par insémination artificielle du consentement des époux, même si le mari n'a pas contribué à la procréation par un apport de force génésique. A l'inverse du droit actuel, l'art. 580 P.L. 125 ne semble pas verrouiller toute contestation de paternité du mari qui aurait consenti à la procréation médicalement assistée (art. 580 al.2).

330 LA DOCUMENTATION FRANCAISE, Rapport de la Commission d'Enquête présidée par Dame Mary WARNOCK, op.cit., note 11, p. 75.

Commission est unanime à condamner le recours à cette pratique à des seules fins de convenance. Le service limité et à but non lucratif de la grossesse par substitution est aussi rejeté à cause des risques élevés d'encouragement de cette façon d'aborder la grossesse ³³¹.

La Commission reste majoritairement favorable à l'intervention du droit pénal ³³², seule façon efficace d'éviter les risques sérieux d'exploitation commerciale de la pratique. Rappelons que ce rapport a servi de support au gouvernement anglais pour légiférer sur la question. Un an après sa publication ³³³, une loi interdisant les contrats de grossesse était votée ³³⁴. La plupart des recommandations du Rapport de la Commission d'enquête présidée par Dame Mary Warnock sur la gestation pour le compte d'autrui y sont matérialisées.

En Australie, la Commission de réforme du droit de la Nouvelle Galles du Sud s'est aussi grandement intéressée à la conception médicalement assistée. Après un premier rapport sur l'insémination artificielle en 1986 et un autre en 1988 sur la fécondation in vitro ³³⁵, un rapport sur la maternité de substitution est déposé le 2 mars 1989 ³³⁶.

331 Id., p. 76.

332 Deux commissaires étaient dissidents: docteurs Greegross et Davies.

333 Le rapport fut déposé en juillet 1984 après deux ans de travail.

334 Surrogacy Arrangements Act 1985, 1985 Chapter 49.

335 Human Artificial Insémination (LRC 49, 1986); In vitro fertilization (LRC 58, 1988).

336 Report on Surrogate Motherhood by the New South Wales Law, LRC 60, March 1989.

Le Rapport dénonce toute forme de maternité pour le compte d'autrui. Cette maternité, commerciale ou non, dénigrerait la place de la femme dans la société et tout le processus de la naissance afin de satisfaire des couples infertiles.

Le rapport considère que l'enfant ne peut avoir intérêt à naître dans ces conditions ³³⁷. Considérant que même sous contrôle étatique la grossesse pour autrui est inacceptable ³³⁸, le Rapport recommande de décourager et d'interdire, avec sanctions pénales, toute forme de contrat de grossesse ³³⁹, de pénaliser les intermédiaires professionnels du droit et de la santé, de déclarer ces contrats nuls, de présumer la gestatrice seule mère de l'enfant, de ne pas faciliter la filiation entre l'enfant et le couple commanditaire, sauf si de l'avis d'un tribunal, il y va de l'intérêt de l'enfant.

337 J. G. STARKE, "Surrogate Motherhood - Report of the South Wales Law Reform Commission", (1989) 63 The Australian Law Journal 303, 304.

338 La Commission blâme au passage le rapport ontarien (Ontario Law Reform Commission Toronto, 1985), qui serait le seul rapport d'envergure dans le monde à permettre ouvertement le contrat de grossesse.

339 Six raisons principales sont invoquées pour ce faire: 1) la création délibérée d'une vie comme traitement à l'infertilité n'est pas acceptable; 2) le corps de la gestatrice est au service des commanditaires; 3) la séparation de l'enfant de sa mère utérine est planifiée et se fait à la naissance et pour toujours; 4) on ignore les intérêts des autres membres de la famille des participants; 5) la liberté de choix de la gestatrice de garder l'enfant n'existe pas; 6) la reconnaissance des contrats de grossesse irait à l'encontre des règles sur lesquelles reposent la garde et l'adoption de l'enfant. L'intérêt de l'enfant et son bien-être devraient être prioritaires à l'intérêt des participants, ce qui n'est pas le cas dans ces ententes.

En République Fédérale d'Allemagne, le "Rapport Benda"³⁴⁰, présenté aux autorités en novembre 1985, a servi de base aux travaux du législateur allemand qui vient effectivement de légiférer sur les sciences procréatiques³⁴¹.

Les recommandations du Rapport sur la grossesse pour autrui vont dans le sens du Rapport Warnock. Forte d'une résolution prise par le 88^e congrès des médecins allemands³⁴², la Commission Benda recommande au législateur d'interdire la maternité de substitution, même à titre gratuit³⁴³. Cependant, l'intervention du droit pénal n'est pas requise.

En France, le Comité national d'éthique avait, dès 1984, pris position contre le phénomène des contrats de grossesse, les considérant immoraux et contraires au meilleur intérêt de l'enfant³⁴⁴.

En février 1986, un rapport au Premier ministre allait dans le même sens, préconisant que les femmes qui accepteraient de porter un enfant pour autrui devraient être libres de leur décision finale d'abandonner ou non leur enfant à la naissance. Les rapporteurs soulignèrent la nullité de tout contrat de grossesse pour atteinte à

340 Précité, note 11.

341 German Law Protects Embryos, (1990) Bull.Med.Eth. 9.

342 "En raison des inconvénients possibles pour l'enfant et des dangers d'une commercialisation de la fécondation in vitro et du transfert d'embryons, la pratique des contrats de grossesse doit être rejetée."

343 Id., p. 35.

344 COMITÉ NATIONAL D'ÉTHIQUE, "Avis sur les problèmes éthiques posés par le recours aux mères de substitution", 23 octobre 1984.

l'ordre public ³⁴⁵. Deux ans plus tard, un avant projet de loi sur les sciences de la vie a été déposé ³⁴⁶.

On y concrétise la nullité du contrat de grossesse et la répression de ceux qui encouragent cette pratique en réclamant du législateur qu'il inscrive une infraction spécifique au Code pénal (art. 353-1, 4°).

Signalons que la Cour d'appel de Paris a rendu, le 15 juin 1990, un jugement autorisant l'adoption d'enfants conçus par gestation pour le compte d'autrui ³⁴⁷.

345 Les procréations artificielles, rapport au Premier ministre, Paris, La documentation française, 1986, p.107.

346 Avant projet de loi sur les sciences de la vie et les droits de l'homme, "Projet de loi Braibant", Paris, le 5 septembre 1988.

347 L'affaire GENEVREY, Cour d'appel de Paris (1ère ch., sect. c), 15 juin 1990, Répertoire général: 89-18-925. Cet arrêt, rapporté par le journal "Le Monde" du 10 octobre 1990, a semé une certaine confusion dans les milieux qui militent contre la grossesse contractuelle. Peut-être à tort selon nous. Les magistrats, en prenant ainsi une décision contraire à celle du tribunal de grande instance de Paris, avait un problème de taille à régler dans le meilleur intérêt de l'enfant. Seule l'adoption plénière par le père biologique pouvait assurer à l'enfant un foyer chaleureux composé de son père et de son épouse qui le voulaient, alors que sa mère biologique l'avait abandonné. Considérant que cette adoption ne pouvait être prononcée que si le contrat de grossesse n'était pas atteint de nullité, la Cour d'appel de Paris, forte de ce que l'entente était sans but lucratif (cet argument sera répété plusieurs fois dans le jugement), considère "que la maternité de substitution, en tant que libre expression de la volonté et de la responsabilité individuelles de ceux qui y souscrivent, hors de toute préoccupation lucrative, doit être considérée comme licite et conforme à l'ordre public." Une décision contraire aurait forcé la création d'un orphelin à l'encontre du meilleur intérêt de l'enfant. Vu les circonstances de l'affaire, nous ne voyons pas là une autorisation illimitée de la Cour

Pour le journal "Le Monde" du 10 octobre 1990, cet arrêt risque de remettre en question le consensus général qui s'est progressivement dégagé en France ces dernières années à propos de la difficile question de la gestation pour le compte d'autrui. A moins que la Cour de cassation ne soit saisie de l'affaire et n'en décide autrement ³⁴⁸.

Enfin, mentionnons que le législateur français est spécialement intervenu au niveau sanitaire pour la pratique des activités de reproduction médicalement assistée ³⁴⁹. Mais rien encore pour interdire ou encadrer les contrats de grossesse.

Le Conseil de l'Europe, qui regroupe vingt et un Etats membres, dont la France et l'Angleterre, a centré une réflexion sur les sciences biomédicales dans le but d'unifier l'Europe aux niveaux politique et technique. C'est ainsi qu'est né le Comité ad hoc d'experts sur les progrès des sciences biomédicales (ci-après CAHBI), formé de spécialistes dans tous les domaines ³⁵⁰.

d'appel de permettre les contrats de grossesse comme s'en inquiète le journal parisien "Le Monde".

348 La Cour de cassation a déjà jugé les conventions de grossesse pour autrui comme déroatoires à l'ordre public, illicites et contraires aux principes généraux du Code civil français: Cour de cassation (Civ. 1^{re}), 13 décembre 1989, (1990) 19 Dalloz Sirey, jurisprudence.

349 Décrets 88-327 et 88-328 du 8 avril 1988, (1988), 39 (3), Recueil international de Législation sanitaire 692, 694.

350 F. W. HONDIUS, Vues canadiennes et européennes des droits et libertés - Actes des journées strasbourgeoises 1988, op.cit., note 9, p. 426.

En avril 1987, le CAHBI a déposé son projet de recommandations sur la procréation artificielle humaine devant le Comité des Ministres. Dans le domaine qui nous concerne, le CAHBI demande aux gouvernements européens de combler les vides juridiques existants en légiférant si possible de façon harmonieuse. Unaniment, on recommande le rejet de la commercialisation des techniques biomédicales et plus particulièrement d'interdire les contrats de grossesse en plus de les considérer nuls ³⁵¹.

L'Académie suisse des Sciences médicales (version 1985) émettait une directive concernant la fécondation in vitro et le transfert d'embryons selon laquelle la FIVET ne pouvaient être pratiquées que sur la femme qui s'apprête à élever l'enfant qui en serait issu. De plus, seules les cellules germinatives du couple peuvent servir pour la conception, ce qui élimine la légalité du contrat de grossesse.

Malgré ce qu'en pensent certains ³⁵², nous pensons que les limites normatives sont dans ce domaine insuffisantes pour remplacer la loi.

Section 2: Les limites juridiques

La volonté d'établir des limites juridiques à la grossesse contractuelle procède des différents rapports soumis aux gouvernements concernés. Quelques pays, influencés par ces rapports, ont décidé de légiférer à propos des sciences procréatives et aussi sur le phénomène

351 Id., p. 432.

352 J.RUBELLIN-DEVICHI dans ACTES SUD, Colloque génétique, procréation et droit, op.cit., note 10, p. 61.

des contrats de grossesse (A). Suite au futur rapport de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction, une législation canadienne pourrait bien voir le jour (B).

A) Les avenues législatives

L'aperçu international (1) sur la façon d'établir des limites juridiques aux sciences procréatives et à la grossesse contractuelle, permet d'envisager les options possibles pour le Canada (2).

1) Aperçu international

L'Angleterre a fait suite aux résolutions de la "Commission d'enquête sur la fécondation humaine et l'embryologie" de juillet 1984, le "Rapport Warnock"³⁵³, en adoptant une loi spéciale pour criminaliser les contrats de grossesse établis sur une base commerciale³⁵⁴.

La loi ne vise qu'à pénaliser les intermédiaires et non les cocontractants (art. 2 (2) (a)(b)). Elle reflète une certaine logique en créant une infraction criminelle du fait de publier des annonces dans le but de recruter des candidates aux contrats de grossesse. Ce sont les propriétaires des médias écrits qui doivent payer l'amende (art.3). De plus, en vertu de la common law anglaise, le contrat est contre l'ordre public donc considéré comme

353 Précité note 11.

354 Surrogacy Arrangements Act 1985, précité, note 334, art. 2. Avant cette loi, un juge avait déjà prononcé la nullité d'un contrat de grossesse: Re C., (1985) 15 Fam. Law 191.

nul³⁵⁵. Depuis l'entrée en vigueur de la loi, les agences spécialisées auraient fermé boutique³⁵⁶.

Il faut cependant noter que le Surrogacy Arrangements Act 1985 va moins loin que le rapport "Warnock", puisqu'il n'interdit pas toute forme de paiement à la femme sous contrat. En ne pénalisant pas tous les protagonistes et en ne condamnant que le mercantilisme de l'opération, la loi va continuer de permettre les contrats ou arrangements privés.

L'Angleterre est devenue chef de file dans la législation sur les sciences procréatives. En effet, en 1990, le parlement britannique adopte sur le sujet une loi des plus avancées dans le monde, une législation précise pour encadrer un phénomène qu'on ne peut plus ignorer³⁵⁷.

On y retrouve des dispositions sur tout ce qui touche la procréation médicalement assistée. Dans le domaine qui nous préoccupe, nous avons relevé plus d'une innovation. Tout d'abord, rappelons qu'à part quelques amendements mineurs apportés à la Surrogacy Arrangements Act 1985, la

355 John BELL, Policy Arguments in Judicial Decisions, Oxford, 1983, p. 157; Dans l'affaire Re C (1985) 15 Family law 191., le juge Latey prononce la nullité d'un contrat de grossesse mais décide cependant de laisser l'enfant à son père biologique pouvant mieux répondre aux besoins de son fils. L'intérêt de l'enfant et non le lien biologique motiverait ici la décision.

356 J.-L. BAUDOUIN et C. LABRUSSE-RIOU, Produire l'homme: de quel droit?, op.cit., note 4, p. 124.

357 Human Fertilisation and Embryology Act 1990, précitée, note 155.

nouvelle loi continue d'interdire et de déclarer nuls les contrats de grossesse ³⁵⁸.

La loi de 1990 est novatrice en ce qui concerne la définition du père et de la mère de l'enfant issu de don de gamètes ³⁵⁹. C'est la femme qui reçoit le ou les gamètes ou encore celle qui reçoit l'embryon suite à un transfert, qui est considérée comme la mère. Il s'agit d'une présomption de maternité qui connaît cependant des limites: l'embryon n'aura pas pour mère celle qui l'a porté, si la loi sur l'adoption a prévu d'autres parents pour lui (art. 27 (2)). Cette disposition est importante en ce sens qu'elle introduit la notion d'adoption anténatale. Du moins, elle permet d'éviter une maternité forcée dans les cas de grossesses pour le compte d'autrui.

Rappelons que seule la commercialisation de la grossesse pour autrui est bannie ³⁶⁰. Par contre, les ententes privées de gestation pour le compte d'autrui n'impliquant pas de sommes d'argent autres que le remboursement de frais raisonnables (art. 30 (7)), permettraient même de faire déclarer les donneurs de gamètes parents jusqu'à six mois après que la gestatrice ait accouché, (art.30 (2)) mais pas avant que ne se soit écoulé un minimum de six semaines depuis l'accouchement (art.30(6)). Enfin, signalons que le droit aux origines génétiques est reconnu à l'enfant issu des NTR (art.31).

Faisant suite au Rapport Benda, l'Allemagne vient à son tour de se doter d'une loi très restrictive qui prévoit un

358 Art. 36.

359 Art. 27 et 28.

360 Surrogacy Arrangements Act 1985, précité, note 334.

encadrement rigoureux pour tout ce qui touche la manipulation, le transfert, la recherche et l'expérimentation d'embryons, le clonage, la production de chimères et le croisement avec les animaux ³⁶¹. La détermination du sexe de l'enfant est aussi interdite sauf dans le cas de maladies héréditaires graves. Les problèmes reliés à la maternité d'emprunt (mère utérine et mère génétique non identiques) seront réglés dans une autre loi sur la médiation d'adoption. La gestation pour le compte d'autrui sera interdite, selon les recommandations du Rapport Benda, sauf s'il y a un problème héréditaire grave ³⁶².

En Australie, dans l'Etat de Victoria, l'Infertility (Medical Procedures) Act de 1984 prévoit une amende ou une peine d'emprisonnement de deux ans pour quiconque publie ou fait publier une annonce destinée à rechercher une mère de substitution (art. 30.2), prévoyant ou non une récompense ou une rétribution (art. 30.1). On y stipule également la nullité de tout contrat de grossesse, même ceux conclus avant l'entrée en vigueur de la loi (art. 30.3).

L'Australie Méridionale s'est dotée d'une loi pour réglementer l'utilisation des NTR ³⁶³. Sans interdire spécifiquement le contrat de grossesse, auquel aucune allusion n'est faite, la loi réglemente tellement toute utilisation des techniques de reproduction assistée qu'on

361 German Law Protects Embryos, précitée, note 341.

362 Propos recueillis auprès de l'attachée de presse de l'ambassade d'Allemagne à Ottawa.

363 The Reproductive Technology Act, 1988, Ausl.(SA) 88.9, Loi N^o 10 du 10 mars 1988 portant réglementation de l'utilisation des techniques de procréation et de recherche impliquant des expériences sur du matériel humain de reproduction.

peut en conclure qu'elle n'envisage même pas le recours à la grossesse contractuelle. Seul un couple formé d'un homme et d'une femme, considérés stériles ou pouvant transmettre des maladies congénitales, pourront faire appel aux NTR par l'intermédiaire d'un praticien détenant lui-même une licence en vertu de la loi (art.13). Toute contravention se voit punie d'une amende de 10.000\$.

Aux Etats-Unis, les décisions des tribunaux sont différentes d'un état à l'autre comme certains jugements en font foi. Dans les affaires Baby Girl L.J. de New York et Kentucky³⁶⁴, le contrat de grossesse n'est pas considéré comme illégal en soi puisque le paiement fait à la gestatrice pour autrui, au terme du contrat, ne peut s'assimiler à la vente et à l'achat d'un enfant et par conséquent, ne dérogerait pas au "Buying and Selling Babies" qui interdit ce négoce. Sans être illégal, ce genre de contrat ne serait cependant pas susceptible d'exécution forcée.

Dans l'affaire Subrogate Parenting Associates inc. c. Commonwealth of Kentucky, il est intéressant de constater que la cour décide qu'il ne s'agit pas d'un cas d'adoption, puisque l'enfant est relié génétiquement à son père³⁶⁵. La Cour refuse de se prononcer sur la validité d'un tel contrat en regard de la notion de public policy³⁶⁶.

364 Matter of Baby Girl L.J., précitée, note 160; Subrogate Parenting Associates inc. c. Commonwealth of Kentucky, précités, note 141.

365 Id., 212; E. R. STANTON, "The Rights of the Biological Father: From Adoption and Custody to Surrogate Motherhood", loc.cit., note 141, 87.

366 Les considérations monétaires pour "l'échange" d'un enfant à sa naissance rendent un tel contrat nul en vertu de la common law aussi bien qu'en vertu des lois de la majorité des Etats-Unis d'Amérique. C'est pourquoi, certains voudraient qu'il existe une législation

Dans Doe c. Attorney General of Michigan³⁶⁷, au contraire du Kentucky, la Cour du Michigan considère que le contrat de grossesse viole le "Baby-Selling Statute".

D'autres jugements ont apporté le cru de leur réflexion. Depuis l'affaire Bébé M³⁶⁸, on s'est rendu compte de la complexité des problèmes légaux et d'éthique que pose le contrat de grossesse et auxquels sont exposés les protagonistes d'un tel contrat.

C'est ainsi que, après l'affaire Bébé M, certains états ont réagi au phénomène de la maternité de substitution³⁶⁹, d'autres permettent le contrat de grossesse seulement s'il est sans but lucratif³⁷⁰, ou déclarent tout simplement

précise pour encadrer un phénomène qu'on ne peut plus ignorer: Bridget BROWN, "Surrogate Parenting Law [...]", (1986) 13 Southern University L. Rev. 125. Pour d'autres, le contrat de grossesse ne contrevient pas du tout à l'ordre public: Robert C. BLACK "Legal Problems of Surrogate Motherhood", (1981) 16 New England L. Rev. 373. Sur le fait qu'un contrat de grossesse porterait atteinte à l'ordre public, car il s'agirait de la vente d'un enfant: "A surrogate motherhood arrangement involves a contract to bear a child, not to sell a child" répond E. R. Stanton Id..

367 Doe c. Attorney General of Michigan, N.W 2d 438 (1981), permission d'appeler refusée: 106 Michigan App. 169.

368 In the Matter of BABY M., précitée, note 160.

369 Loris B. ANDREWS, "The Aftermath of Baby M: Proposed State Laws on Surrogate Motherhood", (1987) 17 Hastings Center Rep. 31; pour une liste récente et détaillée de tous les développements aux E-U. dans le domaine de la grossesse contractuelle: K. H. ROTHENBERG, "Gestational Surrogacy and the Health Care Provider: Put Part of the "IVF Genie" Back Into the Bottle", loc.cit., note 193, 346.

370 Il s'agit des quatre États suivants: Columbia, Floride, New York et Wisconsin. Pour l'Etat de New York, on serait prêt cependant à allouer à la gestatrice un

qu'il est nul, donc non exécutoire ³⁷¹. Récemment, l'Etat du New Hampshire, considérant qu'il valait mieux encadrer que bannir ou ignorer, légiférait dans ce sens ³⁷².

Dans le cadre d'un contrat de grossesse, la loi essaye de prévoir les droits et obligations de chacun, en plus d'instituer des standards médicaux et d'autres procédures comme des évaluations psychologiques et physiques, afin que la gestatrice et l'enfant puissent jouir d'un maximum de confort et de protection (art. 168-B:16 à 168-B:19).

Toutes les parties à l'entente doivent être âgées d'au moins 21 ans (168-B:17). Le couple commanditaire doit être marié (art. 168-B:1. VII) et faire la preuve de son infertilité. Ainsi, les couples d'homosexuels et ceux qui recherchent une convenance dans la grossesse contractuelle ne sont pas acceptés. En prévoyant que la mère commanditaire ou la gestatrice fournit l'ovule, et que le père commanditaire fournit le sperme nécessaire à la conception de l'enfant (art. 168-B:17), on éloigne le recours aux gamètes étrangers aux cocontractants.

Bien qu'aucune priorité ne soit spécifiquement prévue pour la gestatrice qui voudrait garder l'enfant à sa naissance, la loi semble prévoir cette éventualité mais sans indiquer de limite de temps. Toutes les décisions concernant la santé de la gestatrice et de l'enfant à

paiement qualifié de "raisonnable", sans dire le montant alors que dans l'Etat du New Jersey le paiement ne devrait pas dépasser 10,000\$ (en 1987).

371 L'Illinois, la Caroline du nord et Rhode Island.

372 An Act Relative to Surrogacy, Chapter 87, Laws 1990, (1990) 41 International Digest of Health Legislation, 626.

naître ou déjà né sont prises par la gestatrice elle-même (art. 168-B:6).

Dans une fédération, il est bien difficile de faire l'unité sur un tel sujet. Quelle peut bien être la portée d'une loi prohibitive comme celle qui existe dans l'Etat du Michigan ³⁷³, quand dans les Etats voisins de l'Ohio et de l'Indiana, aucune prohibition n'existe?

C'est pour cette raison que le "National Conference of Commissioners on Uniform States Laws" a récemment proposé une loi uniforme acceptable par tous les Etats. On propose, soit de contrôler rigoureusement toutes les modalités d'un contrat de grossesse comme c'est le cas dans l'Etat du New Hampshire, soit de rendre inapplicables de tels contrats ³⁷⁴.

Constatons un changement au sein de cet organisme qui, avant 1988, ne voyait pas de raison de s'opposer aux contrats de grossesse. Malgré tout, la majorité des projets de loi issus des différents Etats américains acceptent la perspective de la grossesse par procréation. Notons cependant qu'en 1989 les projets de lois tendant à

373 Cet Etat criminalise carrément le contrat de grossesse, des protagonistes aux participants professionnels. L'amende peut aller jusqu'à 10,000\$ et l'emprisonnement jusqu'à un an. Cinq autres Etats ont des projets de loi analogues. (Alabama, Illinois, Iowa, Maryland, et Wisconsin).

374 R. ALTA CHARO, "Reproductive Technologies and Bioethics in the United States: Looking Back, Looking Ahead", dans C. BYK (dir.), Procréation artificielle, où en sont l'éthique et le droit?, Lyon, Editions Alexandre LACAS-SAGNE, 1989, p.249, à la page 255.

proscrire la commercialisation de la grossesse semblaient se multiplier ³⁷⁵.

Le Danemark a inclus dans l'article 33 de sa loi sur l'adoption une disposition interdisant tout paiement relié à une grossesse par procuration ³⁷⁶. L'article 34 de la loi prévoit des sanctions qui peuvent aller jusqu'à l'emprisonnement en cas de violation.

L'Espagne n'interdit pas le contrat de grossesse dans sa loi relative aux techniques de procréation médicalement assistée ³⁷⁷. Cependant, la loi crée une Commission nationale de la procréation médicalement assistée à caractère permanent, afin d'encadrer l'utilisation de ces techniques (art. 21.1). Cela ressemble aux propositions de L'Ontario Law Reform Commission ³⁷⁸.

L'Etat d'Israël interdit qu'un ovule fécondé soit implanté chez une femme qui n'a pas l'intention d'être la

375 Id; L'État de New York, a condensé une analyse sur la parenté substituée et l'ordre public. Cette analyse touche des aspects importants de la grossesse contractuelle, notamment au niveau de l'application de certains paramètres constitutionnels et des dimensions éthiques et sociales. En fin d'analyse, on propose un "Parenting Act" dans lequel la commercialisation de la grossesse serait interdite. En attendant, on déclare ces ententes comme nulles car contraires à l'ordre public de l'Etat de New York.

376 Act N° 326 of June 4, 1986; Jorgen GRAVERSEN, "Denmark: Legislation on Surrogate Maternity and Other Developments", (1987-88) 26 Journal of Family Law 59.

377 Loi N° 35/1988 du 2 novembre 1988, art.6.1.

378 Supra, note 319.

mère de l'enfant à naître, réglant du même coup le problème des contrats de grossesse pour autrui ³⁷⁹.

La Norvège et la Suède sont encore plus restrictives puisque l'ovule fécondé ne peut être replacé que dans l'utérus de la femme qui l'a fourni ^{379a}.

Comme nous venons de le constater, certains pays se sont dotés de régimes juridiques plus ou moins clairs et d'autres, de législations très avancées en matière de procréation médicalement assistée. Selon certains, le Canada quant à lui ne dispose que:

"d'un ramassis hétéroclite de règles tirées des principes généraux du droit médical, du Code civil, du Code criminel, ainsi que de textes de loi portant sur des sujets aussi divers que l'adoption, les dossiers médicaux, la quarantaine et les droits de la personne." ³⁸⁰

379 Règlement du 27 avril 1987 relatif à la santé publique (Fécondation in vitro) (1987), Art. 38(4) Rec.Int. de Lég. sanit. 832.

^{379a} Norwegian Law on Artificial Fertilization, no. 68, (1987) Chapter III; Swedish Law on Fertilization Outside the Human Body, (1988) no. 711, citées dans: K. H. ROTHENBERG, "Gestational Surrogacy and the Health Care Provider: Put Part of the "IVF Genie" Back Into the Bottle", loc.cit., note 193, 351.

380 Mémoire de la Commission de réforme du droit du Canada, présenté par M^e. Gilles Létourneau devant la Commission Royale sur les nouvelles techniques de reproduction, Montréal, le 21 novembre 1990, p. 8.

2) Les options

Au Canada, trois grandes options sont ouvertes au droit sur le problème de la grossesse contractuelle: ignorer, réglementer, interdire³⁸¹.

Ignorer le sujet revient à toute fin pratique à une politique du laisser-faire. Après tout, le Code civil considère déjà la location du corps humain et l'abandon planifié d'un enfant comme contraire à l'ordre public³⁸². Le soi-disant vide juridique actuel représente un facteur de souplesse appréciable pour le juge civiliste qui peut régler au mieux les intérêts des parties, selon les cas d'espèce, sans être prisonnier de règles contraignantes qui l'empêcherait de juger au meilleur de sa compréhension des faits en litige.

En août 1985, certains pensaient que le phénomène de la grossesse contractuelle était marginal et passager et qu'il était prématuré de légiférer³⁸³. D'autres affirment que ne pas légiférer c'est encore légiférer et s'abritent derrière cette opinion pour dire que le domaine de la procréation

381 J.-L. BAUDOIN et C. LABRUSSE-RIOU, Produire l'homme: de quel droit?, op.cit., note 4, p. 120.

382 Supra, Partie I, Section 2 B) "Validité du contrat de grossesse".

383 Edith Deleury, avocate et professeure à la faculté de droit de l'Université Laval, opinion parue dans CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, "Les biotechnologies de la reproduction, au profit de qui?" (1985) 7 La Gazette des femmes 14. Avec le temps, madame Deleury a mûri sa position. Récemment, elle faisait valoir l'importance d'encadrer les pratiques issues des N.T.R., dans le but "d'imposer une éthique minimale au progrès, une politique de laisser faire présente de graves dangers", opinion d'Edith Deleury dans: Sonia PRATTE, "Evolution ou révolution?", (1990) 5 Maîtres 11, 14.

humaine fait appel à des désirs légitimes trop violents pour qu'une loi interdise tel ou tel procédé de reproduction assistée. Il serait donc inutile de voter une loi non applicable ³⁸⁴. Peut-on continuer de penser ainsi?

Pour régler des problèmes moins graves sur le plan humain, la liberté contractuelle a déjà été fortement restreinte ³⁸⁵. Tant qu'une cause n'aboutira pas devant le tribunal, l'atteinte à l'ordre public qu'impliquent ces ententes ne sera pas suffisamment publicisée pour avoir un effet dissuasif sur toutes les parties intervenantes au contrat. Au Canada, on dénombre plus de 900 enfants issus des NTR. Un nombre inconnu de ceux-là proviennent d'une gestation contractuelle.

Comme nous l'avons vu, au Québec il est difficile de parler de *vide juridique* en tant que tel. Notre système juridique s'inscrit dans une philosophie civiliste. La rédaction générale et impersonnelle du Code civil permet de régler des situations imprévues et peut tout à fait s'adapter à la grossesse contractuelle. Mais, la démarche qu'il faut suivre pour arriver à la conclusion qu'un tel contrat est nul, parce qu'il déroge à l'ordre public, demeure très académique et non évidente pour tous. Notons cependant que le Projet de loi 125 portant réforme du Code civil, déposé par le ministre de la justice à l'Assemblée

384 J.RUBELLIN-DEVICHI dans ACTES SUD, Colloque génétique, procréation et droit, *op.cit.*, note 10, p. 60.

385 Par exemple la Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., chapitre P-40.1.

nationale le 18 décembre 1990, dispose de quelques articles sur la procréation médicalement assistée ³⁸⁶.

Faut-il légiférer sur le sujet afin d'interdire clairement les contrats de grossesse et ne pas laisser à l'initiative individuelle le soin de parer à l'ambiguïté et à l'insuffisance de la loi? Certaines habitudes rentrent vite dans les moeurs. Il reviendrait ensuite au législateur de les violenter en légiférant trop tardivement? Un encadrement juridique provincial de ces ententes serait-il préférable au simili-*vide* actuel ³⁸⁷?

386 Le Projet de loi 125 a pour objet de remplacer le Code civil du Bas Canada qui date de 1865. Le Chapitre troisième du droit de la famille contient cinq articles (579 à 583). En particulier, l'article 582 fait directement référence aux contrats de grossesse: "les conventions de procréation ou de gestation pour le compte d'autrui sont nulles". Rappelons que nullité n'est pas synonyme d'interdit.

387 Ce n'est pas l'avis de tous les civilistes. Certains pensent qu'il ne fallait surtout pas s'inspirer de la Commission Warnock qui proposait à l'époque l'adoption de textes coercitifs pour contrer le phénomène de la grossesse contractuelle (textes adoptés depuis). Le droit civil avec son système de règles et de principes généraux conviendrait parfaitement à ce qu'en attend notre société pour encadrer ce genre d'entente alors que le droit anglais en serait incapable: J. RUBELLIN-DEVICHI, "Congélation d'embryons, fécondation in vitro, mère de substitution"- texte synthétique, dans ACTES SUD, Génétique, procréation et droit, op.cit., note 254, p. 55 à la page 61. Avec respect, notons que même si la common law est axiologique (Léon RAUCENT, Pour une théorie critique du droit, Gembloux, Editions J. Duculot, 1975, p. 111), par opposition au système juridique de réglementation que serait le droit civil codifié, la notion d'ordre public est connue en Angleterre depuis 1711: Mitchel c. Reynolds telle que rapportée dans: Percy H. WINFIELD, "Public Policy in the English Common Law", (1928-29) 42 Harv. L. Rev. 76, 85. Cette notion a depuis beaucoup évolué et s'apparente de nos jours à celle connue dans la famille du droit civil. Un contrat jugé contre l'ordre public sera nul en droit anglais: J. BELL, Policy Arguments in Judicial Decisions,

Suite à une démarche de consultation générale auprès de toutes les instances de la société, afin d'en mesurer les droits et intérêts en jeu ³⁸⁸, il semble bien que la législature québécoise veuille réagir en affirmant la nullité des conventions de gestation pour le compte d'autrui ³⁸⁹. Est-ce suffisant?

Le droit pourrait codifier une nouvelle éthique et permettre, à certaines conditions, le recours au contrat de grossesse, comme c'est le cas en Angleterre ou dans l'Etat du New Hampshire, devant la détresse affichée des couples atteints d'une stérilité persistante. Les projets de maternité de substitution seraient soumis à des autorités nommées et encadrées par l'Etat et les lois. Cela serait aussi un moyen d'éviter la clandestinité. Telle est la position de L'Ontario Law Reform Commission pour qui les conventions de grossesse sont acceptables ³⁹⁰. Ces conventions sont aussi acceptables pour l'Association du Barreau Canadien qui cependant émet certaines recommandations afin

précité, note 355 p. 157; Dans Re C, précité, note 354, le juge Latey prononce la nullité d'un contrat de grossesse. Cette démonstration s'avérait nécessaire pour expliquer que l'adoption de textes coercitifs proposée par la Commission Warnock ne venait pas combler un vide créé par un système de droit déficient mais bien pour démontrer une volonté claire d'enrayer totalement l'exploitation toujours possible de la grossesse contractuelle.

388 Supra, partie II, Chapitre 2, Section 1 "Les limites normatives."

389 Supra, note 386.

390 Supra, partie II, Chapitre 2, Section 1 "Les limites normatives."

de protéger la gestatrice et faciliter la filiation du couple commanditaire ³⁹¹.

Dans l'élaboration d'une quelconque politique législative, l'Etat devrait aussi, selon nous, tenir compte des risques de marché noir, de fraudes et prévoir des sanctions qui décourageraient les contrevenants de toute sorte.

Si l'on en venait à légaliser le contrat de grossesse, avec un encadrement juridique ³⁹², il faudrait en toute logique, (c'est d'ailleurs ce qui doit se faire par accord privé entre les parties, lorsque la gestatrice renonce définitivement et à l'avance à l'enfant dès sa naissance), éviter que le droit n'attribue une maternité légale à la gestatrice qui fournit un ovocyte, à l'instar du donneur de sperme ³⁹³. Cependant, il nous semble que fournir uniquement du matériel génétique et porter un enfant neuf mois, en plus de le mettre au monde, sont deux choses différentes à bien des égards.

391 Id.

392 P. H. SCHUCK, "The Social Utility of Surrogacy", loc.cit., note 275, 137.

393 Le Projet de loi 125 prévoit une disposition permettant aux donneurs de gamètes de ne pas être recherchés pour filiation (art.579). Cependant, cette disposition fait partie d'un chapitre portant sur la procréation médicalement assistée qui s'inscrit dans un esprit général qui est de favoriser le noyau familial constitué autour de la même mère utérine et sociologique à la fois. Le Projet de loi 125 ne favorise pas la gestation pour le compte d'autrui (art.582); donc l'art. 579 ne vise nullement la donneuse d'ovule qui serait aussi gestatrice, mais la donneuse qui fournit un ovule pour la grossesse de celle qui sera mère utérine autant que mère sociologique.

L'enfant devrait aussi être protégé du risque d'être abandonné par toutes les parties au contrat sous prétexte qu'il est atteint d'une tare ou d'une malformation ³⁹⁴.

Interdire ne représenterait pas une atteinte à la liberté de procréer puisque, comme nous l'avons déjà mentionné, ce droit n'est garanti dans aucun texte. Cela pourrait consister à agir sur le plan criminel en faisant du contrat de grossesse une infraction ³⁹⁵.

Le partage des compétences constitutionnelles permettrait au fédéral d'agir sur le plan criminel, alors que le législateur provincial ne pourrait créer qu'une infraction d'ordre pénal. Reste à savoir qui punir parmi les protagonistes ³⁹⁶. Mais une législation contraignante ne transformerait-elle pas des couples en détresse, désireux d'une progéniture, en vulgaires criminels?

394 L'Association du Barreau canadien, qui ne condamne pas la grossesse sous contrat, recommande qu'en cas de refus des parents commanditaires d'adopter l'enfant qu'ils ont commandé, la gestatrice puisse revendiquer un droit aux aliments contre eux: ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, Mémoire de l'Association du Barreau canadien à la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction, op.cit., note 285, p. 62.

395 Rappelons que dans un rapport fait au Parlement en 1976, la Commission de réforme du droit du Canada énonce que le droit criminel est un instrument brutal dont il faut modérer l'utilisation aux seuls cas où la prohibition est nécessaire pour le bien de la collectivité, et sans aucune solution de rechange plus constructive: COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA, Notre droit pénal, Rapport au Parlement #3, 1976, p. 31.

396 Par exemple, en Angleterre, le Surrogacy Arrangement Act, 1985, précité, note 334, ne punit que les intermédiaires et non les cocontractants (art.2)

L'émergence d'un marché noir avec des problèmes possibles au niveau du contrôle sanitaire en général est à prévoir ainsi que des prix en hausse aussi pour tous les intervenants.

Les conventions de gestation pour autrui étant le résultat de rapports privés entre citoyens, il paraîtrait plus cohérent d'aménager des amendements au Code civil, même si en fait il n'existe pas de vide juridique au vrai sens du mot ³⁹⁷.

Par la notion d'ordre public enfreint, à cause de l'atteinte à l'intégrité corporelle et à la dignité humaine de la gestatrice comme de l'enfant, traités tous deux sans grande considération humaine, il est selon nous déjà acquis que les conventions de procréation sont nulles.

Au nom de l'intérêt de l'enfant qui ne devrait jamais être traité comme un objet, et afin d'éviter les ambiguïtés possibles, faudrait-il renforcer la nullité des contrats de grossesse, même quand ceux-ci ne sont pas de nature commerciale, et peu importe la qualification du montant versé à la femme sous contrat (frais de location, salaire, dédommagement pour inconvénients liés à la grossesse et à l'accouchement)?

397 Le Projet de loi 125 prévoit la nullité de la grossesse pour autrui, supra, note 370. Pour certains juristes, il est indéniable qu'un projet de loi sur la question serait de juridiction provinciale à cause notamment de l'article 92(13) de la Constitution canadienne qui accorde aux provinces une compétence exclusive en matière de propriété et de droits civils: Michèle RIVET, "Quand la médecine intervient dans la genèse de la conception, qui fait le droit?", (1975) 6 R.D.U.S. 199, 215.

Une autre sorte d'intervention pourrait compléter la prohibition de la commercialisation des contrats de grossesse. Il suffirait de modifier l'article 135.1 de la Loi sur la protection de la jeunesse,³⁹⁸ pour que toute personne impliquée dans un contrat de grossesse soit déclarée coupable d'une infraction³⁹⁹.

Au niveau de la déontologie professionnelle, médecins et avocats pourraient se voir défendre directement de servir d'intermédiaires, ou de s'impliquer dans le processus d'un contrat de grossesse⁴⁰⁰.

L'avocat, officier public et homme de loi, serait sévèrement mis à l'index si, comme certains le font actuellement, il rédigeait un contrat qu'il sait ou devrait savoir être contre l'ordre public et donc de nullité absolue.

Le médecin, plus que l'avocat, est un acteur primordial dans l'acte fécondateur des contrats de grossesse. Les gestes médicaux qu'il pose sur la femme à inséminer sont de

398 L.R.Q., c. P-34.1.

399 Proposition du Conseil du statut de la femme: Les grossesses sous contrat, avis du Conseil du statut de la femme, 1989, p. 5; du Rapport du Comité du Barreau du Québec sur les nouvelles technologies de reproduction: op.cit., note 6, p. 30 et du Rapport du comité de travail sur les nouvelles technologies de reproduction humaine, op.cit., note 11, p. 69.

400 Il est à noter que les articles 2.03.23 du Code de déontologie des médecins, précité, note 179, et l'article 4.02.01 du Code de déontologie des avocats, précité, note 163, pourraient déjà être interprétés dans ce sens.

son ressort exclusif ⁴⁰¹. Il engage donc totalement sa responsabilité morale et juridique vis à vis de l'enfant à naître et de la femme qu'il traite, soit la gestatrice dans le cas d'un contrat de grossesse.

Comme nous venons de le constater, plusieurs options s'offrent aux gouvernements provinciaux. Mais quelle serait les chances d'application d'une loi provinciale interdisant les contrats de grossesse au Québec si ceux-ci sont permis dans l'Ontario ou dans d'autres provinces ⁴⁰²? Le problème fût posé de la même manière voici quelques années en Europe à propos de l'avortement ⁴⁰³.

401 En vertu de l'art. 31 al. 2 de la Loi médicale, précitée, note 209, l'exercice de la médecine ne peut se faire que par des médecins dûment inscrits au tableau de l'Ordre des médecins tel que prévu à l'article 2 de la Loi médicale et ainsi que régi par le Code des professions, précité, note 209.

402 Dans une fédération, il est bien difficile de faire l'unité sur un tel sujet. C'est pour cette raison qu'aux E.-U., le "National Conference of Commissioners on Uniform States Laws" a récemment proposé une loi uniforme acceptable par tous les Etats, supra, note 374. Le Conseil de l'Europe, qui regroupe vingt et un Etats membres se retrouve aussi avec un problème d'unification des lois. On veut unifier l'Europe aux niveaux politique et technique. Pour cette raison, on a créé un Comité ad hoc d'experts sur les progrès des sciences biomédicales (ci-après CAHBI), formé de spécialistes dans tous les domaines: F. W. HONDIUS, "L'Europe face à la bioéthique", dans G.-A. BEAUDOIN (dir), Vues canadiennes et européennes des droits et libertés-Actes des journées strasbourgeoises 1988, op.cit., note 9 p. 426.

403 En effet, en Europe, le manque d'uniformité des lois contre l'avortement provoque un "tourisme abortif" entre pays voisins. "Ce genre de tourisme est devenu une réalité quotidienne avec laquelle doivent composer les gouvernements des différents pays": B. M. KNOPPERS et Isabel BRAULT, La loi et l'avortement dans les pays francophones, Montréal, les Editions Thémis, 1989, pp. 115-116.

Seule une loi fédérale cadre pourrait, à l'instar de l'avortement ou du divorce, rendre tous les canadiens égaux sur le sujet, bien que là encore, la possibilité de voyager aux E.-U. existera tant que tous les Etats américains n'auront pas pris position.

B) Une législation canadienne

A l'heure actuelle, le droit canadien ne dispose d'aucun moyen pour faire face aux défis constants posés par les NTR. Mais une intervention législative est-elle pertinente? La sociologie du droit permet de mieux cerner le comment et le pourquoi des interventions législatives.

Le droit, comme fait régulateur des pratiques sociales, est une structure de pouvoir qui acquiert une certaine autonomie de fonctionnement face à la collectivité ⁴⁰⁴. Véritables laboratoires d'idées et de réflexions, les différentes commissions et rapports dont nous avons fait état ont émis des recommandations qui l'une dans l'autre se tiennent. On peut du moins en dégager un consensus sur certaines questions importantes ⁴⁰⁵. Est-ce le début d'une

404 J. G. BELLEY, "L'État et la régulation juridique des sociétés globales", (1986) 1 Sociologie et sociétés 27.

405 Sur quatre-vingt-dix rapports émanant d'organismes divers, onze points communs émergeaient, comme par exemple l'accès des NTR réservés seulement aux couples d'hétéro-sexuels mariés ou vivant en union libre, une définition nette de la filiation paternelle et maternelle, la confidentialité des dossiers médicaux, interdiction de la gestation pour autrui et des agences intermédiaires etc...: B. M. KNOPPERS, "Les nouvelles technologies de reproduction" dans G.-A. BEAUDOIN (dir.), Vues canadiennes et européennes des droits et libertés - Actes des Journées Strasbourgeoises, op.cit., note 9, p. 487, à la page 489; En fait, pour la grossesse contractuelle avec paiement, seules trois opinions divergent vraiment du consensus international soit,

régulation sociale qui pourrait servir de guide et de normes, hors du droit, dans différents milieux ⁴⁰⁶?

Les comités d'éthique sont un exemple d'une régulation sociale possible sans être vraiment juridique; en tout cas, pas étatique. Est-ce suffisant quand il s'agit de faire face à un développement scientifique qui, via la médecine moderne, "risque d'ébranler sérieusement les fondements de la filiation et la signification des règles juridiques" ⁴⁰⁷?

La réponse provient de quatre groupes aux opinions différentes selon leurs valeurs et leurs intérêts. Un premier groupe, formé d'intervenants sociaux, pense que l'intérêt de l'enfant, les valeurs fondamentales de la société et de la cellule familiale sont menacées de changements par l'utilisation des NTR et l'utilisation des gestatrices contractuelles. Une méfiance du jugement porté existe à l'égard des principaux intéressés qui utilisent ces techniques, soit les patients et les médecins ⁴⁰⁸. Dans ce groupe, on préconise l'interdiction complète des NTR.

"l'Ontario Law Reform Commission" (1985), "l'American Fertility Society" (1986), et le "Deutch Health Council" (1986): Walters LEROY, "Ethics and New Reproductive Technologies: An International Review of Committee Statements", (1987) 17 Hasting Center Report, Special Supplement 2, 7.

406 Guy ROCHER, "Pour une sociologie des ordres juridiques", (1988) 29 Cahiers de Droit 29.

407 C. LABRUSSE-RIOU, "La Filiation et la médecine moderne", loc.cit., note 100, 440.

408 M. RIVET, "Les nouvelles technologies de reproduction: les limites de la loi", dans G.-A. BEAUDOIN (dir.), Vues canadiennes et européennes des droits et libertés - Actes des Journées Strasbourgeoises, op.cit., note 9, p.443 à la page 452.

Un deuxième groupe, motivé par le but à atteindre, pense que tout ce qui est possible scientifiquement devient un dû au nom de la liberté individuelle d'agir et du droit à l'autonomie. D'un même souffle, on croit la société capable de s'ajuster d'elle-même face aux NTR. On prend le risque d'assister à l'écroulement des institutions fondamentales de notre société, en espérant qu'un nouvel équilibre sortira de tout cela. Le bon jugement des individus concernés n'est pas remis en cause ⁴⁰⁹.

Un troisième groupe, en révolte justement contre les institutions fondamentales et l'ordre social bien établi, préconise un non-conformisme total pour ébranler tout le système qui de toute façon n'est pas fait pour eux.

Dans ce groupe, se retrouveraient en général des personnes considérées comme marginales par la société à cause de leur orientation sexuelle, de leur idéologie ou de leur choix de vivre seules tout en recherchant une descendance ⁴¹⁰. Certains seraient pour et d'autres contre l'accès illimité aux NTR.

Un dernier groupe reflète un équilibre entre toutes ces tendances et pense qu'une réglementation contrôlant tout l'aspect des NTR, y compris la possibilité de passer par la grossesse de substitution, est préférable à l'interdiction pure et simple, ou encore au laisser aller existant au Canada.

Dans ce groupe, on prône un certain libéralisme tout en étant conscient des abus possibles. On estime cependant

409 Id., p. 453.

410 Id.

que les abus de certains ne devraient jamais pénaliser l'ensemble de la société.

C'est peut-être en écoutant tous les points de vue qu'on réalise l'importance et la vocation du droit dans un tel domaine.

"En définitif, la vocation du droit est de réduire les conflits, de stabiliser les relations sociales et même de jouer un rôle symbolique."⁴¹¹

Il est probable que la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction⁴¹², après avoir entendu un échantillonnage de toutes les tendances de la population, se prononce en faveur d'une réglementation cadre canadienne qui engloberait toutes les facettes de la procréation assistée⁴¹³. Dans ce cas, il sera du rôle de

411 Madame la professeure B. M. Knoppers, voulant résumer les propos du Professeur J.-L. Baudouin pour qui la vocation du droit est de définir l'ordre public et de fixer des limites claires à la science et les propos de l'honorable Madame la juge Rivet pour qui le droit positif doit au contraire n'être utilisé qu'en dernier recours, ainsi les propos de monsieur Hondius pour qui le droit européen en la matière vise à établir des normes qui serviront de guide commun aux pays membres: B. M. KNOPPERS, "Les nouvelles technologies de reproduction" dans G.-A. BEAUDOIN (dir.), Vues canadiennes et européennes des droits et libertés - Actes des Journées Strasbourgeoises, op.cit., note 9, p. 487, à la page 490.

412 Supra, Section 1, "Les limites normatives"

413 Selon un sondage "Crop-l'Actualité-TVA" effectué au Québec, pendant les audiences publiques pan-canadiennes de la Commission royale, 40% des interrogés se sont prononcés pour la gestation contractuelle, 85% pensent que les NTR devraient être accessibles aux couples qui ne peuvent pas avoir d'enfants, 44% permettraient l'accessibilité des NTR aux célibataires et 19% le permettraient aux couples d'homosexuels. 55% sont pour la FIV et 54% pour l'IAD: Journal l'Actualité, 15

l'Etat central de réformer un droit qui n'a pas été conçu pour réglementer la procréatique, ni les questions importantes qui en découlent.

Le gouvernement fédéral se trouvera à légiférer dans un champ de compétence provinciale. Devrions-nous nous attendre à des complications sur le plan constitutionnel?

Suite au rapport de la Commission Royale et à l'opinion des différents groupes représentant la collectivité, le gouvernement fédéral choisira sans doute une des options étudiées plus haut, bien que le partage des compétences constitutionnelles accorde le domaine de la santé aux provinces (1).

Une loi fédérale contrôlant ou interdisant en partie ou à certaines personnes le privilège de procréer, irait-elle à l'encontre des droits fondamentaux (2)?

1. Partage des compétences constitutionnelles

En matière de santé, les articles 91 et 92 de la Loi constitutionnelle de 1867⁴¹⁴ ne confèrent aucun pouvoir particulier aux gouvernements fédéral et provinciaux. Nos tribunaux en sont donc venus à la conclusion qu'il s'agit d'un sujet vague qui peut relever soit du parlement fédéral, soit des assemblées législatives provinciales selon la nature du problème en cause⁴¹⁵.

novembre 1990.

414 Loi Constitutionnelle de 1867, S.R.C. 1970, app. II, No 5.

415 William BARTLETT, "Le SIDA: questions juridiques d'intérêt fédéral - Etude générale", Ottawa, Edition Bibliothèque du Parlement, 1988, p. 4.

La Loi Constitutionnelle de 1867 n'indique pas spécifiquement si la santé publique relève de la législation fédérale ou provinciale. Sur le plan constitutionnel, la santé publique n'est pas un domaine assigné à un seul ordre de gouvernement ⁴¹⁶. Seule la réglementation des hôpitaux autres que maritimes a été confiée aux provinces ⁴¹⁷. La réglementation de la quarantaine et des hôpitaux maritimes, quant à elle, a été donnée au parlement ⁴¹⁸.

L'interdiction des contrats de grossesse, revient aux provinces qui pourraient facilement invoquer l'article 92(13) ⁴¹⁹ traitant de la propriété et des droits civils ou l'article 92(16) de la Constitution relatif aux affaires de nature locale ou privée. Mais rien n'empêche le Parlement fédéral d'entrer en scène et de légiférer une interdiction des contrats de grossesse dans tout le Canada à l'intérieur d'une loi cadre qui régulerait les techniques de procréation artificielle.

Il lui suffirait alors d'invoquer le droit criminel ⁴²⁰, son pouvoir de dépenser ou encore le paragraphe introductif de l'article 91 de la Constitution selon la théorie de la dimension nationale, sous l'égide de la paix, de l'ordre et

416 Peter. W. HOGG, Constitutional Law of Canada, 2e édition, Toronto, Carswell, 1985.

417 Art. 92(7).

418 Art. 91(11).

419 Todd DUCHARME, "Preparing for a Legal Epidemic", (1987) 16 Alberta L. Rev. 471, 477.

420 Art. 91(27).

du bon gouvernement ⁴²¹. Ceci, tant que les lois promulguées respectent les Chartes.

La Cour Suprême ⁴²² a eu l'occasion de préciser que la santé n'était pas une matière assignée par la Constitution à un palier de gouvernement uniquement provincial ⁴²³, mais bien une notion générale appartenant tant aux provinces qu'au parlement fédéral selon la nature du problème sanitaire en cause ⁴²⁴.

Dans les enjeux sociaux associés aux contrats de grossesse, peut-on dire qu'un idéal de santé est suffisamment menacé pour que le fédéral agisse?

Le Parlement fédéral peut assurément interdire des comportements nuisibles pour la société et imposer des sanctions à cet égard, conformément à ses pouvoirs en matière de droit pénal. Le droit pénal peut servir à modifier les comportements des intermédiaires professionnels en inspirant la crainte du châtement ⁴²⁵.

Dans un autre ordre d'idée, le parlement fédéral pourrait se prévaloir de son pouvoir de dépenser afin d'inciter chacune des provinces à légiférer dans le but d'interdire ou d'encadrer les contrats de gestation pour le

421 Paix, ordre et bon gouvernement, reconnu par l'article 91 introductif de la Constitution (ci-après dans le texte P.O.B.G.).

422 Schneider c. La Reine, [1982] 2 R.C.S. 112.

423 Id., p. 142, l'honorable juge Estey.

424 W. BARTLETT, Op. cit., note 415.

425 Id. p. 12.

compte d'autrui. L'éducation et la santé sont deux domaines pour lesquels le gouvernement fédéral a eu recours à des subventions conditionnelles afin d'établir des normes nationales dans les programmes provinciaux comme l'assurance maladie.

Seule "la théorie de la dimension nationale" pourrait justifier l'intervention du gouvernement fédéral dans le champ de compétence provinciale de la santé en vertu de l'article 91 introductif de la Constitution. Cette théorie a été reconnue par la doctrine⁴²⁶ et nos tribunaux⁴²⁷ comme étant indépendante de l'urgence.

Le gouvernement fédéral pourrait l'utiliser afin de légiférer sur l'encadrement ou l'interdiction des contrats de grossesse au Canada en alléguant l'obligation d'uniformité.

Ce principe de l'uniformité peut être introduit comme étant le fondement de la "dimension nationale" dès lors qu'elle est non seulement désirable mais essentielle⁴²⁸, c'est-à-dire lorsque l'inaction d'une province peut nuire

426 W.R. LEDERMAN, "University & Diversity in Canadian Federalism Ideals & Methods of Moderation", (1975) 53 Can. Bar. Rev. 297; P. W. HOGG, Constitutional Law of Canada, op.cit., note 416.

427 Johannesson c. West St-Paul, [1952] 1 R.C.S. 292; Munro c. Nat. Capital Comm., [1966] R.C.S. 663; Re Anti-Inflation Act, [1976] 2 R.C.S. 373 (Bien que dans ce cas on ait déterminé qu'il s'agissait d'une urgence au sens de la Constitution, la théorie de la dimension nationale n'a pas été rejetée); Pronto Uranium Mines Ltd. v. O.L.R.B., [1956] O.R. 862; Labatt Breweries of Can. Ltd. c. A.-G. Can., [1980] 1 R.C.S. 914 (La théorie de la dimension nationale fut reconnue mais ne s'appliquait pas aux faits).

428 P.W. HOGG, op. cit., note 416, p. 379.

aux résidents des autres provinces ⁴²⁹. Or le défaut de quelques provinces de légiférer à propos des contrats de grossesse, malgré les recommandations possibles de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction, diminuerait le résultat escompté.

Il nous semble qu'une loi fédérale cadre sur la procréatique qui encadrerait ou interdirait tout arrangement de grossesse contractuel serait suffisamment distincte et spécifique pour ne pas empiéter sur un champ de compétence provinciale ⁴³⁰, ni porter indûment atteinte à nos droits fondamentaux.

2. Atteinte possible aux droits fondamentaux

" [...], il ne peut y avoir de solution positive aux problèmes qui nous préoccupent que dans une approche conciliatrice des droits, des intérêts et des aspirations de ceux qui sont directement intéressés dans l'oeuvre procréatrice." ⁴³¹

Pour certains, la dignité humaine est le principal droit à protéger, avant même la vie. Le droit à la dignité humaine fonde entre autre l'interdit absolu des traitements inhumains ou dégradants, de l'esclavage et de la servitude ⁴³².

429 Id.

430 Id., p. 381.

431 M.-T. MEULDERS-KLEIN, "Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées", loc.cit., note 52, 645.

432 M. DELMAS-MARTY, "L'homme des droits de l'homme n'est pas celui du biologiste", loc.cit., note 115.

Bien que la Charte canadienne n'en fasse pas expressément mention, le juge Wilson, dans l'affaire Morgentaler⁴³³, trouve dans la dignité humaine une notion qui sous-tend la Charte comme une théorie fondamentale. La notion de dignité humaine s'exprime donc dans les droits et libertés garantis par la Charte⁴³⁴.

Le contrat de grossesse comporte par essence même, certaines obligations qui réduisent l'autonomie de la gestatrice, au point de restreindre l'exercice des droits relatifs à son propre corps. Cette servitude au profit des commanditaires est une atteinte à la dignité humaine que ne tolère ni la Charte fédérale ni la Charte provinciale⁴³⁵.

Est aussi une atteinte à la dignité humaine de l'enfant le fait d'être considéré comme un objet d'échange, une marchandise négociée et encore négociable après sa naissance.

Dans ce contexte, la Commission royale d'enquête sur les nouvelles technologies de reproduction pourrait, au terme de son mandat, recommander au gouvernement fédéral l'interdiction totale des contrats de grossesse par le biais d'une loi cadre sur les nouvelles technologies de reproduction. Le recours exceptionnel à une gestatrice pourrait aussi

433 Précitée, note 67, p. 166; Notons que la Charte des droits et libertés de la personne du Québec fait, quant à elle, directement référence à la dignité humaine (art. 5).

434 B. M. KNOPPERS, Dignité humaine et patrimoine génétique, Commission de réforme du droit du Canada, document d'étude, Ottawa, 1991, p. 35.

435 La Charte des droits et libertés de la personne du Québec, précitée, note 53, art. 4, fait expressément mention de la dignité humaine.

n'être réservé qu'aux couples infertiles, formé d'un homme et d'une femme.

Le privilège de procréer risque ainsi d'être restreint. Mais les buts visés par une législation fédérale interdisant le commerce de la maternité serait la protection de la dignité humaine ⁴³⁶ de la gestatrice et de l'enfant, et de l'arrêt des pratiques qui y portent atteinte. Ces objectifs ne sont nullement en contradiction avec la Charte constitutionnelle, au contraire.

Les lois adoptées devront néanmoins être conformes aux principes défendus par la Charte fédérale, comme le droit fondamental à la vie privée (article 7) et celui du droit à la non-discrimination (article 15).

La décision de faire appel à une gestatrice afin de procréer relève certainement du droit à la liberté que défend l'article 7 de la Charte constitutionnelle. Il s'agit d'une décision personnelle relevant de l'autonomie et de la vie privée.

Une législation restreignant la possibilité de procréer à l'aide d'une gestatrice irait à l'encontre du droit à la liberté énoncé à l'article 7.

Dans le cas où seuls les commanditaires infertiles de sexes opposés formant des couples stables auraient accès à la pratique de la grossesse pour le compte d'autrui, le droit à l'égalité garanti à l'article 15 de la Charte

436 Supra, note 115.

serait bafoué ⁴³⁷ puisque la Cour suprême considère que les motifs de discrimination énumérés à l'article 15 visent l'existence d'une distinction discriminatoire préjudiciable basée sur les caractéristiques inhérentes aux individus ⁴³⁸.

Les droits énoncés dans la Charte peuvent néanmoins être restreints selon une manière conforme aux principes de justice fondamentale ⁴³⁹. Afin de passer le test mentionné dans l'affaire Oakes ⁴⁴⁰, le gouvernement devra imposer une limite à la grossesse contractuelle qui soit raisonnable dans une société libre et démocratique ⁴⁴¹. La fin et les

437 Pour la Commission de réforme du droit du Canada, supra, note 236, le principe des droits de la personne, notamment la non discrimination garantie dans la Charte québécoise, art.10, permettrait aux personnes seules et de toute orientation sexuelle, d'avoir accès aux contrats de grossesse et aucune condition d'admissibilité ne devrait être établie. La protection de l'enfant et celle de la famille traditionnelle ne seraient pas suffisantes pour exclure célibataires et homosexuels. Il est cependant regrettable que la Commission de réforme du droit ait totalement omis l'existence de l'article 9.1 de la Charte du Québec qui stipule que les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect de l'ordre public et du bien être général des citoyens du Québec.

438 Andrews c. Law Society of British Columbia, [1989] 1 R.C.S. 151; Notons que la Charte québécoise (art.10) est plus énumérative puisque l'orientation sexuelle et l'état civil sont mentionnés motifs discriminatoires interdits.

439 B. M. KNOPPERS, "Dignité humaine et génétique: la Charte canadienne des droits et libertés, op.cit., note 434, p. 39, à la note 135.

440 La Reine c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103.

441 Art.1 de la Charte canadienne des droits et libertés, précitée, note 53: La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le

moyens doivent être proportionnés selon l'article 1 de la Charte fédérale ⁴⁴².

Le but à atteindre d'une législation interdisant la grossesse contractuelle, soit le respect de la dignité humaine en tout premier lieu, semble assez important pour justifier la perte des droits qu'elle entraînerait. En effet, la Cour suprême admet que la dignité est inhérente à l'être humain et figure parmi les valeurs d'une société libre et démocratique ⁴⁴³.

L'objet d'une disposition législative interdisant ou restreignant le droit à la liberté de faire appel à une gestatrice contractuelle, pour tous ou pour une certaine population, serait donc suffisamment important pour justifier la suppression de certains droits constitutionnels.

cadre d'une société libre et démocratique; Daniel PROULX, "Le défi de l'égalité et la Charte canadienne des droits", (1988) 48 Rev. du Bar. 633, 652.

442 La Reine c. Oakes, précité, note 440.

443 Id., p. 139-140.

CONCLUSION

Nous avons constaté que la question des contrats de grossesse, pratique encore très marginale, est dans la majorité des cas intimement liée à une cause, soit la stérilité et à une conséquence, la procréation médicalement assistée. La grossesse contractuelle attire beaucoup plus l'attention que d'autres techniques plus utilisées, à cause notamment de son caractère commercial.

La procréation peut s'inférer du droit de fonder une famille. Ce n'est cependant pas un droit fondamental garanti dans nos Chartes. Parlons plutôt de la liberté de procréer ou du privilège d'engendrer la vie.

Nous avons vu, qu'en ce qui concerne le droit civil québécois, les contrats de grossesse seraient considérés comme nuls en plus d'être contraires à l'ordre public. La prochaine réforme du Code civil viendra soutenir cette nullité, mais sans plus⁴⁴⁴.

Les rapports de spécialistes en bioéthique sont majoritairement contre le mercantilisme rattaché au contrat de grossesse. D'autres considèrent que, même de façon altruiste, un accord portant sur une gestation pour le compte d'autrui est une atteinte à la dignité humaine de l'enfant et de la mère vu tous les risques auxquels on les expose⁴⁴⁵.

444 Supra, notes 150, 329 et 386.

445 Rapport Benda, précité, note 11; Robyn ROWLAND, "Response to the Draft Report of the National Bioethics Consultative Committee (NBCC) (1990) 2 Journal of International Feminist Analysis 147, 150; K.H.ROTHERBERG, " Gestational Surrogacy and the Health Care

En général, on demande une législation non ambiguë, dans le domaine de la procréatique, qui inclurait au minimum la nullité civile des contrats de grossesse et au maximum la création d'infractions à caractère pénal ou criminel.

Une approche plus nuancée existe cependant avec ceux qui pensent qu'on ne peut ni ignorer ni interdire totalement⁴⁴⁶ et qu'une réglementation contrôlant tout l'aspect des NTR, y compris la possibilité de passer par la grossesse de substitution, est préférable à l'interdiction pure et simple. Certaines lois existent déjà dans ce sens⁴⁴⁷.

Toute loi interdisant la pratique commerciale des contrats de grossesse n'aurait cependant pas d'effet sur les ententes privées. Le droit de la filiation devra-t-il prévoir cette nouvelle réalité⁴⁴⁸ et ne plus reconnaître que le fait de l'accouchement fonde la filiation? L'enfant n'aurait plus automatiquement pour mère celle qui l'accouche et pour père, le mari de cette femme.

Quant à permettre cette pratique avec un encadrement juridique, il faudrait prévoir en priorité la possibilité

Provider: Put Part of the "IVF Genie" Back Into the Bottle", loc.cit., note 193, 347, à la note 38; RAYMOND, "Reproductive Gifts and Gift Giving: The Altruistic Woman", (1990) 7 Hastings Center Report.

446 B. M. KNOPPERS, "Recent Developments: Legislative Reforms in Reproductive Technology", (1986) 18 Ottawa Law Review 663, 718.

447 Par exemple, dans l'Etat du New Hampshire, An Act Relative to Surrogacy, supra, note 372; ou en Angleterre, Human Fertilisation and Embryology Act 1990, précitée, note 357.

448 Moira WRIGHT, "Surrogacy and Adoption: Problems and Possibilities", (1986) 16 Family Law 109.

pour la gestatrice de se rétracter et de garder l'enfant. Lui refuser ce droit, comme dans l'affaire Bébé M., et comme le préconise l'Ontario Law Reform Commission, reviendrait à vider la grossesse et l'accouchement de tout sens humain.

Face à des pratiques, peut-être cohérentes sur le plan strictement scientifique, mais moins sur celui de leurs conséquences ⁴⁴⁹, ainsi que sur celui du respect des règles de droit positives et d'éthique, posons-nous, dans une approche humaniste, les différentes questions sur les orientations possibles des contrats de grossesse.

N'est-il pas trop facile d'alléguer la liberté de procréer ou le droit à la non-ingérence de l'Etat dans la vie privée, ou encore le droit garanti à la non-discrimination ⁴⁵⁰ pour ne pas réagir et accepter le phénomène dans son ensemble? Permettre sans prévoir, c'est éviter sciemment d'aller au bout du processus d'analyse qui permettrait de peser toutes les conséquences des choix qu'on préconise.

L'expérience du passé, dans d'autres domaines, ne nous aurait-elle pas appris à nous méfier de nous-mêmes et de cette habitude que nous avons de toujours traiter les problèmes sans vue d'ensemble, sans prévoir les lendemains,

449 Nos craintes seraient-elles moins justifiées parce que symboliques plutôt que fondées sur des risques réels: J. A. ROBERTSON, "Decisional Authority Over Embryos and Control of I.V.A. Technology", loc.cit., note 255, 293.

450 Mémoire de la Commission de réforme du droit du Canada (tel que lu aux audiences publiques de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction, à Montréal, les 21 et 22 novembre 1990); supra, note 380, p. 14; supra, partie II, Section 1 A) "le droit au père et à la mère".

laissant aux générations futures le soin de corriger notre manque de prévoyance.

Quelles seront les conséquences à long terme du recours à cet artifice, dans un domaine où l'ampleur de l'enjeu nous concerne tous directement puisqu'il s'agit de redéfinir la maternité dans son ensemble?

Il faut éviter que la location d'utérus, par le biais des contrats de grossesse, ne rentre dans les moeurs au point d'en arriver à percevoir la femme uniquement à travers sa fonction reproductive: un utérus de secours et l'enfant comme moyen d'accéder à une forme "d'investissement" ⁴⁵¹. Déjà, certains avis proposent de reconnaître un droit à l'enfant pour les femmes ou les hommes célibataires en les rendant éligibles aux NTR, y compris la grossesse contractuelle. La Commission de Réforme du droit pense que le droit constitutionnel à la non-discrimination soutiendrait cette opinion.

La démarcation entre ce qui paraît socialement acceptable et ce qui ne l'est pas reste une question dont la réponse varie d'une personne à l'autre. Il y aura toujours des opinions prônant que le techniquement possible est souhaitable, sans aucun contrôle étatique. D'ailleurs certains partisans de la "private ordering approach" estiment que la reproduction humaine artificielle sans coût est une affaire aussi privée que celle avec coût. L'Etat n'aurait pas à intervenir, sous prétexte que le transfert

451 R. SOULAYROL, "Mères porteuses, l'espoir abusé", Journal Le Monde, loc.cit., note 93.

d'embryons nécessite une intervention médicale ⁴⁵². La fin justifie les moyens et les problèmes inhérents aux contrats de grossesse ne regardent personne; entre adultes, les risques sont connus d'avance et personne n'est à plaindre.

Cette approche individualiste à l'extrême fait oublier que l'enfant est au centre de la transaction et que la gravité des questions soulevées dépasse largement le cadre du contrat entre adultes consentants.

Quand bien même la gestation sous contrat n'irait pas contre l'ordre public, le manque de consentement vraiment éclairé de la part de la gestatrice et la grande probabilité d'impacts psychologiques à long terme sur l'enfant et son entourage, ne viennent-ils pas éliminer toute possibilité de reconnaissance de ces ententes, même à titre gratuit?

Est-ce vraiment l'intérêt de l'enfant qui prévaut lorsqu'on lance ainsi dans la vie des individus qui risquent de n'avoir pas accès aux informations concernant leurs origines, demande la psychanalyste Geneviève Delaisi de Parseval ⁴⁵³.

Puisqu'il n'est pas question, nous dit-on, d'arrêter le progrès, essayons au moins de conscientiser nos comporte-

452 J.A. ROBERTSON, "Procreative Liberty and the State's Burden of Proof in Regulating Noncoital Reproduction", loc.cit., note 53, 26.

453 G. DELAISI DE PARSEVAL, "Le désir d'enfant saisi par la médecine et par la loi", op.cit., note 222.

ments afin que la médecine n'oublie pas son rôle humanitaire sous prétexte de gagner en efficacité ⁴⁵⁴.

Au nom de ce progrès, le techniquement possible est-il toujours nécessaire sous prétexte d'être à la page? La FIVET et l'IAD qui engendrent la grossesse contractuelle sont-ils bien les remèdes à l'infertilité croissante des couples?

"Ceux qui songeraient ainsi marcher avec leur temps devraient penser, qu'en favorisant l'utilisation de faux remèdes à la stérilité, ils retardent inévitablement la recherche des vrais." ⁴⁵⁵

Les dangers de la commercialisation du corps humain par l'exploitation des capacités de gestation de la femme et les impacts futurs prévisibles et imprévisibles sur l'enfant à naître, se mesurent-ils aux bénéfices qu'on compte retirer de la pratique des contrats de grossesse?

En l'absence de lois prohibitives ou limitatives il incombe au tribunal de faire respecter les droits de la personne humaine en veillant à l'intérêt et à la dignité de l'enfant afin d'éviter, en toute logique, d'en faire un orphelin avant même sa naissance et un objet d'échange après sa naissance.

Une certaine adaptation aux nécessités de la vie moderne ainsi qu'aux préoccupations d'une opinion publique en évolution ne devrait pas empêcher de réglementer les contrats de grossesse afin d'éviter les moindres abus qui,

454 J. TESTART, L'oeuf transparent, op.cit., note 5, p. 103.

455 C. ATIAS, "Le contrat de substitution de mère", loc.-cit., note 172.

dans ce domaine, auraient tout de suite des répercussions graves sur la dignité humaine et l'enfant.

Dans une société pluraliste et laïque, il est temps de redéfinir les rapports de l'éthique et du droit, afin d'être prêt à contrôler les transformations des structures de la famille avant d'être devant le fait accompli.

Certains pensent que le public, dans un effort de réflexion sur la notion de limite, pourrait s'attribuer un rôle déterminant au point de devancer les experts sur la question ⁴⁵⁶. La qualité des différents rapports soumis aux gouvernements dans le monde y compris au Québec ⁴⁵⁷, et prochainement au Canada avec celui de la Commission royale d'enquête, nous permet de prendre conscience de la complexité du problème et des enjeux.

Quand sont concernés les forces génésiques de l'humanité, l'avenir de la famille traditionnelle et le respect des valeurs essentielles à notre société, tel le respect de la dignité de l'être humain en tant qu'individu, et de l'enfant en devenir, il nous faut agir.

Certains rapports de spécialistes, expression d'une volonté collective éclairée, sont déposés devant les élus, d'autres le seront sous peu. A eux, et aux juristes, de trouver les réponses adéquates à une réalité qui nous fascine et nous effraie parfois, et où les enjeux sont si grands.

456 J. DUFRESNE, op.cit., note 7, p. 113.

457 Supra, "Les rapports de comités spécialisés".

Il est temps de cesser de nous réfugier derrière la technique juridique qui consiste à interpréter un Code civil un peu dépassé par les événements. "On ne peut plus se contenter de regarder le train passer." ⁴⁵⁸ Il faut corriger l'insuffisance législative, sinon:

" Les juristes s'exposent à devenir de simples exécuteurs de réponses que d'autres auront élaborées sans leur concours." ⁴⁵⁹

Le droit est l'expression formelle de la politique ⁴⁶⁰. Le niveau d'intervention très abstrait qu'on nomme "législateur" devrait, dans un avenir très rapproché, porter sa réflexion à tous les paliers de son action législative, puisqu'il s'agit d'articuler de façon équilibrée droit civil, droit médical, droit social et droit de l'enfant.

Il lui incombe de chercher une réponse aux conséquences possibles de la maîtrise scientifique sur la reproduction humaine ⁴⁶¹, le tout en harmonie et dans le respect des libertés individuelles et de l'ordre public, notions il est vrai parfois tellement contradictoires.

458 Francine C. MCKENZIE, "Les biotechnologies de la reproduction, au profit de qui?", (1985) 7 La Gazette des femmes 19.

459 Opinion du professeur Patrick Molinari sur l'insuffisance législative en matière de nouvelles techniques de reproduction humaine.: S. PRATTE, "Evolution ou révolution?", loc.cit., note 383, 15.

460 Elmer A. DRIEGER, The Composition of Legislature, 2nd ed., Department of Justice, Ottawa, 1976; Louis-Philippe PIGEON, Rédaction et interprétation des lois, Les Publications du Québec, 1986.

461 C. LABRUSSE-RIOU, "Filiation et médecine", loc.cit., note 100, 421.

Il lui revient d'imposer des limites et des contrôles là où, par manque de sagesse, ou par conformisme idéologique, nous risquons de confondre désir et droit.

Si on accepte le droit comme fait social ou "instrument de construction du tissu social" ⁴⁶², il reste que c'est un instrument qui permet une sécrétion politique de la norme qu'on veut implanter. Le gouvernement fédéral, plus que provincial, vu l'importance d'une législation unifiée, se doit de légiférer à l'aide d'une loi cadre sur la procréatique qui comporterait soit un contrôle soit une interdiction des contrats de grossesse.

Mais pour être efficace et s'opposer à la mystique latente de la biologie, le droit de demain doit aussi coller à la réalité ⁴⁶³. Il s'agit de prévenir en faisant coopérer tous les intervenants. Il serait bon de s'inspirer aussi des lois déjà existantes dans le monde.

Du désir naturel de progéniture aux remèdes scientifiques pour aider et parfois forcer la nature, en passant par les déceptions répétées des couples infertiles devant les échecs répétés, il y a encore une voie qui devrait nous inspirer en réalisant que l'enfant, s'il peut être objet de désir, ne peut être réifié.

La compréhension de la notion suprême de dignité humaine, inspirée des Chartes canadienne et québécoise, et de la Convention des Nations Unies sur les droits de

462 J.-Y. MORIN, "Une Charte des droits de l'homme pour le Québec", loc.cit., note 301, 273.

463 René SAVATIER, Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, Paris, Dalloz, 1948, p. 132.

l'enfant, pourrait aider les couples infertiles à acquérir une autre notion en évolution, soit celle qui consiste à apprendre à vivre avec nos manques ⁴⁶⁴.

Continuons donc le débat tel qu'il s'est engagé depuis peu au Canada ⁴⁶⁵ et ailleurs ⁴⁶⁶ afin de trouver, s'il existe, un chemin entre l'éthique, le progrès et le respect des droits fondamentaux.

464 Madame Delaisi De Parseval, témoignant devant les audiences de la Commission royale sur les nouvelles technologies de reproduction tenues à Montréal les 21 et 22 novembre 1990, soutenait que les échecs répétés, malgré les efforts de la science, provoquaient l'empêchement d'une saine prise de conscience de la situation. L'espoir vain, mais renouvelé pendant des années par les percées scientifiques, ferait plus de tort qu'une certaine sagesse à accepter la réalité en apprenant à faire son deuil d'enfant.

465 Commission royale d'enquête canadienne, supra, PARTIE I, Chapitre 2, Section 1, "Les limites normatives"

466 ACTES SUD, Colloque génétique, procréation et droit, op.cit., note 10.

TABLE DE LA LEGISLATION

Textes fédéraux

Loi Constitutionnelle de 1867, S.R.C. 1970, app. II No 5.

Charte canadienne des droits et libertés, partie 1 de la Loi constitutionnelle de 1982 [annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (1982, R.-U, c. 11)]

Code criminel, c. C-34

An Act Respecting the Civil Code of Lower Canada, 29 Vict., S.C. 1865, c.41.

Textes québécois

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., c. C-56

Code civil du Bas Canada,

Code civil du Québec

Loi médicale, L.R.Q., c. M-9

Code de déontologie des médecins, c. M-9, r.4, art. 2.03.28

Code des professions, L.R.Q., c. C-26

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

Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., chapitre P-40.1.

Loi sur l'accès aux organismes publics et sur la protection des renseignements personnels, L.R.Q. 1986, c.A-2.1

Loi sur les services de santé et services sociaux, L.R.Q., 1977, c. S-5

Règlement sur l'organisation et l'administration des établissements (r.-6) (1984) 116 G.O. II, 2745

Loi sur la protection de la jeunesse L.R.Q., c. P-34.1

Projet de loi 125, déposé le 18 décembre 1990 devant le ministre de la justice M. Gil Rémillard.

Textes étrangers

Déclaration universelle des droits de l'homme, 1948

Convention européenne des droits de l'homme, 1951

Convention américaine des droits de l'homme, 1969

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 1966

- Angleterre:** Surrogacy Arrangements Act 1985, 1985 Chapter 49
 Human Fertilisation and Embryology Act 1990, 1990
 Chapter 37.
- Allemagne:** German Law Protects Embryos, (1990) Bull.Med.Eth. 9
- Australie:** Infertility (Medical Procedures) Act de 1984. (Etat
 de Victoria).
 The Reproductive Technology Act, 1988, Ausl.(SA)
 88.9, Loi N° 10 du 10 mars 1988
- Danemark:** Loi sur l'adoption Act N° 326 of June 4, 1986
 Law on the establishment of an ethical concil and
 on regulation of certain biomedical experiments. Law
 nr L76 of 22 May 1987.
- Espagne:** Loi relative aux techniques de procréation
 médicalement assistée Loi N° 35/1988 du 2 novembre
 1988
- États Unis:** An Act relative to surrogacy, Chapter 87, Laws
 1990. (New Hampshire)
- France:** Règlement du 27 avril 1987 relatif à la santé
 publique (Fécondation in vitro) (1987), Art. 38(4)
 Rec.Int. de Lég. sanit. 832
 Avant projet de loi sur les sciences de la vie et
 les droits de l'homme "Projet de loi Braibant"

Paris, le 5 septembre 1988.

Décrets 88-327 et 88-328 du 8 avril 1988 (France).

Israël: Règlement du 27 avril 1987 relatif à la santé publique (Fécondation in vitro), (1987) Art. 38(4) (Israël).

TABLE DES JUGEMENTS

CANADA/QUÉBEC

A... c. l..., [1982] C.S. 964

Andrews c. Law Society of British Columbia, [1989] 1 R.C.S. 151

Bérard Guillette c. Maheux, J.E. 89-993 (C.A.)

Chantal Daigles c. Jean-Guy Tremblay, [1989] R.J.Q. 1735 à 1758 (opinion du juge Marcel Nichols)

Droit de la famille 657, [1989], R.J.Q. 1693

Droit de la famille - 77, [1983] C.S. 692

Droit de la famille - 737, [1990] R.J.Q. 85 à 92 (C.A.).

Droit de la famille-140, [1984] T.J. 2049

Droit de la famille 657, [1989], R.J.Q. 1693

E.(M^{rs}.) v. Eve [1986] 2 S.C.R. 388

Gouin-Perreault c. Villeneuve, C.S. Montréal, no 500-05-022658-759, 16 août 1982; confirmé par [1986] R.R.A. 4 (C.A.).

Johannesson c. West St-Paul, [1952] 1 R.C.S. 292

Labatt Breweries of Can. Ltd. c. A.-G. Can, [1980] 1 R.C.S. 914

La Reine c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103

Munro c. Nat. Capital Comm., [1966] R.C.S. 663

Pronto Uranium Mines Ltd. v. O.L.R.B., [1956] O.R. 862

R. c. Morgentaler, [1988] 1 R.C.S. 30

Re C., (1985) 15 Fam. Law 191

Re Anti-Inflation Act, [1976] 2 R.C.S. 373

Re D., [1976] 1 All. E.R. 326

Regina c. Morgentaler, Smoling and Scott, [1985] 12 D.L.R.(4th) 502

Schneider c. La Reine, [1982] 2 R.C.S. 112.

Weiss c. Solomon, [1989] R.J.Q. 731 (C.S.)

ÉTATS UNIS

Doe c. Attorney General of Michigan, N.W 2d 438 (1981)

FTC c. IVF Australia & NME Hospitals Inc., (1990) 55 Fed. Reg., 37962, 37964

FTC/U.S. c. Jacobson, N°. 89-0078-A du 18 mai 1989

In the Matter of BABY M., 217 N.J. 525 A. 2d 1128 (1987), renversé par: In the Matter of BABY M., 109 N.J. 396, 537 A.2d 1227 (N.J. 1988)

In the Matter of Baby Girl L.J., 132 Misc.2d 972, 505 N.Y.S.2d 813, 818 (Sur. Ct., Nassau Co.1986)

Johnson c. Calvert, No. 63-31-90 (Orange Cty. Super. Ct. Calif. October 22, 1990)

Junior L. Davis Vs. Mary Sue Davis, [1989] Circuit court, Tennessee, Equity division (division I), N°. E-14496

Kentucky: Subrogate Parenting Associates inc. c. Commonwealth of Kentucky, [1986] 704 S.W.R. 2d 209

Mounce c. Hanson, No. 89-045388 (Harris Cty. Tex. 1990).

Skinner c. Oklahoma, [1942] 316 U.S. 535, 41-42

Smith c. Jones, N°. 85-532014DZ (Mich. Cir. Ct., Wayne Co. March 14, 1986)

FRANCE

Cour de cassation (Civ. 1^{re}), 13 décembre 1989, (1990) 19 Dalloz Sirey, jurisprudence.

Cour d'appel de Paris (1ère ch.,sect. c), 15 juin 1990, Répertoire général: 89-18-925

Cour d'appel de Toulouse (1ère ch.), 21 septembre 1987, D.S., 1988, 184, 187 (note Danièle HUET-WEILLER)

Tribunal de grande instance de Paris, Paris, 1^{re} ch. A, 11 oct.1988, (1988) 40 Dalloz, 275.

Tribunal de Grande Instance, Paris, 3 juin 1969, (1969) 2 Gaz.Pal. 57

Tribunal de grande instance de Créteil, 1^{re} Ch. civ., Gaz. Pal. 18 sept. 1984, p.11

BIBLIOGRAPHIE

Monographies et recueils

ACTES SUD, Colloque génétique, procréation et droit, Paris, Editions Hubert Nyssen, 1985

ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, Mémoire de l'Association du Barreau canadien à la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction, Législation et réforme du droit, novembre 1990

BARTLETT, W., Le SIDA: questions juridiques d'intérêt fédéral division du droit du gouvernement fédéral, 30 mai 1988

BAUDOIN, J.-L., Les obligations, Cowansville, Editions Yvon Blais, 1989

BAUDOIN, J.-L., "Les problèmes juridiques de la procréation artificielle. Aperçu comparatif de la situation en Amérique du Nord", dans Procréation Artificielle, Génétique et Droit-Colloque de Lausanne des 29 et 30 novembre 1985, Zürich, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, 1986

BAUDOIN, J.-L., et C.LABRUSSE-RIOU, Produire l'homme: de quel droit?, Paris, P.U.F., 1987

BAUDOIN, J.-L., "Rapport général" dans TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI-CAPITANT, Le corps humain et le droit, vol.26, Paris, Dalloz, 1975

BELL, J., Policy Arguments in Judicial Decisions, Oxford, 1983

BERNARDOT, A. et R. KOURI, La responsabilité civile médicale, Sherbrooke, Les Editions Revue de droit Université de Sherbrooke, 1980

BLACK, R.C., "Legal Problems of Surrogate Motherhood", (1981) 16 New England Law Review 373

BOISCLAIR, C., Les droits et les besoins de l'enfant en matière de garde: réalité ou apparence?, Sherbrooke, Editions de la Faculté de droit, 1978

BOMBARDIER, D. et C. SAINT-LAURENT, Le mal de l'âme - Essais sur le mal de vivre au temps présent. Paris, Editions Robert Laffont, 1989

BONNETAIN, M.J., "Filiation: rupture et continuité" Acte du

colloque de Vaucresson, Institut de l'Enfance et de la famille, Paris, Ed. Etnerhi, 1985

CABRILLAC, F., Le droit civil et le droit humain, Thèse de doctorat, Montpellier, 1962

CHABAS, F., "Le corps humain et les actes juridiques en droit français", dans TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI-CAPITANT, Le corps humain et le droit, vol.26, Paris, Dalloz, 1975

CHARO, ALTA R., "Reproductive technologies and bioethics in the United States: looking back, looking ahead", dans C. BYK (dir.), Procréation artificielle où en sont l'éthique et le droit?, Lyon, Editions Alexandre LACASSAGNE, 1989.

CARBONNIER, J., "Rapport de synthèse" dans Colloque génétique, procréation et droit, Actes sud, Paris, Editions Hubert Nyssen, 1985

CLARKE, R., Les enfants de la science, Paris, Ed. Stock, 1984

COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA, Les crimes contre le foetus, document de travail 58, Ottawa, 1989

COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA, Notre droit pénal, Rapport au Parlement #3, 1976

CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, Nouvelles technologies de la reproduction: questions soulevées dans la littérature générale, Québec, 1985.

CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, Nouvelles technologies de la reproduction: étude des principales législations et recommandations, Québec, 1986.

CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, Nouvelles technologies de la reproduction: pratiques cliniques et expérimentales au Québec, Québec, 1986.

CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, Les grossesses sous contrat, Québec, 1987.

CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, Enjeux, quand la technologie transforme la maternité, Les Publications du Québec, 1989

CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, Les nouvelles technologies de reproduction, Avis synthèse du Conseil du statut de la femme, mai 1989

COUSINEAU, G., "Notre droit actuel peut-il répondre aux exigences du phénomène des mères porteuses d'enfants et, sinon, comment pourrait-il y répondre?" dans Réflexions juridiques sur le

phénomène des femmes porteuses d'enfants - Prix Charles-Coderre 1985, Montréal, Editions Yvon Blais, 1986

CREPEAU, P.-A., L'intensité de l'obligation juridique - ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie, Les Editions Yvon Blais Inc., 1989

DAVID, G., "Don et utilisation du sperme", dans Colloque génétique, procréation et droit, Paris, ACTES SUD, Editions Hubert Nyssen, 1985

DELAISI de PARSEVAL, G., et A.JANAUD, L'enfant à tout prix, Seuil, Paris, 1983

DELEURY, E., "Le corps humain, personnalité juridique et famille en droit canadien", dans TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI-CAPITANT, Le corps humain et le droit, vol.26, Paris, Dalloz, 1975

De VILAINE, A.M., "Maternité en miettes et malheurs en chaîne", dans Sortir la maternité du laboratoire, Conseil du statut de la femme, Montréal, 1987

DIATKINE, R., "Fécondation in vitro congélation d'embryons et mères de substitution, le point de vue d'un psychanalyste", dans ACTES SUD, Colloque génétique, procréation et droit, Paris, Editions Hubert Nyssen, 1985

DRIEGER, E.A., The Composition of Legislature, 2nd ed., Department of Justice, Ottawa, 1976

DUFRESNE, J., La reproduction humaine industrialisée, Institut québécois de recherche sur la culture, Québec, 1986

GALLOUX, J.-C., Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique, Thèse de droit, Bordeaux I, 1988

GOUVERNEMENT DU QUEBEC, MINISTERE DE LA SANTE ET DES SERVICES SOCIAUX, La périnatalité au Québec - La mortalité et la morbidité périnatales et infantiles, Québec, 1989

HOGG, P.W., Constitutional Law of Canada, 2e édition, Toronto, Carswell, 1985

HONDIUS, F. W., "L'Europe face à la bioéthique", dans GÉRALD-A. BEAUDOIN (dir), Vues canadiennes et européennes des droits et libertés - Actes des journées strasbourgeoises 1988, Cowansville, Editions Yvon Blais, 1989

ISAMBERT, F., "Nouvelles parentés, point de vue d'un sociologue" dans, ACTES SUD, Colloque génétique, procréation et droit, Paris, Editions Hubert Nyssen, 1985

JACQUARD, A., Eloge de la différence-La génétique et les hommes, Edition du Seuil, Paris, 1978

KNOPPERS, B.M., Conception artificielle et responsabilité médicale - Une étude de droit comparé, Les Editions Yvon Blais Inc., Cowansville (Qué), 1986

KNOPPERS, B.M., Dignité humaine et patrimoine génétique, Commission de réforme du droit du Canada, document d'étude, Ottawa, 1991, p.35.

KNOPPERS, B.M., et Isabel BRAULT, La loi et l'avortement dans les pays francophones, Montréal, les Editions Thémis, 1989

KNOPPERS, B.M., "Les nouvelles technologies de reproduction" dans Gérald-A. BEAUDOIN (dir.), Vues canadiennes et européennes des droits et libertés - Actes des Journées Strasbourgeoises, 1988, Cowansville (Qué), Ed. Yvon Blais, 1988

LE BRIS, S., Procréation assistée et parentalité en droit français et québécois, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1988

LEGENDRE, P., L'ineestimable objet de la transmission, Paris Fayard, 1985

MAYRAND, A., l'inviolabilité de la personne humaine, Wilson et Lafleur, Montréal, 1975

MIGNAULT, P.B., Droit civil canadien, t. 2, Montréal, Théoret, 1985

MORGON-DUMAS, E., L'insémination artificielle au regard du droit positif actuel et des propositions de lois récentes, mémoire de doctorat, Lyon III, Faculté de droit, Université Jean Moulin, 1978-1979

OUELLETTE, M., Droit et science, Montréal, Editions Thémis, 1986

PASINI, W., "Les bons enfants à venir" dans M.SOULE (dir.), Les bons enfants, Paris, E.S.F., 1983

PIGEON, L.P., Rédaction et interprétation des lois, Les Publications du Québec, 1986

PINEAU, J., La famille: droit applicable au lendemain de la «Loi 89», Montréal, P.U.M., 1982

PINEAU J., et D. BURMAN, Théorie des obligations, Montréal, 2^e édition, Les Editions Thémis, 1988

PRIX CHARLES-CODERRE, Réflexions sur le phénomène des femmes porteuses d'enfants, Ed. Yvon Blais, Montréal, 1985

RAUCENT, L., Pour une théorie critique du droit, Gembloux, Editions

J. Duculot, 1975

RIVET, M., "Les nouvelles technologies de reproduction: Les limites de la loi", dans G erald-A. BEAUDOIN (dir.), Vues canadiennes et européennes des droits et libertés - Actes des Journées Strasbourgeoises 1988, Cowansville (Qué), Ed. Yvon Blais, 1988

RUFFIE, J., Le sexe et la mort, Paris, Seuil, 1986

RUBELLIN-DEVICHI, J., "Congélation d'embryons, fécondation in vitro, mère de substitution, point de vue d'un juriste" dans ACTES SUD, Génétique, procréation et droit, Ed. Hubert Nyssen, Paris, 1985

RUBELLIN-DEVICHI, J., "Mère de substitution" dans Colloque génétique, procréation et droit, Paris, Editions Hubert Nyssen, 1985

SAVATIER, R., Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, Paris, Dalloz, 1948

STANWORTH, M., Reproductive Technologies - Gender, Motherhood and medicine, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1987

THE CANADIAN FERTILITY AND ANDROLOGY SOCIETY AND THE SOCIETY OF OBSTETRICIANS AND GYNAECOLOGISTS OF CANADA, Ethical Considerations of the New Reproductive Technologies, A Report of the Combined Ethics Committee, Published by Ribosome Communications, sept. 1990

THE NEW YORK STATE TASK FORCE ON LIFE AND THE LAW, Surrogate Parenting: analysis and recommendations for public policy, may 1988, p. 61

TERRE, F., L'enfant de l'esclave - Génétique et droit, Flammarion, Paris, 1987

TESTART, J., De l'éprouvette au bébé-spectacle, Paris, Editions Complexe, 1984

TESTART, J., L'oeuf transparent, Paris, Fayard, 1986

TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI-CAPITANT, Le corps humain et le droit, vol.26, Paris, Dalloz, 1975

Articles de revue

- ALLEN, A.L., "Surrogacy, Slavery, and the Ownership of Life", (1990) 13 Harvard Journal of Law and Public Policy 139
- ANDREWS, L.B., "The Aftermath of Baby M: Proposed State Laws on Surrogate Motherhood", (1987) 17 Hastings Center Rep. 31
- ANONYME, "Eugenic Artificial Insemination: a Cure for Mediocrity", (1981) 94 Harv.Law Rev. 1850
- ATIAS, C., "Le contrat de substitution de mère", (1986) Rec. Dalloz Sirey, Chronique.- IX
- BAUDOIN, L., "La personne humaine au centre du droit québécois", (1966) 26 Rev. du B. 66
- BELLEY, J.G., "L'Etat et la régulation juridique des sociétés globales", (1986) 1 Sociologie et sociétés 27
- BLACK, R.C., "Legal Problems of Surrogate Motherhood", 16 New England Law Review 373
- BROPHY, K.M., "A Surrogate Mother Contract to Bear a Child", (1981-82) 20 J. Fam. L. 263
- BROWN, B., "Surrogate Parenting Law [...]", (1986) 13 Southern University L. Rev. 125
- CARON, M., "Le Code civil québécois, instrument de protection des droits et libertés de la personne ?", (1978) 56 Rev. du B. Can 196
- CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, "Les biotechnologies de la reproduction, au profit de qui?" (1985) 7 La Gazette des femmes 14
- CROTEAU, J., "le foetus humain, une personne? - Essai philisophique" (1989) 20 R.G.D. 499
- COFFEN, M.A., "Of father born: a Lesbian Feminist Critique of the Ontario Law Reform Commission on Artificial Insemination" (1986), Canadian Journal of Women and the Law 424
- DELAISI DE PARSEVAL, G., "Le désir d'enfant saisi par la médecine et par la loi", (1989) 156 Esprit 86
- DODDS, S., K., JONES, "Surrogacy and Autonomy" (1989) 3 Bioethics 1
- DELMAS-MARTY, M., "L'homme des droits de l'homme n'est pas celui du biologiste", (1989) 156 Esprit 166
- DUCHARME, T., "Preparing for a Legal Epidemic", (1987) 16 Alberta

- L. Rev. 471
- EATON, T.A., "Comparative Responses to Surrogate Motherhood", (1986) 65 Nebraska Law Review 686
- GRAVERSEN, J., "Denmark: Legislation on Surrogate Maternity and other Developments", (1987-88) 26 Journal of Family Law 59
- HOLM, S., "New Danish law: human life begins at conception", (1988) 14 Journal of Medical Ethics 77
- HUPPE, L., "La liberté humaine comme fondement des droits et libertés garantis par la Charte", (1988) 48 Rev. du Bar. 724
- KASIRER, N., "The Surrogate Motherhood Agreement: a Proposed Standard Form Contract for Quebec" (1985-86) 16 R.D.U.S. 351
- KATZ, "Surrogate Motherhood and The Baby Selling Laws", (1984) 20 Col. J.L. & Soc. Probs. 1
- KAYSER, P., "Les limites morales et juridiques de la procréation artificielle", (1987) 1 Dalloz Sirey, Chronique-XXXV
- KLOTZ, A., "Le droit au secours dans la province de Québec", (1991) 21 R.D.U.S. 479
- KNOPPERS, B.M., "Recent Developments: Legislative Reforms in Reproductive Technology" (1986) 18 Ottawa Law Review 663
- KNOPPERS, B.M., "les notions d'autorisation et de consentement dans le contrat médical", (1978) 19 C. de D. 893
- LABRUSSE-RIOU, C., "La Filiation et la médecine moderne", (1986) 2 Rev. int. de droit comparé 421
- LABRUSSE-RIOU, C., "L'homme à vif: biotechnologies et droits de l'homme", (1989) Esprit 86
- LAURITZEN, P., "What Price Parenthood?", (1990) 20 Hastings Center Report 38
- LEDERMAN, W.R., "University & Diversity in Canadian Federalism Ideals & Methods of Moderation", (1975) 53 Can. Bar. Rev. 297
- LEROY, W., "Ethics and New Reproductive Technologies: An International Review of Committee Statements", (1987) 17 Hasting Center Report, Special Supplement 2
- MCKENZIE, F.C., "Les biotechnologies de la reproduction, au profit de qui?", (1985) 7 La Gazette des femmes 19
- MORIN, J.Y., "Une Charte des droits de l'homme pour le Québec",

(1963) 9 McGill L. J. 273

MEULDERS-KLEIN, M.T. "La réforme du droit de la filiation en Belgique - Analyse du projet de loi n° 305" (1979) Rev. trim. de dr. fam. 66

MEULDERS-KLEIN, M.T., "Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées", (1988) 4 Rev. trim. dr. civ. 661

NERSON, R., "L'influence de la biologie et de la médecine moderne sur le droit civil" (1970) R.T.D.C. 661

NERSON, R., "Urgence et droit médical", (1975) 10 R.J.T. 13

PARKER, P., "Motivation of Surrogate Mother: Initial Findings", (1983) 140 Am.J.Psych. 117

PRATTE, S., "Evolution ou révolution?", (1990) 5 Maîtres 11

PRATTE M. et E. FORTIS-MONJAL, "Présomption de paternité et vérité biologique en droit français et québécois.", Dalloz 1988, Chr. VI, 37

PROULX, D., "Le défi de l'égalité et la Charte canadienne des droits", (1988) 48 Rev. du Bar. 633

RAYMOND, "Reproductive Gifts and Gift Giving: The Altruistic Woman", (1990) 7 Hastings Center Report

RAYNAUD, P., "L'enfant peut-il être objet de droit?", Recueil Dalloz Sirey 1988, Chronique XVI

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

ROBERTSON, J.A., "Decisional Authority Over Embryos and Control of I.V.A. Technology", (1988) 28 Jurimetrics 285

ROBERTSON, J.A., "Procréative Liberty and the Conception, Pregnancy and Childbirth", (1983) 69 Va.L.Rev. 405

ROBERTSON, J.A., "Procreative Liberty and State's Burden of Proof in Regulating Noncoital Reproduction", (1988) 16 Law, Medicine & Health Care 18

ROCHER, G., "Pour une sociologie des ordres juridiques", (1988) 29 Cahiers de Droit 29

ROTHENBERG, K.H., " Gestational Surrogacy and the Health Care Provider: Put Part of the "IVF Genie" Back Into the Bottle", (1990) 18 Law, Medicine & Health Care 345

- ROWLAND, R., "Response to the Draft Report of the National Bioethics Consultative Committee (NBCC) (1990) 2 Journal of International Feminist Analysis 147
- SCHUCK, P.H., "The Social Utility of Surrogacy", (1990) 13 Harvard Journal of Law and Public Policy 132
- STARKE, J.G., "Surrogate motherhood-Report of the South Wales Law Reform Commission" (1989) 63 The Australian Law Journal 303, 304.
- STEINBOCK, B., "Surrogate Motherhood as Prenatal Adoption" (1988) 16 Law, Medicine & Health Care 44
- SOOTENS, S., "La relation médecin-patient et les décisions de traitement", (1990) 20 vol.2 R.D.U.S. 377
- STANTON, E.R., "The Rights of the Biological Father: From Adoption and Custody to Surrogate Motherhood", (1987) 12 Vermont L. Rev. 87
- STEENO, O., "Histoire de l'insémination artificielle, (1974) 15 Echanges, 23
- STEIFF, J.M., "La controverse sur les taux de succès de la FIV", (Avril 1991), 231 La Recherche, 524
- SCHUCK, P.H., "The Social Utility of Surrogacy", (1990) 13 Harvard Journal of Law and Public Policy 132
- TAGUIEFF, P.-A., "L'eugénisme, objet de phobie idéologique", (1989) 156 Esprit 99
- TOTH, F., "Le droit du patient d'être informé: un droit protégé par la Charte des droits et liberté de la personne", (1989-90), 20 R.D.U.S. 161
- UNIACKE, S., "In vitro Fertilization and the Right to Reproduce", (1987) 1 Bioethics 241
- VERSPIEREN, P., "Mère de substitution - l'alibi de la générosité", (1984) 361/5 Etude 493
- WEBER, W.M., "The Personhood of Unborn Children: A First Principle in Surrogate Motherhood Analysis", (1990) 13 Harvard Journal of Law and Public Policy 157
- WINFIELD, P.H., "Public Policy in the English Common Law", (1928-29) 42 Harv. L. Rev. 76
- WRIGHT, M., "Surrogacy and Adoption: Problems and Possibilities", (1986) 16 Family Law 109

Rapports, avis et mémoires

CANADA (PROVINCES)

Québec

CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME (Les Publications du Québec):

Les grossesses sous contrat, Avis du Conseil du statut de la femme, 1989

Enjeux, quand la technologie transforme la maternité, 1989

Les nouvelles technologies de reproduction, Avis synthèse mai 1989

Sortir la maternité du laboratoire, Québec, 1988

Etude des principales législations et recommandations, 1986

Rapport du comité de travail sur les nouvelles technologies de reproduction humaine, Ministère de la santé et des services sociaux, Québec, 1988

Rapport sur les nouvelles technologies de reproduction, Barreau du Québec Montréal, avril 1988

Ontario

Report on Human Artificial Reproduction and Related Matters, Ontario Law Reform Commission Toronto, vol. I et II, 1985

A L'ÉTRANGER

Australie

Rapports de la Commission de réforme du droit de la Nouvelle Galles du Sud:

Human Artificial Insémination, LRC 49, 1986

In vitro fertilisation, LRC 58, 1988

Report on surrogate motherhood by the New South Wales Law, LRC 60, March 1989.

Autriche

Rapport du Ministère des sciences et du progrès au parlement national. Quelques aspects fondamentaux de la génétique et de la reproduction biologique, Vienne 1986.

Allemagne

Rapport du groupe de travail sur la fécondation in vitro, analyse du génome et thérapie génétique, présidée par le professeur Ernest Benda, novembre 1985 documentation française, Paris, 1987.

Angleterre

Rapport de la Commission d'Enquête, Fécondation et embryologie humaine, présidée par Dame Mary WARNOCK, (Londres, 1984), Documentation française, Paris, 1985.

Conseil de l'Europe

Conseil de l'Europe en matière biomédicale, Vienne les 19 et 20 mars 1985 au sujet des progrès de la biologie.

Groupe de travail du Comité ad hoc d'experts sur les progrès des sciences biomédicales, Projet de recommandation n° R 87, Strasbourg, avril 1987.

France

Avis du Comité national d'éthique, les problèmes éthiques posés par le recours aux mères de substitution, 23 octobre 1984.

Rapport au Premier ministre, les procréations artificielles, Paris, La documentation française, 1986.

Colloques et conférences

Forum international sur les nouvelles techniques de reproduction, Sortir la maternité du laboratoire, octobre 1987, Conseil du statut de la Femme, Québec, 1988.

Colloque génétique de Lausanne, les 29 et 30 novembre 1985, procréation artificielle, génétique et droit, Zürich, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, 1986.

Colloque génétique de Paris, Procréation et droit, Paris, Actes Sud, 1985.

Actes du Forum international sur les nouvelles technologies de la reproduction, organisé par le Conseil du statut de la femme, tenu à Montréal du 29 au 31 octobre 1987 à l'Université Concordia.

Participants aux audiences publiques de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction tenues à Montréal les 21 et 22 novembre 1990.

Alliance pour la vie

Association du Barreau canadien

L'Association Féminine d'Education et d'Action Sociale (AFEAS)
Centre de reproduction de l'hôpital Saint-Luc

Association québécoise pour la fertilité

Centre de recherche en reproduction humaine de l'Université de Montréal

Confédération des organismes familiaux du Québec (COFAQ)

Confédération des syndicats nationaux (CSN)

Comité d'éthique biomédicale du Collège royal des médecins

Commission de réforme du droit du Canada

Fédération des femmes du Québec

Fédération du Québec pour le planning des naissances

Geneviève Delaisi de Parseval (écrivain et psychanalyste, France)

Alain Klotz (LL.B., étudiant en maîtrise, U. de Sherbrooke.)

La Société canadienne de fertilité et d'andrologie et la Société des obstétriciens et gynécologues du Canada

L'Eglise épiscopale du Canada

Le réseau National d'action éducative des femmes

Sonia Le Bris (Juriste, LL.M., France)

Coupages de journaux:

"En mai, Carol Pavsek sera mère par procuration pour la 2ème fois", La Presse, Montréal, 26 octobre 1981.

"Ontario Probes Legality of Rent-A-Wond Cases, The Citizen, Ottawa, June 3rd, 1982.

"Une première au Canada : une mère d'emprunt va donner naissance à un "enfant sur commande", La Presse, Montréal, 17 juin 1982.

"Surrogate Motherhood Adultery", The Globe and Mail, Toronto, July 10, 1982.

"It was just a job, surrogate mother tells Star", The Saturday Star, Toronto, August 21st, 1982.

"Sept millions pour un enfant", l'Express, Paris, 22 octobre 1982.

"Grossesse par procuration", 1527 Panorama du médecin, 8 novembre 1982.

"Surrogate Motherhood Vile Practice", Toronto Star, July 17, 1982.

"La mère suppléante ne craint pas d'être traumatisée", Journal de Montréal, 27 octobre 1982.

"Qui est cet avocat qui a mis au point la maternité suppléante", Journal de Montréal, 28 octobre 1982.

"Mères suppléantes: aucune jurisprudence", Journal de Montréal, 29 octobre 1982.

"Ce qui motive les mères suppléantes", Journal de Montréal, 30 octobre 1982.

Dominique DEMERS, "Les utérus de secours", (1982) Châteleine 23.
 "Il rejette l'enfant qu'il avait commandé à une mère d'emprunt",

La Presse, Montréal, 22 janvier 1983.

"Bébé abandonné par son père et sa mère d'emprunt", Journal de Montréal, 24 janvier 1983.

"Mère porteuse: 10,000 dollars pour un enfant", La Presse, Montréal, 2 mars 1983.

"La maternité par procuration: trop tôt pour juger mais pas pour analyser", Le Devoir, Montréal, 17 septembre 1983.

"Mère d'accueil: science et morale", (1984) 627 Le Point.

"La justice ouvre une brèche aux mères porteuses", Société, 7 octobre 1990, 21.

"Mères porteuses: la loi en arrêt. Deux arrêts de la Cour d'appel de Paris autorisent la pratique des "mères porteuses" et relancent le débat sur la maternité de substitution", Journal Le Monde du 10 octobre 1990, 18.

"Défaite judiciaire d'une femme porteuse", Journal Le Devoir, 23 octobre 1990, A3.

"Woman loses bid to be parent. First time child not genetically linked to surrogate mother" The Globe and Mail, 23 octobre 1990, A6.

"La médecine va-t-elle trop loin?", Journal l'Actualité, 15 novembre 1990.

"Québec dit non aux mères porteuses", Le soleil, 19 décembre 1990, 2.

"When Motherhood Is for Sale", The wall street journal, january 8, 1991, 7.

"Mères porteuses, l'espoir abusé" (Point de vue de Monsieur le professeur René Soulayrol, Président de la société française de psychiatrie de l'enfant), Journal Le monde du 13 février 1991.

"New setback for the surrogacy brigade", The Age, February 1991, 28.

"Surrogacy to be curbed", The Gazette, 27 mars 1991.