Document généré le 12 déc. 2024 19:03

Revue du notariat

LA REVUE DU NOTARIAT

MATERNITÉ DE SUBSTITUTION : QUELLE FILIATION POUR L'ENFANT À NAÎTRE ?

Andréanne MALACKET

Volume 117, numéro 2, 2015

URI : https://id.erudit.org/iderudit/1043491ar
DOI : https://doi.org/10.7202/1043491ar

Aller au sommaire du numéro

Éditeur(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (imprimé)
2369-6184 (numérique)

Découvrir la revue

Citer cet article

MALACKET, A. (2015). MATERNITÉ DE SUBSTITUTION : QUELLE FILIATION POUR L'ENFANT À NAÎTRE ? *Revue du notariat*, *117*(2), 229–243. https://doi.org/10.7202/1043491ar

Tous droits réservés © Andréanne MALACKET, 2016

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/

érudit

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

https://www.erudit.org/fr/

MATERNITÉ DE SUBSTITUTION : QUELLE FILIATION POUR L'ENFANT À NAÎTRE ?

Andréanne MALACKET*

Introduction 231

1. Les faits de l'affaire *Adoption – 161* 233

2. Le jugement de la Cour d'appel 235

3. Commentaires 236

* LL.B., LL.M., avocate, chargée de cours en droit de la famille et doctorante en droit familial et des successions à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. L'auteure souhaite remercier le professeur Alain Roy pour ses précieux commentaires.

INTRODUCTION

En 1994, le législateur québécois adoptait le premier véritable cadre législatif en matière de procréation médicalement assistée. C'est d'ailleurs à cette occasion qu'il légiféra pour la première fois au sujet des contrats de mère porteuse, de telles conventions étant frappées de nullité absolue aux termes de l'article 541 C.c.Q. Cet article, dont le contenu fit l'objet de modifications cosmétiques lors de l'adoption de la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*[1] en 2002, reflète encore aujourd'hui l'état du droit québécois en matière de maternité de substitution. Ainsi, suivant les termes du *Code civil du Québec*, « [t]oute convention par laquelle une femme s'engage à procréer ou à porter un enfant pour le compte d'autrui est nulle de nullité absolue »[2].

Aussi, que le contrat ait été conclu à titre gratuit ou à titre onéreux, et que la mère porteuse soit simple gestatrice[3] ou qu'elle soit au surplus génétiquement apparentée à l'enfant[4], la convention par laquelle elle se sera engagée à porter un enfant pour le compte d'autrui ne sera jamais susceptible d'exécution forcée. C'est donc dire qu'il sera impossible de contraindre la mère porteuse à la remise de l'enfant aux parents d'intention, ou de forcer l'établissement d'un lien de filiation entre l'enfant et ses deux parents d'intention. Il va également sans dire que la remise en l'état des parties sera impossible considérant la nature même de la convention de maternité de substitution. D'ailleurs, convient-il d'ajouter qu'en vertu de la maxime latine *mater semper certa est*, la filiation sera en principe toujours établie entre la mère porteuse et l'enfant[5]. Quant à la filia-

---

1. L.Q. 2002, c. 6.
2. C.c.Q., art. 541.
3. Dans cette première hypothèse, on parle de gestation pour autrui, l'ovule ayant servi à concevoir l'enfant ayant été fourni par une donneuse d'ovules ou par la mère d'intention.
4. Dans cette seconde hypothèse, on parle de procréation pour autrui : en plus d'être gestatrice, la mère porteuse sera également la mère génétique de l'enfant puisqu'elle aura fourni l'ovule ayant servi à concevoir l'enfant.
5. Marie-France BUREAU et Édith GUILHERMONT, « Maternité, gestation et liberté : réflexion sur la prohibition de la gestation pour autrui en droit québécois », (2011) (4-2) *RDSM* 43, 50 et 53 ; Michelle GIROUX, « Le recours controversé à l'adoption pour établir la filiation de l'enfant né d'une mère porteuse : entre ordre public

(à suivre…)

tion paternelle de l'enfant, elle pourra être établie avec le père d'origine – également père d'intention – de l'enfant[6]. Aussi, puisque le droit québécois ne connaît pas la multiparenté, c'est dire que le second parent d'intention sera *a priori* incapable d'établir un lien de filiation avec l'enfant.

En ce sens, l'état du droit québécois en matière de maternité de substitution n'est pas sans causer de graves problèmes pour les enfants nés des suites d'une telle pratique. En effet, que l'on soit pour ou contre le phénomène[7], il apparaît pour le moins inutile de nier que des enfants, au Québec et ailleurs, naissent de mères porteuses[8]. La question de l'établissement de la filiation de ces enfants se pose donc avec acuité considérant que le *Code civil du Québec* interdit la pratique. C'est d'ailleurs ce qui fit l'objet de l'arrêt *Adoption – 1445*[9], rendu en 2014 et dans lequel la Cour d'appel du

---

(…suite)
contractuel et intérêt de l'enfant », (2011) 70 *R. du B.* 511, 522-524 ; Benoît MOORE, « Maternité de substitution et filiation en droit québécois », dans *Liber Amicorium. Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinozi*, Paris, Dalloz, 2013, p. 859, aux pages 867 et 868. Il est toutefois intéressant de noter que dans deux affaires, la filiation maternelle de la mère porteuse envers l'enfant n'aura pas été établie aux termes de l'acte de naissance. C'est en effet ce que met en lumière l'affaire *Adoption – 091*, 2009 QCCQ 628, et l'arrêt qui fait l'objet du présent commentaire – *Adoption – 161*, 2016 QCCA 16.

6. Elle pourrait aussi théoriquement être établie avec le mari de la mère porteuse en vertu de la présomption de paternité prévue à l'article 525 C.c.Q. À ce sujet, voir : Michelle GIROUX, « L'encadrement de la maternité de substitution au Québec et la protection de l'intérêt de l'enfant », (1997) 28 *R.G.D.* 535, 542 et 543 ; M. GIROUX, préc., note 5, p. 522 ; B. MOORE, préc., note 5, p. 868.
7. Les arguments les plus souvent invoqués au soutien de la thèse soutenant la nullité absolue des conventions de mère porteuse ont trait à l'indisponibilité de l'état et de la filiation, de même qu'à l'instrumentalisation et l'asservissement du corps de la femme, à l'intérêt de l'enfant *in abstracto* et à l'ordre public. Pour d'autres, les progrès scientifiques doivent toutefois nous pousser à revoir nos conceptions et à encadrer le phénomène. Voir : Louise LANGEVIN, « Réponse jurisprudentielle à la pratique des mères porteuses au Québec : une difficile réconciliation », (2010) 26-1 *Rev. Can. D. Fam.* 171, 194-198 ; M.-F. BUREAU et É. GUILHERMONT, préc., note 5, p. 63-73 ; M. GIROUX, préc., note 5, p. 526-543 ; B. MOORE, préc., note 5, p. 863-866.
8. C'est d'ailleurs l'opinion de bon nombre d'auteurs dans le milieu juridique. À ce sujet, voir notamment : COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, Alain ROY (prés.), *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Montréal, Éditions Thémis, 2015, p. 251 et 252 ; M.-F. BUREAU et É. GUILHERMONT, préc., note 5, 52 ; B. MOORE, préc., note 5, p. 867 ; L. LANGEVIN, préc., note 7, p. 198.
9. 2014 QCCA 1162. Cet arrêt tente de mettre un terme au flou jurisprudentiel faisant suite aux décisions rendues en telle matière par la Cour du Québec. En
(à suivre…)

Québec permit à la mère d'intention d'établir sa filiation auprès de l'enfant après que son conjoint – père d'origine de l'enfant – et la mère porteuse eurent donné un consentement spécial à l'adoption en sa faveur aux termes de l'article 555 C.c.Q.[10].

Alors qu'on aurait pu souhaiter que l'arrêt de 2014 mette fin au flou juridique entourant l'établissement de la filiation des enfants nés d'une mère porteuse au Québec, force est de constater que tel n'est pas le cas. En effet, l'arrêt *Adoption – 161*[11], rendu par la Cour d'appel du Québec le 14 janvier 2016, met de nouveau en lumière la nécessité de réformer le corpus législatif québécois afin d'encadrer le recours à la maternité de substitution au moyen de balises claires afin de veiller à ce que l'intérêt de l'enfant[12] ainsi conçu soit préservé. Avant de commenter plus avant les enjeux que pose l'arrêt de la Cour, une revue des faits de l'affaire nous apparaît essentielle.

1. LES FAITS DE L'AFFAIRE *ADOPTION – 161*

L'appelant et l'intimé sont conjoints de fait depuis plus de 6 ans et souhaitent avoir un enfant. Après avoir envisagé diverses options, ils se tournent vers la maternité de substitution. La mère porteuse, une Québécoise rencontrée par les parties grâce à la mère de l'une d'entre elles, accepte de porter l'enfant conçu au moyen d'une fécon-

---

(…suite)
effet, alors que la majorité des juges de la Cour du Québec permettaient qu'une filiation soit établie entre l'enfant et le second parent d'intention aux termes d'un consentement spécial à l'adoption donné par la mère porteuse et le premier parent d'intention, certains refusaient l'adoption au nom de l'ordre public et pour donner plein effet à l'article 541 C.c.Q. Voir l'excellent résumé qu'en fait la Cour d'appel du Québec dans *Adoption – 1445*, par. 35 à 47.

10. Cet article prévoit ceci : « Le consentement à l'adoption peut être général ou spécial. Le consentement spécial ne peut être donné qu'en faveur d'un ascendant de l'enfant, d'un parent en ligne collatérale jusqu'au troisième degré ou du conjoint de cet ascendant ou parent ; il peut également être donné en faveur du conjoint du père ou de la mère. Cependant, lorsqu'il s'agit de conjoints de fait, ces derniers doivent cohabiter depuis au moins trois ans. »
11. Préc., note 5.
12. Aux termes de l'article 33 C.c.Q., « [l]es décisions concernant l'enfant doivent être prises dans son intérêt et dans le respect de ses droits. Sont pris en considération, outre les besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques de l'enfant, son âge, sa santé, son caractère, son milieu familial et les autres aspects de sa situation. » Au sujet de l'intérêt de l'enfant, voir également : Andréanne MALACKET, « Des contours de l'intérêt de l'enfant à son instrumentalisation : exemple d'une réforme annoncée en matière d'adoption », (2014) 44 (2-3) *R.D.U.S.* 569.

dation *in vitro* à partir du sperme de l'intimé et de l'ovule d'une donneuse ontarienne anonyme.

L'enfant naît en 2014. Alors que l'intimé, père d'origine de l'enfant, déclare sa filiation au directeur de l'état civil (« DEC »), la mère porteuse ne le fait pas. Le 22 avril 2014, le DEC délivre donc un acte de naissance faisant état de la filiation paternelle de l'intimé, mais indiquant une filiation maternelle « non déclarée ». Le 5 septembre 2014, l'intimé signe un consentement spécial à l'adoption de son enfant en faveur de son conjoint, l'appelant, et ce, sans le concours de la mère porteuse.

La requête pour ordonnance de placement est entendue le 8 octobre 2014 par la Cour du Québec. Le tribunal met alors l'affaire en délibéré, à la suite de quoi il ordonne une réouverture d'enquête afin que soit entendue la mère porteuse et qu'un procureur à l'enfant soit nommé. Dans ce contexte, le tribunal est informé des motivations de la mère porteuse et des démarches de l'appelant et de l'intimé auprès du DEC afin de s'enquérir de la marche à suivre pour faire établir leur filiation, dans le cadre de quoi on leur aurait indiqué qu'il était préférable que la mère ne soit pas déclarée sur l'acte de naissance de l'enfant.

Le 29 avril 2015, le tribunal rend son jugement. De fait, il estime devoir distinguer les faits de la cause de ceux de l'arrêt *Adoption – 1445*[13] étant donné que dans cette dernière affaire, la mère porteuse était indiquée comme « mère » à l'acte de naissance de l'enfant et avait formellement consenti à l'adoption de l'enfant. Le tribunal rappelle l'application de la maxime *mater semper certa est* en droit québécois et indique que l'omission de la mère porteuse de déclarer sa maternité constitue une fraude à la loi. Pour le tribunal, la demande d'adoption entreprise est le résultat d'une démarche illégale et contraire à l'ordre public, le consentement formel à l'adoption de l'enfant par la mère porteuse s'avérant essentiel. Le tribunal rejette donc la requête pour ordonnance de placement en vue de l'adoption de l'enfant par l'appelant. Ce dernier se pourvoit devant la Cour d'appel.

13. Préc., note 10.

2. LE JUGEMENT DE LA COUR D'APPEL

La Cour d'appel, sous la plume de la juge St-Pierre, estime que le seul véritable débat en cause n'a pas trait à la portée de l'article 541 C.c.Q., mais consiste plutôt à déterminer si la mère porteuse avait l'obligation de déclarer sa filiation maternelle à l'égard de l'enfant et à se pencher, le cas échéant, sur les conséquences de l'absence d'une telle déclaration sur les droits du père et de l'enfant.

Tout en précisant qu'elle ne commente pas l'aspect moral d'une telle décision, la Cour conclut que la mère porteuse n'avait pas l'obligation de déclarer sa filiation maternelle. Elle ajoute en outre « [qu']alors que personne ne s'étonne d'une mention « père non déclaré » à l'acte de naissance d'un enfant, pourquoi en serait-il autrement à la vue d'une mention similaire au sujet de la mère, comme c'est ici le cas ? »[14]. Quant au constat de naissance rédigé par l'accoucheur, la Cour estime qu'il ne constitue pas un mode d'établissement de la filiation, s'agissant plutôt d'une preuve corroborative à l'usage des déclarants et qui pourra permettre au DEC d'entreprendre des démarches additionnelles advenant l'existence de mentions contradictoires. La Cour poursuit son analyse en précisant qu'aucune sanction n'est prévue au Code civil en cas d'absence de déclaration de naissance et précise que les père et mère ne contrôlent pas le contenu du constat de l'accoucheur ni la confection de l'acte de naissance. Aussi, il revient au DEC de procéder à une enquête sommaire au sens de l'article 130 C.c.Q. au moment de dresser l'acte de naissance, le cas échéant. Selon la Cour, « [s]i le père et la mère ne sont ni mariés ni unis civilement, le Directeur ne peut inscrire le nom des père et mère que si chacun déclare sa filiation puisque l'un ne peut le faire pour l'autre à moins d'une autorisation expresse de ce dernier »[15].

Partant, la Cour d'appel conclut que la preuve au dossier permet de croire que le constat de l'accoucheur ait pu se révéler incomplet, ajoutant que le DEC n'a pas jugé utile, en l'espèce, de procéder à une enquête sommaire au sens de l'article 130 C.c.Q., ni d'intervenir dans le cadre des procédures malgré y avoir été invité à l'initiative de la Cour. En conséquence, la Cour estime que les parties ne peuvent être tenues responsables ni de l'omission de l'accoucheur ni de la décision du DEC de ne pas faire enquête. Au surplus,

14. Préc., note 5, par. 59.
15. *Id.*, par. 73.

la Cour mentionne que la mère porteuse avait exprimé sa volonté de ne pas déclarer sa filiation à l'égard de l'enfant de façon libre et éclairée, tant après l'accouchement que devant le tribunal. Aussi, le DEC a dressé l'acte de naissance sur la foi de la déclaration de naissance du père, qui ne contenait aucune mention contradictoire en lien avec le constat de naissance de l'accoucheur. Pour la Cour, l'acte de naissance de l'enfant, qui comporte la mention « non déclarée » plutôt que « inconnue » sous la rubrique « mère », a donc été régulièrement dressé et ne présuppose aucune « fraude à la loi ». La Cour d'appel ne peut donc se résoudre à voir, dans la requête pour ordonnance de placement en vue d'adoption présentée par l'appelant, l'aboutissement d'une « démarche illégale et contraire à l'ordre public ». Aussi, après examen des conditions applicables à une demande d'ordonnance de placement en vue d'adoption, la Cour d'appel conclut que seul le consentement de l'intimé, père de l'enfant, était nécessaire au sens de l'article 555 C.c.Q. considérant que la filiation maternelle de l'enfant n'est pas établie par acte de naissance.

Enfin, en *obiter dictum*, la Cour ajoute que si tant est que le consentement de la mère porteuse devait être obtenu pour permettre l'adoption de l'enfant par l'appelant, il faut conclure qu'un tel consentement se trouve au dossier de cour, ayant été valablement donné devant témoins – juge et avocats – en première instance, comme requis par l'article 548 C.c.Q. De surcroît, pour la Cour, les motifs de l'arrêt *Adoption – 1445*[16] s'avèrent pertinents pour régler le sort du litige malgré des différences factuelles, la bonne foi des parties étant amplement démontrée. L'intérêt de l'enfant milite donc en faveur de l'ordonnance recherchée, de telle sorte que l'appel doive être accueilli et que le placement de l'enfant en vue de son adoption par l'appelant soit autorisé.

3. COMMENTAIRES

On ne peut ignorer la difficulté de trancher, pour un tribunal d'appel, dans une matière où l'état du droit québécois demeure imprécis, l'article 541 C.c.Q. consacrant toujours la nullité absolue des conventions de mère porteuse. Pour reprendre les termes utilisés par la Cour, la solution retenue – qui consiste à permettre, dans un contexte de maternité de substitution, le placement de l'enfant

16. Préc., note 9.

auprès de son parent d'intention – conjoint du père d'origine – en vue de son adoption – est donc vraisemblablement « la moins insatisfaisante »[17]. Il s'agit d'une solution qui s'inscrit en accord avec l'arrêt précédent *Adoption – 1445*[18] et qui « très certainement [...], conformément aux articles 33 et 543 C.c.Q., sert le mieux l'intérêt de l'enfant »[19]. Partant de ce postulat, la Cour aura donc été contrainte de rendre, dans un domaine du droit encore imprécis, un jugement en équité.

C'est d'ailleurs ce qui transparaît des motifs, notamment lorsqu'on y lit que « ni la mère ni le père (l'intimé) ne peuvent être tenus [*sic*] responsable [*sic*] d'une omission de l'accoucheur, le cas échéant, ou de la décision du Directeur de l'état civil de ne pas faire d'enquête en de telles circonstances »[20]. Aussi, on ne peut que s'étonner du mutisme du DEC, qui dans cette affaire n'aura pas cru bon intervenir au dossier, notamment en appel, même après y avoir été dûment invité. C'est d'ailleurs ce que semble dénoncer, à demi-mot, la Cour d'appel – et pour cause. Car si le DEC avait utilisé – comme il aurait dû le faire – le pouvoir d'enquête que lui confère l'article 130 C.c.Q., il aurait dû rectifier l'acte de naissance de l'enfant pour y indiquer le nom de la mère porteuse sous la rubrique « mère ». Or, dans un tel cadre, il est permis de penser, à la lumière des faits exposés, que la mère porteuse aurait donné son consentement à l'adoption de l'enfant, ce qui aurait facilité les démarches entreprises par l'appelant et évité le pourvoi devant la Cour d'appel. Cela dit, si la conclusion de la Cour d'appel est justifiable à la lumière de l'omission du DEC et considérant l'intérêt de l'enfant *a posteriori*[21], voire son besoin de filiation, les motifs sur lesquels elle s'appuie nous paraissent prêter le flanc à la critique.

En effet, il est pour le moins préoccupant que la Cour laisse à penser qu'on ne doive pas s'étonner à la vue d'une mention « mère

17. Voir : *Adoption – 161*, préc., note 5, par. 89 ; *Adoption – 1445*, préc., note 9, par. 66. La Cour paraphrase en cela le professeur Moore : B. MOORE, préc., note 5, p. 873.
18. Préc., note 9.
19. *Adoption – 161*, préc., note 5, par. 89 ; *Adoption – 1445*, préc., note 9, par. 66.
20. *Adoption – 161*, préc., note 5, par. 79.
21. L'intérêt de l'enfant *a posteriori* s'oppose à l'intérêt de l'enfant *a priori*. Il s'intéresse à l'intérêt d'un enfant dans une situation donnée, alors que l'intérêt de l'enfant *a priori* s'intéresse à l'intérêt des enfants en général. À ce sujet, voir : Carmen LAVALLÉE, *L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption. Regards sur le droit français et québécois*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, nos 334 et 335, p. 270 ; A. MALACKET, préc., note 12, p. 584.

non déclarée » à l'acte de naissance d'un enfant au motif que la mention « père non déclaré » ne nous étonne plus[22]. En effet, un tel parallèle entre maternité et paternité passe sous silence l'un des fondements du droit de la famille québécois, à savoir que la femme qui accouche est, par application de la maxime *mater semper certa est*, la mère de l'enfant, et ce, peu importe la qualité en laquelle elle aura porté l'enfant et nonobstant la provenance des ovules utilisés pour la conception. Aussi, faut-il ajouter qu'un tel adage ne devrait en principe souffrir aucune exception, l'accouchement sous X n'étant pas admis au Québec[23].

Au surplus, le fait que la Cour présente le constat de naissance comme un simple « outil à l'usage de ceux qui déclareront la filiation (une preuve corroborative) et du directeur de l'état civil auprès de qui de telles déclarations seront faites »[24] nous apparaît en réduire indûment la portée ; l'accoucheur a en effet l'obligation d'y inscrire le nom de la femme qui accouche et d'en transmettre sans délai une copie au DEC[25]. Avec égards, il nous semble également inexact d'affirmer que « si le père et la mère ne sont ni mariés ni unis civilement, le Directeur ne peut inscrire le nom des père et mère que si chacun déclare sa filiation puisque l'un ne peut le faire pour l'autre à moins d'une autorisation expresse de ce dernier »[26]. En effet, bien que le constat de naissance ne soit pas, *stricto sensu*, un mode d'établissement non judiciaire de la filiation au même titre que l'acte de naissance, la possession d'état ou la présomption de parenté[27], il demeure une preuve accablante de la filiation maternelle de l'enfant. Par conséquent, à moins qu'une enquête menée aux termes des articles 130 ou 131 C.c.Q. ait révélé le contraire, le constat de naissance devrait obliger le DEC à dresser l'acte de naissance, peu importe qu'une déclaration de naissance maternelle ait ou non été signée.

Par ailleurs, la Cour d'appel s'appuie sur un certain nombre de précédents démontrant l'impossibilité pour une conjointe de fait

---

22. *Adoption – 161*, préc., note 5, par. 59.
23. À ce sujet, voir : B. MOORE, préc., note 5, p. 866 et 867 ; COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, préc., note 8, p. 453. Sur l'accouchement sous X en France, voir : Cécile ENSELLEM, *Naître sans mère ? Accouchement sous X et filiation*, coll. « Le sens social », Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2004.
24. *Adoption – 161*, préc., note 5, par. 61.
25. C.c.Q., art. 111.
26. *Adoption – 161*, préc., note 5, par. 73.
27. À ce sujet, il faut en effet noter que le constat de naissance ne figure pas au rang des preuves de filiation prévues aux articles 523 à 529 C.c.Q.

de déclarer la filiation paternelle de son conjoint décédé à l'égard de l'enfant dont elle aura accouché après son décès, et ce, afin d'étayer sa position quant à l'impossibilité, pour le DEC, de dresser un acte de naissance faisant ici mention du nom de la mère porteuse à la rubrique « mère »[28]. De fait, la Cour tente de nouveau de dresser un parallèle entre paternité et maternité : or, avec respect, c'est encore occulter le fondement de la filiation maternelle en droit québécois que de tenter un tel rapprochement. En effet, contrairement à la paternité qui, selon les modes non judiciaires d'établissement de la filiation, est au départ « présumée », la maternité de la femme qui accouche est un fait avéré[29]. Autrement, il faudrait admettre que l'enfant dont la mère, non mariée, décède au moment de l'accouchement soit privé de sa filiation maternelle à moins que ne soit intentée une action judiciaire – ce qui n'est pourtant pas le cas au vu de l'article 130 C.c.Q. En cela, à moins de revoir nos conceptions de la maternité, l'adage *mater semper certa est*, qui ne connaît aucun équivalent en matière de paternité, nous paraît constituer actuellement, en droit québécois, une preuve extrajudiciaire de filiation maternelle, un fondement irréfragable d'une telle filiation, une présomption *juris de jure*. Le fait, d'ailleurs, que cet adage ne se retrouve pas nommément à la section « Des preuves de la filiation » du *Code civil du Québec*[30] peut s'expliquer par des raisons historiques, considérant qu'en 1866, au moment de l'adoption du *Code civil du Bas-Canada*, il paraissait évident et inutile de préciser que la femme qui accouche était la mère de l'enfant[31].

---

28. *Adoption – 161*, préc., note 5, par. 73.
29. Outre l'hypothèse de l'accouchement clandestin suivi de l'abandon du nouveau-né – qui se pose peu ou pas du tout.
30. C.c.Q., art. 523-529. En effet, c'est la conjugaison de plusieurs dispositions du *Code civil du Québec*, dont notamment les articles 111 et 114 C.c.Q., qui a pour conséquence d'induire que la femme qui accouche est la mère de l'enfant. À ce sujet, voir : Anne-Marie SAVARD, « L'établissement de la filiation à la suite d'une gestation pour autrui : le recours à l'adoption par consentement spécial en droit québécois constitue-t-il le moyen le plus approprié ? », dans Christelle LANDHEER-CIESLAK et Louise LANGEVIN (dir.), *La personne humaine : entre autonomie et vulnérabilité. Mélanges en l'honneur d'Édith Deleury*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015, p. 589, aux pages 610 et 611 ; COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, préc., note 8, p. 209.
31. Au même titre où en 1866, il était inutile de préciser au *Code civil du Bas-Canada* que le mariage devait être célébré entre deux personnes de sexe différent, cette condition étant intrinsèquement liée à l'essence même du mariage. *Stricto sensu*, le *Code civil du Bas-Canada* ne contenait donc pas de telle disposition, lors même qu'il s'agissait pourtant d'une condition de fond du mariage.

Enfin, dans un contexte où la Cour d'appel mentionne que « le constat de l'accoucheur n'est pas produit, mais on trouve au dossier des informations voulant qu'il ait pu se révéler incomplet »[32], sa conclusion voulant que l'acte de naissance de l'enfant a été régulièrement dressé par le DEC au motif qu'il comporte la mention mère « non déclarée » plutôt que mère « inconnue »[33] apparaît d'autant surprenante. Avec égards, au vu des pouvoirs que le *Code civil du Québec* conférait au DEC, l'acte de naissance de l'enfant n'a pas été régulièrement dressé, et ce, même en tenant pour avérée l'absence de « fraude à la loi ». Au surplus, l'*obiter dictum* qu'on lit au paragraphe 86[34] de l'arrêt de la Cour d'appel – suivant lequel on retracerait de toute façon le consentement de la mère porteuse à l'adoption de l'enfant au dossier de la Cour – aurait dû constituer la *ratio decidendi* de la décision. En effet, le consentement de la mère porteuse *devait* être obtenu en l'espèce, et ce, d'autant plus que le DEC a omis de procéder à une enquête sommaire afin de rectifier les registres de l'état civil.

Nous sommes d'avis qu'il faut distinguer les cas où la filiation de l'enfant n'a pas été *déclarée* – comme en l'espèce – de ceux où sa filiation n'a pas été *établie*, suivant l'une ou l'autre des preuves de filiation prévues au *Code civil du Québec*[35] ou selon l'adage *mater semper certa est*. C'est d'ailleurs ainsi que nous comprenons le propos du professeur Alain Roy voulant que « [l]a jurisprudence n'exige pas le consentement de celui qu'on sait être le père de l'enfant, mais dont la "paternité" n'a pas été établie »[36], que la Cour d'appel reprend dans son arrêt[37]. Partant, le parent dont la filiation est « non déclarée » à l'acte de naissance de l'enfant, mais est autrement « établie », devra consentir à l'adoption de ce dernier, contrairement au parent dont la filiation n'est « établie » par aucune preuve extrajudiciaire de filiation. Aussi, dans l'état actuel du droit québé-

32. *Adoption – 161*, préc., note 5, par. 77.
33. *Id.*, par. 83.
34. On peut y lire : « Enfin, dans l'hypothèse où il faudrait retenir que le consentement de la mère porteuse serait devenu nécessaire puisqu'elle a déclaré sa filiation maternelle lors de son témoignage sous serment devant la juge, je conclus qu'un tel consentement se trouve au dossier en raison des propos de celle-ci devant témoins (juge et avocats), avec enregistrement numérique et transcription de notes sténographiques, qui satisfont au formalisme que requiert le texte de l'article 548 C.c.Q. »
35. À ce sujet, voir : C.c.Q., art. 523 à 529.
36. Alain ROY, *Droit de l'adoption. Adoption interne et internationale*, 2e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, p. 52, no 30.
37. *Adoption – 161*, préc., note 5, par. 84.

cois, et en respectant l'article 555 C.c.Q., une mère porteuse devrait donc impérativement consentir – au même titre que le père d'origine de l'enfant – à l'adoption de l'enfant qu'elle a porté en faveur de l'autre parent d'intention.

Conclure le contraire nous apparaît créer un précédent dangereux[38] en ce que la Cour d'appel paraît ainsi avaliser indirectement le recours aux mères porteuses anonymes et banaliser la pratique. L'obligation faite à la mère porteuse de consentir à l'adoption de l'enfant nous semble également s'inscrire en harmonie avec le principe de l'intérêt de l'enfant[39], et valablement supporter son droit de retracer les personnes ayant participé à sa conception. Le droit de l'enfant à ses origines[40], qui sont liées tant à ses parents d'intention qu'à la femme qui l'aura porté – qu'elle soit ou non génétiquement apparentée à lui –, devrait être préservé[41]. Enfin, bien qu'en l'espèce le projet parental envisagé par l'appelant et l'intimé culmine en une fin heureuse et ne puisse constituer « une démarche illégale et contraire à l'ordre public »[42], on doit craindre les dérives vers lesquelles l'arrêt de la Cour pourrait nous mener, les parties les plus vulnérables au projet – la mère porteuse et l'enfant – s'en trouvant mal protégés. En ce sens, il est préoccupant qu'on puisse postuler, à la lumière de l'arrêt de la Cour, que le consentement à l'adoption de l'enfant par sa mère porteuse n'est pas nécessaire : car il s'agit là d'un prélude à ce qu'on puisse dorénavant prétendre qu'une mère porteuse pourrait être forcée de remettre l'enfant qu'elle ne souhaite plus donner[43].

---

38. Nous reprenons les termes utilisés par le professeur Alain Roy dans les médias, quelques jours après que la Cour d'appel a rendu sa décision.
39. Au sujet des critères de définition de l'intérêt de l'enfant, voir : A. MALACKET, préc., note 12, p. 584-587.
40. Sur la question du droit aux origines, voir notamment : Michelle GIROUX, « Le droit fondamental de connaître ses origines biologiques : impact des droits fondamentaux sur le droit de la filiation », (2006) *R. du B.* 255 (hors série).
41. En ce sens, il convient de porter un regard critique sur ce que certains qualifient de « vraie filiation maternelle », vraisemblablement en opposition à une « fausse filiation maternelle », ce à quoi nous ne pouvons nous résoudre. À ce sujet, voir l'explication du professeur Benoît Moore : B. MOORE, préc., note 5, p. 868 et 872. Voir également les propos de la professeure Anne-Marie Savard, qui qualifie la maternité de substitution de « service en nature » participant d'un type de procréation assistée : A.-M. SAVARD, préc., note 30, p. 606.
42. Nous reprenons les termes utilisés par la Cour au paragraphe 85 de sa décision.
43. On peut croire que ce n'était pas le résultat que souhaitait la Cour d'appel, notamment si l'on considère que le droit de la mère porteuse de refuser de remettre l'enfant est reconnu dans l'ensemble des autres provinces canadiennes. À ce dernier sujet, voir : COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, préc., note 8, p. 485.

Qu'on soit en accord ou non avec l'arrêt de la Cour d'appel, il va sans dire qu'il demeure impuissant à offrir une réponse à tous les scénarios qui pourraient dorénavant impliquer le recours à une mère porteuse. Pensons notamment aux cas où la mère porteuse souhaite garder l'enfant, où les parents d'intention décèdent avant la naissance de l'enfant ou encore refusent de le prendre en charge, par exemple en raison d'une séparation, d'une maladie soudaine d'un des conjoints ou d'un handicap chez l'enfant. Il en va de même des situations où une femme seule ou un couple lesbien aurait recours à une mère porteuse, l'adoption sur consentement spécial s'avérant techniquement impossible dans un tel cadre[44]. Enfin, que dire de situations susceptibles de poser des questionnements éthiques encore plus pénibles ? Par exemple, si l'enfant est condamné à une mort certaine dès sa naissance à moins de faire l'objet d'une délicate intervention chirurgicale intra-utérine, qui doit décider ? Si, dès après la naissance de l'enfant, des soins particuliers doivent lui être administrés, qui doit y consentir ? Si les parties se retrouvent en présence d'une grossesse multiple non prévue, que faire ? Avorter d'un des fœtus ? Obliger les parents d'intention à prendre en charge des jumeaux après leur naissance ? Séparer les jumeaux et n'en remettre qu'un seul aux parents d'intention ?

On conçoit aisément les limites de l'arrêt de la Cour d'appel, qui met sans contredit en lumière la nécessité de réformer le droit québécois afin de se doter d'un cadre entourant le recours à la maternité de substitution. C'est d'ailleurs le sens dans lequel s'inscrivent les propositions du Comité consultatif du droit de la famille, présidé par le professeur Alain Roy, qui a été mandaté par le ministère de la Justice pour réfléchir à l'opportunité d'une réforme du droit de la famille et qui a déposé son rapport en juin 2015[45]. Aussi, convient-il d'aménager de façon urgente un cadre législatif qui protégera les parties les plus vulnérables d'une telle entreprise – la mère porteuse

44. Contrairement aux règles de la filiation par procréation assistée, les règles de la filiation par le sang ne permettent pas d'établir une filiation bimaternelle d'origine entre un enfant et deux comères. Puisqu'actuellement, l'on doit d'abord appliquer les règles de la filiation par le sang pour établir la filiation de l'enfant né d'une mère porteuse, il devient donc impossible de lui attribuer une filiation avec sa mère porteuse et l'une de ses mères d'intention. *A fortiori*, l'établissement d'un autre lien de filiation – adoptif – avec la seconde mère d'intention, s'il en est, n'est donc pas envisageable.
45. COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, préc., note 8, p. 245-281.

et l'enfant[46]. Les pistes envisagées par le Comité consultatif, qui propose l'aménagement de deux voies procédurales parallèles – administrative et judiciaire – afin d'établir la filiation de l'enfant né d'une mère porteuse, sont d'ailleurs très porteuses en ce qu'elles constituent des solutions qui semblent adaptées sur mesure à la spécificité du droit civil québécois[47]. D'autres options pourraient toutefois être examinées, par exemple le recours à l'adoption simple[48], institution méconnue en droit québécois, le réaménagement des règles actuellement consignées au Code civil en matière de procréation assistée[49] ou encore la reconnaissance des deux « mères » de l'enfant sur son acte de naissance[50]. Chose certaine, la solution ultimement retenue par le législateur devra non seulement faire l'objet d'un consensus social, mais être en plus l'aboutissement d'un véritable débat de société sur nos conceptions de la maternité, voire de la parenté[51].

46. Ce sont d'ailleurs les deux principes-cadres qui ont guidé la réflexion du Comité consultatif sur le droit de la famille : « 1) Peu importe les sentiments mitigés que le projet parental impliquant le recours à une mère porteuse peut susciter en nous, l'enfant qui en est issu ne doit d'aucune manière être pénalisé pour les actes posés par les parties en cause ; il en va de son intérêt et du respect de ses droits ; 2) Peu importe leurs motivations profondes, les femmes qui acceptent d'agir à titre de mères porteuses ne peuvent être abandonnées à leur sort ; il en va de leur protection et du respect de leur dignité. » Voir : COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, préc., note 8, p. 252.
47. À ce sujet, voir : COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, préc., note 8, p. 254-269.
48. L'adoption « simple » – en référence au modèle français – s'oppose à l'adoption « plénière » puisqu'elle ne comporte pas une rupture du lien de filiation entre l'enfant adopté et sa famille d'origine, visant la préservation de liens d'appartenance entre l'enfant et ses parents d'origine. Pour l'heure, le Québec ne reconnaît toutefois que l'adoption dite « plénière », tel qu'en fait foi le libellé de l'article 577 C.c.Q. : « [l]'adoption confère à l'adopté une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine. L'adopté cesse d'appartenir à sa famille d'origine, sous réserve des empêchements de mariage ou d'union civile. » À ce sujet, voir : A. ROY, préc., note 36, p. 26 et 27, nº 14.
49. À ce sujet, voir la critique et les propositions envisagées par la professeure Savard : A.-M. SAVARD, préc., note 30, p. 614-619.
50. À ce sujet, voir : Nicole GALLUS, « Approche juridique nouvelle des parentés et parentalités en droit belge », (2010) 44 *R.J.T.* 145, 152.
51. Le législateur québécois doit à tout prix éviter d'adopter une réforme aussi fondamentale sans en avoir analysé tous les tenants et aboutissants au préalable. En cela, il devra éviter le piège d'agir de manière précipitée afin de répondre aux pressions et aux impératifs sociaux, comme il l'avait fait en 2002 lors du dernier réaménagement du droit de la filiation au Québec. À ce dernier sujet, voir : Alain ROY, « La filiation homoparentale : Esquisse d'une réforme précipitée », (2004) 1 *Enfances, Familles, Générations – Revue Internationale*, 24 pages ; Benoît MOORE, « Les enfants du nouveau siècle (libres propos sur la réforme de la filiation) », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, vol. 176, *Développements récents en droit familial (2002)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 75.