
Revue Juridique étudiante de l'Université de Montréal



Volume 3 — 2017

***Justice contractuelle, notariat
et gestation pour autrui***

Suzanne Zaccour

Justice contractuelle, notariat et gestation pour autrui

Suzanne Zaccour*

Résumé

Cet article s'inspire des enseignements de l'histoire de la contractualisation du mariage au Québec pour comprendre les dangers que présenterait une réglementation de la gestation pour autrui ayant recours au contrat notarié. Celle-ci est préconisée par le rapport *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, déposé en juin 2015 par le Comité consultatif sur le droit de la famille. Or, la tradition notariale québécoise, témoin de générations de couples s'étant soumis au régime matrimonial de la séparation des biens, a échoué à démontrer que le recours à un.e notaire unique, en situation genrée ou inégalitaire, est susceptible de produire des ententes équitables pour les femmes. La prudence s'impose donc avant de conclure qu'une telle réforme assurerait l'autonomisation et la protection des femmes agissant à titre de mères porteuses.

Abstract

This article draws on lessons from the history of the contractualization of marriage in Quebec to understand the dangers that would arise from the regulation of pregnancy for others using the notarial contract, as it was recommended in the report *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales* submitted in June 2015 by the Advisory Committee on Family Law. However, the Quebec notarial tradition, witness to generations of couples having submitted to the matrimonial property separation regime, has failed to demonstrate that the use of a single notary, in a gendered or unequal situation, is likely to produce fair deals for women. Caution is therefore required before concluding that such a reform would ensure the empowerment and protection of women acting as surrogate mothers.

* Étudiante au LL.M. à l'Université de Toronto. Ses recherches portent principalement sur les rapports de genre dans le droit de la famille.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	63
I. La controverse sur la gestation pour autrui	65
II. Le cadre juridique de la gestation pour autrui	67
III. La réforme proposée par le Rapport Roy	70
A. Les présupposés des recommandations	72
B. Le devoir de conseil	75
IV. L’analogie du contrat de mariage	78
Conclusion	83

Les préoccupations quant aux rapports de pouvoirs entre les hommes et les femmes, et aux manières dont ils se manifestent dans les choix qu'ils et elles font « ensemble », ne datent pas d'hier. Mobilisé tantôt par les antiféministes pour justifier l'incapacité juridique des femmes¹, et tantôt par les féministes pour remettre en question des contrats passés en situation d'inégalité, l'examen du « choix » féminin – son authenticité, sa valeur, sa rationalité – demeure d'une importance capitale dans la compréhension de l'articulation de l'autonomie dans les rapports de genre. Si cette contextualisation a amplement servi à remettre en question l'organisation par contrat des rapports conjugaux, cet article l'applique à l'enjeu de la gestation pour autrui, dans un contexte où s'affrontent également les pôles de l'ordre public et de la liberté contractuelle. Ce texte argumente ainsi que le contrat notarié de gestation pour autrui n'est pas une politique adéquate pour assurer une réalisation « éthique » de cette pratique.

La gestation pour autrui dite « altruiste », telle que non criminalisée au Canada, mobilise de nombreux paradoxes. Elle joint conceptuellement le public et le privé, la famille et la société, la famille traditionnelle et son éclatement dans la modernité, différents archétypes féminins, ainsi que la conformité aux stéréotypes de genre et leur remise en question². Elle offre ainsi un terrain fertile pour revisiter l'articulation entre le contrat, la famille et l'analyse féministe.

Malgré une littérature abondante, la prolifération de textes récents sur la gestation pour autrui montre que le sujet est loin d'être épuisé. Au Québec, les transformations récentes et envisagées du cadre juridique de la gestation pour autrui en font un enjeu dont l'actualité est constamment renouvelée. Cet article s'inspire des enseignements de la contractualisation du mariage au Québec pour critiquer les propositions de réforme du rapport *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales* (ci-après « le Rapport Roy »), déposé en juin 2015 par le Comité consultatif sur le droit de la famille (ci-après « le Comité »), présidé par le professeur et notaire Alain

1. Sumi Madhok, Anne Phillips et Kalpana Wilson, « Introduction » dans Sumi Madhok, Anne Phillips et Kalpana Wilson, dir, *Gender, agency and coercion*, Basingstoke : Palgrave Macmillan, 2012, 1 à la p 1.
2. Marie-France Bureau et Édith Guilhermont, « Maternité, gestation et liberté : Réflexions sur la prohibition de la gestation pour autrui en droit québécois » (2011) 4:2 *Revue de droit et santé de McGill* 45 à la p 75 [Bureau et Guilhermont].

Roy. Sans valeur normative contraignante, le Rapport Roy a pour vocation d'être étudié par le gouvernement du Québec comme point de départ d'une réforme éventuelle du droit de la famille, quoique le gouvernement ait refusé de lui donner une suite immédiate³.

Résumé succinctement, le Rapport Roy propose la déjudiciarisation de l'établissement de la filiation des enfants issu-e-s de la gestation pour autrui avec leurs parents d'intention. Il substituerait ainsi à l'adoption par consentement spécial un contrat notarié qui, réalisé avant la conception de l'enfant, permettrait, du consentement de toutes les parties, l'établissement de la filiation suivant une procédure administrative.

Même si le gouvernement n'adopte pas ces recommandations, les critiquer demeure pertinent – une critique d'une perspective féministe s'imposant en raison du caractère genré de la pratique de la gestation pour autrui. Au Québec, une analyse axée sur les pratiques professionnelles et institutionnelles est d'autant plus opportune que l'organisation contractuelle des rapports conjugaux demeure d'actualité, tant comme vestige d'une tradition culturellement significative que dans le débat sur la réglementation des rapports entre conjoint-e-s et ex-conjoint-e-s de fait. Par ailleurs, qu'elles souhaitent ou pas voir la gestation pour autrui règlementée, les féministes partagent une préoccupation quant à l'exploitation des femmes vulnérables sous couvert d'une justice contractuelle « aveugle ». Plus globalement, les appels répétés des féministes à un encadrement de cette pratique mènent à se demander si toute réforme est une bonne réforme. Moins controversée que le recours aux mères porteuses, l'image du contrat de mariage, comme cadre de référence en matière de contractualisation d'une pratique genrée et familiale, permettra donc de tirer des mises en garde susceptibles d'intéresser des féministes aux opinions variées sur la gestation pour autrui.

Adoptant un point de vue historique, ce texte argumente que la tradition notariale québécoise, témoin de générations de couples s'étant soumis au régime matrimonial de la séparation des biens, a échoué à démontrer que le recours à un-e notaire, en situation genrée

3. Guillaume Bourgault-Côté, « La réforme du droit familial paralysée » (7 juin 2016), *Le Devoir*, <<http://www.ledevoir.com/non-classe/472739/droit-de-la-famille-quebec-met-la-reforme-sur-la-glace>>.

ou inégalitaire, est susceptible de produire des ententes équitables pour les femmes. Ainsi, il exemplifie l'éclairage révélateur que peut apporter un regard tourné vers le passé à des enjeux ancrés dans la modernité – quoique le caractère nouveau de la gestation pour autrui soit fréquemment exagéré. Poursuivant une discussion entamée par Miriam Grassby sur la contractualisation du mariage, cet article constate que la prudence s'impose avant de conclure que la gestation pour autrui « éthique » peut être garantie par le recours au contrat notarié.

I. LA CONTROVERSE SUR LA GESTATION POUR AUTRUI

La gestation pour autrui génère énormément de controverse⁴. Tout d'abord, l'appellation des femmes qui y prennent part est débattue. Marie-France Bureau et Édith Guilhermont utilisent le terme « gestatrices » pour « respecter la façon dont elles conçoivent elles-mêmes leur rôle qui [...] n'est en aucun cas celui de parent »⁵. Louise Langevin, à l'inverse, préfère le terme « mère porteuse », pour ne pas « évacuer la femme qui se soumet à cette pratique »⁶. Cette dernière position est adoptée par le Rapport Roy⁷ ; pour cette raison, tant « gestation pour autrui » que « mère porteuse » sont employés dans ce texte. Par ailleurs, la caractérisation de l'expérience de la mère porteuse ainsi que le choix du cadre juridique le plus approprié divisent les penseuses et penseurs.

Sur le vécu de la mère porteuse, les études empiriques tendent à présenter un portrait favorable de la gestation pour autrui en contexte occidental : des chercheuses rapportent que ce sont généralement les mères porteuses qui initient le projet, qu'elles sont motivées par l'al-

4. Samantha Ashenden, « Reproblematising Relations of Agency and Coercion: Surrogacy » dans Sumi Madhok, Anne Phillips et Kalpana Wilson, dir, *Gender, agency and coercion*, Basingstoke : Palgrave Macmillan, 2012, 195 à la p 197 [Ashenden].

5. Bureau et Guilhermont, *supra* note 2 à la p 46.

6. Louise Langevin, « La cour d'appel du Québec et la maternité de substitution dans la décision *Adoption — 1445* : quelques lumières sur les zones d'ombre et les conséquences d'une 'solution la moins insatisfaisante' » (2015) 49 *Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal* 451 à la p 175 [Langevin 2015].

7. Comité consultatif sur le droit de la famille, Alain Roy (prés.), *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Québec, Ministère de la Justice du Québec, 2015 à la p 254 [Rapport Roy].

truisme, qu'elles ont de bonnes relations avec les parents d'intention, qu'elles n'ont pas de grandes difficultés à remettre l'enfant, qu'elles ont déjà enfanté, qu'elles sont de classe ouvrière, et qu'en définitive l'expérience de mère porteuse est positive⁸. Ce portrait est souvent mobilisé pour proposer la décriminalisation et la réglementation de la gestation pour autrui, afin d'en assurer la réalisation « éthique »⁹. Les chercheuses mettent également de l'avant l'évolution du droit et des mœurs¹⁰, ainsi que le droit de tou-te-s les enfants à la reconnaissance de leur filiation¹¹. D'autres considèrent plutôt que la gestation pour autrui doit être prohibée, parce qu'elle encourage l'exploitation des femmes et les réduit à leur rôle de reproduction¹². Muriel Fabre-Magnan va jusqu'à dénoncer « une société où les enfants sont fabriqués et vendus comme des produits [et] une instrumentalisation des femmes sans précédent »¹³. L'on peut par ailleurs considérer que permettre aux parents d'intention de devenir les parents légaux de l'enfant « contrevient à l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes »¹⁴ et suppose une rhétorique du « droit à l'enfant »¹⁵.

La rémunération de la mère porteuse est par ailleurs un enjeu important. Parfois jugée dangereuse en ce qu'elle permettrait d'acheter et de contraindre les femmes pauvres¹⁶, elle est également considérée nécessaire pour reconnaître « la juste valeur du travail accompli

-
8. *Par exemple*, Angela Campbell, « Law's Suppositions about Surrogacy against the Backdrop of Social Science » (2013) 43 *Ottawa Law Review* 29 aux pp 35-44 [Campbell]; Bureau et Guilhermont, *supra* note 2 aux pp 70-71.
 9. *Par exemple*, Maneesha Deckha, « Situating Canada's Commercial Surrogacy Ban in a Transnational Context: A Postcolonial Feminist Call for Legalization and Public Funding » (2015) 61:1 *Revue de droit de McGill* 31 aux pp 64-64 [Deckha]; Karen Busby et Delaney Vun, « Revisiting the Handmaid's Tale: Feminist Theory Meets Empirical Research on Surrogate Mothers » (2010) 26 *Revue canadienne de droit familial* 13 aux pp 40-81 [Busby et Vun].
 10. Bureau et Guilhermont, *supra* note 2 à la p 67.
 11. *Ibid* aux pp 58-59.
 12. Ashenden, *supra* note 4 à la 207.
 13. Muriel Fabre-Magnan, *La gestation pour autrui. Mythes et réalité*, Fayard, 2013 aux pp 76-77 [Fabre-Magnan].
 14. Louise Langevin, « Réponse jurisprudentielle à la pratique des mères porteuses au Québec ; Une difficile réconciliation » (2010) 26:1 *Revue canadienne de droit familial* 171 à la p 177 [Langevin 2010].
 15. Langevin 2015, *supra* note 6 aux pp 471-472.
 16. *Voir par exemple* Christine Overall, *Human Reproduction: Principles, Practices and Policies*, Toronto : Oxford University Press, 1993.

par les femmes »¹⁷. Des expertes contestent néanmoins la dichotomie entre la gestation pour autrui commerciale et la gestation pour autrui altruiste en révélant la mince frontière existant entre le remboursement des dépenses et la rémunération¹⁸, ou en exposant les pressions sociales et familiales qui peuvent opérer en contexte de gratuité¹⁹. Le contexte juridique canadien est particulièrement vulnérable à une telle critique en raison du traitement différencié de ces deux modalités de la gestation pour autrui : la criminalisation de la gestation pour autrui rémunérée, et la légalité de la gestation pour autrui gratuite.

II. LE CADRE JURIDIQUE DE LA GESTATION POUR AUTRUI

Depuis 2004, le recours à la gestation pour autrui commerciale est criminalisé. Avec la *Loi sur la procréation assistée*, le Parlement du Canada interdit « de rétribuer une personne de sexe féminin pour qu'elle agisse à titre de mère porteuse, d'offrir de verser la rétribution ou de faire de la publicité pour le versement d'une telle rétribution »²⁰. La loi cible aussi les intermédiaires et le recours à une mère porteuse de moins de 21 ans²¹. Le remboursement des frais est également interdit, sauf en conformité avec des règlements²² qui n'ont cependant toujours pas été adoptés²³. Notons que la mère porteuse, considérée victime de la transaction, n'est pas visée par la criminalisation. Ces dispositions ont été jugées constitutionnelles (*intra vires*) par la Cour suprême du Canada en 2010, dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*²⁴. Cependant, aucune poursuite n'a encore été intentée contre des parents d'intention²⁵.

17. Langevin 2010, *supra* note 14 à la p 198.

18. Cet enjeu est exemplifié par l'arrêt *Adoption — 1445*, 2014 QCCA 1162 aux paras 23-33 ; voir aussi Langevin 2015, *supra* note 6 aux pp 482-483.

19. Rakhi Ruparelia, « Giving Away the 'Gift of Life': Surrogacy and the Canadian Assisted Human Reproduction Act » (2007) 23:1 *Revue canadienne de droit familial* 11 [Ruparelia].

20. *Loi sur la procréation assistée*, LC 2004, c 2 art 6(1).

21. *Ibid* art 6(2) et 6(4).

22. *Ibid* art 12(1).

23. Langevin 2015, *supra* note 6 à la p 464.

24. *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61 aux paras 110-112 et 290-292.

25. Langevin 2015, *supra* note 6 à la p 465.

La loi fédérale ne détermine pas la valeur de l'entente de gestation pour autrui²⁶, ni la filiation de l'enfant né-e d'une mère porteuse. Contrairement aux autres provinces canadiennes, qui, pour la plupart, reconnaissent des effets aux ententes de gestation pour autrui dans certaines circonstances²⁷, le Québec frappe de tels contrats de nullité absolue²⁸ – le contrat n'est donc pas susceptible d'exécution forcée par les tribunaux. Ceci pose la question de l'établissement de la filiation des enfants issu-e-s d'une mère porteuse. Jusqu'à récemment, une controverse faisait rage quant à la possibilité, pour le parent d'intention, de se prévaloir du mécanisme de l'adoption par consentement spécial prévu à l'article 555 du *Code civil du Québec*²⁹. En effet, la Cour du Québec a eu à se prononcer à ce sujet à plusieurs reprises depuis 2009, mais ses décisions sont difficiles à réconcilier – peut-être parce qu'elles sont conditionnées par des stéréotypes sur la maternité³⁰. La mère porteuse serait perçue comme une « bonne donneuse », si elle est « altruiste », ou comme une « femme égoïste et profiteuse », si elle est rémunérée³¹. D'après Michelle Giroux, le résultat de ces demandes d'adoption dépend de l'importance relative accordée à l'ordre public et à l'intérêt de l'enfant, ou encore d'un angle d'analyse « plus impersonnel » ou « plus empreint d'humanité »³².

La Cour d'appel du Québec a mis fin à la controverse avec deux décisions récentes et unanimes ordonnant le placement en vue d'adoption d'enfants né-e-s de mères porteuses. En 2014, dans *Adoption – 1445*, le juge Yves-Marie Morissette constate que les risques envisagés relativement à la gestation pour autrui ne se sont pas manifestés³³, et que « les perceptions changent en consé-

26. *Loi sur la procréation assistée*, *supra* note 20 art 6(5).

27. Le Rapport Roy, *supra* note 7 aux pp 687-693 (Annexe III), résume le droit applicable à la gestation pour autrui dans les autres provinces et territoires canadiens.

28. CcQ art 541.

29. Michelle Giroux, « Le recours controversé à l'adoption pour établir la filiation de l'enfant né d'une mère porteuse : entre ordre public contractuel et intérêt de l'enfant » (2011) 70 *Revue du Barreau* 509 à la p 534 [Giroux].

30. Régine Tremblay, « Surrogates in Quebec: The Good, the Bad, and the Foreigner » (2015) 27:1 *Revue Femmes et droit* 94.

31. Langevin 2010, *supra* note 14 à la p 197.

32. Giroux, *supra* note 29 aux pp 527 et 534.

33. *Adoption – 1445*, *supra* note 18 au para 59.

quence »³⁴. L'enjeu est alors de déterminer l'impact de la nullité des conventions de gestation pour autrui sur l'adoption de l'enfant par consentement spécial. La Cour accepte l'opinion de Benoît Moore, selon laquelle la nullité des contrats a un effet dissuasif et prophylactique justifié par « l'intérêt *a priori* de l'enfant » [italique dans l'original]³⁵, sans cependant empêcher l'adoption de l'enfant en raison d'une « complète étanchéité entre contrat et filiation »³⁶. Le juge retient qu'autoriser l'adoption « est la solution la moins insatisfaisante »³⁷ parce qu'elle respecte l'intérêt de l'enfant et le principe de l'égalité entre les enfants indépendamment des circonstances de leur naissance. D'après Langevin, cette décision « marque un tournant en droit de la famille québécois »³⁸ qui met en doute la capacité de l'ordre public à protéger les personnes vulnérables dans le droit de la famille³⁹.

En 2016, la Cour d'appel s'exprime à nouveau sous la plume de la juge Marie St-Pierre dans *Adoption – 161*⁴⁰, où l'enfant avait une mère « non déclarée ». La juge établit d'abord que la femme qui accouche ne viole pas la loi en ne déclarant pas sa filiation auprès du Directeur de l'état civil. Elle cite ensuite avec approbation les conclusions de l'arrêt *Adoption – 1445* et conclut que « l'intérêt de l'enfant milite en faveur de l'ordonnance de placement recherchée »⁴¹.

Si ces deux décisions ont mis fin à la controverse quant à l'état du droit québécois, le débat n'en est pas clos pour autant. Le commentaire du juge Morissette à l'effet qu'il a choisi la « solution la moins insatisfaisante », repris par la juge St-Pierre, lance un appel clair pour une réforme du cadre juridique entourant la gestation pour autrui⁴². L'enjeu est d'autant plus actuel que le Conseil du Statut de la femme

34. *Ibid.*

35. *Ibid* au para 54, citant Benoît Moore, « Maternité de substitution et filiation en droit québécois » dans *Liber Amicorum : Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Paris, Dalloz, 2013, 859 à la p 866.

36. *Ibid* à la p 873.

37. *Adoption – 1445*, *supra* note 18 au para 66.

38. Langevin 2015, *supra* note 6 à la p 466.

39. *Ibid* à la p 475.

40. *Adoption – 161*, 2016 QCCA 16.

41. *Adoption – 1445*, *supra* note 18 au para 93.

42. Tout récemment, dans *Adoption – 1631*, 2016 QCCQ 6872 aux paras 168-169, la juge Primeau a répété l'appel à l'édition de « règles claires ».

a récemment émis un avis favorable à l'encadrement de la gestation pour autrui à titre gratuit⁴³.

III. LA RÉFORME PROPOSÉE PAR LE RAPPORT ROY

C'est dans ce contexte qu'est déposé le Rapport Roy en juin 2015. Ce rapport a été commandé par le gouvernement du Québec suite à la décision de la Cour suprême dans *Québec c. A*⁴⁴ pour évaluer si le droit de la famille « répond adéquatement aux besoins des familles d'aujourd'hui »⁴⁵. Il émet de nombreuses recommandations ayant pour objectif primordial de placer l'enfant au cœur de la famille et de reconnaître la place fondamentale de l'autonomie dans les rapports entre adultes.

Constatant la persistance de la gestation pour autrui indépendamment des politiques dissuasives, le Comité propose une réglementation destinée à protéger l'enfant et la mère porteuse grâce au recours à un contrat notarié. Précisons que le Comité avait pour mandat d'étudier le droit provincial. Le partage constitutionnel des compétences attribue le droit criminel au Parlement du Canada⁴⁶. Par ailleurs, la doctrine de prépondérance fédérale⁴⁷ maintiendrait la criminalisation en cas de conflit entre le droit fédéral et le droit provincial. Par conséquent, les recommandations du Rapport Roy ne concernent en principe que la gestation pour autrui gratuite. Plus précisément, elles ont pour objet l'effet des ententes de gestation pour autrui et les modes d'établissement de la filiation des enfants qui en sont issu-e-s.

Le Comité propose de remplacer la nullité des conventions de gestation pour autrui par un cadre juridique permettant l'établissement de la filiation de l'enfant avec les parents d'intention, du consentement de toutes les parties. Il insiste sur l'importance de reconnaître à la mère porteuse « le droit absolu de mettre fin en tout temps au projet

43. Conseil du statut de la femme, « Mères porteuses : réflexions sur des enjeux actuels » (Avis) (2016), <https://www.csf.gouv.qc.ca/wp-content/uploads/maternite_pour_autrui_web.pdf>.

44. *Québec (Procureur général) c A*, 2013 CSC 5 (cette décision est mieux connue sous le nom d'« *Éric contre Lola* »).

45. Rapport Roy, *supra* note 7 à la p 3.

46. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, c 3 art 91(27).

47. *Voir par exemple Alberta (Procureur général) c Moloney*, [2015] 3 RCS 327 aux paras 14-17.

parental ou de ne pas y donner suite après la naissance de l'enfant »⁴⁸, et même le droit de revenir sur sa décision après la remise de l'enfant dans un délai de trente jours.

Le rapport prévoit deux modes d'établissement de la filiation, soit par voie administrative ou, subsidiairement, par voie judiciaire. Les parties désirant procéder par simple déclaration au directeur de l'état civil, devraient, avant la conception, « convenir du projet parental par [un] acte notarié en minute »⁴⁹ précisant les droits et obligations de chacune. Un-e notaire les assisterait en les renseignant sur les conséquences juridiques de l'acte. Sa clôture serait par ailleurs conditionnelle à la rencontre individuelle de chaque partie par un-e professionnel-le du centre jeunesse pour être éclairée sur les conséquences psychosociales et les questions éthiques propres au projet. Si ces formalités sont respectées, la remise physique de l'enfant après la naissance (devant témoins ou notaire) et la signature par toutes les parties d'une déclaration commune de naissance suffirait à entraîner l'émission d'un acte de naissance établissant la filiation avec les parents d'intention.

En l'absence d'acte notarié, le rapport suggère que la substitution de la filiation soit faite par voie judiciaire ; les parties devraient alors démontrer que leur projet parental précède la conception de l'enfant et qu'elles y consentent toujours.

En cas de refus d'une des parties de donner suite au projet, le Rapport Roy prévoit l'application des règles de la filiation par le sang et la responsabilité financière de la partie qui se désiste : la mère porteuse pourrait devoir rembourser les parents d'intention, tandis que les parents d'intention qui se rétractent seraient tenu-e-s à une obligation alimentaire à l'égard de l'enfant et devraient réparer le préjudice subi par la mère porteuse.

On constate donc que plusieurs règles impératives sont prévues pour s'assurer du bon déroulement du projet et de la protection de la mère porteuse. Nonobstant ces garanties ainsi que celles du droit à l'avortement et du standard du consentement éclairé aux soins médicaux, le contenu du contrat notarié est susceptible d'avoir un

48. Rapport Roy, *supra* note 7 à la p 253.

49. *Ibid* à la p 256.

impact significatif sur le vécu de la mère porteuse⁵⁰. Ainsi, il faut se demander quelle partie aurait réellement le contrôle sur le contrat, et si l'assistance d'un-e notaire suffirait à faire échec aux tentatives d'exploitation des mères porteuses.⁵¹

A. Les présupposés des recommandations

Afin d'étayer notre propos, nous exposons ici les présupposés de la préférence du Comité pour la voie administrative. Premièrement, pour justifier son choix, le Comité opère une comparaison de la gestation pour autrui non pas à l'adoption, mais à la procréation dite « naturelle ». En effet, cette dernière donne habituellement lieu à l'établissement de la filiation de façon extrajudiciaire⁵², contrairement à l'adoption qui requiert l'approbation d'un tribunal⁵³. Or, c'est l'implication judiciaire qui garantit actuellement que l'établissement de la filiation avec les parents d'intention soit conforme à l'intérêt de l'enfant et respecte le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes⁵⁴. Le Comité justifie également par ce parallèle sa décision de ne pas exiger que les parents d'intention se soumettent à une évaluation psychosociale, comme c'est le cas pour les parents adoptants⁵⁵ et les parents d'intention dans certains États⁵⁶. Puisque « le cadre de référence [est] la procréation naturelle »⁵⁷, on ne peut faire dépendre la filiation des capacités parentales « à moins d'endosser une philosophie eugénique »⁵⁸ ou de retourner « à l'époque révolue des enfants illégitimes »⁵⁹. Le Comité cherche ainsi à protéger le droit fondamental de l'enfant à sa filiation, ce qui, d'après la dissidence de Suzanne Guillet, place le contrat de mère porteuse « au-dessus de toutes les lois »⁶⁰.

50. Langevin 2015, *supra* note 6 aux pp 480-481 ; Busby et Vun, *supra* note 9 à la p 62.

51. Sur les risques d'exploitation, voir notamment la synthèse du Conseil du Statut de la Femme, *supra* note 43.

52. CcQ art 523ss.

53. CcQ art 543 ss.

54. Giroux, *supra* note 29 à la p 537.

55. *Loi sur la protection de la jeunesse*, RLRQ c P-34.1 art 71.7.

56. Rapport Roy, *supra* note 7 aux pp 499-500 (note 1008).

57. *Ibid* à la p 278.

58. *Ibid*.

59. *Ibid* à la p 280.

60. *Ibid* à la p 789.

Deuxièmement, en choisissant le contrat notarié, le Comité priorise l'autonomie et la liberté – un choix cohérent avec ses autres recommandations qui augmenteraient radicalement la place du contrat dans l'organisation de la conjugalité. D'après le Rapport Roy, le couple doit être « un espace d'autonomie de la volonté et de liberté contractuelle »⁶¹, et « le droit de la famille doit refléter l'égalité formelle des conjoints »⁶². Rappelons que la littérature féministe a fortement ébranlé l'idée convenue selon laquelle les rapports conjugaux peuvent s'appuyer sur une logique d'égalité formelle et de primauté du contrat⁶³. Nous verrons plus loin qu'une telle approche est également problématique en matière de gestation pour autrui.

Troisièmement, la voie administrative vise à offrir une procédure simple et prévisible aux parents d'intention. Cette simplicité est supposée garante de la réalisation d'un projet « dans le respect des normes éthiques »⁶⁴ en décourageant la gestation pour autrui illégale ou internationale. À cet égard, le Comité rejoint les préoccupations de Maneesha Deckha qui argumente en faveur d'une gestation pour autrui légale, rémunérée et subventionnée pour dissuader le recours à des mères porteuses indiennes « travaillant » dans des conditions inhumaines⁶⁵.

Ce choix soustrait cependant le cadre juridique de la gestation pour autrui à toute fonction dissuasive qui aurait pu découler des risques associés à cette pratique⁶⁶. Certes, le Rapport Roy opte pour un certain

61. *Ibid* à la p 5.

62. *Ibid* ; voir aussi p 79.

63. Voir par exemple Sharon Thompson, *Prenuptial Agreements and the Presumption of Free Choice: Issues of Power in Theory and Practice*, London : Bloomsbury, 2011 ; Robert Leckey et Yann Marc Favier Sr., « Cohabitation's Boundaries and the Confines of Tradition » (2016) *Social & Legal Studies*, OnlineFirst, SSRN <<http://ssrn.com/abstract=2739420>> ; Robert Leckey, « Contracting Claims and Family Law Feuds » (2007) 57:1 *University of Toronto Law Journal* 1 ; Helen Reece, « Leaping without Looking » dans Robert Leckey, dir, *After Legal Equality: Family, Sex, Kinship*, Abingdon : Routledge, 2015, 115 ; Martha Shaffer et Carol Rogerson, « Contracting Spousal Support: Thinking Through Miglin » (2003) 21 *Canadian Family Law Quarterly* 49.

64. Rapport Roy, *supra* note 7 à la p 255.

65. Deckha, *supra* note 9.

66. Voir par exemple Louise Vandeland, « Technologies de la reproduction ; L'irresponsabilité des pouvoirs publics et la nôtre », (1996) 28-2 *Sociologie et sociétés* 59 ; Sylviane Agacinski, *Corps en miette*, Paris : Flammarion, 2009.

degré de formalisme : en Colombie-Britannique, par contraste, l'entente écrite de gestation pour autrui peut produire des effets sans nécessité de recourir à un-e professionnel-le du droit⁶⁷. Cependant, le processus reste simple pour les parents d'intention, surtout lorsqu'on le compare à celui auquel se soumettent les personnes qui désirent adopter⁶⁸. Or, des procédures judiciaires lourdes peuvent être dissuasives⁶⁹, alors que la simplification des démarches peut nourrir le désir d'enfant génétiquement lié⁷⁰ et signaler une pratique anodine. À cet effet, Robert Leckey décrit le lien existant entre les modalités de réalisation de projets familiaux en fait et en droit : le droit peut imposer un certain degré de formalisme pour refléter une pratique qui est longuement réfléchie, ou inversement, pour signaler la gravité de l'acte et « guarantee that the [person] has spent the necessary time reflecting on the seriousness of the contemplated act »⁷¹. Ainsi, on aurait pu s'attendre à ce que, confronté à la motivation de personnes désirant suffisamment un bébé pour qu'une femme le porte et l'enfante à leur place, le cadre juridique proposé leur impose davantage que deux simples rendez-vous (un au centre jeunesse, un chez le ou la notaire). Le choix de la simplicité, couplé au refus de considérer l'adoption comme cadre de référence, amène le Rapport Roy à passer sous silence l'injustice qui continuerait de faire de l'adoption un parcours semé de bien plus d'embûches que le recours à une mère porteuse.

Finalement, le Comité fait le choix d'une « justice d'amont »⁷² qui voit le ou la notaire comme « gardien de la paix sociale »⁷³. Précisément,

67. *Family Law Act*, SBC 2011, c 25, s 3 art 29.

68. Voir par exemple Carolyn McLeod et Andrew Botterell, « 'Not for the Faint of Heart': Assessing the Status Quo on Adoption and Parental Licensing » dans Françoise Baylis et Carolyn McLeod, dir, *Family-Making: Contemporary Ethical Challenges*, Oxford : Oxford University Press, 2014.

69. À titre d'exemple, en Belgique, la complexité des procédures dissuade le tiers des couples : Pierjean Poirot, « GPA : la Belgique, un modèle singulier qui repose sur le don d'une mère porteuse » (15 mai 2015), BFMTV, <<http://www.bfmtv.com/societe/gpa-la-belgique-un-modele-singulier-qui-repose-sur-le-don-d-une-mere-porteuse-887203.html>>.

70. Langevin 2015, *supra* note 6 à la p 472.

71. Robert Leckey, « Lesbian Parental Projects in Word and Deed » (2011) 45 *Revue juridique Thémis* 315 à la p 329.

72. Alain Moreau, « Les notaires, le droit et société : la période 1789-1989 » (2001) 41:3 *Cahiers de droit* 461 à la p 471.

73. Jean Morin, « Le développement du droit et l'évolution du notariat : l'objectif de justice est-il atteint ? » (2001) 42:3 *Cahiers de droit* 487 à la p 490.

sons que le ou la notaire au Québec se distingue des *notaries* dans le reste du Canada⁷⁴. Cette « première profession légale »⁷⁵ a une place privilégiée dans l'histoire québécoise, puisque les avocat·e·s étaient défendu·e·s en Nouvelle-France par interdiction royale⁷⁶. Les notaires bénéficiaient aussi à cette époque d'une confiance très importante du public, ce qui leur a permis d'influencer significativement la société québécoise⁷⁷. La littérature fait état d'une lutte entre les professions de notaire et d'avocat·e qui, dans le dernier siècle, « have battled to assume the title of 'true defender' of the *Code* [...], to set civil law curriculum [...], and to promote divergent approaches to law reform, particularly in the areas of family law, matrimonial regimes, and successions »⁷⁸. À titre d'exemple, Alain Roy a ardemment défendu un retour (sous réserve de changements législatifs) aux contrats de mariage notariés pour définir les obligations conjugales⁷⁹.

B. Le devoir de conseil

Pour le Comité, l'implication du ou de la notaire protège la mère porteuse et garantit des projets éthiques, puisqu'« en sa qualité d'officier public, le notaire est légalement tenu de conseiller, en toute impartialité, chacune des parties aux actes qu'il reçoit et de vérifier leurs consentements respectifs »⁸⁰. Ainsi, toutes les parties seraient « dûment informé[e]s des conséquences juridiques du projet parental »⁸¹. Or, ces responsabilités professionnelles ne sont pas une défense suffisante contre l'exploitation des mères porteuses.

Clarifions d'abord en quoi consiste ce devoir notarial. La *Loi sur le notariat* définit le notaire comme « officier public [qui] collabore à

74. Friona M. Kay, « 'The first legal profession' of New France in jeopardy or revival?: history and futures of the Québec notariat » (2009) 16:1 *International Journal of the Legal Profession* 87 à la p 90 [Kay].

75. *Ibid* (ma traduction du titre de l'article).

76. *Ibid* à la p 93.

77. Miriam Grassby, « Nouveau regard sur les contrats de mariage au Québec à la lumière de l'arrêt Hartshorne » dans *Développements récents en droit familial 2008*, Barreau du Québec, volume 292, 45 à la p 60 [Grassby].

78. Kay, *supra* note 74 à la p 89.

79. *Par exemple*, Alain Roy, « Le contrat de mariage en droit québécois : un destin marqué du sceau du paradoxe » (2006) 51 *Revue de droit de McGill* 665 [Roy 2006].

80. Rapport Roy, *supra* note 7 à la p 256.

81. *Ibid*.

l'administration de la justice [et] conseiller juridique »⁸². Le ou la notaire « a le devoir d'agir avec impartialité et de conseiller toutes les parties à un acte auquel elles doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité »⁸³. Le *Code de déontologie des notaires* précise quant à lui que « [l]e notaire doit agir comme conseiller désintéressé, franc et honnête de ses clients ou des parties »⁸⁴. D'après Paul-Yvan Marquis, le devoir de conseil, bien que tardivement codifié, « se rattache à la 'substance du notariat' »⁸⁵. Il le qualifie cependant d'une « simple obligation de prudence et de diligence et non une obligation de résultat »⁸⁶, qui « doit donc être interprété sans trop de sévérité »⁸⁷ dans l'analyse de la responsabilité civile du ou de la notaire. Par conséquent, le devoir de conseil n'exige ni ne garantit un contrat optimal pour toutes les parties impliquées.

En se fiant aux responsabilités professionnelles des notaires, le Rapport Roy néglige de considérer que le contrat de gestation pour autrui n'est pas comme n'importe quel contrat. Pour certaines, il ne peut y avoir de consentement réel⁸⁸ ; à tout le moins, selon Anne Phillips, ce genre d'ententes qui mettent en jeu l'intimité corporelle « [should] require a higher threshold of willing consent as well as rights to renegotiate »⁸⁹. Rien n'indique que les notaires soient à même de tester la qualité du consentement de la mère porteuse à l'aune d'un tel standard⁹⁰ – et de

82. *Loi sur le notariat*, RLRQ c N-3 art 10.

83. *Ibid* art 11.

84. *Code de déontologie des notaires*, RLRQ c N-3, r 2 art 7.

85. Paul-Yvan Marquis, *La nature juridique et les causes principales de la responsabilité civile du notaire, officier public*, thèse de doctorat en droit, Université McGill, 1972 à la p 97 [Marquis], citant Pierre Harmel et Robert Bourseau, *Les sources et la nature de la responsabilité civile des notaires*, Liège, 1964, n. 8 à la p 31.

86. *Ibid* à la p 342.

87. *Ibid* à la p 345. Voir également Alain Roy, *Déontologie et procédure notariale*, coll. Répertoire de droit-Nouvelle série, Montréal, Chambre des notaires du Québec, 2002 [Roy 2002].

88. Janice G. Raymond, *Women As Wombs: Reproductive Technologies and the Battle Over Women's Freedom*, San Francisco : HarperSanFrancisco, 1993 aux pp xix-xx et 103.

89. Anne Phillips, « Does the Body Make a difference? » dans Sumi Madhok, Anne Phillips et Kalpana Wilson, dir, *Gender, agency and coercion*, Basingstoke : Palgrave Macmillan, 2012, 143 à la p 148.

90. Fabre-Magnan, *supra* note 13 aux pp 87-91, envisage les difficultés propres à la vérification du consentement réel de la mère porteuse. La discussion de Langevin 2015, *supra* note 6 aux pp 479 et 485, montre cependant qu'un-e juge

déconseiller l'acte –, notamment lorsque la volonté « commune » des parties est de conclure l'entente.

Par ailleurs, en permettant à la mère porteuse de mettre en tout temps fin au projet, la Comité lui-même reconnaît que le contrat n'est ni parfait, ni « fidèlement expressi[f] de [sa] volonté libre »⁹¹. Or, il ne tire pas les conséquences qui s'imposent de cette potentielle inadéquation entre la volonté des parties et le contrat. Le Rapport propose ainsi que les autres clauses demeurent exécutoires et omet de prévoir des mécanismes correctifs tel qu'une renégociation ou une révision judiciaire.

Sans garantie d'une intervention judiciaire, le concours notarial devient crucial pour assurer non seulement le consentement des parties, mais également le caractère juste et équitable du projet. Il convient à ce stade de mettre l'emphase sur la cause envisagée d'injustice ou d'exploitation : les parents d'intention⁹². On attend donc du ou de la notaire qu'il ou elle protège sa cliente de ses autres client-e-s, c'est-à-dire qu'il ou elle conseille simultanément et impartialement des parties aux intérêts divergents.⁹³ Or, la doctrine est plutôt silencieuse sur cet enjeu pourtant récurrent. À cet effet, Marquis écrit seulement que « [l]es intérêts des parties sont souvent divers et parfois divergents. Les notaires se transformeront alors en conciliateurs »⁹⁴. Dans les faits, l'expérience québécoise de la contractualisation du mariage démontre l'échec de cette conciliation : si le ou la notaire est en mesure d'aviser les parties sur l'état du droit et sur les clauses à l'entente qui pourraient être contraires à la loi ou à l'ordre public, on peut douter qu'il ou elle prévienne les contrats de gestation pour autrui injustes à l'égard de la mère porteuse.

n'est pas nécessairement plus à même de questionner la qualité de ce consentement. Or, lorsqu'on a recours à la voie judiciaire, on peut au moins s'assurer que les intérêts de chaque partie aient été représentés par des avocat-e-s indépendant-e-s.

91. Marquis, *supra* note 85 aux pp 350-351.

92. Notons qu'il y a controverse sur l'importance du risque d'exploitation de la mère porteuse par les parents d'intention : voir Olga B.A. van den Akker, « Psychosocial aspects of surrogate motherhood » (2007) 13 Human Reproduction Update 53 à la p 57. Ce risque est cependant l'une des prémisses importantes du cadre proposé par le Rapport Roy (*supra* note 7 à la p 252).

93. Voir *Loi sur le notariat*, *supra* note 82 art 11. Voir aussi Roy 2002, *supra* note 87.

94. Marquis, *supra* note 85 à la p 353.

IV. L'ANALOGIE DU CONTRAT DE MARIAGE

Plusieurs raisons justifient le recours à l'analogie de la contractualisation du mariage pour réfléchir au contrat de gestation pour autrui. D'abord, puisque la recherche demeure partagée sur la meilleure façon d'encadrer (ou pas) ce phénomène, et que la réglementation proposée par le Comité est unique⁹⁵, on ne peut simplement en prédire l'impact sans recourir à l'analogie.

Ensuite, les contextes en jeu peuvent être rapprochés. Comme le mariage, la gestation pour autrui est un phénomène profondément genré, et ce, malgré la diversification des modèles familiaux. Ces deux situations sont caractérisées par un déséquilibre de ressources et de pouvoirs⁹⁶ – si la mère porteuse ne correspond pas, selon les recherches qui le dénoncent, au stéréotype de la femme pitoyablement vulnérable⁹⁷, on peut en dire autant de l'épouse. Idéologiquement, les deux sujets sont par ailleurs des lieux de tensions intenses entre la justice sociale et l'ordre public d'une part, et la liberté contractuelle et le caractère privé de la famille de l'autre.

Finalement, le contexte familial ou affectif échappe forcément à la logique de l'*homo oeconomicus*. C'est en effet en matière de contrats de mariage et d'ententes de séparation que se sont abondamment développées les critiques féministes du consensualisme et du contrat comme instrument de justice. Louise Langevin explique que « le contrat n'est pas toujours juste simplement parce qu'il [a] été négocié »⁹⁸, puisque les parties – et notamment les femmes – ne négocient pas « de façon égalitaire et rationnelle, en tenant compte de leurs intérêts personnels »⁹⁹. Les femmes sont plutôt socialisées à agir avec altruisme et à prioriser les intérêts des autres – du couple, de la famille, des enfants – plutôt que les leurs¹⁰⁰. C'est ainsi la responsabilité des

95. *Ibid* à la p 255. Le rapport fait cependant état d'une proposition de loi similaire étudiée en Belgique (à la p 488, note 950).

96. *Voir par exemple* Suze G. Berkhout, « Buns in the Oven: Objectification, Surrogacy, and Women's Autonomy » (2008) 34 *Social Theory and Practice* 95 à la p 103.

97. *Voir par exemple* Campbell, *supra* note 8 à la p 16.

98. Louise Langevin, « Liberté contractuelle et relations conjugales : font-elles bon ménage ? » (2009) 2:28 *Nouvelles questions féministes* 24 au para 9.

99. *Ibid*.

100. Ruparelia, *supra* note 19 à la p 37 ; Grassby, *supra* note 77 à la p 79.

femmes de « prendre soin », et non des différences « naturelles » entre les hommes et les femmes, qui « diminishes the possible fulfilment of [...] individualism and self-sufficiency »¹⁰¹. Le contrat de mariage se signe en contexte amoureux, propre à l'optimisme¹⁰², au sacrifice, à la confiance et à la performance d'attentes genrées. Similairement, la gestation pour autrui mobilise la rhétorique du don et de la « bonne » mère¹⁰³. Elle est entreprise pour des raisons altruistes, possiblement dans un contexte familial – une possibilité que le Comité recommande de ne pas écarter¹⁰⁴. Dans les deux cas, l'argent est une considération pertinente (le mariage est une « association socio-économique » selon la Cour suprême¹⁰⁵), mais rarement prééminente¹⁰⁶. Globalement, dans le contexte de performance d'un rôle doublement féminin, et doublement altruiste – le don de soi et don de la vie –, la gestation pour autrui comme le mariage doivent connaître de sérieuses balises capables de protéger les femmes de l'exploitation.

Pour toutes ces raisons, un regard historique sur la contractualisation du mariage étaye la thèse de l'inadéquation du recours au notariat dans le contexte de la gestation pour autrui. Le Québec connaît une longue tradition de recours au contrat de mariage, notamment exposée par Miriam Grassby. Elle rapporte qu'historiquement, la majorité des femmes renonçaient devant notaire à leurs droits patrimoniaux en rejetant le régime légal de communauté des biens en faveur de la séparation des biens¹⁰⁷. Les inégalités économiques de genre rendaient un tel régime fortement désavantageux pour les femmes en cas de divorce¹⁰⁸, et ce, même s'il était souvent destiné à protéger les

101. Mary Evans, « The Meaning of Agency » dans Sumi Madhok, Anne Phillips et Kalpana Wilson, dir, *Gender, agency and coercion*, Basingstoke : Palgrave Macmillan, 2012, 47 à la p 49.

102. Hélène Belleau, « D'un mythe à l'autre : de l'ignorance des lois à la présomption du choix éclairé chez les conjoints en union libre » (2015) 27:1 *Revue Femmes et droit* 1 à la p 17.

103. *Voir par exemple* Deckha, *supra* note 9 à la p 56.

104. Rapport Roy, *supra* note 7 à la p 274.

105. *Hartshorne c Hartshorne*, 2004 CSC 22 au para 91.

106. Busby et Vun, *supra* note 9 à la p 55.

107. Grassby, *supra* note 77. *Voir aussi* Danielle Burman, « Politiques législatives québécoises dans l'aménagement des rapports pécuniaires entre époux : d'une justice bien pensée à un semblant de justice – un juste sujet de s'alarmer » (1988) 22 *Revue juridique Thémis* de l'Université de Montréal 149 à la p 155.

108. Grassby, *supra* note 77 à la p 49.

épouses de l'éventuelle ruine financière de leur mari¹⁰⁹. En effet, cette ruine financière était un risque pour la femme en situation de communauté des biens, un problème soluble par un régime sur mesure de communauté des biens modifiée.¹¹⁰ Il faut comprendre qu'avant l'avènement du patrimoine familial, les conventions de séparation des biens étaient susceptibles de laisser les femmes divorcées, qui avaient rarement des revenus indépendants¹¹¹, totalement démunies. Manifestement, le recours aux conseils d'un-e notaire n'a pas empêché pas des milliers de femmes de déroger à un régime favorable en signant un contrat qui les appauvrisait – une injustice dénoncée par la Fédération des Femmes du Québec¹¹² et même parfois déplorée par les tribunaux¹¹³.

La situation était telle qu'en 1989, la branche législative est intervenue pour imposer le « partage des principaux biens de nature familiale à l'ensemble des couples mariés »¹¹⁴. Bien que le gouvernement n'ait pas proscrit le recours au contrat de mariage¹¹⁵, il en aurait « sonné le glas »¹¹⁶ en le restreignant dramatiquement – seuls 10 % des couples ont signé un contrat de mariage en 2005, comparativement à 70 % à l'aube des années 70¹¹⁷. Les mémoires et débats parlementaires dénotent une préoccupation quant aux conséquences d'une « liberté

109. Thierry Nootens, « “Des privations ne peuvent pas constituer une fortune” : les droits financiers des femmes mariées de la bourgeoisie québécoise face au marché, 1900-1930 » (2011) 65:1 *Revue d'histoire de l'Amérique française* 59 aux pp 93-94 [Nootens].

110. Grassby, *supra* note 77 à la p 62.

111. À titre illustratif, 37,4 % des femmes étaient employées en 1976 : Comité aviseur femmes en développement de la main-d'œuvre, « Les femmes et le marché de l'emploi » (mars 2005), *Comité consultatif Femmes en développement de la main-d'œuvre*, <http://www.cc-femmes.qc.ca/publications/etude_diagnostique_CAF_mars_05.pdf> à la p 11.

112. Ginette Busque, « La séparation de biens au Québec : ravages et... solutions » (1986) 5:8 *petite presse* (Fédération des femmes du Québec) 1 (disponible sur le site du Centre de documentation sur l'éducation des adultes et la condition féminine (CDÉACF) <http://bv.cdeacf.ca/CF_PDF/1989_09_pd238_1986v5n8.pdf>) à la p 1.

113. Roy 2006, *supra* note 79 à la p 670.

114. *Ibid* à la p 668.

115. Il demeure possible de signer un contrat de mariage, qui doit être « notarié en minute, à peine de nullité absolue » : CcQ art 440.

116. Roy 2006, *supra* note 79 à la p 668.

117. *Ibid* à la p 667.

contractuelle » qui n'est pas neutre quant au genre : « sans vouloir être sexistes, nous devons cependant constater que la plupart du temps, dans le choix du régime matrimonial, c'est l'homme qui donne le ton »¹¹⁸. La liberté de contracter devant notaire en faveur de la séparation totale des biens a ainsi été un échec unanimement constaté.

De cet exemple fort présent dans l'esprit juridique québécois, on peut conclure que, dans une situation de conflit d'intérêts, genrée et caractérisée par l'inégalité, le recours à un-e notaire, bien que supposé-e conseiller impartialément et également toutes les parties, n'empêche pas cette inégalité de se répercuter sur le contrat. Plus encore, le ou la notaire peut être l'artisan-e de cette inégalité¹¹⁹. En matière de contrat de mariage, les notaires « ne pensaient qu'aux intérêts de la famille lorsqu'ils conseillaient aux couples de sortir de la communauté de bien »¹²⁰. Il faut comprendre que, pour la bourgeoisie, ces contrats de mariage « étaient censés assurer le maintien et la reproduction du statut social »¹²¹ en protégeant l'épouse en cas de faillite ou de décès de l'époux¹²². Cependant, cette protection était loin d'être assurée¹²³. Or, plutôt que de présenter un portrait nuancé, les notaires se contentaient souvent de dénigrer le régime de la communauté des biens¹²⁴. Ils et elles privilégiaient par ailleurs la solution toute faite du contrat de séparation des biens à la voie plus complexe d'une communauté de biens modifiée (protégeant l'épouse pendant la relation sans la laisser démunie en cas de divorce)¹²⁵. Conscient-e-s du problème, les notaires « en minimisaient l'importance, compte tenu du faible

118. Christine Morin, « La contractualisation du mariage : réflexions sur les fonctions du *Code civil du Québec* dans la famille » (2008) 49:4 *Les Cahiers de Droit* 527 à la p 540, citant Tribune unique et populaire d'information juridique, *Mémoire du partage à l'intention de la commission parlementaire sur le partage des biens entre les époux*, Québec, TUIJ, 15 août 1988 à la p 2.

119. Grassby, *supra* note 77 aux pp 60-61. Voir aussi Marquis, *supra* note 85 aux pp 81-82.

120. Grassby, *supra* note 77 à la p 61, citant Roger Comtois, *Traité théorique et pratique de la communauté des biens*, Montréal : Le recueil de droit et de jurisprudence, 1964.

121. Nootens, *supra* note 109 à la p 65.

122. *Ibid* à la p 71.

123. *Ibid* aux pp 93-94.

124. Grassby, *supra* note 77 à la p 60.

125. *Ibid* à la p 62.

taux de divorce »¹²⁶. Le résultat était un contrat favorable à la partie économiquement dominante – l'époux.

Peut-on s'attendre à un pareil résultat en matière de gestation pour autrui ? Face au constat des pratiques de la profession en matière de contrats de mariage, on peut craindre que les notaires continuent de privilégier les intérêts de la « famille » à ceux de la mère porteuse, ou encore que celle-ci soit incitée à signer une convention préconçue plutôt qu'un contrat sur mesure sur lequel elle pourrait exercer un réel pouvoir de négociation. Comme cela a été le cas pour le divorce à l'époque où il était rare, le faible taux de litiges en matière de gestation pour autrui pourrait par ailleurs décourager les notaires de s'attarder aux difficultés susceptibles de survenir en cas de conflit.

On peut également se préoccuper de la qualité des conseils reçus par la mère porteuse et de l'implication des tribunaux en cas de consentement défectueux. L'histoire rapporte des exemples de femmes de 18 ans ayant signé des contrats de mariage désastreux après une visite de quelques minutes chez le notaire, sans conseils indépendants¹²⁷ : ce scénario ne risque-t-il pas de se répéter ? Certes, on peut espérer que, comme pour les contrats de mariage, les tribunaux interviennent pour corriger ce genre de situation extrême. Rappelons cependant que le Rapport Roy ne prévoit pas l'implication judiciaire lorsque les parties ont recours au contrat notarié. Or, contrairement aux autres provinces canadiennes, le Québec n'a pas de tradition établie de révision judiciaire des contrats. Les tribunaux ont ainsi historiquement fait preuve d'une grande déférence envers les contrats de mariage au « mépris d'une justice conjugale élémentaire »¹²⁸, et ce, malgré l'abondance d'outils légaux disponibles¹²⁹. Ce refus d'intervenir pour annuler ou atténuer les effets de contrats matrimoniaux injustes ou mal compris au moment de la signature perdure toujours¹³⁰. On ne peut donc pas présumer du concours des tribunaux pour remédier aux failles éventuelles du recours au notariat.

126. *Ibid* à la p 63, citant Alain Roy, *Le contrat de mariage réinventé : perspectives socio-juridiques pour une réforme*, Montréal : Les Éditions Thémis, 2002 à la p 62.

127. Grassby, *supra* note 77 à la p 65.

128. Roy 2006, *supra* note 79 à la p 665.

129. Grassby, *supra* note 77 à la p 51.

130. *Ibid* à la p 70.

Finalement, l'analogie remet fortement en question l'omission du Rapport Roy d'exiger ou même de recommander le recours aux conseils d'un·e avocat·e. En plus d'être préconisée dans la littérature¹³¹, le recours aux conseils juridiques indépendants avant la signature de l'acte a, en matière de contrats de mariage, produit des résultats beaucoup plus justes que les contrats de séparation des biens couramment recommandés par un·e notaire¹³².

Miriam Grassby synthétise ainsi son analyse de la contractualisation du mariage : « Quand des notaires respectés [dont Roger Comtois et Alain Roy] critiquent la qualité des conseils donnés par leurs confrères aux femmes, il n'est plus possible de présumer, du fait qu'un contrat a été signé devant notaire, que la femme au Québec a eu des conseils de qualité, et encore moins reçu des conseils indépendants et adéquats quant à ses intérêts personnels. D'ailleurs, tout indique le contraire »¹³³. En appliquant ces observations aux propositions du Rapport Roy, on comprend que le recours des parties à un·e notaire n'accomplirait vraisemblablement pas l'objectif visé d'assurer la création de projets parentaux justes, conformes à l'éthique et n'exacerbant pas à l'exploitation des femmes.



La gestation pour autrui demeure à ce jour complexe et controversée. Or, en proposant que les parties contractent devant notaire pour éviter la judiciarisation, le Rapport Roy fait le pari de la simplicité et échoue sur plusieurs tableaux. D'une part, le rapport néglige toute vocation dissuasive. Imposer aux parents d'intention une séance d'information sur l'adoption, par exemple, aurait été un moyen simple de dissuader le recours à une mère porteuse, sans pour autant générer une incertitude risquant d'encourager la gestation pour autrui internationale. D'autre part, en se contentant d'affirmer que la gestation pour autrui doit se penser par référence à la procréation naturelle – qui pourtant

131. *Par exemple*, Campbell, *supra* note 8 à la p 55.

132. Grassby, *supra* note 77 aux pp 72-73. L'importance des conseils juridiques pour pallier les vulnérabilités des épouses et atteindre une entente fidèle aux volontés des parties est reconnue par les décisions où les tribunaux refusent de mettre un contrat de mariage ou une entente de séparation de côté en soulignant que la femme a eu recours à des conseils juridiques indépendants : voir par exemple *Miglin c Miglin*, 2003 CSC 24 au para 93.

133. Grassby, *supra* note 77 à la p 71.

n'implique pas le risque d'exploitation des facultés reproductrices d'une tierce personne, le Rapport Roy propose un processus dont la déjudiciarisation n'est pas adéquatement justifiée.

Globalement, le recours au notariat ne suffirait pas à garantir des contrats équitables pour la mère porteuse. L'expérience du recours aux contrats de mariage au Québec démontre que faire appel à un notaire pour conseiller des parties aux intérêts divergents est inefficace pour générer un contrat équitable pour la femme plus vulnérable. On s'explique mal que le Comité n'ait pas préféré que les parties aient recours au conseil juridique indépendant – d'après notre Cour suprême, « un moyen important de s'assurer de prendre une décision éclairée avant de conclure un contrat »¹³⁴ – ou à l'approbation judiciaire. Parce qu'elles ignorent les leçons amères que la contractualisation du mariage a offertes à la société québécoise, les recommandations du Rapport Roy risquent d'en répéter les conséquences injustes envers les femmes. Penser que la solution retenue par le Comité garantirait des projets de gestation pour autrui conformes à l'éthique serait donc faire preuve d'un excès de confiance dans la responsabilité notariale de conseiller.

Quel que soit le sort réservé au Rapport Roy, nos conclusions sont pertinentes aux débats actuels et futurs sur l'encadrement de la gestation pour autrui. En effet, même si ces recommandations ne sont pas adoptées par le Gouvernement du Québec, la littérature féministe continue de produire des appels répétés à un encadrement de la pratique. L'objectif louable de concevoir un système de règles qui autonomise les mères porteuses ne doit pas se faire sans considération des institutions dans lesquelles ces règles s'inscrivent. Le notariat comme l'appareil judiciaire n'opèrent pas dans l'abstrait. Ces institutions sont plutôt colorées par des traditions qui, si elles sont analysées avec un regard historique critique, sont révélatrices de l'impact que peut avoir le déséquilibre de pouvoir sur la situation juridique et matérielle des parties.

Les enseignements de la contractualisation du mariage sont plus généralement pertinents aux réflexions qui ont cours dans les diverses juridictions qui comptent sur le contrat pour organiser le droit familial. Ce texte se veut ainsi un rappel de l'importance de continuellement mettre en lumière l'angle mort de la justice contractuelle et de l'égalité formelle qu'est le genre féminin.

134. *Hartshorne c Hartshorne*, *supra* note 105 au para 60.