

"Source : *La procréation médicalement assistée*, 256 pages, Commission de réforme du droit du Canada, 1992. Reproduit avec la permission du ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2010."



Commission de réforme du droit
du Canada

Law Reform Commission
of Canada

la procréation médicalement assistée

Document de travail n° 65

Canada

Commission de réforme
du droit du Canada

LA PROCRÉATION
MÉDICALEMENT ASSISTÉE

Document de travail n° 65

1992

Données de catalogage avant publication (Canada)

Commission de réforme du droit du Canada

La procréation médicalement assistée

(Document de travail ; 65)

Texte en français et en anglais disposé tête-bêche.

Titre de la p. de t. addit. : Medically assisted procreation.

Comprend des références bibliographiques.

ISBN 0-660-57403-9

N° de cat. MAS J32-1/65-1992

1. Reproduction humaine — Innovations — Droit — Canada. 2. Reproduction humaine — Innovations. 3. Stérilité féminine — Traitement — Canada — Innovations. I. Titre. II. Titre : Medically assisted procreation. III. Coll. : Commission de réforme du droit du Canada. Document de travail ; n° 65.

RG133.5.L38 1992

344.71'04196

C92-099595-OF

© Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1992

En vente au Canada par l'entremise des

Librairies associées
et autres libraires

ou par la poste auprès du

Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9

N° de catalogue J32-1/65-1992

ISBN 0-660-57403-9

La Commission*

M^e Gilles Létourneau, c.r., président
M. le juge Allen M. Linden, président sortant
M^{me} la juge Ellen Picard, vice-présidente
M^e John Frecker, commissaire
M^{me} la juge Michèle Rivet, commissaire
M. le professeur Jacques Frémont, commissaire

Secrétaire

François Handfield, *B.A., LL.L.*

Coordonnateur de la Section de recherche sur la protection de la vie

Burleigh Trevor-Deutsch, *B.Sc., M.Sc., Ph.D., LL.B.*

Conseillère principale

Anne Marcoux, *LL.B., LL.M.*

Conseillers

Laura T. Arbour, *inf. aut., B.Sc. M.Sc. (biol.), M.Sc. (gén.), M.D.*
Marc Gold, *B.A., LL.B., LL.M.*
Bruce B. Ryder, *B.A., LL.B., LL.M.*
Brigitte Morneault, *LL.B.*
Suzanne Nootens, *M.D., LL.B., LL.M.*
Edward W. Keyserlink, *B.A., B.Th., L.Th., L.S.S., LL.M., Ph.D.*
Patrice Garant, *LL.L., L. ès L., LL.D.*
Derek J. Jones, *B.A., J.D.*
Isabelle Panisset, *LL.B., LL.M.*

* Lorsque ce document de travail a été approuvé, M. le juge Linden venait de quitter la Commission, mais il a participé à toutes les étapes de son élaboration ; M^{me} la juge Rivet était commissaire et M^e Trevor-Deutsch était coordonnateur de la Section de recherche. M^{me} la juge Picard et M. le professeur Frémont se sont joints à la Commission après l'approbation du document.

Note de la rédaction

Conformément à la recommandation formulée dans le document intitulé *Égalité pour tous — Rapport du Comité parlementaire sur les droits à l'égalité*, nous nous sommes fait un devoir de rédiger le présent document de travail dans une langue non sexiste. Dans cette optique, et puisque le mandat de la Commission consiste à formuler des propositions en vue de moderniser les lois fédérales canadiennes, nous nous sommes conformés aux principes énoncés dans l'ouvrage publié sous le titre *Cap sur l'égalité — Réponse au Rapport du Comité parlementaire sur les droits à l'égalité*, relativement à la rédaction des textes législatifs. Le genre grammatical des noms et pronoms utilisés pour désigner des personnes (« médecin », « patient », etc.) ne doit donc en aucun cas être interprété comme une indication du sexe de ces personnes.

Table des matières

REMERCIEMENTS	xi
INTRODUCTION	1
CHAPITRE PREMIER : Données d'ordre médical	7
I. Le mécanisme de la conception	7
II. L'infertilité	9
A. L'évaluation du couple infertile	10
B. Les causes et les traitements de l'infertilité	10
III. Les indications génétiques de la procréatique	13
IV. Les techniques de procréation médicalement assistée	13
A. La fécondation in vitro (FIV)	13
1. La stimulation ovarienne	14
2. Le prélèvement d'ovocytes	15
3. L'évaluation des ovocytes, la fécondation et le transfert de l'embryon	16
4. Les taux de succès	16
5. La détermination du numérateur	16
6. La détermination du dénominateur	17
7. Les résultats internationaux	18
8. Les résultats canadiens	19
9. Les effets de la fécondation in vitro	20
a) <i>La grossesse multiple et les risques périnataux</i>	21
b) <i>Les techniques de réduction des grossesses multiples</i>	23
c) <i>Les malformations congénitales</i>	27
d) <i>Les effets psychologiques</i>	27
B. L'implantation tubaire de gamètes (GIFT)	28
1. Les taux de succès	29
2. Les complications	29
C. Les autres techniques	30

D.	L'insémination artificielle	31
1.	La technique	32
2.	Les résultats	32
3.	Les risques	33
4.	Le donneur	34
E.	Le don d'ovule et d'embryon	34
1.	La technique	35
2.	La donneuse d'ovule	36
F.	La maternité de substitution	37
V.	La sélection des gamètes et des embryons	37
CHAPITRE DEUX : Les interrogations du droit canadien		43
I.	La procréatique et le droit privé	43
A.	Les parents potentiels	43
1.	Le consentement	43
2.	L'autorité sur les gamètes et les embryons	46
3.	L'utilisation posthume des gamètes et des embryons	52
B.	Le donneur	53
1.	Légalité, légitimité et nature du don de gamètes et d'embryon	53
2.	Gratuité et anonymat du don de gamètes et d'embryon	58
3.	Le consentement du donneur	60
4.	La responsabilité du donneur	62
C.	L'enfant	63
1.	La filiation juridique	63
2.	La filiation biologique	66
3.	Le statut juridique	68
D.	Les intervenants médicaux	69
1.	La responsabilité du médecin	69
2.	La responsabilité des banques de gamètes et d'embryons	71
II.	La maternité de substitution	73
A.	Les principes en cause	73
1.	La légalité et la légitimité	73
2.	La commercialité	74
B.	L'enfant	76
1.	La filiation juridique	76
2.	La garde de l'enfant	80

III. La <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>	82
A. L'article 7 : le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne	82
1. Le droit de procréer	84
2. L'atteinte au droit à la liberté et à la sécurité de la personne et les principes de justice fondamentale	91
B. L'application de l'article 7 à certains aspects de la procréatique	93
1. La force exécutoire du contrat de maternité de substitution	93
2. La fécondation in vitro	97
3. L'insémination artificielle	99
4. Le droit d'être informé de ses origines biologiques	99
C. L'article 15 : les droits à l'égalité	101
D. L'article premier	108
CHAPITRE TROIS : Le rôle de l'État	111
I. Les mécanismes de contrôle existants et leur portée	111
A. Le contrôle individuel : la conscience et la liberté de choix des individus	112
B. Le contrôle professionnel	115
1. L'exercice de la médecine	115
2. Les comités d'éthique locaux	117
C. Le contrôle de la collectivité	119
1. Les comités permanents d'éthique provinciaux et nationaux	119
2. Les tribunaux	120
D. Le contrôle législatif et réglementaire	121
1. Le contrôle législatif	121
2. La réglementation de la procréatique	123
II. Le rôle de l'État et des autorités fédérales dans le processus de réforme..	124
A. Le rôle de l'État	124
B. Le rôle des autorités fédérales	126
CHAPITRE QUATRE : Recommandations	131
I. Les principes généraux	133
A. L'accès	134

B.	La commercialisation	139
1.	L'embryon	140
2.	Les gamètes	141
C.	La maternité de substitution	142
D.	L'autorité sur les gamètes et les embryons	149
1.	L'embryon	150
2.	Les gamètes	153
3.	L'utilisation posthume des gamètes et des embryons	155
E.	La filiation	156
1.	Le don de gamètes et d'embryon	156
2.	La maternité de substitution	158
II.	La procréatique et la sécurité	159
A.	Les taux de succès : l'importance du consentement éclairé	159
B.	Les risques en jeu	161
1.	Les risques physiques	161
2.	Les risques psychologiques	166
C.	La tenue des dossiers	168
D.	L'évaluation à long terme	171
III.	La mise en œuvre des recommandations	172
A.	La réglementation de la pratique	172
B.	La nécessité d'un organisme national	174
	SOMMAIRE DES RECOMMANDATIONS	177
	ANNEXE A : Étude comparative des textes étrangers et canadiens traitant de la	
	 procréation médicalement assistée	183
	Introduction	183
I.	Les principes généraux	187
A.	L'accès	187
1.	Les critères d'ordre personnel	187
2.	Les critères d'ordre médical	188
B.	La commercialisation	190
C.	La maternité de substitution	190

D.	L'autorité sur les gamètes et les embryons	192
1.	L'exercice de l'autorité	193
a)	<i>Le consentement</i>	193
b)	<i>L'utilisation des gamètes</i>	195
c)	<i>L'utilisation de l'embryon</i>	195
2.	L'utilisation posthume des gamètes et des embryons	197
E.	La filiation de l'enfant	198
1.	Le don de gamètes et d'embryon	198
2.	La maternité de substitution	200
II.	L'innocuité des techniques de procréation médicalement assistée	201
A.	Les normes d'application	201
1.	Les risques physiques	201
2.	La fréquence d'utilisation des gamètes d'un même donneur	203
3.	Les services de consultation	204
B.	La tenue des dossiers et l'accès à l'information	204
1.	La tenue des dossiers et la centralisation de l'information	204
2.	L'accès à l'information	205
C.	La responsabilité du donneur et les recours de l'enfant	207
III.	Le contrôle médical et l'encadrement de la procréatique	207
A.	Le contrôle médical de la procréatique	208
B.	L'encadrement de la procréatique	209
Tableau I :	Admissibilité à la procréatique (sauf la maternité de substitution) ...	212
Tableau II :	Critères d'accès à la procréatique (sauf la maternité de substitution)	214
Tableau III :	Délais de conservation et commerce des gamètes et des embryons	217
Tableau IV :	Maternité de substitution	221
Liste des textes cités	225
ANNEXE B :	Proposition en vue d'une loi sur la procréation médicalement assistée	233
TABLE DES ARRÊTS	243
TABLE DE LA LÉGISLATION CANADIENNE ET DES TRAITÉS INTERNATIONAUX	247
BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE	249
LISTE DES RAPPORTS ET DOCUMENTS DE TRAVAIL DE LA COMMISSION	255

Remerciements

L'analyse contenue dans les pages qui suivent est basée sur l'information dont nous disposions en décembre 1990. L'expertise médicale, toutefois, qui a été le point de départ de notre étude, a été terminée en mars 1990. Le lecteur devra donc tenir compte de ces dates.

Nous tenons à remercier les membres de notre Groupe consultatif d'experts en droit de la santé dont l'avis a été officiellement sollicité en novembre 1989. Il va sans dire que les opinions formulées dans ce document ne reflètent pas nécessairement leurs positions respectives. Parmi les personnes consultées, citons les suivantes, qui sont énumérées par ordre alphabétique suivant le groupe auquel elles appartiennent :

Droit

M. le juge Jean-Louis Baudouin,
Cour d'appel (Québec)

M. Donald G. Casswell,
professeur agrégé,
Faculté de droit,
Université de Victoria,
Victoria (Colombie-Britannique)

M^{me} R. Alta Charo,
professeure adjointe,
Droit et histoire de la médecine,
Programme d'éthique médicale,
Université du Wisconsin,
Madison (Wisconsin)

M^c Édith Deleury,
professeure titulaire,
Faculté de droit,
Université Laval,
Québec (Québec)

M. Bernard M. Dickens,
professeur,
Faculté de droit,
Université de Toronto,
Toronto (Ontario)

M. le juge Horace Krever,
Cour suprême de l'Ontario (C.A.)

M. J.W. Mohr,
Osgoode Hall Law School,
Université York,
North York (Ontario)

M^c Patrick A. Molinari,
vice-doyen à la recherche et aux études
supérieures,
Faculté de droit,
Université de Montréal,
Montréal (Québec)

M^c Monique Ouellette,
professeure titulaire,
Faculté de droit,
Université de Montréal,
Montréal (Québec)

M^{me} la juge Ellen I. Picard,
Cour du banc de la Reine (Alberta)

Éthique

M. Hubert Doucet,
Département de philosophie,
Université Saint-Paul,
Ottawa (Ontario)

D^r Benjamin Freedman, professeur,
Centre de Médecine, d'Éthique et de
Droit de l'Université McGill,
Montréal (Québec)

D^r Abbyann Lynch, directrice,
Service de bioéthique,
Hospital for Sick Children,
Toronto (Ontario)

M^{me} Judith Miller, directrice,
Conseil national de la bioéthique en
recherche chez les sujets humains,
Collège Royal des Médecins et
Chirurgiens du Canada,
Ottawa (Ontario)

M. Arthur Schafer, professeur,
Centre for Professional and Applied Ethics,
Université du Manitoba,
Winnipeg (Manitoba)

M. Earl Winkler, professeur,
Département de philosophie,
Université de la Colombie-Britannique,
Vancouver (Colombie-Britannique)

Sciences médicales

D^r John B. Dossetor, directeur,
Joint-Faculties Bioethics Project,
Université de l'Alberta,
Edmonton (Alberta)

D^r John Watts, professeur,
Département de pédiatrie,
Université McMaster,
Hamilton (Ontario)

Introduction

Les progrès technologiques et l'avancement de la science — particulièrement de la science médicale — posent sans cesse de nouveaux défis à nos institutions politiques et juridiques. Le législateur, sous les pressions sociales, morales, politiques et économiques, doit réviser systématiquement les règles de droit et les pratiques qui en découlent. Le droit, pour sa part, doit tenir compte de l'évolution scientifique et la promouvoir, mais aussi la contenir dans les limites dictées par certaines valeurs humaines et sociales. La procréation médicalement assistée constitue probablement l'un des plus beaux exemples du défi que pose le développement de la science médicale, et des tensions qui en résultent pour le droit.

De fait, l'intérêt national et mondial que suscite cette question est le reflet de l'importance que l'on attache aux risques et aux conséquences sociales et juridiques des techniques utilisées. Que ce soit dans le but d'élaborer des politiques en la matière ou d'éliminer les ambiguïtés juridiques¹, la société doit s'interroger sur les choix à faire face aux conflits existants et à la remise en question de certaines valeurs fondamentales et de certains principes de droit. La définition de la famille, la filiation des enfants nés grâce à la procréation, la mercantilisation de la procréation, du corps humain et de ses produits et substances, de même que le statut juridique des gamètes et des embryons, sont autant de thèmes qui soulèvent de sérieuses interrogations. Les risques physiques et psychologiques, plus ou moins immédiats, que comportent les techniques en cause, soulèvent pour leur part des inquiétudes quant à la protection du public et, notamment, celle des enfants qui doivent leur existence à ces techniques. Il y a donc lieu de s'interroger aussi sur la suffisance des mécanismes régissant la procréation médicalement assistée et la sélection et la conservation des gamètes et des embryons.

L'élaboration d'une politique sociale canadienne uniforme en matière de procréation médicalement assistée n'est cependant pas sans poser de difficultés. Ainsi, les positions diamétralement opposées qu'expriment les rapports de la Commission de réforme du droit de l'Ontario² et du Barreau du Québec³ sur certains aspects fondamentaux de la question sont révélatrices de ces difficultés. D'autre part, le partage des pouvoirs prévu par la Constitution canadienne entre les provinces et le Parlement fédéral ne facilite en rien la tâche.

1. L'incertitude juridique peut être à l'origine d'importants drames personnels, familiaux et sociaux. Les affaires américaines *Baby M*, *infra*, note 305, *Davis c. Davis*, *infra*, note 207, *York c. Jones Institute*, *infra*, note 208, ainsi que l'affaire des embryons orphelins, *Rios*, *infra*, note 208, illustrent bien cette possibilité.
2. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DE L'ONTARIO, *Report on Human Artificial Reproduction and Related Matters*, vol. 1 et 2, Toronto, Ministère du Procureur général, 1985 (ci-après CRDO).
3. BARREAU DU QUÉBEC, « Rapport du Comité sur les nouvelles technologies de reproduction » (1988), 48:2 (suppl.) *R. du B.*

La complexité et l'importance des enjeux nécessitent donc une réflexion profonde et des discussions sérieuses de la part de la société canadienne. C'est d'ailleurs dans cette optique que s'inscrit la décision du gouvernement canadien de former la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction⁴. Structure ponctuelle, la Commission royale n'a pas pour mission de remplacer quelque organisme permanent que ce soit. Elle a le mandat de faire enquête et de présenter un rapport sur les sujets suivants : les progrès actuels et prévisibles de la science et de la médecine en matière de procréation assistée, les répercussions des techniques en cause sur la santé et la recherche, de même que les conséquences morales, sociales, économiques et juridiques de leur utilisation. Enfin, la Commission royale doit recommander des politiques et des mesures de protection à l'égard d'une série de questions liées à ce domaine⁵. Elle doit présenter son rapport en octobre 1992⁶.

C'est dans le but de participer à l'avancement de cette réflexion sociale et de poursuivre sa trilogie d'études dans le domaine du droit médical et de la procréation que la Commission de réforme du droit du Canada a entrepris l'étude de la procréation médicalement assistée⁷. En mai 1988, le groupe de travail créé par la Commission pour examiner le statut juridique du fœtus recommandait que la procréation fasse l'objet d'études de la part de la Commission. Dans son document de travail *Les crimes contre le fœtus*, celle-ci

-
4. C.P. 1989-2150, C.P. 1991-524. La Commission royale a été formée en vertu de la Partie I de la *Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), ch. I-11. Cette loi prévoit entre autres que les commissaires peuvent contraindre des témoins à comparaître devant eux (art. 4).
 5. C.P. 1989-2150. La Commission est chargée de faire enquête et de faire rapport « au sujet principalement ;
 - a) des répercussions des nouvelles techniques de reproduction sur le bien-être et la fertilité des femmes ;
 - b) des causes, du traitement et de la prévention de l'infertilité chez les hommes et les femmes ;
 - c) de la réversibilité des techniques de stérilisation, de l'insémination artificielle, de la fécondation *in vitro*, des transplantations d'embryons, des techniques de dépistage et de diagnostic prénatals, de la manipulation génétique et des interventions thérapeutiques pour corriger des anomalies génétiques, des techniques de choix du sexe, des expériences sur l'embryon et des transplantations de tissu foetal ;
 - d) des mesures d'ordre social ou juridique, telles le recours à une mère porteuse, l'intervention de la justice durant la grossesse et à la naissance, et la "propriété" de l'ovule, du sperme, de l'embryon et du tissu foetal ;
 - e) du statut et des droits des personnes qui recourent ou contribuent aux services de reproduction, entre autres, l'accès aux diverses méthodes, les "droits" à la condition de parent, le consentement en toute connaissance de cause, le statut des donneurs de gamètes et la confidentialité, ainsi que l'incidence de ces services sur tous les intéressés, notamment sur les enfants ; et
 - f) des ramifications économiques de ces techniques, par exemple, l'utilisation commerciale d'ovules, de sperme et d'embryons, l'application de la Loi sur les brevets, et le financement de la recherche et des méthodes utilisées, y compris le traitement de l'infertilité. »
 6. C.P. 1991-524.
 7. La première étude portait sur la protection du fœtus par le droit criminel : COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA (ci-après CRD), *Les crimes contre le fœtus*, Document de travail n° 58, Ottawa, la Commission, 1989. La deuxième portait sur l'expérimentation sur l'être humain : *L'expérimentation biomédicale sur l'être humain*, Document de travail n° 61, Ottawa, la Commission, 1989.

soulignait la nécessité de s'interroger sur la maternité de substitution, d'élaborer des normes nationales vu le risque de « tourisme interprovincial », et de définir la responsabilité des donneurs qui fournissent de faux renseignements concernant leur état de santé (affections génétiques, maladies héréditaires, antécédents médicaux) ou qui omettent de donner des renseignements pertinents⁸. La Commission a donc entrepris une étude approfondie des différentes techniques de reproduction présentement utilisées, y compris la maternité de substitution.

Mentionnons également que les inquiétudes qui bouleversent notre société ne sont pas étrangères à la décision de la Commission d'entreprendre une telle étude. Car l'expression de ces craintes emporte souvent un appel à l'intervention de l'État, sous forme de limites ou de contrôles que l'on justifie au nom de l'ampleur des coûts, de la nécessité de baliser les progrès de la médecine, du risque de la mercantilisation de la procréation, de la protection de la cellule familiale et des valeurs morales et, enfin, de la protection de l'embryon, de l'enfant, des couples infertiles et surtout des femmes contre l'exploitation.

Cette demande émane généralement de personnes ou de groupes dont les intérêts s'opposent parfois à ceux des premiers intéressés (personnes infertiles ou stériles, médecins, scientifiques, etc.), ce qui peut engendrer une instabilité juridique et sociale. Devant cette instabilité et l'insuffisance des autres mécanismes sociaux⁹, l'intervention législative peut s'avérer nécessaire afin de définir et de régir les rapports entre les parties et les groupes sociaux concernés, et de rétablir ainsi l'équilibre social. En cette matière, peut-être plus qu'en toute autre, il faut se garder d'une action précipitée. Il convient d'abord de s'interroger sur la nécessité d'une réforme puis, le cas échéant, sur l'ampleur qu'elle doit prendre.

D'autre part, ces demandes sociales font appel à différents aspects du droit qui revêtent, cela va sans dire, un intérêt particulier pour un organisme de réforme du droit : le droit comme instrument de changement des structures sociales, le droit comme protecteur des valeurs fondamentales de notre société, le droit comme agent régulateur.

Notre étude a été guidée par certains grands thèmes. Pour commencer, nous nous sommes interrogés sur l'opportunité d'une intervention étatique dans le but de limiter l'accès à la procréatique ou d'en réglementer l'application. Nous avons examiné les aspects médicaux de la procréatique qui font problème, ainsi que la suffisance des contrôles sociaux ou professionnels existants pour protéger le public (risques physiques et psychologiques,

8. *Op. cit.*, note 7, p. 65. *Ibid.*, « La réglementation des pratiques médicales relève de la compétence provinciale. Or, vu l'absence de procédure d'accréditation uniforme à l'échelle nationale et l'inexistence de restrictions applicables aux établissements, il faut tenir compte du risque de "tourisme interprovincial" pour le recours aux nouvelles techniques de reproduction, et examiner la question sérieusement. »

9. Pour l'étude des mécanismes de réglementation actuels en matière de procréatique, voir *infra*, ch. III. Sur les lacunes du droit positif, voir *infra*, ch. II. Voir également, sur le rôle des forces sociales, Robert L. KIDDER, *Connecting Law and Society: An Introduction to Research and Theory*, Englewood Cliffs (N.J.), Prentice-Hall, 1983.

normes de sélection, de dépistage et de conservation, taux de succès, tenue et contenu des dossiers, et accès à l'information médicale et génétique). Nous nous sommes également arrêtés à la nécessité de revoir et, au besoin, d'adapter le droit aux problèmes particuliers que posent le don et le dépôt de gamètes et d'embryon (propriété du matériel génétique et responsabilité des donneurs), et la filiation des enfants en cause. Enfin, nous nous sommes penchés sur les aspects juridiques de la maternité de substitution et sur le caractère commercial que tend à prendre la procréation (vente de gamètes et maternité de substitution à titre onéreux).

Notre document comporte quatre chapitres. Les deux premiers traitent des aspects médicaux et juridiques de la procréatique, et les deux autres portent respectivement sur le rôle de l'État en la matière et les réformes que propose la Commission.

Plus précisément, le premier chapitre explique le processus de la conception, les différentes formes de l'infertilité et les techniques les plus souvent utilisées pour y remédier. Nous y discuterons également des indications génétiques qui peuvent motiver le recours à certaines de ces techniques, ainsi que des risques et des conséquences qui s'y rattachent. Une attention particulière sera portée aux taux de succès, aux différentes façons de les déterminer et à leurs effets sur l'aptitude des couples infertiles à choisir la technique qui leur convient le mieux. Enfin, ce chapitre explique les différents procédés utilisés pour le don de gamètes, ainsi que l'importance de la sélection des donneurs.

Le deuxième chapitre expose les interrogations du droit canadien devant les diverses situations que la procréatique a rendues possibles, tant au point de vue des règles du droit privé qu'à celui des droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁰. Les principales questions étudiées au titre du droit privé ont trait à la nature juridique des gamètes et des embryons, à la filiation des enfants nés de la procréatique, à la responsabilité des donneurs de gamètes, à celle des banques de gamètes et d'embryons et à celle des médecins, à la nature du contrat de maternité de substitution, et à l'application des principes de droit en matière de commercialisation du corps, de ses produits et de ses substances. D'autre part, nous examinerons l'incidence de la Charte sur la réglementation par l'État du recours à la procréatique. Dans cette perspective, nous nous interrogerons sur l'existence et les limites d'un éventuel droit constitutionnel à la procréation, et sur l'incidence des droits à l'égalité sur la réglementation de l'accès à la procréatique. Nous conclurons par de brèves remarques sur l'application de l'article premier de la Charte dans ce contexte.

Dans le but de déterminer la nécessité et l'étendue d'une intervention étatique éventuelle dans le domaine de la procréation médicalement assistée, nous verrons au chapitre trois les mécanismes de réglementation existants, leur portée, ainsi que le rôle de l'État en la matière.

10. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., ch. 11)].

À la lumière des analyses contenues dans les chapitres qui le précèdent, le chapitre quatre énonce une série de propositions de réforme destinées à mieux définir les intérêts en cause, à préciser les droits et les obligations des personnes touchées par le recours à la procréation et à réaliser l'équilibre nécessaire entre les diverses valeurs en présence telles que le respect de la dignité humaine et le respect des droits et des libertés individuels des intéressés. Nos propositions débouchent sur l'instauration d'un mécanisme de mise en œuvre de nos recommandations.

Le lecteur trouvera à l'annexe A une description des différentes mesures recommandées ou adoptées dans ce domaine à l'étranger — notamment en Australie, au Danemark, en Espagne, au Conseil de l'Europe, aux États-Unis, en France, en Norvège, au Royaume-Uni, en Suède et en Allemagne —, dans les provinces canadiennes de common law et au Québec. À l'annexe B, enfin, nous proposons une ébauche de la structure que pourrait prendre un texte de loi réglementant les principaux aspects de la procréation médicalement assistée.

Nous reconnaissons que bon nombre de questions soulevées dans cette étude relèvent de la compétence des provinces. Mais comme elles mettent en cause la santé publique, la protection de certaines valeurs fondamentales de notre société, la protection de la vie humaine et de l'intégrité physique, le commerce international et interprovincial, certains droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* et un besoin criant d'uniformisation, nous croyons que le fédéral peut et doit jouer un rôle catalyseur important dans la recherche et l'élaboration d'une politique canadienne.

CHAPITRE PREMIER

Données d'ordre médical

De nos jours, environ 15 pour 100 des couples demandent une aide médicale pour résoudre des problèmes de fertilité¹¹. Il n'est pas certain que cela reflète une augmentation des cas d'infertilité au cours des ans. Ce qui est certain, en revanche, c'est que l'adoption d'enfants en bas âge devient de plus en plus difficile et ne peut plus être considérée comme la solution à l'infécondité qu'elle représentait autrefois¹². Plus l'adoption est devenue difficile, plus le recours à la procréatique et aux traitements médicaux contre l'infertilité s'est répandu. Dans ce premier chapitre, nous expliquerons brièvement en quoi consiste l'infertilité et quelles sont les techniques de procréation les plus fréquemment utilisées pour y remédier, notamment la fécondation in vitro (FIV), l'implantation tubaire de gamètes (GIFT¹³) et l'insémination artificielle.

Il est clair que certaines techniques ont une plus grande valeur thérapeutique que d'autres. L'aptitude des couples infertiles à choisir la technique qui leur convient le mieux pouvant être compromise par des rapports contradictoires sur les succès obtenus avec les différentes techniques, nous analyserons en détail ces taux de succès. Nous expliquerons aussi le processus du don de gamètes (spermatozoïdes et ovules), de même que l'importance de prévenir, par une sélection adéquate des donneurs, la transmission de maladies infectieuses et génétiques graves.

I. Le mécanisme de la conception

Au cours de sa vie active, l'homme produit continuellement des spermatozoïdes. L'éjaculat contient souvent plus de 100 millions de spermatozoïdes par millilitre, ce qui contraste vivement avec les 400 ou 500 ovules produits par la femme entre la puberté et la ménopause, normalement un à la fois, une fois par mois.

-
11. SOCIÉTÉ CANADIENNE DE FERTILITÉ ET D'ANDROLOGIE, *Insémination thérapeutique avec sperme de donneur*, Montréal, la Société, 1988, p. 9.
 12. CRDO, *op. cit.*, note 2, p. 16. On y discute de la réduction du nombre de nouveau-nés disponibles pour adoption en Ontario. Par exemple, en 1982, 73 jeunes enfants ont été donnés en adoption, comparativement à 961 en 1969.
 13. Certaines techniques de procréation assistée sont à l'heure actuelle couramment désignées au moyen de sigles ou d'acronymes anglais, même en français ; voir notamment Jan TESARIK et Jacques TESTART, « La fécondation » (1989), 20 *La Recherche* 1008, 1010 et passim. Nous avons cru utile, afin d'aider le lecteur à s'y retrouver, de reproduire ces sigles et acronymes anglais lorsqu'ils sont d'usage courant.

Chez la femme ayant atteint la maturité génitale, plusieurs ovocytes (gamètes femelles non arrivés à maturité) commencent à se développer chaque mois dans les ovaires. Normalement, un seul parvient à maturité. Une structure appelée follicule abrite et nourrit l'ovocyte jusqu'à ce qu'il arrive à maturité sous l'influence cyclique des hormones libérées par l'hypophyse. Lors de l'ovulation, le follicule libère l'ovule entouré de ses enveloppes. Le follicule reste actif après l'ovulation et sécrète les hormones (la progestérone et l'œstrogène) nécessaires pour préparer la muqueuse utérine (l'endomètre) à l'implantation.

La conception dépend d'une série d'événements qui doivent être bien synchronisés. D'abord, les spermatozoïdes doivent être déposés en nombre suffisant dans le vagin ; ils doivent en outre être dotés d'une motilité adéquate pour traverser le vagin, l'utérus et les trompes de Fallope non obstruées, et aller ainsi à la rencontre de l'ovule libéré par l'ovaire¹⁴.

L'ovule est susceptible de fécondation pendant environ vingt-quatre heures, après quoi il meurt. La longévité approximative du spermatozoïde est de quarante-huit heures (la fécondation peut cependant avoir lieu jusqu'à trois jours ou plus après l'insémination)¹⁵. Par conséquent, la conception n'est possible que pendant quelques jours chaque mois au cours du cycle menstruel.

La fécondation commence par le contact du spermatozoïde et de l'ovule, et se termine par l'union des chromosomes maternels et paternels (les pronuclei mâle et femelle). Elle a lieu dans le tiers distal de la trompe de Fallope. La cellule produite par l'union des pronuclei mâle et femelle est appelée zygote ; son bagage génétique est déjà différent de ceux de la mère et du père dont elle est issue.

La première division cellulaire se produit environ trente heures après la fécondation et se poursuit tandis que le zygote continue sa migration dans la trompe. Environ trois jours après la fécondation, l'embryon entre dans l'utérus ; il est alors constitué de seize cellules. L'implantation dans la paroi utérine — ou nidation — a lieu entre le sixième et le dixième jour après la fécondation. L'embryon est maintenant une boule de cellules creuse connue sous le nom de « blastocyste¹⁶ ».

Relativement peu d'embryons franchissent cette étape. L'on évalue en effet à plus de 60 pour 100 le taux des embryons perdus avant la douzième semaine de grossesse, et 90 pour 100 de ces pertes se produisent, à l'insu de la mère, avant l'interruption du cycle menstruel¹⁷. Le taux d'avortement clinique spontané dans la population en général

14. Pour un examen complet de cette question, voir Keith L. MOORE, *Before We Are Born: Basic Embryology and Birth Defects*, 3^e éd., Philadelphie, W.B. Saunders, 1989, ch. II et III.

15. La migration à travers l'utérus et les trompes de Fallope déclenche un processus appelé capacitation, qui constitue l'étape finale de la maturation du spermatozoïde. La capacitation est essentielle au succès de la fécondation.

16. Keith L. MOORE, *The Developing Human: Clinically Oriented Embryology*, 4^e éd., Philadelphie, W.B. Saunders, 1988, pp. 27-35.

17. D. Keith EDMONDS, Kevin S. LINDSAY, John F. MILLER et autres, « Early Embryonic Mortality in Women » (1982), 38:4 *Fertil. Steril.* 447.

est d'environ 15 pour 100¹⁸. Environ 50 à 60 pour 100 de ces fausses-couches sont dues à des anomalies chromosomiques, résultat de gamètes imparfaits ou d'une fécondation anormale. Ainsi, l'avortement spontané constitue dans une large mesure une forme de protection naturelle contre la poursuite d'une grossesse anormale¹⁹.

Par conséquent, dans un groupe donné de 100 femmes qui ovulent et conçoivent effectivement un enfant, seulement 25 auront conscience de leur grossesse ; parmi celles-ci, à peu près 4 avorteront et 21 mettront au monde un bébé vivant. Voilà pourquoi les humains sont considérés comme des procréateurs inefficaces. Et comme nous le verrons, ce manque d'aptitude est l'un des problèmes les plus insolubles de la procréation médicalement assistée.

II. L'infertilité

L'infertilité consiste dans la réduction involontaire importante de la capacité de procréer. En Amérique du Nord, elle est généralement définie comme l'impossibilité de concevoir après un an de relations sexuelles sans contraception²⁰. La norme appliquée par l'Organisation mondiale de la santé est de deux ans²¹.

Quoique les études canadiennes sur la fréquence de l'infertilité soient rares, on reconnaît — nous l'avons vu — que 15 pour 100 des couples consultent un médecin pour ce motif²². Aux États-Unis, la fréquence de l'infertilité a peu évolué : de 13,3 pour 100 en 1965, elle est passée à environ 13,9 pour 100 en 1982, compte non tenu de la stérilisation chirurgicale volontaire²³.

Voici quelques-uns des facteurs qui influent sur la fréquence de l'infertilité²⁴ : (1) la tendance aux grossesses tardives²⁵ ; (2) les facteurs extérieurs comme l'infection résultant des maladies transmises sexuellement et les facteurs liés au milieu de travail ; (3) les

18. *Ibid.* Cette proportion varie selon l'âge. Pour une explication de ce qu'est l'avortement spontané, voir *infra*, p. 17.

19. K.L. MOORE, *op. cit.*, note 14, p. 34.

20. Mary G. HAMMOND, « Evaluation of the Infertile Couple » (1987), 14:4 *Obstet. Gynecol. Clin. N. Am.* 821.

21. M.A. BELSEY et Helen WARE, « Epidemiological, Social and Psychosocial Aspects of Infertility », dans Vaclav INSLER et Bruno LUNENFELD (dir.), *Infertility: Male and Female*, Édinburgh, Churchill Livingstone, 1986, p. 631, à la page 632.

22. SOCIÉTÉ CANADIENNE DE FERTILITÉ ET D'ANDROLOGIE, *op. cit.*, note 11, p. 9.

23. CONGRESS OF THE UNITED STATES, OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT (ci-après OTA), *Infertility: Medical and Social Choices*, Washington (D.C.), OTA, 1988, pp. 51-52.

24. Pour un examen de la question de la prévention de l'infertilité, voir Masood A. KHATAMEE, « Infertility: A Preventable Epidemic? » (1988), 33:4 *Int. J. Fertil.* 246. De plus, pour un examen des facteurs qui influencent l'infertilité, voir *Infertility: Medical and Social Choices*, *op. cit.*, note 23, pp. 61-82.

25. Pour des statistiques sur la tendance des Canadiennes à retarder l'âge de la grossesse, voir A. ROMANIUC, *La fécondité au Canada : Croissance et déclin*, Ottawa, Statistique Canada, 1984, pp. 29-35. En outre, il a été établi que la fréquence de l'infertilité est environ 10 pour 100 plus élevée chez les femmes de plus de 35 ans : *Infertility: Medical and Social Choices*, *op. cit.*, note 23, p. 52.

traitements médicaux comme ceux qui sont utilisés dans les cas d'hypertension artérielle, d'ulcères gastriques et de cancer, de même que les drogues non thérapeutiques comme les stupéfiants, l'alcool et le tabac²⁶.

A. L'évaluation du couple infertile

Le couple infertile qui s'adresse à un médecin est soumis à une série d'examens pour établir la nature et la gravité du problème. Le médecin procède d'abord à un interrogatoire sur les antécédents médicaux des partenaires et, si besoin est, conseillera le couple sur les conditions propices aux rapports sexuels efficaces²⁷.

La femme devra d'abord se soumettre à des examens visant à déceler toute dysfonction hormonale. On pratiquera ensuite une biopsie de la muqueuse utérine et une hystéro-salpingographie, c'est-à-dire une radiographie qui révélera l'obstruction éventuelle des trompes de Fallope. La laparoscopie, soit l'introduction d'un endoscope à l'intérieur de l'abdomen, permet d'examiner les surfaces externes de l'utérus, des trompes et des structures avoisinantes, afin de déceler toute anomalie. Ces examens sont souvent douloureux et comportent de légers risques d'infection ; ils peuvent même provoquer la perforation de l'utérus, encore que le cas soit rare. Des précautions médicales, telle l'administration d'antibiotiques, contribuent à réduire ces risques²⁸.

Chez l'homme, un spermogramme est nécessaire pour évaluer la concentration et la qualité du sperme. Si le sperme est anormal, on peut procéder à des analyses sanguines pour déceler toute anomalie hormonale²⁹. Une analyse post-coïtale peut également servir à révéler toute incompatibilité entre le sperme et les facteurs de reproduction de la femme. Cet examen exige que le couple ait des rapports sexuels au moment de l'ovulation ; l'analyse post-coïtale de la glaire cervicale doit être effectuée dans les quelques heures qui suivent³⁰.

B. Les causes et les traitements de l'infertilité

L'infertilité peut être attribuable à l'un des partenaires, aux deux ou à une incompatibilité biochimique ou immunologique entre eux. Dans la plupart des cas, l'infertilité

26. R.J. SOBEL, Y. LIEL et S.M. GLICK, « Medical Conditions Leading to Infertility », dans V. INSLER et B. LUNENFELD (dir.), *op. cit.*, note 21, p. 673, aux pages 677-681.

27. M.G. HAMMOND, *loc. cit.*, note 20, 821-827.

28. Pour une étude plus approfondie de ce sujet, voir Leon SPEROFF, Robert H. GLASS et Nathan G. KASE, *Clinical Gynecologic Endocrinology and Infertility*, 4^e éd., Baltimore, Williams & Wilkins, 1989, ch. XVII.

29. Des études répétées chez des hommes fertiles ont démontré une grande variabilité du décompte spermatique avec le temps, soulignant le fait qu'il est souvent nécessaire d'effectuer au moins deux ou trois décomptes pour obtenir un nombre exact. Voir Richard F. SPARK, *The Infertile Male: The Clinician's Guide to Diagnosis and Treatment*, New York, Plenum, 1988, p. 130. Voir aussi David W. KELLER, Ronald C. STRICKLER et James C. WARREN, *Clinical Infertility*, Norwalk (Conn.), Appleton-Century-Crofts, 1984, p. 100.

30. M.G. HAMMOND, *loc. cit.*, note 20, 826.

féminine est causée par l'un des facteurs suivants : une dysfonction ovulatoire, habituellement en raison d'une anomalie hormonale, une obstruction tubaire³¹ résultant d'une infection ou de tout autre processus morbide, l'endométriose³², d'autres causes, y compris les anomalies du vagin ou du col utérin et l'incompatibilité glaireuse avec le sperme³³.

Le traitement de l'infertilité féminine comprend : le traitement hormonal ou médicamenteux, la chirurgie, les techniques de procréation médicalement assistée comme la fécondation in vitro ou l'implantation tubaire de gamètes.

L'infertilité pour cause de dysfonction ovulatoire est traitée au moyen de stimulants ovulatoires, qui sont très efficaces si la dysfonction est la seule cause de l'infertilité³⁴. D'autres médicaments servent à traiter l'endométriose, les infections et les incompatibilités immunitaires. En cas d'obstruction des trompes de Fallope, la chirurgie peut être indiquée³⁵. Lorsque les autres traitements contre l'infertilité ont échoué, il est possible de recourir à la procréatique, qui constitue cependant une solution de dernier recours.

Les causes habituelles de l'infertilité masculine sont les suivantes : concentration faible ou nulle des spermatozoïdes dans le liquide spermatique, motilité anormale des spermatozoïdes, anomalies de structure. Toutes empêchent la fécondation normale de l'ovule. La cause précise de l'infertilité masculine est souvent impossible à déceler, mais la varicocèle (ou varices des testicules) ou l'infection peuvent en être responsables³⁶. La

-
31. Peter McCOMB, Victor GOMEL et Timothy ROWE, « Investigation of Tuboperitoneal Causes of Female Infertility », dans V. INSLER et B. LUNENFELD (dir.), *op. cit.*, note 21, p. 213.
 32. Dans le cas de l'endométriose, le tissu qui tapisse l'utérus, appelé endomètre, se développe anormalement à l'extérieur de l'utérus. Environ 10 pour 100 des femmes en préménopause souffrent d'endométriose et à peu près 30 pour 100 des femmes atteintes sont infertiles. Le mécanisme exact de cette forme d'infertilité est inconnu. Voir Ken MUSE, « Clinical Manifestations and Classification of Endometriosis » (1988), 31:4 *Clin. Obstet. Gynecol.* 813.
 33. K.S. MOGHISSI, « Diagnosis and Classification of Disturbed Sperm-Cervical Mucus Interaction », dans V. INSLER et B. LUNENFELD (dir.), *op. cit.*, note 21, p. 299.
 34. Janet L. KENNEDY et Eli Y. ADASHI, « Ovulation Induction » (1987), 14:4 *Obstet. Gynecol. Clin. N. Am.* 821, 838-844. Voir *infra*, pp. 14-15 et note 56, pour un examen des risques communément courus. Les risques de grossesse multiple se situent entre 6 et 12 pour 100 avec l'usage de clomifène et entre 4 et 18 pour 100 si l'on utilise des gonadotrophines humaines de femmes ménopausées (Pergonal®). La probabilité de provoquer un « syndrome d'hyperstimulation » est plus élevée avec le Pergonal® qu'avec le clomifène. La gravité de ce syndrome varie : les femmes légèrement atteintes (15 pour 100) souffrent d'hypertrophie des ovaires alors que celles gravement atteintes (1 pour 100) souffrent de problèmes du métabolisme hydrique, qui peuvent être graves au point de provoquer un état de choc. Les ovaires peuvent s'hypertrophier jusqu'à la rupture, rendant nécessaire leur ablation ; l'on a même rapporté, quoique très rarement, des cas de décès. L'utilisation de certains stimulants ovulatoires exige donc une surveillance médicale serrée. Voir aussi Richard BORENSTEIN et autres, « Severe Ovarian Hyperstimulation Syndrome: A Reevaluated Therapeutic Approach » (1989), 51:5 *Fertil. Steril.* 791.
 35. Pour une description des indications et des taux de succès et une analyse des coûts, consulter : Ricardo MARANA et John QUAGLIARELLO, « Distal Tubal Occlusion: Microsurgery versus In Vitro Fertilization — A Review » (1988), 33:2 *Int. J. Fertil.* 107. Voir aussi, par les mêmes auteurs, « Proximal Tubal Occlusion: Microsurgery versus IVF — A Review » (1988), 33:5 *Int. J. Fertil.* 338, 338-340.
 36. R.F. SPARK, *op. cit.*, note 29, pp. 129-133.

production déficiente de spermatozoïdes ou l'obstruction des conduits séminaux peuvent entraîner l'absence de spermatozoïdes (azoospermie). Quoique la présence d'un nombre très réduit de spermatozoïdes (oligospermie) diminue la fertilité, le nombre de spermatozoïdes nécessaire aux fonctions normales de reproduction demeure controversé³⁷.

Lorsque le décompte spermatique est inférieur à cinq millions, la fertilité est considérablement réduite³⁸. Par conséquent, le couple qui n'est pas prêt à attendre le nombre d'années souvent nécessaire pour concevoir un enfant « naturellement » peut avoir recours aux traitements contre l'hypofertilité masculine. Ceux-ci comprennent l'hormonothérapie et des techniques de laboratoire comme celle du « spermatozoïde surnageant³⁹ », qui visent à augmenter la concentration de spermatozoïdes normaux pour la fécondation. Le succès de ces techniques dans le cadre de l'insémination artificielle est cependant inférieur à 20 pour 100⁴⁰.

L'on pourrait en théorie s'attendre à ce que la fécondation in vitro soit utile dans les cas d'hypofertilité masculine. Une fois l'ovule placé en contact direct avec le sperme du partenaire, les spermatozoïdes normaux, même s'ils sont relativement peu nombreux, devraient être capables de le féconder. Le couple aurait alors un enfant lié génétiquement aux deux parents. Il semble cependant que la capacité du spermatozoïde de féconder l'ovule soit deux fois moins élevée que dans les cas de fécondation in vitro non reliés à des facteurs masculins⁴¹. Pourtant, certains rapports montrent que la fécondation in vitro est aussi efficace dans des cas d'infertilité causée par des facteurs reliés à l'homme que par d'autres facteurs⁴². Quoi qu'il en soit, l'insémination artificielle avec sperme de donneur constitue le remède le plus intéressant à la fois pour l'homme infertile et pour l'homme stérile, puisqu'elle est moins coûteuse, moins agressive et, selon les statistiques, beaucoup plus efficace que la fécondation in vitro⁴³.

37. *Ibid.* Bien qu'un décompte spermatique inférieur à dix millions soit considéré comme trop faible, certaines grossesses se sont produites chez les partenaires d'hommes dont le décompte spermatique était inférieur à cinq millions (*id.*, p. 129).

38. Erik BOSTOFTE, Jørgen SERUP et Heinrich REBBE, « Hammen Semen Quality Classification and Pregnancies Obtained during a Twenty-Year Follow-up Period » (1981), 36:1 *Fertil. Steril.* 84.

39. La technique du « spermatozoïde surnageant » a pour but d'obtenir la concentration la plus élevée possible de spermatozoïdes mobiles en recueillant les spermatozoïdes placés dans un récipient et ayant nagé jusqu'à la surface d'un milieu spécial. Nancy J. ALEXANDER et Steven ACKERMAN, « Therapeutic Insemination » (1987), 14:4 *Obstet. Gynecol. Clin. N. Am.* 905, 909.

40. N.J. ALEXANDER et S. ACKERMAN, *loc. cit.*, note 39, 911. Une analyse de la littérature faisant état de 812 cas d'infertilité masculine traités par l'insémination artificielle à partir du sperme du mari a donné comme résultat un taux de grossesse de 18 pour 100.

41. N.J. ALEXANDER et S. ACKERMAN, *loc. cit.*, note 39, 913. Voir aussi A. ACOSTA et autres, « The Role of In Vitro Fertilization in Male Infertility » (1988), 541 *Ann. N.Y. Acad. Sci.* 297, 301, et Irvin HIRSCH et autres, « In Vitro Fertilization in Couples with Male Factor Infertility » (1986), 45:5 *Fertil. Steril.* 659, 662.

42. Dans des groupes sélectionnés de cas d'infertilité masculine, la fécondation in vitro a connu un succès comparable à celui obtenu dans d'autres cas d'infertilité ; voir I. HIRSCH et autres, *loc. cit.*, note 41, 663.

43. N.J. ALEXANDER et S. ACKERMAN, *loc. cit.*, note 39, 918 et suiv.

III. Les indications génétiques de la procréatique

Les individus qui ne sont pas infertiles mais risquent de transmettre des maladies ou des anomalies génétiques graves⁴⁴ peuvent, de ce fait, être considérés comme candidats à la procréatique. La personne à risque peut avoir besoin du don de l'un ou des deux gamètes si la maladie dont elle porte le gène ne peut être décelée avant la naissance ou si le couple est opposé à l'avortement thérapeutique pour le cas où le fœtus serait atteint. Les maladies génétiques pouvant être transmises à l'enfant sont de trois types : les maladies à caractère autosomique récessif, comme la maladie de Tay-Sachs ou la thalassémie⁴⁵ ; les maladies liées au chromosome X, comme la myopathie de Duchenne ou l'hémophilie⁴⁶ ; les maladies à caractère autosomique dominant, comme la chorée de Huntington⁴⁷. La présence d'anomalies chromosomiques (de structure ou de nombre) peut aussi présenter un risque important pour l'enfant.

IV. Les techniques de procréation médicalement assistée

A. La fécondation in vitro (FIV)

Les premières tentatives de fécondation in vitro ont eu lieu en 1878 sur des lapins et des cobayes. Cent ans plus tard naissait le premier « bébé-éprouvette⁴⁸ ». Depuis ce temps, plus de trois mille enfants ont vu le jour dans le monde grâce à la fécondation in vitro⁴⁹. Cette technique est utilisée le plus fréquemment dans les cas d'obstruction des trompes de Fallope, mais elle sert aussi dans certains cas d'endométriose, d'infertilité masculine ou d'infécondité inexplicée⁵⁰.

44. Prises individuellement, les maladies génétiques sont en général assez rares ; collectivement, par contre, elles constituent plus de 30 pour 100 de toutes les admissions dans les hôpitaux pédiatriques. Judith G. HALL, « Impact of Genetic Disease on Pediatric Health Care », dans M.M. KARACK et L.J. SHAPIRO (dir.), *Frontiers in Genetic Medicine: Report on the 92nd Ross Conference in Pediatric Research*, Columbia (Ohio), Ross Laboratory 1981, p. 1, à la page 1.

45. Dans le cas d'une maladie à caractère autosomique récessif, l'enfant n'est exposé à la maladie que lorsque les deux parents sont porteurs du gène. Il n'en sera atteint que lorsque chacun d'eux lui transmet le gène récessif en question. Le risque que l'enfant soit atteint est de 25 pour 100 pour chaque grossesse.

46. Ces maladies sont aussi appelées maladies liées au sexe. Le gène de la maladie est situé sur le chromosome X ; il est transmis dans la plupart des cas par une mère non atteinte (qui a deux chromosomes X) à son fils (qui a un chromosome X et un chromosome Y). Pour chaque fils, les risques d'hériter de la maladie sont de 50 pour 100, et pour chaque fille, les risques d'hériter du gène de la maladie et d'en devenir porteuse, généralement sans être elle-même atteinte sont aussi de 50 pour 100.

47. Si l'un des parents est porteur du gène de la maladie, les risques de contracter la maladie sont de 50 pour 100 pour chaque enfant.

48. S. FISHEL, « IVF — Historical Perspective », dans S. FISHEL et E.M. SYMONDS (dir.), *In Vitro Fertilisation: Past, Present, Future*, Oxford, IRL Press, 1986, p. 1, aux pages 1-16.

49. Mabelle M. SEIBEL, « A New Era in Reproductive Technology » (1988), 318:13 *New Engl. J. Med.* 828.

50. *Id.*, 828, 829.

La fécondation *in vitro* implique par définition la fécondation d'un ovule à l'extérieur du corps de la future mère, c'est-à-dire en laboratoire. La technique consiste à retirer de l'ovaire les oeufs arrivés à maturité, à les faire féconder dans un contenant et à implanter les embryons dans l'utérus dès le début de leur développement.

Le processus comporte cinq étapes : (1) l'administration de médicaments pour stimuler l'ovulation ; (2) la ponction d'un ou de plusieurs ovocytes arrivés à maturité ; (3) la fécondation d'un ou de plusieurs de ces ovules à l'extérieur du corps ; (4) l'incubation du ou des ovules fécondés jusqu'à ce qu'ils soient prêts à être implantés ; (5) l'implantation des embryons dans l'utérus dès le début de leur développement⁵¹. Le succès de chaque étape dépend de la précédente. En cas d'échec, quelle que soit l'étape à laquelle il survient, il n'y a pas de grossesse.

1. La stimulation ovarienne

La probabilité d'une grossesse et, éventuellement, d'une naissance vivante augmente lorsque trois ou quatre embryons sont implantés simultanément dans l'utérus. Par conséquent, dans presque tous les programmes de fécondation *in vitro* qui ont cours dans le monde, on utilise des médicaments qui, pris seuls ou en combinaison avec d'autres, entraînent la production et la maturation de plus d'un ovocyte par cycle⁵².

La stimulation ovarienne réussit dans environ 80 pour 100 des cas (on appelle « cycle annulé » la stimulation infructueuse)⁵³. Pendant le traitement, la patiente est hospitalisée ou vue en clinique externe, de façon que l'on puisse mesurer fréquemment le taux hormonal par des prélèvements sanguins et surveiller au moyen de l'échographie le développement des follicules⁵⁴.

Les effets secondaires habituels des médicaments inducteurs de l'ovulation comprennent : les bouffées de chaleur (10 pour 100), la distension abdominale avec douleur (5,5 pour 100), les malaises mammaires (2 pour 100), les troubles visuels (1,5 pour 100), les céphalées (1,3 pour 100) et la perte des cheveux (0,3 pour 100)⁵⁵. Le « syndrome

51. THE REPRODUCTIVE ENDOCRINOLOGY AND FERTILITY COMMITTEE, SOCIÉTÉ DES OBSTÉTRICIENS ET GYNÉCOLOGUES DU CANADA, « In Vitro Fertilization and Embryo Transfer in Canada » (1987), 9:3 *SOGC Bulletin* 15, 16-17 (ci-après *IVF-ET Canada*).

52. Les médicaments les plus utilisés sont le citrate de clomifène (Clomid®), les gonadotrophines humaines de femmes ménopausées (Pergonal®) et les gonadotrophines chorioniques humaines. *IVF-ET Canada, loc. cit.*, note 51, 16. Gary D. HODGEN, « Physiology of Follicular Maturation », dans Howard W. JONES, Jr., *In Vitro Fertilization — Norfolk*, Baltimore, Williams & Wilkins, 1986, p. 8, à la page 9. Voir aussi I.T. CAMERON et D.L. HEALY, « Patient Management », dans Carl WOOD et Alan TROUNSON (dir.), *Clinical In Vitro Fertilization*, 2^e éd., Londres, Springer-Verlag, 1989, p. 11, à la page 15. Au sujet des risques inhérents à l'usage de ces médicaments, voir *supra*, note 34.

53. I.T. CAMERON et D.L. HEALY, *loc. cit.*, note 52, 15.

54. G.T. KOVACS, « Selection and Preparation of Patients for In Vitro Fertilization », dans C. WOOD et A. TROUNSON (dir.), *op. cit.*, note 52, p. 1, à la page 2.

55. J.L. KENNEDY et E.Y. ADASHI, *loc. cit.*, note 34, 838. Voir aussi L. SPEROFF, R.H. GLASS et N.G. KASE, *op. cit.*, note 28, p. 591.

d'hyperstimulation » survient rarement lors d'essais de fécondation in vitro. On peut réduire au minimum la fréquence de ce syndrome grâce à des précautions médicales, entre autres l'évacuation de tous les follicules, l'examen fréquent des ovaires par échographie et le contrôle des niveaux hormonaux dans le sang⁵⁶.

2. Le prélèvement d'ovocytes

Le prélèvement des ovocytes (arrivés à maturité) se fait par laparoscopie ou échographie. Dans le premier cas, la paroi abdominale est perforée et l'abdomen rempli d'un mélange gazeux, ce qui crée un espace entre cette paroi et les organes intraabdominaux. On insère alors dans l'espace un ou plusieurs tubes, dont un endoscope, pour que le chirurgien puisse observer et manipuler les ovaires sans avoir à pratiquer une trop large incision. Les ovocytes mûrs sont alors extraits des follicules. Le principal inconvénient de la laparoscopie est qu'elle exige une anesthésie générale, en plus de l'administration de plusieurs médicaments pendant et après l'intervention afin de maintenir l'effet de l'anesthésique et soulager la douleur. Les effets de ces médicaments sur la grossesse ont causé quelque inquiétude, puisque l'on sait qu'ils peuvent pénétrer le liquide folliculaire. Quoiqu'il en soit, les études effectuées jusqu'à maintenant ne démontrent aucun effet manifeste sur le résultat de la grossesse⁵⁷.

Le prélèvement par échographie est plus avantageux que le précédent parce qu'il est moins douloureux et qu'il ne nécessite pas d'anesthésie générale⁵⁸. L'échographie consiste dans l'irradiation, de l'extérieur du corps, d'ondes sonores de haute énergie qui permettent de reproduire l'image des organes et des structures internes⁵⁹. Au moyen de l'image ultrasonique de l'ovaire, le chirurgien guide une aiguille dans les follicules, soit par le vagin, soit par l'urètre ou soit par la paroi abdominale⁶⁰. Les ovocytes arrivés à maturité sont alors aspirés à l'extérieur de l'ovaire.

Les méthodes de laparoscopie et d'échographie sont comparables du point de vue du nombre et de la qualité des oeufs recueillis. L'on prélève en moyenne quatre ovocytes par cycle, mais l'ovaire peut en produire jusqu'à vingt⁶¹.

56. Daniel NAVOT et autres, « Risk Factors and Prognostic Variables in the Ovarian Hyperstimulation Syndrome » (1988), 159:1 *Am. J. Obstet. Gynecol.* 210, 214. Voir aussi I.T. CAMERON et D.L. HEALY, *loc. cit.*, note 52, 15. Pour une description du syndrome, voir la note 34, *supra*.

57. J. WEBSTER, « Laparoscopic Oocyte Recovery », dans S. FISHEL et E.M. SYMONDS (dir.), *op. cit.*, note 48, p. 69. Voir aussi J. LEETON, « Oocyte Pick-up », dans C. WOOD et A. TROUNSON (dir.), *op. cit.*, note 52, p. 23, à la page 24.

58. J. LEETON, *loc. cit.*, note 57, 24.

59. Lucy Frank SQUIRE et Robert A. NOVELLINE, *Fundamentals of Radiology*, 4^e éd., Cambridge, Harvard University, 1988, p. 27.

60. Les techniques qui consistent à traverser la vessie pleine pour arriver à l'ovaire sont les plus douloureuses et l'anesthésie locale n'apporte alors qu'un léger soulagement. J. LEETON, *loc. cit.*, note 57, 25.

61. P. DELLENBACH et autres, « The Transvaginal Method for Oocyte Retrieval » (1988), 541 *Ann. N.Y. Acad. Sci.* 111.

Les risques inhérents à l'anesthésie générale font partie, lorsqu'elle est utilisée, des risques médicaux entourant la ponction d'ovocytes. Par ailleurs, il existe aussi des risques de saignement vaginal, de douleur, d'infection pelvienne⁶² et de perforation accidentelle de vaisseaux sanguins. On a rapporté au moins un cas de décès résultant d'une hémorragie non décelée à la suite d'un prélèvement d'ovocytes⁶³.

3. L'évaluation des ovocytes, la fécondation et le transfert de l'embryon

La qualité et la maturité des ovocytes prélevés sont évaluées au microscope, afin d'augmenter les chances d'une fécondation normale. L'échantillon de sperme aura déjà été soumis à une évaluation et à une préparation semblables. Le sperme est ensuite placé dans la boîte ou l'éprouvette qui contient les ovocytes⁶⁴.

Si la fécondation réussit, les embryons sont placés en incubateur. Cela provoque, dans un délai d'environ quarante-quatre heures, la division cellulaire jusqu'au stade de quatre cellules. Les embryons sont ensuite implantés dans l'utérus entre les stades de quatre et de huit cellules, après quoi la femme reçoit son congé de l'hôpital et est habituellement encouragée à reprendre un rythme de vie normal⁶⁵.

4. Les taux de succès

Les critères pouvant varier d'une clinique à l'autre, il est difficile d'évaluer le succès de la fécondation in vitro. Parmi ces critères, on retrouve le nombre de grossesses « chimiques », « cliniques » ou « viables », qui peut être calculé sur la base du nombre de « cycles de traitement », de « prélèvements d'ovocytes », de « transferts d'embryon » ou de « femmes traitées ». Les nombreuses combinaisons des critères de « succès » sont sources de confusion. Pour clarifier la situation, il est indispensable de comprendre la définition de chacun des « numérateurs » et « dénominateurs » possibles⁶⁶.

5. La détermination du numérateur

On entend par grossesse « chimique » une grossesse susceptible d'être détectée par des méthodes biochimiques (épreuve à la gonadotrophine chorionique), mais qui ne dure

62. Selon les rapports existants, l'infection pelvienne, qui peut être grave, survient dans environ 3 pour 100 des cas ; ce pourcentage peut être réduit par l'administration d'antibiotiques ; voir Robert S. HOWE et autres, « Pelvic Infection after Transvaginal Ultrasound-Guided Ovum Retrieval » (1988), 49:4 *Fertil. Steril.* 726, 728.

63. M.M. SEIBEL, *loc. cit.*, note 49, 829-830.

64. La concentration des spermatozoïdes utilisée est beaucoup plus grande que celle que rencontre normalement l'ovule dans les trompes ; A. TROUNSON, « Fertilization and Embryo Culture », dans C. WOOD et A. TROUNSON (dir.), *op. cit.*, note 52, p. 33, aux pages 33-47.

65. M.M. SEIBEL, *loc. cit.*, note 49, 830-831. Voir aussi *IVF-ET Canada, loc. cit.*, note 51, 17.

66. Hilary PAGE, « Calculating the Effectiveness of In-Vitro Fertilization: A Review » (1989), 96:3 *Br. J. Obstet. Gynaecol.* 334 ; A. Albert YUZPE et autres, « Rates and Outcome of Pregnancies Achieved in the First 4 Years of an In-Vitro Fertilization Program » (1989), 140:2 *Journal de l'Association médicale canadienne* 167, 168.

pas assez longtemps pour retarder de plus de quatorze jours les menstruations (on parle alors d'avortement préclinique). La grossesse ne peut être décelée par des méthodes cliniques, aucun tissu identifiable n'est éliminé et aucune intervention médicale n'est requise⁶⁷.

La « grossesse clinique » est celle qui se poursuit au-delà du vingt-huitième jour après le prélèvement de l'ovule ; elle peut être décelée à la fois par des méthodes biochimiques et par l'échographie⁶⁸. Cela suppose que l'embryon s'est implanté et que la grossesse peut maintenant être assimilée à une grossesse naturelle. La grossesse est considérée comme « clinique » jusqu'à ce que le fœtus ait franchi le cap de la viabilité. Si la grossesse clinique est interrompue, on parle d'avortement spontané ou de fausse-couche. Une intervention médicale peut être nécessaire.

Enfin, et quoique la définition de la viabilité puisse varier d'un pays à l'autre, on considère habituellement que la grossesse est « viable » à compter de la vingt-deuxième semaine qui suit les dernières menstruations⁶⁹. Le fœtus est alors jugé apte à survivre seul à l'extérieur du corps de sa mère.

Le nombre de naissances vivantes constitue probablement le critère de succès le plus important, et sans conteste le numérateur qui intéresse la plupart des couples traités. Signalons cependant que même ce nombre « essentiel » peut porter à confusion s'il n'est pas clairement tenu compte du taux de grossesse multiple. Par exemple, cent naissances vivantes ne signifient pas nécessairement que cent couples ont eu chacun un enfant ; on peut en effet compter parmi ces naissances un nombre important de naissances gémellaires de deux enfants ou plus. Par conséquent, certains auteurs considèrent que la proportion d'accouchements par rapport aux tentatives refléterait plus exactement le taux de succès, en permettant d'établir quelles sont les chances d'atteindre le but visé, c'est-à-dire avoir (au moins) un enfant.

6. La détermination du dénominateur

Pour pouvoir donner un consentement éclairé à l'application d'un traitement de fécondation in vitro, le couple doit être mis au courant des variations et des limites dans les méthodes de calcul⁷⁰. Par exemple, une clinique de fécondation in vitro peut affirmer avoir obtenu un taux de grossesse de 20 pour 100⁷¹. Or, comme nous l'avons expliqué

67. H. PAGE, *loc. cit.*, note 66, 334.

68. *Ibid.*

69. *Les crimes contre le fœtus, op. cit.*, note 7, p. 45, n. 92.

70. Fiona J. STANLEY, « In-Vitro Fertilization — A Gift for the Infertile or a Cycle of Despair? » (1988), 148 *Med. J. Australia* 425.

71. Voir Kate DUNN, « Today — Cloned Cows. Tomorrow — You? », *The [Montreal] Gazette* (8 juillet 1989), A-1, A-4.

plus haut, le couple devrait d'abord être informé du dénominateur utilisé. S'agit-il du cycle de traitement hormonal ? du prélèvement d'ovocytes ? du transfert d'embryon ? Ensuite, le couple devrait savoir qu'un taux de grossesse de 20 pour 100 par transfert d'embryon n'est pas nécessairement révélateur de toutes les réalités statistiques et psychologiques du processus.

Prenons l'hypothèse où 200 couples s'adresseraient à une clinique de fécondation in vitro qui revendique un taux de réussite de 20 pour 100 par transfert d'embryon. On pourrait en conclure que 40 patientes deviendront enceintes. En fait, il y en aura probablement beaucoup moins parce que plusieurs couples n'atteindront pas l'étape du transfert d'embryon. Environ 40 des 200 couples seront éliminés du programme à la première étape du processus, le cycle de traitement, parce que le taux d'échec des cycles de traitement hormonal dans la fécondation in vitro se situe habituellement à 20 pour 100⁷². Des 160 couples qui restent, 24 autres (15 pour 100) abandonneront probablement avant l'étape du transfert à cause des difficultés rencontrées aux étapes du prélèvement des ovocytes et de la fécondation⁷³.

Il ne reste donc qu'environ 136 couples qui atteindront l'étape du transfert d'embryon. Si l'on applique le taux de 20 pour 100 par transfert d'embryon avancé par la clinique, environ 27 des 200 femmes tomberont enceintes, et non 40 comme on aurait pu s'y attendre. En termes statistiques, cela signifie un taux de grossesse par cycle de traitement (si l'on prend ce dénominateur) de 13 pour 100 seulement. Force est de constater qu'un « taux de succès de 20 pour 100 », pris isolément, est très équivoque. Il faut connaître le numérateur et le dénominateur, qui doivent être les mêmes pour que l'on puisse comparer les cliniques entre elles. L'utilisation de méthodes uniformes pour rendre compte des taux de succès aiderait les couples à faire des choix vraiment éclairés.

7. Les résultats internationaux

Le tableau I (*infra*, p. 41) indique les plus récentes statistiques des registres nationaux de l'Australie⁷⁴ (13 centres), des États-Unis⁷⁵ (96 centres) et du Royaume-Uni⁷⁶

72. Voir, *supra*, note 53 et le texte qui l'accompagne.

73. Entre 10 et 20 pour 100 des patientes soumises à la ponction d'ovocytes n'atteignent pas l'étape du transfert d'embryon. H.W. JONES, Jr. et P.A.W. ROGERS, « Results from In Vitro Fertilization », dans C. WOOD et A. TROUNSON (dir.), *op. cit.*, note 52, p. 51, à la page 57.

74. AUSTRALIAN IN-VITRO FERTILIZATION COLLABORATIVE GROUP, « In-Vitro Fertilization Pregnancies in Australia and New Zealand, 1979-1985 » (1988), 148 *Med. J. Australia* 429 (ci-après *Australia IVF*). Voir aussi F.J. STANLEY, *loc. cit.*, note 70, 425.

75. MEDICAL RESEARCH INTERNATIONAL AND THE SOCIETY OF ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGY, THE AMERICAN FERTILITY SOCIETY, « In Vitro Fertilization/Embryo Transfer in the United States: 1987 Results from the National IVF/ET Registry » (1989), 51:1 *Fertil. Steril.* 13 (ci-après *U.S. IVF/ET 1989*).

76. *The Fifth Report of the Interim Licensing Authority for Human In Vitro Fertilisation and Embryology 1990*, Londres, ILA, 1990, pp. 35-37 (ci-après ILA).

(42 centres). En raison des différentes méthodes de calcul utilisées, il est difficile d'établir un critère commun de « succès ». Cependant, l'évaluation brute du taux d'accouchement (grossesses cliniques moins avortements spontanés et grossesses extra-utérines) par cycle de traitement hormonal n'est pas sans intérêt. Les données actuelles indiquent des taux de succès situés entre 6 et 9 pour 100. Cela constitue toutefois une surestimation du nombre de couples pouvant espérer élever un enfant, parce qu'on ne tient pas compte des enfants morts-nés ou morts peu après la naissance.

De plus, les méthodes d'évaluation varient grandement d'une clinique à l'autre. Par exemple, au Royaume-Uni, l'Interim Licensing Authority (autrefois appelée Voluntary Licensing Authority) classe les données selon la taille du centre : petit, moyen ou grand. Le taux moyen de grossesse clinique est de 14,3 pour 100 dans les 6 grands centres, et de 9,2 pour 100 dans 10 petits centres⁷⁷. En France, il existe aussi une disparité entre les cliniques. En avril 1987, les rapports faisaient état de 17 000 cas de prélèvement d'ovocytes, ayant donné lieu à 1 340 accouchements (7,8 pour 100). Même si le taux de grossesse par transfert d'embryon était généralement de 14 pour 100, certaines cliniques ont revendiqué des taux allant jusqu'à 35 pour 100⁷⁸. Les taux de succès sont plus élevés dans les rapports publiés individuellement que dans ceux qui portent sur des données compilées⁷⁹.

8. Les résultats canadiens

Il existe des programmes de fécondation *in vitro* et de transfert d'embryon au Canada (FIVETE) depuis 1982 ; actuellement, 13 programmes sont actifs. Un rapport récent sur les données provenant de 11 centres canadiens entre 1982 et 1988 fait état de la naissance de 460 enfants vivants sur 5 921 cycles de traitement entrepris pour 3 277 couples. Cela signifie un taux de naissance vivante de 7,9 pour 100 par cycle de traitement et de 14,3 pour 100 par couple traité⁸⁰. Le taux de grossesse multiple n'ayant pas été rapporté, il est impossible de calculer le taux exact d'accouchement. Cependant, sur la base de proportions semblables à celles dont font état d'autres rapports, on peut supposer que la proportion d'enfants nés vivants et viables est inférieure d'environ 20 pour 100 au taux de succès revendiqué.

77. *Id.*, p. 20.

78. Table ronde à la Conférence de l'ESHRE (European Society of Human Reproduction and Embryology), octobre 1987, par Michelle PLACHOT, J.P. RENARD, Nicole QUESTIAUX et J. TESTART, conférenciers, sous la présidence de R.G. EDWARDS, « Discussion on Ethical and Judicial Aspects of Embryo Research » (1989), 4:2 *Human Reprod.* 206.

79. René FRYDMAN et autres, « An Obstetric Assessment of the First 100 Births from the In Vitro Fertilization Program at Clamart, France » (1986), 154:3 *Am. J. Obstet. Gynecol.* 550 ; Geoffrey SHER et autres, « In Vitro Fertilization and Embryo Transfer: Two-Year Experience » (1986), 67:3 *Obstet. Gynecol.* 309.

80. Voir Stanley E. BROWN, « In Vitro Fertilisation — The Canadian Experience » (1989), 11:3 *Journal SOGC* 27, 28, 31.

Les rapports provenant de cliniques canadiennes individuelles sont rares⁸¹. Un rapport récent publié par l'University Hospital de London et l'Université de Western Ontario⁸² résume les taux de grossesse obtenus à ce centre du 1^{er} février 1984 au 31 décembre 1987, et précise le résultat de ces grossesses. Le rapport fait état d'un taux de grossesse clinique de 12,3 pour 100 par cycle de traitement, et la proportion de couples ayant ramené à la maison au moins un enfant en bonne santé par cycle de traitement est de 6,4 pour 100⁸³. Selon les auteurs, ces chiffres représentent une sous-estimation des taux de succès actuels, étant donné les récents progrès de la technologie.

En 1987, l'hôpital Toronto East General a mis sur pied un registre national volontaire confidentiel des grossesses obtenues par fécondation *in vitro* ou implantation tubaire de gamètes⁸⁴. Ce registre est toutefois incomplet puisque plusieurs centres n'ont pas transmis leurs résultats⁸⁵. Plus récemment, l'Association des médecins de l'Ontario a proposé des lignes directrices (les premières au Canada) pour assurer la qualité des services de fécondation *in vitro*. Elle y recommande entre autres la création d'un registre provincial qui serait tenu par le ministère de la Santé. Le registre comprendrait des détails sur la filiation, les taux de succès ou d'échec et le résultat des grossesses. Elle recommande aussi que le registre soit confidentiel mais mis à la disposition des médecins aux fins de contrôle⁸⁶.

9. Les effets de la fécondation *in vitro*

Si elle a pour but ultime la naissance d'un enfant, la fécondation *in vitro* peut aussi avoir d'autres effets : avortement spontané⁸⁷, mortalité et morbidité périnatales⁸⁸,

81. Voir *IVF-ET Canada, loc. cit.*, note 51, 15. Parmi les quelques rapports existants, mentionnons Patrick J. TAYLOR et autres, « Initial Experience with In Vitro and Embryo Transfer at the University of Calgary/Foothills Hospital » (1985), 2:2 *J. In Vitro Fert. Embryo Transfer* 112, et Jacques-E. RIoux et autres, « Center for In Vitro Fertilization, Québec, Canada » (1984), 1:1 *J. In Vitro Fert. Embryo Transfer* 89.

82. A.A. YUZE et autres, *loc. cit.*, note 66, 167.

83. *Id.*, 169-170. Le taux de 6,4 pour 100 mentionné ici a été établi d'après les taux d'accouchement et de mortalité.

84. Voir Note, « Canadian IVF Registry » (1987), 9:3 *SOGC Bulletin* 19.

85. Conversation privée avec J. Tolentino et P. Phillips dans le cadre du programme LIFE à Toronto.

86. ASSOCIATION DES MÉDECINS DE L'ONTARIO, « OMA Guidelines for In Vitro Fertilization Programs in Ontario » (1990), 57:12 *Ontario Med. Rev.* 28.

87. Selon le rapport, le taux d'avortement spontané est d'environ 25 pour 100, alors qu'il est de 15 pour 100 dans la population en général. Voir le tableau I, *infra*, p. 41.

88. La mortalité périnatale s'entend du nombre de morts fœtales (mortinaissances) et néonatales (morts du nouveau-né), à compter du stade de la viabilité jusqu'au vingt-huitième jour après la naissance. Judith S. MAUSNER et Shira KRAMER, *Epidemiology — An Introductory Text*, 2^e éd., Philadelphie, W.B. Saunders, 1985, pp. 92-93, 104-106. La morbidité périnatale s'entend des maladies ou malformations chez les nouveau-nés vivants au cours de cette même période. Voir le texte de la note 94, *infra*.

grossesse multipare⁸⁹ ou ectopique⁹⁰, césarienne⁹¹. Tous ces phénomènes se manifestent dans des proportions beaucoup plus élevées chez les femmes ayant subi un traitement de fécondation in vitro que dans la population en général.

a) *La grossesse multiple et les risques périnataux*

Parmi les femmes qui ont subi avec succès une fécondation in vitro ou une implantation tubaire de gamètes, une sur quatre accouche de deux enfants ou plus⁹². Ce taux est beaucoup plus élevé que dans la population en général, où il est évalué à une naissance sur 80 à 95, encore qu'il soit difficile à établir avec précision⁹³.

Selon un rapport australien récent, les grossesses obtenues par fécondation in vitro ou implantation tubaire de gamètes doivent être considérées comme présentant des risques élevés, en raison du taux de mortalité périnatale trois fois supérieur à celui de la population en général et du pourcentage élevé de bébés hypotrophiques (faible poids à la naissance). Plusieurs facteurs contribuent à cet état de choses, comme l'âge de la mère et le traitement de l'infertilité lui-même. Cela dit, 50 pour 100 des naissances avant terme et 70 pour 100

-
89. J. COHEN, M.J. MAYAUX et M.L. GUIHARD-MOSCATO, « Pregnancy Outcomes after *In Vitro* Fertilization: A Collaborative Study of 2342 Pregnancies » (1988), 541 *Ann. N.Y. Acad. Sci.* 1, 5. Voir aussi ILLA, *op. cit.*, note 76, p. 19. Le taux de grossesse multipare est d'environ 20 pour 100, comparativement à environ 1 pour 100 dans la population en général (les taux de grossesse multiple dans la population en général varient en fonction de la race, de l'âge et du nombre de grossesses antérieures). Pour une discussion sur l'épidémiologie des naissances multiples, voir Jack A. PRITCHARD, Paul C. MACDONALD et Norman F. GANT, *Williams Obstetrics*, 17^e éd., Norwalk (Conn.), Appleton-Century-Crofts, 1985, p. 503.
90. La grossesse ectopique s'entend d'une grossesse qui se développe à l'extérieur de l'utérus, habituellement dans une trompe de Fallope ; dans la plupart des cas, elle est causée par l'obstruction de la trompe, qui empêche l'embryon de pénétrer dans l'utérus. La grossesse tubaire peut devenir une urgence vitale, qui requiert l'ablation chirurgicale de la trompe atteinte. Le taux de grossesse ectopique dans les cas de fécondation in vitro se situe entre 4,5 pour 100 et 7,5 pour 100, comparativement à 1,5 pour 100 dans la population en général. Voir le tableau I, *infra*, p. 41, pour les taux à l'étranger.
91. J. COHEN, M.J. MAYAUX et M.L. GUIHARD-MOSCATO, *loc. cit.*, note 89, 3 ; A.A. YUZPE et autres, *loc. cit.*, note 66, 170. Les taux de césarienne sont de 47 pour 100 en cas de grossesse simple et de 72 pour 100 en cas de grossesse multipare, contre 15 pour 100 et 44 pour 100 respectivement dans la population en général.
92. Une analyse internationale des résultats de la FIV et du GIFT fait état d'un taux de grossesse multiple d'environ 24 pour 100 ; voir les tableaux I et II, *infra*, pp. 41, 42. Ces chiffres indiquent les moyennes nationales. Par contre, il est bien connu que les taux individuels peuvent varier. Par exemple, A.A. YUZPE et autres, *loc. cit.*, note 66, 171, mentionnent un taux de grossesse multipare de 16 pour 100, et R. FRYDMAN et autres, *loc. cit.*, note 79, 552, 554, un taux de 12 pour 100.
93. Le taux exact de grossesse multiple peut être difficile à établir en raison des variations dans les méthodes de calcul sur le plan international. Voir B.J. BOTTING, I. MACDONALD DAVIES et A.J. MACFARLANE, « Recent Trends in the Incidence of Multiple Births and Associated Mortality » (1987), 62 *Arch. Dis. Child.* 941, 942. Le phénomène du « jumeau disparu » (*vanishing twin*) complique encore l'analyse du nombre de fœtus par grossesse ; ce phénomène décrit le taux de réduction spontané des grossesses gémeillaires qui entraîne la perte d'au moins l'un des fœtus. Des études échographiques effectuées sur des femmes en début de grossesse ont démontré un taux de réduction spontané des fœtus semblable ou supérieur au taux d'avortement spontané dans les cas de grossesse simple. Par conséquent, si les taux dont font état les cliniques de fécondation in vitro concernent la gémeilité détectée en début de grossesse, ils sont supérieurs à ceux enregistrés lors de l'accouchement. Voir la discussion sur ce sujet dans Katharine D. WENSTROM et Stanley A. GALL, « Incidence, Morbidity and Mortality, and Diagnosis of Twin Gestations » (1988), 15:1 *Clinics Perinatol.* 1, 2.

des cas de nouveau-nés à faible poids ont été associés aux grossesses multiples⁹⁴. Des 460 enfants nés vivants au Canada entre 1982 et 1987 à la suite d'une fécondation in vitro, 21 sont morts peu après leur naissance (mort néonatale) ; il s'agissait dans la plupart des cas d'une naissance prématurée, souvent associée à une grossesse multipare⁹⁵.

La mortalité périnatale est toujours plus élevée chez les jumeaux que chez les enfants nés d'une grossesse unipare. En Amérique du Nord, le taux de mortalité est de 14 à 16 pour 1000 grossesses simples. Il est de quatre à sept fois plus élevé pour les grossesses multiples⁹⁶. Les grossesses gémeillaires, qui constituent seulement 1 pour 100 de toutes les naissances, comptent en effet pour 10 pour 100 de tous les accouchements prématurés et 25 pour 100 des décès avant terme⁹⁷. Parmi les effets de la prématurité, on note les difficultés respiratoires⁹⁸, la prédisposition aux hémorragies cérébrales et méningées⁹⁹, et l'infection¹⁰⁰.

Outre leur poids généralement plus faible à la naissance en raison de leur prématurité, les jumeaux sont exposés à des risques plus élevés de retard de croissance¹⁰¹. À ce retard sont associés des risques de souffrance foetale pendant le travail, d'anoxie (asphyxie) et éventuellement de mortinatalité¹⁰².

94. Douglas M. SAUNDERS et Paul LANCASTER, « The Wider Perinatal Significance of the Australian In Vitro Fertilization Data Collection Program » (1989), 6:2 *Am. J. Perinatol.* 252, 252-253. Voir aussi *Australia IVF, loc. cit.*, note 74, 433. Sur 1 138 bébés nés vivants, 438 (38,5 pour 100) étaient issus de grossesses multiples. Voir aussi F.J. STANLEY, *loc. cit.*, note 70, 425.

95. S.F. BROWN, *loc. cit.*, note 80, 28, 31.

96. Joel I. POLIN et William L. FRANGIPANE, « Current Concepts in Management of Obstetric Problems for Pediatricians » (1986), 33:3 *Pediatr. Clin. N. Am.* 649, 650. Voir aussi K.D. WENSTROM et S.A. GALL, *loc. cit.*, note 93, 3, et B.J. BOTTING, I. MACDONALD DAVIES et A.J. MACFARLANE, *loc. cit.*, note 93, 945.

97. Voir J.I. POLIN et W.L. FRANGIPANE, *loc. cit.*, note 96, 650. Voir aussi K.D. WENSTROM et S.A. GALL, *loc. cit.*, note 93, 4-5.

98. Le syndrome de détresse respiratoire survient le plus souvent chez les enfants prématurés souffrant d'une carence en surfactant, substance qui contribue à la distension normale des poumons. Ce syndrome est particulièrement répandu (48 pour 100) chez les jumeaux entre la 25^e et la 32^e semaine de gestation (prématurés de 15 à 8 semaines). Voir K.D. WENSTROM et S.A. GALL, *loc. cit.*, note 93, 5.

99. Chez les jumeaux nés entre la 25^e et la 32^e semaine de gestation, les risques d'hémorragie dans les ventricules cérébraux sont d'au moins 20 pour 100. K.D. WENSTROM et S.A. GALL, *loc. cit.*, note 93, 5.

100. Il a été établi que le risque pour les enfants pesant moins de 2 500 grammes d'être atteints de la maladie streptococcique de groupe B est cinq fois plus élevé chez les jumeaux que chez les enfants uniques. Voir Kristine MCCULLOCH, « Neonatal Problems in Twins » (1988), 15:1 *Clin. Perinatol.* 141, 151.

101. Les expressions « retard statur pondéral intra-utérin » et « hypotrophie » désignent l'état du fœtus ou du nouveau-né qui, comparativement aux poids observés chez les fœtus uniques dans la population en général, est sensiblement plus petit, compte tenu de son âge gestationnel. Par exemple, le bébé qui, né à la 35^e semaine de grossesse, a la taille moyenne d'un bébé de 32 semaines sera jugé atteint d'un retard de croissance et plus à risque que le bébé né à une taille conforme à sa période de gestation. Voir J.I. POLIN et W.L. FRANGIPANE, *loc. cit.*, note 96, 657. Voir aussi Richard BRONSTEEN, Gregory GOYERT et Sidney BOTTOMS, « Classification of Twins and Neonatal Morbidity » (1989), 74:1 *Obstet. Gynecol.* 98, 100.

102. J.I. POLIN et W.L. FRANGIPANE, *loc. cit.*, note 96, 657; R. BRONSTEEN, G. GOYERT et S. BOTTOMS, *loc. cit.*, note 101, 100.

Selon une étude collective internationale sur la fécondation in vitro effectuée dans 55 centres, le taux de malformations congénitales en cas de naissances multiples n'est que légèrement supérieur à celui observé chez les enfants uniques (3,6 pour 100 contre 2,5 pour 100)¹⁰³. Par contre, des études sur les conséquences à long terme des naissances gémellaires révèlent un taux plus élevé de difficultés d'apprentissage, de déficiences motrices, de problèmes d'élocution et de retards dans la croissance physique¹⁰⁴. Quant à la mère, pendant et après la grossesse, elle court des risques accrus d'hypertension artérielle attribuable à la grossesse, d'anémie, de césarienne et d'hémorragie post-partum¹⁰⁵.

Dans environ 15 pour 100 des grossesses multipâres liées à la fécondation in vitro, il y a trois bébés ou plus. Et lorsqu'il y a plus de deux foetus, les risques augmentent sensiblement, à la fois pour la mère et pour les enfants. Par exemple, le taux de mortalité périnatale est environ trois fois plus élevé chez les triplets que chez les jumeaux¹⁰⁶.

b) Les techniques de réduction des grossesses multiples

Louise Brown a été le premier « bébé-éprouvette ». Sa naissance en 1978 faisait suite à la fécondation in vitro d'un seul ovule, prélevé au cours d'un cycle naturel et réimplanté dans l'utérus. Les techniques utilisées pour prévoir la maturation de l'ovule et l'ovulation étaient alors assez primitives et imprécises. Le prélèvement de l'ovule exigeait que l'équipe chirurgicale soit disponible 24 heures sur 24, et le taux de succès du prélèvement restait encore inférieur à 50 pour 100. Les échecs aux étapes de la fécondation et de l'implantation diminuaient encore le taux de succès déjà faible du processus. Les techniques de stimulation ovarienne ont alors été conçues pour augmenter les chances de réussite. Elles ont eu pour effet de provoquer la maturation de plusieurs ovocytes par cycle et d'assurer une meilleure maîtrise du processus d'ovulation, ce qui s'est traduit par des taux de grossesse plus élevés¹⁰⁷. Cependant, comme nous l'avons vu ci-dessus, la probabilité d'une grossesse multipare, avec les risques qu'elle comporte, a aussi augmenté. Comment alors obtenir tous les avantages que procurent les implantations multiples tout en réduisant les risques d'une grossesse multipare ? En d'autres termes, quel est le nombre optimal d'embryons qui devraient être transférés dans l'utérus à la fois ?

103. Voir J. COHEN, M.J. MAYAUX et M.L. GUIHARD-MOSCATO, *loc. cit.*, note 89, 3.

104. K.D. WENSTROM et S.A. GALL, *loc. cit.*, note 93, 5 ; J.I. POLIN et W.L. FRANGIPANE, *loc. cit.*, note 96, 650-651.

105. J.A. PRITCHARD, P.C. MACDONALD et N.F. GANT, *op. cit.*, note 89, p. 503.

106. B.I. BOTTING, I. MACDONALD DAVIES et A.J. MACFARLANE, *loc. cit.*, note 93, 946.

107. G. SHER et H.C. CHOTINER, « Controlled Ovarian Hyperstimulation for IVF », dans CHRISTOPHER M. FREDERICKS, JOHN D. PAULSON et ALAN H. DECHERNEY (dir.), *Foundations of In Vitro Fertilization*, Cambridge, Hemisphere, 1987, p. 83.

Cette question prête à controverse sous plusieurs rapports, en particulier quant au taux acceptable de grossesse multiple¹⁰⁸. Par ailleurs, le lien entre le nombre d'embryons implantés et la proportion des grossesses multipares qui en résultent n'est pas clair, notamment en raison des modes de calcul utilisés dans la littérature. Dans un rapport, toutefois, on a démontré qu'en cas de transfert de 4, 5, 6 et 7 embryons, les chances de donner naissance à au moins un enfant étaient respectivement de 18 pour 100, 17 pour 100, 18 pour 100 et 18 pour 100, et les risques d'une grossesse multiple étaient de 16,7 pour 100, 31,6 pour 100, 50 pour 100 et 50 pour 100¹⁰⁹. Autrement dit, même si les chances de donner naissance à un enfant ne sont pas meilleures avec plus de quatre embryons, les risques de grossesse multiple sont considérablement accrus. De plus, le même rapport montre que l'implantation de trois embryons entraîne un taux de naissance de 12 pour 100, mais un taux de grossesse multipare de 21 pour 100¹¹⁰. Comme le montre le tableau III (*infra*, p. 42), cette tendance non linéaire se retrouve aussi dans d'autres rapports, ce qui prouve que le nombre d'embryons transférés ne constitue pas le seul facteur déterminant des taux de grossesse et de grossesse multiple.

Le succès de la grossesse dépend à la fois de la réceptivité de l'utérus à l'implantation et de la « qualité » des embryons transférés¹¹¹. Ces caractéristiques sont actuellement difficiles à mesurer sur le plan clinique. De plus amples recherches sont essentielles dans ce domaine pour améliorer le taux de succès des techniques de procréation médicalement assistée, tout en diminuant le nombre des embryons qui doivent être implantés¹¹². En attendant, la méthode la plus généralement acceptée pour réduire le risque de grossesse multiple consiste à limiter le nombre d'embryons transférés par traitement.

Au cours des dernières années, la limitation du nombre d'embryons transférés a retenu l'attention de nombreux pays. Au Royaume-Uni¹¹³ et en Australie, par exemple, les corporations professionnelles nationales ont mis en vigueur des lignes directrices restreignant à trois ou, dans des cas extrêmes, à quatre le nombre d'embryons pouvant être transférés en même temps¹¹⁴. Ces critères n'ont toutefois pas été acceptés par tous les médecins. Une équipe britannique de spécialistes de l'infertilité s'est opposée aux restrictions, revendiquant plutôt une certaine latitude pour décider du nombre d'embryons

108. SIMON FISHEL et JOHN WEBSTER, « IVF and Associated Techniques: Whom Can We Believe? » (1987), II:8553 *Lancet* 273.

109. *U.S. IVF/ET 1989*, *loc. cit.*, note 75, 16.

110. *Ibid.*

111. ANIBAL A. ACOSTA et autres, « Implantation Potential of Each Pre-Embryo in Multiple Pregnancies Obtained by In Vitro Fertilization Seems to Be Different » (1988), 50:6 *Fertil. Steril.* 906.

112. JAN TESARIK, « Viability Assessment of Preimplantation Concepti: A Challenge for Human Embryo Research » (1989), 52:3 *Fertil. Steril.* 364.

113. Voir ILA, *op. cit.*, note 76, p. 22, et IAN CRAFT, PETER R. BRINSDEN et ERIC G. SIMONS, « Voluntary Licensing and IVF/ET » (1987), I:8542 *Lancet* 1148.

114. C.R. AUSTIN, « Voluntary Regulatory Scheme for Clinics Practising IVF and Related Technologies in Australia » (1989), 4:7 *Human Reprod.* 854. Voir aussi ILA, *op. cit.*, note 76.

à implanter à la suite de la fécondation in vitro ou du nombre d'ovules à transférer pour une implantation tubaire de gamètes¹¹⁵. Le professeur Craft et ses collègues ont fait valoir que, dans certains cas, diminuer le nombre d'ovules limite injustement les chances de grossesse. Selon eux, le jugement clinique devrait prévaloir sur le strict respect des critères établis, comme c'est généralement le cas en médecine. Par exemple, les chances de grossesse, unipare ou multipare, diminuent avec l'âge¹¹⁶, ce qui justifie parfois l'implantation d'un plus grand nombre d'embryons pour provoquer une grossesse. D'autre part, une grossesse antérieure augmente les possibilités de grossesse multiple. Le risque individuel de grossesse multipare varie donc en fonction de divers facteurs. De plus, on a remarqué que les taux de grossesse multiple varient beaucoup selon les cliniques, même lorsque le nombre d'embryons transférés par cycle est le même¹¹⁷.

Au Canada, certaines cliniques ont établi leur propre politique quant au nombre d'embryons pouvant être transférés. La plupart admettent que l'implantation d'un maximum de trois ou quatre embryons réduit les risques de grossesse multiple, mais elles ne sont pas toutes équipées pour congeler les embryons surnuméraires. Les installations de cryoconservation permettent l'entreposage de ces embryons en vue d'un usage futur par le couple. S'ils ne sont pas utilisés plus tard, ils peuvent être donnés, utilisés pour la recherche ou détruits, selon les désirs du couple¹¹⁸.

Si aucune installation de congélation n'est disponible, le transfert de plus de quatre embryons dans l'utérus peut avoir pour conséquence une grossesse multipare d'un ordre supérieur. Lorsque plus de trois embryons s'implantent, la possibilité d'une réduction foetale sélective peut être offerte au couple¹¹⁹. Quoi qu'il en soit, le procédé a soulevé un débat moral

115. I. CRAFT, P.R. BRINDEN et E.G. SIMONS, *loc. cit.*, note 113 ; Ian CRAFT et autres, « Licensing Work on IVF and Related Procedures » (1987), I:8546 *Lancet* 1373 ; Ian CRAFT, « How Many Oocytes/Embryos Should Be Transferred? » (1987), II:8550 *Lancet* 109 ; Ian CRAFT et autres, « Multiple Pregnancy, Selective Reduction, and Flexible Treatment » (1988), II:8619 *Lancet* 1087.

116. I. CRAFT et autres, « Analysis of 1071 GIFT Procedures — The Case for a Flexible Approach to Treatment » (1988), I:8594 *Lancet* 1094. D'autres rapports corroborent l'affirmation du professeur Craft suivant laquelle les grossesses multiples sont moins fréquentes chez les femmes plus âgées. Par exemple, Corson et ses collègues déclarent que les risques de grossesse multipare diminuent de 9 pour 100 par année après 30 ans ; voir Stephen L. CORSON et autres, « Outcome in 242 In Vitro Fertilization-Embryo Replacement or Gamete Intrafallopian Transfer-Induced Pregnancies » (1989), 51:4 *Fertil. Steril.* 644, 645. Pour une discussion de l'effet de l'âge sur le succès de la fécondation in vitro, voir aussi Santiago L. PADILLA et Jairo E. GARCIA, « Effect of Maternal Age and Number of In Vitro Fertilization Procedures on Pregnancy Outcome » (1989), 52:2 *Fertil. Steril.* 270.

117. Un taux de grossesse multiple de 12 pour 100 a été observé dans un programme de fécondation in vitro en France, comparativement à un taux de 25,4 pour 100 en Belgique, alors que les deux centres adhèrent à une politique interdisant le transfert de plus de 3 embryons à la fois. Voir R. FRYDMAN et autres, *loc. cit.*, note 79, 553. Voir aussi P. BARLOW et autres, « Early Pregnancy Loss and Obstetrical Risk After In-Vitro Fertilization and Embryo Replacement » (1988), 3:5 *Human Reprod.* 671, 675.

118. Au sujet de la congélation des embryons, voir *infra*, pp. 34-35 ; voir aussi A. TROUNSON, « Embryo Cryopreservation », dans C. WOOD et A. TROUNSON (dir.), *op. cit.*, note 52, p. 127, aux pages 138-139.

119. Le « foeticide » sélectif est désigné dans la littérature sous les noms de réduction sélective des foetus, d'embryocide sélectif, d'avortement sélectif ou de naissance sélective. Le procédé consiste à éliminer un ou plusieurs foetus pendant la grossesse.

à la fois semblable et différent de celui de l'avortement¹²⁰, on s'entend généralement pour admettre que le risque est plus élevé, tant pour les foetus que pour la mère, si la grossesse se poursuit telle quelle que si le nombre de foetus est réduit.

Les risques associés aux techniques de réduction comprennent l'avortement spontané, l'échec de la réduction, l'infection et, plus rarement, un trouble de la coagulation qui peut mettre en danger les foetus qui restent et la mère elle-même¹²¹. Sur le plan émotif, on ignore encore les effets de la réduction foetale sélective pour la mère, le père et les autres enfants ; par conséquent, il faudrait peut-être songer à leur fournir une assistance socio-psychologique avant ou après l'intervention.

Il est clair que de plus amples recherches sur le problème des grossesses multiples sont nécessaires. Grâce à une technique expérimentale prometteuse, il paraît cependant possible de réduire le taux de grossesse multiple au même niveau que celui observé dans la population en général. Lors d'un essai restreint effectué sur un cycle non stimulé, on a obtenu un taux de grossesse clinique de 22,5 pour 100, la grossesse se poursuivant dans une proportion de 17,5 pour 100 par cycle¹²², ce qui est aussi bien et même mieux que les résultats obtenus au moyen des techniques de stimulation ovarienne. Ce procédé élimine en outre les risques liés à l'utilisation des médicaments provoquant la stimulation ovarienne¹²³. De plus, il semble que le cycle naturel produise un ovule de meilleure qualité et une réceptivité utérine optimale. Moins brutal, le procédé permet des tentatives plus fréquentes, donc de meilleures chances de provoquer une grossesse. Et parmi les avantages non médicaux, mentionnons le coût moindre¹²⁴ et l'élimination des questions d'ordre moral et juridique que soulèvent les embryons surnuméraires. Il est cependant trop tôt pour affirmer que ces résultats peuvent être réalisés dans d'autres cliniques. Par ailleurs, le principal inconvénient de cette technique est l'échec du prélèvement dans 10 à 30 pour 100 des cas, et l'annulation de cycles en raison de l'imprécision du contrôle hormonal¹²⁵.

120. « Selective Fetal Reduction » (1988), II:8614 *Lancet* 773.

121. Ronald J. WAPNER et autres, « Selective Reduction of Multifetal Pregnancies » (1990), 335:8681 *Lancet* 90, 91. Pour une étude complète de l'historique du procédé et des risques qu'il comporte, voir Fay O. REDWINE et Patricia M. HAYS, « Selective Birth » (1986), 10:1 *Seminars Perinat.* 73, 75-78.

122. Dans le cycle non stimulé, aucun médicament de fertilité n'est utilisé. L'ovule arrive naturellement à maturité ; il est alors prélevé, fécondé et implanté, ce qui élimine le problème des grossesses multiples et des embryons surnuméraires. Hervé FOULOT et autres, « In Vitro Fertilization without Ovarian Stimulation: A Simplified Protocol Applied in 80 Cycles » (1989), 52:4 *Fertil. Steril.* 617, 617-621. Voir aussi Jairo GARCIA, « Return to the Natural Cycle for In Vitro Fertilization (Alleluia!, Alleluia!) » (1989), 6:2 *J. In Vitro Fert. Embryo Transfer* 67, 67-68.

123. Pour une étude des risques associés aux médicaments provoquant la stimulation ovarienne, voir J.L. KENNEDY et E.Y. ADASHI, *loc. cit.*, note 34 ; voir aussi *supra*, pp. 11, 14-15. Voir enfin D. NAVOT et autres, *loc. cit.*, note 56.

124. On estime que le coût de l'intervention est réduit de 6 000 \$ U.S. à 1 000 \$ U.S. pour chaque tentative. Voir J. GARCIA, *loc. cit.*, note 122, 68.

125. Communicative privée avec le Dr E. Hughes de l'Université McMaster, Hamilton (Ontario).

c) *Les malformations congénitales*

Il est difficile de savoir si le taux de malformations congénitales est plus élevé chez les nouveau-nés conçus par fécondation *in vitro* que chez ceux conçus naturellement. Parmi les facteurs extrinsèques qui pourraient provoquer une augmentation à cet égard, mentionnons l'âge généralement plus élevé de la mère (d'où le risque plus grand d'aberrations chromosomiques et autres malformations congénitales), le nombre accru de grossesses multipares, les causes sous-jacentes à l'infertilité et les diverses interventions cliniques, notamment la manipulation des gamètes et des embryons. Sur 1 694 naissances faisant suite à une fécondation *in vitro* en Australie et en Nouvelle-Zélande entre 1979 et 1986, on a relevé un taux de malformations congénitales, y compris les aberrations chromosomiques, de 2,2 pour 100 (comparativement à un taux de 1,5 pour 100 dans le reste de la population)¹²⁶.

On a laissé entendre que le taux plus élevé d'anomalies pouvait être attribuable au manque d'objectivité des observateurs, les anomalies ayant été recherchées avec plus d'attention chez les nouveau-nés conçus par fécondation *in vitro* que chez ceux conçus naturellement¹²⁷. Il serait donc opportun d'effectuer des études systématiques plus étendues pour vérifier si le risque de malformations est effectivement plus élevé chez les enfants nés d'une fécondation *in vitro*.

Au moment où le présent document a été rédigé, les taux de malformations congénitales chez les enfants conçus par fécondation *in vitro* au Canada n'étaient pas disponibles¹²⁸. Il a été recommandé que ce renseignement soit inclus dans les registres sur les résultats des grossesses médicalement assistées¹²⁹.

d) *Les effets psychologiques*

La simple description des techniques de fécondation *in vitro* et de leurs résultats ne reflète pas leurs effets psychologiques sur les couples. L'auteur d'une enquête effectuée

126. Paul A.L. LANCASTER, « Congenital Malformations after In-Vitro Fertilisation » (1987), II:8572 *Lancet* 1392 (lettre). L'auteur mentionne une augmentation significative de deux types de malformations congénitales, comparativement à la population en général, soit le spina-bifida (fermeture incomplète de la colonne vertébrale) et une anomalie cardiaque grave (transposition des gros vaisseaux).

127. Quatre-vingt-trois nouveau-nés conçus par fécondation *in vitro* et quatre-vingt-treize conçus naturellement ont été observés par la méthode à simple insu. Aucune augmentation statistiquement importante des anomalies n'a été observée. Même s'ils se font rassurants quant aux augmentations importantes des anomalies, les auteurs préviennent que la taille de l'échantillon n'était pas assez significative pour détecter une augmentation légère ou moyenne des anomalies. Voir Norma C. MORIN et autres, « Congenital Malformations and Psychosocial Development in Children Conceived by In Vitro Fertilization » (1989), 115:2 *J. Pediatr.* 222, 226.

128. S.E. BROWN, *loc. cit.*, note 80, 31.

129. Voir ILA, *op. cit.*, note 76, p. 34. Voir aussi ASSOCIATION DES MÉDECINS DE L'ONTARIO, *loc. cit.*, note 86.

auprès de vingt femmes ayant eu recours à la fécondation in vitro a découvert que, pour la plupart, l'intervention a été extrêmement difficile, à la fois sur les plans physique et émotif. Elles ont déclaré avoir éprouvé surtout une peur profonde de l'échec à chacune des diverses étapes menant au transfert d'embryon, et se sont dites tiraillées par un « conflit psychologique intense » entre l'espoir et le réalisme quant à leurs chances de devenir enceintes¹³⁰.

Les angoisses causées par l'infertilité et la fécondation in vitro sont telles qu'en Australie, la loi exige qu'une assistance socio-psychologique soit fournie aussi bien avant qu'après l'intervention¹³¹. De fait, les lignes directrices de l'Association des médecins de l'Ontario sur la fécondation in vitro disposent qu'une telle assistance devrait être mise à la disposition de tous les couples¹³².

B. L'implantation tubaire de gamètes (GIFT)

L'implantation tubaire de gamètes consiste à transférer les spermatozoïdes et les ovules non fécondés directement dans les trompes de Fallope¹³³. Elle est généralement précédée d'une stimulation ovarienne parce que le nombre accru d'ovules augmente les chances de grossesse. À l'aide d'un laparoscope, les ovocytes mûrs sont aspirés des follicules, mélangés au sperme, puis placés dans une seringue. Le mélange est ensuite réimplanté profondément dans les trompes, ce qui permet une fécondation naturelle. L'intervention prend au total de trente-cinq à soixante minutes environ¹³⁴.

Cette intervention est contre-indiquée chez les femmes souffrant de dysfonction tubaire, en raison du risque de grossesse ectopique¹³⁵. Par conséquent, alors que les indications pour l'implantation tubaire de gamètes coïncident dans une certaine mesure avec celles de la fécondation in vitro (c'est-à-dire l'infertilité inexplicée, l'endométriase, la stérilité masculine et les causes cervicales ou immunologiques), elles excluent le plus large groupe de candidates, celles atteintes de stérilité tubaire¹³⁶.

130. Voir Linda S. WILLIAMS, « No Relief until the End: The Physical and Emotional Costs of In Vitro Fertilization », dans Christine OVERALL (dir.), *The Future of Human Reproduction*, Toronto, Women's Press, 1989, p. 120.

131. Paul BRAVENDER-COYLE, « In Vitro-Fertilization and the Law in Australia » (1986), 6:3 *Health L. Can.* 61, 64.

132. ASSOCIATION DES MÉDECINS DE L'ONTARIO, *loc. cit.*, note 86, 28.

133. M.M. SEIBEL, *loc. cit.*, note 49, 832.

134. R.H. ASCH et autres, « Gamete Intrafallopian Transfer: International Cooperative Study of the First 800 Cases » (1988), 541 *Ann. N.Y. Acad. Sci.* 722, 724.

135. Voir David L. OLIVE et autres, « Gamete Intrafallopian Transfer (GIFT) Complicated by Bilateral Ectopic Pregnancy » (1988), 49:4 *Fertil. Steril.* 719, 720.

136. Voir P.A.L. LANCASTER, « Outcome of Pregnancy », dans C. WOOD et A. TROUNSON (dir.), *op. cit.*, note 52, p. 81, à la page 82 ; R.H. ASCH et autres, *loc. cit.*, note 134, 723 ; et A.A. YUZPE et autres, *loc. cit.*, note 66, 168.

Le principal avantage de l'implantation tubaire de gamètes est qu'elle exige un minimum d'installations de laboratoire. Son principal inconvénient réside dans la nécessité d'une anesthésie générale, en raison de la laparoscopie. La technique est donc plus agressive que la fécondation *in vitro* pratiquée dans la plupart des centres. Toutefois, ce problème est peut-être temporaire : selon certains rapports, en effet, il serait possible de prélever l'ovule et d'effectuer le transfert au moyen de méthodes échographiques vaginales¹³⁷. La mise au point de cette technique devrait éliminer progressivement le recours à la laparoscopie.

1. Les taux de succès

Dans une étude collective internationale effectuée sur les 800 premiers cas d'implantation tubaire de gamètes, sur la base d'un protocole commun pour le prélèvement d'ovocytes, le taux de grossesse clinique a été établi à 34,4 pour 100, et le taux d'accouchement à 25 pour 100 par cycle de traitement¹³⁸. Des rapports nationaux en provenance des États-Unis, du Royaume-Uni et de l'Australie indiquent des taux de grossesse clinique se situant entre 21 et 25 pour 100¹³⁹ par cycle de transfert, ce qui est supérieur au taux de 17 à 21 pour 100 observé dans les cas de fécondation *in vitro* au regard d'un critère de grossesse semblable¹⁴⁰. Le taux de grossesse viable n'a pu être calculé parce que les données anglaises ne précisaient pas la proportion d'avortement spontané. Les rapports australiens et américains ont cependant révélé un taux d'accouchement par prélèvement d'ovocytes de 18 pour 100. La fréquence des grossesses multiples est légèrement supérieure à celle établie pour la fécondation *in vitro* ; elle varie entre 20 et 28 pour 100¹⁴¹.

Encore une fois, les rapports fondés sur des données nationales compilées indiquent des taux de succès moyens inférieurs à ceux provenant de centres individuels¹⁴².

2. Les complications

L'étude collective effectuée sur les 800 cas n'a révélé aucune complication majeure imputable à l'intervention ou à l'anesthésie, et le rapport ne fait mention d'aucun cas de

137. R.P.S. JANSEN, « Gamete Intra-fallopian Transfer », dans C. WOOD et A. TROUNSON (dir.), *op. cit.*, note 52, p. 63, à la page 72.

138. R.H. ASCH et autres, *loc. cit.*, note 134, 722-725.

139. Voir tableau II, *infra*, p. 42.

140. Voir tableau I, *infra*, p. 41 ; le taux de grossesse clinique est calculé sur la base du nombre de transferts d'embryon.

141. Pour des détails, voir le tableau II, *infra*, p. 42.

142. C. BORRERO et autres, « The GIFT Experience: An Evaluation of the Outcome of 115 Cases » (1988), 3:2 *Human Reprod.* 227. Voir aussi Christopher J. HAINES et Robert T. O'SHEA, « Unilateral Gamete Intrafallopian Transfer: The Preferred Method? » (1989), 51:3 *Fertil. Steril.* 518, 519.

salpingite aiguë¹⁴³, mais les risques habituels inhérents à l'anesthésie et à la laparoscopie sont toujours présents. Bien que le taux de grossesse ectopique ne semble pas supérieur à celui que l'on a pu observer dans les cas de fécondation *in vitro*¹⁴⁴, des rapports indiquent un taux aussi élevé que 30 pour 100 chez les femmes atteintes de dysfonction tubaire non décelable¹⁴⁵.

C. Les autres techniques

On a mis au point plusieurs variantes de la fécondation *in vitro* et de l'implantation tubaire de gamètes, dont le transfert péritonéal d'ovocytes et de spermatozoïdes (POST), le transfert de pronucleus (PROST) et le transfert tubaire d'embryon (TEST).

Le transfert péritonéal d'ovocytes et de spermatozoïdes suppose l'implantation, au moyen d'une aiguille, des ovules et des spermatozoïdes à travers la paroi vaginale postérieure ; le liquide normal de la cavité abdominale sert alors de véhicule pour le transfert dans la trompe de Fallope. Dans le transfert de pronucleus, les ovules sont fécondés *in vitro* et transférés directement dans les trompes. Le transfert tubaire d'embryon, quant à lui, consiste à implanter dans les trompes les embryons (congelés au stade de quatre à huit cellules¹⁴⁶) au début de leur développement. Aucune de ces techniques n'a été utilisée sur une grande échelle, et les rapports émanant des centres canadiens ne les mentionnent pas.

La culture intravaginale (IVC), dont un centre canadien a fait état, constitue aussi une variante de la fécondation *in vitro* et de l'implantation tubaire de gamètes¹⁴⁷. Les ovules et les spermatozoïdes sont déposés dans un tube capillaire et insérés dans le vagin de la femme, où on les laisse incuber pendant environ deux jours. Le tube est maintenu en place par un diaphragme vaginal. Les embryons sont ensuite transférés dans l'utérus. Cette technique a l'avantage de simplifier les manipulations en laboratoire et de diminuer le coût de l'intervention. Une étude préliminaire avec allocation aléatoire n'a démontré aucune différence dans les taux de grossesse entre la fécondation *in vitro* et la culture intravaginale.

143. R.H. ASCH et autres, *loc. cit.*, note 134, 724.

144. Les rapports indiquent un taux de grossesse ectopique situé entre 3 pour 100 et 6 pour 100, c'est-à-dire semblable au taux relevé pour la fécondation *in vitro*, mais supérieur à celui de 1,5 pour 100 observé dans la population en général. Voir R.H. ASCH et autres, *loc. cit.*, note 134, 724 ; C. BORRERO et autres, *loc. cit.*, note 142, 228. Voir aussi *supra*, note 90.

145. R.P.S. JANSEN, *loc. cit.*, note 137, 73.

146. Pour une description des techniques du PROST et du TEST, voir John L. YOVICH, Jeanne M. YOVICH et W. Rohini EDIRISINGHE, « The Relative Chance of Pregnancy Following Tubal or Uterine Transfer Procedures » (1988), 49:5 *Fertil. Steril.* 858, 859-860. Voir aussi Vinay SHARMA, Bridgett MASON et Stuart CAMPBELL, « Ultrasound-Guided Peritoneal Oocyte and Sperm Transfer » (1988), 541 *Ann. N.Y. Acad. Sci.* 767 (analyse de la technique du POST).

147. Claude RANOUX et autres, « A New In Vitro Fertilization Technique: Intravaginal Culture » (1988), 49:4 *Fertil. Steril.* 654, 656.

D. L'insémination artificielle

Selon la littérature, les premiers cas d'insémination artificielle réussie remontent au XVIII^e siècle¹⁴⁸ ; ce procédé représente la plus simple et la plus ancienne des techniques de procréation. L'on évalue actuellement à entre 10 000 et 20 000 le nombre de nouveau-nés conçus chaque année en Amérique du Nord par insémination artificielle¹⁴⁹. Cette technique constitue une solution simple, non effractive et relativement peu coûteuse à l'infertilité masculine, bien que certains nouveaux procédés d'insémination artificielle tendent à devenir presque aussi agressifs que les autres techniques de procréation¹⁵⁰.

Pour réaliser l'insémination artificielle ou thérapeutique, on peut avoir recours au sperme du mari ou partenaire ; l'insémination est alors dite homologue¹⁵¹. On peut aussi utiliser le sperme d'un donneur ; on parle alors d'insémination hétérologue¹⁵². On aura recours à l'insémination hétérologue une fois que l'infertilité masculine a été établie et que les traitements médicaux ont échoué¹⁵³. Son usage est aussi indiqué dans certains cas de maladie génétique chez l'un des partenaires¹⁵⁴.

L'insémination artificielle homologue est indiquée chez moins de 20 pour 100 des couples touchés par l'infertilité masculine. Pour certains, par exemple, il suffit que le sperme ne soit pas mis en contact avec les sécrétions vaginales pour que la fécondation soit possible. Cette technique est aussi utilisée dans des cas d'anomalies anatomiques de l'homme, tel l'hypospadias, où le méat urétral est situé ailleurs qu'au bout du pénis, ou d'anomalies maternelles, par exemple une déviation utérine¹⁵⁵.

148. Pour une étude de l'histoire de l'insémination artificielle, voir Derek J. JONES, « Artificial Procreation, Societal Reconceptions: Legal Insight from France » (1988), 36 *Am. J. Comp. L.* 525, 530-533.

149. Barbara Eck MENNING, « The Psychology of Infertility », dans James AIMAN (dir.), *Infertility: Diagnosis and Management*, New York, Springer-Verlag, 1986, p. 17, à la page 23. Par ailleurs, selon une étude canadienne publiée en 1981, environ 500 inséminations étaient pratiquées chaque mois dans des cliniques canadiennes et plus de 1 500 bébés étaient nés à ce moment-là par suite d'une insémination artificielle avec sperme de donneur. Voir *Rapport du Comité consultatif sur le stockage et l'utilisation du sperme humain*, Ottawa, Santé et Bien-être social Canada, 1981, pp. x-xi (ci-après *Rapport sur le sperme humain de 1981*).

150. L'insémination intrapéritonéale directe (ou DIPI) consiste à déposer le sperme, à l'aide d'une aiguille et d'un tube, à travers la partie postérieure du vagin, dans un espace contenant un fluide et situé près des ovaires et des trompes, ce qui permet d'éviter l'utérus. Voir P. DELLENBACH et autres, « Direct Intraperitoneal Insemination: New Treatment for Cervical and Unexplained Infertility » (1988), 541 *Ann. N.Y. Acad. Sci.* 761. Voir aussi R.P.S. JANSSEN, *loc. cit.*, note 137, 72.

151. Heather BRYANT, *L'infertilité à l'heure de la procréatique... et la prévention ?*, Ottawa, Conseil consultatif sur la situation de la femme, 1990, p. 4.

152. *Ibid.*

153. N.J. ALEXANDER et S. ACKERMAN, *loc. cit.*, note 39, 907-908.

154. Entre 1 et 10 pour 100 des inséminations artificielles sont effectuées pour prévenir la transmission de maladies génétiques héréditaires. Voir James AIMAN, « Artificial Insemination », dans J. AIMAN (dir.), *op. cit.*, note 149, p. 277, et Pierre JALBERT et autres, « Genetic Aspects of Artificial Insemination with Donor Semen: The French CECOS Federation Guidelines » (1989), 33 *Am. J. Med. Genet.* 269, 272.

155. D.W. KELLER, R.C. STRICKLER et J.C. WARREN, *op. cit.*, note 29, pp. 203-204.

1. La technique

Il est généralement reconnu que le sperme de donneur devrait être congelé avant l'usage, parce que cela permet : d'effectuer des épreuves de dépistage pour réduire les risques de transmission de maladies infectieuses comme le sida¹⁵⁶ ; la disponibilité accrue de spécimens provenant du même donneur pour des inséminations répétées ; de meilleures chances d'assortir les caractéristiques de la receveuse à celles du donneur¹⁵⁷.

Le sperme peut aussi être congelé si le déposant désire le préserver en vue d'un usage futur. Par exemple, la radiothérapie utilisée pour traiter certains cancers peut avoir comme effet secondaire d'inhiber définitivement la spermatogénèse¹⁵⁸. La mise en banque du sperme avant la radiation peut donc être souhaitable.

Le procédé de l'insémination consiste à déposer le sperme avec une seringue dans le vagin, le col ou l'utérus. Des taux de grossesse encore plus élevés ont été obtenus par le dépôt direct dans la trompe au moyen d'un tube guidé par échographie, mais cette technique n'est encore qu'expérimentale¹⁵⁹.

Le succès de l'insémination artificielle dépend de la synchronisation des différentes étapes. Puisque le spermatozoïde survit environ quarante-huit heures, une première insémination effectuée un ou deux jours avant le moment prévu pour l'ovulation et une autre quarante-huit heures plus tard devraient suffire à couvrir l'intervalle fertile¹⁶⁰. Il est possible de prévoir le moment de l'ovulation avec une certaine précision au moyen de la courbe thermique, de la mesure échographique de la croissance folliculaire et du dosage des taux hormonaux¹⁶¹.

2. Les résultats

Dans la plupart des études effectuées pour établir le taux de grossesse clinique dans les cas d'insémination artificielle hétérologue, on a utilisé des échantillons de sperme frais, c'est-à-dire non congelé. Les résultats sont alors comparables à ceux de l'insémination naturelle : environ 20 pour 100 par cycle, et près de 95 pour 100 après six cycles. Des études ont démontré que la congélation réduit de moitié la motilité, la longévité et la capacité de fécondation des spermatozoïdes. Les taux cumulés de grossesse représentent environ la moitié de ceux obtenus avec du sperme frais et, en moyenne, plusieurs cycles de traitement supplémentaires sont nécessaires pour provoquer une grossesse au moyen de sperme

156. Voir les commentaires à la note 185, *infra*.

157. N.J. ALEXANDER et S. ACKERMAN, *loc. cit.*, note 39, 919.

158. Philip RUBIN et Richard F. BAKEMEIER, *Clinical Oncology: A Multidisciplinary Approach*, 6^e éd., New York, American Cancer Society, 1983, p. 352. Voir aussi D.J. JONES, *loc. cit.*, note 148, 527.

159. R.P.S. JANSEN, *loc. cit.*, note 137, 72.

160. D.W. KELLER, R.C. STRICKLER et J.C. WARREN, *op. cit.*, note 29, p. 211 ; et J. AIMAN, *loc. cit.*, note 154, 282.

161. J. AIMAN, *loc. cit.*, note 154, 281-282.

congelé¹⁶². Le taux d'avortement spontané n'est cependant pas plus élevé avec l'usage de sperme congelé¹⁶³. Comme pour les autres techniques de procréation médicalement assistée, l'âge et la fertilité de la femme ont une incidence sur le taux de grossesse¹⁶⁴.

Le taux de succès de l'insémination artificielle homologue dépend du motif pour lequel elle est pratiquée. Elle constitue la technique de fécondation la moins efficace si le sperme du partenaire constitue la source du problème¹⁶⁵. En revanche, les chances de réussite sont élevées chez les couples dont l'infécondité est imputable à une anomalie anatomique masculine.

3. Les risques

Les principaux risques de l'insémination artificielle hétérologue sont les suivants : l'infection ; la transmission de maladies génétiques ; la consanguinité, si, dans un petit centre, on utilise trop souvent le sperme du même donneur¹⁶⁶ ; les erreurs administratives dans l'appariement du donneur et de la receveuse ; les risques inhérents à l'insémination intra-utérine.

Les risques d'infection augmentent lorsque le sperme est introduit dans le col ou l'utérus. Le sperme non traité peut contenir des micro-organismes sources de maladies infectieuses telles la blennorragie, la chlamydia ou le sida. La pratique de l'entreposage du sperme jusqu'à ce qu'un dépistage adéquat ait été effectué réduit les risques de transmission de ces maladies¹⁶⁷.

Parmi les effets secondaires de l'insémination intra-utérine, soit hétérologue, soit homologue, on constate souvent chez la femme des contractions utérines et, plus rarement, de l'hypotension artérielle, de la bradycardie et de la faiblesse. Des précautions médicales peuvent atténuer ces effets secondaires¹⁶⁸.

162. La fédération française des CÉCOS (Centres d'études et de conservation du sperme humain) a recueilli des données sur environ 17 000 grossesses provoquées avec du sperme congelé. Le taux de succès par cycle est d'environ 8 pour 100, avec un taux de succès cumulé après 12 mois de 66 pour 100. Voir D. Le LANNOU et J. LANSAC, « Artificial Procreation with Frozen Donor Semen: Experience of the French Federation CÉCOS » (1989), 4:7 *Human Reprod.* 757, 759.

163. Jon ALFREDSSON, « Incidence of Spontaneous Abortion Following Artificial Insemination by Donor » (1988), 33:4 *Int. J. Fertil.* 241, 244.

164. D. Le LANNOU et J. LANSAC, *loc. cit.*, note 162, 760. Voir aussi Christopher L.R. BARRATT, Mayur CHAUHAN et Ian D. COOKE, « Donor Insemination — A Look to the Future » (1990), 53:3 *Fertil. Steril.* 375, 382.

165. R.F. SPARK, *op. cit.*, note 29, p. 336. Voir aussi la note 40, *supra*.

166. Si l'on utilise trop souvent le sperme du même donneur, il pourrait, en théorie, arriver que des descendants liés biologiquement à leur insu se rencontrent et procréent, ce qui pourrait entraîner des anomalies génétiques chez leurs descendants. Selon des calculs, ce risque est en fait très bas (moins de 1 pour 1000). J. AÏMAN, *loc. cit.*, note 154, 284. Le risque de consanguinité dépend de la taille de la collectivité desservie par le centre.

167. Voir le texte sous la rubrique « La sélection des gamètes et des embryons », *infra*, p. 37.

168. Les effets secondaires peuvent souvent être corrigés au moyen d'aspirine. Voir J. AÏMAN, *loc. cit.*, note 154, 284.

La sélection adéquate des donneurs, sur laquelle nous reviendrons plus à fond, diminue les risques de transmission des maladies génétiques, dans la mesure où elle permet au couple d'apprécier, avant d'accepter, les risques auxquels est exposé l'enfant devant naître de l'intervention. Par ailleurs, le retrait des donneurs après un certain nombre de dons réduit les risques de consanguinité. Plus la collectivité est petite, moindre est le nombre de fois où un individu devrait être admis à donner son sperme.

4. Le donneur

La pratique habituelle consiste à ne pas dévoiler à la receveuse l'identité du donneur. Les étudiants en médecine et autres étudiants universitaires agissent souvent comme donneurs de sperme, probablement en raison du fait que les cliniques de fertilité sont généralement situées à proximité des universités. À certains endroits, cependant, les donneurs sont sollicités au moyen d'annonces dans les médias¹⁶⁹. Les centres canadiens exploitent en général leur propre banque de sperme ; il leur arrive à l'occasion d'importer du sperme d'endroits comme New York et la Californie¹⁷⁰.

E. Le don d'ovule et d'embryon

Le don d'ovule devient une solution de plus en plus intéressante en cas de stérilité imputable, par exemple, à une ménopause précoce. De fait, en 1987, dix-sept centres américains ont déclaré avoir recours aux dons d'ovule pour l'application des techniques de fécondation in vitro ou d'implantation tubaire de gamètes, comparativement à un seul centre en 1985-1986¹⁷¹. Le don d'ovule est surtout indiqué en cas d'absence ou de dysfonction des ovaires, ou lorsque la femme est porteuse du gène d'une affection génétique¹⁷².

Le don d'embryon consiste dans le transfert d'un embryon n'ayant aucun lien génétique avec le couple receveur. Cet embryon peut être donné par le couple qui a eu recours à la fécondation in vitro et qui a produit un nombre d'embryons trop élevé pour ses besoins personnels.

La congélation d'embryons résout certains dilemmes d'ordre éthique pour la médecine et le droit, tout en en créant d'autres. Ainsi, elle reporte le problème des embryons surnuméraires, mais ne le supprime pas : s'ils ne sont pas utilisés, il faudra tôt ou tard

169. SOCIÉTÉ CANADIENNE DE FERTILITÉ ET D'ANDROLOGIE, *op. cit.*, note 11, p. 5.

170. Voir le *Rapport sur le sperme humain de 1981*, *op. cit.*, note 149, p. 13 et suiv.

171. *U.S. IVF/ET 1989*, *loc. cit.*, note 75, 17. Voir aussi MEDICAL RESEARCH INTERNATIONAL AND AMERICAN FERTILITY SOCIETY SPECIAL INTEREST GROUP, « In Vitro Fertilization/Embryo Transfer in the United States: 1985 and 1986 Results from the National IVF/ET Registry » (1988), 49:2 *Fertil. Steril.* 212, 214 (ci-après *U.S. IVF/ET 1988*).

172. J. LEETON, A. TROUNSON et C. WOOD, « The Use of Donor Eggs and Embryos in the Management of Human Fertility » (1984), 24:4 *Aust. N.Z. J. Obstet. Gynaec.* 265.

en disposer. Les principaux avantages de la congélation d'embryons sont les suivants : le procédé permet de limiter le nombre d'embryons réimplantés dans un cycle de fécondation *in vitro*, et de réduire ainsi le risque de grossesse multiple ; il permet, en cas d'échec du premier cycle de fécondation *in vitro*, de faire plus tard d'autres tentatives au cours de cycles naturels, sans autre prélèvement d'ovocytes ; il permet de mettre sur pied des programmes plus simples de don d'embryon.

Au début de son développement, le zygote peut supporter des dommages cellulaires limités au cours du processus de congélation et de décongélation, puisque toutes les cellules sont, à ce stade, aptes à former un embryon. Par conséquent, l'embryon congelé au stade des quatre cellules peut survivre à la décongélation avec seulement trois cellules, tout en conservant un potentiel de développement normal¹⁷³.

1. La technique

Nous avons décrit dans le présent chapitre le procédé général de la ponction d'ovocytes¹⁷⁴. Certains auteurs font mention de méthodes de prélèvement par lavage, même si elles ne sont pas utilisées au Canada. Il s'agit de soumettre la donneuse à une stimulation ovarienne, avec ou sans insémination, puis d'expulser les ovules ou les embryons de l'utérus à l'aide d'une solution¹⁷⁵.

Dans les cas où les cycles ovulatoires de la receveuse sont normaux, ils doivent être synchronisés avec ceux de la donneuse, afin que la paroi utérine de la receveuse soit prête pour l'implantation. Si ses cycles ne sont pas normaux, comme dans le cas d'une ménopause précoce, on administre des hormones pour simuler un cycle normal. Au moment du transfert des embryons ou des gamètes, les niveaux hormonaux de la receveuse doivent être suffisants pour permettre l'implantation ; ils doivent être maintenus ainsi jusqu'à ce que le placenta de l'embryon en cours de développement produise lui-même les hormones de grossesse, soit environ huit à douze semaines plus tard¹⁷⁶.

173. A. TROUNSON, *loc. cit.*, note 118, 140. Une étude internationale effectuée dans 24 centres et terminée en décembre 1986 a démontré que, sur 3 577 embryons congelés, environ 50 pour 100 pouvaient être réimplantés. Le taux de grossesse par transfert a été établi à 13 pour 100 et le taux d'avortement spontané à 26 pour 100. Le taux d'accouchement n'est pas clair, les auteurs n'ayant fait aucune distinction entre les grossesses unipares et les grossesses multipares. André C. VAN STEIRTEGHEM et Etienne VAN DEN ABBEEL, « Survey on Cryopreservation » (1988), 541 *Ann. N.Y. Acad. Sci.* 571. Pour plus de renseignements sur le taux de succès des grossesses obtenues par l'implantation d'embryons congelés, voir Jacques TESTART, « Results of In Vitro Fertilization With Embryo Cryopreservation and a Recommendation for Uniform Reporting » (1988), 49:1 *Fertil. Steril.* 156.

174. *Supra*, pp. 15-16.

175. Mark V. SAUER, Robert E. ANDERSON et Richard J. PAULSON, « A Trial of Superovulation in Ovum Donors Undergoing Uterine Lavage » (1989), 51:1 *Fertil. Steril.* 131. La méthode du don d'embryon au moyen de la stimulation ovarienne, de l'insémination et du lavage est jugée inacceptable dans certains pays, en raison du risque important de grossesse non désirée auquel s'expose la donneuse. Voir P.A.W. ROGERS et autres, « Oocyte Donation », dans C. WOOD et A. TROUNSON (dir.), *op. cit.*, note 52, p. 143, à la page 146.

176. P.A.W. ROGERS et autres, *loc. cit.*, note 175, 148-151.

2. La donneuse d'ovule

Le type de la donneuse d'ovule se trouve généralement dans l'une ou l'autre des catégories suivantes : la femme qui se soumet à une ponction d'ovocytes pour ses propres besoins de procréation, celle qui subit une stérilisation, la donneuse volontaire anonyme, la donneuse connue (amie ou parente sollicitée par la receveuse)¹⁷⁷.

Le procédé de stimulation ovarienne et de prélèvement d'ovocytes comporte de légers risques médicaux. Quant à savoir si ces risques sont raisonnables dans le cas d'un don pour motifs purement altruistes, la question reste controversée. En théorie, la meilleure candidate au don d'ovule est probablement celle qui subit l'intervention pour ses propres besoins, lorsque le nombre d'ovules prélevés est supérieur à ce qui lui est nécessaire. Là où des installations de cryoconservation sont disponibles, toutefois, il est probable que le couple préférera faire féconder les oeufs qui restent et congeler les embryons en vue d'un usage personnel futur¹⁷⁸. L'intérêt pratique de cette hypothèse est donc limité.

On a souvent recours à une donneuse connue¹⁷⁹. Les auteurs invitent toutefois à la prudence : l'avenir des relations psychologiques entre l'enfant, la mère et la donneuse constitue un aspect important à considérer¹⁸⁰. De plus, si le motif du don est de prévenir la transmission d'affections génétiques, le recours à une parente est sujet à caution. Enfin, lorsqu'il s'agit d'éviter des risques importants d'anomalies génétiques dus à la consanguinité, la sœur du mari est une donneuse contre-indiquée, à moins que le sperme utilisé provienne d'un donneur.

Le dernier groupe de donneuses types est celui des femmes qui se font stériliser volontairement¹⁸¹. Puisqu'elles ont déjà décidé de subir l'intervention radicale que constitue la stérilisation, le seul risque qu'elles courent est celui que comporte la stimulation ovarienne.

177. *Id.*, 145-146.

178. La congélation des ovules n'est pas encore une pratique courante, quoique quatre enfants soient nés dans le monde grâce à des ovules qui avaient été congelés. L'oeuf humain est particulièrement vulnérable aux dommages qui peuvent survenir au cours du processus de congélation et de décongélation. Le risque réside dans une anomalie au cours de la division cellulaire subséquente, laquelle peut entraîner un nombre anormal de chromosomes ; le revêtement protecteur entourant l'ovule peut aussi être endommagé, ce qui permet à plus d'un spermatozoïde de le féconder. De plus amples études sont nécessaires dans ce domaine pour connaître l'avenir de la congélation de l'oeuf humain. A. TROUNSON, *loc. cit.*, note 118, 138-139. Voir aussi Christopher CHEN, « Pregnancies after Human Oocyte Cryopreservation » (1988), 541 *Ann. N.Y. Acad. Sci.* 541, 547.

179. Mark V. SAUER et autres, « Survey of Attitudes Regarding the Use of Siblings for Gamete Donation » (1988), 49:4 *Fertil. Steril.* 721.

180. Voir à ce sujet ILA, *op. cit.*, note 76, p. 15. Au terme d'une rencontre multidisciplinaire portant sur le don d'ovule, l'organisme a décidé que, tout comme les donneurs de sperme, les donneuses d'ovule devraient demeurer anonymes (*Authority's Guideline* 13(j), *id.*, p. 47).

181. P.A.W. ROGERS et autres, *loc. cit.*, note 175, 146. Ce groupe de donneuses présente un autre avantage : leur fertilité a, dans la plupart des cas, déjà été démontrée.

F. La maternité de substitution

Dans le présent contexte, la femme porteuse est celle qui consent à mener à terme une grossesse avec l'intention de remettre le nouveau-né aux parents « sociaux » ou « contractuels ». Indépendamment des questions d'ordre éthique et juridique importantes que soulève ce phénomène, il convient d'analyser les circonstances dans lesquelles la maternité de substitution pourrait être indiquée¹⁸² : l'utérus présente une anomalie importante ou est absent (la maternité de substitution est alors la seule façon de procréer) ; le milieu dans lequel se développe le fœtus risque d'être néfaste à ce dernier (par exemple lorsque la mère doit, pour sa propre santé, prendre continuellement des médicaments nuisibles au fœtus) ; la grossesse présente un danger considérable pour la santé de la mère, par exemple si elle souffre de cardiopathie grave. Les deux derniers types de situation évoquent la nécessité d'un environnement plus sûr pour la grossesse, mais ne sont pas considérés comme des indications absolues.

Il existe plusieurs combinaisons possibles de liens entre la femme porteuse et les futurs parents. L'ovule peut provenir de la femme porteuse¹⁸³ ou de la mère sociale, ou encore être donné par une tierce personne. Le sperme peut être celui du père social ou d'un donneur. En tout, six combinaisons de filiation biologique sont possibles.

Presque aussi nombreuses, les techniques de fécondation utilisées peuvent être classées en deux catégories : la fécondation *in vitro* et la fécondation *in vivo*, notamment l'implantation tubaire de gamètes, l'insémination artificielle et l'insémination naturelle. La fécondation *in vitro* et l'implantation tubaire sont surtout utilisées dans les cas où l'ovule n'est pas fourni par la femme porteuse.

On considère parfois comme une variante de la maternité de substitution la technique (appelée *SET* en anglais) consistant à féconder *in vivo*, par insémination artificielle, l'ovule d'une donneuse, à recueillir l'embryon par lavage et à le transférer à la femme qui le portera ; quoi qu'il en soit, cette technique est examinée ici dans le contexte du don d'ovule et d'embryon¹⁸⁴.

V. La sélection des gamètes et des embryons

Le don de sperme constitue maintenant un palliatif bien accepté à l'infertilité ; avec la mise au point de techniques plus simples pour le prélèvement, le don d'ovule devrait

182. Pour un examen des grossesses qui comportent des risques importants pour la mère ou le fœtus, voir J.A. PRITCHARD, P.C. MACDONALD et N.F. GANT, *op. cit.*, note 89, pp. 494, 592, 608, 802.

183. Dans le présent document, nous appellerons « mère de substitution » la femme porteuse qui, en fournissant l'ovule, se trouve être également la mère génétique ou biologique de l'enfant faisant l'objet du contrat.

184. Voir *supra*, note 175.

aussi devenir plus courant. Pour la receveuse, le risque principal du don de gamètes est la transmission de maladies infectieuses. Pour l'enfant, les risques comprennent à la fois les maladies infectieuses (tel le cytomégalovirus) et les affections génétiques. Quoique les avantages du dépistage des maladies infectieuses et génétiques aient été largement diffusés et prônés mondialement, il est encore permis de craindre que certaines cliniques se montrent réfractaires aux recommandations de contrôle¹⁸⁵ établies par les organismes professionnels tels l'American Fertility Society¹⁸⁶ et la Société canadienne de fertilité et d'andrologie¹⁸⁷.

La possibilité, même très mince, que le virus du sida soit transmis par du sperme donné a entraîné la prise de recommandations rigoureuses, suivant lesquelles le sperme de tout donneur au Canada doit être congelé et entreposé pendant au moins six mois, jusqu'à ce que le donneur soit à nouveau soumis à une épreuve de dépistage du virus. Ce processus est nécessaire parce que la présence du virus dans le sang du donneur peut ne pas être décelable pendant un certain temps¹⁸⁸.

185. Une étude américaine terminée en 1987 auprès de 11 000 médecins participant à des programmes d'insémination artificielle hétérologue a démontré qu'un cinquième des centres ne vérifiaient pas la présence de maladies transmises sexuellement chez les donneurs et que moins de la moitié effectuaient des épreuves de dépistage des maladies génétiques. Par ailleurs, parmi ceux qui effectuaient ces épreuves, plusieurs ne le faisaient pas correctement : par exemple, dans certains cas, des donneurs ont été rejetés sans raison alors que dans d'autres, ils ont été acceptés malgré l'existence d'un risque important. Voir OTA, *Artificial Insemination: Practice in the United States*, Washington (D.C.), OTA, 1988, pp. 8, 33-40. Une étude de la Commission de réforme du droit de l'Ontario réalisée en 1984 auprès de 16 médecins pratiquant des inséminations artificielles hétérologues en Ontario a révélé que les pratiques de sélection des donneurs varient considérablement. Voir CRDO, *op. cit.*, note 2, p. 22, n. 36-38. Voir aussi C.L.R. BARRATT, M. CHAUHAN et I.D. COOKE, *loc. cit.*, note 164.

186. THE AMERICAN FERTILITY SOCIETY, « New Guidelines for the Use of Semen Donor Insemination: 1990 » (1990), 53:3 (suppl. 1) *Fertil. Steril.* 1S et suiv., voir également *infra*, note 190.

187. SOCIÉTÉ CANADIENNE DE FERTILITÉ ET D'ANDROLOGIE, *op. cit.*, note 11, p. 3. La Société a adopté en 1988 des normes et principes directeurs pour l'insémination thérapeutique hétérologue, dans lesquels elle déclare : « Une attention soutenue aux divers aspects de l'examen et du suivi des donneurs permettra de réduire au minimum les risques de transmission de maladies génétiques ou autres. Il est possible d'y arriver en s'appuyant sur les connaissances et les techniques les plus sûres. »

188. La littérature fait état de six cas d'infection par le virus VIH à la suite d'insémination au moyen de sperme congelé (4 en Australie et 2 au Canada). Voir SANTÉ ET BIEN-ÊTRE SOCIAL CANADA, CENTRE FÉDÉRAL SUR LE SIDA, « Lignes de conduite pour la prévention de l'infection à VIH dans la transplantation d'organe et de tissu » (octobre 1989), 15S4 (suppl.) *Rapport hebdomadaire des maladies au Canada* 1, 2. Un rapport plus récent provenant de la ville de New York révèle que le sperme de six hommes porteurs du virus du sida a été utilisé pour inséminer 178 femmes, dont une a récemment été déclarée séropositive. À ce sujet, voir Mary Ann CHIASSON, Rand L. STONEBURNER et Stephen C. JOSEPH, « Human Immunodeficiency Virus Transmission through Artificial Insemination » (1990), 3 *J. Acquired Immune Deficiency Syndrome* 69. Voir aussi SOCIÉTÉ CANADIENNE DE FERTILITÉ ET D'ANDROLOGIE, *op. cit.*, note 11, p. 3, où la Société déclare : « à cause des risques associés à son usage en ITSD [insémination thérapeutique avec sperme de donneur], le sperme frais ne saurait convenir dans les conditions actuelles. La cryoconservation du sperme doit donc s'effectuer dans un cadre assurant un contrôle rigoureux des donneurs en regard de la menace du SIDA, de sorte que seul le sperme préalablement conservé pendant au moins six mois puisse servir en ITSD ». Voir aussi Edwin P. PETERSON, Nancy J. ALEXANDER et Kamran S. MOGHISSI, « A.I.D. and AIDS: Too Close for Comfort » (1988), 49:2 *Fertil. Steril.* 209 ; C.L.R. BARRATT, M. CHAUHAN et I.D. COOKE, *loc. cit.*, note 164.

Parmi les autres maladies infectieuses qui devraient donner lieu à des contrôles, par culture de sperme ou analyses sanguines, mentionnons l'hépatite, le cytomégalovirus, l'herpès, la blennorragie, la chlamydia et le mycoplasme¹⁸⁹. Une vérification attentive du genre de vie et des antécédents médicaux et sexuels des donneurs réduit aussi le risque de transmission des maladies infectieuses, les donneurs à risque élevé pouvant alors être écartés¹⁹⁰.

Bien que l'on ignore encore si les micro-organismes en cause peuvent être transmis par l'ovule, les donneuses devraient être soumises aux mêmes épreuves de dépistage que les donneurs de sperme¹⁹¹. Comme la congélation d'ovules n'est pas encore très répandue¹⁹², le délai entre le don et l'acceptation de l'ovule par la receveuse est limité. Par conséquent, un contrôle rapide et aussi poussé que possible s'impose pour assurer la sécurité de la receveuse et de sa grossesse éventuelle¹⁹³. Le risque de transmettre une maladie génétique par le don d'ovule est aussi élevé, sinon davantage, que par le don de sperme, en raison du danger supplémentaire que représentent les maladies liées au chromosome X. Il est donc important, malgré les contraintes de temps, que les lignes directrices prescrites pour le dépistage des maladies génétiques soient rigoureusement observées, afin que la receveuse soit en mesure de prendre une décision bien informée au chapitre des risques en jeu¹⁹⁴.

Le don d'embryon exige en plus le contrôle génétique complet des deux parents, ce qui représente un fardeau supplémentaire, mais nécessaire. Idéalement, ces données devraient être conservées dans des registres pour pouvoir être consultées si une anomalie est décelée à la naissance ou si une affection génétique se manifeste plus tard¹⁹⁵. La même rigueur dans le dépistage des maladies transmises sexuellement et des maladies génétiques devrait s'appliquer à la maternité de substitution.

189. SOCIÉTÉ CANADIENNE DE FERTILITÉ ET D'ANDROLOGIE, *op. cit.*, note 11, p. 6, n° 4.

190. Voir *id.*, p. 5, n° 2 ; Ruth M. GREENBLATT et autres, « Screening Therapeutic Insemination Donors for Sexually Transmitted Diseases: Overview and Recommendations » (1986), 46:3 *Fertil. Steril.* 351.

191. THE AMERICAN FERTILITY SOCIETY, THE ETHICS COMMITTEE, « Ethical Considerations of the New Reproductive Technologies » (1986), 46:3 (suppl. 1) *Fertil. Steril.*

192. Voir *supra*, note 178.

193. Pour un examen détaillé de la question du dépistage, voir P. JALBERT et autres, *loc. cit.*, note 154, 269-275 ; F. Clarke FRASER et R. Allan FORSE, « On Genetic Screening of Donors for Artificial Insemination » (1981), 10 *Am. J. Med. Genet.* 399 ; SOCIÉTÉ CANADIENNE DE FERTILITÉ ET D'ANDROLOGIE, *op. cit.*, note 11, p. 18 ; voir également THE AMERICAN FERTILITY SOCIETY, *loc. cit.*, note 186.

194. Le Collège canadien des généticiens médicaux s'emploie actuellement à élaborer des lignes directrices pour le dépistage des maladies génétiques chez les donneuses d'ovule (communication privée avec le Dr F.C. Fraser).

195. Les auteurs font valoir qu'en cas de don de gamètes ou d'embryon, il peut s'avérer important de tenir des dossiers (en utilisant des codes pour protéger l'anonymat des donneurs et des receveuses) permettant d'avertir le donneur en cas d'anomalie chez l'enfant. Selon l'un des rapports, la notification est opportune lorsque la maladie est grave, qu'elle risque de se reproduire chez les descendants et qu'elle peut être évitée. Voir P. JALBERT et autres, *loc. cit.*, note 154, 272. Il semble que la notification des donneurs devrait faire l'objet de plus amples études.

Pour souligner l'importance de ce qui précède, prenons l'exemple de la femme porteuse qui, à l'insu des parents sociaux, est porteuse du virus VIH. Plus tard, on découvre que le nouveau-né est également séropositif. Ni les parents sociaux ni la femme porteuse ne veulent garder l'enfant. En l'occurrence, bien que la femme porteuse fût la sœur de la mère sociale, elle n'avait pas révélé qu'elle était toxicomane et donc exposée à des risques élevés de contracter la maladie¹⁹⁶. Cela prouve que, même si le donneur est connu, il est important d'effectuer les contrôles appropriés, et met en évidence les risques qu'une carence à cet égard fait courir à l'enfant.

196. Winston R. FREDERICK et autres, « HIV Testing of Surrogate Mothers » (1987), 317:21 *New Eng. J. Med.* 1351 (lettre).

TABLEAU I : Résultats internationaux de la fécondation in vitro

Pays	Nombre de cycles hormonaux (CH)	Nombre de couples traités (CT)	Nombre de transferts d'embryon (TE)	Nombre de grossesses cliniques (GC)	GC/CH	GC/CT	Nombre d'avortements spontanés (AS)	AS/GC	Nombre de grossesses ectopiques (GE)	GE/GC	Nombre d'accouchements (A)	A/CH	Nombre de naissances vivantes (NV)	NV/CH	Nombre de naissances multiples (NM)	NM/A
Canada 1982-1988	5 921	3 277	4 474	667	11,3%	20,4%	150	22,5%	47	7%	—	—	460	7,9%	—	—
Royaume-Uni 1988	10 489	7 515	6 553	1 354	12,9%	18%	264	19,5%	69	5%	—	—	956	9%	—	24%
Australie et Nouvelle-Zélande 1986	4 507	—	—	612	13,6%	—	159	26%	36	5,8%	417	9,3%	—	—	—	—
1979-1985	—	—	—	1 259	—	—	—	24,3%	65	5,2%	902	—	1 138	—	—	22,4%
États-Unis 1987	—	—	7 561	1 367	—	—	344	25%	103	7,5%	991	—	1 260	—	—	24%
1986	4 867	3 055	2 864	485	10%	16,9%	151	31,1%	22	4,5%	—	—	311	6,4%	—	—

Sources : Canada : S.E. BROWN, *loc. cit.*, note 80, 28, 31. Royaume-Uni : *The Fifth Report of the Interim Licensing Authority for Human In Vitro Fertilisation and Embryology 1990*, *op. cit.*, note 76, pp. 20-22. Australie et Nouvelle-Zélande : 1986 : F.J. STANLEY, *loc. cit.*, note 70, 425 ; 1979-85 : AUSTRALIAN IN-VITRO FERTILIZATION COLLABORATIVE GROUP, *loc. cit.*, note 74, 429-436. États-Unis : 1987 : MEDICAL RESEARCH INTERNATIONAL AND THE SOCIETY OF ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGY, *loc. cit.*, note 75, 13-18 ; 1986 : MEDICAL RESEARCH INTERNATIONAL AND AMERICAN FERTILITY SOCIETY SPECIAL INTEREST GROUP, *loc. cit.*, note 171, 213-214.

TABLEAU II : Résultats internationaux de l'implantation tubaire de gamètes (GIFT)

Pays	Nombre de traitements GIFT	Nombre de grossesses cliniques (GC)	GC/GIFT	Nombre d'avortements spontanés (AS)	AS/GC	Nombre de grossesses ectopiques (GE)	GE/GC	Nombre d'accouchements (A)	A/GIFT	Nombre de naissances vivantes (NV)	Nombre de naissances multiples (NM)	NM/A
Royaume-Uni 1988	3 392	707	21%	—	—	—	—	—	—	—	139	20%
Australie, 1986	607	136	22%	21	15%	7	5%	108	18%	—	—	—
États-Unis 1987	1 968	492	25%	116	24%	30	6%	362	18%	489	103	28%

Sources : Royaume-Uni : *The Fifth Report of the Interim Licensing Authority for Human In Vitro Fertilisation and Embryology 1990*, *op. cit.*, note 76, pp. 20-22. Australie : H.W. JONES, Jr. et P.A.W. ROGERS, *loc. cit.*, note 73, 60. États-Unis : MEDICAL RESEARCH INTERNATIONAL AND THE SOCIETY OF ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGY, *loc. cit.*, note 75, 16.

TABLEAU III : Effets sur la grossesse du nombre d'embryons transférés

Nombre d'embryons transférés	Australie et Nouvelle-Zélande (1979-1985)		Royaume-Uni (1988)		Canada (1984-1987)	
	% de grossesse clinique	% de grossesse multiple	% de grossesse clinique	% de grossesse multiple	% de grossesse clinique	% de grossesse multiple
1	—	1	9,6	1	11	0
2	—	12	14,2	13,1	12	11
3	—	33	25,2	29,2	20	20
4	—	30	23,4	24,2	22	15
5	—	13	—	—	24	29

Sources : Canada : A. A. YUZPE et autres, *loc. cit.*, note 66, 169. Royaume-Uni : *The Fifth Report of the Interim Licensing Authority for Human In Vitro Fertilisation and Embryology 1990*, *op. cit.*, note 76, p. 24. Australie et Nouvelle-Zélande : Paul A. L. LANCASTER, « How Many Oocytes/Embryos Should Be Transferred? » (1987), *U:8550 Lancet* 109, 110 (lettre).

CHAPITRE DEUX

Les interrogations du droit canadien

De façon générale, nous pouvons affirmer que le droit canadien s'adapte difficilement aux diverses situations que rend possible la procréatique. Dans ce deuxième chapitre, nous allons donc exposer les principaux problèmes que cette technologie pose au droit. L'ampleur de la tâche apparaît évidente lorsqu'on constate la variété des branches du droit et des textes de lois — tant fédéraux que provinciaux — qui entrent en jeu. Le cadre juridique dans lequel évolue la procréation médicalement assistée est en effet très large. Il est constitué de diverses notions, principes et branches du droit tels que l'ordre public, le principe de la non-disponibilité du corps humain pour le commerce¹⁹⁷, le droit à la vie, le droit à la liberté, la filiation, le droit des biens, le droit des contrats et le droit de la responsabilité. Afin de bien définir les problèmes posés au droit par la procréatique, nous étudierons les principales règles de droit applicables en la matière.

I. La procréatique et le droit privé

Comme nous le verrons, plusieurs aspects du droit privé intéressent la procréation médicalement assistée. Ainsi, nous étudierons les règles qui régissent le consentement, la filiation, les successions, les contrats, les biens et la responsabilité, ainsi que leurs effets sur le recours à l'insémination artificielle, à la fécondation *in vitro*, à l'implantation tubaire de gamètes et au prélèvement d'embryon par lavage utérin. Puisque les parents potentiels, le donneur éventuel, l'enfant et les intervenants médicaux sont les principales personnes touchées par les problèmes juridiques que soulèvent ces techniques, c'est sous l'angle de chacun de ces protagonistes que nous allons procéder à notre analyse des règles du droit privé.

A. Les parents potentiels

1. Le consentement

La décision d'avoir un enfant est une décision privée qui reflète normalement, dans le cadre d'une union maritale, la volonté d'un couple. Or, la procréatique permet à la

197. Voir *infra*, p. 47 et suiv.

femme de concevoir un enfant sans l'intervention de son partenaire, d'où le problème de l'attribution de la paternité à un homme qui n'est pas génétiquement lié à l'enfant et qui n'a pas consenti à la conception¹⁹⁸. Indépendamment des recours dont dispose le partenaire (séparation, divorce, désaveu)¹⁹⁹, nous pouvons nous interroger sur l'opportunité d'une intervention spécifique du législateur. Notre droit devrait-il exiger le consentement des deux conjoints comme condition d'accès aux différentes techniques de procréation médicalement assistée ?

Les difficultés que poserait une telle intervention sautent aux yeux. La reconnaissance au mari d'un droit de regard sur la conception d'un enfant se heurte en effet au droit de la femme de disposer de son propre corps ainsi qu'à son autonomie en matière de procréation²⁰⁰.

À l'heure actuelle, seuls le Québec, le Yukon et Terre-Neuve se sont dotés de dispositions relatives au consentement en matière de procréation médicalement assistée, sans toutefois en prévoir la forme. L'article 586 du *Code civil du Québec* (C.c.Q.) se lit ainsi :

Le recours en désaveu ou en contestation de paternité n'est pas recevable si l'enfant a été conçu par insémination artificielle, soit des œuvres du mari, soit des œuvres d'un tiers, du *consentement* des époux [mis en italique par nos soins]²⁰¹.

198. Nous visons ici le cas où l'enfant est conçu grâce aux gamètes d'une tierce personne, le sperme du conjoint ne pouvant être utilisé sans son consentement.

199. Michèle RIVET, « Quand la médecine intervient dans la genèse de la conception, que fait le droit ? Ou le délicat problème de l'insémination artificielle », dans ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Le corps humain et le droit : Journées Belges*, t. 26, Paris, Dalloz, 1977, p. 87, à la page 95 : « [L]'insémination artificielle sans le consentement du mari ne constitue pas un adultère mais constitue en soi une offense matrimoniale qui devrait être sanctionnée en elle-même, qu'il s'agisse d'IAD ou d'IAH. » Jean-Louis BAUDOUIN, « Aspects juridiques », dans Marcel J. Melançon (dir.), *L'insémination artificielle thérapeutique*, Québec, P.U.L., 1983, p. 113, à la page 121 :

[D]ans tous les systèmes juridiques, les époux, de par leur mariage, assument l'un envers l'autre l'obligation de fidélité, de secours et d'assistance. Il est donc tout à fait logique, dans cette perspective, d'admettre qu'une hétéro-insémination pratiquée à l'insu du mari puisse constituer dans les faits une rupture de ces obligations et devenir une cause de divorce ou de séparation de corps, au titre général de « sévices et injures graves », de « cruauté mentale », ou « d'atteinte irréversible à la volonté de maintenir le lien du mariage.

200. Certains voient dans l'exigence du consentement du mari une contradiction avec la législation en matière de santé. Voir à ce sujet Bartha Maria KNOPPERS, *Conception artificielle et responsabilité médicale*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1986, p. 96 ; en matière de consentement au traitement médical ou d'obtention de services médicaux, le respect de l'autonomie de la personne prime. En conséquence, si la personne est en mesure de manifester sa propre volonté, le consentement de son conjoint ne peut être exigé pour l'administration de ces soins. Voir également Ellen I. PICARD, *Legal Liability of Doctors and Hospitals in Canada*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1984, pp. 62-63. Au Québec, l'art. 156 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., ch. S-5, stipule que « [l]e consentement du conjoint ne peut être exigé pour la prestation de services dans un établissement ». Voir également les art. 19, 19.1 à 19.4 du *Code civil du Bas Canada* (C.c.) et l'art. 10 et suiv. du *Code civil du Québec*, projet de loi 125 (1^{re} lecture, 18 décembre 1990), 1^{re} session, 34^e législature (Québec), (ci-après projet de loi 125). Pour l'Ontario, voir la *Loi de 1986 sur le droit de la famille*, L.O. 1986, ch. 4, par. 64(2) : « Il est reconnu à la personne mariée la même capacité juridique à toute fin et en toute matière que si elle n'était pas mariée ».

201. Le projet de loi 125, précité, note 200, reprend ces principes à l'art. 580 :

Nul ne peut contester la filiation de l'enfant pour une raison tenant au caractère médicalement assisté de sa procréation et l'enfant n'est pas recevable à réclamer un autre état.

D'aucuns voient dans cette disposition l'exigence du consentement du mari. À la lecture de l'article, cependant, ce consentement n'est rien d'autre qu'une fin de non-recevoir au recours en désaveu et en contestation de paternité en cas de litige portant sur des questions de filiation, de divorce ou de succession²⁰². Il ne s'agit donc pas de reconnaître un pouvoir décisionnel au mari mais plutôt d'assortir de conséquences son consentement à l'insémination²⁰³, en l'empêchant d'arguer de l'absence de lien biologique pour désavouer un enfant dont il a voulu la conception. Nous reviendrons d'ailleurs sur cette question.

Les recours qui s'offrent au mari²⁰⁴ et l'importance du droit de la femme de disposer de son propre corps ainsi que son autonomie en matière de procréation amènent la Commission à conclure qu'il n'y a pas lieu d'exiger le consentement du mari en matière de procréation médicalement assistée.

Il est important de mentionner que la question du consentement des deux futurs parents peut être posée dans une autre perspective, celle de l'opportunité de protéger légalement la biparentalité hétérosexuelle de la cellule familiale. En effet, exiger le consentement des deux futurs parents aurait pour conséquence d'empêcher les personnes seules et les couples homosexuels de recourir à la procréation médicalement assistée. Il est évident qu'une telle

Cependant, le mari de la mère peut désavouer l'enfant ou contester la reconnaissance s'il n'a pas consenti à la procréation médicalement assistée ou s'il prouve que l'enfant n'est pas issu de celle-ci.

Pour le Yukon, voir *Children's Act*, R.S.Y.T. 1986, ch. 22, par. 13(3) à 13(5). Le par. 13(3) se lit ainsi : [TRADUCTION] « L'homme qui est marié à une femme au moment où elle est inséminée artificiellement avec le sperme d'un autre homme seulement est réputé en droit être le père de l'enfant né de l'insémination s'il a consenti à l'avance à l'insémination. » Pour Terre-Neuve, voir, au même effet, *The Children's Law Act*, S.N. 1988, ch. 61, par. 12(3).

202. Les dispositions du Yukon et de Terre-Neuve se trouvent sous la rubrique « Establishment of Parentage ».

203. Nous retrouvons d'ailleurs une position analogue à l'art. 11.2 du *An Act to amend the Uniform Child Status Act*, adopté en août 1991 (ci-après loi modifiant la loi uniforme sur le statut de l'enfant) et modifiant le *Uniform Child Status Act* (1980), CONFÉRENCE SUR L'UNIFORMISATION DES LOIS AU CANADA, *Consolidation of Uniform Acts*, Frédéricicton (N.-B.), la Conférence (révision permanente), p. 5-1 (ci-après loi uniforme sur le statut de l'enfant).

[TRADUCTION]

11.2. Par dérogation au paragraphe 6(3), dans le cas d'un enfant né, avant ou après l'entrée en vigueur du présent article, à la suite d'une procréation assistée, la présomption de paternité prévue à l'article 9 ne peut être combattue que par la preuve de l'une ou l'autre des circonstances suivantes :

- a) le père présumé :
 - (i) d'une part, n'est pas le père génétique de l'enfant,
 - (ii) d'autre part, n'a pas consenti à être le père d'un enfant conçu artificiellement ou a retiré son consentement avant la conception ;
- b) lorsque le sperme utilisé pour la conception est celui du père présumé :
 - (i) d'une part, le père présumé n'a pas consenti à être le père d'un enfant conçu artificiellement ou a retiré son consentement avant la conception,
 - (ii) d'autre part, l'enfant n'a pas été conçu à la suite de rapports sexuels entre la mère et le père présumé.

204. Voir *supra*, p. 44.

mesure soulèverait, d'une part, d'importantes questions d'ordre constitutionnel et devrait, d'autre part, refléter un choix social entre certaines valeurs fondamentales. C'est là toute la question de l'accès aux différentes techniques de procréation médicalement assistée que nous étudierons en détail plus loin.

2. L'autorité sur les gamètes et les embryons

La personne ou le couple infertile qui a recours aux services d'une banque pour la conservation de ses gamètes ou de ses embryons entend normalement conserver la faculté exclusive d'en disposer²⁰⁵. Il faut toutefois s'interroger sur les fondements juridiques de cette faculté. Pourrait-il s'agir d'un droit de propriété ou de possession, ou encore d'une relation contractuelle (le respect du consentement et l'intention de la personne qui fait un dépôt) ? Dans trois arrêts, l'un rendu en France en 1984²⁰⁶, les deux autres aux États-Unis en 1989 — *Davis*²⁰⁷ et *York*²⁰⁸ —, les tribunaux ont été appelés à statuer sur cette question. Nous nous intéresserons d'abord au dépôt de gamètes visé par l'arrêt français, puis nous verrons le sort réservé aux embryons dans les jugements américains.

En 1984, dans l'affaire *Parpalaix*²⁰⁹, un tribunal français s'est vu saisi d'un litige opposant un centre d'étude et de conservation de sperme (CÉCOS) et la veuve d'un homme qui y avait déposé son sperme. Le centre refusait d'obtempérer à la demande de la veuve qui désirait récupérer le sperme en vue de subir une insémination artificielle. La demanderesse plaidait qu'un contrat de dépôt avait été conclu entre son mari et le CÉCOS.

Le juge a décidé que, en l'espèce, il ne s'agissait pas d'un contrat de dépôt mais plutôt d'un contrat innommé par lequel le CÉCOS s'engageait à conserver et à remettre le sperme, sur demande, soit au géniteur, soit à ses héritiers après son décès. Le juge s'est exprimé en ces termes :

205. Nous verrons plus loin la situation du donneur ; voir *infra*, p. 53 et suiv.

206. Trib. gr. inst. Créteil, 1^{er} août 1984, *Parpalaix c. C.E.C.O.S.*, Gaz. Pal. 1984.II.560.

207. *Davis c. Davis*, Cour de circuit, comté de Blount, Tennessee, n° E-14496 (21 septembre 1989), j. Young, pp. 1-2 ; cette décision a depuis été infirmée par 59 U.S.L.W. 2205 (Tenn. App. 1990). Voir *infra*, note 220 pour plus de détails.

208. *York c. Jones Institute*, 717 F. Supp. 421 (E.D. Va 1989) (la requête en irrecevabilité des défendeurs a été rejetée par une ordonnance en date du 10 juillet 1989). Voir *infra*, note 221 pour plus de détails. Il est à noter que les États-Unis et l'Australie ont également dû se pencher sur cette question dans l'affaire *Rios* : *In re Estates of Elsa and Mario Rios*, C.S. comté de Los Angeles, n°s P680682, P680683 (mai 1985). La Cour supérieure de la Californie a décidé de ne pas nommer de tuteur pour les embryons et a déclaré qu'ils n'étaient ni les héritiers des Rios ni leur propriété. Voir à ce sujet, George P. SMITH, « Australia's Frozen "Orphan" Embryos : A Medical, Legal and Ethical Dilemma » (1985), 24 *J. Fam. L.* 27. Voir également Tamara L. DAVIS, « Protecting the Cryopreserved Embryo » (1990), 57 *Tenn. L. Rev.* 507, 518.

209. Précitée, note 206. Pour une étude intéressante de cette décision, voir D.J. JONES, *loc. cit.*, note 148.

Les règles du contrat de dépôt telles qu'elles sont définies par les art. 1915 et s. C. civ. ne peuvent s'appliquer à la présente espèce qui concerne non pas une *chose tombant dans le « commerce »* mais une sécrétion contenant le germe de la vie et destiné à la procréation d'un être humain. [...]

Il apparaît que la convention du 7 décembre 1981 constituait un contrat spécifique comportant pour le C.E.C.O.S. l'obligation de conservation et de restitution au donneur, ou de remise à celle à qui le sperme était destiné [mis en italiques par nos soins]²¹⁰.

Le tribunal n'est cependant pas allé jusqu'à dire que le mari était propriétaire de ses gamètes. C'est plutôt sur la base de l'intention du défunt et de la non-stipulation de l'intention du CÉCOS de garder le sperme en cas de décès que le juge a ordonné la remise.

Dans cette décision, l'allusion faite par le juge aux choses ne tombant pas dans le commerce exige une précision. En droit civil, la chose hors du commerce est celle qui échappe à l'emprise de la volonté et qui ne peut être cédée, même gratuitement²¹¹. Le mot « commerce » a donc ici un sens particulier :

[...] « un sens exceptionnel plus général que l'acceptation (sic) ordinaire. Il désigne non seulement les opérations commerciales proprement dites [...] mais tout acte juridique ayant pour but de créer, modifier ou éteindre des droits. Une chose hors du commerce est une chose qui ne peut faire l'objet d'actes juridiques accomplis par des particuliers ». Le commerce évoque l'idée d'une circulation des choses autour des personnes mais il n'est pas le synonyme du terme économique de « marché²¹² ».

Cette définition extensive est, en partie, la source du scepticisme de certains auteurs français quant à l'inclusion du corps, de ses parties et de ses substances dans la catégorie des choses hors du commerce²¹³.

210. *Parpalux*, précité, note 206, 562.

211. Marie-Angèle HERMITTE, « Le corps hors du commerce, hors du marché » (1988), 33 *Arch. philo. dr.* 323, 325.

212. Jean-Christophe GALLOUX, « Réflexions sur la catégorie des choses hors du commerce : l'exemple des éléments et des produits du corps humain en droit français » (1989), 30 *C. de D.* 1011, 1015-1016.

213. M.-A. HERMITTE, *loc. cit.*, note 211, 327, est d'opinion que le corps lui-même n'est pas une chose hors du commerce. Commentant l'art. 1128 du Code civil français (le pendant de l'art. 1059 C.c.), elle écrit :

Ce n'est donc pas le corps qui est ainsi protégé, placé hors de l'emprise des volontés par l'article 1128, mais la *personne*, abstraction juridique définie par des attributs, eux-mêmes abstraits, qui sont censés constituer la trame de la dignité humaine [...] cela montre par l'absurde que le droit civil ne s'intéresse au corps que comme support incident des représentations qui gravitent autour de la personne, définie par des références mouvantes aux bonnes mœurs, à la dignité, à la liberté. Ce n'est que lorsque l'atteinte au corps entraîne une atteinte à ces valeurs qu'elle est prise en considération.

Voir aussi J.-C. GALLOUX, *loc. cit.*, note 212, 1019, sur la portée limitée en droit français de la notion d'extra-commercialité concernant les produits et éléments du corps humain. Donnant l'exemple du sang, du lait maternel et des gamètes, il conclut : « [!]es produits humains circulent entre les personnes privées ou publiques ; ils ne demeurent pas, comme l'exigerait le statut de l'extra-commercialité, en la seule maîtrise de la personne d'où ils proviennent. »

Quoi qu'il en soit, en droit civil québécois, l'article 20 du *Code civil du Bas Canada* (C.c.) permet l'aliénation entre vifs de substances corporelles²¹⁴ et ce, même à titre onéreux. On peut donc en déduire que, dans la mesure où l'article 20 s'applique au sperme et aux ovocytes, les gamètes ne seraient pas des choses hors du commerce²¹⁵.

Il s'ensuit que l'article 1059 C.c., aux termes duquel « [i]l n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet d'une obligation²¹⁶ », ne pourrait faire obstacle à la création de droits et d'obligations entre la banque et la personne qui dépose ses gamètes²¹⁷. Les gamètes pourraient ainsi faire l'objet de contrats. Cependant, précisons que, dans ce contexte, la liberté contractuelle serait assujettie au critère de l'article 20 (la proportionnalité des risques²¹⁸) ainsi qu'aux articles 13 et 990 C.c. (l'ordre public et les bonnes mœurs)²¹⁹.

En somme, le contrat entre la banque et la personne qui dépose ses gamètes serait donc source de droits et d'obligations pour les parties. En ce qui concerne les conjoints entre eux, il suffirait que chacun entretienne une relation contractuelle distincte avec la banque pour conserver une autorité exclusive sur ses gamètes. On se trouverait ainsi à éviter tout conflit concernant la disponibilité des gamètes du partenaire qui ne veut plus s'engager dans le projet parental pour quelque raison que ce soit. Cela dit, un problème supplémentaire se pose à l'égard de l'ovocyte. Puisque la congélation d'ovocyte semble poser des difficultés majeures, c'est l'ovocyte fécondé in vitro (l'embryon) qui est le plus souvent congelé. Une fois l'ovocyte fécondé, le pouvoir exclusif de chacun des conjoints sur ses gamètes doit céder la place à une forme de pouvoir partagé.

Que les gamètes utilisés soient ceux du couple ou proviennent d'un ou de deux donneurs, la question du pouvoir de disposer des embryons reste très épineuse. En cas de séparation, par exemple, il est possible que les deux conjoints réclament les embryons, ou encore que l'un d'entre eux s'oppose à leur utilisation. Nous devons donc nous doter des moyens de régler de tels conflits s'ils n'ont pas été prévus au contrat ou dans le formulaire de consentement signé par les géniteurs. Les décisions américaines *Davis c.*

214. Jean-Louis BAUDOIN et Catherine LABRUSSE-RIOU, *Produire l'homme : De quel droit ?*, Paris, P.U.F., 1987, p. 44, « En droit québécois, les dispositions ainsi adoptées s'appliquent non seulement aux organes eux-mêmes, mais aux substances corporelles (sang, sperme, etc.). » Voir également les art. 19 et 24 du projet de loi 125, précité, note 200. Toutefois, l'art. 25 du projet de loi ne fait plus de distinction entre les parties du corps susceptibles de régénération et celles qui ne le sont pas, en exigeant la gratuité dans tous les cas. L'article 25 se lit ainsi : « L'aliénation que fait une personne d'une partie ou de produits de son corps doit être gratuite ; elle ne peut être répétée si elle présente un risque pour la santé. »

215. J.-L. BAUDOIN et C. LABRUSSE-RIOU, *op. cit.*, note 214, p. 115 : « Cette libéralisation ne se conçoit toutefois que dans une perspective thérapeutique ou, au moins, d'expérimentation scientifique menant à l'établissement d'un traitement. »

216. Voir aussi l'art. 1058 C.c.

217. En cas de conflit, le texte spécifique doit prévaloir sur le texte de portée générale. Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1982, p. 261.

218. Le risque couru ne doit pas être hors de proportion avec le bienfait que l'on peut espérer. Voir le texte de l'art. 20 C.c., *infra*, pp. 53-54.

219. Albert MAYRAND, *L'inviolabilité de la personne humaine*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1975, p. 81.

*Davis*²²⁰ et *York c. Jones Institute*²²¹, nous donnent un aperçu des litiges susceptibles de surgir et des difficultés que pose leur résolution.

220. Précitée, note 207. L'absence de document ou de formule prévoyant la façon de disposer des embryons de M. et M^{me} Davis en cas de divorce a donné lieu à ce litige. Malgré le divorce, M^{me} Davis voulait utiliser les embryons congelés dans l'espoir de devenir mère, alors que M. Davis s'y opposait puisqu'il n'avait nullement l'intention d'être père. M^{me} Davis prétendait que ces embryons étaient vivants et qu'elle avait le droit, en tant que mère, de les utiliser pour tenter de concevoir. À défaut de pouvoir les utiliser elle-même, elle prétendait que ces embryons devraient être donnés à un couple infertile pour qu'il les rende à terme. En première instance, le juge W. Dale Young a décidé du litige, le 21 septembre 1989, de la façon suivante (précité, note 207, 1-2) :

[TRADUCTION]

Voici un résumé des faits saillants, des conclusions et des motifs de jugement dans cette affaire :

(1) M. et M^{me} Davis se sont engagés dans un programme de fécondation visant la conception d'un être humain qui serait leur enfant. (2) Les sept embryons congelés sont des embryons humains. [...] (5) À compter de la fécondation, les cellules de l'embryon humain sont différenciées, uniques et spécialisées au plus haut degré. (6) L'embryon humain n'est pas une chose. (7) La vie humaine commence dès la conception. (8) M. et M^{me} Davis ont conçu in vitro des êtres humains appelés à devenir leurs enfants. (9) Du point de vue des relations familiales, l'intérêt public n'empêche pas l'élaboration de nouvelles règles de common law pour déterminer le sort des sept êtres humains existant, dans cette affaire, sous la forme d'embryons in vitro. (10) La théorie *parens patriae* de common law s'applique à l'enfant in vitro. (11) Il est dans l'intérêt manifeste des enfants in vitro d'être réimplantés. (12) Il est dans l'intérêt véritable des embryons in vitro que leur mère, M^{me} Davis, soit autorisée à mener leur développement à terme grâce à leur implantation.

[...]

La garde temporaire des sept embryons humains congelés est confiée à M^{me} Davis en vue de leur implantation. La Cour réserve sa décision quant aux aliments, aux droits de visite, à la garde permanente et aux questions connexes, qui seront déterminés au moment où l'un ou plusieurs des embryons auront été réimplantés et seront nés vivants.

Pour plus de détails sur cette cause, voir John A. ROBERTSON « Resolving Disputes over Frozen Embryos » (1989), 19:6 *Hast. Cent. Rep.* 7, notamment p. 11 :

[TRADUCTION]

La conclusion du juge Young selon laquelle l'embryon pré-implantatoire de quatre cellules est un être humain ou un enfant est sans précédent ni fondement. On ne trouve en effet ni dans la common law, ni dans le droit du Tennessee (où l'existence de droits distincts avant la naissance est conditionnée par la viabilité) le moindre argument pour appuyer cette position qui, du reste, a été écartée par de prestigieux organismes consultatifs en matière d'éthique aux États-Unis, en Grande-Bretagne, au Canada, en France et dans plusieurs autres pays. Cette singulière décision semble avoir été dictée par les sentiments personnels du juge sur l'importance qu'il convient d'attacher au fait biologique de la création d'un nouveau génome dès la fécondation ou peu de temps après.

En appel de l'arrêt *Davis* (précité, note 207, 2206), la Cour conclut :

[TRADUCTION]

Dans son interprétation des faits et dans son dispositif, le tribunal de première instance a passé outre à la philosophie qui sous-tend la législation du Tennessee, à la jurisprudence de la Cour suprême du Tennessee et à celle de la Cour suprême des États-Unis. Cette affaire doit être tranchée en conformité avec le droit actuel du Tennessee, dans le respect des droits constitutionnels des parties. D'après les faits, il serait odieux et contraire aux principes constitutionnels de forcer Mary Sue à subir contre son gré l'implantation des embryons. De même, il serait tout aussi odieux de contraindre Junior à assumer contre son gré, la responsabilité morale, sinon juridique, de la paternité. Les parties jouissent de droits conjoints sur les sept oeufs fécondés.

En conséquence, l'affaire est renvoyée au tribunal de première instance pour qu'il confie la garde conjointe des embryons à Mary Sue et à Junior, ceux-ci ayant des droits égaux quant à la façon d'en disposer.

221. Précitée, note 208. La question en litige dans cette cause concernait le droit d'un couple de transférer un embryon congelé d'une clinique de fertilité à une autre. La formule de consentement signée par M. et M^{me} York ne prévoyait pas l'éventualité d'un changement de médecin.

Il faut espérer que l'expérience tirée de ces litiges favorisera la rédaction de formules de consentement plus adéquates. Cela dit, est-il possible de prévoir dans un formulaire le sort d'un embryon en cas de conflit, de séparation, de divorce ou de décès²²² ? Cette question nous amène à nous interroger sur le statut de l'embryon : fait-il partie du domaine des biens ou de celui des personnes ? Le droit positif est inapte à répondre à cette question qui constitue un problème à la fois philosophique, théologique et éthique : celui de l'apparition de la vie humaine²²³.

La question de l'autorité sur les gamètes et l'embryon a également été considérée sous l'angle du droit des biens :

[TRADUCTION]

Les éléments que sont l'usage, l'aliénation [...] la disposition et la destruction, même lorsque l'exercice de ces facultés est réglementé par la loi, semblent constituer le pouvoir correspondant à la définition juridique du concept de propriété. Et suivant les principes du droit des biens, il semble que le donneur de gamètes puisse exercer ses droits sur l'embryon *ex utero*, les céder à la disposition exclusive de l'autre géniteur (comme dans les cas habituels d'insémination artificielle avec sperme de donneur), consentir à ce qu'un embryon soit réimplanté chez une autre femme sans qu'entre en jeu le droit de l'adoption, et s'appuyer sur le droit des biens pour régler tout litige concernant la façon de disposer des embryons. De la même façon, le donneur de gamètes peut déléguer à une clinique et à son personnel le pouvoir de choisir, par exemple, les femmes à qui seront donnés les embryons surnuméraires²²⁴.

Cependant, la nature du produit « déposé » rend difficile une telle qualification²²⁵. Certains sont d'avis que ce droit de propriété ne s'entend pas au sens juridique traditionnel

222. Bernard M. DICKENS, « Artificial Reproduction and Child Custody » (1987), 66 *R. du B. can.* 49, 65 : [TRADUCTION] « La prestation de services d'ordre scientifique ou médical, notamment la cryoconservation et le maintien en vie d'un embryon in vitro, pourrait être prévue dans un contrat sans qu'il soit nécessaire de faire appel aux concepts du droit des biens. »

223. *L'expérimentation biomédicale sur l'être humain*, *op. cit.*, note 7, pp. 50-51. Voir aussi les décisions récentes *Murphy c. Dadd* (1989), 70 O.R. (2^e) 681 (H.C.J.) ; *Tremblay c. Daigle*, C.S. Abitibi, n^o 170-05-000012-898, 7 juillet 1988, j. Richard (ordonnance d'injonction interlocutoire provisoire) ; [1989] R.J.Q. 1980 (C.S.) (ordonnance d'injonction interlocutoire) ; [1989] R.J.Q. 1735 (C.A.) (appel rejeté), inf. par un jugement unanime de la Cour suprême du Canada, [1989] 2 R.C.S. 530. Signalons cependant que l'embryon conçu in vitro ne fait pas partie de la définition du foetus qui figure dans le document de travail *Les crimes contre le foetus*, *op. cit.*, note 7, p. 52 : « le produit de l'union, dans l'utérus, d'un spermatozoïde et d'un ovule humains, à quelque stade de la vie qui précède l'accession au statut de personne. »

224. B.M. DICKENS, *loc. cit.*, note 222, 62-63. L'auteur ajoute aux pp. 64-65 : [TRADUCTION] « La destruction ou autre forme de détournement d'une chose sans le consentement de son propriétaire peuvent constituer le crime de vol et les délits civils d'atteinte à la propriété et d'appropriation illicite. »

225. Bartha M. KNOPPERS, « Reproductive Technology and International Mechanisms of Protection of the Human Person » (1987), 32 *R.D. McGill* 336, 346 :

[TRADUCTION]

[T]out le monde s'entend pour dire que l'embryon in vitro est une forme de vie humaine méritant d'être protégée. [...] bien que la majorité des juristes refusent de reconnaître au donneur un

de ce concept, mais qu'il s'agit plutôt d'un « droit de contrôle et de regard²²⁶ ».

Devant cette lacune évidente du droit, plusieurs solutions sont possibles. La première consiste à laisser aux tribunaux le soin d'adapter les principes de droit actuels aux gamètes et aux embryons afin de répondre aux problèmes qu'ils posent. On pourrait d'autre part repenser les catégories traditionnelles du droit, soit celles des choses et des personnes,

droit de propriété sur les gamètes ou les embryons humains, la plupart lui reconnaissent un droit de possession et, dans certains cas, un droit résiduaire. [...] De fait, il est difficile de songer à un domaine où il serait plus impérieux d'établir à l'échelle internationale des principes de respect et de protection, si nous voulons en venir à distinguer ce qui, dans le matériel génétique humain, constitue un bien, un simple produit de la conception et une forme de vie humaine.

Bernard M. DICKENS, « The Ectogenetic Human Being: A Problem Child of Our Time » (1980), 18 *U.W.O. L. Rev.* 241, 245, [TRADUCTION] « Aux États-Unis, dans les cas où des foetus, auxquels leur mère aurait voulu leur faire des funérailles en bonne et due forme, ont été perdus ou incinérés par l'hôpital, les poursuites ont été engagées au titre d'un préjudice moral et non d'un détournement de bien. » L'auteur fait allusion à *Brooks c. South Broward Hospital District*, 325 So. 2d 479 (Fla App. 1975) et *Hembree c. Hospital Board of Morgan County*, 300 So. 2d 823 (1974) ; Dans *Del Zio c. Manhattan's Columbia Presbyterian Medical Center*, S.D.N.Y., n° 74-3558, 14 novembre 1978, à la suite de la destruction d'un ovule fécondé, un juge de la Cour fédérale américaine a permis qu'une demande en dommages-intérêts pour la perte d'un bien soit entendue par un jury. Toutefois, [TRADUCTION] « [L]e jury a rejeté la réclamation pour perte de bien, mais a accordé aux demandeurs des dommages-intérêts pour préjudice d'ordre affectif, soit 50 000 \$ à M^{me} Del Zio et 3 \$ à M. Del Zio. » Lori B. ANDREWS, « My Body, My Property » (1986), 16:5 *Hast. Cent. Rep.* 28, 29 et suiv.

226. Selon J.-L. BAUDOUIN et C. LABRUSSE-RIOU, *op. cit.*, note 214, pp. 45-46 :

[O]n doit reconnaître au donneur non pas un véritable droit de propriété mais plus un droit de contrôle et de regard sur l'utilisation de ses gamètes, élément de l'ensemble plus vaste des droits de la personnalité. Par contre, pour des raisons sociales évidentes, ce droit ne doit pas pouvoir s'exercer à la façon d'un droit de propriété véritable. [...] C'est donc, *de lege ferenda*, un équilibre qu'il faut trouver entre le respect du consentement et des intentions du donneur, d'une part, et, d'autre part, un exercice de ce droit de contrôle compatible avec les exigences éthiques et sociales de l'ensemble du groupe social.

Le terme « donneur » semble être ici utilisé tant pour désigner la personne qui fait un dépôt que la personne qui fait un don réel, c'est-à-dire qui aliène le produit de son don ; *ibid.* : « On imagine mal, par exemple, le *donneur* léguant une fortune considérable à sa petite-fille à la condition qu'elle se fasse inséminer, après sa mort, avec le sperme qu'il a *déposé* dans une banque à cette intention ! » [Mis en italiques par nos soins]. La Commission de réforme du droit de l'Ontario mentionne ce qui suit :

[TRADUCTION]

On a laissé entendre que le fait qu'une personne n'ait pas la « propriété » absolue à titre bénéficiaire d'une chose ne signifie pas qu'elle n'a aucun droit de « propriété » ou autre (de possession, par exemple) sur cette chose. [Note 224 : Ainsi, dans certaines circonstances, la *Loi sur l'anatomie*, L.R.O. 1980, ch. 21, permet aux facultés de médecine d'avoir la possession de cadavres aux fins de dissection et d'enseignement médical, encore que l'on ait affirmé qu'un cadavre ne pouvait faire l'objet d'un droit de propriété.] Par conséquent, même si les droits d'une femme à l'égard de ses ovules sont assujettis à des restrictions, sans doute doit-on leur reconnaître une certaine portée. En outre, il va sans dire que le droit d'une personne sur un matériel génétique, quelles qu'en soient les modalités, peut permettre à cette personne, par exemple, de donner ce matériel à un hôpital à des fins expérimentales ou d'exiger qu'il soit détruit à l'encontre de la volonté de ceux qui en revendiqueraient l'utilisation aux mêmes fins : son droit pourrait prévaloir sur celui de quiconque.

CRDO, *op. cit.*, note 2, p. 88.

afin de tenir compte des particularités de ces substances corporelles²²⁷. Enfin, il pourrait être opportun d'étudier la possibilité d'adapter la notion de choses hors du commerce à ces substances²²⁸. La portée de cette alternative ne se limite pas au problème de l'autorité sur ces substances ; elle vise aussi la légitimité même du don de gamètes et d'embryon, et la question de la commercialisation de ceux-ci. Nous reviendrons sur ces questions plus loin.

3. L'utilisation posthume des gamètes et des embryons

La question de l'utilisation posthume des gamètes ou des embryons nous ramène aux questions du droit d'en disposer et de leur statut juridique²²⁹. Une veuve ou un veuf a-t-il des droits sur les gamètes de son conjoint décédé ou sur les embryons qu'ils ont conçus ensemble ?

Comme nous l'avons vu dans l'affaire *Parpalaix*²³⁰, les tribunaux français ont qualifié le dépôt de sperme de contrat spécifique et autorisé la remise du sperme à la veuve du défunt, permettant ainsi l'insémination posthume. Mais c'est une approche très formaliste du litige qui a mené à une telle conclusion puisque, en l'espèce, le juge ne s'est pas prononcé sur l'utilisation du sperme aux fins d'insémination posthume.

Sur un plan plus pratique, il est facile d'entrevoir les sérieux problèmes que pourrait entraîner l'utilisation posthume de gamètes et d'embryons pour le droit de la filiation et le droit des successions²³¹. Le droit canadien, tant du point de vue des successions que de celui de la filiation, ne connaît pas la procréation posthume. La présomption de paternité repose habituellement sur un critère de trois cents jours entre le décès du père et la naissance de l'enfant²³². La législation ontarienne prévoit que, dans le cas où personne n'est présumé être le père au regard du critère susmentionné, toute personne peut présenter une requête en déclaration de paternité²³³, si « les deux personnes dont on cherche à établir la filiation sont vivantes²³⁴, »

227. Voir, à ce sujet, M.-A. HERMITTE, *loc. cit.*, note 211.

228. Voir, à ce sujet, J.-C. GALLOUX, *loc. cit.*, note 212.

229. Voir *supra*, pp. 46, 50.

230. Précitée, note 206.

231. À titre d'exemple, voir l'affaire *Rios*, précitée, note 208.

232. À titre d'exemple, voir la *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, L.R.O. 1980, ch. 68, al. 8(1) 2^e, qui présume la paternité d'une personne si : « [e]lle était unie à la mère de l'enfant par les liens d'un mariage qui a été dissous [...] par un décès [...] dans les 300 jours qui ont précédé la naissance de l'enfant ». Au Québec, l'art. 574 C.c.Q. prévoit que l'enfant né plus de trois cents jours après la mort de son père biologique est réputé conçu après le décès de celui-ci ; voir également l'art. 523 du projet de loi 125, précité, note 200.

233. Voir la *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, précitée, note 232, par. 5(1).

234. *Id.*, par. 5(2). B.M. DICKENS, *loc. cit.*, note 225, 247 : [TRADUCTION] « Seraient donc exclus le père biologique décédé et l'enfant non encore né. Il semble que le fœtus ne puisse être considéré comme lié

Nous pouvons donc nous interroger sur l'opportunité, pour notre droit, de prévoir les conséquences de la conception d'un enfant posthume en matière de filiation et de successions. Mais, auparavant, nous devons décider s'il convient d'accepter ou d'interdire l'utilisation posthume de gamètes et d'embryons dans notre société.

B. Le donneur

1. Légalité, légitimité et nature du don de gamètes et d'embryon²³⁵

La légalité du don de gamètes ou d'embryon ressortit au principe de l'inviolabilité du corps humain²³⁶.

[L]e principe de l'inviolabilité peut être interprété de deux façons différentes. Il peut d'une part signifier que nul ne peut être traité sans son consentement, ce qui revient tout simplement à appliquer le principe de l'autonomie. D'autre part, il peut s'interpréter comme une application du principe de la conservation de la vie lorsqu'il s'agit de préserver l'intégrité physique et mentale de la personne contre des actes néfastes, de son fait ou du fait d'autrui²³⁷.

Cette seconde interprétation du principe de l'inviolabilité du corps humain a pour effet de restreindre ce à quoi l'on peut consentir. C'est la position que semble avoir retenue le législateur québécois lorsqu'il a modifié le Code civil en 1971²³⁸.

L'article 20 C.c. permet à toute personne capable d'aliéner une partie de son corps, que celle-ci soit de nature à se régénérer ou non, sous réserve de la proportionnalité du risque et du consentement écrit dans les deux cas. Voici le libellé de cette disposition :

au père pour l'application de la règle interdisant les dispositions à titre perpétuel et les autres droits de propriété. » Signalons toutefois que la loi uniforme sur le statut de l'enfant (précitée, note 203) prévoit une exception à cette règle lorsque la présomption de paternité prévue à l'art. 9 s'applique. Or la présomption de paternité prévue en cas de décès du père de l'enfant n'indique aucune limite de temps pour la naissance de l'enfant ou le décès du mari. Voir le par. 6(6) et l'al. 9a).

235. La légalité s'entend ici de la conformité d'un acte ou d'une entreprise au droit alors que la légitimité vise les critères éthiques et sociaux qui rendent souhaitable soit l'interdiction, soit la permission, soit la simple tolérance de cet acte ou de cette entreprise.

236. Au Québec, c'est l'art. 19 C.c. qui consacre ce principe : « La personne humaine est inviolable. Nul ne peut porter atteinte à la personne d'autrui sans son consentement ou sans y être autorisé par la loi. » Voir également les art. 19.1 à 19.4 C.c. et l'art. 10 et suiv. du projet de loi 125, précité, note 200.

237. Margaret A. SOMERVILLE, *Le consentement à l'acte médical*, document d'étude préparé pour la CRD, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1980, pp. 5-6.

238. Voir en ce sens François HELFINE, « Le dogme de l'intangibilité du corps humain et ses atteintes normalisées dans le droit des obligations du Québec contemporain » (1976), 36 *R. du B.* 2, 10.

Le majeur peut consentir par écrit à l'aliénation entre vifs d'une partie de son corps ou à se soumettre à une expérimentation, pourvu que le risque couru ne soit pas hors de proportion avec le bienfait qu'on peut en espérer.

Le mineur doué de discernement le peut également avec l'autorisation d'un juge de la Cour supérieure et le consentement du titulaire de l'autorité parentale à condition qu'il n'en résulte pas un risque sérieux pour sa santé.

L'aliénation doit être gratuite à moins que son objet ne soit une partie du corps susceptible de régénération.

Le consentement doit être donné par écrit ; il peut être pareillement révoqué.

Dans la mesure où les conditions énumérées à l'article 20 sont respectées, et à supposer que les gamètes soient considérés comme des parties du corps au sens de cet article, la légalité du don de gamètes ne fait pas de doute en droit québécois²³⁹.

Quant aux provinces de common law, elles disposent de lois sur le don de tissus humains inspirées de la loi uniforme sur le don de tissus humains²⁴⁰, dont le paragraphe 3(1) est rédigé comme suit :

[TRADUCTION]

Toute personne majeure, capable et apte à décider librement et en connaissance de cause peut consentir, dans un écrit signé de sa main, à ce que le tissu désigné dans le consentement soit immédiatement prélevé de son corps pour être implanté dans celui d'une autre personne vivante²⁴¹.

Même si la loi uniforme sur le don de tissus humains ne mentionne pas que le risque couru ne doit pas être disproportionné au bienfait espéré, cette condition est reconnue par

239. Voir J.-L. BAUDOIN et C. LABRUSSE-RIOU, *op. cit.*, note 214, p. 44. Signalons que les art. 18-22 de la *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*, L.Q. 1987, ch. 18, reprennent en substance l'art. 20 et suiv. C.c. et y ajoutent des précisions et exigences particulières. Voir Monique OUELLETTE, « De la jouissance et de l'existence des droits civils et de certains droits de la personnalité » (1988), 1 *C.P. du N.* 1, 20. Voir également les art. 19 à 25 du projet de loi 125, précité, note 200.

240. *Uniform Human Tissue Gift Act* (ci-après loi uniforme sur le don de tissus humains, 1971), abrogé et remplacé par la *Loi uniforme sur le don de tissus humains*, 1989, CONFÉRENCE SUR L'UNIFORMISATION DES LOIS AU CANADA, *op. cit.*, note 203, p. 22-9. Voici la liste des lois canadiennes en la matière : *Human Tissue Gift Act*, R.S.A. 1980, ch. H-12 ; *Human Tissue Gift Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 187 ; *Loi sur les tissus humains*, L.M. 1987-88, ch. 39 ; *The Human Tissue Act, 1971*, S.N. 1971, n° 66 ; *Loi sur les tissus humains*, L.R.N.-B. 1973, ch. H-12 ; *Human Tissue Gift Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 215 ; *Loi sur le don de tissus humains*, L.R.O. 1980, ch. 210 ; *Human Tissue Gift Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. H-13 ; *The Human Tissue Gift Act*, R.S.S. 1978, ch. H-15 ; *Loi sur les tissus humains*, L.R.T.N.-O. 1988, ch. H-6 ; *Human Tissue Gift Act*, R.S.Y.T. 1986, ch. 89 ; voir plus précisément, à titre d'exemple, la loi ontarienne, al. 1c) et la loi albertaine, al. 1b).

241. Précitée, note 240. L'alinéa 1c) définit le terme « tissu » de la façon suivante : [TRADUCTION] « Est assimilé à un tissu tout organe, mais sont exclus la peau, les os, le sang et ses composants, de même que tout tissu susceptible de se régénérer naturellement. »

la common law²⁴². Cependant, à la différence du Code civil, la loi uniforme exclut les tissus susceptibles de régénération²⁴³.

Dans la mesure où le sperme et même les ovocytes (malgré le fait que ces derniers sont limités en nombre) sont des parties du corps susceptibles de régénération²⁴⁴, les dispositions des lois sur le don de tissus humains ne s'appliquent pas et c'est la common law qui régit le don de gamètes : [TRADUCTION] « En common law, l'adulte peut, en pleine connaissance de cause, consentir à ce que des tissus susceptibles de régénération soient prélevés sur son corps. Et de fait, le Service des transfusions sanguines de la Croix-Rouge est entièrement tributaire de ces prélèvements²⁴⁵. »

Si nous pouvons conclure (sous réserve de l'ambiguïté qui entoure la qualification des gamètes) que nos systèmes juridiques ne laissent planer aucun doute sur la légalité du don de gamètes, la légitimité du don, elle, porte à controverse en raison de la nature même des gamètes.

242. Voir B.M. KNOPPERS, *op. cit.*, note 200, pp. 95-96, n. 149. Voir aussi Bernard M. DICKENS, « The Control of Living Body Materials » (1977), 27 *U.T.L.J.* 142, 165, [TRADUCTION] « La démarcation entre ce qui est permis et ce qui est prohibé en matière d'aliénation de tissus relève de l'intérêt public, tel qu'il est exprimé par les tribunaux. Or l'intérêt public évolue avec le temps et peut être adapté aux progrès biotechniques, aux fluctuations des priorités sociales et à la reconnaissance des limites de l'altruisme. » Voir également, de façon générale, E.I. PICARD, *op. cit.*, note 200, p. 67 et suiv., p. 125 et suiv. ; *Hopp c. Lepp*, [1980] 2 R.C.S. 192 ; *Reibl c. Hughes* (1977), 16 O.R. (2^e) 306 (H.C.J.), infirmé par (1978) 21 O.R. (2^e) 14 (C.A.), infirmé par [1980] 2 R.C.S. 880. Par ailleurs, en droit criminel, l'art. 45 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, prévoit ce qui suit :

Toute personne est à l'abri de responsabilité pénale lorsqu'elle pratique sur une autre, pour le bien de cette dernière, une opération chirurgicale si, à la fois :

- a) l'opération est pratiquée avec des soins et une habileté raisonnables ;
- b) il est raisonnable de pratiquer l'opération, étant donné l'état de santé de la personne au moment de l'opération et toutes les autres circonstances de l'espèce.

Voir aussi l'art. 14 du *Code criminel*.

243. Loi uniforme sur le don de tissus humains, 1971, précitée, note 240. La plus récente version de cette loi, la nouvelle *Loi uniforme sur le don de tissus humains*, 1989, offerte aux provinces pour adoption, définit le terme « tissu » à l'art. 1 : « toute partie du corps humain, vivant ou mort, à l'exception a) des spermatozoïdes et des ovules, b) des embryons et des foetus, [...] » Reste à savoir si les provinces donneront suite à ces modifications.

244. Voir B.M. KNOPPERS, *op. cit.*, note 200, p. 109 ; F. HELEINE, *loc. cit.*, note 238, 61, « [E]n l'état actuel de la connaissance médicale, sont considérées parties susceptibles de régénération, le sang, le lait, le cheveu, la peau, la moelle osseuse et le matériel génétique ». Commentant la loi ontarienne (précitée, note 240), la CRDO écrit dans son rapport, *op. cit.*, note 2, p. 60 :

[TRADUCTION]

La question fondamentale est évidemment celle de savoir si la loi s'applique au don de sperme ou d'ovule, c'est-à-dire si le sperme et l'ovule sont visés par la définition légale du terme tissu. L'alinéa 1c) de la loi prévoit que le terme s'entend notamment d'un organe, mais non de la peau, des os, du sang, des dérivés du sang, ni d'aucun autre tissu susceptible de régénération. [...]

Il semble ne faire aucun doute que le sperme est visé par le dernier membre de phrase de l'alinéa 1c), ce qui le soustrait à l'application du paragraphe 3(1). On ne saurait toutefois en dire autant de l'ovule. Chez la femme, en effet, le stock ovarien est limité et s'épuise de mois en mois, au cours des menstruations, de la puberté à la ménopause.

245. E.I. PICARD, *op. cit.*, note 200, p. 129. Voir aussi B.M. DICKENS, *loc. cit.*, note 242, 163-164.

Pour certains auteurs, les discussions au sujet du don de gamètes et d'embryon sont trop souvent centrées sur sa réglementation et les conditions dont il peut être assorti et ce, au détriment de la question de sa valeur éthique :

Certaines interrogations essentielles, touchant le don de gamètes, ont été ainsi purement et simplement médicalisées et donc banalisées. La science a habitué à une perception que les difficultés ne se situent pas dans la valeur éthique de l'opération elle-même, mais, celle-ci étant assurée, dans les contrôles et les conditions qui peuvent y être imposés. De ce fait, le public et les juristes ont été conditionnés à penser que la légitimité, et par conséquent la légalité du don de gamètes, n'était plus ouverte à un questionnement éthico-juridique. Restait dès lors à s'adresser au droit pour obtenir de lui des modèles processuels de gestion. En focalisant les débats sur le « comment », on a ainsi véritablement oublié le « pourquoi ». La science a agi comme si les seules véritables difficultés étaient de nature technique²⁴⁶.

Avant de clore le débat sur la légitimité du don de gamètes, il faudrait donc, selon certains, procéder à une analyse éthique et juridique des questions fondamentales que soulève le don de gamètes pour notre société. Marie-Angèle Hermitte résume cette démarche de la façon suivante :

Il faut savoir si l'on veut être une société qui met la parenté dans l'échange, ou non [...] Pour répondre à la question, il faudra déterminer si on analyse cet échange comme un simple don de vie ou comme un déplacement de l'ordre des parentèles. Dans le premier cas, on fait une analyse matérialiste, purement biologique où l'IAD [insémination artificielle avec sperme de donneur] apparaît comme une thérapeutique un peu magique à la stérilité. Dans l'autre cas le don de vie est inclus dans la logique d'une généalogie, et l'on prend conscience que l'on rompt une branche de l'arbre généalogique. C'est au fond toujours le même problème : les corps ne sont-ils que de la matière vivante, qui peut circuler selon les règles de l'échange ; ne sont-ils pas aussi le support de représentations culturelles qui les transcendent, en partie tout au moins²⁴⁷.

Après cette analyse sommaire du don de gamètes, nous devons maintenant aborder le don d'embryon. Le don d'embryon n'est prévu ni par le droit civil ni par la common law. L'embryon peut en effet difficilement être qualifié de tissu ou de partie du corps (susceptible ou non de régénération). L'ambiguïté de sa qualification est la source d'objections d'ordre moral et social qui ont fait leur apparition avec la création d'embryons surnuméraires et leur congélation. C'est la représentation que l'on se fait de l'embryon (chose, personne, personne potentielle, etc.) qui est ici en question. La question de la légitimité du don d'embryon reste donc entière. Voulons-nous légaliser le don d'embryon ou voulons-nous au contraire l'interdire ?

Pour terminer cette discussion sur la légalité et la légitimité du don de gamètes et d'embryon, nous pouvons nous demander, de façon plus générale, si nous voulons traiter

246. J.-L. BAUDOIN et C. LABRUSSE-RIOU, *op. cit.*, note 214, p. 195.

247. *Loc. cit.*, note 211, 337.

les gamètes et les embryons d'une façon différente des autres parties du corps ou des cellules aliénables, c'est-à-dire créer un régime particulier adapté à leur nature²⁴⁸.

Il convient en dernier lieu d'aborder la question de la nature même du don de gamètes ou d'embryon. S'agit-il d'un don aveugle ou le donneur peut-il l'assortir de conditions ? Est-il en droit de revenir sur sa décision ?

Si le don de tissus ou de substances corporelles comme le sang, le lait ou la moelle osseuse pose peu de problèmes moraux, le don de gamètes ou d'embryon, c'est-à-dire le don d'une vie humaine potentielle, est plus délicat. Le donneur peut en effet, vu l'importance d'un tel don, vouloir y attacher certaines conditions d'utilisation. C'est pourquoi le don de gamètes et d'embryon devrait être conditionné par le consentement libre et éclairé du donneur, non seulement quant à la technique utilisée et aux risques courus, mais aussi quant à la finalité du don. Et pour cela, il est essentiel que le donneur soit mis au courant de la façon dont le produit de son don sera utilisé.

En common law, il semble bien que le don d'organes et de tissus qui ne se régénèrent pas puisse être assorti de conditions²⁴⁹. À plus forte raison, le don de gamètes ou d'embryon devrait pouvoir faire l'objet de conditions pourvu que celles-ci ne soient pas discriminatoires²⁵⁰.

Quant au droit du donneur de retirer son consentement au don, il est prévu, en droit civil québécois, à l'article 20 C.c.²⁵¹. En common law, l'existence de ce droit dépend de la nature du contrat. Si le contrat est qualifié de louage de services, il serait possible au donneur de retirer son consentement en tout temps. Par contre, s'il s'agit de la vente d'un bien, il serait privé de cette faculté²⁵². Or, on peut se demander s'il est souhaitable

248. Dans son document de travail sur l'expérimentation, la CRD écrit : « Les gamètes et les embryons humains ne peuvent être considérés ni comme de simples cellules, ni comme de simples tissus. Les premiers sont les sources virtuelles de nouvelles vies humaines ; les seconds possèdent déjà la vie. » Voir *L'expérimentation biomédicale sur l'être humain*, *op. cit.*, note 7, p. 59.

249. Loi uniforme sur le don de tissus humains, 1971, précitée, note 240, par. 3(4) : [TRADUCTION] « Le consentement est nul si, pour une raison quelconque, le tissu visé n'est pas prélevé dans les conditions prévues » ; art. 8 : [TRADUCTION] « Si, pour une raison quelconque, un don fait conformément à la présente partie ne peut être utilisé à aucune des fins précisées dans le consentement, il est disposé de l'objet de ce don et du corps auquel il appartient comme si le consentement n'avait pas été donné ». Voir aussi à titre d'exemple la loi albertaine sur le sujet, précitée, note 240, par. 3(4) et art. 8.

250. Voir en ce sens J.-L. BAUDOUIN et C. LABRUSSE-RIOU, *op. cit.*, note 214, p. 45 : « Le don de sperme n'est [...] pas un don "aveugle", mais un don orienté et dirigé, un don conditionnel, faisant partie d'un véritable pacte entre le donneur d'un côté, le médecin d'un autre côté et, à travers lui, le ou les bénéficiaires. Donner la potentialité d'une vie humaine n'est pas un acte éthiquement neutre et doit donc être évalué et respecté comme tel. »

251. Voir *supra*, pp. 53-54. La *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*, précitée, note 239, art. 21, prévoit la révocation même verbale du consentement. L'article 24 du projet de loi 125, précité, note 200, est au même effet.

252. CRDO, *op. cit.*, note 2, p. 62.

d'assujettir la révocabilité du consentement à la nature du contrat de don (vente de bien ou louage de services). La nature du produit donné et l'importance du don de vie ne sont-elles pas des raisons suffisantes pour justifier la révocabilité du don de gamètes et d'embryon ?

2. Gratuité et anonymat du don de gamètes et d'embryon

En vertu du droit actuellement en vigueur dans les provinces de common law, la vente de tissus et de parties du corps humain est généralement prohibée par des dispositions législatives qui la tiennent pour contraire à l'ordre public :

[TRADUCTION]

Nul ne doit, directement ou indirectement, acheter ou vendre un tissu destiné à une transplantation, ou un corps ou l'une de ses parties, à l'exception du sang et ses composants, ou en faire le commerce de quelque autre façon, à des fins thérapeutiques, pour l'enseignement de la médecine ou pour la recherche scientifique. Toute opération de cette nature est nulle et contraire à l'ordre public²⁵³.

L'étendue de cette prohibition n'est cependant pas tout à fait claire. Ainsi, la définition du terme « tissu » exclut les tissus qui sont de nature à se régénérer, ce qui porte à croire que ces derniers ne sont pas visés par la prohibition. Pourtant, les termes utilisés dans la disposition semblent bien indiquer l'intention d'y inclure également la vente de tissus susceptibles de se régénérer : « nul ne doit [. . .] acheter ou vendre [. . .] *un tissu destiné à une transplantation*, ou un corps ou l'une de ses parties, à l'exception du sang et ses composants [. . .]²⁵⁴ » [mis en italiques par nos soins].

Au Québec, l'article 20 C.c. permet la vente des parties du corps qui se régèrent²⁵⁵. Par conséquent, si les gamètes sont considérés comme des tissus ou des parties du corps susceptibles de se régénérer, la gratuité du don ne serait pas essentielle.

253. La loi uniforme sur le don de tissus humains, 1971, précitée, note 240, art. 10. Rappelons que les provinces de common law ont repris, pour la plupart, le même modèle. Cet article a été modifié par les dispositions suivantes, où n'apparaît plus la notion d'ordre public (*Loi uniforme sur le don de tissus humains*, 1989, précitée, note 240) :

15. (1) Nul ne peut acheter ou vendre, directement ou indirectement, un tissu, un corps ou une partie de corps humain, ou en faire le commerce à des fins de transplantation, d'enseignement médical, de recherche scientifique ou à des fins thérapeutiques.

(2) Tout commerce de corps ou de partie de corps humain autorisé par la loi avant que la présente loi n'entre en vigueur continuera de l'être, sauf disposition contraire contenue dans la présente loi.

(3) La personne qui contrevient aux dispositions du présent article commet une infraction et se rend passible, sur déclaration sommaire de culpabilité, d'une amende d'au plus 100 000 \$ ou d'un emprisonnement d'au plus un an, ou de ces deux peines concurremment.

Comme nous l'avons vu (*supra*, note 241), la définition de « tissu » dans la nouvelle loi uniforme exclut les spermatozoïdes, les ovules, les embryons et les foetus.

254. *Ibid.* Pour plus de détails à ce sujet, voir le document de travail de la CRD, *Prélèvement et utilisation médicale de tissus et d'organes humains* (à paraître).

255. L'article 22 de la *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*, précitée, note 239, prévoit ce qui suit : « L'aliénation d'une partie du corps humain non susceptible

La nature des gamètes nous amène néanmoins à nous interroger sur l'opportunité de soustraire ceux-ci à toute forme de commercialisation, de ne permettre que le remboursement des frais²⁵⁶ et de limiter la circulation et la conservation des gamètes aux hôpitaux et cliniques d'infertilité sans but lucratif. Dans la même optique, il nous faut également songer à réglementer l'importation d'ovocytes et de sperme. Par ailleurs, le don d'embryon soulève des questions analogues.

Autre caractéristique propre au don de gamètes et d'embryon : il se fait généralement sous la condition, tacite ou explicite, de l'anonymat du donneur. Il faut donc s'assurer que ce dernier est adéquatement protégé contre la divulgation de son identité.

À supposer que le donneur puisse être considéré comme un « patient », il est protégé, tant en droit civil qu'en common law, par les règles de la confidentialité qui entourent normalement toute communication entre le patient et son médecin. Ce dernier a toujours été tenu, aussi bien en vertu de l'éthique médicale que par la loi, de ne pas divulguer les renseignements médicaux contenus dans le dossier de ses patients²⁵⁷ : [TRADUCTION] « Il est bien établi en droit que le médecin est tenu à une obligation de confidentialité envers son patient. Cette obligation est reconnue en common law, elle a reçu la sanction du législateur dans au moins deux provinces et il n'est pas improbable qu'elle fasse l'objet d'une garantie constitutionnelle²⁵⁸. »

de régénération (sic) doit être gratuite. » A contrario, la vente d'une partie du corps susceptible de régénération est donc possible. Voir M. OUELLETTE, *loc. cit.*, note 239, 21-22. Toutefois, l'al. 2 du même article, de droit nouveau, prévient l'exploitation en édictant l'interdiction suivante : « L'aliénation d'une partie du corps ne peut être répétée si elle présente un risque pour la santé. » Cependant, l'art. 25 du projet de loi 125, précité, note 200, ne fait plus cette distinction pour les parties du corps susceptibles de régénération. Voir *supra*, note 214.

256. La loi modifiant la loi uniforme sur le statut de l'enfant, précitée, note 203, prévoit ce qui suit à l'art. 11.5 :

[TRADUCTION]

(1) Il est interdit d'acheter ou de vendre des ovules, du sperme ou des embryons humains, ou d'en faire le commerce de quelque autre façon.

(2) Quiconque contrevient au présent article est coupable d'une infraction et encourt, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, une amende maximale de 100 000 \$ et un emprisonnement maximal d'un an, ou l'une de ces peines.

(3) Le présent article n'a pas pour effet d'interdire le remboursement des frais raisonnablement engagés par une personne pour le don de ses propres ovules ou de son propre sperme.

257. La règle 6 du *Code de déontologie* de l'ASSOCIATION MÉDICALE CANADIENNE, Ottawa, l'Association, 1990, se lit ainsi : « Pour se conformer à la déontologie médicale, le médecin doit : [...] 6. respecter les confidences reçues de ses malades ou collègues et ne divulguer ces renseignements qu'avec la permission du malade, sauf lorsque la loi l'y oblige ».

258. Donald G. CASSWELL, « Disclosure by a Physician of AIDS-Related Patient Information: An Ethical and Legal Dilemma » (1989), 68 *R. du B. can.* 225, 228, n. 12 ; en common law, l'auteur fait référence aux décisions suivantes : *A.B. c. C.D.* (1851), 14 Dunlop's S.C. 177 (C. Sess. Scot.) ; *Furniss c. Fitchett*,

Les deux systèmes juridiques partagent également une règle selon laquelle l'information ne peut être divulguée que si le patient y consent, ou encore lorsque la divulgation est exigée par la loi²⁵⁹ ou par l'intérêt public²⁶⁰.

Il est également possible que des renseignements confidentiels soient révélés devant un tribunal. Ce risque semble cependant plus grand en common law puisque le médecin ne jouit d'aucun privilège en tant que témoin²⁶¹, alors que, en droit civil, le médecin devra garder le secret devant le tribunal, à moins que le patient ne le relève de son obligation²⁶².

Étant donné la situation particulière du donneur²⁶³, nous pouvons nous demander s'il convient de lui appliquer le même régime juridique qu'au patient. D'autre part, le don de gamètes ou d'embryon pouvant difficilement être dissocié du contexte bien particulier de la procréation médicalement assistée, nous ne pouvons pas ne pas tenir compte du besoin d'information des autres intéressés²⁶⁴. Dans ces conditions, il y aurait lieu d'envisager la mise sur pied d'un autre système de protection qui garantirait à la fois la protection de la vie privée du donneur et l'accès des autres intéressés à l'information nécessaire (médicale, génétique et sociale).

3. Le consentement du donneur

Comme nous l'avons vu²⁶⁵, le principe de l'inviolabilité du corps humain assujettit le don de sperme, d'ovule ou d'embryon au consentement libre et éclairé du donneur. Au Québec, l'article 20 C.c. précise que ce consentement doit être donné par écrit. Il en va de même dans les autres provinces canadiennes qui ont repris l'article 3 de la loi

[1958] 77 N.Z.L.R. 396, 400 (C.S.) ; *Halls c. Mitchell*, [1928] R.C.S. 125, 136 ; *Re Inquiry into Confidentiality of Health Records in Ontario* (1979), 24 O.R. (2^e) 545 (C.A.), inf. par sub nom. : *Solliciteur général du Canada c. Commission royale d'enquête sur la confidentialité des dossiers de santé en Ontario*, [1981] 2 R.C.S. 494, 500-501. Au Québec, l'auteur renvoie à la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12, art. 5, 9, à la *Loi médicale*, L.R.Q., ch. M-9, art. 42 et au *Code de déontologie des médecins*, R.R.Q. 1981, ch. M-9, r. 4, art. 3.01.

259. E.I. PICARD, *op. cit.*, note 200, pp. 17-19 ; Gilbert SHARPE, *The Law and Medicine in Canada*, 2^e éd., Toronto, Butterworths, 1987, pp. 184-191.

260. D.G. CASSWELL, *loc. cit.*, note 258, 231.

261. B.M. KNOPPERS, *op. cit.*, note 200, p. 125 ; voir aussi *Halls c. Mitchell*, précité, note 258, 136.

262. Voir la *Loi médicale*, précitée, note 258, art. 42, et l'art. 9 de la Charte québécoise, précitée, note 258.

263. Il existe une incertitude, tant au Québec que dans les provinces de common law, au sujet de l'assimilation du donneur au patient. Voir le rapport de la CRDO, *op. cit.*, note 2, p. 83, et Bartha Maria KNOPPERS, « Vérité et information de la personne » (1987), 18 *R.G.D.* 819, 830.

264. Voir *infra*, p. 168 et suiv.

265. Voir *supra*, p. 53 et suiv.

uniforme sur le don de tissus humains de 1971²⁶⁶. De plus, tant en droit civil qu'en common law, le risque couru ne doit pas être hors de proportion avec le bienfait qu'on peut en espérer.

Le don d'ovule pose toutefois un problème particulier. En effet, dans le cas où une femme aurait consenti à une intervention comportant le prélèvement d'ovocytes (pour quelque raison que ce soit), il n'est pas certain, dans l'état actuel du droit, qu'il soit nécessaire de requérir son consentement pour pouvoir disposer des ovocytes recueillis si elle n'en a pas elle-même précisé la destination :

[TRADUCTION]

Des ovocytes pourront être prélevés [...] par exemple lorsque l'on procède, chez une femme, à une stérilisation, à l'exploration de l'hypofertilité ou à une hystérectomie. En outre, lorsque l'on a recours à la stimulation ovarienne pour permettre à la femme de tomber enceinte dans le cadre d'un programme de fécondation in vitro, les ovocytes surnuméraires pourront être mis à la disposition d'autres intéressés [...]. Il n'est pas certain que la femme sur laquelle sont prélevés les ovocytes soit, en droit, tenue de consentir à ce que ceux-ci soient utilisés aux fins de fécondation in vitro ou de don à d'autres femmes. En revanche, si elle manifeste l'intention de garder les ovocytes à sa disposition, sa volonté doit être respectée²⁶⁷.

Malgré l'existence d'un consentement plus général, la nature particulière des ovocytes et l'importance de ce don pour la femme devraient justifier la nécessité d'un consentement spécifique.

Le consentement au don d'embryon soulève pour sa part d'autres difficultés. En effet, que l'embryon soit issu des gamètes des deux conjoints ou qu'il ait été conçu au moyen

266. Précitée, note 240. Il est à noter cependant que la nouvelle version de cette loi, offerte comme modèle aux provinces, n'exige pas de consentement écrit : voir *Loi uniforme sur le don de tissus humains*, 1989, par. 5(1).

267. Bernard M. DICKENS, « Reproduction Law and Medical Consent » (1985), 35 *U.T.L.J.* 255, 283, mentionne l'affaire *Venner c. Maryland*, 354 A. 2d 483, 499 (1976), où l'on a décidé ce qui suit : [TRADUCTION] « [Lorsqu'une personne ne dit ni ne fait rien pour manifester son intention d'exercer son droit à la propriété, à la possession ou à la disposition de ses gamètes, la seule conclusion logique que l'on puisse en tirer, c'est qu'elle a choisi d'y renoncer. »

Voir aussi CRDO, *op. cit.*, note 2, p. 89 :

[TRADUCTION]

À supposer que le droit à la propriété ou à la possession des gamètes appartienne au géniteur — et, par conséquent, qu'il ne soit pas automatiquement transféré à l'hôpital ou au médecin qui conserve les gamètes ou les utilise pour ses travaux —, il subsiste certaines questions quant à savoir, notamment, si ces droits peuvent être perdus par le défaut de les exercer ou si, en l'absence de directives explicites, le géniteur des ovocytes ou des spermatozoïdes peut à bon droit présumer que l'hôpital et le médecin ont l'obligation légale de détruire les gamètes non utilisés et ne sont pas habilités à procéder à quelque expérimentation, si ce n'est l'examen de routine d'un pathologiste.

des gamètes d'un seul des conjoints et d'un donneur, de qui doit venir le consentement²⁶⁸ ? Enfin, comme nous l'avons vu²⁶⁹, la nature révocable du consentement au don suscite certaines questions pour les provinces de common law.

4. La responsabilité du donneur

La divulgation d'information trompeuse ou la non-divulgation de certains renseignements de la part du donneur au sujet de ses antécédents médicaux peut être dommageable à l'enfant et à la mère. Si, par exemple, le donneur cache le fait qu'il est porteur d'une maladie génétiquement transmissible, et que l'enfant né de ses gamètes en soit atteint, il pourrait engager sa responsabilité ; il aurait donc une obligation de divulgation.

Mais qui pourrait le poursuivre en justice ? En droit civil, « l'enfant conçu mais non encore né bénéficie, du moins conditionnellement à sa naissance, d'une certaine reconnaissance juridique²⁷⁰. » En common law, les parents et l'enfant bénéficient d'un recours en responsabilité civile délictuelle (*wrongful birth*)²⁷¹.

268. B.M. KNOPPERS, *op. cit.*, note 200, pp. 99-100.

269. Voir *supra*, pp. 57-58.

270. J.-L. BAUDOIN et C. LABRUSSE-RIOU, *op. cit.*, note 214, p. 57 ; Michèle RIVET, « Le droit à la vie ou "l'homimisation" du XXI^e siècle : l'éthique et le droit répondent à la science », dans Daniel TURP et Gérard A. BEAUDOIN (dir.), *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1986, p. 445, à la page 457 ; Bartha Maria KNOPPERS, « Modern Birth Technology and Human Rights » (1985), 33 *Am. J. Comp. L.* 1, 16-17 ; Edward W. KEYSERLINGK, *The Unborn Child's Right to Prenatal Care: A Comparative Law Perspective*, Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1984, pp. 57-59.

271. J.-L. BAUDOIN et C. LABRUSSE-RIOU, *op. cit.*, note 214, p. 57 ; B.M. KNOPPERS, *loc. cit.*, note 270, 16-17 :

[TRADUCTION]

En common law, la protection de l'enfant non encore né contre le préjudice causé par la négligence a fait son apparition dans le contexte des droits de propriété et successoraux dont était investi l'enfant à compter de la conception, à condition qu'il naisse vivant [...] De même, la common law des États-Unis et du Canada a retenu soit une obligation préexistante de ne causer aucun préjudice, soit une obligation conditionnelle prospective qui se cristallise à la naissance et devient la base de la responsabilité délictuelle. Un autre concept a récemment fait son apparition en common law — celui de la causalité — qui sépare les concepts de préjudice et de dommage, et s'intéresse simplement au lien de causalité entre l'état dans lequel naît l'enfant et le fait du défendeur.

B.M. DICKENS, *loc. cit.*, note 225, 262 :

[TRADUCTION]

La common law a reconnu récemment la responsabilité pour le préjudice causé avant la conception, de sorte que le fait que l'ovocyte ait été fécondé ou non au moment où le préjudice a été causé pourrait ne pas entrer en ligne de compte. Cela dit, la reconnaissance du délit antérieur à la conception est très récente et tire son origine de décisions américaines. Par conséquent, son application au Canada est forcément problématique.

Cependant, l'anonymat du donneur, les problèmes de preuve et la difficulté d'établir le lien de causalité rendront presque toujours ce recours illusoire²⁷², d'autant que l'action en responsabilité pourra beaucoup plus facilement être intentée contre la banque de gamètes et d'embryons pour son défaut dans la sélection ou le dépistage, ou encore contre le médecin traitant.

Quoi qu'il en soit, signalons que la responsabilité du donneur revêt une dimension d'ordre public²⁷³. La responsabilité criminelle du donneur pourrait en effet être engagée si par exemple ce dernier, se sachant porteur d'un virus pouvant causer la mort, donnait néanmoins son sperme et cachait intentionnellement cette information. À cet effet, il est donc important que le donneur soit au moins identifiable et que l'anonymat puisse être levé en cas de poursuite criminelle découlant de sa réticence.

C. L'enfant

1. La filiation juridique

Le système de la filiation juridique organise les liens de droit qui unissent l'enfant à ses père et mère²⁷⁴. À la filiation s'attachent en effet certains droits et obligations, telle

Voir *Jorgensen c. Meude Johnson Laboratories, Inc.*, 483 F. 2d 237, 240 (1973), où le juge Holloway a conclu ce qui suit :

[TRADUCTION]

Si l'on devait retenir la position suivant laquelle l'acte de nature délictuelle accompli avant la conception ne donne ouverture à aucune action au nom de l'enfant qui subit ultérieurement le préjudice, cela voudrait dire que le nouveau-né qui subit un préjudice personnel à cause d'un produit alimentaire défectueux fabriqué avant sa conception ne disposerait d'aucun recours. Or, une telle conclusion est contraire aux principes de redressement que l'Oklahoma offre aux personnes subissant un préjudice dont la cause prochaine est un produit ou accessoire alimentaire défectueux, fabriqué et mis en marché par le défendeur. [...]

Nous sommes convaincus que les tribunaux de l'Oklahoma verraient dans le préjudice dont il est question en l'espèce une question de lien de causalité et de cause prochaine, susceptible d'être tranchée sur la base d'une preuve médicale valide. [...] D'ailleurs, cette conception du problème s'accorde avec la position prédominante qui reconnaît la recevabilité de l'action visant le préjudice infligé par négligence avant la naissance, si l'enfant qui subit le préjudice naît vivant.

Voir également *Renslow c. Mennonite Hospital*, 351 N.E. 2d 870 (1976).

272. Bartha M. KNOPPERS et Elizabeth SLOSS, « Recent Developments: Legislative Reforms in Reproductive Technology » (1986), 18 *Rev. d'Ottawa* 663, 687-688.

273. *R. c. Thornton*, C. distr. Ontario, n° 1814, 15 juin 1989, j. Flanigan, conf. par (1991) 1 O.R. (3^e) 480 (C.A.). Dans ce jugement très récent de la Cour de district d'Ottawa, l'accusé a été reconnu coupable de nuisance publique pour avoir donné volontairement de son sang alors qu'il se savait porteur du virus du sida.

274. Voir Mireille D.-CASTELLI, *Précis du droit de la famille*, Québec, P.U.L., 1987, p. 119.

l'obligation des parents de nourrir, entretenir et éduquer leurs enfants. Le droit tire aussi de la filiation des conséquences en matière de successions. Le lien de droit peut découler du lien biologique (filiation par le sang), ou encore se créer par la volonté (adoption). Or, comment doit s'établir la filiation des enfants nés de la procréatique ?

Traditionnellement, l'établissement de la filiation maternelle par le fait de l'accouchement²⁷⁵ traduisait une certitude biologique et génétique. Le mariage, certitude sociale, permettait de résoudre l'incertitude de la paternité par une présomption qui, bien que favorisant l'aspect social de la paternité, reflétait la plupart du temps la réalité biologique.

Certains législateurs ont, au fil des ans, tempéré les règles traditionnelles de la filiation en abolissant la distinction entre l'enfant naturel et l'enfant légitime²⁷⁶ et en reconnaissant la préséance de la vérité biologique.

Parmi les provinces de common law, il y aurait cependant une certaine disparité entre celles qui établissent la filiation sur la seule base du mariage et celles où le législateur est venu assouplir cette règle de common law en abolissant la distinction entre les enfants naturels et les enfants légitimes²⁷⁷. Soulignons, toutefois, que ces changements ont donné

275. *Ibid.* En common law, voir B.M. DICKENS, *loc. cit.*, note 222, 69-70, et B.M. KNOPPERS, *loc. cit.*, note 225, 339-340. Cette conception traditionnelle de notre droit s'exprime par la maxime *Mater est quam gestatio demonstrat*. Voir John K. MASON et Robert A. McCALL-SMITH, *Law and Medical Ethics*, 2^e éd., Londres, Butterworths, 1987, p. 47.

276. En droit civil, voir M. D.-CASTELLI, *op. cit.*, note 274, p. 122, et, en common law, Margo WILSON, « Impact of the Uncertainty of Paternity on Family Law » (1987), 45 *U.T. Fac. L. Rev.* 216, 232 ; voir *infra*, note 286.

277. *Canadian Family Law Guide*, Don Mills, Commerce Clearing House Canadian, 1989, p. 2401, par. 4305 ; voir *infra*, note 286. Une décision de la Colombie-Britannique, *Gartrell c. Carlsen* (1987), 13 B.C.L.R. (2^e) 56 (C. prov.), a établi ce qui suit : [TRADUCTION] « Depuis l'adoption du paragraphe 56(1) du *Law and Equity Act* de la Colombie-Britannique, la filiation biologique est la seule que reconnaît le droit de cette province et la présomption de légitimité s'est trouvée abolie. »

Voici la teneur du par. 56(1) du *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 224, mod. par S.B.C. 1985, ch. 68, art. 80 :

[TRADUCTION]

Sous réserve des dispositions du *Adoption Act* et du *Family Relations Act*, les règles suivantes s'appliquent à toutes fins que de droit dans les matières relevant de la compétence de la province :

- a) chacun est l'enfant de ses parents naturels ;
- b) est abolie toute distinction entre l'enfant né à l'intérieur du mariage et l'enfant né en dehors du mariage ;
- c) les liens de filiation, de même que les liens de parenté qui en résultent, sont établis conformément au présent paragraphe.

lieu, tant au Québec que dans les provinces de common law, à une controverse quant au poids relatif qu'il convient d'accorder aux divers modes de preuve de la filiation²⁷⁸.

De fait, il est permis de douter que l'intention du législateur fût vraiment de choisir entre les aspects biologique et social de la filiation. En effet, que ce soit en établissant la certitude de la maternité et la présomption de paternité, ou en éliminant la distinction entre l'enfant naturel et l'enfant légitime, le législateur avait-il pour but de préserver l'intérêt de l'enfant, ou était-il davantage préoccupé par une application plus claire des règles de droit ?

S'il est difficile de déterminer ce que doivent refléter les règles actuelles de la filiation (vraisemblance sociale ou vérité biologique) — tout autant que de cerner l'intention du législateur — il devient d'autant plus complexe d'appliquer et d'adapter ces règles à la procréation médicalement assistée. Parmi des problèmes qui peuvent surgir, pensons à l'attribution des responsabilités découlant de la paternité à un mari qui n'a pas consenti à la conception de l'enfant (ou encore au donneur qui n'a aucunement l'intention

Cela porte à croire que, dans les provinces où cette distinction traditionnelle n'a pas été abolie, le droit dissimulerait toujours la vérité biologique sous la présomption de légitimité reliée au mariage et favoriserait ainsi la réalité sociale. Cependant, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a émis l'opinion suivante dans *B. (B.J.) c. K. (J.)* (1989), 56 D.L.R. (4^e) 150, 158 :

[TRADUCTION]

S'il est juste de dire que l'art. 56 du *Law and Equity Act*, en abolissant « toute distinction entre l'enfant né à l'intérieur du mariage et l'enfant né en dehors du mariage », a eu pour effet d'abolir l'état d'illégitimité [...], il n'a certainement pas eu pour effet d'abolir les réalités que nous désignons au moyen des termes « légitimité » et « illégitimité ». [...]

Il eût fallu pour cela, à mon avis, l'expression claire et non équivoque de l'intention du législateur d'écarter une présomption qui existe depuis aussi longtemps et qui, selon moi, constitue une règle utile et équitable [...]

Comme l'article 56 du *Law and Equity Act* ne contient aucune expression claire et non équivoque de cette intention, j'en conclus que la présomption de légitimité existe toujours en Colombie-Britannique.

278. Au Québec, voir Jean PINEAU, *La Famille*, Montréal, P.U.M., 1982, pp. 198-202 ; Michèle RIVET, « La vérité et le statut juridique de la personne en droit québécois » (1987), 18 *R.G.D.* 843, 848 ; l'auteure commente l'affaire *Trudeau c. Ariel*, [1981] C.S. 727, *Droit de la famille-6*, J.E. 83-76 (C.A.) ; B.M. KNOPPERS, *loc. cit.*, note 263, 829, illustre bien l'ambivalence du Code civil à ce sujet. En common law, voir *supra*, note 277, ainsi que le rapport de la CRDO, *op. cit.*, note 2, pp. 64-78.

d'être père²⁷⁹), au désaveu d'un enfant initialement voulu²⁸⁰ par des parents qui, en cours de traitement, changent d'idée, ainsi qu'à la possibilité d'une contestation de paternité par des tiers ou le donneur et d'une réclamation de paternité de la part de ce dernier²⁸¹.

D'autre part, l'application des règles actuelles de la filiation aux techniques qui comportent le don d'un ovule vient, pour la première fois, scinder la filiation biologique maternelle en dissociant la maternité génétique de la maternité gestatrice. Cette situation place le législateur devant un choix que nul n'aurait pu prévoir : faut-il faire prévaloir la gestation et l'accouchement sur l'appartenance génétique ?

2. La filiation biologique

L'enfant peut vouloir connaître ses origines soit pour être au courant des antécédents médicaux de ses géniteurs, soit pour satisfaire un besoin psychologique d'identité. Nous pouvons facilement affirmer que l'intérêt de l'enfant à connaître ses antécédents médicaux et génétiques soulève peu d'opposition dans notre société²⁸². Cependant, en pratique, l'accès à cette information n'est pas garanti :

[TRADUCTION]

Les régimes législatifs actuels présentent une lacune majeure en ce que, même lorsqu'ils tiennent compte des préférences des principaux intéressés à la procréation assistée, comme dans le cas de l'IAD [insémination artificielle avec sperme de donneur], ils ne protègent pas nécessairement l'enfant qui naît par suite du traitement. [...] Un problème encore

279. Voir à titre d'exemple l'al. 56(1)a) du *Law and Equity Act*, précité, note 277.

280. Sous réserve au Québec de l'art. 586 C.e.Q., au Yukon du par. 13(3) du *Children's Act*, précité, note 201, et à Terre-Neuve du par. 12(3) du *The Children's Law Act*, précité, note 201.

281. Voir B.M. DICKENS, *loc. cit.*, note 222, 68 ; ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *Report of the Special Task Force Committee on Reproductive Technology of the British Columbia Branch*, 1989, p. 13 [non publié]. Voir les art. 586 et 588 C.e.Q. et l'art. 580 du projet de loi 125, précité, note 200. Le Yukon a cependant prévu l'absence de lien de droit entre le donneur et l'enfant né de son don si le premier n'est pas le mari de la mère : *Children's Act*, précité, note 201, par. 13(6). La loi modifiant la loi uniforme sur le statut de l'enfant, précitée, note 203 prévoit ce qui suit au par. 11.4(2) : [TRADUCTION] « L'homme dont le sperme est utilisé pour la conception assistée d'un enfant dont il n'est pas présumé être le père en application de l'article 9 est réputé ne pas être le père de cet enfant. » L'art. 579 du projet de loi 125, précité, note 200, est au même effet : « La contribution au projet parental d'autrui par un apport de forces génétiques à la procréation médicalement assistée ne permet de fonder aucun lien de filiation entre l'auteur de la contribution et l'enfant issu de cette procréation. »

282. J.-L. BAUDOIN et C. LABRUSSE-ROUC, *op. cit.*, note 214, p. 55 ; Bernard M. DICKENS, « Legislating for the Brave New Children », dans Barbara LANDAU (dir.), *Children's Rights in the Practice of Family Law*, Toronto, Carswell, 1986, p. 345, à la page 347. Afin que des dossiers sur les origines génétiques des enfants nés de la procréation médicalement assistée soient tenus et que l'accès à ces dossiers soit rendu possible, la loi modifiant la loi uniforme sur le statut de l'enfant, précitée, note 203, prévoit ce qui suit à l'art. 11.6 :

plus grave se pose lorsque l'un des gamètes utilisés ou les deux proviennent de donneurs. La connaissance de la filiation génétique de l'enfant pourra être essentielle lorsqu'il s'agira de lui appliquer des soins médicaux ou de le conseiller en matière de procréation. L'impossibilité de retrouver ne serait-ce que le profil génétique des parents biologiques pourrait placer l'enfant dans une situation défavorable, voire dangereuse. La formule de l'adoption peut tourner au désavantage de l'enfant, mais elle permet habituellement de retracer au moins les caractéristiques de la mère biologique. La conception au moyen de gamètes provenant de donneurs met au jour la carence du législateur qui expose un nombre grandissant d'enfants à des risques graves pour leur santé²⁸³.

De plus, l'accès à ces renseignements, dans l'hypothèse où ils seraient disponibles, pose le problème de la divulgation de l'intervention d'un tiers dans la conception. Nous devons en effet décider si la révélation de cette circonstance doit être laissée à la discrétion des parents ou faire l'objet d'un droit reconnu à l'enfant devenu majeur.

Pour ce qui est de l'intérêt de l'enfant au regard de son besoin psychologique d'identité, cette notion ne nous est pas étrangère. En effet, le droit de connaître ses origines est de plus en plus reconnu en matière d'adoption. Des systèmes ont été mis en place pour permettre aux enfants adoptés de rechercher leurs parents biologiques²⁸⁴. En matière de

[TRADUCTION]

(1) Il incombe au médecin qualifié qui accomplit un acte dans le cadre d'un traitement de conception assistée de tenir, suivant la forme et la manière prescrites par règlement, un dossier indiquant l'identité du donneur ou de la donneuse et de la receveuse de tout ovule ou dose de sperme utilisé pour le traitement.

(2) Il incombe au médecin qualifié qui accomplit un acte destiné à provoquer une conception assistée de présenter l'information dont il dispose relativement aux faits suivants :

- a) toute conception assistée résultant d'un traitement administré par lui,
- b) toute naissance résultant d'une conception assistée provoquée par un acte accompli par lui,
- c) tout acte accompli par lui et destiné à provoquer une conception assistée, lorsqu'il ne sait pas si la conception en est résultée ou non.

(3) Il incombe au médecin qualifié de présenter l'information dont il dispose au sujet de la naissance de tout enfant mis au monde par lui et résultant d'une conception assistée.

(4) L'information mentionnée aux paragraphes (2) et (3) est présentée à l'organisme désigné par règlement, suivant la forme et la manière, et au moment prescrits par règlement.

(5) L'organisme qui reçoit l'information en application du paragraphe (4) :

- a) tient un registre permanent contenant cette information,
- b) s'abstient de divulguer ou de communiquer l'information sauf conformément aux modalités prévues par règlement.

(6) Le lieutenant gouverneur en conseil [ou toute autre autorité réglementaire compétente] peut, par règlement, prescrire toute chose qui, aux termes du présent article, peut ou doit être prescrite par règlement.

283. B.M. DICKENS, *loc. cit.*, note 282, 355 ; voir aussi B.M. KNOPPERS, *loc. cit.*, note 270, 15, n. 64.

284. Au Québec, par exemple, un sommaire des antécédents de l'adopté peut être remis à l'adoptant et à l'adopté lui-même s'il est âgé de quatorze ans ou plus, dans la mesure où l'anonymat est respecté (*Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., ch. P-34.1, art. 131.1, 131.2). De plus, le législateur prévoit des retrouvailles

procréation médicalement assistée, toutefois, la confusion qui entoure la tenue des dossiers, ajoutée au principe de la « protection » de l'anonymat du donneur, a pour effet de nier à l'enfant le droit de connaître ses origines²⁸⁵.

Nous devons nous demander, en premier lieu, s'il est opportun de comparer la situation de l'enfant conçu grâce à un don à celle de l'enfant adopté, et, en second lieu, s'il convient de reconnaître aussi au premier le droit de connaître ses origines ou certains droits à l'information. Quelle que soit la réponse, il est important d'en arriver à un compromis afin que la vie privée du donneur et des parents soit protégée. À défaut d'accorder un droit formel à l'information, on pourrait à tout le moins prévoir la levée de l'anonymat dans certaines circonstances.

3. Le statut juridique

Si la majorité des provinces et territoires canadiens ont éliminé la distinction entre l'enfant légitime et l'enfant illégitime²⁸⁶, certaines provinces, telles l'Alberta et la Nouvelle-Écosse, résistent encore à cette tendance.

Dans ces provinces, l'enfant conçu grâce à un don de gamètes ou d'embryon se verra privé des avantages attribués à l'enfant légitime, non seulement dans les cas où ses parents ne sont pas mariés, mais aussi dans les cas où la preuve est faite qu'un donneur est à

entre parents biologiques et adoptés majeurs consentants (art. 632 C.c.Q.). Cette recherche doit tenir compte de l'intention des parties. Voir par exemple l'art. 632 C.c.Q. (repris à l'art. 577 du projet de loi 125, précité, note 200) et, en Ontario, MINISTÈRE DES SERVICES SOCIAUX ET COMMUNAUTAIRES, *Services de divulgation des renseignements sur les adoptions*, Toronto, Imprimeur de la Reine pour l'Ontario, 1987. Signalons toutefois qu'au Québec, l'art. 583 du projet de loi 125, prévoit la confidentialité des renseignements identifiants relatifs à la conception médicalement assistée d'un enfant. Une exception est prévue lorsque la confidentialité risque de causer un préjudice grave à la santé de l'enfant.

285. Aux États-Unis, les auteurs d'une étude ont estimé que seulement un peu plus du tiers des médecins interrogés conservaient des dossiers permanents sur les enfants conçus par insémination artificielle, et que moins d'un tiers tenaient des dossiers permanents sur les donneurs. Voir Martin CURIE-COHEN, Lesleigh LUTTRELL et Sander SHAPIRO, « Current Practice of Artificial Insemination by Donor in the United States » (1979), 300:11 *New Engl. J. Med.* 585, 588, cité dans Ann T. LAMPORT, « The Genetics of Secrecy in Adoption, Artificial Insemination, and *In Vitro* Fertilization » (1988), 14:1 *Am. J. L. Med.* 109, 116-117 ; on trouve le passage suivant à la p. 118 : [TRADUCTION] « Il arrive souvent que le sperme utilisé pour l'insémination artificielle soit recueilli par un urologue et que l'insémination soit effectuée par un obstétricien qui n'est pas nécessairement celui qui mettra l'enfant au monde. »

286. Au Québec, le C.c.Q. a supprimé les inégalités existant entre les différentes sortes de filiation connues — légitime, naturelle et adultérine. Voir l'art. 594 C.c.Q. (repris à l'art. 536 du projet de loi 125, précité, note 200). Voir aussi *Law and Equity Act* (C.-B.), précité, note 277, par. 56(1) ; *Child Status Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. C-6, par. 1(1), 1(4) ; *Loi sur les services à la famille*, I.N.-B. 1980, ch. F-2.2, art. 96(1), 96(4) ; *Loi sur l'obligation alimentaire*, L.R.M. 1987, ch. F20, art. 17 ; *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, précitée, note 232, par. 1(1), 1(4), 2(1) ; *Loi sur l'organisation judiciaire*, L.R.T.N.-O. 1988, ch. J-1 ; *Children's Act* (Yukon), précité, note 201, par. 5(1), 5(4) ; *The Children's Law Act* (T.-N.), précité, note 201, art. 3 ; *The Children's Law Act*, S.S. 1990, ch. C-8.1, art. 40. Voir finalement la loi uniforme sur le statut de l'enfant, précitée, note 203, art. 2.

l'origine de sa conception²⁸⁷ (et ce, malgré le fait que l'insémination artificielle hétérologue ne soit plus considérée comme un adultère). Même si la présomption de paternité a pour effet, dans le contexte de cette technique, de faire du mari le père légitime de l'enfant, peut-être serait-il préférable de clarifier le statut juridique de l'enfant né d'un don de gamètes ou d'embryon :

[TRADUCTION]

Là où la distinction existe toujours entre l'enfant légitime et l'enfant illégitime, l'enfant né à la suite d'une IAD [insémination artificielle avec sperme de donneur] est tenu pour illégitime, avec tout ce que cela comporte de désavantages sur le plan de ses rapports avec sa famille sociale. Aussi le recours à l'IAD est-il souvent caché, parce que l'enfant que met au monde une femme mariée est légalement présumé être l'enfant du mari, et que personne n'a intérêt à réfuter cette présomption²⁸⁸.

D. Les intervenants médicaux

1. La responsabilité du médecin

Le médecin qui fait preuve de négligence dans l'administration d'un traitement engage sa responsabilité. Il n'est toutefois tenu qu'à une obligation de moyens et non à une obligation de résultat²⁸⁹.

En matière de procréation médicalement assistée, la négligence du médecin peut entrer en jeu avant ou après la conception. Elle peut porter soit sur l'application de la technique, soit sur l'exécution de l'obligation d'informer²⁹⁰, soit sur le respect de la confidentialité²⁹¹. Dans la présente étude, nous nous attarderons plus particulièrement à l'obligation d'informer, obligation qui découle du devoir de tout médecin d'obtenir le consentement libre et éclairé de son patient²⁹².

287. Bartha Maria KNOPPERS, « Women and the Reproductive Technologies », [1985] *Fam. L. Can.* 211, 220 ; reste toujours la possibilité d'une requête en légitimation : *Legitimacy Act*, R.S.A. 1980, ch. L-11 ; *Family Maintenance Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 160, art. 49.

288. B.M. DICKENS, *loc. cit.*, note 282, 347.

289. J.-L. BAUDOIN et C. LABRUSSE-RIOU, *op. cit.*, note 214, p. 57.

290. *Ibid.* ; E.I. PICARD, *op. cit.*, note 200, p. 67 et suiv.

291. J.-L. BAUDOIN et C. LABRUSSE-RIOU, *op. cit.*, note 214, p. 58 ; G. SHARPE, *op. cit.*, note 259, p. 181 et suiv. Cette question a déjà été discutée ; voir *supra*, p. 60.

292. La nécessité du consentement relève de l'application de la règle sanctionnée à la fois par le droit civil, la common law et le droit criminel, et suivant laquelle on ne peut porter atteinte à l'intégrité physique d'une personne sans son consentement. En matière pénale, voir CRD, *Pour une nouvelle codification du droit pénal — édition révisée et augmentée du rapport n° 30*, Rapport n° 31, Ottawa, la Commission, 1987, p. 70.

La portée de cette obligation semble varier selon que le traitement en cause est de nature thérapeutique, élective ou expérimentale. En effet, bien que la Cour suprême du Canada²⁹³ n'ait fait aucun commentaire spécifique à cet égard dans les arrêts *Reibl c. Hughes* et *Hopp c. Lepp*²⁹⁴, certaines autres décisions, tant en droit civil qu'en common law, s'accordent pour attribuer une portée plus vaste à l'obligation d'informer dans le contexte de la chirurgie élective²⁹⁵.

En matière de recherche, l'obligation de divulguer l'information et les risques serait encore plus rigoureuse: [TRADUCTION] « Non seulement le sujet doit consentir, mais encore son consentement doit être explicite et reposer sur une divulgation que l'on pourrait qualifier de "parfaite" »²⁹⁶.

La question que pose la procréatique est donc celle de savoir si les différentes techniques sont de nature thérapeutique, élective ou expérimentale et, selon le cas, quelle norme de divulgation il y a lieu d'appliquer.

Bien que la qualification des techniques de procréation assistée sous ce rapport déborde le cadre de notre étude, nous nous permettons néanmoins de recommander aux tribunaux appelés à résoudre cette question de tenir compte des particularités de chaque technique (risques, taux de succès, etc.)²⁹⁷.

293. E.I. PICARD, *op. cit.*, note 200, p. 92.

294. Précités, note 242.

295. En common law, voir E.I. PICARD, *op. cit.*, note 200, p. 93.

[TRADUCTION]

Appelés à interpréter l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Reibl c. Hughes* [précité, note 242], les tribunaux provinciaux ont décidé que, dans le cas d'une intervention de nature élective, les risques, même mineurs ou très faibles, ainsi que les solutions de rechange et leur dangerosité relative devaient être divulgués volontairement. [...] Suivant une certaine jurisprudence, le médecin qui procède à une stérilisation est tenu de divulguer les autres méthodes ou techniques qui s'offrent au patient. Il semble que l'on puisse étendre cette règle à toute intervention élective.

En droit civil, voir *Blais c. Dion*, J.E. 85-934, p. 11 (C.S.); *Dulude c. Gaudette*, [1974] C.S. 618, 621; *Hamelin Hankins c. Papillon*, [1980] C.S. 879, 881. À propos de la controverse actuelle au sujet des risques à divulguer en matière de chirurgie plastique, voir Louise POTVIN, *L'obligation de renseignement du médecin*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1984, pp. 29-31.

296. E.I. PICARD, *op. cit.*, note 200, p. 118. Voir aussi *L'expérimentation biomédicale sur l'être humain*, *op. cit.*, note 7, p. 33 et suiv. Au Canada, c'est la décision rendue dans *Halushka c. University of Saskatchewan* (1965), 53 D.L.R. (2^e) 436 (C.A. Sask.), qui a établi la norme et l'étendue de l'obligation de divulguer en matière d'expérimentation; voir p. 444: [TRADUCTION] « Le sujet d'une expérience médicale a droit à la divulgation franche et complète de tous les faits, probabilités et opinions qu'une personne raisonnable voudrait censément prendre en considération avant de donner son consentement. [...] Les exceptions qu'admet la pratique usuelle de la médecine à la règle de la divulgation ne peuvent trouver leur application dans le cas de la recherche. »

Voir aussi la décision rendue récemment par la Cour supérieure du Québec dans *Weiss c. Solomon*, [1989] R.J.Q. 731.

297. Voir *supra*, ch. I.

2. La responsabilité des banques de gamètes et d'embryons

La sélection des donneurs est primordiale puisque non seulement elle augmente les chances de succès, mais elle protège la santé de la personne qui reçoit le don et évite la transmission de certaines maladies infectieuses ou génétiques graves²⁹⁸. C'est d'ailleurs depuis la découverte de la possibilité de transmission du sida par le sperme que les médecins se sont mis à utiliser du sperme congelé aux fins d'insémination.

Les banques de gamètes et d'embryons peuvent engager leur responsabilité si elles font preuve de négligence dans le dépistage des affections ou maladies génétiques, par exemple. En droit civil, [TRADUCTION] « le laboratoire est tenu à une obligation de résultat et, en cas d'erreur, devra faire la preuve de l'intervention d'un facteur ou d'un événement extérieur pour s'exonérer²⁹⁹. » En common law, [TRADUCTION] « comme la norme de diligence est proportionnelle aux risques en jeu, cette norme pourrait très bien être la même³⁰⁰. »

Contrairement au don d'autres produits humains tels que le sang³⁰¹, le don de gamètes ou d'embryon ne fait présentement l'objet d'aucune réglementation nationale. En 1977, un comité consultatif s'est intéressé à la question du stockage et de l'utilisation du sperme humain ; il a présenté, en 1981, un rapport au ministre de la Santé nationale et du Bien-être social. Dans une de ses recommandations, le comité proposait « que des règlements gouvernant les normes d'acquisition, de préservation et d'importation du sperme humain soient établis au niveau fédéral³⁰² ». En 1988, la Société canadienne de fertilité et d'andrologie a adopté des lignes directrices concernant, entre autres, la sélection des donneurs et le dépistage génétique. Toutefois, comme l'indique la préface, le texte en

298. Lori B. ANDREWS, *Medical Genetics: A Legal Frontier*, Chicago, American Bar Foundation, 1987, p. 168 : [TRADUCTION] « [C]ertaines femmes ont contracté des maladies vénériennes parce qu'elles avaient été inséminées avec le sperme de donneurs atteints de ces maladies. De plus, on a vu des enfants naître avec des affections génétiques transmises par le sperme du donneur. » Andrews renvoie à William G. JOHNSON, Robin C. SCHWARTZ et Abe M. CHUTORIAN, « Artificial Insemination by Donors: The Need for Genetic Screening » (1981), 304:13 *New Engl. J. Med.* 755 ; David N. SHAPIRO et Raymond J. HUTCHINSON, « Familial Histiocytosis in Offspring of Two Pregnancies after Artificial Insemination » (1981), 304:13 *New Engl. J. Med.* 757. Voir également *supra*, ch. I.

299. B.M. KNOPPERS, *loc. cit.*, note 270, 10, n. 47.

300. *Ibid.*

301. La *Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. (1985), ch. F-27, et ses règlements (C.R.C. 1978, ch. 870) établissent des normes concernant, entre autres, la publicité, l'étiquetage, la vente, l'importation, le traitement, l'entreposage et le nombre de dons permis. La Société canadienne de la Croix-Rouge a également établi des normes sur certains de ces sujets ; voir *Prélèvement et utilisation médicale de tissus et d'organes humains*, *op. cit.*, note 254.

302. *Rapport sur le sperme humain de 1981*, *op. cit.*, note 149, p. xii.

question « n'a pas la prétention d'être exhaustif ni de faire autorité. Il ne doit pas non plus être un ensemble rigide de règles et de méthodes³⁰³. »

L'évolution rapide de la médecine rend toutefois difficiles la réglementation de la sélection médicale et la prescription d'épreuves de dépistage génétique. Par contre, la très grande incertitude qui entoure l'application des critères de sélection et des normes de conservation et d'importation constitue un risque pour l'enfant à naître et les futurs parents. Il est donc important de déterminer à qui doit revenir la tâche de réaliser l'uniformité des normes utilisées et de quelle façon. Le corps médical pourrait-il à lui seul s'en charger ?

De leur côté, les banques de gamètes et d'embryons se doivent de respecter le consentement du donneur et peuvent engager leur responsabilité si elles font preuve de négligence dans la conservation des gamètes et des embryons.

Nous avons vu que de nombreuses règles de droit s'appliquent à la procréation médicalement assistée mais que, la plupart du temps, elles ne sont pas adaptées à cette nouvelle réalité. Au chapitre des recommandations, nous tenterons de répondre aux problèmes posés dans cette première section. Nous allons maintenant examiner de façon particulière les problèmes que pose la maternité de substitution.

303. SOCIÉTÉ CANADIENNE DE FERTILITÉ ET D'ANDROLOGIE, *op. cit.*, note 11, p. 3 ; la pratique actuelle se caractérise donc par l'incertitude quant à l'application de critères uniformes. La CRDO soulignait en 1985 :

[TRADUCTION]

Pour ce qui est de la sélection des donneurs par les médecins, la pratique varie considérablement. Les analyses les plus courantes, qui sont effectuées soit par le médecin, soit par le laboratoire à la demande de celui-ci, sont celles du groupe et du type sanguin, l'analyse et la culture du sperme, et le test VDRL [Venereal Disease Research Laboratory]. Parmi les analyses moins courantes, citons la formule sanguine et le dépistage de l'hépatite, ainsi que, plus rarement encore, le caryotype, le dépistage génétique et l'examen des antécédents familiaux et généraux du donneur. Certains médecins ont mentionné d'autres types d'analyse.

CRDO, *op. cit.*, note 2, p. 22.

De plus, la capacité du praticien d'effectuer une sélection génétique convenable soulève des doutes. Voir A.T. LAMPORT, *loc. cit.*, note 285, 117. L'auteur renvoie à M. CURIE-COHEN, L. LUTTRELL et S. SHAPIRO, *loc. cit.*, note 285, 588 :

[TRADUCTION]

Les généticiens, entre autres, reconnaissent que l'insémination artificielle est souvent confiée à des praticiens dont la connaissance de la génétique présente des lacunes graves. Le dépistage des affections congénitales chez les donneurs est courant mais illusoire. On examine les antécédents familiaux, mais habituellement de façon superficielle. Les analyses biochimiques ne sont effectuées que dans 28,8 pour 100 des cas. [...] Parmi les médecins participant à l'étude Curie-Cohen, 92 pour 100 ont affirmé qu'ils écarteraient un donneur présentant une translocation de chromosome ou une trisomie, mais seulement 12,5 pour 100 ont effectivement examiné le caryotype du donneur éventuel afin de déceler toute anomalie chromosomique. D'autre part, 71,4 pour 100 ont déclaré qu'ils écarteraient un donneur dont les antécédents familiaux révèlent des cas d'hémophilie, bien qu'il s'agisse d'un caractère lié au chromosome X et qu'il soit impossible à un homme de le transmettre à moins d'être porteur de la maladie et d'en être atteint.

Lamport précise qu'il s'agit de la seule étude de ce type réalisée jusqu'à maintenant. Voir également, C.L.R. BARRATT, M. CHAUHAN et I.D. COOKE, *loc. cit.*, note 164, et le texte sous la rubrique « La sélection des gamètes et des embryons », *supra*, p. 37.

II. La maternité de substitution

A. Les principes en cause

1. La légalité et la légitimité³⁰⁴

Dans l'état actuel du droit, le phénomène de la maternité de substitution déroge aux principes du droit des contrats. En effet, aussi bien en droit civil qu'en common law, l'entente conclue, même à titre gratuit, entre une femme porteuse et les futurs parents est fort probablement nulle de nullité absolue, parce que contraire à l'ordre public et sans objet³⁰⁵. Mentionnons de plus qu'un tel contrat est également contraire à un principe fondamental du droit de la famille : la garde de l'enfant doit être déterminée en fonction de l'intérêt véritable de l'enfant et non des vœux des parents exprimés dans un contrat³⁰⁶. Les dispositions relatives à l'autorité parentale³⁰⁷ rendent illégale toute convention prévoyant à l'avance la remise de l'enfant à qui que ce soit à sa naissance.

304. Voir *supra*, note 235.

305. En common law, voir B.M. DICKENS, *loc. cit.*, note 222, 71 : [TRADUCTION] « Il est généralement reconnu que, en l'absence de législation les rendant valides, les ententes de maternité de substitution seront tenues pour nulles par les tribunaux, parce que contraires à l'intérêt public. » CRDO, *op. cit.*, note 2, p. 220 : [TRADUCTION] « Bien qu'ils ne soient pas expressément interdits, il semble que ces accords soient illégaux et inexécutables en common law. » En droit civil, voir J.-L. BAUDOIN et C. LABRUSSE-RIOU, *op. cit.*, note 214, p. 115 ; l'art. 582 du projet de loi 125, précité, note 200, prévoit sa nullité de façon explicite : « Les conventions de procréation ou de gestation pour le compte d'autrui sont nulles. » Rappelons également la décision américaine *Baby M*, 537 A. 2d 1227, 1234 (N.J. 1988) : [TRADUCTION] « Nous tenons le contrat de maternité de substitution pour invalide parce qu'il contrevient au droit et aux objectifs publics de l'État. »

306. La préséance de l'intérêt véritable de l'enfant sur la liberté contractuelle est rendue évidente par des dispositions tels les al. 52(1)c) et 53(1)c), et le par. 56(1) de la *Loi de 1986 sur le droit de la famille* de l'Ontario, précitée, note 200 ; à titre d'exemple, voici la teneur de l'al. 52(1)c) :

52. (1) Un homme et une femme qui sont mariés ensemble ou qui ont l'intention de se marier peuvent conclure un accord afin de convenir de leurs obligations et droits respectifs dans le cadre du mariage ou lors de leur séparation, de l'annulation ou de la dissolution du mariage, ou du décès, y compris :

[...]

c) le droit de diriger l'éducation et la formation morale de leurs enfants, mais non le droit de garde ou de visite ;

[...]

L'alinéa 53(1)c) établit la même règle à l'égard de l'homme et de la femme « qui cohabitent ou ont l'intention de cohabiter ». Quant au par. 56(1), en voici le libellé : « Le tribunal peut, lorsqu'il règle une question relative aux aliments dus à un enfant, à son éducation, à sa formation morale ou à un droit de garde ou de visite, passer outre à une disposition d'un contrat familial qui a trait à cette question s'il est d'avis que cette mesure est dans l'intérêt véritable de l'enfant. »

307. En common law, voir le rapport de la CRDO, *op. cit.*, note 2, p. 99 : [TRADUCTION] « [P]our ce qui est de la common law [...], il est établi depuis longtemps en jurisprudence que, sous réserve de quelques rares exceptions, les droits et obligations des parents sont inaliénables et ne peuvent être cédés par contrat. » La légalité d'une telle convention dépendrait avant tout de l'intérêt de l'enfant. Ainsi, la Cour suprême a reconnu que certaines conventions de garde, dont le but premier était l'intérêt véritable de l'enfant, n'étaient pas illégales ; voir *Chisholm c. Chisholm* (1908), 40 R.C.S. 115. *Contra* : *Re Hutchinson* (1913), 28 O.L.R. 114 (C.A.). Voir la discussion concernant le contrat de maternité de substitution et le transfert de garde d'enfant dans le rapport de la CRDO, *op. cit.*, note 2, pp. 94-102. En droit civil, voir M. RIVET, *loc. cit.*, note 278, 850 : « [S]e départir par convention des droits qui dérivent de l'autorité parentale est également contraire à l'ordre public et une délégation complète et définitive de l'autorité parentale est également contraire à l'ordre public. » L'auteur renvoie à *Stevenson c. Florant*, [1925] R.C.S. 532. Voir également Jean-Louis BAUDOIN, *Les obligations*, 3^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1989, pp. 83-84.

Il va sans dire que, malgré la nullité de l'entente, rien n'empêche les parties de donner effet au contrat lorsque la femme porteuse ne s'oppose pas à la remise de l'enfant³⁰⁸. Signalons toutefois que c'est l'application des règles de la filiation du droit civil et de la common law qui rend possible ce résultat³⁰⁹.

Puisque le droit actuel n'interdit pas la maternité de substitution et la tolère même indirectement, la question est de savoir s'il convient de modifier cette situation. Dans l'affirmative, il s'agirait de légiférer, soit pour légaliser le contrat de maternité de substitution et en régir les modalités, soit au contraire pour le prohiber expressément parce que contraire à l'ordre public.

Ce n'est pas [...] parce que la culture et le droit de la famille traditionnel se trouvent bouleversés par l'hypothèse des mères de substitution que ce bouleversement doit nécessairement être vu comme négatif et être restreint ou prohibé. Le fait impose un choix de confirmation ou d'infirmité du droit positif.³¹⁰

2. La commercialité

La dimension pécuniaire de la maternité de substitution évoque non seulement le danger de l'exploitation des parties mais également celui d'une dérive vers le trafic d'enfants, actuellement prohibé au Canada par la législation sur l'adoption et sur la protection de la jeunesse :

[TRADUCTION]

Bien que chacune des provinces canadiennes ait sa propre législation en matière d'adoption, le cadre législatif fondamental reste uniforme partout au pays. La législation pose des restrictions quant à l'adoptant et à l'adopté. Partout en Amérique du Nord, on perçoit une certaine inquiétude à l'égard de ce qu'on appelle le trafic d'enfants, c'est-à-dire le placement d'enfants en vue de l'adoption par des intermédiaires sans scrupules et avides de profits qui, invariablement, se soucient très peu du bien-être de l'enfant. C'est pourquoi la législation restreint l'exercice de la fonction d'intermédiaire et ses modalités. Notamment, la perception d'une rémunération pour le placement d'un enfant ou la prestation de tout autre service en matière d'adoption est rigoureusement réglementée³¹¹.

308. CRDO, *op. cit.*, note 2, pp. 99-100 :

[TRADUCTION]

Bien qu'on ne puisse s'autoriser du droit des contrats pour forcer l'exécution d'une entente de maternité de substitution, le régime actuel est ainsi conçu qu'il n'est pas entièrement impossible aux parties à l'entente de réaliser leur intention. Il existe en effet certaines façons de procéder pour que l'enfant, au moment de sa mise au monde par une femme porteuse ou immédiatement avant, soit confié « naturellement » aux soins et à la garde des parents sociaux, à tout le moins lorsque le père social est aussi le père biologique. Dans cette hypothèse, la question importante n'est plus la validité ni le caractère exécutoire du contrat, mais bien les mesures qui peuvent être prises actuellement lorsqu'un enfant naît ou est sur le point de naître d'une femme porteuse qui est disposée à le remettre aux parents sociaux.

Voir aussi J.-L. BAUDOIN et C. LABRUSSE-RIOU, *op. cit.*, note 214, pp. 127-128 ; M. RIVET, *loc. cit.*, note 278, 850-851, sur l'utilisation des règles en matière d'adoption au Québec.

309. Voir *infra*, p. 76 et suiv. ,

310. J.-L. BAUDOIN et C. LABRUSSE-RIOU, *op. cit.*, note 214, p. 120.

311. Nicholas BALA, Heino LILLES et George THOMSON, *Canadian Children's Law*, Toronto, Butterworths, 1982, pp. 284-285.

À titre d'exemple, voici ce que prévoit le paragraphe 33(2) du *The Adoption Act* de la Saskatchewan :

[TRADUCTION]

(2) Sauf dans la mesure permise par la présente loi ou les règlements, il est interdit :

a) de verser ou de toucher,

b) de convenir de verser ou de toucher,

quelque paiement, récompense ou contrepartie, directement ou indirectement, à quelque fin liée à l'adoption d'un enfant³¹².

Puisqu'il est illégal de recevoir un paiement pour avoir contribué à l'adoption d'un enfant, il est possible que, en matière de maternité de substitution, le remboursement des frais à la femme porteuse qui consent à l'adoption de son enfant tombe aussi sous le coup de cette prohibition³¹³.

312. *The Adoption Act*, S.S. 1989-90, ch. A-5.1 ; au Québec, voir la *Loi sur la protection de la jeunesse*, précitée, note 284, art. 135.1 :

Que le placement ou l'adoption ait lieu au Québec ou ailleurs et qu'il s'agisse d'un enfant domicilié au Québec ou non, quiconque

a) donne ou reçoit ou accepte de donner ou de recevoir, directement ou indirectement, un paiement ou un avantage, soit pour procurer un placement ou contribuer à un placement en vue d'adoption, soit pour obtenir l'adoption d'un enfant ; [. . .]

commet une infraction et est passible, sur poursuite sommaire, en outre du paiement des frais, d'une amende de 2 000 \$ à 5 000 \$, s'il s'agit d'un individu, et d'une amende de 5 000 \$ à 10 000 \$, s'il s'agit d'une corporation.

Cette disposition n'invalide toutefois pas l'acte accompli. Voir également : *Child Welfare Act*, S.A. 1984, ch. C-8.1, art. 71, mod. par S.A. 1988, ch. 15, art. 35 ; *Loi sur les services à la famille* (N.-B.), précitée, note 286, art. 95 ; *Loi sur les services à l'enfant et à la famille*, L.M. 1985-86, ch. 8, art. 63, 84 ; *The Adoption of Children Act*, 1972, S.N. 1972, n° 36, art. 5, mod. par S.N. 1974, n° 9, art. 3 et S.N. 1979, ch. 35, ann. A, item 1 ; *Loi sur la protection de l'enfance*, L.R.T.N.-O. 1988, ch. C-6, art. 108 ; *Children and Family Services Act*, S.N.S. 1990, ch. 5, art. 69(3) ; *Adoption Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. A-4, art. 23 ; *Children's Act* (Yuk.), précité, note 201, art. 102. L'Ontario et la Colombie-Britannique autorisent certains paiements dans certaines circonstances : voir la *Loi de 1984 sur les services à l'enfance et à la famille*, L.O. 1984, ch. 55, art. 159-160, mod. par L.O. 1987, ch. 4, art. 8 et L.O. 1989, ch. 72, art. 20, et *Adoption Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 4, mod. par S.B.C. 1980, ch. 36, art. 2. Dans *Re Adoption Act* (1982), 27 R.F.L. (2^e) 72, 75, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a permis le remboursement à la mère naturelle de dépenses raisonnables reliées à l'adoption de son enfant par le couple adoptif. Le juge Huddart a toutefois fait le commentaire suivant : [TRADUCTION] « En d'autres occasions et dans d'autres circonstances, d'autres juges pourraient appliquer d'autres critères mais, en l'espèce, les parents adoptifs m'ont convaincu que les critères que j'ai décidé d'appliquer pour approuver le versement d'un paiement à la mère naturelle avaient été remplis. »

313. B.M. DICKENS, *loc. cit.*, note 222, 71 : [TRADUCTION] « Dans les cas où, au Canada, des personnes ont participé ouvertement à de telles ententes, elles n'ont pas été poursuivies, notamment pour avoir violé les dispositions interdisant d'offrir ou de recevoir une somme d'argent en contrepartie d'un consentement à l'adoption. » À titre d'information, voir les décisions américaines *Baby M*, précitée, note 305 ; *Doe v. Kelley*, 307 N.W. 2d 438 (1981), *certiorari* refusé, 459 U.S. 1183 (1983) ; *Baby Girl*, 9 Fam. L. Rep. 2348 (1983), où le juge Mudd a refusé de reconnaître l'adoption d'un enfant né d'une femme porteuse par le père génétique et sa femme. Voir aussi *Syrkowski v. Appleyard*, Civ. Action 81, 122 D.P. (1981), conf. par 333 N.W. 2d 90 (1983) ; [TRADUCTION] « La Cour d'appel, sous la plume du juge Cynar, a jugé que le *Paternity Act* ne s'appliquait pas à l'enfant né à l'issue d'une opération commerciale mettant en cause une femme porteuse. » Cependant, voir à l'effet contraire *In the Matter of Adoption of Baby Girl L.J.*, 505 N.Y.S. 2d 813 (1986), et *Surrogate Parenting Associates v. Commonwealth of Kentucky, ex rel Armstrong*, 704 S.W. 2d 209 (1986) ; R. Alta CHARO, « Legislative Approaches to Surrogate Motherhood » (1988), 16:1-2 *Law Med. Health Care* 96, 97.

Signalons toutefois que, sauf au Manitoba³¹⁴, les lois provinciales sur l'adoption visent uniquement l'opération qui a pour but l'adoption de l'enfant. Toute autre opération qui ne constitue pas une adoption échapperait donc à leur application.

Du côté du droit criminel, il n'y a actuellement aucune disposition qui prohibe spécifiquement le trafic d'enfants. Et les situations de maternité de substitution ne se prêtent pas toutes au dépôt d'accusations en vertu du paragraphe 279(1) (enlèvement) et des articles 279.1 (prise d'otage), 280 (enlèvement d'une personne âgée de moins de 16 ans), 281 (enlèvement d'une personne âgée de moins de 14 ans), 282 (enlèvement en contravention avec une ordonnance de garde) et 283 (enlèvement en l'absence d'une ordonnance de garde) du *Code criminel*³¹⁵.

B. L'enfant

1. La filiation juridique

Nous avons déjà évoqué les problèmes que la procréation médicalement assistée pose au droit de la filiation³¹⁶. Il nous faut maintenant considérer le problème particulier de la filiation de l'enfant né d'une femme porteuse.

La filiation de l'enfant né d'une femme porteuse dépend de différents facteurs : la femme remet ou non l'enfant volontairement ; elle est mariée ou célibataire ; elle fournit l'ovule ou ne fait que porter l'enfant³¹⁷.

314. Le Manitoba ne restreint pas la portée de l'infraction à l'adoption ; la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille*, précitée, note 312, prévoit ce qui suit à l'art. 84 :

Est coupable d'un (sic) infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité et passible d'une amende de 1 000 \$ à 10 000 \$ ou d'une peine d'emprisonnement d'au plus 6 mois, ou de ces deux peines, quiconque donne, reçoit ou consent à donner ou à recevoir, directement ou indirectement, une somme d'argent ou une récompense en contrepartie de

a) la vente présumée d'un enfant à quelque fin que ce soit ; ou

b) l'obtention ou de l'aide à l'obtention de la vente présumée d'un enfant à quelque fin que ce soit.

315. La Conférence sur l'uniformisation des lois au Canada soulève les diverses difficultés auxquelles se heurtent ces dispositions en matière de maternité de substitution. Voir « Trafic d'enfants », dans CONFÉRENCE SUR L'UNIFORMISATION DES LOIS AU CANADA, *Proceedings of the Seventy-second Annual Meeting Held at Saint John, New Brunswick, August, 1990*, Frédéricton (N.-B.), la Conférence, 1991, p. 341.

316. *Supra*, p. 63 et suiv.

317. Voir Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, « Les procréations assistées : état des questions » (1987), 86:3 *Rev. crim. dr. civ.* 457, 489 et suiv.

Dans l'hypothèse où la femme porteuse célibataire remet l'enfant à la naissance, la maternité légale lui sera attribuée mais elle pourra consentir à l'adoption par la conjointe du père³¹⁸. Si elle refuse son consentement, elle pourrait en théorie, à la demande des parents sociaux, être déchue de l'autorité parentale pour avoir abandonné l'enfant.

Si la femme porteuse célibataire refuse de rendre l'enfant, le père social, s'il est aussi le père biologique de l'enfant, pourra faire la preuve de sa paternité³¹⁹. Il devra également faire une demande de garde aux tribunaux qui statueront en fonction de l'intérêt véritable de l'enfant³²⁰.

S'il n'y a pas de conflit (l'enfant est remis) mais que la femme porteuse soit mariée, son mari est présumé être le père de l'enfant³²¹. La procédure indiquée est alors le

318. Voir M. RIVET, *loc. cit.*, note 278, 850-852. Voir aussi la décision récente *Re Ontario Birth Registration number 88-05-045846*, C. Prov. Ontario n° A012/89, 12 février 1990, j. Walmsley. Dans cette décision, le juge a approuvé l'adoption d'un enfant dont la mère avait été inséminée artificiellement avec le sperme de son beau-père à la suite d'une entente de maternité de substitution.

319. B.M. DICKENS, *loc. cit.*, note 222, 68 :

[TRADUCTION]

Il arrive qu'un donneur [...] ait l'intention bien arrêtée d'élever l'enfant né d'une femme porteuse ayant agi en application d'une entente de maternité de substitution. [...] Ce genre d'attentes expose le donneur à des frustrations, parfois très arbitraires, en raison de dispositions législatives conçues sans aucun égard aux différentes techniques de procréation et d'insémination artificielles. Dans *The Nova Scotia Family Maintenance Act*, par exemple, le « père éventuel » est défini comme celui qui « a eu des rapports sexuels avec [...] la mère de l'enfant » ; est donc exclu le donneur qui participe à un traitement de procréation hors sexe.

Voir aussi l'art. 589 C.c.Q.

320. *Canadian Family Law Guide*, *op. cit.*, note 277, p. 2461 : [TRADUCTION] « La jurisprudence en matière de garde d'enfants illégitimes fait ressortir le conflit qui oppose, d'une part, le principe de common law qui reconnaît à la mère, sauf preuve contraire, le droit à la garde de son enfant illégitime et le principe d'*equity* qui fait de l'intérêt de ce dernier la considération primordiale. » Voir aussi p. 2470 où l'on cite la décision *D. (W.) c. P. (G.)*, [1984] 5 W.W.R. 289 (C.A. Alb.) :

[TRADUCTION]

La règle traditionnelle veut que le père naturel d'un enfant né hors du mariage soit réputé n'avoir aucun lien avec l'enfant. Dans ces conditions, il n'est pas admis à en revendiquer la garde à moins de démontrer que la mère l'a abandonné ou négligé, ou d'offrir quelque autre raison grave ou déterminante. Bien entendu, il s'agit là d'une règle élaborée par les tribunaux qui, en tant que telle, pourrait être modifiée de la même façon.

321. B.M. DICKENS, *loc. cit.*, note 222, 69-70 : [TRADUCTION] « Le donneur de sperme qui cherche à établir sa paternité pourrait faire face à des difficultés d'ordre juridique, en particulier si son but est de revendiquer le droit à la garde d'un enfant né en application d'un contrat de maternité de substitution conclu avec une femme mariée. » B.M. KNOPPERS et E. SLOSS, *loc. cit.*, note 272, 716 : [TRADUCTION] « Pour ce qui concerne l'enfant né à la suite d'une insémination artificielle [...], la présomption de paternité pourrait tourner au désavantage du père biologique dans les cas où la femme porteuse est mariée ou cohabite avec un autre homme. »

désaveu de la part du mari de la femme porteuse ou la contestation de paternité³²². Le père biologique pourra par la suite réclamer sa paternité³²³.

Si la femme porteuse mariée refuse de rendre l'enfant à la naissance, le père social devra, avant que la possession d'état ne vienne confirmer le titre du mari, contester la paternité présumée de celui-ci afin d'établir la sienne par la preuve de la filiation biologique.

Même si la femme porteuse n'est pas génétiquement liée à l'enfant, elle sera probablement, en cas de conflit, considérée comme la mère légale. Toutefois, nous pouvons nous demander s'il est possible à la mère génétique d'opposer à la femme porteuse la filiation génétique, de contester la maternité et de présenter une action en réclamation de

322. Pour le Québec, voir l'art. 581 C.c.Q., sous réserve de l'application des fins de non-recevoir de l'art. 586 C.c.Q. aux autres techniques de procréation médicalement assistée que l'insémination artificielle. Signalons que l'art. 580 du projet de loi 125, précité, note 200, élimine cette ambiguïté. Pour le Yukon et Terre-Neuve, voir *supra*, note 280. Voir B.M. KNOPPERS, *loc. cit.*, note 287, 220. Dans les provinces de common law, la présomption de paternité étant réfragable, une contestation de paternité pourra être entreprise à la condition que la preuve soit suffisamment claire et convaincante. À cet effet, voir *Canadian Family Law Guide*, *op. cit.*, note 277, p. 2401, par. 4305, qui nous informe de ce qui suit :

[TRADUCTION]

Le droit attache un poids important à la présomption qui veut que l'enfant né à l'intérieur du mariage soit l'enfant légitime du mari et de la femme. Dès lors que le mari a eu la possibilité de féconder sa femme, le simple déni de sa paternité ne suffit pas à combattre la présomption (*Re Johnston and Johnston* (1975), 10 O.R. (2^e) 249 (C. prov.) ; *Guevara c. Guevara* (1976), 28 R.F.L. 30 (B.R. Man.)) ; il en va de même de l'aveu de paternité de la part d'un autre homme (*Re Brown and Argue*, [1925] 3 D.L.R. 873 (C.A. Ont.) ; *Re Anderson*, [1947] 3 D.L.R. 302 (C.A. N.-B.)). Par contre, dans *Gray c. Foster* (1974), 19 R.F.L. 12 (C. prov. Ont.), on a jugé que l'aveu de paternité d'un autre homme, considéré conjointement avec le fait que celui-ci avait temporairement fourni des aliments à l'enfant et cohabité avec la mère, suffisait à combattre la présomption.

Voir aussi *B. (B.J.) c. K. (J.)*, précité, note 277, 151 :

[TRADUCTION]

La présomption peut être combattue par une preuve susceptible de convaincre le tribunal que, suivant la prépondérance des probabilités, la mère de l'enfant et son mari n'ont pas eu de rapports sexuels au cours desquels l'enfant aurait pu être conçu. Les résultats du test d'antigènes d'histocompatibilité (typage HLA) auraient dû être pris en considération, de même que toute autre preuve pertinente, au moment de déterminer si l'intimé s'est acquitté de la charge de la preuve. La valeur probante qu'il convient d'accorder aux résultats de ces analyses dépend de la crédibilité des parties.

323. Au Québec, voir l'art. 589 C.c.Q. Pour les provinces de common law, voir B.M. DICKENS, *loc. cit.*, note 282, 355 :

[TRADUCTION]

Dans le cadre d'une entente de maternité de substitution où la femme porteuse est mariée, il peut être nécessaire d'inscrire le nom de son mari comme père de l'enfant, à charge pour le père véritable d'obtenir une déclaration judiciaire de paternité avant de pouvoir revendiquer la garde de l'enfant. Il pourrait aussi être tenu d'adopter son propre enfant pour qu'un certificat de naissance l'identifiant comme père puisse être délivré.

B.M. DICKENS, *loc. cit.*, note 222, 70 : [TRADUCTION] « Contrairement à la donneuse d'ovule, l'homme qui conclut une entente et donne son sperme en vue de l'insémination est en droit de revendiquer la paternité de l'enfant ».

maternité³²⁴. Compte tenu du fait que la règle voulant que l'accouchement fasse preuve de la maternité n'est pas une règle de fond mais une règle de preuve³²⁵ — elle n'apparaît dans aucun texte —, et par analogie avec l'établissement de la paternité³²⁶, d'aucuns prétendent en effet qu'il serait possible d'arguer de la filiation génétique pour combattre la présomption de maternité³²⁷.

Ce bref survol des différentes hypothèses possibles met en lumière l'insuffisance des règles actuelles³²⁸.

324. Voir à ce sujet, Martine NOLIN et Hélène GUAY, « Le phénomène des femmes porteuses : le droit à l'écoute de la science et de la société », dans Martine NOLIN (dir.), *Réflexions juridiques sur le phénomène des femmes porteuses d'enfants*, Cowansville, (Qc), Yvon Blais, 1986, p. 54 ; voir aussi J. RUBELLIN-DEVICHI, *loc. cit.*, note 317, 488.

325. Monique BANDRAC, « Réflexions sur la maternité », dans *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, p. 27, à la page 30, « s'il en résulte assurément que la preuve de l'accouchement est de nature à établir la maternité, il n'en résulte aucunement que ce fait soit l'essence même du lien, et l'on ne saurait sérieusement soutenir que les rédacteurs du Code civil aient entendu trancher en réglant la preuve comme ils l'ont fait, un problème de fond dont ils n'avaient pas la moindre idée. »

326. *Id.*, pp. 30-31 :

Il ressort de la nécessité qui s'impose à l'interprète d'adopter à l'égard du père et la mère une même conception de l'élément biologique dont le rôle est aujourd'hui prépondérant dans les composants de la filiation charnelle. [...] Dès lors que la paternité trouve dans l'hérédité son fondement principal, l'idée paraît s'imposer que c'est aussi l'hérédité, c'est-à-dire la fourniture d'une cellule souche, qui fonde biologiquement et principalement la filiation maternelle.

327. B.M. KNOPPERS et E. SLOSS, *loc. cit.*, note 272, 716 :

[TRADUCTION]

Si la mère gestatrice refuse de renoncer à la garde de l'enfant, elle est, en droit, présumée y avoir droit, sous réserve de la preuve ultérieure de la paternité. Dans le cas où l'enfant aurait été conçu in vitro au moyen des gamètes des parents sociaux, ceux-ci n'auraient de recours contre la femme porteuse que dans la mesure où ils seraient à même de faire la preuve des liens génétiques qui les unissent à l'enfant.

Cependant, cette situation n'est pas à l'abri des présomptions irréfragables de paternité, dans les cas où l'insémination artificielle est utilisée, si ces dispositions s'appliquent aux femmes porteuses : voir, *supra*, note 280. Mis en face de la séparation de la maternité génétique et de la maternité gestatrice, un tribunal du Michigan a reconnu aux parents génétiques le droit de faire inscrire leur nom sur le certificat de naissance et d'être reconnus comme parents légaux. *Smith c. Jones*, C. circuit Michigan, n° 8553201460 (14 mars 1986), discuté dans Sherrill COHEN et Nadine TAUB (dir.), *Reproductive Laws for the 1990s*, Clifton (N.J.), Humana, 1989, p. 383. Au sujet d'une décision américaine très récente, on trouve le commentaire suivant :

[TRADUCTION]

[U]ne femme porteuse s'est vu refuser le droit de se faire inscrire comme troisième parent d'un enfant conçu in vitro qu'elle a porté pour un couple infertile.

Le juge Richard Parslow de la Cour supérieure des États-Unis a jugé [...] que Anna Johnson ne pouvait prétendre à aucun droit parental sur le petit garçon âgé maintenant d'un mois, et a accordé la garde permanente à Mark et Crispina Calvert, le couple qui a versé 10 000 S.U.S. à M^{me} Johnson pour qu'elle porte l'embryon à terme. [...]

Malgré sa contribution, a dit le juge, « la femme qui porte pour un couple un enfant génétiquement lié à celui-ci n'acquiert aucun droit parental. »

Murray CAMPBELL, « Woman Loses Bid to Be Parent », *The [Toronto] Globe and Mail* (23 octobre 1990) A-14. Cette décision a été confirmée par *Anna J. c. Mark C.*, 286 Cal. Rptr. 369 (1991).

328. La Conférence sur l'uniformisation des lois au Canada, dans sa loi modifiant la loi uniforme sur le statut de l'enfant, précitée, note 203, a adopté les modifications suivantes :

2. La garde de l'enfant

De la filiation découle l'autorité parentale³²⁹ et, de celle-ci, la garde de l'enfant.

En matière de procréation médicalement assistée, si la filiation est établie en faveur de la femme porteuse et de son mari, ils auront droit à la garde de l'enfant à moins qu'ils ne soient déchus de leur autorité parentale³³⁰ ou qu'il ne soit dans l'intérêt de l'enfant que la garde de celui-ci leur soit retirée³³¹.

D'autre part, si la filiation juridique est établie en faveur de la femme porteuse et du père social, la question de la garde de l'enfant peut devenir épineuse. Le critère est

[TRADUCTION]

11.3 La femme qui donne naissance à un enfant avant ou après l'entrée en vigueur du présent article est réputée être la mère de l'enfant, peu importe que celui-ci soit issu d'un de ses ovules ou non.

11.4 (1) La femme qui fournit un ovule en vue d'une conception assistée mais qui ne donne pas naissance à l'enfant issu de cet ovule est réputée ne pas en être la mère.

329. M. D.-CASTELLI, *op. cit.*, note 274, p. 182.

330. Pour obtenir la déchéance de l'autorité parentale, il faut prouver, d'une part que son titulaire a « commis, par action ou abstention, un manquement grave et injustifié à son devoir de parent » (*C. (G.) c. V.-F. (F.)*, [1987], 2 R.C.S. 244, 246) et, d'autre part, que cette déchéance est dans l'intérêt de l'enfant (voir art. 654 C.e.Q. et l'art. 606 du projet de loi 125, précité, note 200) ; B.M. DICKENS, *loc. cit.*, note 222, 71-72.

331. En common law, voir B.M. DICKENS, *loc. cit.*, note 222, 52 :

[TRADUCTION]

Dans la plupart des cas [...], on considère que l'État a pour mission de réaliser l'intérêt véritable de l'enfant, tel qu'il est déterminé au cours du processus judiciaire. Dans ce conflit qui oppose les [...] deux principes [les « droits naturels » des parents et l'intérêt véritable de l'enfant], il semble bien accepté, au Canada et dans les autres pays de common law, que l'« intérêt véritable » de l'enfant doit prévaloir.

Voir aussi M. Joyce SCHLOSSER, « Third Party Child-Centred Disputes: Parental Rights v. Best Interest of the Child » (1984), 22 *Alta L. Rev.* 394, 398, 401. En droit civil, voir M. D.-CASTELLI, *op. cit.*, note 274, p. 185. Celle-ci renvoie à la décision de la Cour suprême dans *C. (G.) c. V.-F. (F.)*, précitée, note 330, où le caractère primordial de l'intérêt de l'enfant a été confirmé. Dans cette décision, la garde a été accordée à des tiers, compte tenu de l'intérêt des enfants, mais sans qu'il y ait déchéance de l'autorité parentale, ni perte du droit de garde. M. le juge Beetz, à la p. 267, a fait le commentaire suivant : « Dans une telle situation, le titulaire est privé de l'exercice de la garde, mais il n'est pas déchu du droit lui-même. »

alors celui de l'intérêt de l'enfant³³² ou « intérêt véritable de l'enfant³³³ », qui doit être apprécié dans chaque cas à la lumière des circonstances de l'espèce³³⁴.

Le parent qui n'obtient pas la garde reste quand même titulaire de l'autorité parentale mais, dans les faits, l'exercice de celle-ci risque d'être réduit à un simple droit de surveillance³³⁵. Certes, il pourra éventuellement bénéficier d'un droit de visite et de sortie, mais ce droit n'est pas automatique.

Somme toute, deux possibilités s'offrent au législateur : soit résoudre le problème de la garde de l'enfant en accordant une valeur juridique aux ententes privées entre la femme porteuse et les parents sociaux, soit laisser l'intérêt de l'enfant déterminer le sort du litige.

En conclusion, ce sont les aspects contractuel et commercial de la maternité de substitution, ainsi que la filiation et la garde de l'enfant, qui font problème. Nous reprendrons l'analyse de ces questions au chapitre des recommandations.

332. M. D.-CASTELLI, *op. cit.*, note 274, p. 186. Voir l'art. 30 C.c. et les art. 33 et 34 du projet de loi 125, précité, note 200. Voir également la *Loi de 1985 sur le divorce*, S.C. 1986, ch. 4. Pour la détermination de l'intérêt de l'enfant, voir *id.*, les par. 16(8), 16 (10) et 17(9). Voir B.M. DICKENS, *loc. cit.*, note 222, 72. Cet auteur cite l'observation du juge Dubin dans *Re Moores and Feldstein* (1973), 38 D.L.R. (3^e) 641, 647 (C.A. Ont.) : [TRADUCTION] « Je ne crois pas qu'il soit prudent de tenir pour acquis que l'enfant recevra davantage d'amour et de compréhension s'il est remis à une femme qui n'en voulait pas au moment de sa naissance que s'il est laissé aux soins affectueux de ceux qui l'ont voulu depuis le départ. » Le professeur DICKENS déclare à son tour :

[TRADUCTION]

De même, il serait odieux et éventuellement néfaste à l'intérêt véritable de l'enfant de remettre celui-ci à des étrangers alors qu'il n'a pas été prouvé que le père n'a pas su respecter les normes minimales de protection de l'enfant prévues par la loi. [...] En Ontario, [...] le paragraphe 55(1) du *Family Law Reform Act* [devenu le par. 56 (1) de la *Loi de 1986 sur le droit de la famille*, précitée, note 200] dispose que : « le tribunal peut, lorsqu'il règle une question relative [...] à un droit de garde ou de visite, passer outre à une disposition d'un contrat familial qui a trait à cette question s'il est d'avis que cette mesure est dans l'intérêt véritable de l'enfant. » Cette disposition consacre la position de la common law et s'applique, en théorie, au litige concernant la garde de l'enfant né dans le cadre d'un contrat de maternité de substitution.

Dans *Clark c. Clark* (1952), O.W.N. 671, 671-672 (H.C.), le juge Barlow exprime cette position en ces termes : [TRADUCTION] « L'entente concernant la garde ne lie pas le tribunal si celui-ci, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, est d'avis que ses dispositions ne sont pas dans l'intérêt véritable du bien-être physique, moral, affectif et spirituel de l'enfant. » Voir aussi le rapport de la CRDO, *op. cit.*, note 2, pp. 96-97 ; rappelons également la décision américaine *Baby M.*, précitée, note 305.

333. En common law, l'expression anglaise *child's best interests* a été rendue en français par le terme « intérêt véritable de l'enfant » ; voir notamment la *Loi de 1986 sur le droit de la famille* de l'Ontario, précitée, note 200.

334. Voir B.M. DICKENS, *loc. cit.*, note 222, 53 : [TRADUCTION] « Le concept d'"intérêt véritable" en est venu à s'interpréter comme "la solution la moins préjudiciable". »

335. Voir M. D.-CASTELLI, *op. cit.*, note 274, pp. 190-191.

III. La Charte canadienne des droits et libertés

Afin de compléter cette étude des interrogations du droit canadien, il convient d'examiner l'incidence de la *Charte canadienne des droits et libertés* sur la réglementation par l'État du recours et de l'accès à la procréatique³³⁶.

Nous verrons d'abord la question de savoir si le droit à la liberté ou à la sécurité de la personne, garanti par l'article 7 de la Charte, emporte le droit de procréer et si celui-ci comprend le droit de recourir à la fécondation in vitro ou à l'insémination artificielle, ou encore le droit à l'exécution du contrat de maternité de substitution. Nous aborderons ensuite l'article 15 de la Charte et nous étudierons l'incidence des droits à l'égalité sur l'éventuelle intervention de l'État visant à limiter l'accès aux techniques de procréation médicalement assistée. En conclusion, nous ferons quelques brèves remarques sur l'article premier de la Charte.

Mais tout d'abord, il convient de souligner qu'en l'absence de réglementation ou d'autre forme d'intervention du législateur, les questions soulevées par la procréation médicalement assistée ne relèvent pas du droit constitutionnel. Aux termes de l'article 32, la Charte s'applique « au Parlement et au gouvernement du Canada », et « à la législature et au gouvernement de chaque province » ; elle ne régit pas directement l'activité des particuliers³³⁷. Par conséquent, l'activité des médecins, des hôpitaux ou autres personnes physiques ou morales privées n'est assujettie aux dispositions de la Charte que dans la mesure où les pratiques ou lignes de conduite qu'ils suivent sont dictées par l'État³³⁸.

La décision de l'État de ne pas réglementer les techniques de procréation médicalement assistée est donc inattaquable sur le plan constitutionnel³³⁹. En revanche, la décision de réglementer l'accès aux techniques de procréation médicalement assistée et leur utilisation fait entrer en jeu les dispositions de la Charte et ouvre la voie aux contestations. Ainsi, la limitation par le législateur de l'accès à ces techniques peut notamment contrevenir à l'article 7 ou à l'article 15 de la Charte.

A. L'article 7 : le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne

L'article 7 est libellé comme suit : « *Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne ; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale* » [mis en italique par nos soins].

336. La question du partage constitutionnel des pouvoirs législatifs dans ce domaine ne sera pas abordée ici.

337. *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573.

338. Voir *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229 ; *Harrison c. Université de la Colombie-Britannique*, [1990] 3 R.C.S. 251 ; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570 ; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483.

339. Bien entendu, la limitation, par des personnes ou des organismes privés, de l'accès aux techniques de procréation médicalement assistée pourrait faire l'objet de plaintes en vertu des textes provinciaux sur les droits de la personne si elle équivaut à de la discrimination fondée sur le sexe, la situation familiale, la situation matrimoniale ou l'orientation sexuelle.

La coupure causée par le point-virgule qui sépare cette phrase (ainsi que l'emploi du mot « and » dans la version anglaise) laisse entendre que l'article pourrait être interprété de façon disjonctive, et ainsi garantir, d'une part, le « droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne » et, d'autre part, le droit à ce qu'il ne soit « porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. » Les tribunaux ont toutefois rejeté cette interprétation, estimant que l'article 7 garantissait un seul droit qui protège contre les atteintes au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, sauf dans la mesure où ces atteintes sont conformes aux principes de justice fondamentale³⁴⁰. L'établissement d'une violation de l'article 7 comporte donc deux étapes. En premier lieu, il faut établir qu'il y a eu atteinte à sa vie, à sa liberté ou à la sécurité de sa personne³⁴¹ et, en second lieu, que cette atteinte est contraire aux principes de justice fondamentale.

Le mot « chacun » soulève pour sa part la question de savoir si l'enfant à naître est visé et s'il peut de ce fait invoquer un droit à la vie auquel il ne pourrait être porté atteinte qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Si l'enfant à naître jouit effectivement des droits garantis par l'article 7, ou s'il s'agit d'une « personne » pour l'application de l'article 15, la Charte pourrait avoir des répercussions, par exemple, sur le sort des embryons congelés destinés à la fécondation in vitro.

Avant l'adoption de la Charte, le droit canadien reconnaissait l'existence juridique du fœtus seulement lorsqu'il sortait vivant du sein de sa mère³⁴². Les tribunaux qui ont examiné la question sous le régime de la Charte ont repris la position traditionnelle de la common law en déclarant que l'enfant à naître ne pouvait invoquer les droits garantis par la Charte³⁴³. Cette position est conforme au droit américain³⁴⁴, au droit britannique³⁴⁵

340. Voir *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177 ; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284 ; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30.

341. Suivant la jurisprudence, les trois intérêts protégés par l'article 7 — la vie, la liberté et la sécurité de la personne — sont indépendants et doivent donc être interprétés séparément. Voir l'affaire *Singh*, précitée, note 340, 204-205 ; *Renvoi relatif au paragraphe 94(2) de la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, 500 ; *R. c. Morgentaler*, précité, note 340, 52.

342. Voir *Montreal Tramways Company c. Léveillé*, [1933] R.C.S. 456 ; *Duval c. Seguin* (1972), 26 D.L.R. (3^e) 418 (H.C. Ont.) ; *Dehler c. Ottawa Civic Hospital* (1979), 25 O.R. (2^e) 748 (H.C.), conf. par (1980) 29 O.R. (2^e) 677 (C.A.), autorisation d'en appeler à la Cour suprême refusée, [1981] 1 R.C.S. viii ; *Langlois c. Meunier*, [1973] C.S. 301.

343. *Borowski c. Attorney-General for Canada* (1987), 39 D.L.R. (4^e) 731 (C.A. Sask.) ; *Campbell c. Attorney-General of Ontario* (1987), 58 O.R. (2^e) 209 (H.C.), conf. par (1987) 60 O.R. (2^e) 617 (C.A.), autorisation d'en appeler à la Cour suprême refusée, [1987] 1 R.C.S. vi. Mais voir la décision rendue récemment par la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Daigle*, précitée, note 223 ; la Cour a décidé, à trois juges contre deux, que le fœtus jouissait du droit à la vie en application de la Charte québécoise, précitée, note 258. Cependant, cette décision a été infirmée par un arrêt unanime de la Cour suprême du Canada.

344. Voir *Roe c. Wade*, 410 U.S. 113, 161 (1973) : [TRADUCTION] « [L]e droit répugne à adhérer à toute théorie voulant que la vie, telle que nous la connaissons, commence avant la naissance, ou à conférer des droits juridiques à l'enfant à naître, sauf dans des cas strictement définis et lorsque les droits sont subordonnés à la naissance d'un enfant vivant ». Toutefois, dans un arrêt récent, *Webster c. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490, 518, 526 (1989), la majorité des juges a déclaré que le jugement *Roe* pourrait être infirmé dans un avenir prochain. Quatre des juges ont exprimé l'avis que l'arrêt *Roe* [TRADUCTION] « était mal fondé sur le plan théorique et inapplicable en pratique ». Le juge O'Connor a laissé entendre que la Cour devrait [TRADUCTION] « réexaminer l'arrêt *Roe* [...] très attentivement » dans une affaire ultérieure.

345. *Paton c. Trustees of BPAS*, [1978] 2 All É R 987, 989 (B.R.) : [TRADUCTION] « En droit anglais, le fœtus ne peut, à mon avis, exercer aucun droit personnel, du moins pas avant d'être né et d'avoir une existence distincte de celle de sa mère. »

et à la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*³⁴⁶. En revanche, la Constitution de l'Irlande protège de façon expresse le droit à la vie de l'enfant à naître³⁴⁷, et les tribunaux de l'Allemagne de l'Ouest ont jugé qu'un fœtus bénéficiait de la garantie constitutionnelle du droit à la vie³⁴⁸.

La Cour suprême du Canada a récemment refusé de trancher cette question dans l'affaire *Borowski c. Canada (procureur général)*³⁴⁹, estimant que la question n'avait en l'espèce qu'un intérêt théorique et que l'appelant n'avait plus qualité pour poursuivre l'action³⁵⁰. En dépit de cette incertitude, il semble peu probable que la position anglo-canadienne traditionnelle à l'égard des droits de l'enfant à naître fléchisse sous le régime de la Charte³⁵¹. Par conséquent, nous posons ici la prémisse que le régime juridique applicable au fœtus ou à l'embryon n'est assujéti à aucune contrainte découlant du statut constitutionnel de l'enfant à naître.

1. Le droit de procréer

Le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne emporte-t-il le droit de procréer ? Assurément, la vie d'une personne n'est pas menacée parce que celle-ci se voit refuser l'accès aux techniques de procréation médicalement assistée. Tout au plus cette personne se trouve-t-elle privée de la possibilité de créer une nouvelle vie ; le droit à la vie n'est donc aucunement en cause ici. En revanche, il est permis de croire que le droit de recourir aux moyens susceptibles de favoriser la procréation constitue un élément du droit à la liberté ou du droit à la sécurité de la personne.

Le sens de l'expression « droit à la liberté » n'a pas encore été précisé par la Cour suprême du Canada. À tout le moins, nous savons qu'elle vise les atteintes à la

346. Aussi appelée la *Convention européenne des droits de l'homme* (1955), 213 R.T.N.U. 223. *Paton c. United Kingdom* (1980), 3 E.H.R.R. 408 : le fœtus ne jouit pas du droit à la vie en vertu de l'article 2 de la Convention, du moins pendant les premiers stades de la grossesse.

347. L'article 40.3.3., inséré dans la Constitution de l'Irlande à la suite d'un référendum tenu en 1983, dispose que [TRADUCTION] « L'État reconnaît à l'enfant à naître le droit à la vie et, compte tenu du droit à la vie également reconnu à la mère, s'engage à le respecter dans ses lois et, dans la mesure du possible, à le défendre ».

348. Voir la discussion dans le jugement *Borowski* (1987), précité, note 343, 747-748.

349. [1989] 1 R.C.S. 342.

350. L'affaire *Borowski* (1989), précitée, note 349, a commencé par une contestation de l'art. 251 du *Code criminel*, l'ancienne disposition relative à l'avortement thérapeutique. Or, en janvier 1988, la Cour suprême a rendu sa décision dans l'affaire *Morgentaler*, précitée, note 340, dans laquelle l'art. 251 a été invalidé parce qu'il portait atteinte aux droits de la femme garantis par l'art. 7 de la Charte. En conséquence, lorsque la Cour suprême a été saisie de l'affaire *Borowski*, plus tard au cours de l'année, le fondement juridique de la contestation n'existait plus.

351. Pour une discussion complète des nombreuses difficultés juridiques et éthiques soulevées par ce point de vue, voir Catherine TOLTON, « *Medicolegal Implications of Constitutional Status for the Unborn: "Ambulatory Chalice" or "Priorities and Aspirations"?* » (1988), 47 *U.T. Fac. L. Rev.* 1.

liberté de mouvement, comme l'emprisonnement³⁵². Mais outre les cas de contrainte physique, elle « peut avoir plusieurs sens », comme la Cour suprême l'a elle-même fait remarquer³⁵³. Pourtant, jusqu'ici, seule la juge Wilson a étudié dans ses jugements la portée éventuelle de la « liberté » protégée par l'article 7 ; les autres juges n'ont pas encore trouvé l'occasion de le faire. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Jones*³⁵⁴, le juge La Forest s'est montré disposé à tenir pour acquis que le droit à la liberté englobait le « droit des parents d'éduquer leurs enfants comme ils l'entendent », mais il n'a pas jugé nécessaire de trancher la question.

La juge Wilson a pour sa part élaboré une définition du droit à la liberté qui comporterait le droit de procréer. Selon elle, « le droit à la liberté énoncé à l'art. 7 garantit à chaque individu une marge d'autonomie personnelle sur ses décisions importantes touchant intimement à sa vie privée³⁵⁵. » Dans l'arrêt *Jones*³⁵⁶, elle a déclaré que le droit à la liberté protégeait le droit du père ou de la mère d'éduquer ses enfants conformément à ses croyances religieuses. Elle a en outre jugé, dans l'affaire *Morgentaler*³⁵⁷, que la décision d'une femme d'interrompre ou non une grossesse appartenait à la catégorie des décisions protégées contre l'ingérence de l'État par le droit à la liberté. Une telle décision entraîne « des conséquences psychologiques, économiques et sociales profondes pour la femme enceinte³⁵⁸. » Or, ne pourrait-on en dire autant de la décision de recourir à la procréatique pour mettre un enfant au monde ?

La définition de la liberté établie par la juge Wilson repose largement sur une jurisprudence constitutionnelle américaine qui reconnaît l'existence d'un domaine d'autonomie personnelle en matière de procréation, lequel fait partie de la liberté garantie par la disposition relative à l'application régulière de la loi du Quatorzième amendement. Par exemple, dans les arrêts *Singh*³⁵⁹ et *Jones*³⁶⁰, elle se réclame d'un passage du jugement *Meyer c. Nebraska*³⁶¹, dans lequel la Cour suprême des États-Unis déclare ce

352. Voir *Renvoi relatif au paragraphe 94(2) de la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, précité, note 341.

353. Voir l'affaire *Singh*, précitée, note 340, 206.

354. Précité, note 340, 302.

355. *R. c. Morgentaler*, précité, note 340, 171. Voir également l'arrêt *Jones*, précité, note 340, 318, dans lequel la juge Wilson tient le raisonnement suivant à l'égard du droit à la liberté :

Je crois que les rédacteurs de la Constitution en garantissant la « liberté » en tant que valeur fondamentale d'une société libre et démocratique, avaient à l'esprit la liberté pour l'individu de se développer et de réaliser son potentiel au maximum, d'établir son propre plan de vie, en accord avec sa personnalité ; de faire ses propres choix, pour le meilleur ou pour le pire, d'être non conformiste, original et même excentrique, d'être, en langage courant, « lui-même » et d'être responsable en tant que tel.

356. Précité, note 340.

357. Précité, note 340.

358. *Id.*, 171.

359. Précité, note 340, 205.

360. Précité, note 340, 317-318.

361. 262 U.S. 390 (1923).

qui suit: [TRADUCTION] « [La liberté] s'entend sans aucun doute non seulement de l'absence de contrainte physique mais également du droit des individus [...] de se marier, de fonder un foyer et d'élever des enfants³⁶². »

Dans l'arrêt *Morgentaler*³⁶³, la juge Wilson a souscrit à la jurisprudence américaine — que nous examinerons ci-dessous — qui a établi que le droit à la liberté garanti par le Quatorzième amendement emportait le droit à la contraception et à l'avortement. La position de la juge Wilson se résume ainsi : toute ingérence de l'État dans le recours aux moyens de procréer porterait atteinte à la liberté. Reste à savoir si une définition aussi large de la liberté ralliera la majorité de la Cour.

Le droit à la sécurité de la personne, comme le droit à la liberté, peut avoir plusieurs sens³⁶⁴. Pour reprendre les termes du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Morgentaler*, l'essence de ce concept est que « le corps humain doit être protégé des ingérences de tiers³⁶⁵. » Dans l'arrêt *Singh*, la juge Wilson a déclaré que la sécurité de la personne protégeait tout autant l'individu contre la menace d'un châtement corporel ou de souffrances physiques, que contre le châtement lui-même³⁶⁶. Et les tribunaux ont laissé entendre que le droit à la sécurité de la personne englobait à la fois le droit au bien-être psychologique et le droit à l'intégrité physique³⁶⁷. Comme l'a soutenu le juge Lamer dans le jugement *Mills c. La Reine*³⁶⁸ :

[L]a notion de sécurité de la personne ne se limite pas à l'intégrité physique ; elle englobe aussi celle de protection contre « un assujettissement trop long aux vexations et aux vicissitudes d'une accusation criminelle pendante ». [...] Celles-ci comprennent la stigmatisation de l'accusé, l'atteinte à la vie privée, la tension et l'angoisse résultant d'une multitude de facteurs, y compris éventuellement les perturbations de la vie familiale, sociale et professionnelle, les frais de justice et l'incertitude face à l'issue et face à la peine³⁶⁹.

Dans l'arrêt *Morgentaler*, les cinq juges majoritaires ont décidé que, en faisant subir à la femme une tension psychologique grave, l'État portait atteinte à la sécurité de sa personne. Le juge Beetz a déclaré que la sécurité de la personne « inclu[ait] le droit au traitement médical d'un état dangereux pour la vie ou la santé, sans menace de répression pénale³⁷⁰. » Le juge en chef Dickson, pour sa part, s'est exprimé ainsi :

362. *Id.*, 399.

363. Précité, note 340, 167-171.

364. *Singh*, précité, note 340, 206.

365. Précité, note 340, 53.

366. Précité, note 340, 207.

367. *R. c. Videoflicks Ltd* (1984), 48 O.R. (2^e) 395, 433 (C.A.).

368. [1986] 1 R.C.S. 863.

369. *Id.*, 919-920.

370. Précité, note 340, 81.

L'atteinte que l'État porte à l'intégrité corporelle et la tension psychologique grave causée par l'État, du moins dans le contexte du droit criminel, constituent une atteinte à la sécurité de la personne. Il n'est pas nécessaire en l'espèce de se demander si le droit va plus loin et protège les intérêts primordiaux de l'autonomie personnelle, tel le droit à la vie privée ou des intérêts sans lien avec la justice criminelle³⁷¹.

Il se peut que l'anxiété et la tension psychologique causées à la personne incapable de procréer naturellement qui se voit refuser l'accès à la procréatique soient visées par la définition de la sécurité de la personne formulée dans l'arrêt *Morgentaler*. Cependant, comme l'a fait remarquer le juge en chef Dickson, la composante psychologique de la sécurité de la personne n'a pas encore été interprétée par la Cour suprême en dehors du contexte des poursuites criminelles.

La Cour ne s'est pas encore prononcée non plus sur la question de savoir si la sécurité de la personne dépassait la protection de l'intégrité physique ou psychologique, de sorte qu'elle engloberait un droit plus large au respect de la vie privée ou de l'autonomie, lequel pourrait comporter le droit de procréer et d'autres droits liés à la vie familiale. Certains tribunaux inférieurs ont toutefois laissé entendre que la sécurité de la personne embrassait bel et bien le droit à l'autonomie dans la prise de décisions personnelles³⁷².

Compte tenu de l'imprécision qui entoure les termes « liberté » et « sécurité de la personne », alors que les dispositions de la Charte commencent à peine à être examinées par les tribunaux, il n'est pas inutile d'examiner le droit constitutionnel américain dans la mesure où il se rapporte au droit de procréer. Comme nous l'avons souligné ci-dessus, le juge Wilson a jugé opportun de s'y référer pour interpréter l'article 7 de la Charte et, en l'absence d'arrêt de principe canadien, la jurisprudence américaine continuera d'influer sur l'interprétation de la Charte.

La Cour suprême des États-Unis a d'abord reconnu l'importance de l'autonomie génésique dans le jugement *Skinner c. Oklahoma*³⁷³, en affirmant que la stérilisation forcée des repris de justice portait atteinte à la disposition garantissant le droit à une protection égale de la loi. Le juge Douglas a qualifié le droit d'avoir des enfants [TRADUCTION] « de domaine délicat et important des droits de la personne [...] un droit essentiel à la perpétuation de la race humaine³⁷⁴ ». Plus loin dans son jugement, il ajoute ce qui suit :

371. *Id.*, 56.

372. Voir *Re T and Catholic Children's Aid Society* (1984), 46 O.R. (2^e) 347 (C.P.) : le droit à la sécurité de la personne comprend le droit au respect de la vie privée ou de l'autonomie familiale ; *S. (S.) c. Director of Child and Family Services*, [1987] 5 W.W.R. 309 (B.R. Man.) : les conclusions du tribunal vont dans le même sens ; *R.L. Crain Inc. c. Couture* (1983), 6 D.L.R. (4^e) 478, 502 (B.R. Sask.) : [TRADUCTION] « [L]'expression "sécurité de la personne" comprend le droit au respect de la dignité de la personne et le droit au respect de l'intimité ou d'un domaine d'autonomie personnelle sur lequel l'État ne doit pas empiéter de façon arbitraire ou injustifiée. »

373. 316 U.S. 535 (1942).

374. *Id.*, 536.

[TRADUCTION]

Il s'agit en l'espèce d'un texte de loi concernant un des droits civils fondamentaux de l'homme. Le mariage et la procréation sont essentiels à l'existence et à la survie même de la race [...] [La personne dont l'État a ordonné la stérilisation] est à jamais privée de cette liberté fondamentale³⁷⁵.

La plupart des tribunaux américains qui ont reconnu un droit à l'autonomie génésique ont invoqué le droit au respect de la vie privée garanti par le Quatorzième amendement. Bien que la Constitution des États-Unis ne reconnaisse pas de façon explicite le droit au respect de la vie privée, la Cour suprême a jugé que l'un des aspects de la liberté garantie par les dispositions relatives à l'application régulière de la loi du Quatorzième amendement consiste dans [TRADUCTION] « le droit au respect de sa vie privée ou d'un certain domaine intime³⁷⁶ ». Or, ce droit au respect de la vie privée comprendrait [TRADUCTION] « le droit de prendre librement certaines décisions importantes³⁷⁷ », comme la liberté de recourir à la contraception pour éviter une maternité non désirée³⁷⁸. Le juge Brennan s'est exprimé en ces termes :

[TRADUCTION]

Si le droit au respect de la vie privée doit avoir quelque sens, c'est le droit pour l'individu, marié ou célibataire, d'être protégé contre toute ingérence injustifiée de l'État dans des questions aussi intimement liées à la personne que la décision de porter ou d'engendrer un enfant³⁷⁹.

La Cour suprême des États-Unis a également conclu que le droit de se marier et celui d'élever et d'éduquer des enfants étaient des droits fondamentaux garantis par le Quatorzième amendement³⁸⁰. De même, en 1973, la Cour suprême a estimé que le droit au respect de la vie privée, mis en lumière par la jurisprudence, était [TRADUCTION] « suffisamment large pour englober la décision d'une femme d'interrompre ou non sa grossesse³⁸¹. »

375. *Id.*, 541.

376. *Roe c. Wade*, précité, note 344, 152.

377. *Whalen c. Roe*, 429 U.S. 589, 599-600 (1977).

378. *Griswold c. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965) (l'État ne peut criminaliser le recours à la contraception par des personnes mariées) ; *Eisenstadt c. Baird*, 405 U.S. 438 (1972) (annulation d'un règlement rendant les moyens de contraception moins accessibles aux célibataires qu'aux couples mariés) ; *Carey c. Population Services International*, 431 U.S. 678, 687 (1977) (annulation d'une interdiction placée par l'État sur la distribution commerciale des moyens de contraception non médicaux) ; [TRADUCTION] « À la lumière des arrêts qui ont suivi, il ressort de l'affaire *Griswold* que la Constitution protège contre l'immixtion injustifiée de l'État les décisions prises par un individu en ce qui concerne la procréation. »

379. *Eisenstadt c. Baird*, précité, note 378, 453.

380. *Loving c. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967) (la race ne peut servir de motif pour limiter le droit d'un individu de se marier) ; *Zablocki c. Redhail*, 434 U.S. 374 (1978) (annulation d'une loi exigeant qu'une certaine catégorie de résidents de l'État obtiennent une autorisation judiciaire pour se marier) ; *Meyer c. Nebraska*, précité, note 361, 399 (reconnaissance du droit constitutionnel de [TRADUCTION] « se marier, fonder un foyer et élever des enfants ») ; *Pierce c. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925) (éducation des enfants).

381. *Roe c. Wade*, précité, note 344, 170. Voir également *Planned Parenthood of Missouri c. Danforth*, 428 U.S. 52 (1976) ; *Akron (City of) c. Akron Center for Reproductive Health, Inc.*, 462 U.S. 416 (1983) ; *Thornburgh c. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 476 U.S. 747 (1986).

Toutefois, la Cour a reconnu à l'État le pouvoir, d'une part, de refuser d'assumer le coût des avortements³⁸², même s'ils sont nécessaires pour préserver la vie ou la santé de la mère³⁸³, et d'autre part, d'interdire cette pratique aux professionnels de la santé et aux hôpitaux qui relèvent de sa compétence³⁸⁴.

Le droit au respect de la vie privée en droit constitutionnel américain protège donc l'individu contre toute atteinte de l'État à la réalisation de son potentiel procréateur. En outre, l'individu a le droit de recourir aux moyens de contraception sans intervention de l'État. Cependant, l'État n'est pas tenu de fournir à l'individu les ressources nécessaires pour avoir accès aux moyens de contraception.

Le droit au respect de la vie privée s'étend-il au droit de recourir, sans ingérence de l'État, aux techniques de procréation médicalement assistée existantes ? Les tribunaux américains n'ont pas encore tranché cette question. Cependant, une certaine doctrine soutient que le droit d'une personne au respect de sa vie privée englobe celui d'avoir accès sans restriction aux moyens susceptibles de lui permettre de procréer³⁸⁵. Selon Robertson, le plus ardent défenseur de ce point de vue, la réglementation par l'État des conditions d'accès à la procréation doit être justifiée par un objectif public impératif: [TRADUCTION] « l'État doit s'acquitter du fardeau de prouver le préjudice réel causé par l'utilisation de ces techniques³⁸⁶ ». Mais, comme le fait observer Knoppers, la consécration par les tribunaux du droit constitutionnel de procréer par tous les moyens disponibles, lequel serait l'expression de la liberté personnelle ou du droit à la vie privée, est problématique³⁸⁷, surtout compte tenu de l'actuelle hésitation de la Cour suprême des États-Unis à élargir les règles de cet aspect substantiel de l'application régulière de la loi³⁸⁸.

Si l'on peut dire que la dimension constitutionnelle de cette question est empreinte d'incertitude aux États-Unis, cela est encore plus vrai au Canada où les tribunaux commencent à peine à interpréter les dispositions de la Charte. Jusqu'ici, l'existence d'un droit de procréer garanti par l'article 7 n'a été avancée qu'une fois devant les tribunaux canadiens. Dans l'affaire *E. (M^{me}) c. Eve*³⁸⁹, il s'agissait de savoir si un tribunal avait le pouvoir, en vertu de sa compétence *parens patriae*, d'autoriser la stérilisation non thérapeutique d'une femme atteinte de déficience mentale. La Cour suprême du Canada a conclu ce qui suit :

382. *Maher c. Roe*, 432 U.S. 464 (1977).

383. *Harris c. McRae*, 448 U.S. 297 (1980).

384. *Webster c. Reproductive Health Services*, précité, note 344.

385. Voir les articles de John A. ROBERTSON : « Procreative Liberty and the Control of Conception, Pregnancy, and Childbirth » (1983), 69 *Va. L. Rev.* 405 ; « Embryos, Families, and Procreative Liberty: The Legal Structure of the New Reproduction » (1986), 59 *S. Cal. L. Rev.* 939 ; « Decisional Authority over Embryos and Control of IVF Technology » (1988), 28:3 *Jurimetrics* 285. Voir aussi Barbara KRITCHEVSKY, « The Unmarried Woman's Right to Artificial Insemination: A Call for an Expanded Definition of Family » (1981), 4 *Harv. Women's L.J.* 1 ; Andrea E. STUMPF, « Redefining Mother: A Legal Matrix for New Reproductive Technologies » (1986), 96 *Yale L.J.* 187.

386. John A. ROBERTSON, « Procreative Liberty and the State's Burden of Proof in Regulating Noncoital Reproduction » (1988), 16:1-2 *Law Med. Health Care* 18, 24.

387. B.M. KNOPPERS, *loc. cit.*, note 225, 348-349.

388. Voir *Bowers c. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

389. [1986] 2 R.C.S. 388.

La comparaison entre la grave atteinte au droit d'une personne et le préjudice physique certain qui découle d'une stérilisation non thérapeutique sans consentement, et les avantages très douteux qui peuvent en résulter, m'a persuadé qu'on ne peut jamais déterminer d'une manière certaine qu'un tel acte médical est à l'avantage de cette personne. Par conséquent, l'acte médical ne devrait jamais être autorisé à des fins non thérapeutiques en vertu de la compétence *parens patriae*³⁹⁰.

Se réclamant d'un précédent américain, la partie qui cherchait à obtenir l'autorisation de procéder à la stérilisation a soutenu que l'article 7 comportait le droit à la liberté de choix en matière de procréation, et notamment le droit de choisir d'avoir ou non des enfants et d'exercer ce choix au moyen de la contraception³⁹¹. Le juge La Forest, s'exprimant au nom de la Cour, n'a pas jugé utile de statuer sur la question :

[S]i l'on présume pour l'instant que la liberté visée dans l'art. 7 protège des droits de ce genre (une question que je m'abstiens d'examiner), l'argument de l'avocat me semble aller plus loin que le genre de protection que devait accorder l'art. 7. Tout ce que l'art. 7 fait, c'est de donner un recours pour protéger les gens contre les lois ou d'autres actions de l'État qui les privent de leur liberté. Il ne s'applique pas en l'espèce³⁹².

Bien que la Cour n'ait pas jugé nécessaire d'étayer sa décision par les dispositions de la Charte, elle a néanmoins souligné à plusieurs reprises la nature fondamentale du droit de procréer. Le juge La Forest a insisté sur la « reconnaissance juridique croissante du caractère fondamental du droit de procréer³⁹³ », « le grand privilège de procréer³⁹⁴ » et « [l']importance du maintien de l'intégrité physique d'un être humain [...] particulièrement en ce qui a trait au privilège de procréer³⁹⁵. » Il a qualifié la stérilisation envisagée de « grave atteinte au droit d'une personne³⁹⁶ » et « [d']atteinte irréversible et grave des (sic) droits fondamentaux d'une personne³⁹⁷ ».

En conclusion, les tribunaux canadiens n'ont pas encore tranché la question de savoir si le droit à la liberté ou le droit à la sécurité de la personne garantis par l'article 7 emportent le droit de procréer. Cependant, à la lumière de la définition large donnée au mot « liberté »

390. *Id.*, 431.

391. *Id.*, 436.

392. *Ibid.*

393. *Id.*, 419-420.

394. *Id.*, 428.

395. *Id.*, 434.

396. *Id.*, 431.

397. *Id.*, 432. Les tribunaux anglais ont statué dans le même sens dans une affaire analogue. Dans *Re D (a minor)*, [1976] 1 All E R 326, 332, la Cour a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION]

Le type d'intervention envisagé entraîne la violation d'un droit fondamental de la personne, savoir le droit pour une femme d'avoir des enfants. Par conséquent, l'intervention pratiquée sur une femme pour des raisons non thérapeutiques et sans son consentement porterait atteinte à ce droit.

par la juge Wilson, de l'influence de la jurisprudence américaine et de la conviction avec laquelle le juge La Forest a souligné, dans l'affaire *Eve*, l'importance pour l'individu de pouvoir procréer, on peut s'attendre à ce que, saisie de la question dans une affaire prochaine, la Cour suprême conclue à l'inclusion du droit de procréer dans le droit à la liberté ou à la sécurité de la personne.

2. L'atteinte au droit à la liberté et à la sécurité de la personne et les principes de justice fondamentale

Comme nous l'avons fait remarquer précédemment, la preuve d'une violation de l'article 7 est un processus qui comporte deux étapes. Il faut en premier lieu prouver l'atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne et, en second lieu, montrer que l'atteinte n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale. Ainsi, dans l'hypothèse où les tribunaux concluraient que le droit à la liberté ou à la sécurité de la personne emporte celui de procréer, la législation limitant l'accès à la procréatique ne porterait pas nécessairement atteinte à l'article 7 ; encore faudrait-il pour cela que les limites législatives en cause aient été imposées en contravention aux principes de justice fondamentale.

Les principes de justice fondamentale visent à la fois la procédure et le fond³⁹⁸. Sur le plan processuel, les principes de justice fondamentale s'apparentent aux notions d'équité procédurale de la common law. Pour reprendre les termes de la juge Wilson dans l'arrêt *Singh*, l'équité procédurale signifie que :

[...] le tribunal appelé à se prononcer sur [les] droits [d'une personne] doit agir équitablement, de bonne foi, sans préjugé et avec sérénité, et [...] il doit donner à l'accusé l'occasion d'exposer adéquatement sa cause³⁹⁹.

C'est dire que tout texte de loi limitant l'accès aux techniques de procréation médicalement assistée doit être empreint d'équité procédurale à l'endroit des personnes désireuses de recourir à ces techniques pour exercer leur droit de procréer. Le fonctionnement du régime administratif ne doit pas être inéquitable ni arbitraire⁴⁰⁰, et les critères d'admissibilité ne doivent pas être vagues⁴⁰¹. Le requérant dont la demande a été rejetée devrait avoir la possibilité de faire valoir ses droits⁴⁰². Il doit être informé des motifs du refus avant l'audience et, au cours de celle-ci, il doit avoir la possibilité de présenter adéquatement sa cause. Signalons toutefois qu'une audience proprement dite ne sera pas nécessaire dans les cas où la crédibilité n'est pas en jeu. Comme l'a affirmé la juge Wilson dans l'arrêt *Singh* :

398. Renvoi relatif au paragraphe 94(2) de la Motor Vehicle Act (C.-B.), précité, note 341, 497-499.

399. Précité, note 340, 213, citant *Duke c. La Reine*, [1972] R.C.S. 917, 923.

400. Voir *Morgentaler*, précité, note 340.

401. *Ibid.*

402. Voir *Singh*, précité, note 340.

[J]e suis disposée à accepter la prétention [...] selon laquelle les exigences de l'équité en matière de procédure peuvent varier selon les circonstances [...] Il est donc possible qu'une audition devant l'instance décisionnelle ne soit pas requise dans tous les cas où l'on invoque l'art. 7 de la *Charte*. [...]

Je ferai cependant remarquer que, même si les auditions fondées sur des observations écrites sont compatibles avec les principes de justice fondamentale pour certaines fins, elles ne donnent pas satisfaction dans tous les cas. Je pense en particulier que, lorsqu'une question importante de crédibilité est en cause, la justice fondamentale exige que cette question soit tranchée par voie d'audition⁴⁰³.

Selon la Cour suprême, d'autre part, les aspects substantiels des principes de justice fondamentale : « [...] se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique. Ils relèvent non pas du domaine de l'ordre public en général, mais du pouvoir inhérent de l'appareil judiciaire en tant que gardien du système judiciaire⁴⁰⁴. »

Or, suivant l'un de ces principes, la personne innocente sur le plan moral ne doit pas être pénalisée. Aussi le texte de loi susceptible de priver de sa liberté une personne innocente sur le plan moral porterait-il atteinte à l'article 7⁴⁰⁵.

L'élément substantiel des principes de justice fondamentale donne aux tribunaux le pouvoir de dépasser le simple examen du caractère équitable de l'application de la loi pour apprécier les textes législatifs du point de vue du fond, afin de déterminer s'ils sont conformes « aux préceptes fondamentaux de notre système juridique ». Les tribunaux semblent ainsi appelés à se prononcer sur le bien-fondé de toute politique législative qui porterait atteinte au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne, mission qu'ils préfèrent laisser au législateur. Par conséquent, on peut s'attendre à ce que les tribunaux fassent preuve de circonspection dans l'application de l'élément substantiel de l'article 7⁴⁰⁶. Jusqu'ici, la Cour suprême n'a formulé aucun principe substantiel de justice fondamentale en dehors du cadre de la procédure pénale.

Tant que la limitation de l'accès à la procréatique n'est pas arbitraire⁴⁰⁷, il est peu probable qu'elle soit jugée incompatible avec les principes substantiels de justice fondamentale. La Cour a déclaré que l'élaboration future des principes de justice fondamentale sera fondée sur des « racines historiques⁴⁰⁸ » qui « ont émergé, avec le temps, à titre de présomptions de *common law* », « sont exprimé[s] dans les conventions internationales sur les droits de la personne » ou « ont été reconnu[s] comme des éléments essentiels d'un système d'administration de la justice fondé sur la foi en "la dignité et la valeur de la personne humaine" et en "la primauté du droit"⁴⁰⁹ ». Or, nos traditions juridiques sont impuissantes à fournir les fondements d'un droit illimité de recourir aux moyens nécessaires pour procréer.

403. *Id.*, 213-214.

404. *Renvoi relatif au paragraphe 94(2) de la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, précité, note 341, 503.

405. *Ibid.* ; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636.

406. Voir les commentaires du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Morgentaler*, précité, note 340, 53.

407. Voir, par exemple, *R. c. Beare* ; *R. c. Higgins*, [1988] 2 R.C.S. 387.

408. *Renvoi relatif au paragraphe 94(2) de la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, précité, note 341, 513.

409. *Id.*, 503.

B. L'application de l'article 7 à certains aspects de la procréatique

À la lumière de la discussion générale qui précède sur les principes régissant l'interprétation de l'article 7, abordons maintenant des questions plus précises soulevées par la maternité de substitution et l'accès à la procréatique.

1. La force exécutoire du contrat de maternité de substitution

Dans la présente partie, nous examinerons les effets qu'aurait sur les droits garantis à l'article 7 de la Charte, un texte de loi rendant soit exécutoire, soit inexécutoire le contrat de maternité de substitution, ou réglementant les circonstances dans lesquelles les tribunaux pourraient en ordonner l'exécution.

Le seul cas où l'on ait analysé le droit constitutionnel de procréer dans le contexte de l'exécution du contrat de maternité de substitution est l'affaire américaine *Baby M*⁴¹⁰, portée devant les tribunaux en raison des revendications divergentes de la mère et du père biologiques sur la garde d'un enfant conçu dans le cadre d'un tel contrat. Le père biologique, M. Stern, a fait valoir que le droit de procréer emportait le droit à l'exécution du contrat. Reconnaisant au père le droit constitutionnel à la garde de l'enfant, le tribunal inférieur a suivi le raisonnement suivant :

[TRADUCTION]

[...] si l'individu a le droit de procréer par coït, alors il a le droit d'engendrer un enfant par d'autres méthodes. Si c'est la procréation qui est protégée, alors les moyens de procréer doivent l'être également. Les valeurs et les intérêts sous-tendant la création d'une famille sont les mêmes, quel que soit le moyen grâce auquel la famille a été fondée. Le tribunal est d'avis que le recours à une femme porteuse fait partie des moyens protégés [...]. On pourrait même soutenir que le refus d'exécuter ces contrats et l'interdiction de verser des sommes d'argent constitueraient une ingérence inconstitutionnelle dans la liberté de procréer, car ils empêcheraient les couples sans enfant de prendre les moyens nécessaires pour fonder une famille [...]. Une femme et son mari ont le droit de procréer et d'élever une famille. Les moyens d'y parvenir ne peuvent leur être refusés que si un intérêt impératif de l'État est en jeu⁴¹¹.

Finalement, le tribunal a décidé que les droits des parties sous le régime du contrat étaient protégés par la Constitution. En appel, la Cour suprême du New Jersey a rejeté ce raisonnement :

410. 525 A. 2d 1128 (N.J. Super. Ch. 1987).

411. *Id.*, 1164-1165. Voir les critiques de ce raisonnement dans Laurence A. TRIBE, *American Constitutional Law*, 2^e éd., Mineola (N.Y.), Foundation, 1988, pp. 1360-1362.

[TRADUCTION]

Le droit de procréer est tout simplement le droit d'avoir des enfants naturellement, par la voie de rapports sexuels ou d'insémination artificielle, sans plus. Ce droit de M. Stern n'a pas été violé [...] La garde, les soins à donner, la présence à assurer et l'éducation qui suivent la naissance ne font pas partie du droit de procréer [...] Affirmer que le droit de procréer de M. Stern lui confère le droit de revendiquer la garde de l'enfant reviendrait à dire que le droit de procréer de M^{me} Whitehead ne lui donne *pas* le droit à la garde de son enfant ; ce serait prétendre que le droit de procréer protégé par la Constitution comprend un droit contractuel qui permet de neutraliser le droit de procréer de quelqu'un d'autre [...] Rien dans notre culture ni notre société ne laisse même supposer que le père soit investi d'un droit fondamental à la garde de l'enfant découlant de son droit de procréer lorsque la mère de l'enfant s'y oppose⁴¹².

L'arrêt *Baby M* est conforme à une décision antérieure, *Doe c. Kelley*⁴¹³, où avait été mise en doute la validité d'une loi du Michigan sur l'adoption qui interdisait le versement d'argent ou d'une autre contrepartie en matière d'adoption ou de procédures connexes. Un couple avait cherché à conclure un contrat de maternité de substitution et à invoquer la procédure d'adoption pour faire reconnaître ses droits sur l'enfant. Le tribunal a jugé que la loi ne portait pas atteinte au droit de procréer du couple :

[TRADUCTION]

La loi en question n'interdit pas directement à John Doe et à Mary Roe d'avoir l'enfant comme prévu. Elle fait plutôt obstacle au paiement par les demandeurs d'une contrepartie dans le cadre de la procédure d'adoption de l'État. Dans les faits, le contrat des demandeurs dénote le désir d'utiliser le code de l'adoption pour modifier le statut juridique de l'enfant, c'est-à-dire ses droits en matière d'aliments, de succession *abintestat*, etc. À notre avis, cet objectif dépasse le domaine des intérêts fondamentaux que protège le droit au respect de la vie privée contre l'intervention, même raisonnable, de l'État⁴¹⁴.

Robertson a contesté cette position, suivant laquelle le droit de procréer n'emporterait pas un [TRADUCTION] « droit contractuel garanti par la Constitution qui permet de neutraliser le droit de procréer de quelqu'un d'autre⁴¹⁵ ». Il soutient que les parties à une entente de maternité de substitution devraient être libres de contracter pour aliéner leurs droits constitutionnels comme elles l'entendent :

[TRADUCTION]

Compte tenu de l'autonomie des couples et des femmes porteuses, on peut soutenir sans crainte que le contrat conclu avant la conception par les parties, lequel rend possible l'existence même de l'enfant, devrait à première vue être déterminant, comme s'il s'agissait de donateurs de sperme ou d'ovule. [...] Les raisons pour lesquelles l'accord, s'il a été conclu librement et en connaissance de cause, ne devrait pas prévaloir dans les circonstances sont tout simplement obscures⁴¹⁶.

412. *Baby M*, précité, note 305, 1253-1254. Voir la critique de cet arrêt dans J.A. ROBERTSON, *loc. cit.*, note 386, 23-24.

413. Précitée, note 313.

414. *Id.*, 441.

415. J.A. ROBERTSON, *loc. cit.*, note 386, 23 ; voir aussi *Baby M*, précité, note 305, 1254.

416. J.A. ROBERTSON, *loc. cit.*, note 386, 23-24.

Dans le contexte canadien, le raisonnement voulant que le père biologique ait le droit, en vertu de l'article 7 de la Charte, de réclamer l'exécution d'un contrat de maternité de substitution dépend d'un certain nombre de prémisses qui font problème. La première est que le droit de procréer emporte des droits de garde après la naissance de l'enfant. Selon la deuxième, refuser au père la garde de l'enfant porterait atteinte aux principes de justice fondamentale. Enfin, la mère biologique serait libre de renoncer par contrat à son propre droit constitutionnel de procréer (dans la mesure où ce droit engloberait aussi le droit à la garde de l'enfant) et ne serait pas admise à revenir sur cette renonciation après la naissance.

D'autre part, la revendication par la mère biologique du droit constitutionnel de conserver la garde de l'enfant conçu dans le cadre d'un contrat de maternité de substitution repose également sur un certain nombre de propositions discutables. En premier lieu, le droit de procréer comprendrait le droit à la garde de l'enfant. En deuxième lieu, refuser à la mère la garde de l'enfant violerait les principes de justice fondamentale. Enfin, le contrat conclu avant la conception et visant la remise de l'enfant constituerait, de la part de la mère, une renonciation inopérante à ses droits constitutionnels.

Pour ce qui est du droit à la garde, on pourrait soutenir que le droit de procréer est illusoire si l'État permet que l'enfant soit enlevé à ses parents dès la naissance⁴¹⁷ ». Cependant, des difficultés évidentes font obstacle à l'imposition d'un cadre constitutionnel pour l'analyse des revendications divergentes des parties dans un litige concernant la garde. Notre droit fait généralement primer l'intérêt véritable de l'enfant sur les droits des parents soi-disant garantis par la Charte. Il n'est donc pas étonnant que les tribunaux se soient montrés réticents à permettre que l'application des dispositions de la Charte viennent ajouter à la complexité procédurale des litiges relatifs à la protection et à la garde des enfants⁴¹⁸.

À supposer que chacun des parents biologiques puisse revendiquer le droit constitutionnel d'obtenir la garde de l'enfant, le problème des revendications contradictoires, comme dans l'affaire *Baby M*⁴¹⁹, reste néanmoins entier. On a soutenu que pour sortir de cette impasse, il suffirait de faire prévaloir le contrat : la demande constitutionnelle du père biologique l'emporterait parce que la mère biologique a renoncé à ses droits constitutionnels en adhérant à l'entente de maternité de substitution⁴²⁰.

417. *Id.*, 23 : [TRADUCTION] « Élever un enfant est le résultat qui rend la conception elle-même si digne de protection [...] La raison pour laquelle M. Stern a embauché une femme porteuse est précisément pour concevoir un enfant qu'il élèverait ensuite.

418. Voir, *Re T and Catholic Children's Aid Society*, précité, note 372 ; *Re McTavish and Director, Child Welfare Act* (1986), 32 D.L.R. (4^e) 394 (B.R. Alb.).

419. Précitée, note 305.

420. Voir J.A. ROBERTSON, *loc. cit.*, note 386.

De fait, la Cour suprême du Canada a jugé que les citoyens étaient libres de renoncer à leurs droits constitutionnels⁴²¹. Elle a déclaré qu'une personne ne saurait être forcée de se prévaloir d'un droit conçu en sa faveur même si ce droit est d'ordre public⁴²². Mais, pour être opérante, la renonciation doit être volontaire et « doit se fonder sur une appréciation véritable des conséquences de la renonciation à ce droit⁴²³. » Cette condition soulève la question de savoir si la mère biologique pourra jamais avoir, au moment de conclure un contrat de maternité de substitution, une « appréciation véritable » des problèmes émotifs auxquels elle devra faire face au moment de rendre l'enfant au père biologique. Autre difficulté : de toute évidence, la femme porteuse qui tente de conserver la garde de l'enfant ne renonce plus *volontairement* à ses droits constitutionnels présumés. Or, il n'est pas certain qu'une renonciation à des droits constitutionnels soit opposable si elle est révoquée par la suite dans ces circonstances.

À l'heure actuelle, le contrat de maternité de substitution est probablement inexécutable tant en droit civil qu'en common law, parce que contraire à l'ordre public⁴²⁴, bien que la question n'ait pas encore été portée devant les tribunaux canadiens. En Angleterre, le législateur a récemment déclaré inexécutoire le contrat de maternité de substitution et interdit toute entente analogue à titre onéreux⁴²⁵, conformément aux recommandations contenues dans la plupart des études effectuées dans ce domaine⁴²⁶. Comme Knoppers et Sloss le font remarquer :

[Traduction]

Ces recommandations visent l'incidence psychologique et émotive néfaste qu'a sur la mère gestatrice l'obligation de donner l'enfant qu'elle a porté, l'aversion qu'inspire la renonciation contractuelle aux droits parentaux et le risque d'une exploitation commerciale de ces accords (que l'un des rapports britanniques a assimilé à la prostitution)⁴²⁷.

Si le législateur devait intervenir pour déclarer inexécutoire le contrat de maternité de substitution, il est peu probable que les tribunaux y voient une entorse à l'article 7 de la Charte. En effet, à supposer qu'une telle mesure législative soit considérée comme portant atteinte à la liberté, dans la mesure où elle grèverait le droit de procréer des hommes dont les partenaires sont stériles, et à supposer également que les tribunaux reconnaissent à la mère biologique la liberté de renoncer par contrat à ses droits constitutionnels, il reste possible de réglementer la conclusion d'ententes à titre onéreux visant la conception d'un enfant sans pour autant enfreindre les principes de justice fondamentale.

421. Voir *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383, 396 (le prévenu ne peut être forcé de se prévaloir du droit à l'assistance d'un avocat) ; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296 (renonciation au droit à un procès devant jury).

422. *R. c. Turpin*, précité, note 421, 1316.

423. *Clarkson c. La Reine*, précité, note 421, 396.

424. Voir le texte sous la rubrique « La légalité et la légitimité », *supra*, p. 73.

425. Voir *Human Fertilisation and Embryology Act 1990* (R.-U.), 1990, ch. 37, art. 36 et le *Surrogacy Arrangements Act 1985* (R.-U.), 1985, ch. 49, art. 2, lesquels reprennent les recommandations du *Rapport de la Commission d'enquête-concernant la fécondation et l'embryologie humaines*, Paris, La Documentation française, 1985, pp. 76-77 (présidente : Dame Mary Warnock) (ci-après *Rapport Warnock*).

426. Pour plus de détails, voir l'annexe A, *infra*, p. 183.

427. *Loc. cit.*, note 272, 709.

Du reste, deux principes fondamentaux du droit de la famille nous incitent à conclure au caractère inexécutoire du contrat de maternité de substitution. Le premier veut que le droit à la garde de l'enfant soit déterminé en fonction de l'intérêt véritable de celui-ci et non de la volonté contractuelle des parents. C'est précisément la préséance de l'intérêt de l'enfant sur la liberté contractuelle qui sous-tend la législation interdisant aux parties à un contrat de mariage ou à un accord de cohabitation de transiger sur les droits de garde et de visite concernant les enfants⁴²⁸, et qui permet aux tribunaux de passer outre, lorsque l'intérêt véritable de l'enfant l'exige, à toute disposition d'un contrat familial ayant trait aux aliments dus à cet enfant, à son éducation, à sa formation morale, ou à un droit de garde ou de visite⁴²⁹. Deuxièmement, il est illégal d'accepter un paiement en contrepartie de l'accomplissement des formalités entourant l'adoption d'un enfant⁴³⁰. Ainsi, loin de violer les principes fondamentaux du système juridique canadien, une telle mesure législative serait en fait conforme à ces principes.

En résumé, le recours aux dispositions de l'article 7 de la Charte pour régler les différends concernant la garde de l'enfant né d'une femme porteuse se heurte à quantité d'obstacles d'ordre juridique. Par conséquent, un texte de loi qui viendrait ou bien consacrer le caractère exécutoire du contrat de maternité de substitution, ou bien le déclarer inexécutoire, risquerait peu d'être attaqué au nom des droits constitutionnels des parents biologiques.

2. La fécondation in vitro

La théorie voulant que le droit de procréer emporte celui de recourir aux techniques de fécondation in vitro a été soutenue devant un tribunal fédéral américain, mais la question n'a pas été tranchée. Dans l'affaire *Smith c. Hartigan*⁴³¹, un couple infertile a prétendu qu'une loi de l'Illinois rendait illégale la fécondation in vitro et, de ce fait, [TRADUCTION] « portait atteinte au droit au respect de la vie privée parce que la disposition faisait obstacle à la réalisation du seul espoir du couple de concevoir un enfant⁴³² ». Bien que le procureur général, défendeur dans cette affaire, ait admis que [TRADUCTION] « la situation des demandeurs constituait un plaidoyer fort éloquent en faveur d'un droit fondamental à [la fécondation in vitro]⁴³³ », le tribunal a jugé qu'il était inutile de statuer sur la question constitutionnelle, ayant décidé que la loi n'interdisait pas la fécondation in vitro dans les circonstances.

428. Voir par exemple les al. 52(1)c) et 53(1)c) de la *Loi de 1986 sur le droit de la famille* de l'Ontario, précitée, note 200.

429. *Id.*, par. 56(1).

430. Voir *supra*, p. 74 et suiv.

431. 556 F. Supp. 157 (1983).

432. *Id.*, 160.

433. *Id.*, 161.

Il est impossible de prédire si les tribunaux canadiens tiendront l'accès aux services de fécondation in vitro pour inclus dans le droit de procréer. La portée de celui-ci pourrait bien être limitée à la procréation naturelle, quitte à y inclure l'insémination artificielle. Quoi qu'il en soit, il semble prudent de poser pour hypothèse que l'accès à la fécondation in vitro pourrait être visé par l'article 7 de la Charte.

Mais même si un tribunal en venait à cette conclusion, cela ne signifie pas que l'accès à la fécondation in vitro ne pourrait pas être restreint ni réglementé. La jurisprudence canadienne donne à penser que les droits et obligations garantis par la Charte ne font aux gouvernements aucune obligation positive d'initier des mesures législatives ou des programmes en la matière, puisque l'application de la Charte suppose au départ une action quelconque de la part de l'État⁴³⁴. Celui-ci n'est donc nullement tenu d'assurer d'emblée l'accès aux moyens de fécondation in vitro. En revanche, l'intervention du législateur pour restreindre l'accès aux services existants ferait entrer la Charte en jeu et permettrait à un tribunal de conclure à la violation du droit de procréer des femmes infertiles et de leurs partenaires. Il est donc essentiel que toute mesure de restriction éventuelle soit conforme aux principes de justice fondamentale.

Prévoir les exigences que poseront les tribunaux sur le plan processuel afin d'assurer le respect des principes de justice fondamentale dans ce contexte est une tâche difficile. À tout le moins, il faudra sans doute que l'admissibilité aux services de fécondation in vitro soit déterminée en fonction de critères équitables et rationnels qui auront été communiqués aux candidats. La procédure devra en outre être empreinte d'équité procédurale à l'endroit des personnes qui demandent des services de fécondation in vitro. Celles-ci devront avoir la possibilité de présenter adéquatement les circonstances motivant leur demande. Mais pour peu que les critères soient clairs et que la crédibilité ne soit pas en cause, il serait étonnant qu'un tribunal exige la tenue d'une audience en bonne et due forme à cette étape de la procédure⁴³⁵. D'autre part, il est encore plus difficile de prévoir si les principes de justice fondamentale exigeront, dans ce contexte, l'établissement d'un droit d'appel contre la décision refusant l'accès aux services de fécondation in vitro⁴³⁶.

434. Voir par exemple *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, précité, note 337. Toutefois, dans l'hypothèse où les autorités publiques mettraient sur pied un programme d'application restrictive, les tribunaux pourraient, au nom de la Charte, ordonner que les avantages ou services en cause soient offerts d'une manière qui respecte les droits à l'égalité garantis par l'article 15 ; voir par exemple *Schachter c. Canada*, [1988] 3 C.F. 515 (1^{re} inst.), conf. par [1990] 2 C.F. 129 (C.A.). Il est vrai que certaines dispositions de la Charte — comme celles des articles 16 à 23 qui concernent les droits linguistiques — confèrent expressément aux citoyens le droit d'obtenir certains services de l'État, et ce, en l'absence de toute action préalable de la part de celui-ci. Toutefois, ces dispositions n'ont pas d'application ici en ce qui a trait au droit de procréer.

435. Voir l'affaire *Singh*, précitée, note 340.

436. *Ibid.* Dans cette affaire, l'atteinte à la liberté invoquée par les appelants consistait dans la menace de persécution (voire de mort) à laquelle ils s'exposaient en retournant dans leur pays d'origine. La Cour suprême a jugé en l'espèce que les principes de justice fondamentale exigeaient la reconnaissance d'un droit d'appel contre la décision leur refusant le statut de réfugié. À notre avis, toutefois, l'atteinte portée au droit à la liberté de la personne qui se voit refuser l'accès à la fécondation in vitro n'est pas comparable à celle dont il était question dans l'affaire *Singh*. Et comme les exigences de l'art. 7 de la Charte sur le plan processuel varient en fonction de la gravité de l'atteinte portée, les tribunaux pourraient bien conclure que l'établissement d'un droit d'appel n'est pas indispensable dans ce contexte.

3. L'insémination artificielle

Les seules causes publiées ayant trait à l'insémination artificielle portent sur la filiation⁴³⁷. Et dans l'unique affaire où ait été soulevée l'inconstitutionnalité d'une éventuelle interdiction du recours à l'insémination artificielle pour les femmes célibataires, la Section du Michigan de l'American Civil Liberties Union a déposé une plainte au nom d'une femme célibataire à laquelle on avait refusé l'insémination artificielle. Cependant, l'affaire s'est réglée lorsque la clinique a accepté la demande de la femme⁴³⁸.

Contrairement à la fécondation in vitro, l'insémination artificielle est une intervention peu coûteuse, très simple sur le plan technique et qui n'entraîne généralement que peu ou pas de complications médicales. Elle peut même être pratiquée très simplement dans l'intimité de son propre foyer, sans l'intervention d'experts. Et, contrairement à la maternité de substitution, la participation du donneur génétique est de courte durée et souvent réduite au don de sperme. Pour ces motifs, la réglementation de l'insémination artificielle soulève d'importantes questions relatives au droit au respect de la vie privée qui ne se posent pas à l'égard des autres techniques de procréation sans rapports sexuels. Tout comme la réglementation [TRADUCTION] « n'est ni souhaitable ni matériellement possible dans le cas de la procréation naturelle⁴³⁹ », de même, on peut soutenir que l'État n'a pas sa place dans la chambre à coucher où une femme cherche à pratiquer sur elle-même l'insémination artificielle. Toute mesure visant à réglementer un acte aussi éminemment privé constituerait une atteinte au droit à la liberté et pourrait s'avérer incompatible avec les principes de justice fondamentale. L'un des préceptes de base de notre système juridique est en effet le principe de la non-intervention dans les questions privées qui n'entraînent aucun préjudice pour autrui.

Par ailleurs, la réglementation des banques de sperme et de l'insémination artificielle médicalement assistée ne soulève aucune difficulté en ce qui concerne le droit à la vie privée. Il s'agit seulement ici de veiller à éviter les problèmes d'ordre génétique ou médical. Le fait de garantir la sûreté de l'insémination artificielle de cette manière ne soulèverait aucune objection constitutionnelle.

4. Le droit d'être informé de ses origines biologiques

L'enfant conçu grâce à la procréatique jouit-il d'un droit constitutionnel d'être informé de ses origines génétiques ? Nous examinerons cette question dans la présente partie.

437. *C.M. c. C.C.*, 377 A. 2d 821 (1977) (le donneur dont l'identité est connue a des droits parentaux) ; *Jhordan C. c. Mary K.*, 179 Cal. App. 3d 386 (1986) (le donneur est le père de l'enfant).

438. *Snedec v. Wayne State Univ.*, E.D. Mich., n° 80-725-83, 15 juillet 1980. Pour une description du mémoire de la demanderesse dans cette affaire, voir Patricia A. KERN et Kathleen M. RIDOLFI, « The Fourteenth Amendment's Protection of a Woman's Right to Be a Single Parent through Artificial Insemination by Donor » (1982), 7 *Women's Rights L. Rep.* 251, 254, n. 22.

439. CRDO, *op. cit.*, note 2, p. 154.

Le besoin psychologique de connaître ses racines biologiques est de plus en plus reconnu dans le contexte de l'adoption, et un nombre croissant d'enfants adoptifs exercent des pressions sur les tribunaux et les législateurs pour qu'ils assouplissent la politique de confidentialité traditionnellement appliquée par les organismes d'adoption⁴⁴⁰. Selon des recherches récentes, la divulgation de ce type de renseignements à l'adopté devenu adulte est souhaitable, sous réserve du droit des parents biologiques à la confidentialité de tout renseignement permettant de les identifier. On a recommandé que le droit du père ou de la mère biologique — ou du donneur de matériel génétique — de conserver l'anonymat ait préséance sur le droit de l'enfant d'être informé⁴⁴¹.

Aux États-Unis, c'est sans succès que l'on a fait valoir le droit fondamental de l'enfant adoptif de connaître ses origines biologiques pour contester la constitutionnalité des lois assurant la confidentialité des dossiers d'adoption. En général, les tribunaux ont jugé que ces lois établissaient un équilibre souhaitable entre le droit à la vie privée des parents biologiques, l'intérêt de l'État à protéger l'intégrité du processus d'adoption et le droit de l'adopté à l'information⁴⁴².

L'article 7 de la Charte canadienne impose une distinction entre l'information qui permet d'identifier les parents biologiques et celle qui ne le permet pas. La divulgation de renseignements d'ordre médical et génétique non identifiants est souvent nécessaire pour assurer le bien-être physique de l'enfant conçu par procréation médicalement assistée. Dans l'affaire *Morgentaler*⁴⁴³, les juges majoritaires ont reconnu que le droit à la sécurité de la personne comprenait le droit au traitement médical lorsque l'état du sujet présente un danger pour sa vie ou sa santé. Le refus de divulguer des renseignements nécessaires à la protection de la vie et de la santé porterait pareillement atteinte au droit à la sécurité de la personne conçue grâce à la procréation. Un texte de loi qui prescrirait la communication automatique de renseignements non identifiants assurerait la protection de l'intérêt de l'enfant, sans porter atteinte au droit du géniteur au respect de sa vie privée.

440. B.M. KNOPPERS, *loc. cit.*, note 263 ; ONTARIO, MINISTÈRE DES SERVICES SOCIAUX ET COMMUNAUTAIRES, *Nouvelle politique de l'Ontario relativement à la divulgation de renseignements sur l'adoption*, Toronto, Imprimeur de la Reine pour l'Ontario, 1986 ; *Background Paper on the Establishment of an Adult Adoption Disclosure Registry in British Columbia*, Victoria (C.-B.), Ministry of Social Services and Housing, 1986 ; GROUPE DE TRAVAIL COMMUNAUTAIRE SUR LA SANTÉ DE LA MÈRE ET DE L'ENFANT, *Adoption: Acquisition and Disclosure of Records*, Winnipeg (Man.), le Groupe de travail, 1981 ; COMMISSION MANITOBAINE DE RÉFORME DU DROIT, *Working Paper on Confidentiality of Adoption Records*, Winnipeg (Man.), la Commission, 1979 ; BARREAU DU QUÉBEC, *Mémoire du Comité du Barreau du Québec sur la confidentialité des dossiers d'adoption et la recherche des antécédents*, Montréal, le Barreau, 1986 ; CLARE MARCUS, *Adopted? A Canadian Guide for Adopted Adults in Search of Their Origins*, Vancouver (C.-B.), International Self-Counsel Press, 1979.

441. Voir B.M. KNOPPERS, *loc. cit.*, note 263.

442. Voir *Alma Society Incorporated c. Mellon*, 601 F. 2d 1225 (1979) ; *Re Roger B.*, 84. Ill. 2d 325 (1981) ; Debra D. POULIN, « The Open Adoption Records Movement: Constitutional Cases and Legislative Compromise » (1987-1988), 26 *J. Fam. L.* 395 ; Heidi A. SCHNEIDER, « Adoption Contracts and the Adult Adoptee's Right to Identity » (1988), 6 *Law & Inequality* 185 ; Carolyn BURKE, « The Adult Adoptee's Constitutional Right to Know His Origins » (1975), 48 *S. Cal. L. Rev.* 1196 ; Marilee C. UNRUH, « Adoptee's Equal Protection Rights » (1981), 28 *U.C.L.A. L. Rev.* 1314.

443. Précitée, note 340.

En revanche, la communication de renseignements identifiants soulève manifestement le problème du conflit entre l'intérêt de l'enfant à connaître l'identité de ses géniteurs et l'intérêt du donneur à demeurer anonyme. Bon nombre de donneurs participent à des programmes de conception médicalement assistée à la condition de conserver l'anonymat. Des dispositions prévoyant la divulgation de renseignements qui permettent de les identifier mettraient par conséquent en péril le fonctionnement de ces programmes et porteraient atteinte au droit à la vie privée des donneurs. Compte tenu de ces revendications divergentes, également irrésistibles, un texte de loi qui interdirait la divulgation de renseignements identifiants sans le consentement du donneur serait sans doute conforme à l'article 7 de la Charte⁴⁴⁴.

C. L'article 15 : les droits à l'égalité

L'article 15 de la Charte dispose notamment :

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

Récemment, la Cour suprême a établi un cadre pour l'analyse des revendications relatives aux droits à l'égalité dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*⁴⁴⁵. Le juge McIntyre, s'exprimant au nom de la majorité, a formulé l'objectif de l'article 15 en ces termes :

[S]elon cet idéal qui est certes impossible à atteindre, une loi destinée à s'appliquer à tous ne devrait pas, en raison de différences personnelles non pertinentes, avoir un effet plus contraignant ou moins favorable sur l'un que sur l'autre⁴⁴⁶.

La preuve d'une transgression de l'article 15 se fait elle aussi en deux temps. En premier lieu, il faut établir la violation de l'un des quatre droits à l'égalité⁴⁴⁷ garantis par l'article 15 et, en second lieu, démontrer que la loi a des effets discriminatoires⁴⁴⁸.

444. Dans la plupart des rapports récents portant sur l'adoption et sur la procréation médicalement assistée, on a recommandé que l'information non identifiante puisse être communiquée sans difficulté et que les renseignements identifiants ne soient communiqués qu'avec le consentement du donneur. Voir B.M. KNOPPERS et E. SLOSS, *loc. cit.*, note 272, 693-696 ; B.M. KNOPPERS, *loc. cit.*, note 263, 832-833 ; ONTARIO, MINISTÈRE DES SERVICES SOCIAUX ET COMMUNAUTAIRES, *op. cit.*, note 440.

445. [1989] 1 R.C.S. 143.

446. *Id.*, 165.

447. Voir l'arrêt *Turpin*, précité, note 421. Le justiciable doit prouver qu'il est victime d'inégalité devant la loi ou dans l'application de celle-ci, ou que la loi a des effets différents sur lui en ce qui concerne la protection ou le bénéfice auxquels il est censé avoir droit.

448. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précité, note 445, 182.

La Cour a défini comme suit le « contenu minimal du droit à l'égalité devant la loi » : « La garantie d'égalité devant la loi vise à promouvoir la valeur selon laquelle toutes les personnes sont sujettes aux mêmes exigences et aux mêmes obligations de la loi et nul ne doit subir un désavantage plus grand que les autres en raison du fond ou de l'application de la loi⁴⁴⁹. »

Quant au concept de la discrimination, le juge McIntyre a, dans l'affaire *Andrews*, repris la définition donnée à ce terme dans l'affaire *Action Travail des femmes* :

[L]a discrimination s'entend des pratiques ou des attitudes qui, de par leur conception ou par voie de conséquence, gênent l'accès des particuliers ou des groupes à des possibilités d'emplois, en raison de caractéristiques qui leur sont prêtées à tort [...]

La question n'est pas de savoir si la discrimination est intentionnelle ou si elle est simplement involontaire, c'est-à-dire découlant du système lui-même. Si des pratiques occasionnent des répercussions néfastes pour certains groupes, c'est une indication qu'elles sont peut-être discriminatoires⁴⁵⁰.

Le juge McIntyre propose ensuite la définition suivante :

[L]a discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement⁴⁵¹.

Les distinctions établies par la loi ne sont pas nécessairement discriminatoires. La Cour suprême a affirmé très nettement que seules les dispositions législatives ayant des effets inégaux à l'égard de groupes de personnes ayant en commun l'une ou l'autre des caractéristiques énumérées à l'article 15 ou une caractéristique analogue pouvaient être tenues pour discriminatoires au sens de cet article. Une loi qui produirait des inégalités à l'endroit de personnes ne pouvant être rattachées à un groupe visé à l'article 15 ne saurait être considérée comme discriminatoire au sens de cet article. La Cour a souligné que le critère déterminant l'admissibilité d'un groupe de personnes à la protection de l'article 15 consistait dans une situation d'inégalité sociale, politique ou juridique liée à une caractéristique analogue à celles qu'énumère l'article 15. Dans l'arrêt *Andrews*, les juges ont conclu que les personnes qui n'ont pas la citoyenneté constituent un groupe sans pouvoir politique, en butte à une discrimination historique, ce qui en fait un bon exemple de minorité distincte et isolée méritant d'être protégée par l'article 15.

449. *R. c. Turpin*, précité, note 421, 1329.

450. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précité, note 445, 174, citation de l'arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114, 1138-1139.

451. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précité, note 445, 174-175.

En revanche, dans l'arrêt *Reference Re Workers' Compensation Act, 1983 (T.-N.)*⁴⁵², la Cour a rejeté de façon sommaire une action attaquant la constitutionnalité d'une loi d'indemnisation des accidents du travail qui empêchait les victimes et les personnes à leur charge de s'adresser aux tribunaux. Tous les juges ont estimé que la loi ne créait aucune discrimination au sens de l'article 15 : « La situation des travailleurs et des personnes à charge en l'espèce n'est aucunement analogue aux situations énumérées au par. 15(1), exigence posée par la majorité dans l'affaire *Andrews* pour permettre le recours au par. 15(1)⁴⁵³. »

De même, dans l'affaire *Turpin*⁴⁵⁴, des accusés inculpés ailleurs qu'en Alberta contestaient une disposition du *Code criminel* donnant aux personnes inculpées en Alberta seulement le droit de choisir d'être jugées par un juge seul. La juge Wilson, s'exprimant au nom de la Cour, a refusé de conclure au caractère discriminatoire de la disposition, pour le motif que les accusés inculpés ailleurs qu'en Alberta ne pouvaient être considérés comme un « groupe analogue » visé à l'article 15 :

[...] ce serait tomber dans la fantaisie que de qualifier de « minorité discrète et isolée » les personnes qui, dans toutes les provinces sauf l'Alberta, sont accusées de l'un des crimes énumérés à l'art. 427 du *Code criminel*. [...] Établir une distinction, pour les fins du mode de procès, entre les personnes accusées en Alberta d'infractions énumérées à l'art. 427 et celles qui sont accusées des mêmes infractions ailleurs au Canada ne favoriserait pas, à mon avis, les objets de l'art. 15 en remédiant à la discrimination dont sont victimes les groupes de personnes défavorisées sur les plans social, politique ou juridique dans notre société ou en les protégeant contre toute forme de discrimination. Il serait inutile de chercher des signes de discrimination tel (sic) que des stéréotypes, des désavantages historiques ou de la vulnérabilité à des préjugés politiques ou sociaux en l'espèce parce que ce qui est comparé c'est la situation de personnes qui sont accusées, ailleurs au Canada, d'une des infractions énumérées à l'art. 427, avec celle des personnes ainsi accusées en Alberta. [...] Les personnes qui résident ailleurs qu'en Alberta et qui sont accusées de l'une des infractions énumérées à l'art. 427 hors de l'Alberta ne constituent pas un groupe défavorisé dans la société canadienne au sens de l'art. 15⁴⁵⁵.

Il s'ensuit que toute mesure de réglementation concernant l'accès à la procréation médicalement assistée qui créerait des disparités à l'égard de groupes visés à l'article 15 ou de groupes analogues porterait atteinte à cet article. Inversement, une mesure de réglementation qui créerait des disparités à l'égard de groupes qui ne peuvent être assimilés à ceux que vise l'article 15 ne serait pas discriminatoire au sens de cet article. Par exemple, on pourrait difficilement soutenir qu'une règle limitant l'accès à la procréatique est discriminatoire à l'endroit des personnes infertiles en tant que catégorie, celles-ci ne constituant pas une minorité distincte et isolée, victime d'une tradition d'inégalité ou d'impuissance sur le plan politique⁴⁵⁶.

452. [1989] 1 R.C.S. 922.

453. *Id.*, 924.

454. Précitée, note 421.

455. *Id.*, 1333.

456. Il se peut qu'une telle règle impose un fardeau inégal à un sous-groupe des personnes infertiles en fonction de leur sexe, leur classe sociale, leur état matrimonial ou leur orientation sexuelle. Dans ce cas, il serait possible de prouver l'existence d'une discrimination fondée sur un motif énuméré. Pour une analyse de cette question, voir Martha A. FIELD, *Surrogate Motherhood*, éd. augmentée, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1990, pp. 47-49.

En revanche, une règle à effet discriminatoire ou créant des disparités fondées sur un motif énuméré — tel le sexe ou un autre motif analogue comme l'état matrimonial, l'état parental⁴⁵⁷, l'état familial ou l'orientation sexuelle — pourront être attaquées sur la base de l'article 15.

L'état matrimonial est un des exemples les plus nets de motifs de discrimination non énumérés à l'article 15 mais faisant néanmoins l'objet d'une protection constitutionnelle. D'ailleurs, la discrimination fondée sur ce motif est expressément prohibée par la législation sur les droits de la personne en vigueur dans chacune des provinces et chacun des territoires canadiens⁴⁵⁸. En outre, la situation de famille est un motif illicite de discrimination aux termes de la législation fédérale et de celles du Manitoba⁴⁵⁹, de l'Ontario⁴⁶⁰ et des Territoires du Nord-Ouest⁴⁶¹. Toute discrimination fondée sur l'état civil d'une personne, qu'elle soit célibataire, mariée, divorcée ou veuve, est interdite. De la jurisprudence qui s'élabore sous le régime de ces garanties législatives des droits de la personne semble émerger le principe qu'une règle ne peut avoir pour fondement des distinctions reposant sur des caractéristiques stéréotypées liées à l'état familial d'un individu, sans tenir compte de sa situation ou de ses compétences véritables en ce qui concerne la prestation ou le service en question⁴⁶².

457. Pour un exemple de discrimination fondée sur l'état parental, voir le jugement *Symes c. Canada*, [1989] 3 C.F. 59, 81-82 (1^{re} inst.). Signalons toutefois que cette décision a été infirmée en appel pour d'autres motifs (19 juin 1991), A-290-89 (C.A.).

458. *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 ; *Loi prohibant la discrimination*, L.R.T.N.-O. 1988, ch. F-2 ; *Human Rights Act*, S.Y.T. 1987, ch. 3, al. 6 k) ; *Human Rights Act*, S.B.C. 1984, ch. 22 ; *Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, ch. I-2 ; *The Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, ch. S-24.1, par. 12(1) ; *Code des droits de la personne*, L.M. 1987-88, ch. 45 ; *Code des droits de la personne*, L.O. 1981, ch. 53 ; *Charte des droits et libertés de la personne* (Qc), précitée, note 258, art. 10 (« état civil ») ; *Loi sur les droits de la personne*, L.R.N.-B. 1973, ch. H-11 ; *Human Rights Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 214 ; *Human Rights Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. H-12 ; *The Human Rights Code*, S.N. 1988, ch. 62. Voir en général A. Anne McLELLAN, « Marital Status and Equality Rights », dans Anne F. BAYESKY et Mary EBERTS (dir.), *Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Carswell, 1985, p. 411.

459. *Code des droits de la personne*, précité, note 458, al. 9(2)i).

460. L'Ontario définit l'état familial comme suit : « fait de se trouver dans une relation parent-enfant ». *Code des droits de la personne*, précité, note 458, al. 9(1)d).

461. *Loi prohibant la discrimination*, précitée, note 458.

462. *Brossard (ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279, 298 (la politique antinépotisme générale de la municipalité constituait de la discrimination fondée sur l'état civil) ; *Cashin c. Société Radio-Canada*, [1988] 3 C.F. 494 (C.A.) ; *Saskatchewan Human Rights Commission c. Saskatchewan (Department of Social Services)* (1988), 52 D.L.R. (4^e) 253 (C.A. Sask.) (le fait d'accorder des prestations d'aide sociale inférieures aux célibataires constitue de la discrimination fondée sur l'état matrimonial au sens du code des droits de la personne provincial) ; *Schaap c. Forces armées canadiennes*, [1989] 3 C.F. 172, 184 (j. Hugessen) (C.A.) : la politique adoptée par l'employeur de ne loger que les couples mariés « s'appuie [...] sur un stéréotype qu'il contribue à perpétuer, soit que la valeur sociale de la relation entre un homme et une femme est moins grande lorsqu'elle n'est pas consacrée par le mariage [...] C'est un lieu commun d'affirmer que les liens du mariage ne sont pas garants de la permanence ni de la stabilité d'une relation, tout comme leur absence n'est pas nécessairement le signe d'une simple amourette. »

Voir cependant *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1990] 1 C.F. 18 (C.A.), inf. *Mossop c. Canada (Secrétariat d'État)* (1989), 10 C.H.R.R. D/6064.

En général, on s'accorde pour dire que l'état matrimonial et l'état familial constituent des motifs de discrimination qui devraient être reconnus en application de l'article 15 de la Charte. Par exemple, le Comité parlementaire sur les droits à l'égalité a conclu ce qui suit :

Selon nous, il convient de lire l'article 15 de la *Charte* dans le contexte de l'évolution historique du statut juridique de la femme mariée en se rappelant que, au niveau tant national qu'international, il est généralement admis que l'État se doit de protéger la cellule conjugale et, bien souvent, la famille. En conséquence, bien que ni l'état matrimonial ni la situation de famille ne soient expressément énoncés dans la liste des motifs de discrimination illicite figurant à l'article 15, on peut affirmer qu'ils sont implicitement couverts par cet article de la *Charte*⁴⁶³.

Dans la décision *Re MacVicar and Superintendent of Family and Child Services*⁴⁶⁴, la Cour a conclu que l'état matrimonial était un motif de discrimination interdit par la Charte : [TRADUCTION] « L'état matrimonial résulte directement de la décision personnelle de se marier ou non, avec l'approbation de l'État, ce qui confère certains droits et impose certaines obligations. [...] L'état matrimonial lui-même n'a rien à voir avec la capacité d'éduquer un enfant et d'apprécier son intérêt⁴⁶⁵. »

De même, on reconnaît de plus en plus la nécessité d'accorder une protection juridique aux droits des minorités sexuelles⁴⁶⁶. Le Comité parlementaire sur les droits à l'égalité a conclu que « l'esprit général de l'article 15 de la *Charte* permet de comprendre "l'orientation sexuelle" au nombre des motifs de discrimination interdits par la Constitution⁴⁶⁷ ». Bien que l'orientation sexuelle ne figure pas parmi les motifs de discrimination énumérés à l'article 15, il s'agit d'un motif analogue parce que les homosexuels et les lesbiennes constituent des minorités distinctes et isolées, victimes d'une tradition d'inégalité⁴⁶⁸. L'orientation sexuelle est maintenant un motif de discrimination illégale au Québec, en Ontario, au Manitoba et au Yukon⁴⁶⁹.

463. CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, SOUS-COMITÉ SUR LES DROITS À L'ÉGALITÉ, *Égalité pour tous : Rapport du Comité parlementaire sur les droits à l'égalité*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1985, p. 40 (président : J. Patrick Boyer).

464. (1986) 34 D.L.R. (4^e) 488 (C.S. C.-B.).

465. *Id.*, 497. Voir aussi *M. (N.) c. British Columbia (Superintendent of Family and Child Services)* (1986), 10 B.C.L.R. (2^e) 234 (C.S.).

466. Voir James E. JEFFERSON, « Gay Rights and the Charter » (1985), 43 *U.T. Fac. L. Rev.* 70 ; Margaret LEOPOLD et Wendy KING, « Compulsory Heterosexuality, Lesbians, and the Law: The Case for Constitutional Protection » (1985), 1 *R.j.f.d.* 163 ; Arnold BRUNER, « Sexual Orientation and Equality Rights », dans A.F. BAYESKY et M. EBERTS (dir.), *op. cit.*, note 458, p. 457 ; Philip GIRARD, « Sexual Orientation as a Human Rights Issue in Canada 1969-1985 » (1986), 10 *Dalhousie L.J.* 267. Mais voir l'arrêt *Andrews*, précité, note 445. Pour un résumé de l'état du droit aux États-Unis, voir Note, « Developments in the Law: Sexual Orientation and the Law » (1989), 102 *Harv. L. Rev.* 1508. Voir aussi Philip GIRARD, « The Protection of the Rights of Homosexuals under the International Law of Human Rights: European Perspectives » (1986), 3 *A.C.D.P.* 3.

467. *Égalité pour tous*, *op. cit.*, note 463, p. 33.

468. Voir M. LEOPOLD et W. KING, *loc. cit.*, note 466 ; J.E. JEFFERSON, *loc. cit.*, note 466 ; *Warkins c. United States Army*, 837 F. 2d 1428 (1988), conf. par 875 F. 2d 699 (1989).

469. Charte du Québec, précitée, note 258, art. 10 ; *Code des droits de la personne* de l'Ontario, précité, note 458, mod. par L.O. 1986, ch. 64, art. 18 ; *Code des droits de la personne* du Manitoba, précité, note 458, al. 9(2)h) ; *Human Rights Act* du Yukon, précité, note 458, art. 6.

En somme, on peut d'ores et déjà affirmer que toute mesure législative visant à limiter l'accès à la procréation médicalement assistée devra être conçue de manière à éviter la discrimination fondée sur la situation de famille, l'état matrimonial ou l'orientation sexuelle. En revanche, le texte législatif qui exigerait que les candidats soient jugés en fonction de leurs qualités et aptitudes à titre de parents éventuels n'enfreindrait pas l'article 15. Cette solution serait d'ailleurs en harmonie avec la législation sur l'adoption en vigueur au Canada et avec les recommandations contenues dans plusieurs rapports provinciaux concernant la procréation. Par exemple, la législation ontarienne sur l'adoption a été modifiée récemment de sorte que les requérants célibataires puissent être considérés au même titre que les autres⁴⁷⁰, comme c'est le cas dans toutes les autres provinces canadiennes⁴⁷¹. De même, dans trois rapports provinciaux récents sur la procréation, on a reconnu que ce serait enfreindre les lois sur les droits de la personne que de restreindre aux couples mariés l'accès à la procréation médicalement assistée. Ainsi, selon la Commission de réforme du droit de l'Ontario, une telle limitation :

[TRADUCTION]

[S]emble contrevvenir à la législation sur les droits de la personne applicable dans la province. Au surplus, toute exclusion a priori, fondée simplement sur l'appartenance à un groupe particulier (par exemple, les personnes mariées) éliminerait automatiquement les célibataires ou les couples non mariés qui, à tout point de vue, feraient des parents convenables⁴⁷².

C'est pourquoi l'organisme ontarien a recommandé que l'admissibilité à un programme de procréation médicalement assistée [TRADUCTION] « soit limitée aux femmes célibataires stables, et aux hommes et aux femmes stables formant des couples stables, mariés ou non⁴⁷³ ». De même, la Commission royale de la Colombie-Britannique a proposé que le critère soit [TRADUCTION] « l'aptitude à élever des enfants » :

470. *Loi de 1984 sur les services à l'enfance et à la famille*, précitée, note 312, art. 140. Auparavant, la loi n'admettait la candidature des requérants célibataires que dans des « circonstances particulières ». Dans le document de base, les modifications apportées à la législation ont été expliquées comme suit :

En plus de l'évolution des notions de mariage et de famille, les exigences imposées par le *Code des droits de la personne* de l'Ontario ont contribué à faire disparaître la réserve des « circonstances particulières » dans le cas des personnes célibataires qui font une demande d'adoption. La candidature de ces personnes pourra par conséquent être étudiée. Cependant, dans la plupart des cas, il est probable que l'on continuera à accorder une nette préférence aux familles constituées de deux parents, en pensant aux meilleurs intérêts de l'enfant.

ONTARIO, MINISTÈRE DES SERVICES SOCIAUX ET COMMUNAUTAIRES, *La loi sur les services pour l'enfant et la famille : Projet de loi et document de base*, Toronto, le Ministère, 1983, p. 131.

471. *Child Welfare Act* (Alb.), précité, note 312, art. 56, mod. par S.A. 1988, ch. 15, art. 35 ; *Adoption Act* (C.-B.), précité, note 312, art. 3 ; *Loi sur les services à l'enfant et à la famille* (Man.), précitée, note 312, par. 66(1) et 71(1) ; *Loi sur les services à la famille*, (N.-B.), précitée, note 286, art. 66 ; *The Adoption of Children Act, 1972* (T.-N.), précité, note 312, par. 4(1) ; *Children and Family Services Act* (N.-É.), précité, note 312, par. 72(1) et (2) ; *Adoption Act* (Î.-P.-É.), précité, note 312, par. 3(1) ; C.c.Q., art. 598-599 ; *The Adoption Act* (Sask.), précité, note 312, al. 17(2)b) ; *Children's Act* (Yuk.), précité, note 201, par. 79(1).

472. CRDO, *op. cit.*, note 2, p. 158.

473. *Id.*, p. 275.

[TRADUCTION]

[L]e jugement porté sur la candidate en ce qui concerne le respect des mœurs en matière de mariage et de style de vie doit tenir compte de leur fluctuation continue et, chose plus importante encore, devrait être axé sur la conduite de la personne dont on peut démontrer qu'elle est liée directement à son aptitude à élever des enfants. Comme nous l'avons laissé entendre ci-dessus, pour l'évaluation de la candidate éventuelle à l'IAD [insémination artificielle avec sperme de donneur], on devrait mettre l'accent directement (et principalement) sur son aptitude à devenir une bonne mère. L'intérêt de l'enfant à naître doit l'emporter dans ce cas⁴⁷⁴.

À supposer qu'il soit jugé nécessaire de restreindre l'accès à la procréation médicalement assistée, le critère retenu devrait, afin que soient respectées les exigences de l'article 15 de la Charte, s'apparenter à cette proposition, comme c'est actuellement le cas en matière d'adoption au Canada. En outre, à la lumière de la définition donnée au concept de discrimination par la Cour suprême⁴⁷⁵, il faudra prendre des mesures pour s'assurer que les critères choisis pour réglementer l'accès à la procréation n'imposent pas un fardeau injuste à une catégorie de candidats, définie par l'appartenance de ceux-ci à un groupe visé à l'article 15 (ou à un groupe analogue).

Considérons par exemple l'infertilité à titre de critère éventuel pour limiter l'accès à la procréation. S'agissant de fécondation in vitro, le texte de loi qui poserait comme condition d'admissibilité la preuve de l'infertilité serait inattaquable sur le plan constitutionnel. La fécondation in vitro est une intervention à laquelle se soumettront surtout les femmes infertiles ; celles qui sont fertiles peuvent en effet porter des enfants sans y avoir recours. Cela dit, faire de l'infertilité une condition préalable de l'accès à la maternité de substitution ou à l'insémination artificielle soulèverait des objections fondées sur l'article 15 de la Charte. Une telle exigence imposerait en effet un fardeau disproportionné aux hommes et aux femmes fertiles qui souhaitent exercer leur droit à la procréation sans rapports sexuels. Ce groupe d'hommes et de femmes est caractérisé par leur absence de partenaire hétérosexuel, c'est-à-dire par leur état matrimonial ou leur orientation sexuelle. Le texte de loi qui imposerait l'infertilité à titre de condition à remplir pour bénéficier de l'insémination artificielle ou de la maternité de substitution ferait effectivement obstacle à l'exercice par ces hommes et ces femmes de leur droit de procréer. Et ce fardeau disproportionné imposé à des individus en raison de leur état matrimonial ou de leur orientation sexuelle constituerait de la discrimination au sens de l'article 15.

De plus, il faudra s'assurer que des critères apparemment neutres en ce qui concerne leur incidence sur les groupes visés à l'article 15 ou des groupes analogues, comme

474. BRITISH COLUMBIA ROYAL COMMISSION ON FAMILY AND CHILDREN'S LAW, *Ninth Report of the Royal Commission on Family and Children's Law: Artificial Insemination*, Vancouver, la Commission royale, 1975, pp. 10-11. Voir aussi LAW REFORM COMMISSION OF SASKATCHEWAN, *Tentative Proposals for a Human Artificial Insemination Act*, Saskatoon, la Commission, 1981, pp. 1-3 :

[TRADUCTION]

[I]l semble qu'il y aurait violation du *Saskatchewan Human Rights Code* si un médecin ou un établissement de soins de santé offrant de manière générale des services d'insémination artificielle au public refusait d'inséminer une femme célibataire uniquement à cause de son état civil.

475. Voir *Andrews*, précité, note 445 ; *Turpin*, précité, note 421.

« l'aptitude à élever des enfants », ne sont pas appliqués en pratique de manière à imposer un fardeau inégal aux requérants qui ne sont pas mariés ou sont célibataires, homosexuels ou lesbiennes.

D. L'article premier

La loi qui porte atteinte à un droit ou à une liberté garanti par la Charte ne sera pas déclarée inconstitutionnelle si elle est conforme aux critères énoncés à l'article premier de la Charte, dont voici la teneur :

La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Pour que la restriction d'un droit soit valide, elle doit être prescrite par une règle de droit. Cette exigence a été expliquée en ces termes par le juge Le Dain :

L'exigence que la restriction soit prescrite par une règle de droit vise surtout à faire la distinction entre une restriction imposée par la loi et une restriction arbitraire. Une restriction est prescrite par une règle de droit au sens de l'art. 1 si elle est prévue expressément par une loi ou un règlement, ou si elle découle nécessairement des termes d'une loi ou d'un règlement, ou de ses conditions d'application. La restriction peut aussi résulter de l'application d'une règle de *common law*⁴⁷⁶.

C'est dire que toute limitation de l'accès à la procréation médicalement assistée qui constituerait une dérogation aux dispositions de la Charte doit être énoncée dans la législation. Les restrictions découlant de l'application de lignes directrices ou d'autres directives n'ayant pas force de loi ne seraient pas considérées comme « prescrites par une règle de droit » au sens de l'article premier.

En ce qui concerne les autres exigences de l'article premier, le cadre fondamental a été établi par la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Oakes*⁴⁷⁷. En l'espèce, la Cour a décidé que l'objet de la loi devait être suffisamment important pour justifier l'atteinte portée et que les moyens choisis devaient être raisonnables et proportionnés aux objectifs poursuivis.

Pour ce qui est de l'objet de la loi, les types d'arguments pouvant être présentés devant les tribunaux en application de l'article premier sont soumis à certaines restrictions. En premier lieu, l'objet de la loi ne peut être invoqué s'il dépasse les compétences du Parlement ou de la législature, ou s'il porte par ailleurs lui-même atteinte aux dispositions de la Charte⁴⁷⁸. En second lieu, l'objectif allégué pour justifier la limitation des droits garantis doit réellement sous-tendre la législation en cause et ne pas être un objectif inventé après le fait pour appuyer l'argument présenté devant les tribunaux⁴⁷⁹.

476. *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, 645.

477. [1986] 1 R.C.S. 103.

478. *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, 362 (voir les motifs du juge Dickson, alors juge puîné).

479. *Id.*, 362.

Hormis ces restrictions, les tribunaux ont eu tendance à accepter les objectifs législatifs comme suffisamment importants pour justifier une atteinte aux droits garantis : la plupart des cas portent sur la question de savoir si les limites apportées à ces droits étaient raisonnables dans les circonstances. À cet égard, on peut difficilement prédire de quelle façon les tribunaux appliqueront l'article premier à une loi limitant l'accès à la procréation médicalement assistée. De nos jours, on n'étonnera personne en disant que la Cour suprême est partagée quant à l'interprétation de l'article premier de la Charte et force est de constater que la disposition n'est pas toujours appliquée de façon uniforme⁴⁸⁰. Dans certaines causes, les tribunaux ont insisté pour que le législateur fournisse des motifs très rigoureux, alors que dans d'autres, les tribunaux se sont montrés très indulgents⁴⁸¹. En effet, la jurisprudence récente laisse sans réponse la question centrale concernant la norme d'examen à appliquer dans les causes portant sur les droits à l'égalité, c'est-à-dire la question de savoir si différentes normes doivent être appliquées selon la nature de l'affaire et, dans l'affirmative, de quelle nature sont ces normes⁴⁸². Voilà qui complique singulièrement la tâche de prédire comment un tribunal pourrait appliquer l'article premier aux questions abordées dans la présente étude.

480. Marc GOLD, « Of Rights and Roles: The Supreme Court and the Charter » (1989), 23 *U.B.C. L. Rev.* 507 ; Robin M. ELLIOT, « The Supreme Court of Canada and Section 1 — The Erosion of the Common Front » (1987), 12 *Queen's L.J.* 277 ; Lorraine Eisenstat WEINRIB, « The Supreme Court of Canada and Section One of the Charter » (1988), 10 *Supreme Court L.R.* 469.

481. Voir *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713 ; *R. c. Jones*, précité, note 340.

482. La division de la Cour est claire dans l'arrêt *Andrews*, précité, note 443. Voir Marc GOLD, « Comment: *Andrews v. Law Society of British Columbia* » (1989), 34 *R.D. McGill* 1063.

CHAPITRE TROIS

Le rôle de l'État

Même si la procréation médicalement assistée ne fait actuellement l'objet d'aucun texte législatif spécifique au Canada⁴⁸³, elle obéit à certains mécanismes de contrôle⁴⁸⁴. Nous devons donc apprécier la suffisance de ces mécanismes avant de décider de l'opportunité d'une intervention législative dans le domaine. De façon générale, nous devons également, avant de recommander une intervention plus directe de l'État en la matière, nous interroger sur le rôle même de l'État et des autorités fédérales à ce chapitre.

I. Les mécanismes de contrôle existants et leur portée

Parmi les mécanismes de contrôle existants nous retrouvons : le contrôle individuel fondé sur la conscience individuelle et le libre choix des parties ; le contrôle professionnel et socio-professionnel qui vise la qualité de l'acte médical et l'aspect éthique de l'application des découvertes scientifiques ; le contrôle collectif exercé par les comités permanents d'éthique (provinciaux et nationaux) et les tribunaux ; enfin, le contrôle législatif et réglementaire.

483. À l'exception des dispositions concernant la filiation dans certaines provinces. Voir, à ce sujet, *supra*, ch. II.

484. Voir Guy ROCHER, « Pour une sociologie des ordres juridiques » (1988), 29 *C. de D.* 91, particulièrement aux pp. 117-118 :

La profession médicale a derrière elle une très longue tradition d'auto-régulation de ses membres. Elle est à cet égard un très ancien ordre juridique non étatique. En l'absence de législation ou de jurisprudence, le Collège des médecins a lui-même établi des règles ou normes, un code de déontologie qui tiennent lieu de droit pour les membres de la Corporation. Dans les hôpitaux, les médecins, par des comités d'éthique, des comités de discipline ou autrement, produisent des normes régissant leur conduite et leurs rapports avec leurs patients (et avec d'autres personnels médicaux). La profession médicale est un cas typique où des agents ou appareils ont eu une autorité reconnue pour élaborer, interpréter et appliquer des règles ayant tous les caractères du juridique, sans relever de l'État. [...] Tout cela n'exclut évidemment pas qu'intervienne la régulation par l'État. Ce qu'il est important d'analyser alors, c'est la source précise de cette régulation étatique : quel ordre juridique non étatique jouit du crédit, du pouvoir, de l'influence nécessaires pour faire accepter ses normes ? Quel compromis la régulation étatique (celle du législateur ou celle d'un tribunal) réalisera-t-elle entre les normes de plusieurs ordres juridiques non étatiques concurrents ?

A. Le contrôle individuel : la conscience et la liberté de choix des individus⁴⁸⁵

La priorité absolue est ici donnée à la liberté individuelle et au respect de la vie privée. Les particuliers s'organisent comme ils l'entendent, et aucun jugement de valeur n'est porté sur leur choix. L'appréciation des risques et des avantages qu'impliquent la procréation médicalement assistée et la décision d'y recourir ou non relèvent du libre arbitre des intéressés. Le rôle du législateur peut être actif ou passif selon qu'il consacre spécifiquement dans un texte la liberté de choix, ou qu'il l'approuve implicitement par son silence⁴⁸⁶. Sans intervenir d'emblée, il peut néanmoins attacher certaines conséquences aux choix individuels. C'est ainsi que, tout en s'abstenant de s'immiscer dans les décisions de contracter mariage ou de fonder une famille, il établit, sur les plans patrimonial et extra-patrimonial, les droits et obligations des époux et des enfants, ainsi que la filiation de ces derniers.

Cette politique a l'avantage de mettre l'accent sur l'initiative et la responsabilité individuelles. Elle permet à chacun, dans une société pluraliste, de se comporter suivant les croyances qui lui sont propres, sans ingérence de l'État et sans que celui-ci prétende imposer à tous une morale donnée⁴⁸⁷. Elle évite tout conflit avec les droits à la liberté et à la vie privée, constitutionnellement garantis, que pourrait mettre en jeu la procréation. La décision de concevoir est donc une décision purement privée, un choix moral qui doit être laissé aux individus⁴⁸⁸.

L'État n'intervient pas dans la procréation naturelle⁴⁸⁹. Comme l'a souligné la Commission de réforme du droit de l'Ontario, l'État a renoncé à invoquer l'intérêt véritable de l'enfant pour justifier une intrusion dans la vie des couples ou des individus. S'il l'a déjà fait au nom de motifs eugéniques et financiers, dans le cadre de législations prescrivant, par exemple, la stérilisation forcée des déficients mentaux, des criminels ou des minorités ethniques, ce genre de motivation n'a plus cours de nos jours⁴⁹⁰ ; les chartes et la jurisprudence en sont garantes.

De plus, le traitement de la stérilité (traitements hormonaux, interventions chirurgicales, etc.) fait partie des services de santé offerts à la population, sans égard à la situation matrimoniale ni au profil psychologique des personnes qui y ont recours⁴⁹¹. Dès lors, pourquoi vouloir traiter la procréation dite « artificielle » différemment de la procréation

485. Au sujet de « private ordering approach », voir Frances E. Olsen, « The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform » (1983), 96 *Harv. L. Rev.* 1497, 1504.

486. CRDO, *op. cit.*, note 2, p. 106 et suiv.

487. John A. ROBERTSON, « Embryo Research » (1986), 24 *U.W.O. L. Rev.* 15, 27.

488. CRDO, *op. cit.*, note 2, p. 106 et suiv. ; J.A. ROBERTSON (1986), *loc. cit.*, note 385, 1040 ; THE AMERICAN FERTILITY SOCIETY, THE ETHICS COMMITTEE, *loc. cit.*, note 191, 55.

489. Par exception, il peut intervenir pour sanctionner des relations sexuelles illicites. Dans ce cas, cependant, le motif est la protection de certaines personnes exposées à l'exploitation et non pas une intervention dans une décision commune de procréer : CRDO, *op. cit.*, note 2, p. 106 et suiv.

490. CRD, *La stérilisation et les personnes souffrant de handicaps mentaux*, Document de travail n° 24, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1979 ; Colloque de l'ASSOCIATION QUÉBÉCOISE POUR L'ÉTUDE COMPARATIVE DU DROIT, « L'affaire Eve et la stérilisation des déficients mentaux » (1987), 18 *R.G.D.* 641.

491. CRDO, *op. cit.*, note 2, p. 110.

naturelle ? La première ne pourrait-elle pas, à l'instar de la seconde, tomber sous le régime de la même politique de « laissez-faire », du moins en ce qui concerne la décision même de concevoir⁴⁹² ?

Pour les partisans de la non-intervention de l'État dans ce domaine, la société est en train d'intégrer toutes ces découvertes et finira par trouver normale leur application, comme cela a été le cas de bien d'autres par le passé. La plupart des défenseurs de la liberté de choix reconnaissent toutefois la nécessité d'attacher certaines conséquences juridiques aux choix individuels et d'assujettir à des contrôles l'application des techniques — ou à tout le moins de certaines d'entre elles. Ces contrôles seront étudiés plus loin, mais qu'il nous suffise de dire pour l'instant qu'ils ont généralement pour objectif la qualité des services offerts, c'est-à-dire, dans cette perspective, la protection des « sujets ». Quoi qu'il en soit, il n'est pas question pour les tenants de cette position de remettre en cause le bien-fondé même du recours à la procréatique.

La liberté individuelle peut aussi être préconisée, à ce stade, simplement parce que toute intervention est jugée prématurée, la réflexion sur ces questions n'ayant pas encore été assez poussée pour que l'on puisse se permettre d'édicter des normes. Il s'agit donc de poursuivre la démarche collective de réflexion⁴⁹³. Quoi qu'il en soit, la politique de la non-intervention de l'État rallie peu de suffrages. Elle laisse sans réponse toutes les questions fondamentales que pose à l'humain l'application des découvertes scientifiques en matière de procréation, et laisse les chercheurs consciencieux sans les balises dont ils ont besoin. L'administration de la justice en souffre également : par exemple, le statut juridique des enfants nés de la procréatique demeure incertain et l'autorité sur les gamètes et les embryons sombre dans le vide juridique.

L'incidence du contrôle individuel en matière de procréation médicalement assistée pourrait être accrue par l'éducation et la sensibilisation adéquates du public. Il s'agit de présenter à la population, de la façon la plus objective possible, les enjeux de la procréatique. Sur le plan individuel, tout d'abord : les avantages des diverses techniques, leurs inconvénients pour ceux qui y ont recours, les taux de succès et d'échec de chacune d'elles dans le contexte où elles sont appliquées, les risques physiques et psychologiques qu'elles comportent pour toutes les personnes concernées. Ensuite, pour les générations à venir et la société entière : les enjeux à plus ou moins long terme pour l'embryon, le fœtus et l'enfant à naître, le devenir de l'espèce humaine, le sort réservé aux embryons surnuméraires, les avantages que peuvent en retirer les chercheurs, en somme toutes les grandes questions qui sont débattues actuellement suivant diverses perspectives. Toutefois, il est difficile de garantir que l'éducation du public se fera de manière objective puisqu'elle sera inévitablement la synthèse de renseignements provenant de sources multiples. Elle pourrait donc être influencée par la fragmentation de l'information. Elle peut même être faussée par le triomphalisme de certains scientifiques et par la recherche du sensationnalisme qui caractérise parfois les médias.

492. *Id.*, p. 118. THOMAS A. FÄTON, « Comparative Responses to Surrogate Motherhood » (1986), 65 *Neb. L. Rev.* 686, 707.

493. J. RUBELLIN-DEVICHI, *loc. cit.*, note 317, 457-459.

Cette mesure peut aussi s'accompagner d'une promotion des valeurs en cause, de façon à raffermir le sens des responsabilités de tous les intéressés, et à rappeler que le respect de la dignité humaine doit prévaloir sur les intérêts particuliers et immédiats. Les positions prises par les autorités morales et religieuses vont dans ce sens⁴⁹⁴.

Dans la même lignée s'inscrivent les positions des diverses autorités du domaine éthique dont nous reparlerons plus loin. Mais encore faut-il que ces positions soient expliquées dans le grand public, comme s'efforce de le faire le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé en France⁴⁹⁵. Dans ses recommandations, l'American Fertility Society insiste également sur la diffusion de l'information et sur le conseil moral et la persuasion pour favoriser les choix éclairés et modifier graduellement les attitudes⁴⁹⁶.

Des démarches de cette nature sont indispensables à une meilleure connaissance dans l'ensemble de la population des véritables enjeux de la procréation médicalement assistée. Mais l'information de base doit être, au départ, non confessionnelle et apolitique. Elle ne doit pas non plus être identifiée à des groupes particuliers, même si ceux-ci ont évidemment un rôle très important à jouer, qu'ils soient formés de scientifiques, de professionnels de la santé ou de femmes. Si actifs que soient certains de ces groupes en matière d'éducation populaire, ils n'ont pas toujours l'objectivité nécessaire à la transmission d'une information neutre⁴⁹⁷.

Quelle peut être l'auditoire des organismes éthiques et des autorités morales et religieuses ? Pour Jacqueline Rubellin-Devichi, les avis qu'émettent ces organismes et autorités ont une influence considérable sur l'opinion des citoyens⁴⁹⁸. Cette affirmation est sans doute vraie en Europe ; l'est-elle autant au Canada ?

494. Voir notamment : CONGRÉGATION POUR LA DOCTRINE DE LA FOI, *Instruction sur le respect de la vie humaine naissante et la dignité de la procréation*, Cité du Vatican, Typographie Polyglotte Vaticane, 1987 ; Gérard MÉMETEAU, « Le Comité National Consultatif d'Éthique et l'enfant conçu », dans *La vie prénatale, biologie, morale et droit : Actes du VI^e Colloque national des Juristes Catholiques, Paris, 15-17 novembre 1985*, Paris, TÉQUI, 1986, p. 67 ; Edouard BONE et Jean-François MALHERBE, *Engendrés par la science : enjeux éthiques des manipulations de la procréation*, Paris, Cerf, 1985, p. 33, mentionnant la suggestion en ce sens de certains lauréats du prix Nobel, à propos des « permis de reproduction » et des « tests de qualité » de l'enfant nouveau-né.

495. COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTÉ, *Journées annuelles d'éthique*, Paris, La Documentation française, 1986, p. 31.

496. THE AMERICAN FERTILITY SOCIETY, THE ETHICS COMMITTEE, *loc. cit.*, note 191, 21S et suiv., 73S et suiv.

497. À titre d'exemple, d'aucuns ne voient dans la procréatique qu'une exploitation du corps de la femme au profit de la recherche scientifique et de la production, au point de méconnaître l'apport à la procréation. Cette perception s'est manifestée au colloque international *Sortir la maternité du laboratoire*. Québec, Conseil du statut de la femme, 1988. Par contre, les études publiées, entre autres, par le CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Nouvelles technologies de la reproduction : pratiques cliniques et expérimentales au Québec*, Québec, le Conseil, 1986 et par l'ALBERTA ADVISORY COUNCIL ON WOMEN'S ISSUES, *Discussion Paper on New Reproductive Technologies: Medical, Legal and Ethical Implications*, Edmonton, the Council, 1983, témoignent de l'importante contribution de ces groupes.

498. *Loc. cit.*, note 317, 457.

La position de l'Église catholique, opposée à toute forme de procréation médicalement assistée, suscite des réserves⁴⁹⁹. Selon l'Église unie du Canada, dont la position est moins catégorique, l'insémination artificielle hétérologue peut constituer un choix légitime sur les plans éthique et moral⁵⁰⁰. La maternité de substitution elle-même pourrait être admissible dans des circonstances très exceptionnelles⁵⁰¹.

Mais une démarche d'éducation est-elle suffisante au regard des enjeux de la procréation médicalement assistée ? Il semble falloir répondre par la négative. L'éducation peut en effet sensibiliser mais ne saurait avoir de force contraignante. Elle ne peut donc protéger contre les dangers d'une utilisation abusive des techniques, ni contre leur mercantilisation. Comme le soulignent Jean-Louis Baudouin et Catherine Labrusse-Riou, se fier à l'autodiscipline est un leurre⁵⁰². L'éducation du public est une étape essentielle, certes, puisque nous cherchons la ou les solutions à un problème non pas seulement individuel mais avant tout social. Elle peut décourager les recours abusifs ou inconsidérés à la technologie mais elle est tributaire de la volonté des intéressés d'y obtempérer.

B. Le contrôle professionnel

La qualité de l'acte médical peut être contrôlée, tant pour ce qui est de ses indications qu'en ce qui concerne son exécution. Ce contrôle peut dépasser le niveau pratique pour remettre en question, sur le plan moral, le bien-fondé des applications de la découverte scientifique ; c'est là le rôle de l'éthique. Les normes à ce chapitre peuvent émaner des corporations professionnelles ou des comités multidisciplinaires formés à cette fin.

1. L'exercice de la médecine

Acte thérapeutique, le traitement d'aide à la procréation relève tout naturellement de l'exercice de la médecine. Cela est certainement le cas des techniques plus complexes qui exigent des ressources et un environnement particuliers. L'insémination artificielle, par contre, peut aisément être pratiquée par le profane. Elle n'est toutefois pas exempte de risques.

Les médecins sont tenus de se conformer aux normes de l'exercice de la médecine, définies par leurs corporations professionnelles à l'intérieur des limites fixées par la jurisprudence. Ces normes visent à protéger le public contre les individus non qualifiés⁵⁰³ —

499. CONGRÉGATION POUR LA DOCTRINE DE LA FOI, *op. cit.*, note 494, p. 5 et suiv. : l'Église fonde son opposition sur la scission entre la relation sexuelle et la procréation, qui, dit-elle, ne respecte pas la dignité de la personne. Elle craint en effet la technicisation de la procréation. L'ETHICS COMMITTEE DE L'AMERICAN FERTILITY SOCIETY a publié un second document de réflexion en réponse à l'Instruction de Rome : « Ethical Considerations of the New Reproductive Technologies » (1988), 49:2 (suppl. 1) *Fertil. Steril.*

500. ÉGLISE UNIE DU CANADA, DIVISION DE LA MISSION AU CANADA, *A Brief to the Royal Commission on New Reproductive Technologies*, 1991, pp. 9-10 [non publié].

501. *Id.*, p.12.

502. *Op. cit.*, note 214, p. 208.

503. *Ibid.*

c'est-à-dire l'acte médical de mauvaise qualité ou accompli illégalement — et à guider l'exercice de la médecine. Elles pourront être prises en considération par le tribunal en cas de conflit⁵⁰⁴. À supposer que les corporations ou associations professionnelles prennent position sur le fond, ainsi que certaines l'ont déjà fait⁵⁰⁵, et posent des balises éthiques pour l'application des nouvelles techniques par leurs membres, il faudrait alors trouver les moyens de sanctionner efficacement la transgression de ces limites⁵⁰⁶. En effet, le grand défaut des normes est qu'elles n'ont pas force de loi à moins d'avoir été reprises dans un texte réglementaire comme c'est le cas, par exemple, des codes de déontologie professionnelle au Québec.

En France, le Conseil d'État préconise des sanctions précises en matière de déontologie professionnelle et engage les corporations professionnelles à prévenir les abus dans l'application des techniques nouvelles. Il laisse même entendre que des sanctions pénales pourraient être infligées en cas de non-respect des règles de fond et de procédure, et même des avis des comités d'éthique⁵⁰⁷. Cela dit, reste la difficulté de veiller à leur exécution, surtout lorsqu'il s'agit de choix aussi fondamentaux. D'autre part, une certaine tradition de secret et d'autonomie morale entoure les corporations professionnelles et laisse planer certains doutes sur leur aptitude à assurer un contrôle réel et suffisamment digne de confiance aux yeux de la population. De plus, si le contrôle de l'application des découvertes est laissé à ces organismes, les normes pourraient varier d'une corporation à l'autre, d'une province à l'autre, d'un pays à l'autre, et il serait impossible de dégager les règles uniformes que réclament la plupart des intéressés.

Enfin, comme le font remarquer les membres du Comité ministériel au Québec, « l'encadrement des pratiques en reproduction humaine relève d'une politique sociale qui

504. Par exemple, des normes exprimées par l'American Fertility Society ont influencé le tribunal dans l'affaire *York v. Jones Institute*, précitée, note 208 (transfert d'un embryon congelé d'une clinique à une autre). Voir également P. WIDMER, « Les perspectives législatives, en particulier vues du Conseil de l'Europe », dans *Procréation artificielle, génétique et droit : Colloque de Lausanne des 29 et 30 novembre 1985*, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1986, p. 211, à la page 213. Pour une discussion générale relative aux rôles des tribunaux, voir, la rubrique « Les tribunaux », *infra*, p. 120.

505. À l'égard de l'ensemble des méthodes, ou de certaines d'entre elles seulement ; voir, à titre d'exemple, THE AMERICAN FERTILITY SOCIETY, THE ETHICS COMMITTEE, *loc. cit.*, note 191, 62S et suiv. ; l'Association est favorable à une large liberté en matière de procréation, mais s'oppose cependant à la maternité de substitution pour des raisons de convenance, et émet des réserves sur le processus lui-même. L'ACADÉMIE SUISSE DES SCIENCES MÉDICALES, dans *Directives médico-éthiques pour la procréation médicalement assistée*, Peter Splitz, l'Académie, 1990, admet la légitimité de la fécondation in vitro pour raisons médicales, chez les personnes mariées ou non mariées mais vivant dans des conditions analogues à celles de la vie conjugale (directive 3.1, p. 2), et rejette la maternité de substitution (directive 12.6, p. 5). Le Conseil de l'Ordre des médecins, en France, accepte l'aide à la procréation au sein du couple, émet des réserves sur l'intervention de donneurs étrangers, rejette la maternité de substitution et le don d'embryon : COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTÉ, *op. cit.*, note 495, p. 33. Au Canada, les comités d'éthique de la SOCIÉTÉ CANADIENNE DE FERTILITÉ ET D'ANDROLOGIE et de la SOCIÉTÉ DES OBSTÉTRICIENS ET GYNÉCOLOGUES DU CANADA ont publié un document qui rassemble leurs recommandations sur l'ensemble des techniques de procréation médicalement assistée : *Ethical Considerations of the New Reproductive Technologies*, Toronto (Ont.), Ribosome Communications, 1990.

506. B.M. KNOPPERS et E. SLOSS, *loc. cit.*, note 272, 669, n. 3 et les rapports y cités.

507. CONSEIL D'ÉTAT, *Sciences de la vie : de l'éthique au droit*, 2^e éd., Paris, La Documentation française, 1988, pp. 122-123.

ne doit pas être assimilée à l'élaboration des normes de qualité professionnelle des services » ; cette fonction ne doit donc « pas être laissée à la profession médicale ou aux autres professions directement impliquées⁵⁰⁸ ».

En l'absence de normes édictées par sa corporation ou de règles élaborées à un autre niveau, le médecin se trouve devant un dilemme : doit-il, en matière de procréation médicalement assistée, se contenter de répondre à la demande ou doit-il, au contraire, s'interroger sur les valeurs en cause, sur la notion de bien commun et exercer son jugement⁵⁰⁹ ? Laisser aux seuls professionnels de la santé le soin d'édicter des règles fondamentales dans un domaine aussi complexe revient à leur confier des responsabilités très lourdes.

2. Les comités d'éthique locaux

Il existe, dans le secteur des soins de santé, deux grands types de comités qui ont tous deux un rôle à jouer dans le contexte qui nous occupe : les comités de déontologie de la recherche et les comités d'éthique clinique. Sans refaire ici un historique complet, rappelons brièvement que l'intervention des premiers est obligatoire au Canada depuis 1978, pour toute recherche subventionnée sous l'égide du Conseil de recherches médicales du Canada : le projet doit être approuvé par un comité local, en conformité avec les critères généraux énoncés par le Conseil, avant d'être soumis à celui-ci⁵¹⁰. Si une composition multidisciplinaire est souhaitable, elle n'est cependant pas obligatoire et, dans un certain nombre d'organismes, le comité est formé seulement de scientifiques. La déontologie de la recherche, elle aussi, a pour objectif primordial la protection des sujets tant sur le plan de l'invulnérabilité de la personne que sur celui du droit à la vie privée. Le Conseil de recherches médicales a édicté des règles spéciales en matière de recherches sur l'embryon⁵¹¹. Elles sont d'une importance extrême car, dans la plupart des centres, la fécondation *in vitro* entraîne la production d'embryons surnuméraires. Pour ceux qui ne feront pas l'objet d'un don à un autre couple infertile, se posent les questions de la durée de la conservation, de l'expérimentation, de la destruction et du développement *ex utero*.

Un contrôle déontologique s'exerce dans la mesure où la recherche sur le traitement de l'infertilité coûte cher et est largement tributaire des subventions des organismes officiels.

508. MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, *Rapport du Comité de travail sur les nouvelles technologies de reproduction humaine*, Québec, le Ministère, 1988, p. 152.

509. Guy DURAND, « La bioéthique est une des principales préoccupations de la profession médicale » (1987), 116:6 *L'Union médicale du Canada* 343, 350 ; voir aussi Charles H. BARON, « Fetal Research: The Question in the States » (1985), 15:2 *Hast. Cent. Rep.* 12, 15.

510. Voir Jean-Louis BAUDOIN, Monique OUELLETTE et Patrick A. MOLINARI, *Pour un conseil consultatif canadien d'éthique biomédicale*, document d'étude, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1990, p. 13 et suiv.

511. CONSEIL DE RECHERCHES MÉDICALES DU CANADA, *Lignes directrices concernant la recherche sur des sujets humains*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1987, pp. 34-35. La plupart des travaux, rapports, recommandations mentionnés dans le présent document envisagent également cet aspect ; voir aussi *L'expérimentation biomédicale sur l'être humain*, *op. cit.*, note 7.

Cependant, ce contrôle ne remplit pas toujours parfaitement son rôle : les approbations au niveau local n'ont pas nécessairement toute la rigueur requise, et l'on dénonce surtout le manque de suivi des projets, une fois obtenue l'approbation initiale. Mais il y a plus : lorsque la recherche est réalisée par l'entreprise privée, ce contrôle devient inopérant⁵¹². De même, ce type de contrôle ne peut plus s'exercer à partir du moment où la technique a dépassé le stade expérimental. Or, c'est le cas de la plupart des techniques de procréation médicalement assistée, qui peuvent maintenant être pratiquées par les cliniques de fertilité et dont l'application relève désormais des comités d'éthique *clinique*.

Les comités d'éthique clinique ont connu une extraordinaire prolifération partout dans le monde depuis dix ans et font l'objet d'une abondante littérature⁵¹³. Multidisciplinaires, ils sont généralement à même d'aborder les problèmes dont ils sont saisis dans une perspective beaucoup plus large. Leur rôle est essentiellement consultatif. En 1986, l'Association des hôpitaux du Canada recommandait la création de comités d'éthique dans tous les centres hospitaliers de quelque importance⁵¹⁴.

De façon générale, le comité d'éthique clinique intervient lorsque le médecin traitant estime avoir une décision difficile à prendre, ou en cas de désaccord avec la famille ou au sein de l'équipe traitante. Mais à moins que des règles internes de l'établissement ne rendent la consultation obligatoire dans certains cas, le médecin compétent est libre de traiter l'infertilité de ses patients comme il l'entend, c'est-à-dire d'administrer des traitements de procréation suivant son jugement professionnel, pour peu que la technique envisagée ait dépassé le stade expérimental. Il ne faut donc pas s'étonner de la diversité des critères de mise en application.

En France, les CÉCOS se sont efforcés d'élaborer une politique éthique commune. En effet, « il est apparu que les problèmes soulevés dépassaient un plan purement technique et entraînaient obligatoirement une réflexion sur la nature même de la procréation artificielle par don de gamètes, sur sa signification, sa justification, ses risques et les limites à lui assigner⁵¹⁵ ». Mais cette politique ne s'applique qu'au sperme congelé, et non au sperme frais que les médecins restent libres d'utiliser à leur guise⁵¹⁶. Le recours à un gynécologue privé permet de la même façon d'éviter ces règles⁵¹⁷. D'autres divergences subsistent aussi, notamment sur le plan de la rémunération. Au Québec, le Comité ministériel⁵¹⁸ souligne que chaque clinique a ses règles propres.

512. Les normes du Conseil de recherches médicales du Canada peuvent tout de même être appliquées par les comités d'éthique hospitaliers appelés à considérer les projets de recherche subventionnés par l'entreprise privée.

513. J.-L. BAUDOUIN, M. OUELLETTE et P.A. MOLINARI, *op. cit.*, note 510, p. 7.

514. G. DURAND, *loc. cit.*, note 509, 353, et J.-L. BAUDOUIN, M. OUELLETTE et P.A. MOLINARI, *op. cit.*, note 510, p. 7.

515. P. JALBERT et G. DAVID, « Problèmes génétiques liés à la procréation artificielle par don de gamètes : solutions adoptées par les CÉCOS » (1987), 16 *J. Gynécol. Obstétr. Biol. Reprod.* 547, 548.

516. J. RUBELLIN-DEVICHI, *loc. cit.*, note 317, 460 ; Alain SÉRIAUX, « Droit naturel et procréation artificielle : quelle jurisprudence ? » *D.* 1985, 53, 54, n° 4.

517. Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, « Le droit, les pères et la paternité » (1988), 24:3 *Rev. Droit sanit. et soc.* 425, 435.

518. MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, *op. cit.*, note 508, p. 107 et suiv.

Les comités locaux présentent quand même des avantages indéniables : outre leur rôle d'éducation, déjà mentionné, ils forment une structure très souple de fonctionnement, et ils permettent, lorsqu'ils sont composés adéquatement, de prendre le pouls de la société⁵¹⁹. Les règles éthiques qui se dégagent peuvent à moyen terme inspirer le législateur. Cependant, comme on l'a fait remarquer⁵²⁰, ces règles ne seront jamais qu'un palliatif à la carence du législateur car elles n'ont d'effet que dans la mesure où les patients acceptent de s'y soumettre. En cas de contestation, elles ne peuvent fonder une décision judiciaire, sauf si elles ont été incorporées de quelque manière à un texte législatif ou réglementaire⁵²¹.

Les codes d'éthique n'établissent en général que des normes minimales et les médecins, dans leurs rapports avec leurs patients, doivent tenir compte de l'intérêt et de la volonté de ceux-ci. À elles seules, les règles d'éthique ne permettent pas de faire face à la problématique soulevée par la procréation médicalement assistée⁵²².

C. Le contrôle de la collectivité

1. Les comités permanents d'éthique provinciaux et nationaux

Nous avons fait allusion plus haut aux règles existant dans le domaine de la recherche. La nécessité de réglementer l'expérimentation s'est imposée dès la fin de la Deuxième Guerre mondiale, lorsque ont été découvertes les expériences horribles qui avaient été menées au mépris de l'humain, la poursuite du savoir justifiant tous les moyens. Les règles établies par les comités d'éthique de recherche ont une certaine force contraignante car les comités disposent de moyens de persuasion sur le plan financier. Habituellement, avant d'adopter des règles, ils procèdent à de larges consultations auprès des intéressés et de la population. Leurs activités ne semblent pas soulever de contestation⁵²³.

En ce qui concerne non plus la recherche, c'est-à-dire l'acquisition de connaissances nouvelles, mais la mise en application de ces connaissances, la question éthique prend une dimension sociale beaucoup plus importante. Plusieurs auteurs et organismes proposent en conséquence la création d'un conseil national d'éthique, là où il n'en existe pas

519. Cela est encore plus vrai à propos des comités nationaux : LeRoy WALTERS, « Ethics and New Reproductive Technologies: An International Review of Committee Statements » (1987), 17:3 (suppl.) *Hast. Cent. Rep.* 3.

520. Dominique THOUVENIN, « Éthique et droit en matière biomédicale » *D.* 1985, 21, 24-25, n° 12-13.

521. *Id.*, 23, n° 7.

522. B.M. KNOPPERS et E. SLOSS, *loc. cit.*, note 272, 671, n. 7 et les rapports y mentionnés.

523. Pour un aperçu des principaux comités, voir G. DURAND, *loc. cit.*, note 509, 352 ; J.A. ROBERTSON, *loc. cit.*, note 487, 19. Voir aussi *L'expérimentation biomédicale sur l'être humain*, *op. cit.*, note 7 et J.-L. BAUDOUIN, M. QUELLETTE et P.A. MOLINARI, *op. cit.*, note 510.

encore⁵²⁴. L'American Fertility Society souligne aussi la nécessité d'une consultation à l'échelle nationale. Selon Gorovitz, [TRADUCTION] « notre société a besoin d'un organisme chargé de réfléchir et de formuler des recommandations qui tiennent compte de toute la gamme de sentiments que peuvent inspirer ces questions. Cet organisme devra avoir suffisamment de liberté et de courage pour prendre le parti le plus justifié, tout en étant conscient qu'une prise de position, quelle qu'elle soit, fera toujours des détracteurs⁵²⁵. »

Mais, en l'absence de pouvoir de contrainte, comment imposer un choix éthique à ceux qui ne le partagent pas ? Comment, en l'occurrence, empêcher la commercialisation, dont les partisans ne connaissent que la loi de l'offre et de la demande ? Le temps perdu à la recherche d'un impossible consensus permet le développement débridé des nouvelles techniques. Et cette recherche traduit « les désarrois d'une société qui, en l'absence de projet clair, entend s'en remettre à un comité des sages [...] L'avenir serait-il aux lois éthiques plutôt que politiques⁵²⁶ ? » Doit-on y voir l'abdication des pouvoirs publics ?

2. Les tribunaux

En l'absence de législation explicite, les tribunaux figurent parmi les premières institutions publiques auxquelles on s'adresse pour régler les conflits. C'est ainsi que les questions fondamentales sont portées à l'attention du public et que s'engagent les débats nécessaires à toute forme d'intervention, dont celle du législateur⁵²⁷. La publicité qu'assurent les médias permet aux tribunaux de jouer un rôle de sensibilisation. [TRADUCTION] « Les objectifs publics peuvent subir l'influence des débats judiciaires et des médias, et le choix des politiques législatives peut, à son tour, s'en trouver modifié⁵²⁸ ».

524. Notamment, CONSEIL DE L'EUROPE, A.P., 38^e sess., II^e partie, *Textes adoptés, Recommandation 1046 (1986) relative à l'utilisation d'embryons et foetus humains à des fins diagnostiques, thérapeutiques, scientifiques, industrielles et commerciales*, art. 14 vii (ci-après *Recommandation 1046 (1986)*) ; Rapport Warnock, *op. cit.*, note 425 ; THE COMMITTEE TO CONSIDER THE SOCIAL, ETHICAL AND LEGAL ISSUES ARISING FROM IN VITRO FERTILIZATION, *Report on the Disposition of Embryos Produced by In Vitro Fertilization*, Melbourne, F.D. Atkinson Government Printer, 1984 (président : Louis Waller) (ci-après *Rapport Waller*) ; *Fécondation in vitro, analyse du génome et thérapie génétique : Rapport du groupe de travail constitué en commun par le ministère fédéral de la Recherche et de la Technologie et le ministère fédéral de la Justice de la République fédérale d'Allemagne*, trad. par C. Bergeal, Paris, La Documentation française, 1987 (président : Ernst Benda) (ci-après *Rapport Benda*) ; B.M. KNOPPERS et E. SLOSS, *loc. cit.*, note 272, 670 ; Jacqueline A. PRIEST, « The Report of the Warnock Committee on Human Fertilisation and Embryology » (1985), 48 *Mod. L. Rev.* 73, 74 ; Samuel GOROVITZ, « Engineering Human Reproduction: A Challenge to Public Policy » (1985), 10 *J. Med. Phil.* 267, 271. Voir aussi J.-L. BAUDOUIN, M. OUELLETTE et P.A. MOLINARI, *op. cit.*, note 510.

525. S. GOROVITZ, *loc. cit.*, note 524.

526. D. THOUVENIN, *loc. cit.*, note 520, 26. n^o 15.

527. À titre d'exemple, mentionnons l'affaire *Quinlan*, 70 N.J. 10 (1976) discutée dans J.-L. BAUDOUIN, M. OUELLETTE et P.A. MOLINARI, *op. cit.*, note 510, p. 7. Voir également les commentaires de la Cour suprême du New Jersey dans *Baby M*, précité, note 305, 1264.

528. Veronica L. PAYNE, « The Regulation of Surrogate Motherhood » (1987), 17 *Fam. L.* 178.

Les lois actuelles ne traitent pas directement de procréation médicalement assistée⁵²⁹. Cela dit, on y trouve à l'occasion des dispositions qui peuvent embrasser certaines situations nouvelles : « Ainsi le concept d'intérêt de l'enfant, concept élastique qui donne place à beaucoup d'interprétations, a jusqu'ici fondé des décisions en matière de nouvelles technologies de reproduction et notamment de maternité de substitution⁵³⁰. »

Toutefois, l'application des règles existantes à une situation non prévue au moment de leur élaboration, comme le recours aux principes de justice naturelle, n'est pas sans causer de difficultés.

Pour un certain nombre de points soulevés par la procréation médicalement assistée, les textes existants ne sont guère utiles aux tribunaux. Or, cet état de choses peut les amener à éluder les questions fondamentales qui sous-tendent les conflits dont ils sont saisis. C'est ainsi qu'en France, dans l'affaire *Parpalaix*, le jugement a porté uniquement sur la remise du sperme congelé à la veuve, alors que la véritable question socio-éthique était celle de l'insémination posthume⁵³¹. De plus, si les pouvoirs discrétionnaires conférés aux juges peuvent parfois tourner à l'avantage des parties à un conflit, ils sont la source d'une grande disparité dans les décisions judiciaires, ce qui laisse le justiciable dans l'incertitude.

La voie judiciaire a ainsi ses limites et n'offre pas de solution globale aux problèmes que pose la procréation médicalement assistée.

D. Le contrôle législatif et réglementaire

1. Le contrôle législatif

Dans la mesure où les tribunaux, les comités d'éthique, les corporations professionnelles et la conscience individuelle des citoyens s'avèrent impuissants à définir les limites de l'application de la procréation médicalement assistée, ou du moins de certains aspects de celle-ci, l'intervention du législateur, avec toutes les réserves et nuances qui s'imposent, pourrait être nécessaire. Elle peut l'être également pour remédier à l'impuissance où se trouve le droit positif à l'égard de certains des effets de la procréation, par exemple la filiation de l'enfant ou l'autorité sur les gamètes et l'embryon, en vue d'uniformiser la

529. Voir *supra*, note 482.

530. Michèle RIVET, « Le rôle du juge et des parlements en matière de procréation assistée » (1990), 1:1 *Journal international de bioéthique* 49, 52.

Dans tout le domaine de la filiation, le glissement qui s'est fait d'une vérité « sociale » à protéger, à une vérité « biologique » à reconnaître, a privilégié quelques aspects de vérité « fictive » ou « consensuelle ». Maintenant, c'est vers une vérité « psychologique » qu'il tend, vérité qui émerge de la notion même d'intérêt de l'enfant, sujet de droit. Nos tribunaux auront sans doute encore à statuer sur des conflits de filiation revendiquée, conflit d'appartenance entre la femme porteuse qui voudra garder l'enfant et le père biologique qui le réclamera et ils pourraient alors utiliser ce concept d'intérêt de l'enfant.

Voir également *supra*, ch. II.

531. Précitée, note 206. Voir D.J. JONES, *loc. cit.*, note 148.

situation dans une province ou État, un pays, ou même au niveau international⁵³². Cette voie peut aussi être privilégiée lorsqu'il s'agit d'examiner les valeurs de notre société à un moment donné de son histoire. Il n'est d'ailleurs pas un rapport ni un comité national qui ne recommande une intervention législative quelconque⁵³³.

L'éducation du public peut sensibiliser celui-ci aux enjeux et éclairer la liberté de choix. Le contrôle professionnel et la réflexion éthique limiteront les risques d'excès dans l'application des techniques. Les tribunaux, par définition, n'interviennent qu'à l'occasion des litiges dont ils sont saisis, ce qui représente une infime proportion des cas de procréation médicalement assistée, même dans le contexte de la maternité de substitution⁵³⁴.

Les mécanismes de régulation sociale et « l'émergence de normes hors du droit⁵³⁵ » ont une incidence indéniable. Ils témoignent de l'intérêt et de l'engagement d'un nombre accru de citoyens. Mais l'intervention législative, outil extrême de contrôle et de sanction, comporte aussi, il ne faut pas l'oublier, ses écueils et difficultés.

Certains auteurs estiment que le droit positif étatique n'est pas la solution à toutes ces questions⁵³⁶. Une loi qui est adoptée et qui s'avère inapplicable en pratique risque d'être déconsidérée, manquant ainsi totalement son objectif⁵³⁷. D'autres craignent aussi que, malgré les apparences, la législation n'apporte pas nécessairement à tous une protection adéquate⁵³⁸. D'autres enfin soulignent le risque d'une intervention intempestive du législateur, sous la pression des tribunaux, de l'opinion publique et des médias⁵³⁹, alors qu'un consensus ne s'est pas encore formé⁵⁴⁰.

532. D.G. DICKMAN, « Social Values in a Brave New World: Toward a Public Policy Regarding Embryo Status and In Vitro Fertilization » (1985), 29 *St. Louis U. L.J.* 817 ; J.A. ROBERTSON, (1986) *loc. cit.*, note 385, 952, n. 48 ; S. GOROVITZ, *loc. cit.*, note 524, 269, 271 ; A. SÉRIAUX, *loc. cit.*, note 516, 54, n° 4 ; B.M. KNOPPERS et E. SLOSS, *loc. cit.*, note 272, 667 et suiv. ; J.-L. BAUDOIN et C. LABRUSSE-RIOU, *op. cit.*, note 214, p. 252.

533. Voir, entre autres, Rapport Warnock, *op. cit.*, note 425, Rapport Benda, *op. cit.*, note 524, Rapport Waller, *op. cit.*, note 525, CRDO, *op. cit.*, note 2, MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, *op. cit.*, note 508, BARREAU DU QUÉBEC, *loc. cit.*, note 3, CONSEIL D'ÉTAT, *op. cit.*, note 507.

534. Voir notamment les études sur ce phénomène au Canada, Margrit EICHLER et Phebe POOLE, *La fréquence des contrats de grossesse conclus avant la conception et intéressant des Canadiens*, étude préparée pour la CRD, septembre 1988 [non publiée] ; MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, *op. cit.*, note 508. CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *op. cit.*, note 497 ; ALBERTA ADVISORY COUNCIL ON WOMEN'S ISSUES, *op. cit.*, note 497.

535. Michèle RIVET, « Les nouvelles technologies de reproduction : les limites de la loi », dans Gérard A. BEAUDOIN (dir.), *Vues canadiennes et européennes des droits et libertés : Actes des Journées Strasbourgeoises 1988*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1989, p. 443 à la page 449 et suiv. Voir G. ROCHER, *loc. cit.*, note 484 ; Jean-Guy BELLEY, « L'État et la régulation juridique des sociétés globales » (1986), 18 *Sociologie et sociétés* 11.

536. J. RUBELLIN-DEVICHI, *loc. cit.*, note 317, 457-459 et n. 7 ; S. GOROVITZ, *loc. cit.*, note 524, 271.

537. J. RUBELLIN-DEVICHI, *loc. cit.*, note 317, 457-459 ; S. GOROVITZ, *loc. cit.*, note 524, 271 ; COUNCIL FOR SCIENCE AND SOCIETY, *Human Procreation: Ethical Aspects of the New Techniques*, Oxford, Oxford University Press, 1984, p. 84, n° 8.6 ; R.L. KIDDER, *op. cit.*, note 9.

538. Hutton BROWN et autres, « Legal Rights and Issues Surrounding Conception, Pregnancy, and Birth » (1986), 39 *Vand. L. Rev.* 597, 665.

539. V.L. PAYNE, *loc. cit.*, note 528, 178.

540. CRDO, *op. cit.*, note 2, p. 124 ; V.L. PAYNE, *loc. cit.*, note 528, 180 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, *loc. cit.*, note 317, 496 ; MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, *op. cit.*, note 508, p. 140 ; COUNCIL FOR SCIENCE AND SOCIETY, *op. cit.*, note 537, pp. 83-84, n° 8.5. Pour une étude générale de cette question, voir R.L. KIDDER, *op. cit.*, note 9.

Il importe assurément de se garder de toute décision précipitée. Il faudra prendre le temps de peser le pour et le contre de l'intervention, de sonder l'opinion publique, de définir les bases éthiques sur lesquelles il faut agir⁵⁴¹ et enfin prendre soin d'éviter le dogmatisme.

2. La réglementation de la procréatique

L'intervention législative peut être globale ou parcellaire, ou peut tout simplement viser à réglementer l'application des techniques. La multiplication des centres, publics ou privés, où est pratiquée la procréation médicalement assistée rend évidemment plus difficile l'exercice d'un contrôle, que ce soit sur le plan des principes, sur celui de la qualité des services professionnels ou encore sur celui du coût des soins de santé. C'est pourquoi nombre de rapports proposent l'établissement d'un système de permis pour les établissements et les professionnels dispensant une aide à la procréation⁵⁴². En Angleterre, selon la Commission Warnock, l'organisme qui délivre les permis (*licensing authority*) devrait avoir le pouvoir d'édicter des normes pour la pratique professionnelle et la recherche en la matière, et de conseiller l'État sur des points précis⁵⁴³. C'est aussi le parti adopté en Australie par certains États⁵⁴⁴. À l'intérieur de ce cadre, les corporations professionnelles sont évidemment étroitement associées à la formulation des normes établies dans l'intérêt public. Pour le Comité ministériel du Québec, l'autorité responsable serait le ministère de la Santé et des Services sociaux, à qui il appartiendrait de mettre sur pied un groupe d'évaluation chargé de visiter périodiquement les établissements⁵⁴⁵. Le Conseil d'État français préconise pour sa part un mécanisme d'accréditation reposant sur les conditions énoncées par la loi et comportant des sanctions administratives (retrait du permis) ou pénales (pour les dirigeants) en cas d'infraction, où la responsabilité civile entre aussi en jeu⁵⁴⁶.

Ce type de réglementation, inévitable si l'on vise à la prise en charge des traitements de l'infertilité par les services sociaux, assure aussi l'uniformité des normes pour tous les centres, c'est-à-dire une plus grande équité pour les citoyens, ainsi que la transparence de la pratique⁵⁴⁷. Il ne s'agit pas d'empêcher les comités d'éthique locaux de se prononcer sur des cas particuliers. Cette formule permettrait toutefois une meilleure gestion de toutes les données relatives à la procréation assistée. Le Conseil de l'Europe recommande que soit constitué un registre de tous les centres dûment accrédités et autorisés⁵⁴⁸. La

541. V.L. PAYNE, *loc. cit.*, note 528.

542. Voir *infra*, annexe A, p. 183.

543. Rapport Warnock, *op. cit.*, note 425, p. 119 et suiv. Cependant, suivant le Rapport Benda, *op. cit.*, note 524, ces normes relèveraient de la législation.

544. Voir *infra*, annexe A, p. 209 et suiv. Comparer CRDO, *op. cit.*, note 2, pp. 129, 275 et suiv.

545. MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, *op. cit.*, note 508, p. 152.

546. CONSEIL D'ÉTAT, *op. cit.*, note 507, pp. 63-64, art. 9-12. Le recours à la procréation médicalement assistée, conformément à la loi, doit être pris en charge par la Sécurité sociale : *id.*, p. 67, art. 53.

547. Voir MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, *op. cit.*, note 508, p. 152. COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTÉ, *op. cit.*, note 495, p. 30.

548. *Recommandation 1046 (1986)*, précitée, note 524, art. 14 vi.

Commission de réforme du droit de l'Ontario souligne d'autre part que l'éloignement des centres peut avoir un effet sur l'accessibilité, mais cet état de choses n'est pas propre au traitement de l'infertilité et vaut pour tous les soins de santé quelque peu spécialisés.

II. Le rôle de l'État et des autorités fédérales dans le processus de réforme

A. Le rôle de l'État

L'intervention de l'État dans le domaine de la procréation médicalement assistée devrait tendre à promouvoir les valeurs jugées fondamentales par la société⁵⁴⁹, tels le respect de la vie privée de l'individu et de son autonomie génésique⁵⁵⁰, le respect de l'intégrité physique et psychologique des patients⁵⁵¹, l'égalité⁵⁵², la protection de la vie⁵⁵³, de même que la protection toute particulière des enfants et des autres personnes qui ne peuvent se protéger elles-mêmes ou qui, en raison de leur incapacité, sont vulnérables et peuvent être facilement exploitées⁵⁵⁴. En fait, la société canadienne tend à considérer qu'un grand nombre de ces valeurs constituent des droits fondamentaux incarnant sur le plan juridique le concept moral de la dignité humaine⁵⁵⁵.

Ces valeurs et ces droits permettent de définir les divers rôles que l'État peut être appelé à jouer dans le domaine de la procréation médicalement assistée. D'une part, au regard des droits à la vie privée, à la confidentialité et à l'autonomie, l'État serait

549. En France, Catherine LABRUSSE-RIOU, « Servitude, servitudes », dans Bernard EDELMAN et Marie-Angèle HERMITTE (dir.), *L'homme, la nature et le droit*, Paris, Christian Bourgois, 1988, p. 308, à la page 326 affirme : « Si nous voulons humaniser la vie, la fonction de l'ordre public est d'une part d'insituer l'Humain comme différent de la chose ou du vivant non humain, et d'autre part de protéger la personne dans son intégrité, sa dignité, sa nature de sujet. »

550. Voir *R. c. Jones*, précité, note 340, 318-319 et *La stérilisation et les personnes souffrant de handicaps mentaux*, *op. cit.*, note 490, p. 70 (droit à la procréation) ; *Les crimes contre le fœtus*, *op. cit.*, note 7, p. 41.

551. *R. c. Morgentaler*, précité, note 340, 60-63.

552. Voir la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, précitée, note 458, art. 3 (interdisant notamment la discrimination fondée sur la situation de famille ou l'état matrimonial, sur le sexe, sur la déficience), et l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, précitée, note 10. Quant aux obligations imposées au gouvernement fédéral par le droit international en matière de prévention de la discrimination et de promotion de l'égalité suivant les traités internationaux auxquels le Canada est partie, voir le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, R.T. Can. 1976 n° 47, 999 R.T.N.U. 187, art. 26.

553. Voir *R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284, 288-289, et *Labatt c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 914, 932-934 (les objectifs traditionnels du droit pénal consistent notamment à assurer la sécurité, la santé et les bonnes moeurs publiques), où la Cour examine les arrêts *Russell c. The Queen* (1882), 7 App. Cas. 829 (C.P.) et *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1. Voir également, *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401, 442, 447 (où l'on fait une distinction entre les compétences de l'État en droit pénal et celles en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement pour protéger la santé nationale).

554. Voir *E. (M^{me}) c. Eve*, précité, note 389.

555. Voir *R. c. Morgentaler*, précité, note 340, 164-166.

malavisé de s'immiscer dans les choix individuels en matière de procréation. C'est ce qui a suscité la célèbre remarque faite par l'ancien premier ministre Trudeau — « l'État n'a pas sa place dans la chambre à coucher des citoyens » — lorsqu'a été dépénalisée l'incitation à utiliser des moyens contraceptifs, entre autres, il y a plus de vingt ans⁵⁵⁶. Cette position a également donné lieu à des attaques véhémentes contre la réglementation par l'État des techniques de procréation assistée et contre le pouvoir de l'État de décider qui peut procréer⁵⁵⁷.

D'autre part, devant l'engagement de la société à défendre les droits et les intérêts des enfants⁵⁵⁸ et de protéger les personnes qui sont incapables de le faire elles-mêmes, l'État semble devoir jouer un rôle actif dans la promotion de la santé génésique et la vie de famille. Ce point de vue vient légitimer les lois qui autoriseraient les enfants nés grâce à la procréation médicalement assistée à consulter des dossiers confidentiels pour y puiser des renseignements médicaux ou génétiques essentiels à leur santé.

Quoi qu'il en soit, il existe entre ces deux positions extrêmes où l'État fait figure soit d'opresseur, soit de protecteur-libérateur, toute une gamme de rôles de soutien qu'il peut assumer afin de remplir son mandat démocratique en matière de procréation médicalement assistée : arbitre des conflits, fournisseur de services de santé, administrateur des Finances publiques, législateur, chercheur, protecteur de la santé et de la sécurité publiques et de la vie humaine, ardent et bienveillant défenseur des droits de la personne ou simple administrateur des registres des naissances⁵⁵⁹. Les rôles précis de l'État sont déterminés en partie par les rôles historiques, en constante évolution, qu'il a été appelé à jouer dans le domaine de la santé génésique, et en partie par les valeurs fondamentales, en constante évolution elles aussi, qui déterminent et structurent les rapports juridiques entre l'individu, la famille et l'État⁵⁶⁰.

Un bon nombre de ces valeurs qui sont à l'origine des divers rôles assumés par l'État trouvent leur expression dans des mesures prises par les autorités à l'échelle locale, régionale et nationale. Ainsi, les Administrations provinciales et territoriales peuvent assujettir les praticiens et les cliniques spécialisés dans le traitement de l'infertilité et de la stérilité à l'obtention de permis et réglementer leur activité professionnelle, tout comme elles le font pour les sages-femmes, les obstétriciens et les hôpitaux. Elles pourraient aider leurs

556. John Robert COLOMBO (dir.), *New Canadian Quotations*, Edmonton, Hurtig, 1987, p. 311 ; voir aussi S.C. 1968-69, ch. 41, art. 13, (modifiant l'ancien al. 159(2)c) — qui correspond aujourd'hui à l'al. 163(2)c) — du *Code criminel*). La loi modificative insérait également dans la *Loi sur les aliments et drogues* (précitée, note 301), des dispositions expresses relatives à la réglementation des moyens anticonceptionnels.

557. Comparer *La stérilisation et les personnes souffrant de handicaps mentaux*, *op. cit.*, note 490 ; affaire *Eve*, précitée, note 389 ; *Skinner c. Oklahoma*, précité, note 373 ; Aldous HUXLEY, *Le meilleur des mondes*, Paris, Plon, 1980.

558. Voir Martha MINOW, « Rights for the Next Generation: A Feminist Approach to Children's Rights » (1986), 9 *Harv. Women's L.J.* 1, 18. Voir également B. Landau (dir.), *op. cit.*, note 282.

559. Voir D.J. JONES, *loc. cit.*, note 148, 540, n. 75.

560. Voir Michael D.A. FREEMAN, *The State, the Law and the Family*, Londres, Sweet & Maxwell, 1984, et « Symposium: The Family, the State and the Law » (1985), 18:4 *U. Mich. J.L. Ref.*

administrés à obtenir des services d'insémination artificielle et de fécondation in vitro et en payer les frais, comme elles le font pour le traitement chirurgical de l'infertilité. Elles pourraient exiger que les services de fertilité soient offerts sans discrimination, comme cela est le cas en matière d'adoption et de services hospitaliers⁵⁶¹.

B. Le rôle des autorités fédérales

Le rôle des autorités fédérales en matière de santé nationale et ses responsabilités publiques ont la même source. La protection de la vie, valeur qui trouve son expression dans la Constitution sous la forme de l'obligation du Parlement fédéral de protéger la santé et la sécurité des Canadiens en vertu de sa compétence en droit pénal⁵⁶², est aussi à l'origine de leur obligation de garantir l'innocuité et l'efficacité des agents thérapeutiques qui agissent sur la fertilité et la stérilité. Ainsi, l'Administration fédérale réglemente les tubes prothétiques utilisés dans la reconstruction des trompes de Fallope, les médicaments inducteurs de l'ovulation et les condoms — ces derniers aidant notamment à prévenir la propagation des maladies transmissibles sexuellement qui provoquent la stérilité⁵⁶³. Cette compétence du fédéral en matière de sécurité — que vient compléter sa compétence à l'égard du commerce interprovincial et international — s'étend à la réglementation de l'importation et de l'exportation des tissus reproducteurs, des médicaments et des instruments médicaux⁵⁶⁴.

De même, en réprimant la publicité illégale et trompeuse au sujet des produits et services médicaux, le fédéral assume la promotion des valeurs suivantes : liberté, autonomie et équité⁵⁶⁵. Les poursuites intentées récemment par l'Administration américaine à propos

561. Voir, par exemple, le *Code des droits de la personne* de l'Ontario, précité, note 458, art. 1, qui s'applique aux services et aux établissements, et *Peters c. University Hospital Board*, [1983] 5 W.W.R. 193 (C.A. Sask.).

562. Comparer *Wetmore*, précité, note 553, 288, 293 (la protection de la sécurité et de la santé publiques prévue par la *Loi sur les aliments et drogues* en tant que pouvoir conféré par le droit pénal) et la *Loi sur la quarantaine*, L.R.C. (1985), ch. Q-1, reposant sur les par. 91(1) et 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., R.-U., ch. 3. Pour un examen plus approfondi des pouvoirs conférés en vertu du droit pénal, voir François CHEVRETTE et Herbert MARX, *Droit constitutionnel*, Montréal, P.U.M., 1982, pp. 742-745, et Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1985, pp. 399-402.

563. Voir la *Loi sur les aliments et drogues*, précitée, note 301. Le fédéral a approuvé l'utilisation du médicament inducteur de l'ovulation clomifène citrate, il y a environ 25 ans (voir *supra*, note 34).

564. Pour un examen des obligations imposées à l'Administration fédérale par la *Loi sur les aliments et drogues* (précitée, note 301) en matière d'importation, d'exportation et de quarantaine, voir CRD, *op. cit.*, note 254. À cet égard, Agriculture Canada applique depuis de nombreuses années déjà un programme national de protection de la santé afin de contrôler les milliers d'embryons d'animaux et les millions de doses de sperme qui franchissent les frontières annuellement. Voir le *Règlement sur les maladies et la protection des animaux*, C.R.C., ch. 296, art. 32, 50, 59, 84, 115, pris en vertu de la *Loi sur les maladies et la protection des animaux*, L.R.C. (1985), ch. A-11, remplacée récemment par la *Loi sur la santé des animaux*, L.C. 1990, ch. 21, art. 2, 14, 16, 19. Ces mesures semblent avoir été prises en vertu des compétences du fédéral en matière de droit pénal, de quarantaine, de commerce et d'agriculture.

565. Voir la *Loi sur les aliments et drogues*, précitée, note 301, art. 3, et *R. c. Gregory* (1973), 11 C.P.R. (2^e) 32 (C.S.P. Qc) (revendications trompeuses et non corroborées en matière de santé aux termes de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23). Pour un commentaire récent sur l'évolution des postes de compétence du droit pénal et du commerce national qui sont à l'origine de la législation fédérale sur la concurrence, voir Katherine E. SWINTON, *The Supreme Court and Canadian Federalism*, Toronto, Carswell, 1990, pp. 141-146, 294-300 ; Neil FINKELSTEIN, « Constitutional Law — Division of Powers — Constitution Act, 1867, Section 91(2) — Validity of Section 31.1, Combines Investigation Act: *General Motors of Canada Limited v. City National Leasing* ; *Quebec Ready Mix Inc. v. Rocois Construction Inc.* » (1989), 68 *R. du B. can.* 802.

d'une publicité illégale et mensongère entourant les taux de réussite de la fécondation in vitro illustrent ce rôle⁵⁶⁶. Dans le but de favoriser la prise de décisions éclairées, les lois de ce genre peuvent aider à protéger les consommateurs canadiens contre les menaces à leur santé et contre la publicité frauduleuse ou trompeuse lorsqu'ils achètent des produits et services pour remédier à leur infertilité ou à leur stérilité. En outre, le financement par Santé et Bien-être social Canada de la recherche sur l'infertilité, les traitements prodigués aux membres des Forces canadiennes⁵⁶⁷, et le droit au congé payé de maternité et d'adoption conféré aux travailleurs par la loi⁵⁶⁸ — mesures sociales tendant à épargner aux femmes l'obligation de choisir, à leur détriment, entre leur vie familiale et leur carrière — représentent des moyens additionnels grâce auxquels le fédéral peut promouvoir activement la santé génésique. En fait, dans l'État canadien moderne, les obligations du Parlement fédéral — consistant *a)* à protéger la santé et la sécurité publiques et les formes de vie, sur la base de sa compétence en droit pénal, *b)* à réglementer les échanges internationaux et interprovinciaux grâce aux pouvoirs qui lui sont conférés en matière de commerce et de quarantaine, *c)* à protéger et à promouvoir l'intérêt national en intervenant sur les questions urgentes d'intérêt national, *d)* à protéger les droits de la personne en s'acquittant des obligations que lui imposent à cet égard le droit canadien et la Charte en particulier, et *e)* à financer la recherche médicale et les services de santé sur la base de son pouvoir de dépenser — lui fournissent autant de fondements constitutionnels et juridiques sur lesquels il peut s'appuyer pour promouvoir la santé génésique⁵⁶⁹.

Enfin, l'État peut également jouer un rôle critique — représentant peut-être même la quintessence de la démocratie — en encourageant dans la société les débats, les recherches, l'éducation et la réflexion sur la question de la procréation médicalement assistée, et en fournissant les tribunes publiques où peuvent s'exprimer toutes les nuances

566. Voir : Proposed Consent Agreement with Analysis to Aid Public Comment, 55 Fed. Reg. 37961-62 (1990) ; *Federal Trade Commission c. Jacobson*, Cour distr. É.-U., Virginie, n° 89-0078-A, 18 mai, 1989 ; on a ordonné à une clinique de FIV de s'abstenir de faire de la fausse publicité quant aux chances de grossesse.

567. Les membres des Forces canadiennes peuvent obtenir, au Centre médical de la Défense nationale ou dans des hôpitaux affiliés, des traitements contre l'infertilité tels que l'insémination artificielle homologue, des médicaments inducteurs de l'ovulation et des recanalisations après une ligature des trompes ou une vasectomie. Communication personnelle au ministère de la Défense nationale, Bureau du directeur général des services de santé, 1990.

568. Voir la *Loi sur l'assurance-chômage*, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 18, 20, mod. par L.C. 1990, ch. 40, art. 12-14 (prestations accordées pendant 17 semaines pour un congé de maternité ou d'adoption), qui a été examiné dans l'arrêt *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219. Voir également le *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 206 (congé de maternité de 17 semaines en vertu de la loi), et *Schachter c. Canada*, précité, note 434 (demande de congé de paternité équivalent) ; la demande de pourvoi devant la Cour suprême du Canada a été accordée ; l'affaire a été prise en délibéré.

569. S'appuyant sur ces fondements constitutionnels, le gouvernement fédéral a déjà prévu dans la *Loi sur les aliments et drogues*, précitée, note 301, la *Loi sur la quarantaine*, précitée, note 562, la *Loi canadienne sur la santé*, L.R.C. (1985), ch. C-6, la *Loi sur le ministère de la Santé nationale et du Bien-être social*, L.R.C. (1985), ch. N-10, la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, L.R.C. (1988), ch. C-34, (nouvelle appellation : *Loi sur la concurrence*), et la *Loi sur le Conseil de recherches médicales*, L.R.C. (1985), ch. M-4, l'organisation d'un bon nombre de régimes relatifs à la sécurité nationale, à la protection de la santé, aux services de santé et au financement de ceux-ci. Voir *supra*, notes 562-565 et *infra*, note 578. Voir également Andrée LAJOIE, Patrick A. MOLINARI et Jean-Marie AUBY, *Traité de droit de la santé et des services sociaux*, Montréal, P.U.M., 1981, pp. 891-892.

de points de vue⁵⁷⁰. Créée récemment, la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction a pour mission d'aider les autorités à remplir ce rôle grâce aux audiences publiques qu'elle a tenues dans une vingtaine d'endroits au Canada⁵⁷¹. Ces débats publics peuvent influencer le choix des individus en matière de procréation, dans la mesure où ils permettent de mieux comprendre les répercussions actuelles de la procréation médicalement assistée et de guider ses applications futures.

En fait, ces démarches semblent constituer les fondements et le catalyseur nécessaires à la réalisation d'un consensus, à l'élaboration de normes et à l'amorce de réformes à l'échelle nationale. Les déclarations publiques et mesures législatives suscitées par diverses commissions royales d'enquête antérieures du Canada et, plus récemment, les déclarations d'organismes analogues en Australie, en France et au Danemark en sont la preuve⁵⁷². Les questions impérieuses présentant un « intérêt national » et dont le fédéral assume la responsabilité⁵⁷³ à divers titres continuent à se multiplier au Canada : la nécessité d'établir des règles minimales mais rigoureuses pour la sélection des donneurs de gamètes afin de protéger le public et la progéniture des receveuses éventuelles contre les maladies transmissibles ; l'inexistence à l'échelle nationale d'exigences minimales relatives au prélèvement, au traitement, au stockage et à la distribution interprovinciale ou internationale des gamètes⁵⁷⁴ ; le statut juridique et moral des embryons congelés⁵⁷⁵ ; les rapports

570. Voir D.J. JONES, *loc. cit.*, note 148, 545.

571. Voir le décret C.P. 1989-2150.

572. Voir *infra*, annexe A, p. 183, et le décret C.P. 1976-781 créant le Conseil consultatif canadien de la situation de la femme en application de la recommandation figurant dans le *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la situation de la femme au Canada*, Ottawa, Information Canada, 1970, pp. 439-442.

573. Certains aspects des questions liées à la procréation médicalement assistée ont pris une dimension nationale et pourraient exiger une ou plusieurs mesures législatives nationales et uniformes, comme l'a démontré l'incapacité dans laquelle se trouvaient certaines provinces de régler divers problèmes sans provoquer des « répercussions graves » pour les résidents d'autres provinces. Pour déterminer si un problème revêt un « intérêt national » justifiant l'intervention du Parlement fédéral par l'exercice de sa compétence en matière de « paix, d'ordre et de bon gouvernement », les tribunaux et le législateur doivent se demander si le problème ou la question en cause a une unicité, une particularité et une indivisibilité qui rendent nécessaire une loi nationale unique. L'un des critères applicables dans un tel cas consiste à déterminer s'il est réaliste de croire que la coopération des provinces pourrait régler le problème, compte tenu des conséquences que peut entraîner l'inaction de l'une d'entre elles. S'il ressort de l'analyse qu'une loi nationale est nécessaire, l'intervention du fédéral doit néanmoins être compatible avec les pouvoirs et responsabilités des provinces. Voir l'arrêt *Crown Zellerbach Canada Ltd.*, précité, note 553, 431-436 ; K.E. SWINTON, *op. cit.*, note 565, pp. 203-208 ; P.W. HOGG, *op. cit.*, note 562, p. 375, et Patrice GARANT, *La théorie des dimensions nationales : la recherche et l'expérimentation bio-médicales*, étude préparée pour la CRD, janvier 1990 [non publiée]. On a invoqué cette théorie pour justifier la création par le fédéral de la région de la Capitale nationale à Ottawa et pour la réglementation de la radiocommunication, de l'aéronautique, de la pollution de la mer et des stupéfiants. Voir *Crown Zellerbach Canada Ltd.*, précité, note 553, 424-429, 452.

574. On réclame de telles normes au Canada depuis quinze ans. Voir BRITISH COLUMBIA ROYAL COMMISSION ON FAMILY AND CHILDREN'S LAW, *op. cit.*, note 474, et *Rapport sur le sperme humain de 1981*, *op. cit.*, note 149.

575. Si l'on tient pour acquis que les embryons surnuméraires congelés ne devraient jamais être traités comme de « simples objets », quels sont les droits, les intérêts ou les obligations particulières qui définissent leur statut juridique dans différents contextes, notamment le décès ou le divorce des donneurs, ou d'autres situations semblables ? Voir *L'expérimentation biomédicale sur l'être humain*, *op. cit.*, note 7, p. 54 ; *Loi de 1985 sur le divorce*, précitée, note 332, art. 2, 16 ; *In re Estates of Elsa and Mario Rios*, précité, note 208 (les embryons congelés ne sont pas successibles). Voir en général la rubrique « L'autorité sur les gamètes et les embryons », *supra*, p. 46.

juridiques liant les donneurs anonymes de gamètes aux enfants nés de ces gamètes ; l'exploitation éventuelle des enfants et des femmes dans le cadre des contrats de maternité de substitution ; les divergences déroutantes mais évitables qui existent dans le calcul des taux de réussite de la fécondation in vitro⁵⁷⁶. Que ce soit parce qu'elles risquent de mettre en danger la vie, la santé et la sécurité des personnes, de porter atteinte aux valeurs et aux droits fondamentaux ou encore de remettre en question les différentes conceptions de la famille moderne, ces questions se conjuguent pour rendre inévitables certaines réformes juridiques et politiques dans la société canadienne.

Si des réformes s'imposent afin de remédier aux lacunes du droit, il faudrait sans doute commencer par s'attaquer aux ambiguïtés actuelles, en définissant mieux les droits, les intérêts et les obligations des personnes touchées par la procréation médicalement assistée, ainsi que la protection dont elles devraient bénéficier. Selon les points de vue, on pourra proposer, à juste titre, divers modèles d'attribution des droits et obligations. Quoi qu'il en soit, la recherche d'une juste répartition des droits et obligations doit constituer l'objectif collectif d'une société démocratique. Les réformateurs devraient aussi faire preuve d'imagination et être pleinement conscients du rôle que le droit peut jouer en réponse au besoin à la fois de dépendance et de liberté des êtres humains dans les multiples rapports qui existent entre l'enfant, l'adulte, la famille, la collectivité et l'État : [TRADUCTION] « L'objectif que nous devons viser consiste à concevoir des réformes qui aident les gens à s'aider eux-mêmes — des réformes qui tiennent compte tant des influences d'ordre public que des influences d'ordre privé qui agissent sur les relations humaines, ainsi que des circonstances qui les déterminent⁵⁷⁷. »

Un effort concerté, soutenu et créatif des autorités fédérales, provinciales et territoriales est essentiel pour instiller ces principes dans les réformes législatives qui doivent être effectuées en matière de procréation médicalement assistée au Canada. Évidemment, l'élaboration d'objectifs publics et de normes médicales et bioéthiques nationales est aussi largement tributaire de l'intervention du secteur privé et des collectivités. Comment ce processus doit-il se dérouler ?

La Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction constitue un heureux début. Néanmoins, à de nombreux égards, l'intégration des efforts et des opinions pourrait fort bien exiger l'adoption d'une perspective aussi globale que celle qui a présidé à l'établissement au Canada du régime universel d'assurance-maladie il y a quelques années. En effet, si l'adoption d'une telle législation a réussi à modifier l'essence même des rapports entre les individus, les établissements hospitaliers et l'État dans la société canadienne, c'est grâce à une vue d'ensemble tenant compte à la fois du bien-être de l'individu, de la justice sociale et de la « coopération » nationale⁵⁷⁸. Reste à savoir si des changements d'une telle ampleur sont nécessaires⁵⁷⁹. En tout état de cause, c'est une collaboration

576. Voir *supra*, p. 16 et suiv.

577. M. Mitnow, *loc. cit.*, note 558, 23.

578. Voir le préambule de la *Loi canadienne sur la santé*, précitée, note 569.

579. Il semble que, même dans ce domaine important et délicat de la politique nationale, tout dépende en grande partie du consensus social sur la nécessité, la forme et le contenu des lois et politiques qui véhiculent les éléments de la justice en matière de procréation.

semblable entre le fédéral et les provinces qui est à l'origine de la politique nationale du Comité canadien du sang, de la création récente de l'Office canadien de coordination de l'évaluation des technologies de la santé⁵⁸⁰ et du rôle joué par les comités nationaux d'experts dans l'élaboration des règlements fédéraux en matière d'environnement⁵⁸¹. La Commission de réforme du droit de l'Ontario a d'ailleurs recommandé une telle collaboration⁵⁸². Une même perspective et une même coopération fourniraient peut-être aujourd'hui aux législateurs et aux décideurs la clé d'une solution tout aussi efficace et adéquate aux défis que pose la procréation médicalement assistée.

580. En ce sens, la prestation des services de procréation médicalement assistée au Canada pourrait notamment prendre pour modèle les services des transfusions sanguines. En effet, les Canadiens hospitalisés qui ont besoin de transfusions peuvent habituellement compter sur trois niveaux de coopération entre le fédéral et les provinces. Premièrement, l'hôpital ou la clinique où un patient est admis est vraisemblablement titulaire d'un permis qui lui a été délivré en vertu de la législation provinciale sur les établissements de santé et doit se conformer aux exigences de cette législation. Deuxièmement, pour assurer l'utilisation sans danger des réserves de sang du pays, les cliniques, les hôpitaux et les banques de sang du Canada doivent également respecter les normes minimales fédérales relatives au prélèvement, au tri, au traitement, au stockage, à l'expédition et à l'étiquetage des dérivés sanguins. Troisièmement, la gestion et l'élaboration des politiques et principes applicables à l'échelle nationale à l'égard des produits sanguins sont supervisées par le Comité canadien du sang. Voir CRD, *op. cit.*, note 254.

581. Voir la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, L.C. 1988, ch. 22, art. 6, 34. « En vue d'établir un cadre d'action nationale et de prendre des mesures coordonnées dans les domaines touchant l'environnement, ainsi que pour éviter les conflits entre les règlements fédéraux et provinciaux ou leur désdoublement, le ministre peut, en collaboration avec les gouvernements provinciaux, constituer un comité consultatif fédéro-provincial chargé de le conseiller sur les projets de règlements » (art. 6). Voir également ENVIRONNEMENT CANADA, *Loi canadienne sur la protection de l'environnement : Rapport pour la période se terminant en mars 1990*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1990, p. 11.

582. Voir CRDO, *op. cit.*, note 2, pp. 275, 277, rec. 2, 17.