Document generated on 05/22/2025 9:21 a.m.

Revue générale de droit

Réflexions sur quelques aspects de la procréation médicalement assistée en droit des personnes et de la famille

Jacques Beaulne

Volume 26, Number 2, June 1995

URI: https://id.erudit.org/iderudit/1035861ar
DOI: https://doi.org/10.7202/1035861ar

See table of contents

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)
2292-2512 (digital)

Explore this journal

Cite this article

Beaulne, J. (1995). Réflexions sur quelques aspects de la procréation médicalement assistée en droit des personnes et de la famille. *Revue générale de droit*, *26*(2), 235–263. https://doi.org/10.7202/1035861ar

Article abstract

In November 1993, the Royal Commission of New Reproductive Technologies presented its report, after having consulted with over 300 researchers throughout Canada. The new technologies of reproduction offer a wide variety of techniques to treat infertility problems. But, at the same time, they raise many ethical and legal questions as to their pertinence and their consequences. One of the most important questions not yet settled by the *Québec Civil Code* is the status of the embryo. Is it a person, a thing or a *sui generis* classification?

These and many other problems are raised in the present paper which was presented at the XXIst Congress of the International Union of Latin Notaries, held in Berlin, May 28th to June 3rd, 1995. The following study proposes an overview of the present situation in Québec, as regards to specific questions related to family law. The author presented parts of this study as representative of the Québec Chamber of Notaries.

Droits d'auteur © Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, 1995

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

Réflexions sur quelques aspects de la procréation médicalement assistée en droit des personnes et de la famille

JACQUES BEAULNE
Professeur à la Faculté de droit
de l'Université d'Ottawa

RÉSUMÉ

Les récents progrès de la science médicale dans le domaine de la procréation médicalement assistée ont donné naissance à une multitude de procédés qui permettent d'apporter une solution efficace à l'infertilité humaine.
Mais ces nouveaux développements ne sont pas sans heurter certains principes fondamentaux du droit de la famille, dont la filiation et l'autorité parentale. À la base de ces questions, le débat sur le statut de l'embryon demeure sans doute le plus déchirant, lui qui touche intimement à des valeurs humaines, spirituelles et sociales qui ne semblent pas toujours compatibles avec la science juridique.
L'étude qui suit dresse un portrait sommaire de certains aspects de la situation au Québec, telle qu'elle existe depuis la mise en vigueur du Code civil du Québec, *en relation avec les recommandations de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction. L'auteur, à titre de représentant de la Chambre des notaires du Québec, a présenté une partie de cette étude lors du XXIe Congrès international du Notariat latin, qui s'est tenu à Berlin, du 28 mai au 3 juin 1995.*

ABSTRACT

In November 1993, the Royal Commission of New Reproductive Technologies presented its report, after having consulted with over 300 researchers throughout Canada. The new technologies of reproduction offer a wide variety of techniques to treat infertility problems. But, at the same time, they raise many ethical and legal questions as to their pertinence and their consequences.
One of the most important questions not yet settled by the Québec Civil Code *is the status of the embryo. Is it a person, a thing or a* sui generis *classification?*
These and many other problems are raised in the present paper which was presented at the XXIst Congress of the International Union of Latin Notaries, held in Berlin, May 28th to June 3rd, 1995. The following study proposes an overview of the present situation in Québec, as regards to specific questions related to family law.
The author presented parts of this study as representative of the Québec Chamber of Notaries.

(1995) 26 *R.G.D.* 235-263

SOMMAIRE

Introduction 236

I. Assises des nouvelles techniques de reproduction 238

A. Statut de l'embryon et du gamète 238

1. L'embryon et la donation 244
2. L'embryon et la succession 245

B. Licéité des techniques 246

II. Accessibilité aux nouvelles techniques de reproduction 249

A. Critères d'accessibilité des bénéficiaires 249

1. Insémination artificielle 250
2. Fécondation *in vitro* 252

B. Critères d'accessibilité des donneurs 252

III. Filiation juridique 253

A. Établissement de la filiation 254

1. Maternité 254
2. Paternité 255

B. Preuve de la filiation 255

1. Recours du donneur 256
2. Recours des bénéficiaires 256
3 Recours de l'enfant 256

C. Problèmes liés à la filiation 257

1. Insémination ou implantation *post-mortem* 257
2. Autorité parentale 258

IV. Vie privée et confidentialité 259

A. Droit au secret 259

1. Les conditions de naissance 260
2. L'identité des participants 260

B. Levée de la confidentialité 261

Conclusion 262

INTRODUCTION

1. Les notaires d'une soixantaine de pays se sont rencontrés à Berlin du 28 mai au 3 juin 1995, dans le cadre du XXIe Congrès de l'Union internationale du Notariat Latin[1], pour discuter des nombreuses et délicates questions d'ordre

1. Parmi la vingtaine de rapports nationaux présentés dans le cadre du thème *La médecine moderne de la procréation et son influence dans le droit de la famille et des successions*, le soussigné a présenté, à titre de rapporteur pour la Chambre des notaires du Québec, un état de la situation qui prévaut dans la province depuis l'entrée en vigueur du Code civil de 1994. Le texte qui suit constitue une version enrichie du rapport de synthèse québécois.

juridique, éthique, moral et social que soulèvent à l'heure actuelle les nouvelles techniques de reproduction.

2. On se rappellera qu'au Canada, la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction — ou Commission Baird —, créée en octobre 1989, avait pour mandat[2]

> de faire enquête et de présenter un rapport sur les progrès actuels et prévisibles de la science et de la médecine en matière de techniques nouvelles de reproduction, sur le plan de leurs répercussions pour la santé et la recherche et de leurs conséquences morales, sociales, économiques et juridiques ainsi que pour le grand public et de recommander des politiques et des mesures protectrices à adopter [...]

Le rapport de la Commission Baird, déposé le 15 novembre 1993, examine notamment :

> [...] les 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 fœtal;
>
> [...] le statut et les 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.

Il faut cependant reconnaître que l'important rapport de cette Commission royale ne constitue pas l'unique document de réflexion et de recherche sur la procréation médicalement assistée au Canada et au Québec; il a cependant le mérite indéniable d'être le plus complet et le plus récent.

3. Plusieurs problèmes liés au droit de la famille sont évidemment abordés dans ces études, dont ceux, fort délicats et tout aussi complexes, du statut de l'embryon et de l'accès aux nouvelles techniques de reproduction.

4. Du côté de la législation touchant à ces développements scientifiques, on sait que le premier janvier 1994, le Québec s'est doté d'un nouveau Code civil[3], opérant de ce fait la réforme la plus importante de son histoire, vieille de plus de 125 ans. On a donc profité de cette occasion pour incorporer au nouveau Code civil les articles 538 à 542, qui traitent spécifiquement de la procréation médicalement assistée. Ces cinq articles sont intégrés aux dispositions générales du Titre Deuxième (De la filiation) du Livre Deux (De la famille). De ce fait, les dispositions ont la même portée que toute autre règle énoncée dans un Code civil : elles constituent le droit commun, d'application générale, destiné à régir les relations privées.

Ces quelques normes relatives à la filiation doivent évidemment être complétées par les autres principes du Code en matière de droit des personnes, de

---

2. COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *Un virage à prendre en douceur*, Rapport final de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction, ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1993, p. 3. La consultation de la Commission a touché plus de 40 000 personnes, qui sont intervenues pour donner leur opinion et plus de 300 chercheurs qui ont réalisé des travaux pour la Commission. Pour un commentaire du mandat confié à cette Commission, voir G. BENEZRA, « La reproduction humaine : Rapports entre les normes éthiques et les règles juridiques », (1993) 24 *R.G.D.* 555-570.

3. L.Q., 1991, chap. 64.

la famille et des successions. Ainsi, malgré le laconisme du droit québécois en matière de procréation médicalement assistée, l'insertion de ces principes dans un Code civil présente au moins l'avantage d'une pleine intégration à un système de droit privé cohérent et relativement complet.

5. Il semble évident que la récente législation du Québec en matière de procréation médicalement assistée a tenu compte, dans une large mesure, des nombreuses recommandations formulées dans ces rapports. On ne s'étonnera donc pas de certaines prises de positions du *Code civil du Québec* en matière de filiation, par exemple.

À l'inverse, d'autres débats ont délibérément été laissés ouverts, le législateur estimant que la réflexion collective touchant à ces délicates questions n'était pas encore terminée; on pense ici d'une façon toute particulière au statut de l'embryon, qui constitue pourtant la pierre angulaire de plusieurs autres questions.

Dans un contexte international, il est loin d'être acquis que le Québec fait œuvre de « pionnier »[4]; on dira au mieux qu'il s'est risqué à proposer quelques règles et à jeter les jalons de solutions qui, dans bien des cas, restent encore à venir.

I. ASSISES DES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION

6. Il convient tout d'abord d'exposer brièvement l'état du droit québécois en matière de procréation médicalement assistée sous deux aspects, soit le statut de l'embryon et du gamète et la licéité des nouvelles techniques de reproduction. Sur le premier point, nous avons cru profitable, nonobstant le fait qu'en principe la présente étude se limite au droit québécois, de faire quelques incursions en droit étranger. La cruciale question du statut de l'embryon est en effet à la base de plusieurs autres problèmes liés à la procréation médicalement assistée et, à ce titre, mérite qu'une attention soit portée aux législations d'autres pays afin d'y trouver peut-être réponse à nos propres dilemmes.

A. STATUT DE L'EMBRYON ET DU GAMÈTE

7. Dans l'arrêt *Tremblay* c. *Daigle*[5], la Cour suprême du Canada a estimé que le fœtus n'était pas un être humain au sens de la *Charte des droits et libertés de la personne*[6] du Québec, et qu'en conséquence, il ne jouissait pas du droit à la vie garanti par l'article 1 de cette Charte, qui stipule :

> Tout être humain a droit à la vie, ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne.
>
> Il possède également la personnalité juridique.

4. Pour un aperçu synthétique de la législation de plusieurs pays de droit civil d'Europe et d'Amérique, on pourra consulter avec profit J.A. TALPIS, *La médecine moderne de la procréation et son influence dans le droit de la famille et des successions*, Rapport général, Thème III, Congrès de Berlin 1995, 68 pages.

5. [1989] 2 R.C.S. 530.

6. L.R.Q., chap. C-12.

Les tribunaux canadiens n'ont cependant jamais traité explicitement de la définition juridique des gamètes et de l'embryon[7].

8. Même avant la *Charte canadienne des droits et libertés*[8], certaines décisions des tribunaux avaient déterminé que le fœtus jouissait d'une existence juridique seulement lorsqu'il était sorti vivant du sein de sa mère[9].

Mais l'arrêt *Daigle* a fait l'objet de critiques sévères de la part de certains auteurs, qui ont fait remarquer que le débat entourant les problèmes de l'avortement et de l'autonomie de la femme avaient perverti l'analyse proprement juridique touchant au statut de l'enfant[10]. On a en outre reproché à certaines des autres décisions d'avoir erronément utilisé des dispositions de nature pénale pour interpréter des règles qui relevaient essentiellement du droit civil[11].

Du point de vue constitutionnel, le droit canadien ne reconnaît aucun droit distinct au fœtus : le *Code civil du Québec* accorde des droits à l'être humain seulement à compter de la naissance, même si certains droits de nature patrimoniale font l'objet d'une protection juridique primaire avant ce moment. En droit pénal par contre, la situation est claire : l'embryon et le fœtus ne sont pas des êtres humains. L'enfant devient un être humain lorsqu'il est complètement sorti, vivant, du sein de sa mère[12].

9. Les acteurs du débat sur le statut de l'embryon ont maintes fois souligné[13] que celui-ci n'était en fait ni juridique, ni scientifique, mais d'ordre essentiellement éthique et philosophique, et qu'on pouvait y déceler trois tendances. En vertu de la thèse de l'humanisation immédiate de l'être humain, l'homme existe dès les premiers instants de la grossesse[14]. En second lieu, selon la théorie de l'humanisation à la naissance de l'être humain, l'homme existe seulement au moment de la naissance; avant cet instant, ce ne peut être qu'une chose. Enfin, certains appuient la thèse de l'humanisation différée de l'être humain, selon laquelle il

---

7. COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *op. cit.*, note 2, p. 706; M.M. LITMAN et G.B. ROBERTSON, « Techniques de reproduction : Le droit des biens est-il un régime juridique applicable aux produits de la reproduction? », *in Les aspects juridiques liés aux nouvelles techniques de reproduction*, volume 3, Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction, ministère des Approvisionnements et Services Canada, p. 242; COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *La procréation médicalement assistée*, document de travail n° 65, Ottawa, CRDC 1992, p. 84.

8. Lois constitutionnelles de 1867 à 1982, Annexe B.

9. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 7, p. 83. Voir aussi *Montreal Tramways Company* c. *Léveillé*, [1933] R.C.S. 456.

10. En ce sens, voir S. PHILIPS-NOOTENS, « Être ou ne pas être... une personne juridique : variations sur le thème de l'enfant conçu », *in* E. CAPARROS (dir.) *Mélanges Germain Brière*, Collection Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1993, p. 200.

11. P.-A. CRÉPEAU, « L'affaire *DAIGLE* et la Cour suprême du Canada ou la méconnaissance de la tradition civiliste », *in* E. CAPARROS (dir.) *Mélanges Germain Brière*, Collection Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1993, pp. 217-281, 236-237 et S. PHILIPS-NOOTENS, *id.*, pp. 205-206.

12. M.M. LITMAN et G.B. ROBERTSON, *loc. cit.*, note 7, p. 265.

13. S. LE BRIS, « Procréation assistée et parentalité à l'aube du 21e siècle », (1994) 1 *C.P. du N.* 133, pp. 140-141.

14. J. CROTEAU, « Le fœtus humain, une personne? Essai philosophique », (1989) 20 *R.G.D.* 499. Traitant des diverses conceptions de la personne humaine (notions ontologique, morale, psychologique et juridique), l'auteur conclut que « Le fœtus humain mérite d'être qualifié de personne au sens primordial et ontologique du terme ». (p. 509) et que le statut juridique du fœtus devrait nécessairement coïncider avec son statut ontologique, puisque l'État n'a pas à attribuer le statut juridique de « personne », mais simplement à le reconnaître (p. 512).

y a diverses étapes entre la conception et la naissance : l'embryon devient un individu seulement à un moment ultérieur de son développement, par le biais de l'acquisition progressive des formes et des caractéristiques de l'homme[15].

10. Il faut dire que le Québec n'est pas le seul pays à soulever ces interrogations qui, pour l'instant, suscitent plus de controverses que de solutions. Il en est ainsi en Belgique où l'embryon *in vitro* n'entre dans aucune des catégories juridiques existantes[16]. On envisage alors comme option, soit de considérer l'embryon comme une chose, soit de lui attribuer un certain degré de respect, mais dans la mesure seulement où il est porteur d'un projet d'enfantement précis, soit enfin de lui accorder la personnalité juridique dès sa conception. On a conclu en disant qu'il s'agissait d'un choix essentiellement culturel[17].

11. En Espagne, la doctrine examine deux possibilités : accorder à l'embryon le même statut que l'être conçu, mais non né, ou l'assimiler carrément aux gamètes, ce qui aurait pour conséquence d'en faire une chose non susceptible de « propriété » au sens habituel[18]. En effet, selon le droit espagnol, le gamète, bien qu'il ait le même statut que les autres produits renouvelables du corps humain, tels le sang — c'est-à-dire celui d'une chose —, jouit néanmoins d'un régime juridique spécial, distinct du régime patrimonial, notamment quant à son utilisation[19]. La Loi 35/1988 du 22 novembre 1988 relative aux techniques de reproduction assistée traite de l'embryon d'un pur point de vue médical, bien qu'elle prenne une perspective qui ressemble davantage à sa « chosification »[20].

12. La France est très certainement le pays qui s'est doté de l'encadrement le plus complet et le plus récent, par le biais de ses *Lois bioéthiques du 29 juillet 1994*, incorporées au Code civil français. Ces textes sont très protecteurs pour l'embryon, qu'il s'agisse des règles relatives à l'accueil de l'embryon, très similaires à celles existant en matière d'adoption ou à la conception et à l'utilisation des embryons (qui interdit toute finalité commerciale ou industrielle) ou encore de celles touchant à la conception à des fins d'études, de recherche et d'expérimentation[21]. Les *Lois bioéthiques du 29 juillet 1994* ont malgré tout choisi de ne pas se prononcer sur le statut juridique de l'embryon ou du gamète et c'est surtout l'utilisation, le don des gamètes et la protection de l'embryon qui sont réglementés[22].

À l'opposé, d'autres pays ont définitivement apporté une réponse au statut de l'embryon. Ainsi, au Mexique, ce dernier est clairement considéré comme

---

15. Pour un court exposé de ces trois théories, des pays qui y ont adhéré, ainsi que des critiques qu'elles se sont méritées, voir J.A. TALPIS, *op. cit.*, note 4, pp. 16-18.

16. F. LIGOT et J.-L. RENCHON, La médecine moderne de la procréation dans le droit de la famille et dans le droit successoral, Rapport Thème III, Congrès de Berlin 1995, *in Rapports officiels du notariat belge*, pp. 95-122, 99. Quant à l'embryon *in utero*, il n'a pas non plus la personnalité juridique, mais il bénéficie d'une certaine protection de ses droits patrimoniaux, à la condition qu'il naisse vivant et viable.

17. *Id.*, p. 100.

18. D. SIMÓ SEVILLA, La médecine moderne de la procréation dans le droit de la famille et le droit des successions, *in Résumés des rapports présentés par le Notariat espagnol, XXIe Congrès International du Notariat Latin, Berlin 1995*, p. 109.

19. *Id.*, p. 108.

20. *Id.*, p. 110.

21. M. BUGUET-CORDIER, La médecine moderne de la procréation dans le droit de la famille et dans le droit successoral, Rapport Thème III, Congrès de Berlin 1995, *in Rapports officiels du notariat français*, pp. 191-285, pp. 207-208.

22. *Id.*, pp. 204-205.

une personne, un sujet de droit non seulement capable d'acquérir par succession ou donation, mais ayant en outre un patrimoine distinct de celui de sa mère puisque « [...] depuis le moment où un individu est conçu, il entre sous la protection de la loi et il est considéré comme étant né »[23]. On explique ainsi la décision de cet État d'accorder la pleine personnalité juridique à l'embryon :

> La relation de dépendance entre l'embryon et sa progénitrice ne doit pas être une raison pour le priver de son statut d'individu.
>
> Les êtres humains dépendent pendant toute leur existence de divers éléments sans que cette relation les privent de leur qualité d'individus [...]
>
> Le non-né même s'il n'a pas usage de pouvoir ni usage de raison n'en a pas moins, de façon réelle, la nature humaine et puisque la nature humaine existe seulement comme individu, le non-né est une personne ontologique, et de ce fait, peut être considéré dans la perspective de ce qui est dû, c'est-à-dire, du point de vue juridique.
>
> L'embryon est un être humain et comme tel il n'est pas susceptible d'appropriation et par conséquent il ne peut être l'objet d'actes juridiques qui le privent de sa nature. Les enfants ne peuvent être donnés de même que ne peuvent l'être les enfants microscopiques appelés embryons.[24]

Enfin, certains États ont tenté d'apporter des nuances fondées sur les diverses étapes du développement de l'embryon, depuis l'union des gamètes des parents jusqu'au moment de sa naissance. Par exemple, en Allemagne, l'embryon est doté de la capacité juridique seulement à partir de la « nidation », c'est-à-dire du moment où l'œuf s'implante dans l'utérus[25]. Par contre, le problème de l'attribution juridique des gamètes est toujours posé et contesté : tandis que certains ont été tentés de qualifier les gamètes comme tout simplement des choses, d'autres auteurs allemands ont refusé cette catégorisation, incapables d'accepter qu'une cellule constituant un élément potentiel de la vie future puisse être assimilée à une chose. Quant à la Fédération des juristes allemands, elle s'est également refusée à voir une simple « chose » dans le gamète, au motif que ce dernier est, à titre de « germe de l'être humain », plus qu'une chose sur le plan juridique[26].

13. Pour sa part, l'Union Internationale du Notariat Latin concluait ses travaux sur la procréation médicalement assistée en affirmant que, quel que soit le statut qui soit accordé à l'embryon, il était indispensable de le considérer comme un sujet de droit et de lui reconnaître toute la dignité humaine qu'il mérite.

---

23. L. RAMÍREZ OROZCO, La médecine moderne de la procréation et son influence dans le droit de la famille, Rapport Thème III, Congrès de Berlin 1995, *in ASOCIACIÓN NACIONAL DEL NOTARIADO MEXICANO, A.C.*, p. 35.

24. *Id.*, pp. 36-37.

25. Dans le cadre des nouvelles techniques de reproduction, ceci correspond au moment où le zygote fécondé est implanté dans l'utérus de la donneuse ou de la mère porteuse. Voir S. ZIMMERMANN, Traitement des méthodes médicales modernes de la fécondation artificielle dans le droit familial et le droit successoral, Rapport allemand relatif au thème 3 du Congrès International de l'UINL à Berlin en 1995, *in Rapports de la délégation allemande*, p. 141. Dans les Pays-Bas, on fait également état de cette distinction entre l'embryon *in vitro* implanté et non implanté; voir à ce sujet A.H.M. DE JONG, J.H.J.M. HAMANS, et M.R. MEYER, *La médecine moderne de la procréation et son influence dans le droit de la famille*, Rapport de la Koninklijke Notariële Broederschap Pays-Bas, Thème 3, Congrès de Berlin 1995, p. 3.

26. S. ZIMMERMANN, *id.*, pp. 141-142.

14. Face à des discussions de cette envergure, il n'est pas étonnant que les interrogations sur la nature juridique de l'embryon et du gamète conduisent inévitablement à vouloir déterminer le régime juridique qui leur est applicable : doivent-ils être régis par le droit des biens et de la propriété, par celui des personnes, ou par un droit *sui generis*?

Faire des gamètes des « biens » signifie que le donneur a en même temps toutes les prérogatives du propriétaire, dont celles de vendre son bien, le léguer, le détruire, faire des expériences sur lui, l'entreposer ou partager les profits de la recherche faite sur lui. Certes, rien ne s'oppose à ce que les donneurs de gamètes aient un certain droit de regard. Par contre, plusieurs intervenants, dont la Commission Baird[27] ont estimé que ces implications, conséquence directe de l'application du régime des biens et de la propriété, sont inacceptables dans le cas de l'embryon, parce que l'expression « droit de propriété » laisse supposer que celui-ci peut être considéré comme un objet. Or, ceci est contraire aux principes du respect de la vie, de la dignité humaine[28] et de la non-commercialisation de la reproduction[29].

15. Ainsi s'exprime d'ailleurs la Commission Baird :

> [...] il n'est absolument pas souhaitable que les zygotes ou embryons soient assimilés à un bien, avec toutes les conséquences sociales et juridiques qu'une telle classification implique. Nous pensons plutôt que les règles juridiques ayant trait aux zygotes ou embryons devraient être conçues de manière à garantir que ces derniers sont traités avec respect en tant que forme de vie humaine potentielle.[30]

Cette opinion se faisait l'écho d'autres, tels le Barreau du Québec[31], pour qui l'embryon et le fœtus ne devaient pas être considérés comme des simples objets, mais plutôt comme des êtres humains en puissance qui méritent le droit à la dignité et au respect, même lorsque la loi permet leur suppression sur la base d'autres intérêts, comme on l'avait déjà fait en matière d'avortement. Pour cette raison, on soutenait que le régime juridique qui devait s'appliquer à eux devait être celui des personnes, et non des biens. La proposition du rapport Baird appuyait également la position de la Commission de réforme du droit du Canada[32], qui estimait contraire à l'éthique le fait de considérer l'embryon comme un bien.

16. On a également avancé que la soumission des produits de reproduction au droit des biens entraînerait notamment les conséquences suivantes[33]: d'abord, le donneur aurait un droit sur les produits dérivés de son don; à son décès, la question

---

27. COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *op. cit.*, note 2, p. 707.

28. M.M. LITMAN et G.B. ROBERTSON, « Reproductive Technology : Is a Property Law Regime Appropriate? », *in Overview of Legal Issues in New Reproductive Technologies Research Studies of the Royal Commission on New Reproduction Technology*, p. 243. Les auteurs trouvent répugnant de considérer le corps humain comme un bien, affirmant que la « chosification » de l'être humain constitue une atteinte à la dignité et contribue à diminuer le respect et la protection accordés au corps humain.

29. COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *op. cit.*, note 2, p. 674.

30. *Id.*, p. 706.

31. BARREAU DU QUÉBEC, Comité du Barreau du Québec sur les nouvelles technologies de reproduction, *Les enjeux éthiques et juridiques des nouvelles technologies de reproduction*, Montréal, Le Barreau, avril 1988, pp. 14-15.

32. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 7, p. 151.

33. M.M. LITMAN et G.B. ROBERTSON, *loc. cit.*, note 28, pp. 262-263.

du droit aux produits serait réglé selon les principes ordinaires et son héritier serait alors propriétaire du sperme congelé; ensuite, les questions de la propriété des zygotes résultant de l'union de gamètes devraient être réglées par les règles de l'accession; enfin, le donneur pourrait détruire ses produits, les donner ou les vendre.

17. Face à ces difficultés, on s'est demandé si le modèle du droit de la propriété était véritablement capable de garantir un degré satisfaisant de respect et de protection aux produits de reproduction, surtout pour l'embryon et le fœtus. En fait, on a considéré qu'il y avait quatre voies possibles : créer une nouvelle catégorie juridique pour l'embryon, laquelle se situerait entre la « chose » et la « personne »; adopter des règles qui emprunteraient des deux catégories; appliquer carrément les règles du droit des biens; ou enfin, sans se prononcer directement sur la qualification, régler à l'avance les conflits potentiels, tels le don, la destruction ou l'expérimentation[34].

Certains ont cependant estimé qu'il était possible de prévoir des accommodements au régime du droit de la propriété pour sauvegarder les intérêts de chacun[35] et que le droit des biens avait le potentiel pour répondre adéquatement aux besoins spécifiques des produits de reproduction. En effet, la solution résiderait, selon certains, dans la capacité d'adapter chacune des prérogatives du droit de propriété, par le biais de législations spécifiques, à ces nouvelles exigences.

Les avantages de considérer l'embryon comme un bien *sui generis*, a-t-on affirmé, seraient doubles[36]: en premier lieu, certains des principes du droit des biens pourraient être appliqués au matériel génétique, sans qu'il y ait danger de confusion dans la compréhension ou la classification des produits; en second lieu, cette méthode constituerait une approche plus neutre, qui ne risquerait pas de créer une opposition aussi franche entre le droit des personnes et le droit des biens.

Cette suggestion de créer une catégorie *sui generis* est cependant loin d'avoir recueilli l'unanimité. Ainsi, la Commission de réforme du droit du Canada jugeait que, nonobstant l'importance et la nécessité d'élaborer des règles juridiques propres à assurer la protection de l'embryon, il était prématuré de créer une nouvelle catégorie juridique. Elle estimait au contraire que le débat éthique devait encore se poursuivre[37].

18. Le *Code civil du Québec* a choisi de ne pas trancher ce débat et a délibérément évité de se prononcer sur le statut juridique de l'embryon[38] et du gamète. Pour l'instant, les règles dégagées par la jurisprudence antérieure devraient théoriquement demeurer applicables : l'embryon serait une personne « sous condition

34. Voir aussi M. BUGUET-CORDIER, *op. cit.*, note 21, p.

35. *Id.*, p. 244.

36. *Id.*, pp. 265-268.

37. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 7, p. 151.

38. Bien que l'embryon n'ait pas de statut juridique défini au Québec, les lignes directrices de recherche biomédicale sur l'être humain semblent faire de lui un sujet « humain », de sorte qu'il jouit d'une protection reconnue dans le domaine de l'expérimentation. Par contre, il n'en est pas ainsi de l'embryon non implanté, à qui les législateurs ont toujours refusé cette reconnaissance. Voir M. D.-CASTELLI et M. CADORETTE, « L'expérimentation biomédicale et l'inviolabilité de la personne : autodétermination ou protection de l'intégrité physique », (1994) 25 *R.G.D.* 173-216, p. 196. On constate que cette distinction entre l'embryon implanté et non implanté est également présente dans d'autres pays; voir à cet égard S. ZIMMERMANN, *op. cit.*, note 25, p. 141 (Allemagne) et A.H.M. DE JONG, J.H.J.M. HAMANS et M.R. MEYER, *op. cit.*, note 25, p. 3 (Pays-Bas).

suspensive » n'ayant pas, avant sa naissance, la personnalité juridique[39] et ne pouvant donc pas bénéficier de la protection accordée par la loi, notamment aux articles 1 et 3 C.c.Q. Toutefois, la théorie selon laquelle la naissance vivante et viable serait une condition suspensive à l'attribution de la personnalité juridique est remise en question, tantôt au profit d'une théorie qui attribuerait à l'enfant une personnalité juridique dès sa conception, sujet à une condition résolutoire de sa naissance non vivante ou non viable[40], tantôt au profit d'une analyse tout à fait nouvelle de l'attribution de la personnalité juridique[41] au profit de l'enfant conçu.

En vertu des règles du *Code civil du Québec*, l'embryon n'est donc pas une « personne », même si ce dernier lui reconnaît, par fiction juridique, certains droits patrimoniaux, lorsqu'il naît vivant et viable; c'est d'ailleurs cette fiction qui a toujours permis et permet encore à l'enfant non encore né, mais conçu, d'hériter de son père, décédé pendant la grossesse de sa mère[42]. Mais ces règles ont comme seul but la protection des intérêts économiques de l'enfant à naître[43], et nullement de lui attribuer la personnalité juridique ou d'assurer autrement son bien-être physique[44].

1. L'embryon et la donation

19. L'embryon peut-il faire l'objet d'une donation? La réponse à cette question dépend essentiellement du statut que lui reconnaît la loi. Si la législation le considère comme une chose, il peut certainement être l'objet d'un tel contrat. À l'inverse, si la loi l'assimile plutôt à une personne, il devient dès lors hors commerce et ne peut faire l'objet d'un don[45].

On a vu que la plupart des intervenants, dont la Commission Baird[46], étaient contre l'idée d'assimiler les zygotes et les embryons à des choses, tandis

39. M.M. LITMAN et G.B. ROBERTSON, *loc. cit.*, note 28, p. 242.

40. En ce sens, voir R.P. KOURI, « Réflexions sur le statut juridique de l'enfant », (1980-81) 15 *R.J.T.* 193-200.

41. À titre d'exemple, voir S. PHILIPS-NOOTENS, *loc. cit.*, note 10, qui remet en cause la pertinence de l'adage *infans conceptus* et qui conteste le fait de considérer la naissance de l'enfant comme « condition » à l'attribution (condition suspensive) ou à la disparition (condition résolutoire) de la personnalité juridique. Voir également P.-A. CRÉPEAU, *loc. cit.*, note 11, p. 226.

42. M. OUELLETTE, « Le Code civil du Québec et les nouvelles techniques de reproduction », *in Les aspects juridiques liés aux nouvelles techniques de reproduction*, volume 3, Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction, ministère des Approvisionnements et Services Canada, p. 699; S. LE BRIS, *loc. cit.*, note 13, 141; M.M. LITMAN et G.B. ROBERTSON, *loc. cit.*, note 7, p. 266.

43. M.M. LITMAN ET G.B. ROBERTSON, *loc. cit.*, note 7, p. 269. Cette conception de la protection des intérêts patrimoniaux de l'enfant conçu résulte de la maxime *infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur*, largement adoptée par les pays de droit civil. Son application exacte constitue précisément l'un des points de discussion relativement au statut de l'embryon, notamment en Belgique et en Espagne. Voir à ce sujet F. LIGOT et J.-L. RENCHON, *op. cit.*, note 16, pp. 98-99 et D.S. SEVILLA, *op. cit.*, note 18, p. 109.

44. M.M. LITMAN et G.B. ROBERTSON, *id.*, p. 269; Voir aussi S. LE BRIS, *loc. cit.*, note 13, p. 141.

45. S. LE BRIS, *id.*, p. 160.

46. *Supra*, n°s 14 et suivants.

que d'autres[47] suggéraient un régime particulier dont la base serait le droit des biens.

20. Le *Code civil du Québec* ne déterminant ni le statut de l'embryon ni le régime juridique qui lui est applicable, la question demeure encore ouverte. Par contre, il est acquis que le don de gamètes est autorisé, puisque l'article 25 C.c.Q. permet l'aliénation à titre gratuit des « produits de son corps ». Deux remarques s'imposent néanmoins à cet égard; en premier lieu, il est loin d'être certain que cette reconnaissance ait comme conséquence de faire des gamètes des « biens » ou des « choses » soumis au régime juridique de la propriété et des biens[48]. En second lieu, et compte tenu notamment du statut incertain des gamètes, l'aliénation à titre gratuit permise par l'article 25 C.c.Q. constitue-t-elle véritablement une donation au sens juridique, c'est-à-dire un « contrat par lequel une personne, le donateur, transfère la propriété d'un bien à titre gratuit à une autre personne, le donataire »[49]?

Quant à la possibilité que l'embryon *in vitro* puisse être donataire, cela semble peu probable dans l'état actuel du droit au Québec, vu son statut juridique. Certes, l'article 1814 C.c.Q. permet à l'enfant conçu mais non encore né d'être donataire; la règle profite évidemment à l'embryon *in utero*, aux conditions ordinaires de naissance vivante et viable. Mais permet-elle d'accorder le même privilège à l'embryon *in vitro*? Peut-être, a-t-on affirmé, si l'article est interprété littéralement, car l'embryon *in vitro* n'est « ni plus ni moins qu'un enfant conçu »[50]. Malgré cet optimisme, il n'est pas certain qu'une telle interprétation soit aussi facilement admise.

21. On a cependant suggéré que le critère pour déterminer la capacité de recevoir de l'embryon soit celui de l'implantation plutôt que celui, plus traditionnel, de la conception[51]. À la théorie de la conception pour décider de l'existence légale de l'enfant se substituerait donc la théorie de « l'implantation ». Dans le cas de la conception naturelle, la théorie ne modifierait pas les solutions actuelles, car l'implantation suit alors la fécondation de quelques jours seulement. Par contre, dans le cas de l'embryon *in vitro* implanté dans l'utérus, elle éviterait la multiplication de donataires potentiels à travers le temps : seul l'embryon implanté deviendra éventuellement un donataire, s'il naissait ultérieurement vivant et viable.

Si cette théorie était acceptée en droit québécois, cela aurait comme effet de reconnaître à l'embryon *in vitro* implanté le même statut que l'enfant conçu et il pourrait ainsi jouir de la protection de certains droits patrimoniaux.

2. L'embryon et la succession

22. À date, c'est sans doute le domaine qui, dans le cadre de la procréation médicalement assistée, à suscité le moins de discussions. Est-ce parce que peu de

---

47. *Supra*, n°s 17 et suivants.

48. D'ailleurs, dans ses commentaires, le législateur du Québec affirme très clairement que la raison d'être de l'article 25 C.c.Q est d'établir « de façon encore plus explicite que le corps humain n'est pas un objet de commerce ». Voir MINISTRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires, Le Code civil du Québec*, Québec, Les publications du Québec, 1993, tome I, p. 25.

49. C.c.Q, art. 1806.

50. S. LE BRIS, *loc. cit.*, note 13, p. 161.

51. *Id.*, p. 161.

cas se sont, à l'heure actuelle, présentés dans la pratique successorale? Ou peut-être est-ce tout simplement parce que les questions qui se posent en matière successorale sont fondamentalement les mêmes qu'en droit des donations? En effet, en droit des successions, les interrogations qui se soulèvent sont de savoir, d'une part, si l'embryon peut venir à la succession légale ou être désigné légataire dans un testament et, d'autre part, si l'embryon peut faire l'objet d'un legs ou être transmis dans la succession *ab intestat*.

L'article 25 C.c.Q. permet-il le legs de gamètes? Cet aspect de la question n'est pas directement envisagé par le droit québécois, mais, *a priori*, rien ne semble s'y objecter, encore qu'il ne soit pas certain qu'une telle aliénation à cause de mort puisse être considérée comme un authentique legs, au sens juridique. Somme toute, les interrogations soulevées dans le cadre du don de gamète[52] s'appliquent également à cette matière.

23. Quant à la vocation successorale de l'embryon, l'article 617 C.c.Q. établit, à l'égard de l'enfant conçu mais non encore né, une règle similaire à celle qui prévaut en matière de donation entre vifs. Si la théorie de l'implantation écartait celle de la conception, il est possible que cette disposition puisse s'interpréter assez largement pour permettre à l'embryon implanté de succéder *ab intestat* ou de recevoir par testament[53].

B. LICÉITÉ DES TECHNIQUES

24. La licéité des nouvelles techniques de reproduction a fait l'objet de plusieurs études et rapports, et le consensus qui s'en est dégagé est à l'effet que toutes les techniques devraient être admises, sauf pour la maternité de substitution, qui a soulevé une opposition quasi unanime.

En fait, les seuls arguments favorables qu'on a pu faire valoir au soutien des contrats de maternité de substitution sont ceux de l'autonomie personnelle et de la nécessité médicale. Pour expliquer le premier, on invoque que le droit de passer un contrat de maternité de substitution est inhérent au droit des couples de se reproduire : chacun a le droit de procréer, et ceux qui ne le peuvent pas en ayant des rapports sexuels ont le droit de recourir aux autres moyens développés par la science médicale. En outre, affirme-t-on, la femme a le droit de contrôler son corps : elle peut donc choisir de devenir mère porteuse, sans que l'État soit justifié d'intervenir. Comme fondement de la nécessité médicale, on fait valoir que le contrat de maternité de substitution est un traitement médical acceptable et approprié pour certains types d'infertilité ou de maladies.

25. À l'inverse, on a invoqué, pour justifier le caractère illicite de ces contrats, des arguments juridiques, sociaux, moraux et éthiques. Ainsi, la Commission Baird[54] a souligné la nature intrinsèquement exploitante de ces contrats. De nombreux facteurs sont à la base de cet argument, dont ceux des disparités sociale et économique entre le couple demandeur et la mère porteuse et de la grande inégalité

52. *Supra*, n° 20.

53. S. LE BRIS, *loc. cit.* note 13, p. 162.

54. COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *op. cit.*, note 2, pp. 755 et ss.

de risques et d'obligations de chacune des parties au contrat[55]. En effet, les recherches de la Commission Baird ont confirmé que la femme disposée à devenir mère porteuse est économiquement vulnérable au départ[56]. Elle a aussi soulevé la déshumanisation et la dégradation des femmes qu'entraînent ces contrats : à cause des obligations contractées dans le contrat, la mère porteuse renonce à plusieurs droits qui lui sont pourtant garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* : droit aux soins médicaux, droit à la dignité et droit à l'égalité[57].

26. On a suggéré que les contrats de maternité de substitution sont source de préjudice pour la mère porteuse, qui n'est pas toujours aussi libre qu'on pourrait le penser dans son engagement; des circonstances sont parfois susceptibles d'amener le conjoint de celle-ci à faire pression sur elle pour la pousser à devenir mère porteuse, afin d'avoir des revenus additionnels. De plus, l'autonomie est impossible sans un choix éclairé. Or, la femme porteuse n'est généralement pas en mesure de faire un tel choix : d'une part l'intermédiaire n'est pas neutre, car il représente les intérêts du couple demandeur. D'autre part, même lorsque la mère porteuse a son propre avocat, celui-ci connaît mal les effets psychosociaux des contrats; en conséquence, la mère porteuse ne peut pas prendre une décision libre et éclairée[58].

Plusieurs intervenants[59] ont affirmé que les contrats de maternité de substitution portent atteinte à la dignité de la femme en ce qu'ils renforcent la définition sociale de la femme fondée sur son aptitude à porter un enfant[60] : les contrats de maternité de substitution perpétuent la conception sociale que le rôle et la valeur de la femme reposent sur ses fonctions sexuelles et reproductives : la femme devient un « service » qui s'achète et se vend.

On a aussi accusé ces contrats d'attaquer la dignité de l'enfant, que l'on risque de ne plus considérer comme un être humain ayant ses propres dignité et identité, mais plutôt comme le produit résultant d'un contrat passé entre adultes, une chose ou une marchandise que l'on peut acheter ou vendre[61]. Or, le principe de

---

55. À titre d'exemple, la mère porteuse assume tous les risques, y compris sa propre mort. Le couple est seulement tenu de verser l'argent au moment où l'enfant lui est remis et après que la mère porteuse ait renoncé à tous ses droits maternels. Le couple peut refuser l'enfant si ce dernier n'est pas l'enfant génétique du demandeur. Certains couples veulent même refuser l'enfant s'il n'est pas du « bon » sexe. Pour un exemple du contenu d'un tel contrat, voir N. KASIRER, « The Surrogate Motherhood Agreement : A Proposed Standard Form Contract for Quebec », (1985) 16 *R.D.U.S.* pp. 351-387.

56. La femme aisée ne consent pas à ces contrats. La Commission de réforme du droit du Canada a également indiqué que les contrats de maternité de substitution encourageaient l'exploitation des femmes moins favorisées par celles mieux nanties. Voir COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 7, p. 145.

57. De plus, les contrats de maternité de substitution ont une grave implicitation pour la femme porteuse qui consent, lors de la signature, à limiter sa liberté sous certains aspects (cigarettes, alcool) et qui doit se conformer à certaines exigences du couple demandeur (soins durant la grossesse, examens).

58. COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *op. cit.*, note 2, p. 771; voir aussi BARREAU DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 31, p. 28.

59. COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *op. cit.*, note 2, p. 764 et BARREAU DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 31, p. 28.

60. La Commission de réforme du droit a souligné qu'on parlait même de « louage d'utérus », ce qui, à son avis, constitue un affront à la dignité et à l'intégrité de l'être humain. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 7, p. 145.

61. BARREAU DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 31, p. 28.

la dignité humaine exige que l'enfant ne puisse faire l'objet d'un tel contrat et qu'il ne soit pas traité comme une « chose »; ce principe doit prévaloir sur la liberté individuelle de procréer. L'intérêt de l'enfant doit demeurer la préoccupation principale et la liberté contractuelle doit être limitée pour assurer le respect de cette dignité[62]. L'interdiction de la vente d'êtres humains est une valeur fondamentale qui fait l'objet d'un consensus social.

Quant à l'argument voulant que le contrat de maternité de substitution ne constitue pas une vente d'enfant mais la rémunération d'un service, parce que l'opération a pour but la remise de l'enfant, plusieurs l'ont rapidement rejeté[63]. Enfin, on a noté que, par opposition à l'adoption, le but précis du contrat de maternité de substitution est la remise d'un enfant conçu en échange d'argent, et que les sommes versées dépassent souvent les frais, ce qui met davantage en évidence l'aspect commercial de l'opération.

27. Dans son rapport, la Commission Baird a proposé cinq recommandations[64] à l'égard des contrats de maternité de substitution, soit :

1° qu'il soit interdit d'agir comme intermédiaire, de toucher de l'argent ou d'autres avantages financiers, ou de verser de l'argent pour un contrat de maternité de substitution, sous peine de sanction pénale;

2° qu'une modification législative en droit de la famille soit introduite afin que les tribunaux ne puissent obliger une mère porteuse à respecter son contrat, qu'il soit à titre gratuit ou à titre onéreux;

3° que la législation du droit de la famille fasse en sorte que la femme qui donne naissance à un enfant soit toujours légalement considérée comme sa mère;

4° que, comme dans les cas d'adoption, la mère porteuse ne soit autorisée à renoncer à ses droits de maternité qu'après une période minimale de réflexion suivant la naissance de l'enfant;

5° que le Canada appuie les politiques visant l'interdiction internationale des contrats de maternité de substitution.

Ces recommandations rejoignent celles antérieurement formulées par le Barreau du Québec[65], qui suggérait :

1° que les contrats de maternité de substitution soient nuls comme étant contraires à l'ordre public;

2° que tous les intermédiaires (avocats, médecins, agences) soit pénalisés pour leur participation à la négociation ou concrétisation d'un tel contrat;

3° qu'il soit déclaré comme étant contraire à l'éthique professionnelle pour les avocats de rédiger de tels contrats;

4° qu'il ne soit accordé aucun droit préférentiel d'adoption au conjoint du père biologique.

28. Au Canada, le Québec est actuellement la seule province à avoir intégré à sa législation une mesure qui traite directement de la question, déclarant nuls les contrats de maternité de substitution. Ailleurs, c'est le vide juridique, et on doit appliquer à ces cas les principes ordinaires du droit de la famille et de l'adoption et du droit des contrats.

---

62. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 7, pp. 114-145.

63. *Id.*, p. 146.

64. COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *op. cit.*, note 2, p. 779, recommandations numéros 199, 200, 203, 204 et 205.

65. BARREAU DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 31, p. 30.

L'état actuel du droit au Québec en matière de procréation médicalement assistée est donc le suivant : les nouvelles techniques de reproduction sont acceptées, sauf les contrats de procréation et de gestation. Ces derniers sont en effet déclarés nuls de nullité absolue, aux termes de l'article 541 C.c.Q., et ce, peu importe que la mère porteuse ait fourni l'ovule fécondée par le sperme d'un tiers ou que les gamètes aient été donnés par des tiers (donneur et donneuse), la mère porteuse assumant seulement la gestation.

On peut certainement penser que la portée pratique de cette règle est la suivante : d'une part, il est clair que la maternité de substitution ne peut pas se pratiquer au Québec. D'autre part, il est à prévoir que les tribunaux vont refuser d'intervenir si, malgré la loi, des personnes ont conclu un tel contrat et ne respectent pas leurs engagements[66].

II. ACCESSIBILITÉ AUX NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION

A. CRITÈRES D'ACCESSIBILITÉ DES BÉNÉFICIAIRES

29. Selon le Barreau du Québec[67], l'accès aux nouvelles techniques de reproduction doit être limité à des applications strictement thérapeutiques; en ce sens, l'accès devrait être ouvert seulement aux couples chez qui le traitement constitue une solution à un problème d'infertilité. On ne devrait, en aucun cas, utiliser la procréation médicalement assistée comme simple mode de reproduction de convenance. En ce domaine, note le Barreau, la science doit demeurer fidèle à sa vocation première, c'est-à-dire une thérapie à la stérilité dans un couple hétérosexuel incapable de procréer lui-même. En conséquence, le recours aux nouvelles techniques de reproduction doit être offert aux couples de personnes hétérosexuelles mariés ou non mariés mais vivant ensemble et démontrant une certaine stabilité.

Le ministère de la Santé et des Services sociaux du Québec a soutenu, pour sa part, une position quelque peu différente. En effet, il a reconnu que les nouvelles techniques de reproduction devaient être accessibles à tous les couples ayant un problème d'infertilité, ainsi qu'à tous les couples dont un des conjoints démontrait un risque élevé de transmettre une maladie héréditaire grave. Par contre, en ce qui concerne les femmes seules et les couples de femmes homosexuelles, la majorité des membres du comité[68] ont estimé que les nouvelles techniques de reproduction devaient être ouvertes à toutes les femmes, peu importe leur statut, parce qu'on ne pouvait exclure des personnes pour des motifs d'état civil ou d'orientation sexuelle et que le seul principe en cause devait être le bien-être de l'enfant.

---

66. À titre d'exemples, si la mère porteuse refuse de rendre l'enfant, les parents demandeurs ne pourront pas la forcer à le faire, même s'ils ont payé une somme d'argent. À l'inverse, si les parents demandeurs refusent d'accueillir l'enfant (peu importe la raison), la mère porteuse ne pourra pas les y obliger.

67. BARREAU DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 31, p. 36.

68. MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX DU QUÉBEC, *Rapport du Comité de travail sur les nouvelles technologies de reproduction humaine*, Québec, 1988, p. 85. Une minorité des membres du comité estimait que les nouvelles techniques de reproduction devaient demeurer à accès limité. Une de ces limites serait que les nouvelles techniques de reproduction sont conçues pour les couples ayant des problèmes d'infertilité; en ce sens, le recours à l'insémination artificielle n'est pas un droit absolu qui peut être revendiqué par tout le monde, et l'état matrimonial constitue une balise de sélection suffisamment identifiable.

30. Les recommandations de la Commission Baird vont également dans la voie d'une accessibilité très large, notamment à cause de la présence de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui interdit toute discrimination fondée sur le sexe, l'état civil, l'orientation sexuelle, la situation sociale et économique[69]. On comprend alors facilement pourquoi le libellé de la recommandation 145 du Rapport Baird stipule

> Que le droit à la FIV soit déterminé selon des critères médicaux légitimes, sans discrimination fondée sur des facteurs tels que l'état civil, l'orientation sexuelle ou la situation économique[70]

31. Ni le *Code civil du Québec*, ni aucune autre législation provinciale d'ailleurs, ne traite des conditions d'accessibilité des bénéficiaires à la procréation médicalement assistée, et le débat sur cette question promet d'être long.

32. Il ne faudrait pas non plus passer sous silence les nombreux problèmes liés à l'obtention du consentement, domaine dans lequel la Commission Baird a noté les plus grandes déficiences, et particulièrement dans le cadre de la fécondation *in vitro* (FIV). Elle note dans son rapport que cette situation est attribuable à plusieurs facteurs. D'abord, souligne-t-elle, certaines techniques sont diffusées avant d'avoir été rigoureusement évaluées[71], ce qui fait que les patients sont souvent trop rapidement orientés vers une technique innovatrice, au détriment d'autres, moins répandues, mais tout aussi efficaces. Ensuite, les patients n'ont pas l'opportunité de se renseigner adéquatement sur la nature, la probabilité des conséquences connues et possibles du traitement et les coûts du traitement, les programmes actuellement en place ne répondant pas adéquatement à ces besoins. Enfin, les documents d'information des patients ne sont pas rédigés de façon à être compréhensibles au plus grand nombre, sans compter que le style utilisé dans cette documentation est trop souvent directif, ce qui peut empêcher un choix éclairé[72].

Devant ces faits troublants, la Commission Baird formulait la recommandation suivante[73] :

> Que les patients aient le temps de bien analyser ce que signifie et ce qu'implique leur consentement avant d'entreprendre un traitement quelconque. Elles devraient aussi recevoir une copie de tous les formulaires qu'elles ont signés et être informées de leur droit de retirer leur consentement à quelque étape que ce soit du traitement sans porter préjudice aux soins ou aux traitements futurs.

1. Insémination artificielle

33. L'insémination artificielle est la méthode de traitement de l'infertilité la plus utilisée au Canada[74]. Le Rapport Baird insiste sur le fait que les principaux

---

69. COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *op. cit.*, note 2, pp. 514-515.

70. *Id.*, p. 624.

71. *Id.*, p. 563.

72. *Id.*, pp. 617-620. La Commission a constaté que les formulaires utilisés par quatre des 16 programmes au Canada nécessitaient, pour être compris, au moins un diplôme universitaire, tandis que ceux de six autres nécessitaient au moins deux années d'études postsecondaires. Beaucoup de formulaires demandaient aux patientes de consentir à des traitements qui n'étaient pas décrits dans la documentation fournie. Enfin, peu de patientes étaient avisées qu'elles pouvaient retirer leur consentement en tout temps et peu avaient reçu une copie signée des formulaires.

73. *Id.*, p. 620, recommandation numéro 117.

74. *Id.*, p. 490. En 1991, 3 400 femmes ont eu recours à ce type de technique.

motifs pour lesquels on a recours à cette technique sont que le partenaire mâle est infertile ou hypofertile, que les deux membres du couple sont hypofertiles, qu'une femme sans partenaire masculin veut un enfant ou encore que le partenaire masculin est porteur d'une maladie héréditaire.

34. Quant à la question de l'accessibilité à l'insémination artificielle (IA), les opinions sont des plus variées. Ainsi, certains estiment que l'IA est un service de santé, dont l'accès doit être ouvert à tous, conformément à la *Charte canadienne des droits et libertés*; pour d'autres, qui la comparent à l'adoption, l'intérêt de l'enfant devrait être le facteur déterminant pour justifier l'accessibilité à la technique. Dans ce dernier cas, on a soutenu qu'en « donnant la possibilité aux femmes d'avoir des enfants sans la participation d'un partenaire masculin, le rôle des hommes comme parents se trouve déprécié et les enfants sont privés de père »[75].

À la suite d'une enquête effectuée lors de ses travaux, la Commission Baird a conclu que les femmes seules, les lesbiennes, les couples à revenus faibles ou sans emploi n'étaient pas représentés dans la clientèle des cliniques de fertilité[76]. À cause du principe de l'égalité de traitement pour toute personne, la Commission recommandait que l'insémination par donneur soit accessible aux femmes et aux couples qui, après avoir examiné toutes les options, ont décidé d'utiliser ce moyen pour fonder une famille[77].

Par contre, cette recommandation n'a pas reçu l'appui de tous les membres de la Commission. Dans un long commentaire[78], l'une d'entre elles, Suzanne Rozell Scorsone, soutient que les principes de l'autonomie de la personne et de la non-discrimination ne sont pas absolus et qu'ils doivent tenir compte de certains facteurs. Elle note par exemple que, pour des motifs sociaux, l'intérêt supérieur de l'enfant justifie qu'on refuse l'adoption d'un enfant par un couple âgé; ceci prouve que d'autres facteurs[79], tels l'âge, la stabilité matrimoniale ou même le revenu familial[80] sont également des éléments importants. Pour ces raisons, elle n'est pas convaincue que les motifs de discrimination donnés dans la *Charte canadienne des droits et libertés* doivent l'emporter sur les intérêts supérieurs, tels les droits fondamentaux de l'enfant ou la liberté de conscience ou de religion[81].

---

75. *Ibid.*

76. *Id.*, p. 505. La Commission note que, parmi les motifs de refus par les cliniques, il y avait le fait que le bénéficiaire était une femme seule ou une lesbienne, qu'il avait une intelligence inférieure à la moyenne ou démontrait une aptitude douteuse à remplir le rôle de parent ou enfin que le couple avait un revenu faible.

77. *Id.*, p. 533.

78. *Id.*, pp. 1231 et ss.

79. *Id.*, p. 1236. Elle révèle qu'au cours d'une enquête effectuée par la Commission Baird, 74 % des Canadiens se sont dit d'accord au recours aux nouvelles techniques de reproduction pour un couple incapable de concevoir (seulement 6 % étaient contre). Par contre, seulement 30 % ont manifesté leur accord à ce recours pour une femme célibataire (46 % étaient contre), tandis que 71 % de ces personnes se sont prononcées contre dans le cas d'un couple de lesbiennes (11 % seulement étaient d'accord).

80. L'auteure se demande par exemple s'il serait acceptable d'obliger un médecin à offrir des services de reproduction assistée à un couple qui serait sur l'assistance publique. *Id.*, p. 1235.

81. *Id.*, p. 1237.

2. Fécondation *in vitro*

35. Dans ce cas, les problèmes d'accès pour les femmes célibataires ou lesbiennes ne se posent pas, parce qu'en matière de fécondation *in vitro*, le problème principal est l'infertilité, tandis que dans l'IAD (insémination artificielle avec donneur), c'est l'absence d'un partenaire masculin.

Par contre, la FIV rencontre, elle aussi, certains obstacles, dont celui de la grande variation des critères d'accessibilité utilisés par les cliniques[82]. Ainsi, bien que la Commission Baird fût d'opinion que l'âge, le diagnostic ou la durée de l'infertilité constituaient des critères de sélection acceptables, elle rejetait l'idée que la capacité d'être de bons parents, l'état civil de la patiente, son orientation sexuelle, son degré d'intelligence, le fait qu'elle ait d'autres enfants vivants ou que les revenus du couple soient faibles puissent constituer des motifs valables pour refuser l'accès à la technique.

B. CRITÈRES D'ACCESSIBILITÉ DES DONNEURS

36. Concernant ces critères d'accessibilité des donneurs, un certain consensus semble se dégager des discussions en la matière. Il faut dire que les questions qui ont retenu le plus l'attention sont, en premier lieu, l'objet du consentement du donneur ainsi que son mode d'obtention et, en second lieu, l'aspect commercial ou non commercial du don.

Ainsi, on a exprimé l'opinion[83] qu'il était essentiel qu'une sélection psychologique minimale du donneur et qu'un entretien préalable, avec des questions portant sur la motivation du donneur, les aspects émotifs, les implications éthiques et légales, ainsi que sur l'importance et la portée du geste qu'il s'apprête à poser, soient réalisés avant le don. On a également souligné que, lors de l'entrevue, le candidat devrait s'engager à informer la clinique des maladies héréditaires qu'il pourrait transmettre et que celui-ci ne devrait pas être rémunéré pour son don, bien que des frais raisonnables puissent lui être remboursés.

À cet égard, la Commission Baird[84] a notamment formulé les recommandations suivantes :

> [...] Les hommes souhaitant faire un don de sperme doivent être majeurs et signer un formulaire attestant qu'ils ont pris connaissance et discuté de l'information concernant les risques, les responsabilités et les répercussions du don de sperme, y compris le fait qu'on recherchera le VIH et les signes d'autres maladies infectieuses. [...]
>
> [...] Les donneurs ne sont indemnisés que pour le dérangement qu'ils ont subi et pour les frais directement liés au don de sperme. La somme versée pour le sperme ne doit pas être importante au point d'être une incitation à faire un don de sperme.

---

82. *Id.*, pp. 622 et ss. Les autres obstacles soulevés par la Commission Baird sont le coût et le lieu du traitement, les facteurs inhérents au système de santé (tels la langue et le degré de scolarité), les politiques des milieux de travail et la politique d'admission aux services de FIV.

83. MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 68, pp. 87-93.

84. COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *op. cit.*, note 2, pp. 538 et ss.

37. La législation du Québec ne restreint pas l'accessibilité des donneurs aux nouvelles techniques de reproduction. Les seuls aspects dont traite le *Code civil du Québec* en la matière sont ceux du consentement aux prélèvements et de l'aliénation d'une partie ou des produits du corps.

Ainsi, l'article 11 C.c.Q. consacre le principe voulant qu'aucun soin ou prélèvement ne puisse être fait à moins d'obtenir le consentement de l'intéressé, tandis que l'article 19 C.c.Q. autorise l'aliénation entre vifs d'une partie du corps ou de tissus humains. De même, les articles 24 et 25 C.c.Q. régissent les modalités de ce consentement, le premier en exigeant que le consentement soit fait par écrit, le second, en requérant que l'aliénation d'une partie ou de produits du corps[85] soit nécessairement à titre gratuit.

III. FILIATION JURIDIQUE

38. Seules trois provinces canadiennes ont adopté des règles touchant à la filiation juridique dans le cadre de la procréation médicalement assistée, soit le Yukon[86], Terre-Neuve[87] et le Québec[88]. Il ne sera ici question que de cette dernière.

39. Le Québec a choisi de légiférer d'une façon toute particulière sur la filiation dans le cadre de la procréation médicalement assistée. En premier lieu, l'article 538 C.c.Q. prévoit qu'il n'y a pas de lien de filiation possible qui puisse résulter de l'apport de forces génétiques. En conséquence, le donneur, qui est le géniteur, ne contracte aucune obligation, n'assume aucune responsabilité quelconque et n'a aucun droit vis-à-vis l'enfant. Cet état du droit a fait dire à une auteure :

> La vérité biologique est donc mise de côté, le droit organise le mensonge. La volonté de ceux qui ont eu recours à ces techniques est respectée, la stabilité du lien existant entre l'enfant et ses parents favorisée.[89]

Puisque l'apport de forces génétiques ne peut pas constituer une base à la filiation, il fallait par ailleurs assurer autrement à l'enfant à naître une filiation reconnue. Aussi le *Code civil du Québec* prévoit-il, à son article 539, que l'action en désaveu de paternité est possible seulement si le mari n'a pas consenti à la technique; autrement, la filiation est identique à la filiation normale[90].

---

85. Selon les commentaires du législateur, la notion de produits du corps « vise, entre autres, le sang, les gamètes ou le sperme ». Voir MINISTRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 48, p. 25.

86. *Children's Act*, R.S.Y. 1986, chap. 22.

87. *Children's Law Act*, R.S. Nfld 1990, chap. C-13.

88. C.c.Q., art. 538-542.

89. M. PRATTE, « Le nouveau Code civil du Québec : quelques retouches en matière de filiation », *in* E. CAPARROS (dir.) *Mélanges Germain Brière*, Collection Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1993, p. 292.

90. Rappelons qu'au Québec, depuis la réforme du droit de la famille de 1981, la distinction entre enfant légitime et illégitime n'existe plus : une fois que la filiation est établie, les droits et obligations sont les mêmes pour tous les enfants (art. 522 C.c.Q.).

A. ÉTABLISSEMENT DE LA FILIATION

40. On a souligné qu'au Québec, la filiation avait toujours été structurée de façon à accorder le statut juridique de parents au père et à la mère en fonction de la biologie et de la génétique, ainsi que sur la présomption de filiation découlant de la relation matrimoniale[91]. Avec l'arrivée des nouvelles techniques de reproduction, on s'est cependant demandé si seule la génétique devait dorénavant servir de critère pour attribuer le statut de parent ou si la législation ne pourrait pas prendre en considération « l'intention d'être parent »? De cette façon, le « père d'intention » d'un enfant conçu par l'IAD, et né de sa conjointe, aurait le droit et l'obligation d'élever l'enfant. Il s'agit, on l'aura reconnu, de la nouvelle approche à la filiation, soit celle de la « parentalité » ou du « parent d'intention », dont on a dit qu'elle constituait le changement le plus important des nouvelles techniques de reproduction en matière de filiation[92].

1. Maternité

41. La maternité a toujours été facile à établir : la femme qui donne naissance à l'enfant est sa mère[93]. Or, les nouvelles techniques de reproduction ont un impact très important sur la maternité. À la rigueur, il peut même y avoir trois candidates pour le titre de mère, soit la femme qui fournit les ovules, celle qui porte l'enfant et enfin celle qui, au départ, voulait un enfant. La question de la maternité est encore plus complexe dans le cas de la fécondation *in vitro*. Certes, lorsque l'ovule et le sperme proviennent du couple demandeur et que la gestation est assurée par la femme dans ce couple, il n'y a aucun problème quant à la filiation de l'enfant; toutefois, il en est autrement lorsque la gestation ou même la procréation est faite par une autre femme.

Pour ces raisons, on a suggéré que l'attribution de la maternité soit révisée afin que ce ne soit pas nécessairement la mère génétique qui soit le parent légal, mais plutôt la mère « par intention »[94].

42. Le Code civil semble faire sienne la présomption voulant que la femme qui donne naissance à l'enfant soit sa mère légale[95]. En ce sens, on peut affirmer que le Québec a fait prévaloir « l'intention » (de fonder une famille) sur la génétique[96], sauf pour la maternité de substitution, qui n'est pas reconnue[97]. Dans ce

---

91. E. SLOSS et R. MYKITIUK, « Le droit de la famille et le défi des nouvelles techniques de reproduction », *in Questions d'ordre éthique et juridique liées aux nouvelles techniques de reproduction : grossesse et parentalité*, volume 4, Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction, ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1993, p. 394.

92. *Id.*, p. 460.

93. *Id.*, pp. 416-423 et COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *op. cit.*, note 2, pp. 670-671.

94. E. SLOSS et R. MYKITIUK, *loc. cit.*, note 91, p. 419.

95. *Id.*, p. 397. On remarque en effet que le constat de naissance dressé par l'accoucheur (art. 111 C.c.Q.), lequel relate certains faits matériels, énonce entre autres le nom de la mère, c'est-à-dire de la femme qui a accouché. Le Code semble donc faire de cette réalité factuelle — l'accouchement — une réalité juridique — maternité —.

96. S. LE BRIS, *loc. cit.*, note 13, p. 153. En effet, dans l'insémination artificielle ou le don de gamètes, ce n'est pas nécessairement la femme qui accouche qui est la mère génétique de l'enfant, puisque l'ovule fécondée peut provenir d'une autre femme. Cependant, c'est le « projet parental », c'est-à-dire son intention jointe au faite de l'avoir porté qui fait d'elle la mère.

97. *Supra*, n°s 28 et suivants.

dernier cas, en effet, la gestation a préséance sur l'intention : si la mère porteuse refusait de rendre l'enfant, elle serait dans son droit, car c'est elle seule qui est considérée, grâce au constat de naissance, comme la mère légale de l'enfant[98].

2. Paternité

43. À l'opposé de la maternité, notre droit de la paternité a toujours été fondé sur l'inférence plutôt que la certitude : l'homme qui a le plus de chance d'être le père de l'enfant est celui qui, en principe, est le seul à avoir des rapports sexuels avec la mère[99]. La présomption de paternité en faveur du mari de la mère est donc fondée sur une réalité sociale, et non sur une réalité biologique.

Or, avec l'arrivée des nouvelles techniques de reproduction, des problèmes nouveaux surgissent[100]. Qu'il suffise de mentionner les questions de l'attribution de la paternité à un donneur qui n'avait pas l'intention d'être père, de la réclamation de paternité par le donneur ou encore du statut juridique de l'enfant ainsi né pour se convaincre de la complexité juridique des nouvelles techniques de reproduction.

44. À cet égard, l'article 539 alinéa 2 C.c.Q établit une présomption qui vise le mari qui a consenti à l'insémination de son conjoint. Encore ici, le Québec fait prévaloir l'intention sur la génétique.

B. PREUVE DE LA FILIATION

45. Au Québec, la filiation peut être, soit par titre[101], soit par la possession d'état[102], soit par la présomption de paternité, soit enfin par la reconnaissance de paternité.

Outre la filiation par le sang, l'autre mode d'établissement de la filiation est l'adoption, dont un des effets est d'abolir la filiation antérieure[103]. Dans le cadre des techniques de procréation médicalement assistée, l'adoption n'est pas nécessaire pour accorder à l'enfant une filiation, puisque les règles ordinaires de filiation n'entrent pas en contradiction avec les faits matériels de l'accouchement et de la paternité. Dans le cas de la maternité de substitution toutefois, on pourrait être tenté d'utiliser l'adoption pour établir la filiation de l'enfant, de manière à contourner les difficultés soulevées par l'établissement de la filiation par le sang. Au Québec, ce problème ne devrait pas se poser puisque les contrats maternité de substitution, frappés de nullité, ne peuvent en aucun cas donner lieu à une action en filiation ou à une demande en adoption.

---

98. C.c.Q., art. 111, 112 et 113.

99. E. SLOSS et R. MYKITIUK, *loc. cit.*, note 91, p. 409.

100. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 7, p. 156.

101. C'est-à-dire l'acte de naissance de l'enfant.

102. Qu'on peut définir comme la réunion de tous les éléments ou faits qui font en sorte que l'enfant est généralement et publiquement reconnu comme l'enfant de ses parents.

103. C.c.Q., art. 577. À moins que l'adoption ne soit faite par le conjoint du parent (art. 579 al. 2 C.c.Q.).

1. Recours du donneur

46. À cause de l'article 538 C.c.Q., qui empêche tout lien de filiation de naître de l'apport de forces génétiques, le donneur n'a, au Québec, aucun recours en reconnaissance de paternité.

2. Recours des bénéficiaires

47. L'article 539 alinéa 1 C.c.Q. empêche la contestation de la filiation de l'enfant né des suites des nouvelles techniques de reproduction. Ainsi, la femme qui accouche ne pourrait contester sa maternité vis-à-vis l'enfant au motif que ce dernier, issu de l'embryon d'une autre femme, est l'enfant génétique de cette dernière.

En outre, en vertu de l'article 539 alinéa 2 C.c.Q., le mari qui a consenti[104] à ce que son épouse donne naissance à un enfant conçu par l'IAD ne peut pas désavouer ce dernier; d'ailleurs, personne d'autre, ni même la mère, ne peut non plus contester sa filiation. À l'opposé, si le mari n'y a pas consenti, il peut le faire, même si c'est son nom qui est inscrit comme père de l'enfant[105]. En ce cas, le délai d'action en désaveu de paternité est le même que dans toute action ordinaire en contestation de filiation, soit une année à compter du jour où la présomption de paternité prend effet, normalement à la naissance[106]. On doit cependant noter que la portée de ces règles se limite aux couples mariés, et non aux couples vivant en union de fait. Dans les autres cas, l'article 540 C.c.Q. permet à la mère d'exercer une action en responsabilité contre celui qui, malgré son consentement à la procréation médicalement assistée, refuse par la suite de reconnaître l'enfant qui en est issu. Puisque mère et père ne sont pas mariés, la présomption de paternité ne peut pas jouer; elle fait alors place à une simple action en responsabilité.

3. Recours de l'enfant

48. Enfin, les articles 539 alinéa 1 et 540 C.c.Q. sont destinés à assurer une certaine protection à l'enfant. Dans le premier cas, le mari de sa mère ne peut le désavouer, ce qui lui assure dès lors une filiation reconnue par la loi. L'enfant n'a pas besoin de recourir à une action en justice pour établir sa filiation; elle découle d'une application particulière de la présomption de paternité de l'article 525 C.c.Q.

Toutefois, lorsque les membres du couple ne sont pas mariés, c'est l'article 540 C.c.Q. qui doit s'appliquer. Si l'homme ne veut plus reconnaître l'enfant, nonobstant son consentement antérieur à la procréation médicalement assistée, ce dernier ne peut plus exercer qu'un recours en responsabilité; en effet, la présomption de paternité ne peut s'appliquer ici[107]. Cette situation met en évi-

---

104. Ce consentement ne vise pas l'insémination comme telle; en effet, et nonobstant la formulation ambiguë de l'article 539 al. 2 C.c.Q., le consentement du mari n'est pas nécessaire pour qu'il y ait insémination de la femme. Il s'agit en réalité d'une reconnaissance du mari par laquelle celui-ci renonce à contester ultérieurement la paternité de l'enfant; le consentement du mari constitue bien plus une fin de non-recevoir à une action en contestation de paternité qu'une véritable autorisation à procéder à l'insémination.

105. E. SLOSS et R. MYKITIUK, *loc. cit.*, note 91, p. 402.

106. C.c.Q., art. 525 et 531 al. 2.

107. C'est d'ailleurs la principale application que fait le législateur de cette disposition. Voir MINISTRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 48, p. 327.

dence, malgré l'affirmation de l'égalité de tous les enfants, l'existence d'une iniquité entre les enfants nés au sein d'un couple marié et ceux nés au sein d'un couple vivant en union libre[108]. Le délai d'action se prescrit par trois ans, conformément à l'article 2925 C.c.Q.

C. PROBLÈMES LIÉS À LA FILIATION

1. Insémination ou implantation *post-mortem*

49. Une autre question cruciale est de déterminer s'il devrait être permis, dans le cas où le couple aurait décidé de cryopréserver le zygote, de conserver ce dernier après le décès de l'un des partenaires.

On peut d'ores et déjà imaginer quelques-unes des conséquences sur la législation. Cela obligerait certainement une réforme afin d'établir les droits successoraux de l'enfant à naître, tout en s'assurant qu'il n'y ait pas préjudice pour les enfants déjà vivants; sans compter que, dans l'immédiat, la règle aurait un impact sur l'administration des successions, qui serait plus difficile, de même que sur le partage, qui devrait être considérablement retardé.

50. Au moins une étude[109] a exprimé l'opinion que l'insémination *post-mortem* devrait être tout simplement prohibée[110]. Ainsi, le décès de l'un des conjoints mettrait un terme au projet parental et exclurait dès lors toute implantation *post-mortem* de l'embryon *in vitro*. Une auteure a suggéré que la loi prévoit explicitement que le décès entraîne la destruction des gamètes et des embryons *in vitro*, quitte toutefois à ce que soient apportés certains aménagements lorsque le *de cujus* avait exprimé une intention de prolonger le projet parental et que le conjoint survivant y consent, à l'intérieur d'un certain délai[111].

51. Le ministère de la Santé et des Services sociaux du Québec[112] a proposé une solution plus nuancée. D'une part, il s'est dit défavorable à l'insémination faite après le décès du donneur lorsqu'elle se fait chez la femme survivante, car elle ne répond plus à la finalité initiale des nouvelles techniques de reproduction, c'est-à-dire la création d'une famille. Par contre, dans le cas de l'insémination artificielle hétérologue, telle l'IAD, la procédure devrait être permise après le décès du donneur pour des raisons pragmatiques : en effet, si une telle insémination était interdite, il

---

108. S. LE BRIS, *loc. cit.*, note 13, pp. 155-156. Dans le cas d'un enfant dont les parents sont mari et femme, sa filiation est assurée, puisque le mari de sa mère ne peut le désavouer; si, au contraire, les parents ne sont pas mariés, l'enfant risque d'être sans père si, entre le moment de la procréation et celui de la naissance, l'homme a changé d'idée. Le seul recours de cet enfant demeure donc l'action en responsabilité.

109. BARREAU DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 31, p. 38.

110. La Commission de réforme du droit recommandait de ne pas prohiber la fécondation *post-mortem* des gamètes du donneur décédé, mais préconisait une modification du droit des successions de manière à priver l'enfant ainsi conçu du droit de succession, à moins d'une mention expresse à ce contraire exprimée au testament. Voir COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 7, p. 157. Pour un exposé de certaines difficultés liées à la filiation qu'on voudrait établir suite à une insémination *post-mortem*, voir M. PRATTE, *loc. cit.*, note 89, pp. 297-298.

111. S. LE BRIS, *loc. cit.*, note 13, 163.

112. MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 68, p. 101.

en résulterait une obligation pour les banques de sperme de s'assurer, avant toute insémination, que le donneur soit encore vivant, ce qui est irréalisable en pratique.

52. Préférant ne pas s'engager dans une voie législative incertaine, le Rapport Baird suggère, dans sa recommandation numéro 171[113] :

> Que les zygotes ne soient pas conservés pendant plus de cinq ans à partir de la date de leur congélation, ou au delà du décès de l'un des donneurs de gamètes.

En fin de compte, le législateur québécois a choisi de ne pas traiter de la question, qui demeure donc sans solution certaine à l'heure actuelle.

2. Autorité parentale

53. Une autre question cruciale est de déterminer qui a l'autorité nécessaire pour prendre des décisions en ce qui concerne le transfert du zygote, sa conservation, son élimination, son don ou la recherche effectuée sur lui.

En réalité, la question renferme elle-même plusieurs interrogations. Ainsi, on peut se demander qui a l'autorité sur le zygote, ou encore si cette autorité peut être exercée à l'avance ou transférée à d'autres ou enfin comment les litiges sur cette question seront tranchés.

Ce qu'il faut en tout cas constater, c'est que, d'une part, la loi et la jurisprudence québécoises ne sont que de peu de secours et que, d'autre part, la jurisprudence américaine sur ces questions ne s'applique pas nécessairement au Canada. Cela est particulièrement vrai au Québec, de tradition civiliste.

54. Certes, la jurisprudence a établi des principes en matière de garde d'enfant, lorsqu'il y a conflit opposant parent et non-parent. Ainsi, dans un arrêt de la Cour suprême du Canada[114], le plus haut tribunal du pays a rappelé que, bien qu'il existe une présomption voulant que le parent a droit à la garde légale de son enfant avant un non-parent et qu'il est de l'intérêt de l'enfant de demeurer avec son parent, cette présomption peut néanmoins être repoussée par le non-parent. Ce jugement a permis, après certaines tergiversations de la jurisprudence antérieure, de replacer dans sa juste perspective les différents concepts et règles juridiques applicables en matière de garde d'enfant. Ainsi, on a reconnu que la notion de « l'intérêt de l'enfant » doit parfois avoir préséance sur les droits du titulaire de l'autorité parentale[115], et ainsi justifier l'émission d'une ordonnance de garde en faveur d'un tiers. Mais, comme ce litige portait sur la garde d'un enfant, il n'est pas certain que les mêmes arguments prévaudraient s'il concernait un gamète, un zygote ou même un embryon.

55. La doctrine de la « parentalité d'intention » est venue prêter main-forte au débat, en suggérant certains éléments de réponse[116] : le « titulariat de l'autorité » sur le zygote ou l'embryon pourrait s'établir selon deux facteurs, soit la contribution génétique et l'intention. À titre d'exemple, lorsque l'embryon est le

---

113. COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *op. cit.*, note 2, p. 676. Toutefois, cette recommandation n'a pas fait l'unanimité au sein de la Commission : Suzanne Rozell Scorsone préconisait des solutions différentes selon que le membre du couple prédécédé était l'homme ou la femme.

114. *C.(G.)* c. *V.-F.(T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244.

115. M. PRATTE, « Le droit d'un tiers à la garde d'un enfant : l'affaire *Vignaux-Fines* c. *Chardon*, [1987] 2 R.C.S. 244 », (1988) 19 *R.G.D.* 171-199, p. 194.

116. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 7, p. 151.

produit génétique d'un couple, les deux partenaires auraient des droits égaux et conjoints qui supplanteraient ceux de la banque ou de la clinique qui conserve l'embryon, tandis que si l'embryon est le résultat en partie du don de gamètes d'un tiers, le donneur n'aurait aucune autorité sur l'embryon.

56. C'est d'ailleurs un peu dans cette perspective que la Commission de réforme du droit a recommandé que, lorsque l'embryon est issu des gamètes du couple, l'autorité soit exercée conjointement par les partenaires, tandis que s'il est issu des gamètes d'un seul des partenaires du couple et d'un donneur, l'autorité relève exclusivement du premier. Enfin, s'il est issu des gamètes de deux donneurs non liés, l'autorité serait exercée par la banque ou la clinique qui en a la possession[117].

Quant aux gamètes, la Commission de réforme du droit a recommandé que l'autorité sur eux soit attribuée au donneur qui devrait être tenu, avant l'exécution du don, de faire une déclaration écrite exprimant son consentement au don et énumérant les conditions auxquelles celui-ci est assujetti quant à l'utilisation des gamètes, notamment le décès du titulaire de l'autorité, l'abandon du projet parental et l'expiration du délai de congélation[118].

IV. VIE PRIVÉE ET CONFIDENTIALITÉ

A. DROIT AU SECRET

57. Au Québec, la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*[119] réglemente la collecte, l'usage et la communication des renseignements personnels. Elle impose notamment aux institutions gouvernementales qui veulent recueillir, utiliser ou communiquer des renseignements personnels, des conditions minimales en matière de respect de la vie privée[120]. Cependant, cette loi a une portée limitée, en ce qu'elle ne s'applique qu'aux organismes du secteur public[121].

En matière d'adoption, la *Loi sur la protection de la jeunesse*[122] prévoit que l'adoptant peut, lors de l'adoption, recevoir un sommaire des antécédents de l'enfant[123] et que l'enfant âgé d'au moins 14 ans a également le droit de recevoir un sommaire de ses antécédents. Ces sommaires doivent, aux termes de l'article 131.2 de cette loi, respecter l'anonymat des parents ou de l'adoptant.

58. Dans le cas de la procréation médicalement assistée, l'article 542 alinéa 1 C.c.Q. impose la confidentialité des renseignements nominatifs[124]. Cette disposition constitue d'ailleurs une simple application du principe de l'article 35 alinéa 2 C.c.Q. à l'égard du droit au respect de la réputation et de la vie privée.

---

117. *Ibid.*

118. *Id.*, p. 155. Le donneur devrait pouvoir modifier ces conditions ou retirer son consentement en tout temps avant l'utilisation des gamètes donnés, au moyen d'une déclaration écrite.

119. L.R.Q., chap. A-2.1.

120. E.L. OSCAPELLA, « Vue d'ensemble des lois relatives à la protection de la vie privée et de la confidentialité dans le domaine médical », *in Les aspects juridiques liés aux nouvelles techniques de reproduction*, volume 3, Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction, ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1993, pp. 204 et 236.

121. À titre d'exemples : le Gouvernement, le Conseil du Trésor, les ministères, les organismes municipaux et scolaires, ainsi que les établissements de santé ou de services sociaux.

122. L.R.Q., chap. P-34.1, art. 131.1.

123. La règle est identique pour les parents naturels vis-à-vis les parents adoptifs.

124. S. LE BRIS, *loc. cit.*, note 13, p. 146.

1. Les conditions de naissance

59. Les parents ont-ils le droit de taire à l'enfant les origines de sa naissance ou sont-ils dans l'obligation de les lui divulguer, afin de lui permettre d'exercer son droit à connaître ses origines biologiques? Il s'agit en fait de déterminer si le droit au secret doit primer l'obligation de divulgation des conditions de la naissance.

L'opinion actuelle de la doctrine au Québec[125] est plutôt de favoriser le droit au secret : l'État ne devrait pas obliger les parents à informer l'enfant du fait qu'il a été conçu par une méthode de procréation médicalement assistée. Au soutien de cette position, on a notamment invoqué l'existence du droit fondamental au respect de la vie privée ainsi que la Convention relative aux droits de l'enfant[126], qui prévoit que l'enfant a le droit de connaître ses parents, mais seulement dans la mesure du possible.

2. L'identité des participants

60. Faut-il obliger le donneur à divulguer son identité à la receveuse et à l'enfant à naître? Le droit au secret doit-il encore ici primer l'obligation de divulgation?

À cet égard, plusieurs opinions sont actuellement en circulation[127] et vont de la divulgation obligatoire de toutes les informations, nominatives ou non, jusqu'à la seule divulgation des informations non nominatives, en passant par la divulgation facultative de l'information nominative.

61. Dans le premier cas, le don serait accepté à condition que la femme et l'enfant aient accès à toute l'information relative au donneur, nominative ou non[128]. Dans le second, les renseignements nominatifs seraient quand même au dossier, mais demeureraient inaccessibles, sauf pour des motifs exceptionnels. Entre ces deux extrêmes, on accorderait le choix au donneur, au moment du don, soit de rester anonyme, soit d'accepter que son identité soit révélée quand l'enfant aurait 18 ans[129].

La position qui semble le plus rallier un certain consensus est celle où seule l'information non nominative serait accessible, à moins que des circonstances

---

125. *Id.*, p. 145 et MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 68, p. 97.

126. Doc. off. A.G., 14° session, supp. n° 16, p. 19, Doc. N.U., 20 novembre 1989 (Résolution A/4354).

127. S. LE BRIS, *loc. cit.*, note 13, p. 144; COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *op. cit.*, note 2, pp. 499-502.

128. L'avantage est que, sur le plan social et psychologique, la divulgation de toute l'information comble le besoin de l'enfant de connaître ses origines. Par contre, cette situation peut être nuisible à l'enfant : elle peut porter atteinte à sa vie privée et à la sécurité de sa famille et mettre en péril la relation parent-enfant.

129. Un des inconvénients inhérents à cette solution est que l'on crée alors deux types d'enfants : ceux qui pourront connaître l'identité de leur père biologique, et ceux qui ne le pourront pas. Dans une opinion dissidente du rapport Baird (COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *op. cit.*, note 2, p. 1265), Suzanne Rozell Scorsone estime toutefois qu'il n'y a pas de discrimination du seul fait que des parents génétiques accepteraient de divulguer leur identité, et d'autres pas, car cette situation constitue une simple conséquence normale de l'exercice de la liberté humaine.

exceptionnelles justifient l'accès à l'information nominative[130], par exemple lorsque la recherche de l'origine est nécessaire pour sauver une vie humaine.

62. Quant au droit pour l'enfant de connaître l'identité de son parent biologique, il n'est pas non plus sans inconvénients, dont celui de porter atteinte à la vie privée du donneur[131]. On peut d'ailleurs se demander si la recherche de ses origines constitue un véritable droit de la personne[132], auquel cas il ne devrait pas être nécessaire de recourir au tribunal pour faire valoir ce droit à une information fondamentale : l'enfant, devenu adulte, aurait le droit de connaître l'identité de ses parents génétiques dès que ces derniers sont d'accord[133].

B. LEVÉE DE LA CONFIDENTIALITÉ

63. Faisant un bref historique de l'évolution de la question de la levée de la confidentialité en matière de procréation médicalement assistée, on a noté[134] qu'en cette matière, la tendance avait été, jusqu'à récemment, d'assurer l'anonymat du donneur, mais qu'on observait à l'heure actuelle un mouvement plus favorable au droit pour l'enfant de connaître ses origines. Pour expliquer cette évolution, on a insisté sur le fait que l'anonymat du donneur privait l'enfant du droit de connaître ses origines et empêchait l'identification des maladies héréditaires susceptibles d'être transmises par le sperme.

Pour appuyer davantage le droit à la levée de la confidentialité, on a tenté d'établir un parallèle avec l'adoption, où l'évolution du phénomène[135] fait en sorte que les recherches par l'adopté pour retrouver ses parents naturels sont de plus en plus acceptées par la société; pour cette raison, a-t-on dit, une évolution similaire est prévisible dans le domaine des nouvelles techniques de reproduction, et des règles similaires devraient s'appliquer.

64. Dans une tentative pour concilier les intérêts divergents des intéressés, la Commission Baird[136] a recommandé qu'au moment du don de sperme, des renseignements non nominatifs[137] et nominatifs[138] sur le donneur soient recueillis et que les informations nominatives sur le donneur soient gardées dans des conditions de sécurité nécessaires afin qu'elles demeurent confidentielles, sauf si les tribunaux jugent qu'il y a une grave nécessité d'ordre médical[139].

---

130. *Id.*, p. 502; BARREAU DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 31, p. 56.

131. E.L. OSCAPELLA, *loc. cit.*, note 120, p. 228.

132. COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *op. cit.*, note 2, p. 1264. Voir aussi E. SLOSS et R. MYKITIUK, *loc. cit.*, note 91, p. 431, où on affirme que le droit de connaître ses origines est aussi important que le droit à la vie privée, car il est lié au sentiment d'identité et d'intégrité de la personne.

133. COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *op. cit.*, note 2, p. 1264.

134. E. SLOSS et R. MYKITIUK, *loc. cit.*, note 91, p. 431.

135. COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *op. cit.*, note 2, pp. 1264-1265.

136. *Id.*, pp. 538-546, recommandations numéros 88 et 94.

137. Tels les antécédents médicaux, l'âge, les attributs physiques et sociaux, la race et l'origine ethnique.

138. Soit les nom et prénom, la date et le lieu de naissance ainsi que l'adresse du donneur.

139. Un membre de la Commission pensait qu'il fallait être plus large dans la divulgation des renseignements concernant le donneur, notamment en permettant la divulgation lorsque l'enfant avait atteint l'âge adulte. Voir COMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *op. cit.*, note 2, p. 546.

65. L'article 542 alinéa 2 C.c.Q. permet la levée partielle de la confidentialité, mais à condition seulement qu'il soit démontré l'existence d'un préjudice grave pour la santé de l'enfant ou de l'un de ses descendants. Dans la mesure où cette preuve est faite, la levée de la confidentialité est ordonnée par le tribunal, après appréciation de la nature et de la gravité du risque de préjudice. Par contre, la transmission de l'information ne peut être faite qu'aux autorités médicales, et jamais à l'enfant lui-même; en ce sens, elle demeure toujours sous le sceau de la confidentialité.

Certes, l'enfant issu des nouvelles techniques de reproduction a moins de droits que l'enfant adopté qui, lui, peut obtenir des renseignements lui permettant de retrouver ses parents, si ces derniers y ont consenti[140]. Mais, ainsi qu'on l'a fait remarquer, l'analogie avec l'adoption n'est pas parfaite, notamment parce que les motivations ne sont pas les mêmes[141], de sorte qu'il peut être justifié que des règles différentes existent[142].

CONCLUSION

66. Non seulement le Québec a-t-il cru approprié de légiférer sur les nouvelles techniques de reproduction, mais il a choisi de le faire dans le cadre de l'œuvre capitale d'un Code civil; cela traduit bien l'importance qu'il accorde à l'émergence de ce nouveau domaine du droit issu des récents progrès de la science médicale. C'est, à notre avis, une indication de l'importance que le législateur accorde à ce domaine nouveau du droit privé. À cet égard, le Québec fait œuvre de pionnier au Canada, d'autant plus qu'il se rallie généralement aux recommandations du Rapport Baird, notamment quant à la prohibition des contrats de maternité de substitution; la législation québécoise devrait donc constituer un reflet relativement fidèle et actualisé des opinions, des tendances et des préoccupations de la société en matière de procréation médicalement assistée.

Malheureusement, les nouvelles règles du Code civil n'apportent pas réponse à toutes les questions, dont la plus fondamentale demeure celle du statut de l'embryon. Cela est dommage, car le législateur l'eut-il fait, plusieurs des problèmes soulevés dans le présent texte auraient été solutionnés. Certes, et quel qu'eût été le choix du législateur, il aurait été aussi âprement défendu par ses adeptes que critiqué par ses opposants. Mais il y aurait au moins eu une base concrète sur laquelle établir l'argumentation de l'une et l'autre des thèses. Mais le législateur a plutôt choisi de ne pas légiférer immédiatement sur le statut juridique de l'embryon, estimant que le débat de société qui, somme toute, ne fait que s'engager, n'était pas terminé et qu'il valait mieux, en la matière, que le droit suive la société plutôt que ne la précède. À cet égard, l'expérience des autres pays devrait nous instruire sur les voies qui s'offrent à nous et des conséquences potentielles des différentes options.

67. Quant à nous, nous estimons que l'embryon ne devrait, pour aucune considération, être relégué au rang d'une simple chose et que même les aménage-

---

140. C.c.Q., art. 583.

141. Dans l'adoption, l'enfant n'est pas délibérément conçu et la mise en adoption est parfois faite pour des raisons personnelles difficiles; dans la procréation médicalement assistée, la conception est délibérée et un des parents légaux est souvent également le parent biologique. Voir en ce sens MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 68, p. 96.

142. MINISTRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 48, p. 328.

ments qu'on pourrait apporter au régime de la propriété et des biens ne sauraient suffire à lui accorder le respect et la protection qu'il mérite. Pourtant, et compte tenu de l'environnement législatif actuel, notamment en matière d'avortement, reconnaître à l'embryon le plein statut d'être humain ne semble guère réaliste. Puisque le débat est davantage philosophique et moral que juridique, la voie qui nous paraît la plus acceptable est celle d'une nouvelle catégorisation de l'embryon, distincte de celles, traditionnelles, de la « personne » ou de la « chose », et qui tienne compte du fait que l'embryon est une personne en puissance, un être en devenir[143].

Pareille classification de l'embryon *in vitro* devrait lui assurer la pleine sauvegarde de ses droits patrimoniaux, sans pour autant soulever les débats passionnés ou créer des situations juridiques insolubles en droit des biens ou des successions qu'engendrerait sa reconnaissance comme personne humaine. N'étant point un bien, il ne pourrait faire l'objet ni d'une donation ni d'un legs; n'étant pas une personne, il ne pourrait cependant être ni donataire, ni héritier. À cet égard, la théorie de l'implantation pourrait aider à solutionner certaines questions délicates; elle n'est donc pas sans attraits et mérite toute notre attention.

Jacques Beaulne
Faculté de droit, Section de droit civil
Université d'Ottawa, 57, rue Louis Pasteur
OTTAWA (Ontario) K1N 6N5
Tél. : (613) 562-5813
Téléc. : (613) 562-5121

143. J.-L. BAUDOUIN et C. LABRUSSE-RIOU, *Produire l'homme — de quel droit ? : étude juridique et éthique des procréations artificielles*, France, P.U.F., 1987, pp. 205 et suivantes. Une telle démarche serait en outre conforme à la recommandation formulée par l'Union internationale du Notariat latin; *loc. cit.*, n° 13.