

No 23 - juillet-août, 2005

Le nouveau cadre juridique de la procréation assistée en droit québécois ou l'œuvre inachevée d'un législateur trop pressé

Afin de répondre aux aspirations égalitaires des gais et lesbiennes, l'Assemblée Nationale du Québec a adopté à l'unanimité, le 24 juin 2002, la Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation (L.Q. 2002, c. 6). La précipitation avec laquelle les autorités étatiques ont agi dans ce dossier n'aura pas permis un débat public sur les modifications apportées au cadre juridique de la procréation médicalement assistée. Dans cette perspective, l'auteur de cet article décrit les lacunes du cadre juridique nouvellement institué et les nombreuses questions juridiques et éthiques laissées en suspens par le législateur.

Alain Roy*

Le 24 juin 2002, l'une des plus importantes réformes que le droit québécois ait connu entrainé en vigueur. Au terme de cette réforme, le législateur du Québec modifiait les règles du Code civil dans le but de permettre l'établissement d'un lien de filiation entre un enfant et deux personnes de même sexe. Depuis cette date, un enfant peut donc avoir un lien filial avec deux pères ou deux mères. Autrement dit, son acte de naissance peut faire état d'une filiation bimaternelle ou bipaternelle, que ce soit par le biais d'un jugement d'adoption ou d'une procréation assistée. Ainsi, en vertu du nouvel article 115 du *Code civil du Québec* (ci-après cité «C.c.Q.»), «[...] lorsque les parents sont de même sexe, ils sont désignés comme les mères ou les pères de l'enfant [...]» dans la déclaration de naissance de ce dernier.

Si les retouches apportées au chapitre de l'adoption n'avaient d'autre objectif que de préciser expressément la possibilité pour des conjoints de même sexe de se porter conjointement requérants à l'adoption, tel n'est pas le cas des changements intégrés au cadre juridique de la procréation médicalement assistée. Introduit au C.c.Q. à l'occasion de la réforme générale de 1994, ce cadre initial se limitait à cautionner, en quelques articles, le recours aux techniques d'«[...] insémination homologue, d'insémination hétérologue, de fécondation in vitro [et] de fécondation in vivo» (1), tout en prohibant de façon expresse la maternité de substitution, communément désignée sous le nom de «contrat de mère porteuse». Or, les modifications apportées en juin 2002 à ce cadre légal,

bien que passées presque inaperçues, soulèvent de grands enjeux juridiques et éthiques dont la portée dépasse largement la question de l'homoparenté (c'est-à-dire de la reconnaissance législative des parents de même sexe). Après avoir décrit succinctement la teneur de ces modifications, nous tenterons de dégager, en conclusion, quelques-unes des questions fondamentales éludées par le législateur.

De la procréation médicalement assistée à la procréation assistée

Le titre qui chapeaute les nouvelles règles a d'abord été modifié. Alors qu'en 1994, le législateur avait regroupé les dispositions pertinentes sous le titre «De la procréation médicalement assistée», le nouveau chapitre s'intitule maintenant «De la filiation des enfants nés d'une procréation assistée». En fait, le terme «médicalement» a tout simplement été gommé, l'apport génétique du tiers appelé à contribuer au projet parental d'autrui n'empruntant plus exclusivement la voie de l'insémination artificielle. Deux formes de procréation assistée sont désormais reconnues par la loi.

La procréation médicalement assistée

Les «forces génétiques» du tiers – selon les termes employés dans le C.c.Q. – peuvent d'abord provenir d'un don de sperme, don au moyen duquel la mère en devenir sera inséminée. On parlera alors de procréation «médicalement assistée», une expression justifiée par le contexte médical dans lequel l'insémination a généralement lieu.

L'enfant né à la suite d'un tel processus aura évidemment un lien de filiation avec sa mère. De même, le conjoint de la mère pourra devenir père de l'enfant, aux conditions prévues par le Code civil. Jusqu'ici, rien de nouveau par rapport au cadre juridique introduit en 1994. En effet, ce cadre permettait déjà au conjoint marié ou de fait de la mère de bénéficier d'un lien de filiation avec l'enfant conçu à même les gamètes du tiers donneur (2).

Le premier changement à noter concerne la reconnaissance expresse du projet parental d'une femme seule, de même que celui d'un couple de lesbiennes, changement à travers lequel on peut clairement percevoir la finalité qu'entend donner le Québec à la procréation assistée. Ainsi, le nouvel article 538 du Code civil énonce-t-il:

«Le projet parental avec assistance à la procréation existe dès lors qu'une personne seule ou des conjoints ont décidé, afin d'avoir un enfant, de recourir aux forces génétiques d'une personne qui n'est pas partie au projet parental».

Cette disposition doit être lue en conjonction avec le nouvel article 61.1 de la *Loi d'interprétation* (L.R.Q., c. I-16) qui, depuis juin 2002, définit le terme «conjoint» de manière très large. En effet, ce terme vise désormais les conjoints mariés, de même que ceux qui se sont unis aux termes d'une union civile, institution créée par le législateur québécois en réponse aux revendications égalitaires des couples de même sexe, alors privés du droit de convoler en justes noces par le droit fédéral (3).

Parallèlement, «[s]ont assimilés à des conjoints, à moins que le contexte ne s'y oppose, les conjoints de fait. Sont des conjoints de fait deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui font vie commune et se présentent publiquement comme un couple, sans égard, sauf disposition

contraire, à la durée de leur vie commune. Si, en l'absence de critère légal de reconnaissance de l'union de fait, une controverse survient relativement à l'existence de la communauté de vie, celle-ci est présumée dès lors que les personnes cohabitent depuis au moins un an ou dès le moment où elles deviennent parents d'un même enfant» (*Loi d'interprétation*, article 61.1, al. 2).

Avant l'adoption de tels paramètres législatifs, la majorité des cliniques de fertilité n'acceptaient d'intervenir qu'au seul profit des couples hétérosexuels souffrant d'un problème de stérilité. Au vu des changements décrits ci-dessus, celles-ci devront assurément revoir leurs pratiques. Eu égard aux nouvelles règles, il est évident que l'on ne peut plus concevoir la procréation médicalement assistée comme une alternative par défaut. Le processus fait désormais partie des options mises à la disposition des femmes seules et de *tous* les couples désireux d'avoir un enfant, quelle que soit leur orientation sexuelle. Même un couple hétérosexuel qui, en raison de certaines «caractéristiques héréditaires» potentiellement transmissibles dont l'un des conjoints (ou les deux!) est porteur, verrait dans l'insémination artificielle une façon de «bonifier» le bagage génétique de l'enfant à naître, ne pourrait s'en voir refuser l'accès. Pensons simplement au conjoint souffrant d'un problème d'alcoolisme ou d'obésité. Voilà un changement de paradigme absolument fondamental qui n'a pourtant fait l'objet d'aucun débat de fond.

Dans le cas d'un projet parental partagé par un couple de lesbiennes, la filiation de l'enfant sera établie suivant les mêmes modalités que celles applicables au couple hétérosexuel. La conjointe de la mère sera donc en droit d'obtenir le statut de parent à part entière, sans besoin de recourir au tribunal pour faire entériner son lien de filiation avec l'enfant. Si le couple est marié ou en union civile, la conjointe sera présumée co-mère de l'enfant, en vertu d'une présomption légale de parenté calquée sur la présomption de paternité que l'on reconnaît depuis toujours en droit matrimonial (4). Si le couple de lesbiennes vit plutôt en union de fait, aucune présomption de parenté ne trouvera application, mais la conjointe de la mère pourra volontairement reconnaître l'enfant en apposant simplement sa signature sur la déclaration de naissance à l'hôpital ou dans les jours suivants, comme le ferait un conjoint de fait hétérosexuel (5). Cette seule déclaration de naissance suffira à établir le lien filial de la conjointe avec l'enfant, sans qu'il ne lui soit nécessaire d'entreprendre des procédures d'adoption ou toute autre démarche.

Selon la loi, le donneur de sperme ne pourra en aucun cas revendiquer un lien de filiation avec l'enfant (6). Ici, le législateur reconduit le principe introduit en 1994. Bien sûr, la question est sans objet si le don de sperme est l'œuvre d'un donneur anonyme. Dans ce cas, les données nominatives le concernant resteront confidentielles, les banques de sperme ayant l'obligation de garantir l'anonymat des donneurs, du moins en principe (7).

Malgré tout, l'identité du donneur pourrait bien être connue. Pensons simplement au vieil ami qui accepterait de donner son sperme en toute générosité à la femme ou au couple désireux d'avoir un enfant. Or, dans ce cas également, tant l'enfant que ce vieil ami seront légalement privés du droit de revendiquer un lien de filiation.

La procréation «amicalement» assistée

La deuxième forme de procréation assistée reconnue par la loi depuis juin 2002 peut paraître plus inusitée que l'insémination artificielle, mais aussi... plus naturelle. Selon le Code civil, l'apport de

«forces génétiques» au projet parental d'autrui peut se faire au terme d'une simple relation sexuelle. Pour reprendre les termes utilisés en commission parlementaire, on pourrait désigner ce processus sous le nom de procréation «amicalement» assistée (8). L'ami dévoué intervient ici non pas seulement en qualité de donneur, mais de véritable géniteur, lors d'une relation sexuelle.

L'enfant né à la suite de cette relation sexuelle aura évidemment un lien de filiation avec la femme qui l'a porté. Par contre, si le projet parental est exclusif à la mère et que le géniteur en a été dûment avisé (9), l'enfant ne pourra chercher à faire établir un lien de filiation avec ce dernier, même s'il en connaît l'existence. Ainsi, la loi l'empêchera de réclamer la reconnaissance officielle de son «père biologique» devant les tribunaux et, incidemment, ne lui permettra jamais d'exercer les droits résultant d'une filiation dûment établie (10).

Dans la mesure où le projet parental n'est pas celui d'une femme seule mais d'un couple, le conjoint ou la conjointe de la mère deviendra le second parent de l'enfant. Son lien de filiation sera établi soit par le jeu de la présomption de parenté ci-dessus évoquée, si le couple est marié ou en union civile, soit à la suite d'une reconnaissance volontaire (signature de la déclaration de naissance) par le conjoint ou la conjointe, si le couple vit en union de fait.

Cependant, – et c'est ce qui distingue la procréation «amicalement assistée» de la procréation «médicalement assistée» –, le géniteur, contrairement à l'enfant, bénéficiera d'un délai d'un an à compter de la naissance pour réclamer un lien de filiation avec ce dernier et, le cas échéant, pour faire échec au lien filial préalablement établi avec le conjoint ou la conjointe de la mère. Le législateur préserve donc temporairement les droits de «l'ami dévoué» qui, suite à la naissance, pourrait bien se découvrir une vocation à la paternité. Ainsi, l'article 538.2 al. 2 énonce-t-il:

«[...] lorsque l'apport de forces génétiques se fait par relation sexuelle, un lien de filiation peut être établi, dans l'année qui suit la naissance, entre l'auteur de l'apport et l'enfant. Pendant cette période, le conjoint [ou la conjointe] de la femme qui a donné naissance à l'enfant ne peut, pour s'opposer à cette demande, invoquer une possession d'état conforme au titre».

Durant les douze mois qui suivent la naissance, le deuxième lien de filiation de l'enfant demeurera donc incertain et pourrait éventuellement faire l'objet de marchandages. En effet, le géniteur pourrait être tenté de négocier son inaction en échange d'une contrepartie financière. Une telle perspective, convenons-en, heurte nos valeurs les plus fondamentales. La filiation devient susceptible de négociations, sans que l'intérêt de l'enfant ne soit nécessairement pris en compte. Qui plus est, l'ensemble des tractations pourrait s'effectuer dans la clandestinité la plus totale, en marge de tout contrôle judiciaire, le tribunal n'ayant à intervenir qu'en cas de conflit entre les différents protagonistes.

On relèvera enfin que le délai d'une année dont dispose le géniteur commence à courir dès la naissance. Or, la mère pourrait fort bien ne jamais informer le géniteur de la naissance de l'enfant. Elle pourrait également décider de disparaître... sans laisser d'adresse. Quoiqu'il en soit, le géniteur perdra ses droits lorsque l'enfant fêtera son premier anniversaire de naissance... à moins de prouver qu'il n'a jamais été avisé de la nature de sa contribution, auquel cas il pourra réclamer la paternité de l'enfant au terme d'une action en revendication, laquelle se prescrit par 30 ans, selon les règles usuellement applicables en matière de filiation (C.c.Q., art. 531, 532 et 536).

Notons que certains juristes (11) ont déjà laissé entendre que le donneur *connu* disposerait des mêmes prérogatives que le géniteur durant l'année de la naissance, dans la mesure où l'insémination aurait été réalisée privément, dans un contexte intimiste, sans que les protagonistes n'aient eu recours aux services d'une clinique ou d'une autre institution médicale. Pensons à la mère qui, accompagnée de sa conjointe, s'insémine elle-même, au moyen d'une simple seringue. Eu égard au texte de la loi, une telle interprétation nous paraît difficilement soutenable. L'article 538.2 al. 2 C.c.Q. précité réfère bien à une *relation sexuelle*. Or, il est difficile de voir dans la pratique ci-dessus décrite une forme de relation sexuelle! Cela dit, on peut certainement déplorer le fait que le législateur n'ait pas attribué le même droit au donneur connu. En effet, il aurait été plus logique de reconnaître ce privilège à tous les tiers qui, quelle que soit la forme de leur contribution, sont connus de la femme ou du couple à l'origine du projet parental.

Et le contrat de mère de porteuse?

Curieusement, le législateur n'a pas modifié les dispositions relatives aux contrats de mère porteuse, lesquels demeurent toujours illicites. Ainsi, aux termes de l'article 541 C.c.Q., «[t]oute convention par laquelle une femme s'engage à procréer ou à porter un enfant pour le compte d'autrui est nulle de nullité absolue». Pourtant, à notre avis, le contrat de mère porteuse représente le pendant masculin de la procréation «amicalement assistée». Sur le plan des principes, on peut en effet assimiler le géniteur qui intervient au profit du couple de lesbiennes à la mère porteuse interpellée par un couple de gais. Combien de temps l'interdiction perdurera-t-elle? Nul besoin d'être devin pour en prédire l'abrogation à plus ou moins court terme.

En effet, en premier lieu, il est possible que les couples gais, qui ne peuvent avoir d'enfants que par l'intermédiaire d'un jugement d'adoption, se considèrent lésés par rapport aux couples de lesbiennes et cherchent à faire tomber l'interdiction en invoquant le droit à l'égalité garanti par l'article 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés (12).

Qui plus est, la nouvelle *Loi [fédérale] concernant la procréation assistée et la recherche connexe* (7) servira sans doute de point d'appui à cette abrogation dans la mesure où elle n'interdit nullement le recours aux mères porteuses mais ne fait qu'en prohiber la rétribution.

Conclusion

Les nouvelles dispositions du Code civil régissant la procréation assistée ont été adoptées dans un contexte orienté par les aspirations égalitaires des couples de même sexe. Pourtant, au-delà de l'homoparenté, la procréation assistée soulève des enjeux sociaux extrêmement importants sur lesquels le législateur québécois ne s'est pas donné le recul nécessaire.

La procréation assistée constitue une problématique en soi, qui aurait mérité un débat élargi, où l'ensemble des questions éthiques et juridiques susceptibles d'en résulter auraient pu être abordées. Pensons notamment à la finalité de l'institution: la procréation assistée aurait-elle dû demeurer une alternative mise à la disposition des couples infertiles seulement ou fallait-il vraiment, comme le législateur québécois l'a fait, l'ériger en une véritable option? Et que dire du couple hétérosexuel fertile qui voudra s'en prévaloir afin de «bonifier» le bagage génétique d'un enfant et des risques

de marchandages auxquels la filiation se voit désormais exposée, dans un contexte de procréation «amicalement assistée»?

De toute évidence, le débat est loin d'être terminé et le droit devra encore s'adapter aux progrès incessants dans le domaine de la procréation. Le cas de l'enfant né récemment aux États-Unis des suites de la transplantation des deux tiers de l'ovaire gauche de la jumelle de sa mère démontre bien la complexité du dossier. Le don d'un ovaire doit-il être assimilé à un apport de «forces génétiques» au sens du *Code civil du Québec*, comme l'est le don de sperme? Si oui, rien dans la loi québécoise ne restreindrait le droit d'une femme de 30 ans de faire don d'un ovaire à sa mère de 60 ans, désireuse d'avoir un autre enfant (13). Ne s'agissant pas d'une entente par laquelle «[...] une femme s'engage à procréer ou à porter un enfant pour le compte *d'autrui* [...]», mais pour son propre bénéfice, un tel arrangement ne contreviendrait nullement à l'actuelle disposition prohibant les contrats de mère porteuse (art. 541 C.c.Q.). Et que penser de la femme dans la jeune vingtaine qui, soucieuse de ne pas nuire à sa carrière, demanderait la congélation de l'un de ses ovaires dans le but d'en obtenir la transplantation à l'âge de 45 ans? Ces seules questions démontrent bien les enjeux éthiques et juridiques qui se pointent à l'horizon et l'insuffisance des débats qui ont précédé la réforme du 24 juin 2002.

**Docteur en droit, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et chercheur associé à la Chaire du Notariat.*

Références

- (1) *Commentaires du ministre de la Justice*, tome II. Québec: Publications du Québec, 1993, p. 61.
- (2). Ainsi, l'ancien article 539 du Code civil adopté en 1994 établissait la règle suivante: «Nul ne peut contester la filiation de l'enfant pour une raison tenant au caractère médicalement assistée de sa procréation et l'enfant n'est pas recevable à réclamer un autre état. Cependant, le mari de la mère peut désavouer l'enfant ou contester la reconnaissance s'il n'a pas consenti à la procréation médicalement assistée ou s'il prouve que l'enfant n'est pas issu de celle-ci».
- (3) Notons que l'union civile est néanmoins accessible aux couples hétérosexuels. Mentionnons également que les droits et obligations qui résultent de l'union civile sont, à quelques exceptions près, calqués sur ceux découlant du mariage.
- (4) C.c.Q., art. 525: «L'enfant né pendant le mariage [...] ou dans les trois cents jours après sa dissolution ou son annulation est présumé avoir pour père le conjoint de sa mère [...]».
- (5) C.c.Q., art. 538.1: «La filiation de l'enfant né d'une procréation assistée s'établit, comme une filiation par le sang, par l'acte de naissance [...]». Voir également C.c.Q., art. 113 et 108.
- (6) C.c.Q., art. 538.2: «L'apport de force génétique au projet parental d'autrui ne peut fonder aucun lien de filiation entre l'auteur de l'apport et l'enfant qui en est issu [...]».
- (7) C.c.Q., art. 542: «Les renseignements nominatifs relatifs à la procréation médicalement assistée d'un enfant sont confidentiels. Toutefois, lorsqu'un préjudice grave risque d'être causé à la santé

d'une personne ainsi procréée ou de ses descendants si cette personne est privée des renseignements qu'elle requiert, le tribunal peut permettre leur transmission, confidentiellement, aux autorités médicales concernées. (...)» Sous réserve de considérations médicales, la confidentialité des donneurs est également garantie par les articles 14 et suiv. de la nouvelle Loi [fédérale] concernant la procréation assistée et la recherche connexe, L.C. 2004, c. 2. Mentionnons également que l'article 17 de cette même loi prévoit la mise en place d'une agence gouvernementale [l'Agence canadienne de contrôle de la procréation assistée] qui aura notamment pour mandat de voir à la tenue d'un registre national où devront figurer «[...] les renseignements médicaux sur les donneurs de matériel reproductif humain et d'embryons in vitro, les personnes ayant eu recours à une technique de procréation assistée et les personnes qui sont issues d'une telle technique». Sur cette loi, voir Sébastien Lormeau, «Un premier cadre juridique national concernant le clonage humain et la procréation assistée au Canada», *L'Observatoire de la génétique*, no. 17, mai-juin 2004, disponible en ligne à:

http://www.ircm.qc.ca/bioethique/obsgenetique/cadrages/cadr2004/c_no17_04/c_no17_04_04.html

;

Natalie Ram et Françoise Baylis, «Embryons humains cryoconservés et recherche sur les cellules souches au Canada», *L'Observatoire de la génétique*, no. 16, mars-avril 2004, disponible en ligne à:

http://www.ircm.qc.ca/bioethique/obsgenetique/zoom/zoom04/Z_no16_04/z_no16_04_01.html;

et Sabrina Fortin, «Procréation assistée et agence canadienne de contrôle», *L'Observatoire de la génétique*, no. 14, novembre-décembre 2003, disponible en ligne à:

http://www.ircm.qc.ca/bioethique/obsgenetique/cadrages/cadr2003/c_no14_03/c_no14_03_02.html

(8) Voir Journal des débats, Commission permanente des institutions, 15 mai 2002, disponible en ligne à:

<http://www.assnat.qc.ca/fra/Publications/debats/journal/ci.htm>

(9) Pour que le cadre juridique de la procréation amicalement assistée puisse trouver application, il faut effectivement que le géniteur ait été avisé de la nature de sa contribution. Il doit savoir qu'il contribue «au projet parental d'autrui». Prétendre le contraire équivaldrait à attribuer au législateur l'intention de cautionner une duperie, au détriment du géniteur. Évidemment, puisque le législateur n'a prévu aucune règle particulière quant à la preuve du projet parental et quant à l'assentiment du géniteur, d'importantes difficultés de preuve pourraient éventuellement se poser en cas de litige.

(10) En effet, la mère ne pourrait vraisemblablement tenter, au nom de l'enfant, une action en réclamation de paternité contre le géniteur. On ne peut croire à l'efficacité des dispositions sur la procréation «amicalement» assistée que si le géniteur demeure à l'abri de toute action en réclamation de paternité. On ne saurait attribuer au législateur l'intention de permettre à la mère de renier l'exclusivité de son projet parental, aux dépens d'un homme auquel le législateur a manifestement reconnu ce qu'on pourrait qualifier «d'immunité filiale».

(11) Moore B. «Les enfants du nouveau siècle. Libres propos sur la réforme de la filiation», in: *Développements récents en droit de la famille 2002*. Cowansville: Éditions Yvon Blais, 2002, pp. 91-92.

(12) *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B

de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982), R.-U., c. 11]), art. 15(1): «La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques [...]».

(13) Notons, en effet, que l'article 19 du C.c.Q. permet à une personne majeure, apte à consentir, d'aliéner entre vifs une partie de son corps pourvu que le risque couru ne soit pas hors de proportion avec le bienfait qu'on peut raisonnablement en espérer.

Copyright ©2005 - L'Observatoire de la génétique / Centre de bioéthique, IRCM. Tous droits réservés.