

AVIS

L'auteur a autorisé l'Université de Montréal à reproduire et diffuser, en totalité ou en partie, par quelque moyen que ce soit et sur quelque support que ce soit, et exclusivement à des fins non lucratives d'enseignement et de recherche, des copies de ce mémoire ou de cette thèse.

L'auteur et les coauteurs le cas échéant, conservent néanmoins la liberté reconnue au titulaire du droit d'auteur de diffuser, éditer et utiliser commercialement ou non ce travail. Les extraits substantiels de celui-ci ne peuvent être imprimés ou autrement reproduits sans autorisation de l'auteur.

L'Université ne sera aucunement responsable d'une utilisation commerciale, industrielle ou autre du mémoire ou de la thèse par un tiers, y compris les professeurs.

NOTICE

The author has given the Université de Montréal permission to partially or completely reproduce and diffuse copies of this report or thesis in any form or by any means whatsoever for strictly non profit educational and purposes.

The author and the co-authors, if applicable, nevertheless keep the acknowledged rights of a copyright holder to commercially diffuse, edit and use this work if they choose. Long excerpts from this work may not be printed or reproduced in another form without permission from the author.

The University is not responsible for commercial, industrial or other use of this report or thesis by a third party, including by professors.

Université de Montréal

**Procréation assistée et filiation :
Enjeux et solutions en Suisse et au Québec**

Par :

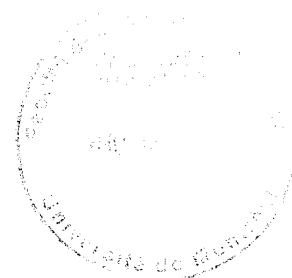
Deborah Anna Schorno

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de
Maîtrise en droit (LL.M.)
Option biotechnologies

Mars 2007

© Deborah Anna Schorno, 2007



Université de Montréal
Faculté des études supérieures

Ce mémoire intitulé :

**Procréation assistée et filiation :
Enjeux et solutions en Suisse et au Québec**

Présenté par :

Deborah Anna Schorno

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

M. Benoît Moore
Président-rapporteur

Mme Bartha Maria Knoppers
Directrice de recherche

M. Alain Roy
Membre du jury

Résumé

En janvier 2007, à 28 ans, Louise Brown est devenue maman¹. Trente ans, c'est le temps qu'il faut à une génération pour se renouveler. C'est aussi le temps, si bref à l'échelle de l'histoire, pour que les bouleversements induits par la science et les mœurs au XX^{ème} siècle modifient profondément le visage de la famille et de son ciment le plus intime, la filiation.

Ce travail rend compte de la manière dont le droit appréhende ces changements dans des sociétés occidentales de plus en plus tiraillées entre leurs racines judéo-chrétiennes et leurs aspirations technologiques. Il cherche à comprendre la place du droit dans les nouveaux édifices familiaux et à évaluer la qualité des solutions que celui-ci propose face aux enjeux multiples et complexes de la procréation assistée. Il s'attache pour ce faire à l'examen de deux juridictions partageant un héritage commun à bien des égards, mais suivant des voies normatives différentes : la Suisse et le Québec.

A ce titre, il définit des outils conceptuels nécessaires à la compréhension de la notion de filiation ; il rend compte de la façon dont le droit a manipulé ces outils en régissant l'établissement de la filiation, la preuve de la filiation et la procréation assistée à proprement parler ; et il conclut par une évaluation critique des solutions envisagées dans les deux systèmes étudiés.

Il met ainsi en exergue les enjeux de la procréation assistée pour le droit de la filiation et la grande palette de solutions législatives envisageables. Il démontre que deux systèmes de droit peuvent traduire des préoccupations partagées par des dispositions diamétralement opposées. En particulier, l'égalité, la liberté et le bien de l'enfant se concrétisent selon des conceptions distinctes. L'attachement aux institutions se manifeste à des degrés variables. Les innovations scientifiques sont accueillies avec un enthousiasme plus ou moins soutenu. Tous ces facteurs sont les déterminants des familles suisse et québécoise, qui, pour s'être longtemps ressemblées, prennent aujourd'hui des chemins différents...mais pas irrémédiablement irréconciliables.

Mots clé : Procréation assistée, famille, filiation, enfant, homosexualité

¹ <http://www.mamanpurlavie.com/fr/nouvelles/statique/nouvelles79.html> (Page consultée le 21 février 2007)

Summary

In January 2007, at the age of 28 years, Louise Brown became a mother¹. Thirty years is the necessary time for a new generation to bloom. It is a short period on the scale of human history, but it was enough to provoke the huge changes induced by science and manner evolutions during the XXth century and deeply modify the face of the family and its most intimate cement: the filial status.

This work presents the way in which Law apprehends these changes in Western societies that are increasingly torn between their Judeo-Christians roots and their technological aspirations. It seeks to understand the place of Law in new family structures and to evaluate the quality of the solutions that Law proposes to take the multiple and complex risks of assisted procreation into account. With this intention, it sticks to the examination of two places sharing a common heritage to many regards, but having different normative ways: Switzerland and Quebec.

To do so, it defines conceptual tools that are necessary for the very meaning of filial status to be understood. It accounts for the way in which Law handles these tools by governing the establishment of the filial status and its proof as well as assisted procreation. It concludes by a critical evaluation of the solutions under consideration in the two systems studied.

It thus highlights the risks of assisted procreation for Law and the large pallet of possible legislative solutions. It shows that two systems can translate shared concerns into diametrically opposite norms. In particular, equality, freedom and the best interest of the child are principles concretized according to distinct designs. The attachment to the institutions appears with variable degrees. The scientific innovations are accommodated with a more or less constant enthusiasm. All these factors have an important impact on families in Switzerland and in Quebec: after being similar for a long time, today they follow different paths... but these might not be irremediably irreconcilable.

Keywords : assisted procreation, family, filial status, child, homosexuality

¹ <http://www.mamanpourlavie.com/fr/nouvelles/statique/nouvelles79.html> (Last accessed: 21st February 2007)

Table des matières

Introduction générale.....	p. 1
1 ^{ère} Partie : Conceptualisation de la filiation.....	p. 3
I- Sémantique : ou comment distinguer engendrement, filiation et parentalité.....	p. 4
A) Définitions.....	p. 4
B) Relativité de l'équation.....	p. 5
C) La compréhension des mécanismes de la procréation et de la stérilité et leur rôle dans la relativisation de l'équation.....	p. 6
D) L'enseignement de la relativité de l'équation.....	p. 7
E) Conclusion.....	p. 8
II- Science : révolutions technologiques pour préoccupations séculaires.....	p. 9
A) La stérilité.....	p. 9
B) La procréation assistée.....	p. 11
1. Histoire de la procréation assistée.....	p. 11
2. Techniques de procréation assistée.....	p. 13
2.1 L'insémination artificielle.....	p. 13
2.2 La fécondation <i>in vitro</i>	p. 14
2.3 La maternité de substitution.....	p. 16
C) Quelles constellations parentales ?.....	p. 16
D) Et le futur ?.....	p. 19
E) Autres évolutions scientifiques intéressant la filiation.....	p. 21
1. Expertises traditionnelles.....	p. 21
2. Expertise d'ADN.....	p. 22
3. Enjeux de l'expertise d'ADN en matière de filiation.....	p. 24
F) Conclusion.....	p. 25
III- Société : la famille, immuablement changeante.....	p. 26
A) Définition.....	p. 26
B) Perspective historique.....	p. 28
C) Evolutions contemporaines.....	p. 32
1. En général.....	p. 32
2. L'union libre.....	p. 35
3. En résumé.....	p. 37
D) Conclusion.....	p. 37
2 ^{ème} Partie : Droit de la filiation.....	p. 38
I- Evolutions législatives.....	p. 38
A) En Suisse.....	p. 38
B) Au Québec.....	p. 40
II- L'établissement de la filiation.....	p. 44
A) En Suisse.....	p. 44
1. Filiation par le sang.....	p. 45
1.1 Filiation maternelle : <i>mater semper certa est</i>	p. 45

1.2	Filiation paternelle.....	p. 46
1.2.1	Présomption de paternité du mari.....	p. 46
1.2.2	Reconnaissance.....	p. 47
1.2.3	Jugement (action en paternité).....	p. 47
1.2.4	Conclusion.....	p. 49
1.3	Contestation de paternité.....	p. 50
1.3.1	Désaveu de paternité.....	p. 50
1.3.2	Contestation de la reconnaissance.....	p. 52
2.	Filiation par adoption.....	p. 53
2.1	Généralités.....	p. 53
2.2	Siège de la matière.....	p. 53
2.3	Aperçu du droit suisse de l'adoption.....	p. 54
2.3.1	Etablissement de la filiation adoptive.....	p. 54
2.3.2	Contestation de la filiation adoptive (annulation)	p. 56
3.	Questions particulières.....	p. 56
3.1	Procréation assistée.....	p. 56
3.2	Filiation homosexuelle.....	p. 57
3.2.1	Définition.....	p. 57
3.2.2	<i>Loi sur le partenariat enregistré entre personnes de même sexe.....</i>	p. 59
3.3	Connaissance des origines.....	p. 61
B)	Au Québec.....	p. 62
1.	Filiation par le sang.....	p. 63
1.1	Etablissement non judiciaire de la filiation	p. 63
1.1.1	Acte de naissance.....	p. 63
1.1.2	Possession d'état.....	p. 64
1.1.3	Présomption de paternité du conjoint.....	p. 65
1.1.4	Reconnaissance volontaire.....	p. 67
1.2	Etablissement judiciaire de la filiation.....	p. 67
1.2.1	Contestation de la filiation.....	p. 68
1.2.1.1	Contestation d'état.....	p. 68
1.2.1.2	Désaveu.....	p. 68
1.2.2	Action en réclamation ou en recherche de filiation.....	p. 69
1.3	Procréation assistée et filiation homosexuelle.....	p. 70
1.3.1	Modes d'établissement de la filiation.....	p. 70
1.3.2	Critiques.....	p. 75
2.	Filiation par adoption.....	p. 83
3.	Conclusion.....	p. 85
III-	La preuve de la filiation et la problématique du test d'ADN.....	p. 87
A)	Place de la preuve d'ADN.....	p. 89
1.	En Suisse.....	p. 89
2.	Au Québec.....	p. 90
B)	Traitement de la preuve d'ADN.....	p. 92
1.	Recevabilité.....	p. 92
1.1	En Suisse.....	p. 92
1.2	Au Québec.....	p. 94
2.	Force probante.....	p. 96
2.1	En Suisse.....	p. 97

2.2 Au Québec.....	p. 98
2.2.1 Avant 2002.....	p. 99
2.2.2 Depuis 2002.....	p. 99
2.2.3 Une pierre d'achoppement mal réglée : l'intérêt de l'enfant.....	p.100
2.2.4 En résumé.....	p.101
C) Conclusion.....	p.102
3 ^{ème} Partie : Normes propres à la procréation assistée.....	p.106
I- En.Suisse.....	p.106
A) Historique : les directives de l'ASSM et les législations cantonales.....	p.107
B) L'article 119 <i>Cst.féd.</i>	p.109
C) La <i>LPMA</i>	p.110
D) Conclusion.....	p.112
II- Au Québec.....	p.113
A) Au fédéral : la <i>Loi sur la procréation assistée</i>	p.113
1. Historique : la Commission royale d'enquête sur les nouvelles techniques de reproduction.....	p.113
2. Objectifs et principes.....	p.114
3. Interdits.....	p.115
4. Activités réglementées.....	p.116
5. Renseignements.....	p.116
6. Agence canadienne de contrôle de la procréation assistée.....	p.117
7. Mise en œuvre.....	p.118
8. Règlements.....	p.118
9. Silences de la Loi.....	p.119
B) Au provincial.....	p.119
1. Le <i>C.c.Q.</i>	p.119
2. Le <i>Projet de Loi n°89</i>	p.120
C) Conclusion.....	p.122
III- Comparaison des systèmes suisse et québécois	p.123
Conclusion générale.....	p.125

Table des abréviations

ADN	Acide désoxyribonucléique
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
art.	article
al.	alinéa
ASSM	Académie suisse des sciences médicales
BMS	Bulletin des médecins suisses
c.	contre
CC	Code civil suisse
C.c.Q.	Code civil du Québec
cons.	considérant
CRDE	Convention relative aux droits de l'enfant
Cst. féd.	Constitution fédérale de la Confédération suisse
et suiv.	et suivants
FF	Feuille fédérale
FIV	Fécondation in vitro
IA	Insémination artificielle
IAC	Insémination artificielle avec le sperme du conjoint
IAD	Insémination artificielle avec le sperme d'un donneur
ICSI	Intra Cytoplasmic Spermatozoon Injection
JT	Journal des tribunaux
lit.	littera
LPart	Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes de même sexe
LPMA	Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée
MESA	Micro-Epididymal Sperm Aspiration
NTR	Nouvelles technologies de reproduction/ Nouvelles techniques de reproduction
PA	Procréation assistée
PAA	Procréation amicalement assistée
PMA	Procréation médicalement assistée
Rev. can. D. Fam	Revue canadienne de droit familial
R.D. McGill	Revue de droit de McGill
R. du N.	Revue du Notariat
RDT	Revue de droit de la tutelle
R.D.U.S.	Revue de droit de l'Université de Sherbrooke
RGD	Revue générale de droit
RJN	Revue de jurisprudence neuchâteloise
RO	Recueil officiel
RS	Recueil systématique
TESA	Testicular Sperm Aspiration

Remerciements

Je tiens d'abord à remercier ma directrice de recherche, le Professeur Bartha Maria Knoppers, pour l'inspiration, les conseils et les encouragements prodigués lors de la conception et de la rédaction de ce travail.

Je remercie également toute l'équipe du projet Génétique et Société du Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal. Je garderai un souvenir chaleureux de nos stimulants échanges. Ma reconnaissance va en particulier à Me Yann Joly pour sa confiance et le riche apprentissage effectué au cours de notre collaboration.

Mes remerciements vont aussi au corps professoral et au personnel de la Faculté de droit, qui m'ont aidé par leurs contributions diverses à mener à bien ce travail. Je remercie encore l'Université de Montréal de m'avoir octroyé une bourse dont j'espère avoir su faire bon usage.

Je remercie enfin l'Institut de droit de la santé de l'Université de Neuchâtel pour la mise à disposition de sa bibliothèque.

La liste de mes remerciements ne serait en outre pas complète sans mentionner les proches qui ont contribué, chacun à leur façon, à faire de mon séjour à Montréal une réussite. Je remercie infiniment ma famille et en particulier mes parents pour leur soutien inconditionnel. Cette filiation là me porte depuis toujours... Ma gratitude va également à mes amis, rencontrés à Montréal ou venus m'y trouver, pour les moments de détente indispensables à un sain labeur.

Merci enfin à Florian, mon compagnon de route, pour sa présence, son amour et les débats passionnés qui ont ponctué notre vie à Montréal.

Je dédie ce mémoire à Rafaël, petit ange à la source de mes réflexions...

Méthodologie

Le présent mémoire explore les enjeux posés par la procréation assistée au droit de la filiation. Partant de la prémisse que la filiation est une notion multidimensionnelle et culturelle et que les bouleversements induits par les techniques d'assistance à la procréation exacerbent ces aspects plus qu'ils ne les causent, nous avons souhaité suivre une démarche à la fois interdisciplinaire et comparée. Notre choix s'est alors porté sur deux systèmes normatifs présentant une proportion intéressante de points de convergence et de divergence : la Suisse et le Québec.

Pour mener à bien cette étude, nous avons suivi une méthodologie de recherche classique. Le travail de documentation a été principalement effectué en bibliothèque et à l'aide des moteurs de recherche couramment employés aux Universités de Montréal et de McGill, pour le droit canadien, et aux Universités de Lausanne et de Neuchâtel, pour le droit suisse. Il a été complété par des recherches électroniques. La majorité des ouvrages étaient juridiques – législatifs, jurisprudentiels et doctrinaux. Quelques textes relevant d'autres disciplines, en particulier ceux nécessaires à la conception de la première partie du mémoire, ont fourni un caractère interdisciplinaire, à notre avis primordial, à la recherche.

Le résultat de notre recherche est divisé en trois parties. La première, d'ordre général, traite de la notion de filiation en abordant les principaux outils conceptuels nécessaires à un examen juridique étayé de la matière. Elle comprend une approche sémantique, une approche scientifique et une approche sociale de la problématique, trois éléments essentiels à une pleine compréhension des solutions juridiques élaborées en relation avec la filiation en général et la procréation assistée en particulier. Dans ce cadre, nous avons toutefois volontairement abandonné l'analyse des aspects éthiques relatifs aux techniques de procréation artificielle. En effet, outre le fait que cet aspect a été plus qu'abondamment traité en littérature, il constitue à notre avis un sujet en soi dont un simple survol ne permettrait pas de saisir la substance.

Dans la deuxième partie du travail, nous examinons le droit de la filiation positif, tel que codifié en Suisse et au Québec. Suivant une présentation en quinconce, nous mettons en exergue les points saillants des législations à l'étude pour illustrer l'impact des représentations conceptuelles de la filiation sur le droit.

Enfin, nous abordons dans la troisième partie du travail l'étude des normes propres à la procréation assistée. Cet examen s'avère en effet essentiel puisque ces lois comblent des lacunes du droit de la filiation. Il permet en outre d'affiner, en mettant en lumière l'attitude de chaque législateur face aux développements scientifiques, l'analyse des sensibilités présidant à la filiation et à sa réglementation dans le cadre de la procréation assistée.

Le mémoire tient compte des développements intervenus jusqu'au 1^{er} mars 2007.

Saraï, femme d'Abram, ne lui avait point donné d'enfants. Elle avait une servante égyptienne, nommée Agar. Et Saraï dit à Abram : « Voici, l'Eternel m'a rendue stérile; viens, je te prie, vers ma servante; peut-être aurai-je par elle des enfants ».

Genèse, 16.2

Introduction générale

Les nouvelles technologies de la reproduction¹ (NTR) ont à peine 30 ans, ce qui représente une génération à l'échelle de l'histoire de l'humanité. Pourtant, leur intégration dans la pratique scientifique, dans les mœurs puis dans le cadre normatif des pays occidentaux permet déjà de douter de la pertinence de l'adjectif « nouveau » pour les qualifier. En matière biomédicale, les étapes successives se raccourcissent et les innovations techniques se succèdent en effet de plus en plus vite². Pourtant, à l'heure où la déstructuration de concepts anciens concerne tous les domaines de la vie et de la connaissance humaine, ces changements ne sont pas simplement affaire de science. La nature, la société, l'Etat, la famille et l'individu sont en constante redéfinition. Ce processus plonge l'être humain dans un paradoxe difficile : le manque de maîtrise des conséquences interroge la maîtrise grandissante des causalités. Maintenant que nous pouvons développer des techniques qui nous transcendent, qu'allons-nous en faire ? Dans le domaine de la reproduction, cette question est particulièrement complexe du fait de sa dimension émotionnelle, pour ne pas dire sacrée.

Parce qu'elle se situe au carrefour des disciplines et à la croisée des intérêts, la procréation assistée soulève des enjeux aussi fondamentaux que diversifiés. Alors que la médecine, l'éthique et les sciences humaines offrent toutes leur grille d'analyse, les enjeux collectifs se mesurent à l'aune des libertés et droits individuels. Toute tentative de simplification du débat entourant la prise en compte équilibrée de la procréation assistée par le droit s'avère vaine et maladroite. La question de la filiation constitue une illustration particulièrement parlante de la complexité de ces problématiques. A la fois institutionnelle et profondément intime, elle est l'objet de toutes les revendications, souffre et s'enrichit d'une impossible neutralité.

Ce travail cherche à rendre compte des ambitions, des réalisations et des limites du droit au regard de la difficile régulation de la filiation des enfants nés d'une procréation assistée. Pour ce faire, nous procéderons à un examen juridique et comparatif. Nous aborderons ainsi la thématique sous l'angle du droit, sans pour autant négliger les autres composantes essentielles à une juste compréhension des solutions que celui-ci consacre. Nous suivrons en outre une

¹ On peut parler de « nouvelles technologies de la reproduction » ou de « nouvelles techniques de la reproduction ». Les deux termes peuvent s'utiliser indifféremment, mais nous nous plaisons à penser que le mot « technologie » traduit une idée d'innovation plus marquée que celui de « technique » qui semble faire référence à une maîtrise aboutie. D'autre part, le vocable peut être compris comme un synonyme de « procréation assistée ». Plurielle, l'expression de « NTR » rend mieux compte du fait que la procréation assistée recouvre différentes méthodes. Celle de « PA » a en revanche l'avantage de pouvoir englober, selon l'adverbe qui la caractérise, l'assistance médicale et l'assistance apportée dans le cadre d'une relation sexuelle. Nous utiliserons plus volontiers les termes « procréation assistée » pour coller aux dénominations légales les plus récentes.

² Claude HUMEAU et Françoise ARNAL, *La Procréatique, Les biotechnologies et la reproduction humaine, Histoire et éthique*, Montpellier, Sauramps Médical, 2003, p. 98

démarche comparative, parce qu'elle nous semble la plus à même de mettre en relief la complexité des enjeux et les difficultés liées à la confection de solutions légales satisfaisantes.

Dans ce but, nous proposons une étude en trois parties et autant de sous-parties. Après avoir défini le concept de filiation (1^{ère} partie) au moyen d'outils sémantiques (I), scientifiques (II) et sociologiques (III), nous proposerons une présentation et une analyse proprement juridique de la notion (2^{ème} partie) en explorant l'histoire du droit intéressant la filiation et la procréation assistée (I), le droit positif de l'établissement de la filiation (II) et la preuve de la filiation (III), en Suisse et au Québec. Nous finirons par explorer les normes propres à la procréation assistée (3^{ème} partie) en Suisse (I) et au Québec (II), avant de procéder, toutes cartes en main, à une comparaison des systèmes suisse et québécois (III) et à une conclusion générale.

Tout en tâchant de ne formuler qu'un jugement juridique sur la valeur intrinsèque des solutions proposées par les législateurs des deux juridictions à l'étude, nous souhaitons ainsi démontrer que la question de la filiation n'appelle aucune réponse évidente et aucune solution définitive ; que l'intervention du droit est à la fois nécessaire et limitée ; et que la concertation et la réflexion sur le sujet continuent à être essentielles. En effet, comme l'écrivit Jacques Foyer :

« Vers une nature complexe, [l]e droit avançait avec des idées simples. Mais cette vision simplificatrice (...) qui correspondait à une société stable et compartimentée, a peu à peu montré ses limites sous la double poussée des progrès de la biologie et de l'évolution des relations sociales.

La notion juridique de filiation, relativement simple à l'époque classique (...), est devenue sensiblement plus complexe à l'époque contemporaine, au moment même où la nature devenait plus intelligible.

Ainsi, si l'on met en perspective les notions classique et actuelle du droit de la filiation voit-on se succéder des réponses simples à des mystères impénétrables et des réponses complexes à des mystères élucidés. »³

³ Jacques FOYER, « La notion de filiation en droit », dans Lucette KHAÏAT (dir.), *Vérité scientifique, vérité psychique et droit de la filiation ; Actes du colloque IRCID-CNRS des 9, 10 et 11 février 1995*, Toulouse, Editions Erès, 1995, p. 21, à la p. 21

1^{ère} Partie : Conceptualisation de la filiation

La filiation est une notion multiforme, qui ne se laisse saisir par aucune science isolément. Sa compréhension nécessite au contraire le concours de différentes disciplines : la psychologie, l'anthropologie, la sociologie –pour ne citer qu'elles– contribuent toutes à la réflexion sur la filiation. Dans ce contexte, le droit joue un rôle à la fois secondaire et fondamental. Secondaire, parce qu'il n'intervient souvent qu'en épilogue, pour consacrer la réalité d'un lien individuel, créé entre un enfant et ses parents, et/ou d'une organisation sociale, mise en place par les membres d'un groupe humain. Fondamental néanmoins, en ce qu'il fait exister publiquement ce que l'intimité a engendré. Le droit est ainsi seul à pouvoir insuffler à la filiation une dimension institutionnelle, légitimée par l'interdépendance de la famille et de l'Etat : l'Etat a besoin de la famille, en tant que cellule structurante de la procréation, pour assurer sa continuité. La famille, elle, a besoin de l'Etat pour garantir, par le jeu d'une reconnaissance légale, sa protection. Lorsque la filiation est le fruit d'une procréation assistée, le rôle du droit gagne encore en importance. Dans ce cas, l'intervention de l'Etat est plus complète, puisque ce dernier contrôle l'accès à la parentalité au moyen de règles relatives à l'adoption et à la procréation assistée⁴.

Pour que l'étude du droit prenne tout son sens, nous avons cru bon de commencer par conceptualiser la filiation. Ce n'est en effet qu'en appréhendant ses multiples dimensions que nous pourrions évaluer pleinement la pertinence des solutions retenues par le droit et le rôle endossé par le législateur. Nous proposons donc un cheminement conceptuel en trois « S » : nous aborderons d'abord la filiation d'un point de vue sémantique, dans le but de lever certaines confusions langagières (I). Nous verrons que le vocabulaire employé pour rendre compte des différentes réalités de la filiation souffre d'une limitation sur laquelle la procréation assistée jette une lumière nouvelle. Nous examinerons ensuite les aspects scientifiques de la filiation (II). Nous rendrons compte dans un premier temps du rôle des connaissances médicales relatives à la procréation et la stérilité sur les représentations symboliques et les constructions sociales relatives à la filiation. Nous décrirons ensuite les révolutions scientifiques intéressant la filiation –procréation assistée et génétique– dans le but d'éclairer les juristes, sans excès de technicité, sur des mécanismes que la doctrine non spécialisée n'aborde souvent que trop brièvement. Nous finirons par rappeler l'évolution sociale de la famille, qui, d'un passé

⁴ Marie-France BUREAU, « L'union civile et les nouvelles règles de filiation : tout le monde à bord pour redéfinir la parentalité » dans Pierre-Claude LAFOND et Brigitte LEFEBVRE (dir.), *L'union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21^{ème} siècle, Actes du colloque du Groupe de réflexion en droit privé*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 385

lointain jusqu'à nos jours, a modulé de mille façons les attentes des sociétés et des individus par rapport à la filiation (III).

I- Sémantique : ou comment distinguer engendrement, filiation et parentalité

Dans le cadre des discussions entourant la procréation assistée, la réflexion relative à la filiation souffre souvent d'un manque de nuances alimenté par une conception figée de la notion⁵. Il ne semble donc pas inutile de distinguer les différentes composantes de la filiation et de rappeler que l'équilibre entre elles n'est pas immuable.

A) Définitions

L'engendrement est une notion biologique, qui se définit comme le fait de procréer ; il constitue une vérité fondamentale et peut-être la dernière frontière naturelle que la science n'a pas (encore ?⁶) réussi à franchir. La célèbre anthropologue française Françoise Héritier parle à ce sujet « d'invariant [7] biologique » ; « (...) il n'existe que deux sexes et leur rencontre (y compris la fusion des gamètes en laboratoire) est nécessaire dans l'acte de procréation »⁸.

La filiation est une notion juridique et construite⁹, que caractérise sa fonction. Consacrée par le droit, elle rattache l'individu à un groupe. Elle n'est pas toujours le reflet fidèle de la réalité biologique. Elle peut se fonder cumulativement, ou alternativement, sur une réalité « socio-affective »¹⁰, comme dans le cas d'une adoption, d'une procréation assistée avec donneur, d'un adultère dans le cadre du mariage ou de la reconnaissance d'un enfant par un homme qui n'en

⁵ Evoquant la reproduction biologique, Claude Humeau et Françoise Arnal disent qu'elle fonde un « ordre familial établi par un empirisme séculaire » : C. HUMEAU et F. ARNAL, *op. cit.*, note 2, p. 110. S'agissant de la procréation assistée, Marie-Thérèse Meulders-Klein parle d' : « événements décisifs qui donnent aujourd'hui le sentiment d'un point de rupture comme de non-retour en matière de procréation » : Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, « Adoption, procréations médicalement assistées et nouvelles parentalités : Approche juridique », dans Claudine BOURG (dir.), *L'infertilité; procréation médicalement assistée, adoption, filiation, questions éthiques, psychologiques, juridiques et scientifiques*, Montréal, ERPI, 1992, p. 49, à la p. 50

⁶ Le clonage reproductif permettrait de lever cette barrière. La procréation deviendrait un simple acte de « reproduction », ce dernier terme étant alors utilisé de façon appropriée : *infra*, p. 21

⁷ Un invariant est un donné commun dégagé des conceptions de sociétés diverses. L'invariant n'est pas forcément éternel, mais il est d'une grande stabilité : Françoise HERITIER, *Masculin/Féminin II, Dissoudre la hiérarchie*, Paris, Odile Jacob, 2002, p. 138

⁸ Françoise HERITIER, « Don et utilisation de sperme et d'ovocytes. Mères de substitution. Un point de vue fondé sur l'anthropologie sociale », dans *Actes du colloque Génétique, Procréation et Droit*, Arles, Actes Sud, 1985, p.239

⁹ Comme l'expose le Tribunal fédéral suisse dans l'ATF 108 II 344 : « La filiation est une notion juridique. Elle n'existe que si le droit la consacre. »

¹⁰ Marina MANDOFIA BERNEY, *Vérités de la filiation et procréation assistée, étude des droits suisse et français*, Genève, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 7. Cette définition distingue les éléments fondamentaux de la filiation qui seront le fil rouge de ce travail. Elle est également citée par : Philippe MEIER et Martin STETTLER, *Droit civil VI/1, l'établissement de la filiation (art. 252 à 269c CC)*, 3^e éd., Fribourg, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, 2005, p. 2

est pas le géniteur. La prépondérance accordée à l'une ou l'autre de ces réalités et leur pondération est une affaire essentiellement culturelle¹¹.

La parenté est un ensemble de règles qui gouvernent la filiation, la résidence et l'alliance¹².

La parentalité enfin est une notion sociologique, plus récente, apparue avec les familles recomposées. Elle permet de regrouper sous un même vocable des circonstances de fait. Elle désigne :

« les fonctions d'éducation, de soin, de nourriture, etc. qui reviennent aux adultes dans une famille. Ces fonctions peuvent être remplies par d'autres adultes que le père ou la mère (par exemple, par un beau-père ou une belle-mère). La transmission de la parentalité à un autre que le père ou à une autre que la mère ne modifie ni la filiation, ni la parenté »¹³.

B) Relativité de l'équation

La coïncidence entre engendrement, filiation et parentalité est loin d'être automatique. Si les nouveaux paradigmes dessinés par la procréation assistée en relation avec la filiation donnent un poids plus aigu à ces distinctions, ils n'en sont pas la cause. Selon Françoise Héritier, les nouveaux modes de procréation ne sauraient avoir d'influence sur le système de filiation : à moins de recourir au clonage ou d'instaurer la « République platonicienne »¹⁴, lesquels iraient jusqu'à supprimer le rapport des parents aux enfants et l'essence (bi)sexuée de la procréation, les variantes possibles dans l'établissement de ces systèmes de filiation ne sont en effet pas infinies¹⁵. L'inscription dans le biologique permet seulement de limiter le nombre de combinaisons possibles, sans déterminer laquelle d'entre elles sera privilégiée¹⁶. Françoise Héritier en recense six : la filiation bisexuée¹⁷ peut s'organiser selon un système « unilinéaire », parti- ou matrilineaire¹⁸ ; selon un système « bilinéaire », différencié ou indifférencié¹⁹ ; selon

¹¹ P. MEIER et M. STETTLER, *op.cit.*, note 10, p. 2

¹² Françoise HERITIER, *Masculin/Féminin ; la pensée de la différence*, Paris, Odile Jacob, 1996, p. 53

¹³ Marie-Blanche TAHON, *Vers l'indifférence des sexes ? Union civile et filiation au Québec*, Montréal, Éditions du Boréal, 2004, p. 41-42

¹⁴ Société utopique où les enfants sont coupés de leurs géniteurs et ont un lien de filiation avec l'Etat lui-même. Dans ce système, il n'y a plus de famille, de nom, de faits ou de qualités transmissibles : F. HERITIER, *op. cit.*, note 7, p. 218

¹⁵ F. HERITIER, *op. cit.*, note 12, p. 18, 37

¹⁶ *Id.*, p. 44

¹⁷ A l'époque de sa rédaction, l'ouvrage de Françoise Héritier n'abordait pas la question de la reproduction non bisexuée. Aujourd'hui, l'anthropologue considère toutefois que l'homoparentalité peut constituer un nouveau mode d'organisation de la filiation. Celui-ci ne répond à aucune des six combinaisons puisqu'il ne repose pas sur la reproduction bisexuée, mais il peut s'envisager en tant que règle d'aménagement de la vie et de la paix sociale. Voir : Dossier « Pour ou contre le mariage homosexuel et l'homoparentalité », *Philosophie Magazine* n°4, octobre-novembre 2006, p. 14-16, à la p. 14

¹⁸ Françoise HERITIER, *op. cit.*, note 12, p. 44-45 : L'individu est rattaché à un seul groupe, celui de son père ou de sa mère. Il se connaît des liens de consanguinité avec le groupe de parenté de l'autre parent, mais cela n'a aucune importance pour la détermination de la ligne d'appartenance et des droits qui y sont associés.

¹⁹ *Id.*, p. 44-46 : L'individu est rattaché aux deux groupes parentaux, les droits dérivant de chacune étant déterminés selon des règles variées. Dans un système différencié, les droits conférés dans chaque ligne

un système « alterné »²⁰ ; ou selon un système « parallèle »²¹. Cette recension des systèmes de filiation permet de mettre en évidence que le donné universel d'ordre biologique est un simple invariant offert à la réflexion des hommes sur eux-mêmes. De là, des systèmes différents sont bâtis, ce qui illustre à la fois le rôle limitatif du biologique dans le nombre de systèmes potentiels, et le fait que le système ne se réduit pas au biologique²².

« Dans la perspective naïve de l'illusion naturaliste, il y aurait une transcription universelle et unique (...) de faits considérés comme d'ordre naturel parce qu'ils sont les mêmes pour tout le monde. Mais en réalité, les caractères observés dans le monde naturel sont décomposés, atomisés en unités conceptuelles, et recomposés dans des associations syntagmatiques qui varient selon les sociétés. Il n'y a pas de paradigme unique. (...) L'inscription dans le biologique est nécessaire, mais sans qu'il y ait une traduction unique et universelle de ces données élémentaires. »²³

C) La compréhension des mécanismes de la procréation et de la stérilité et leur rôle dans la relativisation de l'équation

Puisque tout part du corps, les dysfonctionnements de celui-ci ont un impact important sur les représentations sociales de la filiation. Ainsi, la stérilité est tantôt mise en accusation, tantôt cachée, ce qui souligne à la fois le caractère fondamental de la reproduction pour une société humaine et la capacité à dépasser les limitations du corps grâce aux règles aménageant la filiation. La filiation se construit par ailleurs en fonction de ce que l'on sait des mécanismes de la reproduction. Même conçue comme un palliatif social à la stérilité physiologique, l'attribution de la filiation se calque donc sur des supposés biologiques –soit pour les respecter, soit pour les dépasser. C'est ainsi que l'évolution des connaissances biologiques sur la reproduction a influencé les conceptions sociales de la filiation des sociétés à travers le temps²⁴ comme à travers l'espace²⁵. Signe de maladie, d'impuissance ou châtiment divin, la stérilité a été l'objet de l'attention des médecins dans les civilisations les plus anciennes, même si

parentale seront différents, alors que dans un système indifférencié, les mêmes droits découleront des deux lignées. La filiation occidentale répond au modèle bilinéaire indifférencié.

²⁰ Françoise HERITIER-AUGE, « La cuisse de Jupiter », *L'homme*, n°94, 1985, p. 5, à la p. 6 et suiv. Les droits se transmettent de père en fille et de mère en fils.

²¹ *Id.* Les droits se transmettent de mère en fille et de père en fils.

²² F. HERITIER, *op. cit.*, note 12, p. 38-39

²³ *Id.*, p. 22

²⁴ Ce n'est que récemment que les mécanismes de la procréation ont été compris. Depuis l'Antiquité, de nombreuses théories se sont succédées pour les expliquer, avec un succès relatif. La plupart se basaient sur l'idée de la préformation de l'être et concevaient la mère comme un simple réceptacle. Ce n'est que suite à l'arrivée du microscope et à l'abandon de certains préjugés culturels que la réalité des deux apports parentaux a été comprise, au XIX^{ème} siècle. Au XX^{ème} siècle, les théories cellulaire et chromosomique et la notion d'hormone ont permis de lever tout à fait le voile sur les mécanismes procréatifs humains: C. HUMEAU et F. ARNAL, *op. cit.*, note 2, p. 9 et suiv.

²⁵ Chez les Samo du Burkina-Faso par exemple, l'homme stérile n'est pas découvert grâce à la coutume voulant que la femme ne rejoigne l'homme à qui elle a été promise qu'après la naissance de son premier enfant, fruit de ses amours prénuptiales avec un amant. De même, si les sangs des époux sont réputés ne pas aller ensemble, mais que ceux-ci ne souhaitent pas se séparer, une épouse légitime peut faire un enfant avec un autre, au bénéfice social de son mari : F. HERITIER, *op. cit.*, note 12, p. 75 et suiv.

l'ignorance des mécanismes de la procréation n'a pas permis la mise au point de remèdes véritablement efficaces avant la fin du siècle dernier²⁶. Les sociétés primitives ont souvent une conception de la stérilité analogue à celle qui prévalait en Occident jusque dans un passé récent: la femme stérile est généralement considérée comme un être incomplet et déficient, alors que la stérilité masculine est inexistante, la seule responsabilité de l'homme dans l'absence de grossesse étant l'impuissance²⁷.

Ainsi, si la stérilité fait l'objet de croyances très diverses selon les conceptions autonomes de chaque société, elle fait partout l'objet d'explications, même si celles-ci sont fondées sur l'observation empirique plus que sur des connaissances scientifiques vérifiables²⁸. Souci millénaire et universel, elle n'a certes pas fait de la filiation une institution largement détachée de la nature. Mais elle a sans doute exacerbé l'imagination des hommes dans la conception de systèmes de filiation «non biologiques» et permet de montrer l'importance sociale de la descendance, que de nombreux subterfuges visent à rendre possible si nécessaire. Toutes les sociétés distinguent la filiation sociale de la filiation biologique et instaurent un partage des rôles original entre différents adultes concernés, à un titre ou à un autre, par l'enfant.

D) L'enseignement de la relativité de l'équation

Ce bref aperçu anthropologique des notions d'engendrement, de stérilité et de leur agencement par les règles de filiation, s'il n'a aucunement pour but de proposer des modèles²⁹, permet néanmoins de mettre en relief la relative nouveauté de la problématique de la filiation dans le cadre de la procréation assistée. L'innovation ne réside pas dans la dissociation du biologique et du social, puisqu'il n'y aurait de fait aucune société qui ne distinguerait pas d'une façon ou d'une autre les rôles sociaux des «parents» de celui des géniteurs³⁰ (la confusion venant sans doute pour nous occidentaux de l'indistinction des mots utilisés pour désigner le «père» et la «mère»³¹). Ainsi :

«[t]ous les ersatz de la procréation naturelle que nous découvrons aujourd'hui ont — ou ont eu — peu ou prou des répondants institutionnels dans diverses sociétés historiques ou actuelles (...) sans le recours à

²⁶ C. HUMEAU et F. ARNAL, *op. cit.*, note 2, p. 43. Voir aussi : Severino ANTINORI, *Tout savoir sur la procréation assistée, Fécondation in vitro, SUZI, ICSI, hatching et, pour le futur, clonage thérapeutique ; Comment vaincre la stérilité*, Lausanne/Paris, 2003, p. 88

²⁷ F. HERITIER, *op. cit.*, note 12, p. 95; C. HUMEAU et F. ARNAL, *op. cit.*, note 2, p. 43 et suiv. Les Nuer d'Afrique occidentale constituent une exception frappante, puisque la femme mariée restée sans enfant retourne dans sa famille et y est considérée comme un homme, avec toutes les prérogatives qui sont associées à ce sexe. Le «service sexuel» est assuré par un serviteur, qui reçoit une vache en paiement à chaque nouvelle naissance : F. HERITIER, *op. cit.*, note 12, p. 229 et : F. HERITIER, *op. cit.*, note 7, p. 139

²⁸ F. HERITIER, *op. cit.*, note 12, p. 88-89

²⁹ La filiation étant essentiellement culturelle, il faut évidemment des solutions conformes à nos représentations du monde.

³⁰ F. HERITIER, *op. cit.*, note 12, p. 279

³¹ La procréation assistée pourrait effectivement rendre cette imprécision particulièrement problématique : *infra*, note 441

des artifices techniques qu'il était impossible de mettre en œuvre (...), le simple jeu de règles sociales (...) a concouru ici ou là à l'invention de situations originales qui pallient de fait la stérilité individuelle si elles n'ont pas cet objectif pour but : en effet, l'insémination par donneur, le don d'enfants, le déni de l'importance de la paternité ou de la maternité physiologiques, la descendance (sinon l'engendrement) post-mortem se pratiquent dans des sociétés considérées comme primitives. L'enfant n'y est pas toujours obligatoirement conçu dans le ventre de la "mère" et les parents peuvent être plus de deux. »³²

Ce qui est nouveau, du moins dans nos sociétés, c'est *l'ampleur* sans précédent de la dissociation entre les deux composantes de la filiation. Sans aller jusqu'à franchir la ligne du clonage³³, la procréation assistée permet aujourd'hui de se défaire de l'essence bisexuée de la procréation³⁴. Elle offre en outre la possibilité de privilégier *tantôt* le biologique, *tantôt* le social. Ainsi par exemple, la mère sociale pourra être tantôt celle qui fait porter son enfant génétique par une autre, tantôt celle qui porte l'enfant conçu grâce à l'ovule d'une donneuse³⁵. Ce constat trace les contours de l'élément déterminant de la réelle innovation sociale³⁶ de la procréation assistée : l'emphasis mise sur la *volonté* de ceux qui y ont recours³⁷. Dans ce contexte, les règles relatives à la filiation, initialement destinées à assurer le renouvellement et l'agencement harmonieux des membres de la société qu'elles servaient, sont de plus en plus conçues comme des moyens de concrétiser la volonté individuelle en une réalité reconnue par les tiers³⁸.

E) Conclusion

Ce préliminaire nous a permis de mettre en évidence les « véritables » nouveautés amenées par la procréation assistée dans le domaine de la filiation et a dégagé quelques pistes pour évaluer les solutions envisagées par les législateurs contemporains avec une perspective plus large et, nous l'espérons, plus équilibrée. Nous tâcherons donc de garder à l'esprit que la procréation assistée ne bouleverse pas l'essence sociale de la filiation, mais qu'elle permet de donner une nouvelle assise aux aménagements que celle-ci entérine. Ainsi, le biologique pourrait paradoxalement faire émerger des constructions sociales qui, dans leurs effets, s'en distancient

³² F. HERITIER, *op. cit.*, note 12, p. 279

³³ En plus de dissocier engendrement et copulation, le clonage dissocierait engendrement et procréation sexuée ; *infra*, p. 20-21

³⁴ Si le simple jeu de règles sociales permet effectivement de s'en tenir à l'essence bisexuée de la filiation dans les cas où la PA procurent une aide à la conception à des couples hétérosexuels, ce postulat paraît plus difficile à admettre dans les cas où elles rendent possibles la filiation monoparentale ou homoparentale. Seule la fusion des gamètes respecte encore la procréation bisexuée, mais elle ne se reflète plus du tout dans le schéma social de l'enfant. *infra*, la situation légale au Québec, p. 62 et suiv.

³⁵ F. HERITIER, *op. cit.*, note 12, p. 281. Cette idée figure également dans : F. HERITIER, *op. cit.*, note 7, p. 217

³⁶ Leur dimension scientifique étant incontestablement inédite : *infra*, p. 9 et suiv.

³⁷ F. HERITIER, *op. cit.*, note 12, p. 281

³⁸ F. HERITIER, *op. cit.*, note 7, p. 217 ; sur ce phénomène d'individualisation de la famille et des règles qui la régissent, voir aussi : Jean PINEAU, *La famille : droit applicable au lendemain de la « Loi 89 »*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1983, p. 4-5

de plus en plus³⁹. Il pourrait également contribuer⁴⁰ à redéfinir radicalement la finalité de la filiation, en se mettant au service exclusif de la volonté individuelle.

II- Science : révolutions technologiques pour préoccupations séculaires

Dès la fin des années 1960, plusieurs développements scientifiques parallèles ont concouru à la redéfinition conceptuelle de la notion de filiation. L'apparition et le perfectionnement des technologies de reproduction assistée ont permis d'offrir une alternative à l'adoption aux couples en mal d'enfant, ouvrant une nouvelle dimension de choix dans la vie familiale⁴¹. De l'autre côté, les progrès de la science génétique ont permis pour la première fois dans l'histoire de l'humanité d'avoir une certitude presque absolue en matière de paternité et de maternité. Ces avancées n'ont toutefois pas suscité de désirs inédits dans l'histoire de l'humanité. La science a simplement fourni le savoir-faire technique permettant de répondre à des préoccupations millénaires. En effet, si une profonde ignorance des mécanismes de la procréation a prévalu jusque dans un passé récent, l'intérêt pour ces questions n'en pas moins été considérable depuis l'Antiquité et les efforts déployés pour contrôler la reproduction se sont succédés, avec des résultats plus ou moins probants.

A) La stérilité

La stérilité est l'incapacité pour un être vivant de procréer. Elle peut être due à des troubles fonctionnels, à des lésions organiques des organes génitaux ou à une stérilisation volontaire. On considère généralement qu'il y a stérilité lorsque des partenaires hétérosexuels en âge de procréer entretiennent des relations sexuelles régulières pendant un à deux ans sans contraception et qu'aucune grossesse ne s'en suit⁴². Aujourd'hui, on connaît un grand nombre de facteurs déterminants, mais environ 15% des infertilités sont encore inexplicables⁴³. On distingue l'infécondité, qui désigne le fait de ne pas avoir procréé, de la stérilité (ou infertilité), qui est l'incapacité à procréer⁴⁴. Contrairement aux conceptions qui ont prévalu pendant des

³⁹ Pensons par exemple à la maternité conjointe de deux femmes. Grâce à la procréation assistée, l'une d'elles au moins pourra avoir un lien biologique avec l'enfant, sans la moindre participation masculine, alors que, biologiquement, il serait impossible que deux femmes puissent avoir un enfant *ensemble*. Sans cela, on pourrait bien sûr imaginer une telle filiation homoparentale, mais l'une des partenaires devrait se résoudre à entretenir des rapports sexuels avec un homme et des constructions *sociales* seraient nécessaires à l'attribution de la filiation pour parvenir au même résultat.

⁴⁰ Nous verrons cependant que la procréation assistée participe d'un processus d'individualisation plus large. *infra*, p. 32 et suiv.

⁴¹ *Infra*, les évolutions décrites p. 26 et suiv.

⁴² Cette définition a été celle notamment de la Commission Royale du Canada sur les nouvelles techniques de reproduction. 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*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1993, p. 212

⁴³ C. HUMEAU et F. ARNAL, *op. cit.*, note 2, p. 46

⁴⁴ *Id.*, p. 47

millénaires, la « responsabilité » de la stérilité est également partagée entre les sexes⁴⁵ et environ 17% des infertilités sont attribuables à des dysfonctionnements chez les deux partenaires⁴⁶. La stérilité peut aussi être due à une incompatibilité des deux partenaires, certaines « faiblesses » de l'appareil reproductif pouvant être compensées par les « qualités » de certaines partenaires (un sperme de faible qualité par exemple pourra peut-être féconder une femme ayant un mucus cervical*⁴⁷ particulièrement actif)⁴⁸. Les taux d'infertilité dans les pays industrialisés sont de l'ordre de 12%⁴⁹ à 20%⁵⁰, avec une hausse massive observée depuis deux générations⁵¹. Les causes de cette augmentation sont multiples et ne sont pas toujours bien comprises. Sont incriminés notamment l'ajournement des projets parentaux, le stress, la prise de médicaments et le contact répété avec une multitude de polluants et de produits chimiques. Certaines habitudes néfastes, telles que la consommation régulière de tabac, d'alcool ou de stupéfiants, la multiplicité des partenaires sexuels, susceptible d'augmenter la propagation d'infections, la sédentarité et les régimes alimentaires draconiens sont également en cause⁵². Chez la femme⁵³, les dysfonctionnements dans les changements hormonaux qui interviennent pendant les différentes phases du cycle menstruel sont la forme d'infertilité la plus courante. Viennent ensuite les altérations tubaires et utérines. Il arrive aussi que l'infertilité soit imputable à des blocages psychologiques et, éventuellement, à des facteurs génétiques. Chez l'homme⁵⁴, la stérilité se traduit généralement, outre les cas de déficiences de l'appareil génital, par la mauvaise qualité du sperme, suivant des degrés de gravité divers : l'absence totale de spermatozoïdes* dans le liquide séminal (azoospermie*) ; la réduction du nombre de spermatozoïdes (oligozoospermie*) ; la diminution de la mobilité spermatique (asthénospermie*) ; les anomalies morphologiques des spermatozoïdes (téartospermie*). Là aussi, certains facteurs génétiques sont déterminants. Notons que

⁴⁵ S. ANTINORI, *op. cit.*, note 26, p. 90

⁴⁶ *Id.*, p. 90

⁴⁷ Les * renvoient au glossaire situé à la fin de ce travail. Les mots définis dans le glossaire ne sont marqués d'une * que lorsqu'ils apparaissent dans le texte pour la première fois.

⁴⁸ S. ANTINORI, *op. cit.*, note 26, p. 91

⁴⁹ Au Canada, la Commission Royale sur les nouvelles techniques de reproduction avançait en 1991 que l'infertilité touchait 8,5% des couples canadiens en âge de procréer. Ces chiffres, qui datent de 1991, ont été revus à la hausse : Santé Canada les évaluait à 12,5% en 2003. Voir : Glenn RIVARD et Judy HUNTER, *The Law of Assisted Human Reproduction*, Lexis Nexis Butterworths, 2005, p. 4. En Suisse, 1 couple sur 6 était suivi pour des problèmes de stérilité en 2003 (ce chiffre n'inclut donc pas les couples stériles non suivis) : Michael K. HOHL, « La situation de la procréation médicalement assistée en Suisse », Forum Med Suisse, n°16, avril 2003. [en ligne]. http://www.medicalforum.ch/pdf/pdf_f/2003/2003-16/2003-16-559.PDF (Page consultée le 8 août 2006)

⁵⁰ S. ANTINORI, *op. cit.*, note 26, p. 5

⁵¹ *Id.*, p. 84

⁵² *Id.*

⁵³ *Id.*, p. 92-97

⁵⁴ *Id.*, p. 96 et suiv. ; C. HUMEAU et F. ARNAL, *op. cit.*, note 2, p. 46 et suiv.

l'infertilité peut être temporaire et réversible, notamment si elle est due à l'exposition des testicules* à certaines sources de chaleur.

Les traitements de première ligne contre l'infertilité sont de nature chirurgicale et pharmacologique. Chez la femme, la chirurgie peut pallier à une occlusion tubaire et l'administration d'hormones peut stimuler une ovulation déficiente⁵⁵. Chez l'homme, le recours à la chirurgie peut être utile en cas de varicocèle* ou d'occlusion de l'épididyme*⁵⁶. Les thérapies pharmacologiques sont d'une moindre efficacité que chez la femme, mais peuvent parfois contribuer à une amélioration de la spermatogenèse*⁵⁷. Lorsque les résultats de ces méthodes sont d'une efficacité limitée, on recourt à la procréation assistée.

B) La procréation assistée

De tous temps, l'Homme a cherché à exercer un contrôle sur ses facultés procréatrices. Pour y faire obstacle, la stérilisation, l'avortement, les contraceptifs (préservatifs, spermicides, abstinence) ont été utilisés dès l'Antiquité, avant que le XX^{ème} siècle n'apporte des solutions contraceptives plus simples et plus fiables (stérilet, pilule contraceptive)⁵⁸. Pour les stimuler, l'imagination humaine a été tout aussi fertile. De l'approximative pharmacopée des Anciens en passant, plus récemment, par l'hormonothérapie ou la chirurgie, ce n'est toutefois que depuis 30 ans que les techniques de procréation assistée ont apporté une solution véritablement révolutionnaire aux problèmes de stérilité⁵⁹.

1. Histoire de la procréation assistée

Selon le Professeur Antinori, spécialiste italien de la procréation assistée aussi éminent que controversé⁶⁰, les premiers récits faisant état de procréations assistées se trouvent dans la Bible ; Abraham serait le père comblé de Ismaël grâce au recours à une « mère porteuse », sa servante Agar, et de Isaac, grâce à la maternité tardive de sa femme Sara, à l'âge avancé de 90 ans⁶¹. La vierge Marie est également citée en exemple pour être devenue mère en l'absence de tout

⁵⁵ S. ANTINORI, *op. cit.*, note 26, p. 94

⁵⁶ *Id.*, p. 99

⁵⁷ *Id.*, p. 101

⁵⁸ C. HUMEAU et F. ARNAL, *op. cit.*, note 2, p. 54 et suiv.

⁵⁹ *Id.*, p. 59 et suiv. Pour plus de détails sur les indications de ces traitements : *infra*, p. 13 et suiv.

⁶⁰ Sont en cause en particulier son parti-pris pour le clonage et ses succès auprès des mères ménopausées. Voir par exemple : Cyberpresse. « Une femme britannique accouche à 63 ans », 7 juillet 2006. [en ligne]. <http://www.cyberpresse.ca/article/20060707/CPINSOLITE/60707135/5406/CPINSOLITE> (Page consultée le 31 juillet 2006) et Dominique MURET, « Le papa des enfants impossibles », *L'Humanité*, 2001. [en ligne]. <http://www.humanite.presse.fr/journal/2001-08-09/2001-08-09-248560> (Page consultée le 31 juillet 2006)

⁶¹ S. ANTINORI, *op. cit.*, note 26, p. 86-87. Cet épisode est rappelé également par : G. RIVARD et J. HUNTER, *op. cit.*, note 49, p. 3

rapport sexuel, avec « l'assistance » du Saint-Esprit⁶². Plus sérieusement, les premières tentatives de procréation assistée ont été généralement clandestines et ont pris la forme de l'insémination artificielle, laquelle, en raison de sa relative simplicité, a dû être pratiquée en tout cas dès le Moyen-Âge⁶³. Des cas d'inséminations sont documentés dès le XVIII^{ème} siècle, d'abord sur des animaux (en 1777, un biologiste italien est le premier à documenter une insémination artificielle réussie sur une chienne), puis sur des humains (en 1791, un médecin anglais permet à des époux dont le mari souffre d'une malformation d'enfanter. A la même époque, un rapport anonyme rapporte une naissance humaine obtenue grâce à ce procédé et coûte au médecin français soupçonné d'avoir pratiqué l'insémination sur sa femme sa chaire à la Sorbonne. En 1884, un étudiant fournit le premier don de sperme fructueux des Etats-Unis)⁶⁴. Ce n'est que dans les années 1970, suite en particulier à la maîtrise de la congélation des gamètes dans l'azote liquide, dès 1963, que l'insémination artificielle devient une technique de routine⁶⁵.

Les premiers essais de fécondation *in vitro* sur des mammifères remontent à la fin du XIX^{ème} siècle et la première naissance animale est obtenue en 1954⁶⁶. Si des essais humains sont relatés dès 1944⁶⁷, c'est le scientifique italien Petrucci, qui, en 1961, filme la première rencontre d'un ovule et d'un spermatozoïde hors du corps humain⁶⁸. En 1964, Petrucci prétend qu'il a réussi à obtenir 26 naissances humaines. Il sera mis à ban par la communauté scientifique⁶⁹. Il semblerait néanmoins qu'il ait inspiré les travaux lancés dès 1964 par les médecins britanniques Edwards et Steptoe, travaux qui aboutissent, le 25 juillet 1978, à la naissance de Louise Brown, premier bébé incontestablement conçu en éprouvette⁷⁰. Depuis, la procréation assistée est entrée dans les esprits et dans les mœurs et plus d'un million de naissances à travers le monde ont déjà été recensées⁷¹. De nouveaux progrès ne cessent d'améliorer les techniques⁷² et ce n'est sans doute pas terminé⁷³.

⁶² Cet exemple est donné aussi par : Lucette KHAÏAT, « Le lien de filiation, empreinte du gène ou empreinte du souffle ? », dans L. KHAÏAT, *op. cit.*, note 3, p. 313, à la p. 316

⁶³ C. HUMEAU et F. ARNAL, *op. cit.*, note 2, p. 63 ; Dominique MANAIÏ, *Les droits du patient face à la biomédecine*, Berne, Stämpfli, 2006, p. 313

⁶⁴ S. ANTINORI, *op. cit.*, note 26, p. 105-106 ; C. HUMEAU et F. ARNAL, *op. cit.*, note 2, p. 63 ; D. MANAIÏ, *op. cit.*, note 63, p. 313

⁶⁵ C. HUMEAU et F. ARNAL, *op. cit.*, note 2, p. 63 ; D. MANAIÏ, *op. cit.*, note 63, p. 314

⁶⁶ C. HUMEAU et F. ARNAL, *op. cit.*, note 2, p. 65

⁶⁷ *Id.*, p. 65

⁶⁸ S. ANTINORI, *op. cit.*, note 26, p. 107

⁶⁹ *Id.*, p. 108

⁷⁰ *Id.*, p. 109-110 et : G. RIVARD et J. HUNTER, *op. cit.*, note 49, p. 15

⁷¹ Jean MARTIN, « Biomédecine et procréation », *Revue Médicale Suisse* n°6, 9 février 2005 ; D. de ZIEGLER et al., « Endocrinologie gynécologique et infertilité à la lumière de vingt ans de FIV », *Revue médicale suisse*, n°53, 15 février 2006. Voir : Site de la Revue médicale suisse. [en ligne]. <http://www.revmed.ch>

2. Techniques de procréation assistée⁷⁴

Les techniques de procréation assistée se caractérisent par le fait qu'elles font intervenir un ou plusieurs tiers dans l'acte procréatif : le médecin devient partie intégrante du processus⁷⁵, un à deux donneurs de gamètes* pouvant se joindre à lui pour réaliser une grossesse. Ainsi, la procréation assistée dissocie la reproduction de l'acte sexuel, permettant de pallier ponctuellement l'infécondité, sans toutefois guérir l'infertilité⁷⁶. Le vocable recouvre principalement trois méthodes⁷⁷, de complexité croissante.

2.1 L'insémination artificielle

L'insémination artificielle (IA) consiste à introduire du sperme dans la cavité utérine d'une femme aux fins de conception. Le sperme est obtenu par masturbation avant d'être injecté dans l'utérus à l'aide d'une seringue ou d'un cathéter⁷⁸. De toutes les techniques de procréation assistée, l'IA est à la fois la plus ancienne, la plus facile à pratiquer⁷⁹ et la moins « artificielle ». En effet, seul le dépôt de sperme nécessite une assistance technique, la fécondation elle-même ayant lieu naturellement, dans le corps de la femme. Toutefois, l'IA connaît divers degrés de technicité : le site de dépôt de la semence comme l'origine de celle-ci peuvent varier. Le sperme peut être déposé dans le vagin, dans le canal cervical (insémination intra-cervicale) ou directement dans la cavité utérine (insémination intra-utérine)⁸⁰. L'insémination est dite homologue lorsque la femme est inséminée avec la semence de son partenaire (insémination avec le sperme du conjoint, IAC) et hétérologue lorsque le sperme provient d'un donneur (insémination avec le sperme d'un donneur, IAD). Les indications sont nombreuses⁸¹ : chez la

⁷² Pensons simplement à l'avènement de la cryopréservation, qui permet aujourd'hui d'éviter aux femmes de devoir repasser par un processus de stimulation en cas d'échec et qui permet aux hommes d'anticiper des lésions stérilisantes. La cryopréservation pose son lot de questions éthiques, notamment en relation avec les embryons surnuméraires. Ceci est toutefois un autre débat. Voir : G. RIVARD et J. HUNTER, *op. cit.*, note 49, p. 99 et suiv.

⁷³ *Infra*, p. 21

⁷⁴ La plupart des ouvrages traitant du droit de la procréation assistée contiennent une partie explicative, souvent sommaire. Pour un exemple récent : G. RIVARD et J. HUNTER, *op. cit.*, note 49, p. 6-8. Nous souhaitons accorder une place plus importante à l'explication de ces techniques, souvent mal connues des juristes.

⁷⁵ Nous verrons cependant que le droit québécois ne considère plus ce facteur comme caractéristique de la procréation assistée : *infra*, p. 70 et suiv.

⁷⁶ C. HUMEAU et F. ARNAL, *op. cit.*, note 2, p. 63. Dans les cas où l'impossibilité de procréer ne se situe pas à un niveau médical (personne seule, couple homosexuel par exemple), la remarque s'applique par analogie.

⁷⁷ Notons que la méthode des transferts intra-tubaires (ou Gift, Gamete intra fallopian transfer), qui consiste à stimuler les gamètes *in vitro*, avant de les placer séparément dans les trompes, ne se pratique pratiquement plus. Voir : S. ANTINORI, *op. cit.*, note 26, p. 143 et P. MEIER et M. STETTLER, *op. cit.*, note 10, p. 94

⁷⁸ C. HUMEAU et F. ARNAL, *op. cit.*, note 2, p. 63

⁷⁹ *Supra*, p. 11-13. Mentionnons à cette occasion que l'insémination peut même être « artisanale », c'est-à-dire pratiquée dans un cadre privé et non médical.

⁸⁰ S. ANTINORI, *op. cit.*, note 26, p. 131 ; C. HUMEAU et F. ARNAL, *op. cit.*, note 2, p. 63-64

⁸¹ S. ANTINORI, *op. cit.*, note 26, p. 131 ; C. HUMEAU et F. ARNAL, *op. cit.*, note, p. 64

femme, l'IA peut éviter des rapports sexuels douloureux en cas de vaginisme* ; l'insémination intra-utérine permet de lever l'obstacle d'une glaire cervicale imperméable ou d'une lésion du col de l'utérus. Plus loin de considérations d'ordre médical, l'IA permet aussi d'obtenir une grossesse lorsque l'absence de partenaire masculin est à l'origine de l'impossibilité de devenir mère (femme célibataire, lesbienne ou conjoint décédé). Chez l'homme, elle vient au secours de spermatozoïdes de faible qualité, en raccourcissant le trajet de spermatozoïdes peu durables. Elle peut pallier également à des dysfonctionnements érectiles ou éjaculatoires. Elle permet de s'assurer une descendance dans les cas où le sperme est congelé en prévision d'un traitement médical stérilisant. Aujourd'hui, les progrès effectués grâce à de nouvelles méthodes de micro-injection permettent cependant de traiter presque la totalité des cas d'infertilité masculine due à une faible qualité spermatique sans recourir à un don de sperme⁸². L'IAD permet enfin d'éviter la transmission aux enfants de maladies génétiques graves par l'homme qui en est porteur. Là aussi, la sophistication des techniques permet toutefois aujourd'hui de se passer d'un don de sperme, au profit de tests de dépistage génétique performants⁸³. L'IA connaît un taux de réussite plutôt modeste, de l'ordre de 15% par tentative⁸⁴.

2.2 La fécondation *in vitro*

Lorsque l'IA n'est d'aucun secours, on peut franchir un seuil de technicité supplémentaire et se tourner vers la fécondation *in vitro*. Cette méthode peut se définir comme l'union extracorporelle d'un ovule et d'un spermatozoïde, suivie de la réimplantation par la voie vaginale de l'ovule dans la cavité utérine de la femme (transfert d'embryon, TE)⁸⁵. Pour l'homme, la procédure est la même que pour une insémination artificielle. Pour la femme, la FIV est plus lourde, puisqu'elle nécessite une stimulation ovarienne et une ponction des ovules produits⁸⁶. Une fois que les gamètes ont été prélevés chez les deux partenaires –le cas échéant chez le(s) donneur(s)–, ils sont mis en présence et mélangés dans un incubateur. Si la fécondation a eu lieu, l'embryon sera transféré dans l'utérus de la femme entre son 2^{ème} et 7^{ème} jour de développement⁸⁷. En raison des faibles proportions de nidation, on transfère

⁸² S. ANTINORI, *op. cit.*, note 26, p. 132. *Infra*, la méthode ICSI, p. 15

⁸³ Diagnostic prénatal* et, surtout, diagnostic préimplantatoire*. Voir : Jean-Yves NAU, « Diagnostic prénatal versus diagnostic préimplantatoire (1) », *Revue Médicale Suisse*, n°2433, 16 avril 2003 ; Jean-Yves NAU, « Diagnostic prénatal versus diagnostic préimplantatoire (2) », *Revue Médicale Suisse*, n°2434, 23 avril 2003 ; Jean-Yves NAU, « Diagnostic prénatal versus diagnostic préimplantatoire (3) », *Revue Médicale Suisse*, n°2437, 14 mai 2003

⁸⁴ S. ANTINORI, *op. cit.*, note 26, p. 131

⁸⁵ *Id.*, p. 131 et suiv. et : C. HUMEAU et F. ARNAL, *op. cit.*, note 2, p. 65 et suiv.

⁸⁶ Aujourd'hui, la récolte des ovules est toutefois moins incisive que par le passé : la ponction par voie vaginale à l'aide d'une aiguille a remplacé le prélèvement chirurgical par voie abdominale.

⁸⁷ Lorsque l'embryon est implanté tout de suite après la conception, on parle de FIVETE. Aujourd'hui, la FIVETE n'est plus forcément la règle dans de nombreux pays, puisque les embryons peuvent être conservés

généralement plusieurs embryons dans l'espoir que l'un d'eux au moins se nichera. S'il reste des embryons, ils seront souvent congelés⁸⁸ en vue d'une nouvelle tentative ou d'une nouvelle grossesse. La FIV offre également un large éventail de possibilités, avec divers paliers de sophistication. Comme l'IA, elle peut être homo- ou hétérologue, selon que l'ovule* utilisé provient de la femme implantée ou d'une donneuse⁸⁹. Notons que, bien que la distinction entre homo- et hétérologue ne fasse pas référence à l'apport masculin dans ce cas, le sperme peut aussi être –ou non– celui d'un donneur. Dans les cas où le matériel génétique féminin *et* masculin provient d'un don, on parle de don d'embryon.

Chez la femme, les indications pour procéder à une FIV concernent des cas de stérilité ou d'hypofertilité tubaires (obstruction, section ou altération des trompes) ainsi que tous les cas de dysfonctionnements de l'ovulation et la ménopause⁹⁰. Chez l'homme, la FIV peut augmenter la capacité fécondante d'un sperme de mauvaise qualité en offrant une assistance accrue par rapport à l'AI⁹¹. En outre, la FIV est utilisée dans les cas d'infertilité inexplicée⁹². Enfin, elle est requise dans tous les cas où l'on souhaite effectuer un diagnostic préimplantatoire. Les taux de succès de la FIV sont supérieurs à l'IA, puisqu'ils sont de l'ordre de 20 à 25% par tentative⁹³. Au niveau de la procédure à suivre, des variables existent également. A la FIV conventionnelle telle que nous venons de l'exposer s'ajoutent des techniques qui permettent de lever les difficultés liées à la pénétration du spermatozoïde dans l'ovule et à la nidation de l'embryon⁹⁴. La première d'entre elles s'appelle ICSI (Intra Cytoplasmic Spermatozoon Injection). Apparue en 1992, elle consiste à injecter directement le spermatozoïde dans l'ovule à l'aide d'une micro-aiguille. La maîtrise technique s'étend ici à la fécondation elle-même. L'ICSI permet d'utiliser des spermatozoïdes d'une pauvreté extrême, qui n'auraient même pas de pouvoir fécondant en FIV conventionnelle et diminue sensiblement la nécessité du recours à un don de sperme. Seule l'azoospermie demeure insoluble. La technique du *hatching* quant à elle

et/ou faire l'objet d'un diagnostic préimplantatoire. Notons que le transfert n'a jamais lieu après le 14^{ème} jour. Ce consensus est bien établi et correspond à la limite au-delà de laquelle les cellules totipotentes de l'embryon commencent à se différencier : C. HUMEAU et F. ARNAL, *op. cit.*, note 2, p. 31 ; G. RIVARD et J. HUNTER, *op. cit.*, note 49, p. 137

⁸⁸ Les méthodes de congélation cellulaires permettent de conserver gamètes et embryons avec des succès variables. Des pertes sont inévitables au moment de la décongélation. Cependant, les spermatozoïdes et les embryons se conservent beaucoup mieux que les ovules. Voir : C. HUMEAU et F. ARNAL, *op. cit.*, note 2, p. 87-88

⁸⁹ On notera que dans le cas où seul le sperme provient d'un don, on passera en principe par une simple insémination. Le recours à la FIV aura néanmoins une pertinence si le couple ou la femme concernés souhaitent en plus un diagnostic préimplantatoire.

⁹⁰ C. HUMEAU et F. ARNAL, *op. cit.*, note 2, p. 66

⁹¹ *Id.*

⁹² *Id.*

⁹³ C. HUMEAU et F. ARNAL, *op. cit.*, note 2, p. 66; A. PAOLINI-GIACOBINO, « Procréation assistée : quelles incertitudes génétiques ? », *Revue médicale suisse*, n°5, 2 février 2005

⁹⁴ S. ANTINORI, *op. cit.*, note 26, p. 136

facilite la nidation de l'œuf grâce à la percée, au laser, d'un minuscule trou dans la membrane de protection de l'embryon, lui permettant d'entrer en contact avec l'endomètre et de s'y attacher plus facilement⁹⁵.

2.3 La maternité de substitution

La troisième méthode est la maternité de substitution et se situe à mi-chemin entre l'IA et la FIV. Il ne s'agit pas d'une technique de procréation assistée à proprement parler, mais d'un arrangement social qui *peut* nécessiter le recours à une des techniques susmentionnées, et qui vise la même finalité : avoir un enfant qui soit lié génétiquement à l'un des partenaires au moins. Il s'agit d'un contrat par lequel une femme accepte de porter un enfant qu'elle remettra à sa naissance au couple ou à la personne qui en a fait la demande. On parle alors de maternité de substitution ou de « fausse mère porteuse », puisque la femme qui porte l'enfant est simplement sa mère génétique. La conception de l'enfant se fera généralement par IA, avec le sperme de l'homme demandeur. Il se peut également que la mère porteuse n'agisse qu'à ce titre et se fasse implanter l'embryon d'un couple. On passera alors par une FIV et la femme implantée sera seulement la « mère utérine » de l'enfant, mais pas sa mère génétique. Dans ce cas, on parle de « vraie mère porteuse ». Les indications médicales pour procéder à une grossesse de substitution sont l'absence d'utérus associée à un fonctionnement ovarien normal, la présence de maladies contre-indiquant la grossesse ou d'affections génétiques dans le patrimoine héréditaire de la femme⁹⁶. Le recours à une mère porteuse peut également être motivé par des indications qui tiennent plus à une impossibilité qu'à une infertilité⁹⁷. Les couples gays peuvent avoir un enfant grâce à une « fausse mère porteuse ». Les femmes actives qui souhaitent s'éviter un ralentissement professionnel ou l'inconfort d'une grossesse tout en ayant un enfant qui leur soit génétiquement lié pourraient s'offrir les services d'une vraie mère porteuse.

C) Quelles constellations parentales ?

Nous avons choisi de présenter ci-après, sous forme de tableau, les principales constellations parentales imaginables, espérant ainsi clarifier la vaste panoplie de leurs possibilités et donner un aperçu visuel de leur complexité, laquelle coïncide avec le degré de sophistication de la technique utilisée. Nous souhaitons aussi illustrer la place de la volonté dans la prépondérance accordée à l'un ou l'autre adulte dans la vie de l'enfant, en mettant entre parenthèse celui ou

⁹⁵ *Id.*, p. 139-140

⁹⁶ Dans ce dernier cas, le DPI devrait toutefois permettre d'éviter le recours à une mère porteuse.

⁹⁷ C. HUMEAU et F. ARNAL, *op. cit.*, note 2, p. 81. Ces auteurs estiment que l'on assiste ainsi à un glissement de la médecine « réparatrice » vers une médecine « compassionnelle », voire « de convenance » : *Id.*, p. 127-129

ceux dont la contribution passe au second plan. Nous tiendrons compte uniquement de situations « simples », avec des parents sociaux dont la volonté d'être parents ne s'altère pas et dont l'union, le cas échéant, reste stable ! Par ailleurs, dans les cas de figure impliquant des couples homosexuels, nous sommes partie du principe que l'un au moins des partenaires est le parent génétique de l'enfant, pour éviter d'alourdir encore la démonstration avec des situations d'ordre relativement théorique dans lesquelles des couples homosexuels auraient recours à un tiers non seulement pour l'apport génétique du sexe non représenté, mais aussi pour l'apport génétique de leur propre sexe (couple d'hommes ayant recours à un don de sperme ou couple de femmes ayant recours à un don d'ovule et/ou à une fausse mère porteuse). Nous aimerions enfin proposer un modeste outil de réflexion sur l'inadaptation du maintien de représentations traditionnelles de la filiation et de la parentalité, reléguées par un vocabulaire uniforme (et ce malgré la volonté affirmée par certains parents de vouloir s'éloigner de modèles familiaux dépassés...).

	Mère	Père	Total parents
Procréation naturelle	une mère génétique, utérine et sociale	un père génétique et social	2
IAC	une mère génétique, utérine et sociale	un père génétique et social	2
IAD, couple hétérosexuel	une mère génétique, utérine et sociale	(un père génétique) + un père social	2 à 3
IAD, couple homosexuel féminin	une mère génétique, utérine et sociale	(un père génétique) + une mère sociale	2 à 3
IAD, femme seule	une mère génétique, utérine et sociale	(un père génétique)	1 à 2
FIV homologue, conjoint hétérosexuels	une mère génétique, utérine et sociale	un père génétique et social	2
FIV hétérologue	(une mère génétique) + une mère utérine et sociale	un père génétique et social	2 à 3
FIV hétérologue, avec don de sperme	(une mère génétique) + une mère utérine et sociale	(un père génétique) + un père social	2 à 4
Fausse mère porteuse, couple hétérosexuel	(une mère génétique et utérine) + une mère sociale	un père génétique et social	2 à 3
Vraie mère porteuse, couple hétérosexuel	une mère génétique et sociale + (une mère utérine)	un père génétique et social	2 à 3
Fausse mère porteuse, avec don de sperme, couple hétérosexuel	(une mère génétique et utérine) + une mère sociale	(un père génétique) + un père social	2 à 4
Vraie mère porteuse, avec don de sperme, couple hétérosexuel	une mère génétique et sociale + (une mère utérine)	(un père génétique) + un père social	2 à 4
Vraie mère porteuse, avec don d'ovule, couple hétérosexuel	(une mère génétique) + (une mère utérine) + une mère sociale	un père génétique et social	2 à 4
Vraie mère porteuse, avec don d'ovule et don de sperme, couple hétérosexuel	(une mère génétique) + (une mère utérine) + une mère sociale	(un père génétique) + un père social	2 à 5
Fausse mère porteuse, femme seule (don de sperme)	(une mère génétique et utérine) + une mère sociale	(un père génétique)	1 à 3
Vraie mère porteuse, femme seule (don de sperme)	(une mère utérine) + une mère génétique et sociale	(un père génétique)	1 à 3
Vraie mère porteuse, avec don d'ovule, femme seule (don de sperme)	(une mère génétique) + (une mère utérine) + Une mère sociale	(un père génétique)	1 à 4
Fausse mère porteuse, couple gai	(une mère génétique et utérine)	un père génétique + un père social	2 à 3
Fausse mère porteuse, homme seul	(une mère génétique et utérine)	un père génétique et social	1 à 2

Il suffit de passer ainsi en revue les diverses méthodes de procréation assistée pour se faire une idée de la quantité de combinaisons filiales possibles et des problèmes inextricables que cela peut poser au législateur⁹⁸. Comment arbitrer la filiation entre les différents adultes impliqués dans le processus reproductif ? Doit-on continuer à imiter la nature et s'en tenir à une apparente vraisemblance ou peut-on s'en éloigner, et si oui jusqu'où ? La pondération entre réalité biologique et réalité socio-affective prend ici une dimension nouvelle, puisqu'il s'agira de choisir lesquels de plusieurs « parents », et même lesquels de plusieurs « types de parents », doivent être privilégiés dans l'attribution, par l'Etat qui en est maître, du lien de filiation. C'est ici que la dimension créative du droit aura l'occasion de trouver son expression la plus saisissante, dans un détachement totalement abouti de la nature. Va-t-on imaginer des solutions entièrement nouvelles, où l'on admettrait par exemple un triple, voire un quadruple lien de filiation ? C'est aussi dans le cadre de cette incroyable exploration du « tout est possible », que le législateur pourra choisir⁹⁹ de redéfinir les finalités de la procréation assistée. Conçues pour lutter contre la stérilité, elles peuvent techniquement être étendues à d'autres types d'impossibilités. Va-t-on autoriser l'accès à l'enfantement à des femmes seules, des femmes ménopausées, des défunts ou des couples de même sexe ? A ce stade, le droit pourra difficilement échapper à l'éthique¹⁰⁰ et l'Etat devra s'interroger de façon plus aigüe encore sur la nature de son rôle dans le cadre de la famille, sur les buts qu'il poursuit et les moyens qu'il met en œuvre. Quels domaines seront régis par le droit, et quelle forme prendra l'intervention étatique¹⁰¹ ?

D) Et le futur ?

Même si les 30 dernières années ont vu plus de progrès techniques en matière de reproduction que les millénaires qui les ont précédés, d'autres avancées sont prévisibles dans un avenir relativement proche, certaines plus palpables que d'autres. En matière de lutte contre la stérilité masculine, on pourrait imaginer de lever le dernier obstacle qu'est le défaut de spermatogenèse

⁹⁸ Notre travail se limite à l'examen de la question de l'établissement de la filiation. Les problèmes vont évidemment croissants lorsque l'on songe aux effets de la filiation, notamment en matière successorale ou en cas de décès ou de divorce des parents...

⁹⁹ On voit que la dimension du choix déborde largement le cadre familial, ce qui est logique au vu des interactions entre ces deux structures de base de la vie sociale.

¹⁰⁰ Pour un aperçu de ces questions d'ordre général, voir : Pierre WIDMER (dir.), *Bioéthique : de l'éthique au droit, du droit à l'éthique, Colloque international, Lausanne, 17-18 octobre 1996*, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, Zürich, Schulthess Verlag, 1997

¹⁰¹ Dans le domaine de la PA, voir par exemple : Derek MORGAN et Linda NIELSON, « Dangerous Liaisons ? Law, Technology, Reproduction and European Ethics » dans *Law, Health and Regulation*, édité par S. McVeigh et S. Wheeler, Hants, Dartmouth Publishing Company Ltd, 1992, p. 52. Dans le domaine de la bioéthique en général, voir : Alberto BANDOLFI, « Ethique et droit : quel rapport dans la gestion des nouvelles partiques biomédicales ? », dans P. WIDMER, *op. cit.*, note 100, p. 245

par le remplacement de cellules germinales* non matures (spermatogonies*, spermatocytes* ou spermatides*) implantés directement dans l'ovocyte*¹⁰².

La recherche sur les embryons pourrait aussi contribuer à la perfection des connaissances en matière de procréation. Ce type de recherche a deux visées principales¹⁰³. La première est d'améliorer les techniques de procréation assistée elles-mêmes, l'avancement des connaissances sur le développement embryonnaire permettant peut-être de résoudre certains problèmes relatifs à la stérilité ou au développement anormal de l'embryon. La seconde est relative au potentiel des cellules souches totipotentes de l'embryon dans la mise au point d'une médecine dite régénératrice. La recherche sur les cellules souches embryonnaires éveille l'espoir de pouvoir un jour guérir des tissus ou organes atteints par des maladies dégénératives grâce à des « greffes » de cellules totipotentes qui se « reprogrammeront » en cellules somatiques saines dans l'organe ou le tissu où elles seront injectées¹⁰⁴.

On pourrait également imaginer la possibilité de greffer des organes reproducteurs à ceux qui en sont dépourvus (greffe de testicules chez l'homme, greffe d'utérus chez la femme)¹⁰⁵. Après avoir réussi à faire vivre un embryon en éprouvette et des grands prématurés en couveuse, il est possible aussi que la science mette au point des incubateurs artificiels de grossesse¹⁰⁶. Enfin, il est impossible de regarder l'horizon sans évoquer le clonage, qui fait tant parler de lui¹⁰⁷. Le clonage recouvre deux méthodes : la division embryonnaire et le transfert nucléaire de cellules somatiques*. La première consiste en « la séparation naturelle [cela donne de vrais jumeaux] ou artificielle d'un embryon en deux embryons partiels pouvant vivre et se développer en individus génétiquement identiques. »¹⁰⁸ La seconde consiste à transférer une cellule somatique dans un ovule énucléé pour obtenir un embryon doté d'un patrimoine génétique unique, celui du donneur de la cellule somatique* transférée¹⁰⁹.

¹⁰² C. HUMEAU et F. ARNAL, *op. cit.*, note 2, p. 67. Ces techniques, appelées MESA (Micro-Epididymal Sperm Aspiration) ou TESA (Testicular Sperm Aspiration), permettraient d'aspirer des spermatozoïdes directement dans l'épididyme, respectivement des spermatides* dans les testicules, pour recourir ensuite à une IA, à une FIV conventionnelle ou à une ICSI, selon les besoins. Severino Antinori les présente déjà comme des techniques de routine : S. ANTINORI, *op. cit.*, note 26, p. 99-100, 139

¹⁰³ G. RIVARD et J. HUNTER, *op. cit.*, note 49, p. 136

¹⁰⁴ Russell KOROBKIN et Stephen R. MUNZER, *Stem Cell Research and the Law*, UCLA Center for Society and Genetics, UCLA School of Law, February 2006, p. 3

¹⁰⁵ C. HUMEAU et F. ARNAL, *op. cit.*, note 2, p. 69

¹⁰⁶ *Id.*, p. 83.

¹⁰⁷ A ce sujet, voir : S. ANTINORI, *op. cit.*, note 26, p. 19 et suiv. ; C. HUMEAU et F. ARNAL, *op. cit.*, note 2, p. 88 et suiv.

¹⁰⁸ S. ANTINORI, *op. cit.*, note 26, p. 28

¹⁰⁹ Pour défendre le clonage d'être une « copie » d'un individu, Antinori insiste sur le rôle joué par l'ADN mitochondrial*, lequel participe à hauteur de 15% à la transmission de caractères génétiques. Pour nous, cette explication est toutefois l'arbre qui cache la forêt. Elle est en outre dépourvue de tout fondement dans le cas où l'ovule énucléé et la cellule somatique proviendrait du même individu : S. ANTINORI, *op. cit.*, note 26, p. 20

Le clonage thérapeutique désigne un processus de clonage stoppé volontairement une semaine après l'obtention du ou des embryons clonés. Le clonage thérapeutique permettrait de fournir des cellules souches* afin de reconstituer des tissus endommagés de l'individu dont sont issues les cellules clonées¹¹⁰. En matière de stérilité, la mise au point de cette technique pourrait donner également des cellules germinales¹¹¹. En outre, le clonage par division embryonnaire pourrait être pratiqué dans le cadre d'une FIV, le premier embryon* obtenu étant divisé en plusieurs embryons. L'implantation successive d'embryons identiques sur plusieurs cycles pourrait éventuellement accroître les chances de réussite de la FIV¹¹². Le clonage reproductif, qui n'a jamais été réalisé sur l'homme, désigne quant à lui un processus complet menant à la naissance d'un individu. De nombreuses indications utiles lui ont déjà été attribuées. Dans le domaine qui nous intéresse, certains y voient un palliatif aux dons de gamètes ou d'embryons pour tous les cas où ceux-ci sont encore nécessaires¹¹³, ou le moyen pour des homosexuelles d'avoir un enfant commun, l'une donnant son patrimoine génétique, l'autre l'ovule¹¹⁴. L'avènement du clonage thérapeutique pourrait ainsi repousser encore les territoires de l'infertilité, alors que le clonage reproductif rendrait sans doute la notion de filiation dépassée. Bien que la science, dans ses efforts conjugués avec des évolutions sociales majeures et concomitantes, ait largement contribué à faire de la filiation une notion culturelle, le clonage franchirait sans doute le dernier pas dans cette direction, en modifiant l'essence même de la procréation, à laquelle nos modèles de société continuent bon gré mal gré de se référer.

E) Autres évolutions scientifiques intéressant la filiation

Les expertises utilisées pour établir –ou contester– la filiation ont beaucoup évolué également, à la faveur des progrès réalisés par la biologie moléculaire¹¹⁵. L'empreinte génétique basée sur l'analyse de l'ADN* a en effet déclassé d'autres types d'expertises¹¹⁶.

1. Expertises traditionnelles

L'expertise anthropologique, la plus obsolète, consistait à évaluer les ressemblances entre la mère, l'enfant et le père présumé sur la base d'une liste de facteurs morphologiques. La

¹¹⁰ Voir sous « Clonage » dans le *Larousse médical*, 3^{ème} éd., Paris, Larousse, 2003

¹¹¹ S. ANTINORI, *op. cit.*, note 26, p. 92

¹¹² C. HUMEAU et F. ARNAL, *op. cit.*, note 2, p. 89

¹¹³ *Supra*, p. 11 et suiv.

¹¹⁴ Jean-Yves NAU, « Feu vert britannique pour la production in vitro d'un embryon humain issu de deux femmes », *Revue médicale suisse*, n°33, 21 septembre 2005

¹¹⁵ Pour un bref historique du « contrôle de la filiation », voir : Patrice MANGIN, « La preuve de l'engendrement : la technique des empreintes génétiques », dans L. KHAÏAT, (dir.), *op. cit.*, note 3, p. 133, à la p. 133-134

¹¹⁶ Sur les différents types d'expertise présentés ici, voir en particulier : P. MEIER et M. STETTLER, *op. cit.*, note 10, p. 74 et suiv. Voir aussi : R. LA HARPE et G. PILIERO, « Recherche en paternité : aspects médico-techniques », dans Dominique BERTRAND et al. (éd.), *Médecin et droit médical: présentation et résolution de situations médico-légales*, Chênes-Bourg, Editions Médecine et Hygiène, 2003, p. 381

présence cumulée de ressemblances données chez l'enfant et le père présumé faisait augmenter le degré de certitude de la paternité, en particulier si elle portait sur des caractéristiques rares ou significatives. L'expertise sérologique, pratiquée jusque dans les années 1990, se fondait quant à elle sur l'analyse comparée des facteurs héréditaires décelables dans le sang¹¹⁷. Si l'enfant possédait un marqueur qui n'était présent ni chez la mère, ni chez le père, la paternité pouvait être exclue avec certitude. L'établissement de la paternité était en revanche plus aléatoire, puisqu'il s'articulait autour de probabilités statistiques, en fonction des facteurs sanguins pour lesquels une coïncidence pouvait être établie et de la fréquence de ces facteurs dans la population¹¹⁸. Cette méthode offrait donc une fiabilité variable, avec un taux de précision de l'ordre de 61% à 99%¹¹⁹. L'expertise sérologique rencontrait en effet un écueil important : dans la mesure où elle ne permettait pas de contrôler l'hérédité directement au stade du génome, il fallait se référer à l'expression *phénotypique** des caractères, avec tous les aléas que cela peut comporter, en terme notamment d'allèles* silencieux et de la multiplicité conséquente des systèmes biologiques à étudier pour se faire une idée aussi précise que possible de la paternité éventuelle¹²⁰. Elle présentait en outre plusieurs inconvénients¹²¹ : elle ne pouvait être pratiquée avant que l'enfant n'ait atteint l'âge de 6 mois, âge auquel il possède l'ensemble de ses propres marqueurs. Les transfusions sanguines enfin pouvaient poser problème.

2. Expertise d'ADN

L'expertise d'ADN a apporté une solution à ces problèmes. Sa fiabilité confine à la certitude, avec une probabilité de l'ordre de 99,8%¹²². La génétique moléculaire fait appel à la molécule* d'ADN qui est le support du patrimoine héréditaire et qui permet de caractériser le *génotype** de l'individu¹²³. La molécule d'ADN est un long filament constitué d'une double hélice sur laquelle s'échelonnent 4 paires de bases codant le contenu du génome*. La moitié du génome provient de la mère, l'autre moitié du père. La répétition variable de ces paires de base en certaines régions de l'ADN répond aux lois de l'hérédité de Mendel et fournit le moyen d'identifier l'individu. Seuls 30% de la molécule d'ADN contiennent de l'information codante.

¹¹⁷ Pour une analyse plus détaillée de ce type d'expertise, voir : Jean HÉTU, « L'expertise sanguine dans la recherche de paternité », (1970) 5 *Revue juridique Thémis*, p. 233

¹¹⁸ Alexandra OBADIA, « L'incidence des tests d'ADN sur le droit québécois de la filiation », (2000) 45 R.D. McGill, p. 483, à la p. 486-487 ; Bartha M. KNOPPERS, Marie-Angèle GRIMAUD, Lambert BUSQUE et Danielle DESMARAIS, « L'apport des technologies de l'ADN en droit familial : aspects techniques et juridiques », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Congrès annuel du Barreau du Québec (1997)*, Cowansville, Editions Yvon Blais, 1997, p. 329, à la p. 332

¹¹⁹ A. OBADIA, *loc. cit.*, note 118, à la p. 486-487

¹²⁰ P. MANGIN, *loc. cit.*, note 115, à la p. 136

¹²¹ P. MEIER et M. STETTLER, *op. cit.*, note 10, p. 76

¹²² *Id.*, p. 82

¹²³ Sur l'expertise d'ADN, voir en particulier: P. MANGIN, *loc. cit.*, note 115, à la p. 136

L'on se sert des 70% restants pour effectuer l'empreinte génétique. Il s'agit d'ADN non codant, mais présentant une grande variabilité d'un individu à l'autre et ayant l'avantage d'éviter que les données recueillies pour établir la filiation ne servent à l'identification d'autres paramètres, tels que des maladies héréditaires.

Pour établir l'empreinte génétique, deux méthodes existent. L'analyse des fragments de restriction¹²⁴ consiste à séparer l'ADN en une multitude de brins au moyen d'enzymes. Les fragments sont ensuite isolés et triés selon leur taille sur un gel en provoquant leur migration au moyen d'un champ électrophorétique*. On les « dénature » ensuite en brisant les liaisons de l'hélice afin d'obtenir, à la place des doubles brins originaux, des fragments à simple brin. On les dispose enfin sur une membrane de nylon. Une fois les brins « préparés », on recourt à des sondes d'ADN, soit des segments d'acides nucléiques* utiles à l'identification d'autres segments complémentaires, pour observer, au cours du processus appelé « renaturation » de l'ADN, ou hybridation, s'ils s'associent aux brins obtenus. Chaque sonde permet ainsi d'identifier en un *locus* donné de l'ADN un gène correspondant à l'allèle maternel et un gène correspondant à l'allèle paternel. La fixation des sondes est révélée sur un film radiographique. Si la sonde explore la totalité de la molécule d'ADN, l'image radiographique aura la forme d'une succession de bandes propre à chaque individu. Si elle porte sur une région déterminée de l'ADN, elle prendra la forme d'une ou de deux bandes, selon que l'individu est homo- ou hétérozygote. Il faudra ensuite comparer l'empreinte génétique de l'enfant pour établir s'il a pu recevoir du père putatif la bande qui ne lui vient pas de sa mère. Cette appréciation est effectuée visuellement puis à l'aide d'un système informatique. Le nombre extrêmement important d'allèles étudiés explique la fiabilité des résultats des tests d'ADN.

La technique de l'amplification génétique¹²⁵, plus élaborée encore¹²⁶, consiste quant à elle à multiplier exponentiellement un fragment d'ADN à partir de quelques unes de ses molécules, sélectionnées pour leur très grand polymorphisme*. Les régions amplifiées sont visualisées grâce à l'électrophorèse sur gel, la coloration puis l'exposition à des rayons ultraviolets, puis analysées. Cette technique offre plusieurs avantages : elle permet de n'identifier que les paramètres utiles, préservant mieux l'information génétique des sujets ; elle donne des résultats

¹²⁴ B.M. KNOPPERS, M.-A. GRIMAUD, L. BUSQUE et D. DESMARAIS, *loc. cit.*, note 118, à la p. 334-335 ; P. MANGIN, *loc. cit.*, note 115, à la p. 136-137 ; P. MEIER et M. STETTLER, *op. cit.*, note 10, p. 78-79

¹²⁵ B.M. KNOPPERS, M.-A. GRIMAUD, L. BUSQUE et D. DESMARAIS, *loc. cit.*, note 118, à la p. 336-338 ; P. MANGIN, *loc. cit.*, note 115, à la p. 137 ; P. MEIER et M. STETTLER, *op. cit.*, note 10, p. 79-81

¹²⁶ En Suisse, cette méthode a supplanté celle de l'analyse des fragments de restriction dans les instituts de médecine légale depuis 2000 : P. MEIER et M. STETTLER, *op. cit.*, note 10, p. 79

rapides¹²⁷ et elle ne nécessite qu'un minuscule échantillon de sang. Elle est en revanche plus sensible car une contamination accidentelle est facile et peut biaiser les résultats.

Une fois que les résultats d'une expertise d'ADN ont été obtenus, il faut encore les exploiter correctement. On procèdera alors à une analyse comparative entre les profils génétiques présents dans la population et celui d'un échantillon sanguin de référence. Ce sont les analyses statistiques qui donneront sa force probante au test d'ADN¹²⁸.

Notons que les expertises andrologique et gynécologique permettent dans des cas exceptionnels de se passer de l'empreinte génétique¹²⁹. Elles consistent à établir, respectivement chez le père et la mère présumés, l'incapacité totale de procréer à l'époque de la conception¹³⁰. L'expertise relative à la durée de la grossesse enfin, permet de déterminer le moment de la conception à l'aide de tables statistiques élaborées en fonction du degré de développement du bébé à la naissance et de la durée de la grossesse¹³¹. Elle permet ainsi de déterminer la paternité, en confrontant l'historique des relations sexuelles de la mère avec le moment de la conception.

3. Enjeux de l'expertise d'ADN en matière de filiation

La mise au point de techniques d'une extrême fiabilité pourrait avoir pour effet de donner une impulsion opposée à celle de la procréation assistée en matière de filiation. La vérité biologique, tenue en respect par la procréation assistée, pourrait en effet devenir une préoccupation obsédante pour les particuliers et mener à des paradoxes dans l'équilibre entre composantes biologique et socio-affective de la filiation.

« [L]es développements importants des techniques scientifiques permettent, en même temps, de donner une nouvelle impulsion à une conception de la filiation qui accorde plus d'importance à l'acte de volonté –que ce soit par les méthodes contraceptives ou par les nouveaux moyens de procréation assistée– et les « verges pour battre » cette conception, soit des moyens très précis de connaître la vérité biologique (...). »¹³²

¹²⁷ 2 à 3 jours contre 3 à 4 semaines pour la méthode des fragments de restriction.

¹²⁸ A. OBADIA, *loc. cit.*, note 118, à la p. 508

¹²⁹ P. MEIER et M. STETTLER, *op. cit.*, note 10, p. 83. Le recours à ce type d'expertises a été l'apanage de systèmes de tradition germanique : les expertises obstétricales, sérologiques, sérostatistiques, hérédobiologiques témoignaient selon le Professeur Meulders-Klein d'une « recherche obsessionnelle de moyens de preuve de la filiation de plus en plus sophistiquées » propre au « réalisme allemand » : Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, « Les empreintes génétiques et la filiation : la fin d'une énigme ou la fin des dilemmes ? », dans Christiane HENNAU-HUBLET et Bartha M. KNOPPERS (dir.), *L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'homme ; Aspects médico-scientifique, éthique et juridique*, Travaux de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 397, à la p. 400. *Infra*, p. 87 et suiv.

¹³⁰ *impotentia generandi* de l'homme, déterminée par des causes absolues, comme l'ablation des testicules, ou des causes confinant à la certitude, comme la pauvreté du liquide séminal ou la vasectomie. *Impotentia concipiedi* de la femme, en fonction de sa stérilité ou de la non concordance de son cycle menstruel avec des relations sexuelles dont la date est connue : P. MEIER et M. STETTLER, *op. cit.*, note 10, p. 84

¹³¹ *Id.*, p. 88

¹³² M. MANDOFIA BERNEY, *op. cit.*, note 10, p. 193

Nous verrons que si la vérité biologique permet dans certains cas de contester la filiation juridique, la stabilité de la cellule familiale est généralement privilégiée par le droit¹³³. En revanche, le recours accru aux expertises d'ADN dans le cadre privé tend à instaurer un nouveau changement de mentalité autour de la filiation¹³⁴. Si cet engouement pour la composante biologique permis par les tests génétiques semble s'intégrer plutôt bien à la conception juridique suisse de la filiation¹³⁵, elle peut être déroutante au Québec, où la vérité socio-affective est nettement privilégiée.

F) Conclusion

Les bouleversements scientifiques des dernières décennies ont concrétisé des fantasmes millénaires de contrôle de la procréation. D'un côté, la maîtrise des techniques de procréation médicalement assistée a permis de pallier à la stérilité avant d'être étendue à d'autres types de demandes, motivées par des considérations de moins en moins thérapeutiques. De l'autre, le déchiffrement du code génétique a permis, pour la première fois dans l'histoire de l'humanité, de connaître avec certitude la vérité sur l'ascendance biologique d'un individu. Ces développements ont eu des effets divergents et potentiellement contradictoires sur la notion de filiation. Alors que la procréation assistée complexifie cette dernière et interroge ses fonctions et sa nature, l'avènement de la génétique séduit par une objective simplicité. Un équilibre réussi entre ces techniques scientifiques doit donc trouver un ancrage juridique dans une définition aussi cohérente que possible des règles relatives à l'établissement de la filiation, d'une part, et à la preuve de la filiation, d'autre part. Or cet équilibre doit tenir compte de développements d'une autre nature, qui en constituent la toile de fond. L'évolution des mœurs a en effet accentué le tiraillement idéologique initié par la science. En prônant individualisme, laïcité et égalité, la société occidentale de la fin du XX^{ème} siècle a commencé à façonner le visage d'une famille nouvelle, à la fois plus ouverte et plus insaisissable. Avant d'examiner quelles sont les solutions juridiques retenues en Suisse et au Québec à l'heure des nouvelles technologies pour redéfinir l'équilibre entre les différentes composantes de la filiation, il convient donc de tenir

¹³³ Au Québec, la vérité biologique ne permet pas de remettre en cause une possession d'état conforme au titre. En Suisse, la solution est analogue. Si le père biologique peut contester une reconnaissance, il ne peut intenter d'action en désaveu de paternité contre le mari de la mère : *infra*, p. 50

¹³⁴ « Il y a un engouement certain pour la recherche de la vérité biologique en Occident (...) » : Michelle GIROUX, « Test d'ADN et filiation à la lumière des développements récents : dilemmes et paradoxes », (2002) 32 R.G.D. 865, à la p. 867

¹³⁵ En 1993, Marina Mandofia Berney, très favorable à la prépondérance de principe de l'aspect socio-affectif de la filiation, condamnait les « discours biologisants », mais concluait son étude en disant que la Suisse faisait globalement une place d'honneur à l'aspect socio-affectif : M. MANDOFIA BERNEY, *op. cit.*, note 10, p. 192. Tout en soulignant la grande qualité de son ouvrage, nous ne pouvons raisonnablement adhérer à cette conclusion après avoir confronté la Suisse au système québécois. Il serait intéressant de connaître l'opinion de cet auteur aujourd'hui...

compte des mouvements sociaux qui ont fait évoluer la famille par le passé et de l'impact de tels changements sur la définition de la filiation.

III- Société : la famille, immuablement changeante¹³⁶

Pour comprendre l'évolution du lien de filiation, il est impossible de se désintéresser de celle de la famille, tant les deux notions sont liées. Un survol de l'histoire des structures familiales semble en effet nécessaire pour « rendre compte d'un certain nombre de moments charnières dans l'évolution [du droit de la filiation], pour le rapport entre les deux vérités de la filiation. »¹³⁷ Nous verrons dans ce chapitre que, de la famille archaïque romaine, cellule politique et économique fondée sur la puissance du *pater familias*, à la famille nucléaire, démocratisée et étatisée du XX^{ème} siècle¹³⁸, les changements ont été nombreux. Les mutations les plus récentes ont toutefois ceci de particulier qu'elles s'inscrivent pour la première fois dans un processus technologique et qu'elles se caractérisent par une concomitance de facteurs qui rendent une circonscription uniforme de la notion de famille contemporaine de plus en plus difficile¹³⁹. Quel est le dénominateur commun entre les familles monoparentales, les familles recomposées, les conjoints sans enfants, les conjoints non mariés et les familles homoparentales ?

A) Définition

Si la famille est « l'élément naturel et fondamental de la société »¹⁴⁰, il n'en existe pourtant pas de définition univoque, que ce soit en droit suisse¹⁴¹, ou en droit québécois¹⁴². Cette notion se déduit plutôt de l'ordonnancement des textes juridiques et des dispositions diverses contenues

¹³⁶ Si les situations suisse et québécoise ne sont pas en tous points identiques, la majorité des pays occidentaux ont néanmoins connu des trajectoires semblables. Voir par exemple: Beat FUX, *Evolution des formes de vie familiale*, Neuchâtel, Office fédéral de la statistique, 2005 ; M. MANDOFIA BERNEY, *op.cit.*, note 10, p. 11 et suiv., M.-B. TAHON, *op. cit.*, note 13, p. 15 et suiv. et Michel TETRAULT, *Droit de la famille*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 4 et suiv.

¹³⁷ M. MANDOFIA BERNEY, *op. cit.*, note 10, p. 11

¹³⁸ Voir : Jean CARBONNIER, *Flexible droit. Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1976, p. 36 et suiv. Cité par M.-F. BUREAU, *loc. cit.*, note 4, à la p. 387

¹³⁹ Voir : Benoît MOORE, « Quelle famille pour le XXI^{ème} siècle ? Perspectives québécoises », (2003) 20 *Rev. can. D. Fam.*, p. 57

¹⁴⁰ *Déclaration Universelle des Droits de l'Homme* de 1948, art. 16

¹⁴¹ Audrey LEUBA, Philippe MEIER et Suzette SANDOZ, « Quelle famille pour le XXI^{ème} siècle ? », dans *Rapports suisses présentés au XVI^{ème} Congrès international de droit comparé Swiss*, Zürich, Schulthess, 2002, p. 149, à la p. 149. Notons qu'une telle définition fait également défaut hors du cadre juridique: B. FUX, *op. cit.*, note 136, p. 7-8

¹⁴² M.-F. BUREAU, « L'union civile et les nouvelles règles de filiation au Québec : contrepoint discordant ou éloge de la parenté désirée », R. du N. (2003) 105, p. 901, à la p. 913. Michel Tétrault propose une définition fonctionnelle de la famille, qui se fonde sur la présence d'un certain nombre d'éléments : la fonction de reproduction, la fonction d'éducation, la fonction économique, et les lois à caractère familial qui régissent les diverses situations : M. TETRAULT, *op. cit.*, note 136, p. 6-9

dans les codes civils ou des lois spéciales. Elle se module au gré des contextes dans lesquels elle est appréhendée.

Au Québec comme en Suisse, la famille au sens large comprend la famille par le sang, à laquelle est assimilée la parenté adoptive, et la famille par alliance¹⁴³. Sont parents par le sang tous ceux qui descendent les uns des autres (ligne directe : grands-parents, parents, enfants...) ou qui descendent d'un ancêtre commun (ligne collatérale : frères et sœurs, oncles, tantes, neveux, nièces, cousins...)¹⁴⁴. La famille par alliance englobe les liens créés entre une personne et la famille de son conjoint. Elle n'entraîne cependant pas d'effets aussi importants que la parenté par le sang¹⁴⁵. On constate ainsi que, sauf pour les alliés, la parenté naît de la filiation ; celle-ci constitue « un élément capital en droit pour établir l'appartenance d'une personne à une famille, de même que sa place dans le réseau d'obligations et de droits liés à son état (...) »¹⁴⁶.

Notons qu'en Suisse, la notion de famille a une portée un peu différente en droit privé et en droit pénal, celui-ci faisant référence à la parenté et à l'alliance, celui-là au ménage commun¹⁴⁷. Elle se distingue également de la notion de « proches », qui fait appel aux liens affectifs plutôt qu'à une situation de fait entre personnes affiliées¹⁴⁸. Ces notions ne sont évidemment pas incompatibles, puisqu'elles peuvent se recouper et offrent une certaine souplesse pour adapter la notion de famille à des contextes sociologiques mouvants¹⁴⁹.

Bien que la famille soit une notion variable et évolutive, elle n'en demeure pas moins aujourd'hui encore la cellule sociale structurante la plus importante¹⁵⁰. Elle jouit à ce titre d'une protection particulière des Etats, laquelle est prévue dans des conventions internationales¹⁵¹ et les lois internes¹⁵².

¹⁴³ En Suisse, cela ressort des articles 20 et 21 CC; Au Québec : Mireille D.-CASTELLI et Dominique GOUBAU, *Le droit de la famille au Québec*, 5^e éd., Saint-Nicolas, Les Presses de l'Université Laval, 2005, p. 184-185

¹⁴⁴ Art. 21-22 CC ; M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 184-185 ; M. TETRAULT, *op. cit.*, note 136, p. 21-23. Sur les origines de cette définition (computation romaine et computation germanique), voir : Marie-Hélène RENAUT, *Histoire du droit de la famille*, Paris, Ellipses, 2003, p. 45

¹⁴⁵ M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 184-185

¹⁴⁶ *Id.*, p. 185

¹⁴⁷ A. LEUBA, P. MEIER et S. SANDOZ, *loc. cit.*, note 141, à la p. 149-150

¹⁴⁸ *Id.*, à la p. 150

¹⁴⁹ *Id.*

¹⁵⁰ B. FUX, *op. cit.*, note 136, p. 7

¹⁵¹ Mentionnons par exemple l'article 12 de la *Déclaration Universelle des Droits de l'Homme* de 1948 ; l'article 23, alinéa 2 du *Pacte des Nations Unies sur les Droits économiques, sociaux et culturels* de 1966 et les articles 8 et 12 de la *Convention Européenne des Droits de l'Homme*

¹⁵² En Suisse par exemple, c'est le cas des articles 14 et 116 de la *Constitution fédérale*

B) Perspective historique¹⁵³

Suivant un schéma en trois temps dégagé par Marina Mandofia Berney¹⁵⁴, la famille occidentale s'est successivement construite autour de trois « liants » structurels dominants : la puissance paternelle, le mariage¹⁵⁵ et, plus récemment, l'intérêt de l'enfant.

Dans la Rome archaïque (753-II^{ème} s. av. J.-C.), la *gens* est la première structure familiale connue avec certitude. Organisée selon le modèle clanique, elle repose sur la parenté agnatique. Elle regroupe différentes familles descendant d'un ancêtre commun et est caractérisée par une forte solidarité entre les membres du groupe¹⁵⁶. Dès le V^{ème} siècle av. J.-C., le cercle familial se resserre et obéit à un modèle patriarcal. Le *pater familias*¹⁵⁷, tout puissant, a droit de vie et de mort sur ses descendants comme sur les autres membres de sa maisonnée (épouse, adoptés, esclaves), cette famille ne reposant pas sur les liens du sang mais sur la puissance de son chef. La parenté cognatique constitue un lien social essentiel, mais elle ne suffit pas à créer un lien de parenté avec le père¹⁵⁸. L'enfant biologiquement lié au *pater* doit être accepté par celui-ci¹⁵⁹, alors que des tiers peuvent s'intégrer à la famille grâce à l'adoption, qui prend des formes diverses¹⁶⁰. Ainsi, la filiation est fondée sur la volonté du *pater familias* et « le lien biologique est un fait qui n'a pas, en tant que tel, de conséquence juridique »¹⁶¹.

¹⁵³ Là encore, nous aurons à cœur de dégager les grandes lignes de l'évolution du droit de la famille en occident, tout en précisant que, par la force des choses, les développements les plus anciens se concentrent sur le vieux continent européen. Voir: Ernest GLASSON, *Le mariage civil et le divorce ; Dans l'Antiquité et dans les principales législations modernes d'Europe*, 2^e éd., Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel Editeurs, 1880 ; Jean-Louis HALPERIN, *Histoire des droits en Europe de 1750 à nos jours*, Flammarion, 2004, en particulier p. 150-171, 303-322 ; M.-H. RENAUT, *op. cit.*, note 144 ; J. PINEAU, *op. cit.*, note 38, p. 1-4 ; M. TETRAULT, *op. cit.*, note 116, p. 1-6. Les évolutions propres à la Suisse et au Québec seront abordées à travers le prisme du droit : *infra*, p. 38 et suiv.

¹⁵⁴ M. MANDOFIA BERNEY, *op. cit.*, note 10, p. 11 et suiv.

¹⁵⁵ « Pendant longtemps, la société a agi au niveau de la constitution du couple considérée comme le niveau de contrôle idéal des facultés procréatives de l'homme. » : Jean HAUSER « Adoption ou procréation médicalement assistée : les termes de l'alternative » dans Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ (dir.), *Les filiations par greffes, Adoption et Procréation Médicalement Assistée (Colloque du Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé, Université de Lille II, Actes des journées d'études des 5 et 6 décembre 1996)*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1997, p. 14

¹⁵⁶ M. MANDOFIA BERNEY, *op. cit.*, note 10, p. 12. Voir aussi: M.-H. RENAUT, *op. cit.*, note 144, p. 6

¹⁵⁷ Le *pater familias* n'est pas le géniteur (*genitor* ou *parens*), mais le chef de la famille patriarcale qui comprend tous les membres des générations suivantes et les esclaves. Juge et prêtre, il est à la fois le protecteur et celui qui a tous les droits sur le groupe : Henriette WALTER, « L'expression de la parenté », dans L. KHAÏAT, *op. cit.*, note 3, p. 55, à la p. 56 ; Voir aussi : M.-H. RENAUT, *op. cit.*, note 144, p. 64-66 ; J. PINEAU, *op. cit.*, note 38, p. 3 ; E. GLASSON, *op. cit.*, note 153, p. 120

¹⁵⁸ M. MANDOFIA BERNEY, *op. cit.*, note 10, p. 12

¹⁵⁹ Selon le rituel du *tolere liberum*, qui consistait pour le *pater familias* à prendre le nouveau-né dans ses bras et à l'élever vers le ciel en signe de reconnaissance. Faute de quoi, l'enfant était abandonné, condamné à mourir ou, au mieux, à être recueilli comme esclave : H. WALTER, *loc. cit.*, note 157, à la p. 56 ; M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 186

¹⁶⁰ Elle concernait souvent des majeurs et permettait au *pater familias* de s'assurer des successeurs dignes de ses besoins ou ambitions. Elle permettait également d'intégrer les enfants nés hors mariage à la famille (M. MANDOFIA BERNEY, *op. cit.*, note 10, p. 13). L'adrogation (*adrogatio*) désignait un type particulier d'adoption, soit celle d'un *pater familias* et de tous ceux qui en dépendaient. L'adoption (*adoptio*) visait

Sous l'Empire (27 av. J.-C.- 284 ap. J.-C.)¹⁶², la puissance paternelle demeure centrale, mais elle perd sa dimension politique pour devenir une « simple » institution familiale, permettant ainsi la reconnaissance d'une filiation juridique maternelle. La famille a désormais pour nom *familia*, ou *domus*, et repose sur la parenté cognatique dans les lignes paternelle et maternelle. Par ailleurs, le concubinage, toléré par le passé chez les personnes de bas rang social, auxquelles le mariage n'était pas ouvert, est battu en brèche par le christianisme naissant : bien qu'inférieur, il est considéré comme un mariage et fait naître un lien de filiation entre le père et ses enfants naturels. Apparaissent alors deux règles d'or qui gouvernent encore largement le droit de la filiation de nos jours : *mater semper certa est* (la mère est toujours certaine ; son enfant lui est juridiquement attaché même s'il est né hors mariage) et *pater is est quem nuptiae demonstrant* (le père est celui que les noces désignent ; la présomption de paternité est fondée sur le mariage).

« Ainsi, à une famille qui s'appuie sur le pouvoir d'un chef, se substitue petit à petit une famille fondée sur le mariage. Cette perte de pouvoir du père influe sur l'établissement de la filiation. La volonté paternelle n'est plus souveraine, le mariage devient un élément déterminant. D'autre part, les liens du sang sont devenus une source de droits et d'obligations alimentaires entre parents et enfants, de même qu'ils déterminent désormais la filiation naturelle. »¹⁶³

Au Bas-Empire¹⁶⁴, l'influence chrétienne amène à valoriser et à protéger de plus en plus mariage et enfants légitimes. La dimension biologique de la filiation se renforce, en faveur de la famille légitime et en défaveur des enfants naturels. La première n'existe que dans le mariage, les seconds se voient ôter tous leurs droits : ils ne peuvent être adoptés et l'obligation alimentaire à leur égard est supprimée. « Ces nouvelles restrictions attribuent plus d'importance à la vérité biologique puisqu'elles passent par l'identification des enfants nés hors mariage. Mais tant pour les enfants adultérins ou incestueux que pour les autres illégitimes, cette recherche n'a que des conséquences négatives. »¹⁶⁵ Toutefois, les enfants nés dans un concubinat stable ont droit à des aliments. « Ce sont les premiers effets attribués à la vérité socio-affective dans sa dimension de quotidien partagé. »¹⁶⁶ La légitimation par mariage est en outre instaurée. Seule l'adoption, simplifiée, permet désormais l'établissement d'une filiation fondée sur la volonté.

l'intégration dans la famille d'un individu dépourvu de personnalité juridique. *Minus plena*, elle n'avait qu'une visée successorale et les liens avec la famille d'origine étaient maintenus ; *plena*, elle rompait les liens avec la famille d'origine : M.-H. RENAULT, *op. cit.*, note 144, p. 55

¹⁶¹ M. MANDOFIA BERNEY, *op. cit.*, note 10, p. 13

¹⁶² *Id.*, p. 13-14 et : M.-H. RENAULT, *op. cit.*, note 144, p. 6-7, 40, 46

¹⁶³ M. MANDOFIA BERNEY, *op. cit.*, note 10, p. 14

¹⁶⁴ *Id.*, p. 14-15 et : M.-H. RENAULT, *op. cit.*, note 144, p. 48

¹⁶⁵ M. MANDOFIA BERNEY, *op. cit.*, note 10, p. 14

¹⁶⁶ *Id.*, p. 15

Il est important de noter que le mariage occulte quelque peu l'importance intrinsèque des vérités biologique et socio-affective de la filiation. En effet :

« Elles ne sont ni l'une ni l'autre prônées pour elles-mêmes, mais leur pondération dépend du mariage, référence unique. Il apparaît cependant, qu'implicitement, la présomption de paternité du mari repose bien sur l'idée que les enfants de la femme sont biologiquement ceux de son mari. Elle est liée au respect supposé du devoir de fidélité découlant du mariage. Mais la vérité biologique n'est pas recherchée pour elle-même (...) Quant à la vérité socio-affective, son rôle est encore moins évident à définir dans une filiation exclusivement définie par le mariage. La présomption de paternité est bien conçue par certains comme une volonté tacite du mari d'accepter tous les enfants de sa femme (...)»¹⁶⁷

La chute de l'empire romain d'occident, en 476, laisse place à des Etats nouveaux régis par les droits divers des barbares, coutumiers et personnels –et parfois mis par écrit sous l'influence du droit romain, lequel est maintenu par endroits¹⁶⁸. Les coutumes germaniques consacrent une famille de type patriarcal, dont le chef détient une suprématie fondée sur le port d'armes et le privilège du protecteur. Dans ce cadre, le mariage tient une place importante, puisqu'il légitime le *mundium* du mari sur sa femme¹⁶⁹.

A l'époque féodale (IX-XI^{ème} s.)¹⁷⁰, l'équilibre entre les différentes dimensions de la filiation se modifie une nouvelle fois, de façon particulièrement abrupte. Faute d'Etat fort, l'individu cherche protection auprès d'un seigneur et du groupe familial auquel il se rattache. Chez les nobles, l'institution du lignage contribue également, pour des raisons de fortune cette fois, à réinvestir le lien biologique.

« L'âge féodal accorde une place primordiale au lignage et sacralise les liens du sang. La paternité est dominée par l'obsession du sang : support du nom, de l'honneur, du pouvoir. (...) Le lien biologique étant fondamental, l'enfant illégitime est accepté. (...) En revanche, pour le droit canonique, de façon analogue au droit romain du Bas-Empire, seul l'état de mariage fonde la filiation. »¹⁷¹

Dans un tel contexte, l'adoption tombe quasiment en désuétude.

L'époque féodale offre un éclairage intéressant sur la place « intermédiaire » du mariage dans l'équilibre de la volonté et du sang dans l'établissement de la filiation. En effet, en s'appuyant sur la fidélité de l'épouse, le mariage assure indirectement que les enfants du mari sont ses descendants biologiques. Toutefois, l'institution devant être protégée pour elle-même, elle prend le pas sur le biologique, lorsque celui-ci la bafoue.

« L'importance que les systèmes féodaux accordent au sang est battue en brèche par l'Eglise qui tente de mettre un frein à la promotion de la généalogie. Celle-ci risque en effet de mettre sur le même pied, dans la descendance des grands, tous les enfants, légitimes ou non. Mais la rencontre de ces deux modèles se

¹⁶⁷ *Id.*, p. 35

¹⁶⁸ M.-H. RENAUT, *op. cit.*, note 144, p. 7. Sur la famille barbare, voir : E. GLASSON, *op. cit.*, note 153, p. 124-125

¹⁶⁹ J. PINEAU, *op. cit.*, note 38, p. 3

¹⁷⁰ M. MANDOFIA BERNEY, *op. cit.*, note 10, p. 15-17 ; M.-H. RENAUT, *op. cit.*, note 144, p. 7-8

¹⁷¹ M. MANDOFIA BERNEY, *op. cit.*, note 10, p. 15

fait globalement assez harmonieusement puisque si l'on accorde une suprématie au sang, le mariage et le devoir de fidélité qu'il implique pour l'épouse en est la meilleure sauvegarde ! »¹⁷²

Au Moyen-Âge (XII-XV^{ème} s.)¹⁷³, l'influence de l'Eglise fissure la famille clanique et la morcelle en unités autonomes, reposant sur le mariage. On observe ainsi à cette époque un nouveau mouvement d'une famille élargie vers une famille nucléaire, comparable à celui qui avait eu lieu pendant la période romaine. Par ailleurs, la force de l'union sacramentale chrétienne fait des enfants illégitimes de vulgaires bâtards, dépourvus de tout droit et exclus de la famille. L'adoption enfin, n'a pas sa place.

Au XVIII^{ème} siècle¹⁷⁴, les idées de laïcité, de légalité et d'égalité soufflent avec le vent révolutionnaire français. Elles balaient –temporairement– la puissance paternelle et font du mariage un contrat civil, consacrant « une nouvelle conception de la famille, fondée sur la liberté et l'amour »¹⁷⁵. Pour faire honneur aux valeurs fondatrices de la Révolution, l'on consacre l'égalité des enfants, légitimes comme illégitimes. La paternité se fonde alors sur la volonté plutôt que sur un mariage-institution. Ce dernier n'est plus indissoluble et le divorce par consentement mutuel est possible¹⁷⁶. Par une habile construction, une place centrale est néanmoins conservée au mariage, puisque c'est par ce contrat que s'exprime la volonté de l'homme d'être le père des enfants que sa femme mettra au monde¹⁷⁷. Dans ce contexte favorable à la volonté, l'adoption connaît un important regain d'intérêt. Le système révolutionnaire souffrira pourtant de son avant-gardisme et sera rapidement renversé par la Restauration : dès 1804, le Code civil¹⁷⁸ rétablit la puissance paternelle et l'illégitimité des enfants naturels et restreint les conditions et les effets de l'adoption. La France aura toutefois semé suffisamment de graines révolutionnaires pour préparer les changements du XX^{ème} siècle¹⁷⁹.

¹⁷² *Id.*, p. 16

¹⁷³ M.-H. RENAUT, *op. cit.*, note 144, p. 8, 48-51, 55-56

¹⁷⁴ M. MANDOFIA BERNEY, *op. cit.*, note 10, p. 17-20; M.-H. RENAUT, *op. cit.*, note 144, p. 9-11, 40, 47, 49-54, 56-58, 78-80 ; J.-L. HALPERIN, *op. cit.*, note 153, p. 38 et suiv. ; E. GLASSON, *op. cit.*, note 153, p. 130 et suiv., 252-262

¹⁷⁵ M. MANDOFIA BERNEY, *op. cit.*, note 10, p. 17

¹⁷⁶ Pour cette raison, le droit révolutionnaire ne juge pas utile de réglementer le concubinage, qui est ignoré: M.-H. RENAUT, *op. cit.*, note 144, p. 40

¹⁷⁷ M. MANDOFIA BERNEY, *op. cit.*, note 10, p. 18. En dehors du mariage, la volonté emporte toutefois les mêmes effets pour la filiation : tout enfant voulu et reconnu par son père a un lien de filiation avec celui-ci. En revanche, l'enfant adultérin, incestueux ou non désiré n'a aucune possibilité de voir sa filiation établie, du fait de l'abolition de la recherche de paternité. Cela dénote une certaine ambiguïté du législateur révolutionnaire, qui, libertaire, n'en est pas moins attaché au mariage, au détriment des « enfants de la honte ».

¹⁷⁸ Pour une perspective contemporaine de ce code, voir : E. GLASSON, *op. cit.*, note 153, p. 262-275

¹⁷⁹ J.-L. HALPERIN, *op. cit.*, note 153, p. 48-50; La France marquera de son influence de nombreux pays européens, qu'il s'agisse des idées révolutionnaires ou de sa codification. Notons toutefois que le Québec

C'est également au cours du XIX^{ème} siècle qu'a commencé à émerger une nouvelle conception de l'enfant¹⁸⁰. L'époque révolutionnaire avait déjà accordé une attention particulière à celui-ci, en lui reconnaissant certains droits à titre de futur citoyen. Au milieu du XIX^{ème} siècle, l'intérêt de l'enfant est utilisé en droit public comme en droit privé, et devient une notion centrale guidant les réformes européennes du droit de la filiation. On doit notamment cette évolution à la diffusion de la contraception et à l'apport des sciences sociales. Dans le cadre particulier de l'adoption, c'est le sort des nombreux orphelins de la première guerre mondiale qui transformera la dynamique et la finalité de cette institution, qui, de successorale, deviendra humanitaire. Pourtant, si partout l'on s'accorde sur la nécessité de prendre en compte le bien de l'enfant, la notion ne reçoit nulle part un contenu identique¹⁸¹. Elle constituera néanmoins un des éléments déterminants des changements spectaculaires de la famille au XX^{ème} siècle.

« L'intérêt de l'enfant va lentement devenir prépondérant et, dans les dernières réformes du droit de la filiation, viendra fonder une nouvelle cohésion de la famille, dictant un nouvel équilibre entre vérités biologique et socio-affective. (...) Ainsi, la défense de l'intérêt de l'enfant commence à être conçue autrement et à poser des impératifs d'égalité et de vérité dans la filiation (...) C'est la clarté des situations, leur vérité, qui deviendra gage de tranquillité. »¹⁸²

Ancrée dans une recherche d'égalité et de justice passant par la garantie de la filiation, la vérité biologique a ainsi permis de faire un pas important en direction du bien de l'enfant. A l'ère de la procréation artificielle, son investiture légale peut toutefois devenir dangereuse: comment en effet ne pas voir le risque singulier que, dans un tel contexte, la vérité biologique, dissociée par essence de la filiation juridique, ne se retourne contre l'enfant qu'elle était venue protéger ?

C) Evolutions contemporaines

1. En général

On peut brièvement résumer l'évolution de la famille occidentale au XX^{ème} siècle par les mots « assouplissement » et « diversification ». Les origines de ces évolutions sont à chercher du côté des « changements *sociostructurels* (démocratisation du bien-être, développement des classes

ne recevra pas les idées révolutionnaires, alors qu'il sera fortement influencé par le code civil de 1804 : J. PINEAU, *op. cit.*, note 38, p. 4 ; Charles A. ROBERGE, « Les influences du droit public sur le droit de la famille », dans Pierre CIOTOLA et Denys-Claude, LAMONTAGNE, François RAINVILLE, Charles A. ROBERGE, *XVIII^e Congrès de l'Union internationale du notariat latin, Montréal 21 au 27 septembre 1986 ; Rapports Canadiens, Québec ; Les influences du droit public sur le droit de la famille, le droit immobilier, le droit des contrats et le droit des sociétés*, Montréal, Chambre des notaires du Québec, 1986, p. 1, à la p. 3, 6. Concernant ce code justement, le professeur Glasson exprimait en 1880 avec un certain patriotisme que: « Dans ce temps de rivalités étrangères, il n'est pas trop présomptueux de rappeler que notre législation civile sert souvent de modèle aux autres pays. »: E. GLASSON, *op. cit.*, note 153, p. 130

¹⁸⁰ M. MANDOFIA BERNEY, *op. cit.*, note 10, p. 17, 29 (note 90) et 30 ; M.-H. RENAUT, *op. cit.*, note 144, p. 67-68

¹⁸¹ M. MANDOFIA BERNEY, *op. cit.*, note 10, p. 30

¹⁸² *Id.*, p. 36-37

moyennes, tertiarisation de l'économie, etc.) »¹⁸³, des « mutations *culturelles* (liberté individuelle, libéralisation du droit, égalité, postmatérialisme) »¹⁸⁴ et des développements technologiques¹⁸⁵ de l'époque contemporaine.

« L'ordre antérieur à la transition démographique –dominé par le « modèle de la famille bourgeoise » traditionnelle– se caractérisait par l'universalité du mariage et de la procréation et par une stricte répartition des rôles entre les sexes. Après la transition, les rapports entre l'homme et la femme sont devenus plus égalitaires. Un ordre nouveau a émergé, dominé par le modèle de la famille « individualiste », où la vie émotionnelle est revalorisée et où les enfants sont considérés comme une richesse mais aussi comme une charge. Les comportements reproductifs sont déterminés par des valeurs nouvelles telles que l'autonomie individuelle et le droit à l'épanouissement personnel. Cette mutation des valeurs et des conduites va de pair avec l'évolution de la place de la femme dans la société, en particulier avec l'augmentation de leur niveau de formation et de leur participation à la vie active et avec la généralisation des notions de partenariat et d'égalité des droits. »¹⁸⁶

L'on a ainsi assisté, dès le milieu du siècle, à la laïcisation des institutions, à l'égalité croissante des femmes et des enfants, à l'ouverture des choix de vie. En particulier, l'émancipation des femmes a été possible grâce à la reconnaissance d'une certaine égalité dans le cadre du mariage, qui a mis fin à l'idée d'une union fondée sur la puissance paternelle du chef de famille. L'avènement de la pilule contraceptive¹⁸⁷ et la dépénalisation de l'avortement ont offert aux femmes une liberté sans précédent sur leur procréation. L'accès au marché du travail leur a permis de concrétiser leur indépendance financière. La dynamique des relations de couple en a été profondément affectée : conçu comme un partenariat, le couple est devenu un lieu de bien-être, à la fois plus valorisé et plus fragile. Sexualité, conjugalité et procréation se sont dissociées. Une nouvelle période de vie, « pré-familiale »¹⁸⁸, s'est glissée entre le début de l'âge adulte et la création d'une famille. Du côté des enfants, l'égalité a pris la forme de la consécration progressive d'un statut identique pour les enfants légitimes et les enfants « naturels ». L'adoption, devenue plénière, a cessé d'être conçue uniquement comme un remède à l'absence d'héritier, pour devenir un remède à l'absence de parents et un mode de filiation alternatif. Le « bien de l'enfant », mis à jour par la psychanalyse moderne et considéré grâce à la contraception et à l'avènement de l'enfant « désiré », a été consacré comme un principe juridique. Cette liberté nouvelle a pris ancrage dans une conception de plus en plus individualiste des droits la personne et s'est traduite par des phénomènes d'« éclatement de la

¹⁸³ B. FUX, *op. cit.*, note 136, p. 10

¹⁸⁴ *Id.*

¹⁸⁵ *Id.* L'auteur résume en ces termes la théorie sociologique de la deuxième transition démographique, que l'on doit à Lesthaeghe et van de Kaa.

¹⁸⁶ B. FUX, *op. cit.*, note 136, p. 10. L'évolution est comparable au Québec : M. TETRAULT, *op. cit.*, note 136, p. 9-18. Une différence notable concerne l'union de fait et sera abordée *infra*, p. 35 et suiv.

¹⁸⁷ Sur le bouleversement amené par la contraception pour la liberté des femmes, voir : F. HERITIER, *op. cit.*, note 7, p. 143-147

¹⁸⁸ B. FUX, *op. cit.*, note 136, p. 22

famille » ou, sans connotation négative, de « pluralisation des formes de vie »¹⁸⁹ : dénatalité¹⁹⁰, dénuptialité¹⁹¹, divorces¹⁹², unions libres¹⁹³ en sont les symptômes les plus manifestes.

Les couples homosexuels ont à leur tour bénéficié des changements de conception de la fin du siècle dernier. L'homosexualité a été décriminalisée, et leurs unions, d'abord tolérées, ont fini par être reconnues par l'Etat¹⁹⁴.

« [O]n constate une nette tendance du droit de la famille à porter plus d'attention à l'épanouissement des personnes qu'à la constitution d'un ensemble. Toutefois, dans la mesure où le droit (...) accorde une protection à l'ensemble que représente la « famille », les mêmes voix qui revendiquent souvent le droit à l'épanouissement de la personne souhaitent que l'Etat accorde une protection aux « ensembles » jusqu'alors non compris dans la notion de famille : l'union libre, l'union homosexuelle, l'union transsexuelle. »¹⁹⁵

¹⁸⁹ *Id.*, p. 12 ; Halpérin parle de « pluralisme des « choix de vie » » : J.-L. HALPERIN, *op. cit.*, note 153, p. 311

¹⁹⁰ En Suisse, voir : Philippe WANNER et Peng FEI, *Facteurs influençant le comportement reproductif des Suissesses et des Suisses*, Neuchâtel, Office fédéral de la statistique, 2005 ; Le taux de fécondité est en baisse constante depuis les années 1960. De 2,7 enfant par femme en 1964, il est passé à 1,4 en 2005 : Office fédéral de la statistique. [en ligne]. http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/01/02/blank/key/naturliche_bevoelkerungsbewegung/geburtten.html (Page consultée le 1^{er} novembre 2006). Au Québec, voir : Dossier thématique « Le choc des générations », *Revue Dire*, volume 16, n°1, automne 2006, à la p. 6 et suiv. ; M. TETRAULT, *op. cit.*, note 136, p. 7-8. Le nombre total de naissances a diminué de 9,4% entre 1981 et 2001: Gouvernement du Québec, ministère de la santé et des services sociaux. [en ligne] <http://ethique.msss.gouv.qc.ca/site/74.0.0.1.0.0.phtml> (Page consultée le 1^{er} novembre 2006). Depuis une dizaine d'années, le taux de fécondité est de 1,4 enfant par femme : Institut de la statistique du Québec, « un portrait statistique des familles au Québec, édition 2005 ». [en ligne]. <http://www.mfacf.gouv.qc.ca/statistiques/famille/index.asp> (Page consultée le 1^{er} novembre 2006)

¹⁹¹ En Suisse, le nombre de mariages pour 1000 habitants est passé de 7,6 en 1970 à 5,3 en 2004. Cette baisse résulte toutefois surtout de l'augmentation de l'âge au moment du mariage plutôt que d'une moins grande propension à se marier : Office fédéral de la statistique [en ligne] http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/01/01/pan.ContentPar.0002.DownloadFile.tmp/SJB2006_B01.pdf (Page consultée le 1^{er} novembre 2006). Au Québec, la chute est bien plus importante, puisqu'on est passé d'un taux de nuptialité de 8,2 mariages pour 1000 habitants en 1970 à 2,8 mariages pour 1000 habitants en 2004 : Institut de la statistique du Québec. [en ligne]. http://www.stat.gouv.qc.ca/donstat/societe/demographie/etat_matrm_marg/501a.htm (Page consultée le 1^{er} novembre 2006)

¹⁹² Le taux de divortialité est élevé, et ce indépendamment du taux de nuptialité. En Suisse, le taux de divorce atteignait 53,1% en 2005. Site de l'Office fédéral de la statistique. [en ligne] <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/01/01/key.html> (Page consultée le 1^{er} novembre 2006). Pour un petit retour instructif et amusant dans le passé, voir les statistiques du XIX^{ème} siècle considérées comme particulièrement alarmistes à l'époque: E. GLASSON, *op. cit.*, note 153, p. 464-470. La Suisse était alors la triste détentrice du record du nombre de divorces en Europe, avec un taux coupable de 5 divorces pour 100 mariages en 1878. Au Québec, ce taux était de 51,4% en 2000 : Institut de la statistique du Québec, « un portrait statistique des familles au Québec, édition 2005 ». [en ligne]. <http://www.mfacf.gouv.qc.ca/statistiques/famille/index.asp> (Page consultée le 1^{er} novembre 2006)

¹⁹³ Et leurs conséquences : nucléarisation et réduction de la taille des familles, augmentation des ménages à une personne et des familles monoparentales et recomposées. Voir : B. FUX, *op. cit.*, note 136 ; *infra*, p. 35-37

¹⁹⁴ Sur l'évolution du statut des personnes homosexuelles, voir : Flora LEROY-FORGEOT, *Histoire juridique de l'homosexualité en Europe*, Paris, Presses universitaires de France, 1997

¹⁹⁵ A. LEUBA, P. MEIER et S. SANDOZ, *loc. cit.*, note 141, à la p. 151-152

2. L'union libre¹⁹⁶

En Suisse comme au Québec « l'union libre ne se conçoit plus (...) comme un « temps d'essai » avant le mariage, mais de plus en plus comme une alternative au mariage »¹⁹⁷. Toutefois, la situation suisse diverge notablement de la situation québécoise sur ce point. En effet, en 2004, 86,7% des bébés suisses sont nés dans le cadre d'un mariage¹⁹⁸. « Malgré la forte progression des couples vivant en union libre avec enfants, la naissance d'un enfant entraîne souvent l'officialisation de la relation de couple. (...) les couples mariés sont toujours bien plus nombreux, parmi les couples avec enfants, que les couples vivant en union libre. »¹⁹⁹. Cela permet d'affirmer que, en dépit de sa progression, l'union libre reste, en Suisse, « un phénomène secondaire »²⁰⁰. Au Québec, l'union libre atteint des proportions bien plus importantes : elle concerne aujourd'hui un tiers des couples²⁰¹. En 2002, 67% des premiers nés sont en outre venus au monde hors mariage, ce qui tend à démontrer que l'union libre a surtout la cote auprès de jeunes couples en âge de procréer²⁰². Selon les statistiques de 2005, relayées par *La Presse*²⁰³, l'écart est significatif entre certaines régions du Québec, comme la Gaspésie, où 80% des enfants naissent de femmes non mariées, et Montréal, où ce taux n'est que de 36% ; la différence est vraisemblablement due à la forte concentration de minorités culturelles

¹⁹⁶ Le terme de concubinage s'applique en général, en Suisse, à une relation de couple d'une certaine stabilité entre des personnes de sexe opposé non mariées : A. LEUBA, P. MEIER et S. SANDOZ, *loc. cit.*, note 141, à la p. 180, note 69. Au Québec, la définition résulte des lois spéciales consacrant des droits ou imposant des obligations aux conjoints de fait, l'exigence de durée notamment pouvant varier. Faute de disposition, la définition du nouvel article 61.1 al. 2 de la *Loi d'interprétation* (L.R.Q., I-16), introduit par l'article 143 de la *Loi instituant l'union civile*, prévaut : les conjoints de fait sont 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. Une communauté de vie est présumée dès que les personnes cohabitent depuis au moins un an ou dès le moment où elles deviennent parents d'un même enfant. Enfin, pour conclure que deux personnes vivent comme un couple, la jurisprudence exige généralement la cohabitation, le secours mutuel et de la commune renommée : M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 170-171

¹⁹⁷ B. FUX, *op. cit.*, note 136, p. 35

¹⁹⁸ P. MEIER et M. STETTLER, *op. cit.*, note 10, p. 22. Notons toutefois que, bien que relativement rares, les naissances hors mariage ont doublé entre 1980 et 2004 : Office fédéral de la statistique. [en ligne] http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/01/01/pan.ContentPar.0002.DownloadFile.tmp/SJB2006_B01.pdf (Page consultée le 1^{er} novembre 2006)

¹⁹⁹ B. FUX, *op. cit.*, note 136, p. 43

²⁰⁰ *Id.*, p. 46

²⁰¹ Elle est passée de 7% des couples en 1981 à 30% en 2001 : M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 10-11, 169

²⁰² Ce chiffre reste élevé pour le deuxième enfant, même si une certaine proportion de couples choisissent d'officialiser leur union suite à une première naissance : M.-B. TAHON, *op. cit.*, note 13, p. 28-29. Au total, les naissances hors mariages représentaient, quel que soit le rang des enfants dans la fratrie, près de 60% de toutes les naissances enregistrées en 2005 : Institut de la statistique du Québec, « un portrait statistique des familles au Québec, édition 2005 ». [en ligne]. <http://www.mfacf.gouv.qc.ca/statistiques/famille/index.asp> (Page consultée le 1^{er} novembre 2006)

²⁰³ Janie GOSSELIN, « Les naissances hors mariage plus nombreuses au Québec », *La Presse Montréal*, 1^{er} août 2006, p. A8. Voir aussi : Institut de la statistique du Québec, « un portrait statistique des familles au Québec, édition 2005 ». [en ligne]. <http://www.mfacf.gouv.qc.ca/statistiques/famille/index.asp> (Page consultée le 1^{er} novembre 2006)

dans les agglomérations. Elle illustre bien la particularité québécoise, qui se distingue aussi à l'échelle canadienne : en effet, le reste du Canada n'enregistrait qu'un quart de naissances hors mariage en 2004²⁰⁴. Ce phénomène, amorcé dès 1997 (première année où les naissances hors mariage ont surpassé en nombre les naissances en mariage), serait dû au rejet d'institutions valorisées par l'Eglise, à l'âge moyen élevé des mères et à la difficulté à trouver un partenaire stable²⁰⁵. L'union de fait entraîne des effets de droit public et social²⁰⁶. Fondamentalement, c'est la similitude des rôles parentaux joués par les conjoints de fait dans la société qui a décidé les tribunaux et le législateur à leur accorder une protection et des droits initialement réservés aux couples mariés²⁰⁷. La reconnaissance de droits égaux pour les conjoints non mariés, hétérosexuels ou homosexuels, a connu une accélération depuis les années 1960 au motif que l'état civil et l'orientation sexuelle sont des motifs de discrimination prohibés²⁰⁸. Au niveau du droit civil en revanche, l'union de fait est quasiment ignorée et les conjoints sont libres d'aménager à leur guise ses conséquences²⁰⁹. De nombreux couples en union de fait croient d'ailleurs à tort avoir exactement les mêmes droits que les couples mariés, ce qui pourrait expliquer en partie la désaffection du mariage, considéré comme inutile²¹⁰. Si l'on compare avec la Suisse, il pourrait peut-être s'expliquer également par le fait que le droit suisse ne reconnaît d'aucune façon ce qu'il appelle encore les « concubins »²¹¹ alors que les conjoints de fait jouissent au Québec de certaines prérogatives juridiques²¹². Cependant, cette explication n'est selon nous pas très convaincante dans la mesure où le droit québécois s'est attaché à consacrer le statut des conjoints de fait de façon épisodique pour encadrer une réalité galopante plutôt que pour offrir une alternative *a priori*²¹³. Il semblerait que nous ayons affaire ici à une

²⁰⁴ Les autres provinces canadiennes enregistrent également un taux d'union libre moins élevé que le Québec, de l'ordre de 11% à 14% selon les chiffres de 2001 : M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 169

²⁰⁵ J. GOSSELIN, *loc. cit.*, note 203

²⁰⁶ M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 172-173

²⁰⁷ *Id.*, p. 10

²⁰⁸ *Id.*, p. 173. Notons que ces motifs sont expressément mentionnés par l'article 10 la *Charte québécoise*, alors que leur intégration dans la liste de l'article 15 de la *Charte canadienne* est le fait d'une interprétation de la Cour Suprême. Voir : *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513 ; *Miron c. Trudel* [1995] 2 R.C.S. 418

²⁰⁹ M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 173-177

²¹⁰ *Id.*, p. 10

²¹¹ A ce sujet : Bernhard PULVER, *L'union libre : droit actuel et réformes nécessaires*, Lausanne, Réalités Sociales, 1999 ; A. LEUBA, P. MEIER et S. SANDOZ, *loc. cit.*, note 141, à la p. 179-180 : il arrive que la jurisprudence accorde une certaine officialisation de ce mode de vie.

²¹² *Contra* : Alain ROY, « Le droit de la famille, une décennie d'effervescence législative », (2003) 105 R. du N., p. 215, à la p. 220, pour qui l'union de fait demeure toujours en marge du droit. Cela n'est évidemment pas inexact si l'on compare les effets limités de l'union de fait par rapport aux unions officialisées, mais l'examen comparé permet de relativiser le propos.

²¹³ *Infra*, p. 38 et suiv. Nous venons de voir que les conjoints de fait ne sont pas pris en compte par le C.c.Q., que leur situation est reconnue par la jurisprudence et certaines lois sociales et qu'ils sont inclus

réelle différence de mœurs, qui ne sera pas sans effet sur l'organisation de la filiation et l'ouverture des institutions traditionnelles aux couples homosexuels.

3. En résumé

Globalement et en bref, on a assisté partout à un déplacement du centre névralgique de la famille du mariage vers les enfants²¹⁴ : si la famille a longtemps précédé et fondé la filiation, c'est aujourd'hui la filiation qui est souvent seule à même de définir –et de préserver– la famille. Les développements techniques ont également contribué à changer le visage de la famille. Leur arrivée peu après la révolution sexuelle ressemble à s'y méprendre à un clin d'œil de l'Histoire, qui semble avoir conjugué ses efforts sur tous les fronts pour transformer nos modes de vie et nos modes de pensée.

D) Conclusion

La première partie de ce travail nous a permis d'acquérir les outils conceptuels nécessaires à une pleine compréhension de la filiation. A la fois individuelle et institutionnelle, biologique et affective, la filiation est une notion complexe et malléable, qui se voit attribuer un nombre considérable de fonctions : fonction identitaire et symbolique, fonction sociale, fonction économique²¹⁵. Garantie de la survie du groupe et de la paix sociale, élément de transmission du sang et des biens, assurance vieillesse, facteur de protection de l'enfant, agent d'épanouissement personnel, elle est l'objet de toutes les attentes. Ses différentes composantes peuvent être conjointes ou dissociées et constituer tour à tour des conditions nécessaires et/ou suffisantes de la filiation légale. Ainsi, la filiation est une notion construite, résultat d'un choix de société. A ce titre, elle est également juridique et appelle un examen approfondi du droit qui la régit.

dans la définition de « conjoints » par la *Loi d'interprétation*. Voir : M. TETRAULT, *op. cit.*, note 136, p. 543 et suiv. ; M. D.-CASTELLI et D.GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 11

²¹⁴ Renée JOYAL, « La filiation homoparentale, rupture symbolique et saut dans l'inconnu. Quelques réflexions à la lumière de l'évolution récente du droit de la filiation », dans P.-C. LAFOND et B. LEFEBVRE (dir.), *op. cit.*, note 10, p. 307, à la page 310

²¹⁵ Voir à ce sujet : Olivier GUILLOD, *La conception juridiquement assistée de la filiation : vers un bouleversement ?*, conférence donnée dans le cadre de : *Nouvelles réalités sociales de la filiation*, Journée nationale de réflexion scientifique, Lausanne, 25 janvier 2007. L'intervention peut être visionnée en vidéo sur : <http://www.resar.ch/> (Page consultée le 4 février 2007)

2^{ème} Partie : Droit de la filiation

En Suisse comme au Québec, le droit de la filiation a été profondément influencé par les développements historiques, sociaux et scientifiques abordés dans la première partie de ce travail. Dans la quête d'un équilibre entre héritage judéo-chrétien et percées scientifiques, les solutions législatives entérinées dans chaque juridiction sont toutefois fort différentes. Le législateur helvétique a fait montre d'une grande retenue tant par rapport à l'évolution des mœurs que par rapport à la technologie. Le législateur québécois, initialement plus traditionnaliste, a fait volte face suite à la révolution tranquille et a engagé des réformes audacieuses.

I- Evolutions législatives

Les premiers codes civils ont fait leur apparition au tournant du XX^{ème} siècle, consacrant une conception ancienne de la famille, à la fois patriarcale et maritale. Dès les années 1950, le droit de la filiation a toutefois fait l'objet d'importantes réformes, en Europe comme en Amérique du Nord²¹⁶. L'intérêt de l'enfant constituait le cœur de ces réformes, qui ont aboli les discriminations entre enfants légitimes et illégitimes. Dans les juridictions considérées, le rythme de progression législative et la fonction du droit par rapport aux changements sociaux ont varié. Alors que le législateur suisse s'est montré fidèle à une prudence toute helvétique, se contentant d'entériner des évolutions sociales devenues incontournables, le législateur québécois a commencé par se montrer rétif à certaines réformes, avant d'anticiper, dans un effort d'« encouragement », des transformations pour lesquelles la société québécoise n'était peut-être pas tout à fait prête²¹⁷.

Pour ce qui est de l'équilibre entre les différents éléments de la filiation, on peut dire que « l'importance accordée à la parenté socio-affective se renforce »²¹⁸, au détriment de la filiation fondée sur le mariage et en faveur de l'adoption. La vérité biologique prend également son essor, grâce à l'intégration des expertises scientifiques dans les procédures judiciaires relatives à la filiation. Le rôle de la présomption de paternité s'amoindrit à la faveur de l'ampleur croissante prise à la fois par la vérité socio-affective et par la vérité biologique²¹⁹.

A) En Suisse

Au début du XX^{ème} siècle, les cantons suisses sont partagés entre le modèle français, suivi dans la plupart des juridictions romandes, le modèle autrichien et le modèle zurichois, inspiré de

²¹⁶ M. MANDOFIA BERNEY, *op. cit.*, note 10, p. 32

²¹⁷ *Infra*, p. 75 et suiv.

²¹⁸ M. MANDOFIA BERNEY, *op. cit.*, note 10, p. 32

²¹⁹ *Id.*, p. 33

l'école historique allemande de Savigny²²⁰. Après la rédaction d'un Code des obligations fédéral en 1881, l'élaboration d'un Code civil est confiée à Eugen Huber dès 1892²²¹. C'est ainsi qu'en 1907 les cantons suisses se dotent d'un code civil unifié²²², qui consacre principalement la filiation fondée sur le mariage. A l'époque, le nouveau droit fédéral est considéré comme progressiste par rapport à la plupart des droits cantonaux antérieurs et des droits étrangers²²³. Pour Huber en effet, la filiation découle des liens du sang et l'intérêt de l'enfant est central²²⁴. C'est dans cette optique qu'il consacre l'égalité des enfants face à la filiation maternelle, la présomption de paternité en mariage et, surtout, l'action en paternité²²⁵. La reconnaissance des enfants adultérins et incestueux demeure toutefois impossible et, faute de reconnaissance, l'enfant n'a droit qu'à des aliments²²⁶. Le nouveau droit est également emprunt du souci d'assurer un meilleur partage des rôles parentaux entre époux²²⁷ et de garantir une protection accrue aux mineurs²²⁸. La position de Huber est donc nuancée : des inégalités persistent, mais elles sont conçues comme des mesures de protection en faveur de la famille légitime plutôt que comme une mise à ban de l'enfant illégitime.

Le droit de 1907 paraît toutefois rapidement dépassé, en raison précisément des distinctions persistantes entre enfants naturels et enfants légitimes, qui sont de plus en plus mal perçues dans l'opinion publique²²⁹. Après plusieurs demandes isolées intervenues dès les années 1920, un processus de révision du droit de la famille est lancé en 1957²³⁰. Il faudra attendre respectivement 1972²³¹ –révision du droit de l'adoption– et 1976²³² –réforme de l'établissement de la filiation– pour que le processus aboutisse. La réforme de 1976 en particulier instaure le principe d'unité de la filiation en introduisant l'égalité complète de statut juridique de tous les enfants. Elle favorise en outre la recherche de la vérité biologique en accordant à l'enfant le

²²⁰ J.-L. HALPERIN, *op. cit.*, note 153, p. 65. Concernant l'enfant illégitime par exemple, certains cantons romands suivent l'exemple du Code Napoléon (ils acceptent la reconnaissance mais prohibent la recherche de paternité), alors que d'autres, en Suisse centrale et orientale, font l'inverse : M. MANDOFIA BERNEY, *op. cit.*, note 10, p. 21

²²¹ J.-L. HALPERIN, *op. cit.*, note 153, p. 68

²²² *Code civil suisse du 10 décembre 1907*, RS 210 (ci-après cité CC). Entré en vigueur le 1^{er} janvier 1912.

²²³ P. MEIER et M. STETTLER, *op. cit.*, note 10, p. 7

²²⁴ M. MANDOFIA BERNEY, *op. cit.*, note 10, p. 22

²²⁵ *Id.* et : A. LEUBA, P. MEIER et S. SANDOZ, *loc. cit.*, note 141, à la p. 154

²²⁶ M. MANDOFIA BERNEY, *op. cit.*, note 10, p. 23

²²⁷ Notons qu'il faudra toutefois attendre le nouveau droit matrimonial, en 1985, pour que soit établie l'égalité des conjoints dans le mariage (à propos de cette révision, voir : A. LEUBA, P. MEIER et S. SANDOZ, *loc. cit.*, note 141, à la p. 175 et suiv.). De façon générale, la Suisse a mis du temps à reconnaître l'égalité des sexes, comme en témoigne l'introduction tardive du droit de vote des femmes, en 1971.

²²⁸ P. MEIER et M. STETTLER, *op. cit.*, note 10, p. 7

²²⁹ M. MANDOFIA BERNEY, *op. cit.*, note 10, p. 39

²³⁰ A. LEUBA, P. MEIER et S. SANDOZ, *loc. cit.*, note 141, à la p. 154

²³¹ FF 1971 I 1222

²³² FF 1974 II 1

droit d'ouvrir action en paternité et en facilitant la reconnaissance hors mariage²³³. Le mariage lui-même n'est plus un empêchement à la reconnaissance. Par ailleurs, une disposition nouvelle énonce l'obligation pour les parties et les tiers à une action en filiation de prêter leur concours aux expertises nécessaires. Enfin, les actions en filiation sont désormais du ressort du juge, qui examine les faits d'office et apprécie librement les preuves. Dans ce contexte, la vérité biologique est conçue comme conforme à l'intérêt public et à l'intérêt de l'enfant, qu'elle cherche à attacher à un père et non à dénoncer comme le fruit de la luxure²³⁴.

L'arrivée des nouvelles techniques de reproduction rend une nouvelle intervention du législateur nécessaire²³⁵. En effet, seul le cas de l'insémination artificielle avec le sperme du donneur est pris en compte dans le cadre de la réglementation du désaveu de paternité, l'art. 256 al. 3 CC prévoyant que le mari ne peut intenter action s'il a consenti à la conception du fait d'un tiers. C'est principalement l'Académie suisse des sciences médicales (ASSM) qui se charge d'encadrer la pratique de la procréation médicalement assistée²³⁶. Le peuple suisse se sert de son pouvoir d'initiative pour combler ce qui lui apparaît comme un vide juridique angoissant et réclamer l'interdiction des techniques de procréation assistée²³⁷. Cette démarche aboutit, après plusieurs rebondissements, à l'adoption d'un article constitutionnel et d'une *Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée*, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001²³⁸.

Il convient encore de mentionner la ratification par la Suisse de la *Convention relative aux droits de l'enfant*²³⁹ et l'adoption, en juin 2005, de la *Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes de même sexe*²⁴⁰.

B) Au Québec

Le Québec se dote d'un *Code civil* en 1866²⁴¹. La filiation se fonde alors sur le mariage, indissoluble, et sur la puissance paternelle. Il obéit ainsi aux mêmes préceptes que le Code

²³³ A. LEUBA, P. MEIER et S. SANDOZ, *loc. cit.*, note 141, à la p. 154-155

²³⁴ M. MANDOFIA BERNEY, *op. cit.*, note 10, p. 43

²³⁵ D'innombrables questions demeuraient insolubles dans le cadre du *Code civil*. On peut s'en faire une idée en lisant la thèse de Madame Dubler-Nüss, qui offre une photographie très complète de la situation en Suisse à la fin des années 1980 : Hedwig DUBLER-NÜSS, *Les nouveaux modes de procréation artificielle et le droit suisse de la filiation*, Berne, Éditions Peter Lang, 1988

²³⁶ *Infra*, p. 106 et suiv.

²³⁷ Initiative « contre l'application abusive des techniques de reproduction et de manipulation génétique à l'espèce humaine », FF 1987 II 1233

²³⁸ *Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée du 18 décembre 1998*, RS 810.11 (ci-après citée *LPMA*). A ce sujet: *infra*, p. 110 et suiv.

²³⁹ RO 1998 2055 ; FF 1994 V 1 ; RS 0.107. Ratification le 24 février 1997, entrée en vigueur le 16 mars 1997. *Convention relative aux droits de l'enfant*, Rés. A/RES/44/25, Doc. Off. AGNU c. 3, 44^e sess., Doc. NU A/C.3/44/L.44 (1989) (ci-après citée *CRDE*)

²⁴⁰ *Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes de même sexe du 18 juin 2004*, RO 2005 5685, RS 211.231 (ci-après citée *LPart*)

²⁴¹ Le *Code civil du Bas-Canada* était calqué sur les dispositions du Code Napoléon, mais « débarrassées des idées conservées du droit romain et reçues de la Révolution » : J. PINEAU, *op. cit.*, note 38, p. 4

suisse mais il les suit de façon plus rigoureuse, ce qu'expliquent sans doute son antériorité et l'empreinte particulièrement profonde du catholicisme sur le droit²⁴². En effet,

« S'il fallait trouver un emblème thématique au Québec d'antan, la « famille » s'imposerait d'emblée. (...) [J]usqu'au début des années 1950, le tissu social du Québec était, pour l'essentiel, constitué de fibres familiales. Dans une société essentiellement rurale, fortement influencée par le clergé catholique, la famille figurait au centre de toutes les préoccupations sociales. »²⁴³

En 1964, la *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*²⁴⁴ abolit la puissance maritale, ce qui constitue le premier changement notoire du droit de la famille depuis l'instauration du *Code civil du Bas-Canada*²⁴⁵. En 1968, le droit traduit les mutations de la Révolution tranquille par la reconnaissance du mariage civil, l'autonomie de l'épouse dans la gestion de son patrimoine et la possibilité de divorcer²⁴⁶. L'adoption fait l'objet d'une loi spéciale qui assimile l'enfant adopté à un enfant légitime de l'adoptant²⁴⁷. En 1975, l'orientation sexuelle est introduite expressément dans la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne* comme motif de discrimination contraire aux droits fondamentaux²⁴⁸.

Après plusieurs modifications ponctuelles, l'année 1980 est celle de la première véritable refonte du droit de la famille²⁴⁹. L'article 1 de cette nouvelle loi institue le *Code civil du Québec*, faisant de la Belle Province une juridiction unique au monde, dotée de deux codes civils²⁵⁰. Cette réforme marque l'avènement de l'égalité : égalité des enfants légitimes et illégitimes (fondée sur la reconnaissance expresse par les tribunaux du principe cardinal du

²⁴² Alors que le Code suisse manifeste déjà un souci d'égalité (*supra*, p. 39), « les institutions familiales du Québec, telles qu'elles furent insérées dans le Code civil de 1866, remontaient en fait à plusieurs siècles. Elles traduisaient une certaine conception de la société conjugale fondée sur la légitimité du lien matrimonial, sur la puissance maritale, sur la dépendance et la soumission de l'épouse et sur la puissance paternelle. » : C.A. ROBERGE, *loc. cit.*, note 179, à la p. 3. Sur l'influence de la religion, voir : *id.*, à la p. 6-8 et références citées (en particulier : Jean-Louis BEAUDOIN, « L'influence religieuse par le droit civil du Québec », R.G.D., 1984, vol. 15, p. 573)

²⁴³ A. ROY, *loc. cit.*, note 212, à la p. 232

²⁴⁴ *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*, L.Q. 1963-64, c. 66

²⁴⁵ M. TETRAULT, *op. cit.*, note 136, p. 2; Les idées révolutionnaires françaises ont alors « enfin » atteint le Québec, entraînant « la disparition de ce que les révolutionnaires – ceux de 1791 – appelaient « la ridicule puissance maritale » (...) » : J. PINEAU, *op. cit.*, note 38, p. 5

²⁴⁶ M. TETRAULT, *op. cit.*, note 136, p. 2 ; J. PINEAU, *op. cit.*, note 38, p. 5

²⁴⁷ *Loi de l'adoption* de 1969 : M. TETRAULT, *op. cit.*, note 136, p. 5

²⁴⁸ Line CHAMBERLAN, « Loi 84 – vers une reconnaissance de l'homoparentalité », *Conjonctures* n° 41-42 – *Drôle de genre*, Hiver-Printemps 2006, p. 43, à la p. 53. Pour un examen de la Charte canadienne en relation avec l'orientation sexuelle : Robert WITEMUTE, « Sexual Orientation and the Charter : The Achievement of Formal Legal Equality (1985-2005) and Its Limits », (2004) 49 *R.D. McGill*, p. 1143

²⁴⁹ *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39 ; A ce sujet, voir : J. PINEAU, *op. cit.*, note 38. Notons en particulier que toutes les dispositions de cette loi ne sont pas entrées en vigueur simultanément : celles des dispositions qui relevaient incontestablement de la compétence provinciale l'ont été le 2 avril 1981, alors que d'autres ne l'ont été que le 1^{er} décembre 1982, soit que leur constitutionnalité ait été douteuse, soit qu'elles aient nécessité des modifications procédurales (J. PINEAU, *op. cit.*, note 38, avant-propos)

²⁵⁰ J. PINEAU, *op. cit.*, note 38, avant-propos. Cette étrange coexistence durera jusqu'à l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* dans son intégralité, en 1994.

meilleur intérêt de l'enfant) et égalité des parents dans l'exercice de l'autorité parentale, et ce, quel que soit leur statut conjugal²⁵¹. L'union de fait, traditionnellement considérée comme contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, est partiellement consacrée : les limites imposées à la liberté contractuelle des conjoints de fait sont levées, mais la relation n'emporte pas d'effets de droit civil²⁵². Les dispositions sur l'adoption sont intégrées dans le droit de la famille, l'adoption n'est plus réservée aux couples mariés et le mineur adopté se voit reconnaître le droit de retrouver ses parents biologiques²⁵³. La réforme de 1980 marque également l'acceptation de la volonté des couples de recourir à la procréation assistée en permettant de « masquer » la filiation biologique du donneur de sperme par celle du père juridique dans deux dispositions relatives à l'insémination artificielle²⁵⁴. Le critère du meilleur intérêt de l'enfant est consacré dans le *Code civil* avant même la ratification par le Canada de la *CRDE*, en 1991²⁵⁵.

1991 est également l'année de l'adoption du nouveau *Code civil du Québec*²⁵⁶, entré en vigueur en 1994. S'il amène des changements significatifs dans d'autres domaines du droit privé, ce texte ne révolutionne pas le droit de la famille. Seul secteur dont la réforme avait précédé l'adoption du *C.c.Q.*, ce dernier ne sera en effet que légèrement modifié en 1994²⁵⁷. En particulier, le monopole du mariage est reconduit²⁵⁸. La levée du caractère irréfutable de la présomption de paternité et l'introduction d'un chapitre spécifique sur la PMA sont toutefois dignes d'être soulignés. À l'époque, les dispositions relatives à la procréation assistée sont incluses dans le chapitre sur la filiation par le sang, où elles sont aménagées sous forme d'exceptions pour permettre à un couple de pallier à la stérilité de l'un des partenaires²⁵⁹.

En 2002, le droit de la famille connaît un véritable chambardement avec l'adoption de la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*²⁶⁰. La procréation assistée y est désormais consacrée comme un mode autonome d'établissement de la filiation faisant

²⁵¹ Art. 594 *C.c.Q.* (1980) ; A. ROY, *loc. cit.*, note 212, à la p. 232 ; M. TETRAULT, *op. cit.*, note 136, p. 2-4

²⁵² A. ROY, *loc. cit.*, note 212, à la p. 219 ; M. TETRAULT, *op. cit.*, note 136, p. 5

²⁵³ M. TETRAULT, *op. cit.*, note 136, p. 5

²⁵⁴ M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 225-226

²⁵⁵ Le 13 décembre 1991. *Convention relative aux droits de l'enfant*, Rés. A/RES/44/25, Doc. Off. AGNU c. 3, 44^e sess., Doc. NU A/C.3/44/L.44 (1989) ; R.T. Can. 1992 n. 3. [en ligne] <http://www.unhchr.ch/pdf/reportfr.pdf> (Page consultée le 21 avril 2006)

²⁵⁶ *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (ci-après cité *C.c.Q.*)

²⁵⁷ Le législateur de 1994 s'est contenté de reconduire l'essentiel des dispositions adoptées en 1980 : A. ROY, *loc. cit.*, note 212, à la p. 218, 233

²⁵⁸ *Id.*, à la p. 219

²⁵⁹ M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 226

²⁶⁰ *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, c. 6. Sanctionnée le 8 juin 2002 et entrée en vigueur le 24 juin 2002 (ci-après citée : *Loi instituant l'union civile*)

l'objet d'un chapitre distinct dans le *C.c.Q.*²⁶¹. La filiation homoparentale est reconnue en même temps que l'union civile et l'exigence de l'intervention médicale dans la procréation assistée est abandonnée. En 2004, la tendance est confirmée par un jugement de la Cour d'appel du Québec, qui permet aux couples homosexuels de se marier dans la province²⁶².

Parallèlement, le recours aux tests génétiques dans le cadre de procès en filiation est reconnu par la *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*²⁶³ : l'article 535.1 *C.c.Q.* permet désormais au tribunal d'ordonner un test d'ADN dans le cadre d'une action relative à la filiation. Au niveau fédéral, le mariage homosexuel est pleinement reconnu par une loi à l'été 2005²⁶⁴.

Concernant la réglementation de la PMA, il faut noter que, comme en Suisse, c'est la pratique qui a pallié pendant longtemps au vide législatif²⁶⁵. Les cliniques de fertilité établissaient généralement leurs propres règles en conformité avec des normes scientifiques et professionnelles²⁶⁶. Des standards existaient dans les provinces et au niveau national, comme ceux développés par la Société canadienne de fertilité et d'andrologie²⁶⁷. Une loi fédérale a vu le jour en 2004 après de longues errances législatives. La *Loi concernant la procréation assistée et la recherche connexe*²⁶⁸ n'est cependant que partiellement fonctionnelle car ses règlements d'application ne sont pas encore en place.

Ce sont donc surtout les dix dernières années qui ont été riches en changements, traduisant « une évolution déterminante des valeurs et des conceptions familiales »²⁶⁹.

« Ainsi le législateur a-t-il successivement supprimé les derniers vestiges de la famille élargie (...), reconnu la primauté du droit à la filiation sur le droit à l'intégrité, en confiant au tribunal le pouvoir d'ordonner le prélèvement de substances corporelles dans le cadre d'actions relatives à la filiation (...) et reconstruit le cadre juridique de la filiation en marge de la réalité biologique, en permettant l'établissement d'un lien de parenté entre un enfant et deux parents de même sexe. »²⁷⁰

²⁶¹ M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 226

²⁶² *Ligue catholique pour les droits de l'homme c. Hendricks* (2004) J.Q. No 2593 (Q.L.)

²⁶³ *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 2002, c. 19

²⁶⁴ *Loi concernant certaines conditions de fond du mariage civil*, L.C 2005, c. 33

²⁶⁵ Concernant les normes déontologiques des professionnels de la santé et leur intégration dans le faisceau normatif sur la PMA, voir : Sabrina FORTIN, « Procréation assistée et agence canadienne de contrôle » (2004), à la p. 52-53 [en ligne]. http://www.ircm.qc.ca/bioethique/obsgenetique/cadrages/cadr2003/c_no14_03/ci_no14_03_02.html (Page consultée le 26 mars 2006)

²⁶⁶ Il est d'ailleurs arrivé que la pratique s'emballe... Voir : G. RIVARD et J. HUNTER, *op. cit.*, note 49 p. 74-75; Marie-Hélène REGNIER, « Les « nouvelles » techniques de reproduction » (2003) [en ligne] <http://www.familis.org/riopfq/publication/pensons75/regnier.html> (Page consultée le 26 mars 2006)

²⁶⁷ G. RIVARD et J. HUNTER, *op. cit.*, note 49, p. 75. La *Loi sur la procréation assistée* anticipe d'éventuels conflits de normes en permettant au Gouverneur en conseil d'incorporer ces standards par renvoi des règlements d'application (art. 65(2)) : *infra*, p. 118

²⁶⁸ *Loi concernant la procréation assistée et la recherche connexe*, L.C. 2004, c. 2 (ci-après citée : *Loi sur la procréation assistée*)

²⁶⁹ A. ROY, *loc. cit.*, note 212, à la p. 233

²⁷⁰ *Id.*

II- L'établissement de la filiation

La paternité est traditionnellement plus problématique que la maternité :

« [L]'étude de nos systèmes d'établissement de la filiation fait nécessairement une part royale à la paternité et une portion congrue à la maternité. Cet état de chose découle principalement du fait que (...) la maternité se constate : « *mater semper certa est* », ce qui est une opération relativement simple, tandis que la paternité se construit, procédé bien plus complexe. D'autre part, l'homme a très longtemps occupé une place centrale dans la famille. »²⁷¹

Aujourd'hui encore ce constat est largement valable. L'établissement de la paternité nous occupera donc d'avantage. Pourtant, la maternité mérite également une attention soutenue car elle peut aujourd'hui être à la fois « éclatée »²⁷² par la PA, et « dédoublée », lorsqu'elle désigne d'un commun vocable une mère lesbienne et sa compagne. Dans le premier cas, il s'agira de choisir entre plusieurs mères biologiques s'excluant mutuellement, dans le second, il s'agira de construire un nouveau couple parental avec deux maternités « parallèles », dont l'une au moins ne correspond à aucune réalité biologique.

L'examen des règles d'établissement de la filiation sera quelque peu facilité par le fait que l'éclatement de la maternité biologique n'est admis ni en Suisse, ni au Québec. La reconnaissance d'une filiation artificielle d'origine au Québec corsera pourtant l'analyse, en particulier dans les cas de filiation homosexuelle. Ainsi, nous constaterons que l'établissement de la filiation diffère passablement dans les deux juridictions, les fondements idéologiques donnant lieu à des aménagements législatifs distincts. Nous verrons que le système québécois, « unisexe » et fondé sur la réalité sociale plus que sur la biologie, a fourni un terrain favorable aux innovations législatives introduites en 2002, lesquelles se trouvent toutefois prises au piège de leur propre audace. La sémantique et les outils conceptuels traditionnels de la filiation, s'ils conviennent à la construction classique qui prévaut en Suisse, semblent inadaptés au Québec, où penser la filiation en termes de « paternité » et de « maternité » induit depuis peu une confusion insurmontable.

A) En Suisse²⁷³

Le droit suisse de la filiation donne généralement préséance à la composante biologique, sans toutefois nier l'importance de l'aspect socio-affectif lorsqu'il s'agit de préserver certaines

²⁷¹ M. MANDOFIA-BERNEY, *op. cit.*, note 10, p. 11

²⁷² Edith DELEURY, «Le droit de la procréation artificielle au Québec present et futur», dans C. BOURG, *op. cit.*, note, p. 91, à la p. 91; Moshe BEN-AM, *Gespaltene Mutterschaft*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1998

²⁷³ Nous ne ferons ici qu'un exposé succinct de la filiation en droit suisse. Pour un examen complet de ces règles, voir: P. MEIER et M. STETTLER, *op. cit.*, note 10 et : Philippe MEIER et Martin STETTLER, *Droit civil VI/2, les effets de la filiation (art. 270 à 327 CC)*, 3^e éd., Fribourg, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, 2006

situations de fait au nom de la paix de la famille. Le lien de filiation est donc double²⁷⁴ et bisexué. Il peut être établi par le sang, avec un régime différencié à l'égard de la mère et du père, ou par l'adoption.

1. Filiation par le sang

L'attachement à l'altérité des sexes ressort intrinsèquement de l'organisation de l'établissement de la filiation par le sang, qui répond à des règles différentes pour la mère et pour le père²⁷⁵. Le *Code civil* prévoit en effet que la filiation maternelle résulte de la naissance. La filiation paternelle en revanche est établie par le mariage avec la mère, par reconnaissance ou par jugement. Il s'en suit que la filiation maternelle est inattaquable, alors que la filiation paternelle peut être remise en cause. Lorsque cette dernière découle de la présomption liée au mariage, elle peut faire l'objet d'une action en désaveu; lorsqu'elle découle d'une reconnaissance, celle-ci peut faire l'objet d'une contestation. A l'inverse, lorsqu'il n'y a aucun lien de filiation paternelle, le droit préconise d'en pourvoir un à l'enfant par une action en paternité.

1.1 Filiation maternelle : *mater semper certa est*

L'article 252 alinéa 1 *CC* dispose que la filiation à l'égard de la mère s'établit par la naissance. Le lien juridique est ainsi créé de façon automatique et impérative. La déclaration de naissance à l'office de l'état civil²⁷⁶, bien qu'obligatoire, n'a qu'une valeur déclarative. Il n'existe aucune exception à ce principe, ni dans le cas d'un enfant trouvé (la filiation est établie d'office si la mère est retrouvée), ni dans le cas d'une maternité de substitution, par ailleurs interdite en Suisse²⁷⁷. La *ratio legis* derrière cette norme est de garantir dans tous les cas la création d'un lien de filiation maternelle²⁷⁸. Partant, l'action en maternité²⁷⁹ et le désaveu de maternité sont inconnus du droit suisse.

La filiation maternelle ne peut prendre fin que par voie d'adoption²⁸⁰. Si le cas d'un litige quant à la question de savoir qui a effectivement donné naissance à l'enfant peut être envisagé, on aura simplement recours à une action en inscription, modification ou radiation des données litigieuses de l'état civil conformément aux dispositions générales des articles 42 et 43 *CC*, la preuve se fondant sur une expertise scientifique²⁸¹.

²⁷⁴ Sauf le cas où un lien de filiation paternel ne peut être établi parce que le père n'est pas connu ; les cas où l'enfant est trouvé ; le cas exceptionnel de l'adoption par une personne seule.

²⁷⁵ Dans le cas d'une adoption le lien de filiation naîtra évidemment à l'identique avec le père et avec la mère, par l'effet du jugement d'adoption.

²⁷⁶ *Ordonnance du 28 avril 2004 sur l'état civil*, RS 211.112.2, art. 34-38

²⁷⁷ *Infra*, p. 106 et suiv.

²⁷⁸ P. MEIER et M. STETTLER, *op. cit.*, note 10, p. 16

²⁷⁹ Elle existe seulement comme action en *constatation* dans les cas où la maternité n'est pas établie : RJN 2001 p. 137, cons. 1 p. 138 et ATF 50 II 101

²⁸⁰ P. MEIER et M. STETTLER, *op. cit.*, note 10, p. 16

²⁸¹ *Id.*, p. 18

1.2 Filiation paternelle

Pour pouvoir établir une filiation paternelle, il faut d'abord que ce lien fasse défaut²⁸². Il faut en outre que le lien à l'égard de la mère soit établi. Il n'est en effet possible en droit suisse ni de reconnaître²⁸³ ni d'agir en paternité pour établir la filiation paternelle d'un enfant trouvé dont la mère est inconnue²⁸⁴. La filiation maternelle constitue donc un préalable à l'établissement de la filiation paternelle²⁸⁵. L'article 252 alinéa 2 CC prévoit trois modes d'établissement de la filiation paternelle : le mariage avec la mère, la reconnaissance ou le jugement.

1.2.1 Présomption de paternité du mari

Selon l'article 255 CC, l'enfant né pendant le mariage a pour père le mari (al. 1). Cette présomption s'étend jusqu'à 300 jours après que le mariage a pris fin par le décès ou la déclaration d'absence du mari, voire davantage s'il est prouvé que la conception a eu lieu avant le décès ou la disparition (al. 2 et 3). En cas de divorce en revanche, le prolongement de la présomption au-delà de la rupture du lien marital n'a en principe pas lieu d'être puisqu'il est peu probable que la conception soit le fait de l'ex-mari (art. 256b al. 1). Il faudra démontrer qu'il y a eu cohabitation des époux dans la période déterminante pour faire renaître la présomption (art. 256b al. 2). Le même régime s'applique au cas où l'enfant a été conçu avant le mariage.

L'article 257 CC régit d'éventuels conflits de présomptions en prévoyant que si l'enfant naît dans les 300 jours suivant la dissolution d'un premier mariage, mais que la mère en a contracté un second dans l'intervalle, le deuxième mari est réputé être le père (al. 1). Toutefois, si la présomption de l'alinéa 1 est écartée, le premier mari est réputé être le père (al. 2).

La présomption de paternité du mari ne peut être remise en cause par une reconnaissance, même si cette dernière intervient avant la naissance et même en présence d'indices sérieux tels que la stérilité du mari, la séparation de corps du couple conjugal au moment de la conception ou le recours à l'insémination artificielle²⁸⁶. Seule une action en désaveu sera à même de la renverser²⁸⁷. Notons que, comme pour la filiation maternelle, une procédure en rectification des données de l'état civil permet de trancher une paternité litigieuse lorsque les *conditions* de la présomption ne sont pas réalisées avec certitude (art. 42 CC).

²⁸² Lorsque l'enfant a été adopté par une femme seule, le défaut de filiation paternelle sera exceptionnellement institué comme tel et ni la reconnaissance ni l'action en paternité ne pourront il suppléer : P. MEIER et M. STETTLER, *op. cit.*, note 10, p. 42, 57

²⁸³ *Id.*, p. 57

²⁸⁴ Cela revient à dire qu'il est en principe impossible en droit suisse d'établir une filiation paternelle unilinéaire, sauf dans le cas, théorique, de l'adoption par un homme seul.

²⁸⁵ P. MEIER et M. STETTLER, *op. cit.*, note 10, p. 15

²⁸⁶ *Infra*, p. 110 et suiv.

²⁸⁷ *Infra*, p. 50 et suiv.

1.2.2 Reconnaissance

L'article 260 CC prévoit que le père peut reconnaître l'enfant lorsque le lien de filiation n'existe qu'avec la mère (al. 1). La reconnaissance vise ainsi à établir un lien de filiation paternelle entre l'enfant né hors mariage ou désavoué et son père biologique. Elle est un acte de volonté unilatéral et irrévocable et peut être exercée en tout temps²⁸⁸.

La reconnaissance est conditionnée par la capacité de discernement du père. Si celui-ci est mineur ou interdit, les consentements de ses père et mère ou de son tuteur sont requis (art. 260 al. 2 CC). De nature strictement personnelle, la déclaration de reconnaissance ne peut être le fait que de celui qui se réclame de la paternité²⁸⁹.

La reconnaissance intervient par une déclaration à l'officier de l'état civil, par testament ou, lorsqu'une action en contestation de paternité est pendante, devant le juge (art. 260 al. 3 CC). Bien qu'elle ait en principe pour finalité de faire correspondre la réalité juridique à la réalité biologique, il ne revient pas à l'officier de l'état civil de vérifier que cette correspondance est donnée. Le seul pouvoir de vérification de l'officier porte sur la réunion des conditions légales de la reconnaissance²⁹⁰. Celle-ci doit être refusée lorsqu'elle est manifestement contraire à la vérité, mais elle peut fonder une filiation valable tant qu'elle n'est pas contestée et ce, même si le déclarant sait qu'il n'est pas le géniteur de l'enfant²⁹¹.

1.2.3 Jugement (action en paternité)

Le jugement de paternité intervient suite à une action en paternité.

« Le droit suisse reposant sur le postulat selon lequel *chaque enfant a droit à un père juridique*, la procédure judiciaire est en principe inévitable pour l'enfant né hors mariage ou pour l'enfant désavoué lorsque le père biologique ne veut pas ou ne peut pas le reconnaître, ou encore lorsqu'il est décédé avant d'avoir pu procéder à la reconnaissance. »[références omises]²⁹²

En vertu de l'article 261 CC, l'action en constatation de paternité²⁹³ peut être intentée par la mère ou l'enfant contre le père ou, si celui-ci est décédé, ses descendants et, subsidiairement, ses père et mère, frère et sœur ou l'autorité compétente de son dernier domicile. Pour ouvrir action, il faut évidemment connaître l'identité du père putatif, le refus de la mère de collaborer

²⁸⁸ Y compris après le décès, puisque le droit suisse connaît la reconnaissance testamentaire. P. MEIER et M. STETTLER, *op. cit.*, note 10, p. 41-42

²⁸⁹ *Id.*, p. 44

²⁹⁰ *Id.*, p. 46

²⁹¹ *Id.*, p. 45, note 165

²⁹² *Id.*, p. 58

²⁹³ Cette formule est trompeuse dans la mesure où l'action en paternité est une action formatrice et non une action déclaratoire de droit : *Id.*, p. 57

en ce sens constituant un obstacle infranchissable²⁹⁴. L'action peut être intentée simultanément contre plusieurs pères putatifs²⁹⁵.

En pratique, l'action de l'enfant est la plus importante²⁹⁶. Elle intervient en effet d'office lorsque l'enfant n'est pas destiné à l'adoption à la naissance, que sa mère n'est pas mariée et qu'il n'est pas reconnu ou qu'il a été désavoué. Lorsque l'enfant est incapable de discernement, il agit par l'intermédiaire d'un curateur institué par l'autorité à cette fin (art. 309 al. 1 et 2 CC) ou de son tuteur s'il en a un (art. 407 CC)²⁹⁷. Toutefois, si l'enfant est capable de discernement, il exerce un droit strictement personnel et la représentation légale est exclue, à moins qu'il ne le souhaite. Si l'action en paternité n'a pas été intentée dans les deux ans qui suivent la naissance, l'autorité tutélaire décide s'il convient de lever la curatelle ou de prendre d'autres mesures protectrices (art. 309 al. 3).

La paternité repose sur une présomption liée à la cohabitation de la mère et du père putatif entre le 300^{ème} et le 180^{ème} jour précédant la naissance accomplie de l'enfant, indépendamment de la durée effective de la grossesse (période de conception légale, art. 256a al. 2 CC). La présomption peut également jouer hors de la période légale si le demandeur établit que la conception a effectivement eu lieu avant le 300^{ème} jour ou après le 180^{ème} jour précédant la naissance et que le défendeur a cohabité avec la mère durant cette période (période de conception effective, art. 262 al. 1 et 2). Dans ce cas, le recours à une expertise sera nécessaire pour connaître la durée réelle de la grossesse²⁹⁸. Par cohabitation, il faut entendre « *tout rapport sexuel susceptible d'entraîner une fécondation*, y compris le coït interrompu ou la relation accompagnée de moyens anticonceptionnels »²⁹⁹.

Enfin, lorsqu'il est impossible au demandeur de faire naître la présomption de paternité attachée à la cohabitation, une preuve directe de paternité peut être apportée par expertise scientifique (art. 262 al. 3 CC)³⁰⁰. Toutefois, l'apport de cette preuve demeure conditionné par la nécessité de rendre la cohabitation vraisemblable ou la paternité plausible par un autre moyen. En effet, « [l]orsque la présomption de paternité découlant de la preuve de la cohabitation durant la

²⁹⁴ Il n'est pas possible d'ouvrir une action en paternité contre inconnu. En outre, le recours à des moyens de pression par exemple constituerait une atteinte aux droits de la personnalité de la mère : *Id.*, p. 58, 64

²⁹⁵ *Id.*, p. 61

²⁹⁶ *Id.*, p. 63

²⁹⁷ Au vu du conflit d'intérêt potentiel, la mère ne peut en effet pas agir pour l'enfant.

²⁹⁸ *Infra*, p. 87 et suiv. L'expertise relative à la durée de la grossesse n'étant pas d'une précision optimale, le juge devra se contenter d'un degré de probabilité élevé : P. MEIER et M. STETTLER, *op. cit.*, note 10, p. 69

²⁹⁹ *Id.*, p. 68

³⁰⁰ *Infra*, p. 87 et suiv.

période légale de conception n'est pas mise en question, elle suffit à fonder un jugement de paternité. »³⁰¹

Notons que l'intérêt de l'enfant joue un rôle marginal dans le cadre de l'action en paternité. En amont, il est en effet défini de façon générale et abstraite, l'intérêt de tout enfant étant réputé servi par l'établissement d'une filiation paternelle. Partant, faute de lien paternel, l'action en paternité est toujours intentée. Seul le cas particulier dans lequel l'enfant sera vraisemblablement adopté à bref délai permet d'influer sur la question de l'opportunité de l'action³⁰². En aval, dans le cadre de l'action, le juge n'a pas le droit de tenir compte du critère de l'intérêt de l'enfant³⁰³. Il s'agit de découvrir la vérité biologique et de consacrer le lien juridique qui en découle, suivant une conception quasi « causale » de la filiation, et non de déterminer s'il est conforme à l'intérêt de l'enfant d'être attaché juridiquement à l'homme que l'expertise désigne.

Dans l'intérêt des parties, l'action doit être intentée aussi rapidement que possible³⁰⁴. La mère doit agir dans l'année suivant la naissance de l'enfant (art. 263 al. 1 ch. 1 CC), l'enfant jusqu'à un an suivant sa majorité (art. 263 al. 1 ch. 2). Le pouvoir d'action existe dans tous les cas dans l'année suivant la dissolution d'une filiation paternelle préalable (art. 263 al. 2). De justes motifs permettent d'agir hors délai s'ils rendent le retard excusable (art. 263 al. 3).

1.2.4 Conclusion

S'il n'y a pas de hiérarchie entre les trois modes d'établissement de la filiation paternelle, leur importance pratique est très variable³⁰⁵. En effet, près de 90% des nouveau-nés bénéficient de la présomption de paternité du mari de leur mère³⁰⁶. Lorsque la naissance a lieu hors mariage, une reconnaissance intervient dans la majorité des cas. Le jugement de paternité demeure donc marginal dans la pratique.

Il est intéressant de noter que l'importance respective de l'élément biologique dans le cadre de chacun des modes d'établissement de la filiation paternelle varie.

« L'établissement de la filiation paternelle fondée sur le mariage de la mère est indépendant du facteur génétique, lequel ne sera pris en considération qu'en cas de contestation de la présomption. La reconnaissance est en principe fondée sur le lien génétique, mais l'autorité ne dispose pas de réels moyens d'empêcher les reconnaissances dites de complaisance. Ce n'est que dans le cadre de l'action judiciaire de paternité que la question de l'existence ou du défaut de lien génétique pourra faire l'objet d'une analyse scientifique (...). »³⁰⁷

³⁰¹ P. MEIER et M. STETTLER, *op. cit.*, note 10, p. 68

³⁰² *Id.*, p. 58

³⁰³ Voir : RO 121 III 1, 4 / JT 1996 I 663

³⁰⁴ Voir : FF 1974 II 1, à la p. 49

³⁰⁵ P. MEIER et M. STETTLER, *op. cit.*, note 10, p. 5 et 19

³⁰⁶ *Supra*, p. 35

³⁰⁷ P. MEIER et M. STETTLER, *op. cit.*, note 10, p. 20

1.3 Contestation de paternité

Nous avons vu que la filiation maternelle ne peut être contestée, sous réserve du cas où l'inscription à l'état civil est litigieuse. En effet, si la maternité est connue, la filiation est considérée comme certaine, et ce même si l'enfant ne possède pas le même bagage génétique que la femme qui lui a donné naissance³⁰⁸. Il peut en revanche arriver que la filiation paternelle soit contestée en justice. Deux types d'action existent pour annuler ce lien de filiation, mais elles répondent à des cas de figure spécifiques et obéissent à des conditions distinctes.

1.3.1 Désaveu de paternité

Lorsque la filiation est fondée sur la présomption de paternité du mari, elle peut être attaquée par une action en désaveu de paternité. L'action vise alors à contester les *conséquences* de la présomption, soit à détruire le lien de filiation établi entre l'enfant et le mari de sa mère. Pour ce faire, le demandeur devra démontrer que le père juridique n'est pas le père génétique de l'enfant (art. 256a CC) ou que les conditions relatives aux présomptions légales n'étaient pas réunies (art. 256b, *supra*). Notons que le mariage subséquent des parents ne permet pas de « réanimer » la présomption de paternité liée au mariage : le mari devra passer par une reconnaissance ou un jugement pour que soit établi un lien de filiation avec l'enfant. En revanche, les effets protecteurs du mariage existeront par analogie, en particulier l'impossibilité pour l'enfant d'agir en désaveu tant que dure la vie commune des époux (art. 259 al. 1). Cette disposition témoigne d'un équilibre cher au législateur, qui cherche à faire coïncider tant que possible filiation biologique et filiation juridique tout en protégeant la stabilité affective et sociale à travers le mariage.

Le mari peut agir en désaveu (art. 256 al. 1 ch.1 CC) dans le délai d'un an suivant la connaissance de la naissance et du fait qu'il n'est pas le père ou qu'un tiers a cohabité avec la mère au cours de la période déterminante, mais au plus tard dans les cinq ans suivant la naissance de l'enfant (art. 256c al. 1). Notons que le père perd la légitimation active s'il a consenti à la conception du fait d'un tiers. L'article 256 alinéa 3 réserve en effet les dispositions de la *Loi sur la procréation médicalement assistée*³⁰⁹. En revanche, si les parents de l'enfant se séparent pendant sa minorité et que l'assistance à la procréation n'était pas médicale, l'article 256 alinéa 3 n'est pas opposable à l'enfant, qui pourra rechercher en paternité le partenaire sexuel de sa mère.

³⁰⁸ *Id.*, p. 5

³⁰⁹ *Infra*, p. 85 et suiv.

En vertu de l'article 258 CC, les père et mère du mari peuvent agir à la place de ce dernier s'il est décédé ou incapable de discernement. L'action du mari est intentée contre l'enfant et la mère (art. 256 al. 2).

Si la vie commune des époux a cessé pendant sa minorité, l'enfant est également légitimé à ouvrir action en désaveu (art. 256 al. 1 ch. 2 CC) contre le mari et la mère (art. 256 al. 2). La restriction a pour finalité de protéger la famille et le mariage qu'une naissance adultérine n'aurait pas entamé³¹⁰. Si une simple séparation de fait des parents suffit, celle-ci doit cependant paraître durable et, en cas de reconduction de la vie commune en cours de procédure, l'enfant doit être débouté³¹¹. En outre, le droit suisse considère que l'enfant majeur n'a plus d'intérêt à l'action : il doit agir au plus tard un an après avoir atteint l'âge de la majorité (art. 256c al. 2). Le législateur fait ainsi du mariage une véritable chape protectrice de la famille.

L'enfant peut agir seul s'il est capable de discernement. Bien que le droit suisse prévoie que cette capacité fait l'objet d'une évaluation casuistique en fonction de la nature de l'acte et du degré de maturité individuel, l'importance des intérêts en jeu fixe en général un seuil oscillant entre 12 et 14 ans³¹². Lorsque l'enfant est incapable de discernement, l'action est engagée par un curateur de représentation (art. 392 ch. 2 CC) désigné par l'autorité tutélaire si cela semble être dans l'intérêt de l'enfant³¹³.

La mère, le père biologique et d'autres intéressés sont des tiers aux yeux de la loi. Ils ne sont pas légitimés à agir, mais peuvent signaler le cas à l'autorité tutélaire. Le père biologique peut même se voir interdire le contact avec l'enfant s'il trouble la vie de la famille³¹⁴.

Le désaveu est facilité dans les cas où le demandeur peut prouver que l'une des présomptions légales n'est pas donnée, soit que l'enfant est né moins de 180 jours après la célébration du mariage ou plus de 300 jours après sa dissolution, soit que la vie commune des époux était suspendue au moment de la conception. Si l'enfant a été conçu pendant la période déterminante et que les époux faisaient vie commune, il faudra démontrer que le mari n'est pas le père. Cela nécessitera une preuve complète de la part du demandeur pour établir un défaut de cohabitation, l'exclusion de la paternité du mari ou la démonstration de la paternité d'un tiers³¹⁵. Lorsque l'action aboutit, la filiation paternelle s'éteint et l'autorité tutélaire désigne immédiatement un curateur pour ouvrir une action en paternité.

³¹⁰ P. MEIER et M. STETTLER, *op. cit.*, note 10, p. 32

³¹¹ *Id.*

³¹² *Id.*, p. 33

³¹³ *Id.*, p. 33-34

³¹⁴ RO 108 II 344

³¹⁵ P. MEIER et M. STETTLER, *op. cit.*, note 10, p. 39 ; *Infra*, p. 87 et suiv.

1.3.2 Contestation de la reconnaissance

La contestation de la reconnaissance permet à tout intéressé (y compris le père biologique dans ce cas) de détruire le lien de filiation paternelle. L'auteur de la reconnaissance ne peut toutefois y recourir que s'il était sous l'emprise d'un vice de consentement (erreur relative à la paternité ou danger grave et imminent menaçant la vie, la santé, l'honneur ou les biens du déclarant ou de l'un de ses proches) au moment de sa déclaration (art. 260a al. 1 et 2 CC).

L'action est dirigée contre l'auteur de la reconnaissance et contre l'enfant lorsque ceux-ci ne l'intendent pas eux-mêmes (art. 260a al. 3 CC). Pour obtenir gain de cause, le demandeur doit démontrer que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père de l'enfant, en apportant la preuve d'un défaut de cohabitation au moment de la conception ou la preuve scientifique de la non-paternité du déclarant³¹⁶. Ce moyen, prévu à l'article 260b alinéa 1, est consistant avec le principe exposé plus haut, selon lequel la reconnaissance vise à faire coïncider droit et génétique. Lorsque le demandeur est la mère ou l'enfant, il peut toutefois bénéficier d'un renversement du fardeau de la preuve, en principe à la charge du demandeur (art. 8 CC) : si l'auteur de la reconnaissance ne parvient pas à rendre vraisemblable qu'il a cohabité avec la mère lors de la période de conception (art. 260b al. 2 CC), l'action sera en effet admise. La mère et l'enfant bénéficient ainsi d'une possibilité de contestation facilitée, que justifie le fait qu'ils sont en principe les plus directement touchés par une reconnaissance inexacte³¹⁷.

Les délais d'action sont sensiblement similaires à ceux qui prévalent dans le cadre de l'action en désaveu, mais commencent à courir à un autre moment. Le délai relatif est d'un an et part soit de la connaissance de la reconnaissance et du caractère fallacieux de celle-ci ou de la cohabitation de la mère avec un tiers, soit de la connaissance de l'erreur ou de la cessation de la menace. Le délai absolu est de cinq ans depuis la reconnaissance (art. 260 c al. 1 CC). En vertu de l'article 260c alinéa 2, l'enfant peut agir dans l'année suivant sa majorité. Par la suite, les délais ordinaires lui sont également applicables³¹⁸. Enfin, les délais peuvent être restitués si de justes motifs rendent le retard excusable (art. 260c al. 3).

Rappelons que, conformément aux dispositions de l'article 259 CC, la qualité pour agir est limitée dans les cas où l'auteur de la reconnaissance a épousé la mère de l'enfant. Le cercle des intéressés est plus étroit (mère, enfant et ses descendants, commune d'origine ou de domicile du mari et mari possèdent la légitimation active) ; en particulier, le père biologique ne peut pas agir. Dans ce cas en effet, l'enfant acquiert un statut identique à celui d'un enfant né de parents

³¹⁶ *Id.*, p. 56

³¹⁷ *Id.*, p. 55

³¹⁸ *Id.*, p. 52

mariés³¹⁹. La contestation ne lui sera ouverte que si une dissolution ultérieure du mariage intervient alors qu'il est encore mineur (suivant un régime analogue au désaveu) ou si la reconnaissance a eu lieu après qu'il a atteint l'âge de 12 ans révolus (art. 259 al. 2 ch. 2).

2. Filiation par adoption

2.1 Généralités

L'étude de l'établissement de la filiation par adoption permet de mettre en perspective certains des enjeux de la procréation assistée³²⁰. En effet, la filiation repose dans les deux cas sur l'aspect socio-affectif et la volonté des parents d'exercer ce rôle auprès de l'enfant³²¹. Dans la mesure où le lien n'est pas biologique, l'accès à la parentalité repose sur un tiers (l'Etat ou le médecin) et pose de façon plus aigüe la question du bien de l'enfant. Est également commune la problématique du droit aux origines. La différence fondamentale réside cependant dans le fait que l'adoption vise à donner des parents à un enfant déjà né, alors que la procréation assistée vise la conception *ab initio* d'un enfant.

2.2 Siègne de la matière

En 1972, le droit de l'adoption a fait l'objet d'une révision totale³²². Le *Code civil* a alors introduit le principe d'une adoption plénière et irrévocable et a assoupli les conditions d'accès à l'adoption³²³. Suivant cette même perspective, l'adoption d'un majeur et l'adoption par une personne seule, si elles sont possibles, doivent demeurer exceptionnelles. Aujourd'hui, l'adoption est principalement régie par les articles 264 à 269 et 316 CC. Par ailleurs, la Suisse n'échappant pas à la tendance de l'internationalisation des adoptions, elle a ratifié la *Convention de La Haye sur la coopération en matière d'adoption internationale*³²⁴ et adopté une loi fédérale d'application à cet égard³²⁵. Diverses ordonnances complètent ces textes³²⁶. Bien que l'importance pratique des adoptions internationales soit grande, nous nous bornerons ici à effectuer un bref survol des règles énoncées par le *Code civil*, dans le but de mettre en

³¹⁹ *Supra*, p. 47 ; P. MEIER et M. STETTLER, *op. cit.*, note 10, p. 50-51

³²⁰ Voir : M. MANDOFIA BERNEY, *op. cit.*, note 4, p. 130 et suiv. et, plus généralement : F. DEKEUWER-DEFOSSEZ (dir.), *op. cit.*, note 155

³²¹ L'aspect biologique ne sera pas forcément totalement absent. Dans le cas d'une PA, le matériel génétique peut être celui de l'un des parents ou des deux. Dans le cas d'une adoption de l'enfant du conjoint, le lien biologique existera également avec l'un des parents.

³²² *Supra*, p. 39

³²³ Notamment diminution de l'âge d'admission des parents (de 40 à 35 ans) et abandon de l'exigence de l'absence de descendants : P. MEIER et M. STETTLER, *op. cit.*, note 10, p. 109-111

³²⁴ *Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la coopération en matière d'adoption internationale*, RS 0.211.221.311

³²⁵ *Loi fédérale du 22 juin 2001 relative à la Convention de La Haye sur l'adoption et aux mesures de protection de l'enfant en cas d'adoption internationale*, RS 211.221.31 (ci-après citée LF-CLaH)

³²⁶ *Ordonnance du 19 octobre 1977 réglant le placement d'enfants à des fins d'entretien et en vue d'adoption*, RS 211.222.338 ; *Ordonnance du 29 novembre 2002 sur l'activité d'intermédiaire en vue de l'adoption*, RS 211.221.36 ; *Ordonnance du 29 novembre 2002 sur les émoluments perçus en matière d'adoption internationale*, RS 211.221.312.3

lumière, dans le cadre de l'adoption, les éléments directeurs de la conception suisse du bien de l'enfant : la prévalence d'une filiation bi-parentale hétérosexuelle ancrée dans une union stable d'une part, et la garantie du droit aux origines, d'autre part.

2.3 Aperçu du droit suisse de l'adoption

2.3.1 Etablissement de la filiation adoptive

Conformément à l'article 264 CC, un enfant mineur peut être adopté si les futurs parents adoptifs lui ont fourni des soins et ont pourvu à son éducation pendant au moins un an et si toutes les circonstances permettent de prévoir que l'établissement d'un lien de filiation servira au bien de l'enfant sans porter une atteinte inéquitable à la situation d'autres enfants des parents adoptifs. L'adoption est ainsi gouvernée par le principe cardinal du meilleur intérêt de l'enfant, que l'ensemble des dispositions qui la régissent sont réputées servir. Une phase probatoire en particulier est essentielle pour s'assurer des aptitudes et du désir d'adopter des parents adoptifs et justifier l'établissement ultérieur d'un lien de filiation³²⁷. En outre, le droit suisse considérant qu'il est dans l'intérêt de l'enfant d'avoir deux parents matures et responsables et une famille aussi stable que possible, il exige en principe que l'adoption soit conjointe et qu'elle soit le fait d'un couple marié depuis au moins cinq ans ou dont les membres sont âgés de 35 ans révolus (art. 264a al. 1). L'adoption est donc fermée aux concubins et aux partenaires enregistrés³²⁸. Une personne seule peut en revanche avoir recours à l'adoption, mais à des conditions strictes. Elle doit être âgée de 35 ans révolus et être célibataire, veuve ou divorcée. Il faut surtout que cela corresponde à l'intérêt de l'enfant, ce qui sera difficilement admis. En effet :

« S'il est vrai que les enfants "du sang" ne bénéficient pas tous d'un rapport psycho-social de qualité avec leurs deux parents, s'il est vrai également que de nombreux enfants vivent avec un parent seulement, le législateur a estimé que, dans la règle, l'intérêt de l'enfant commandait son intégration dans une famille bi-parentale, lorsque l'établissement de la filiation ne repose pas sur une base biologique ; le droit de la filiation en général et la LPMA (art. 3, al. 2) sont fondés sur ces mêmes prémisses (...). »³²⁹

A titre d'exemple, les Professeurs Meier et Stettler mentionnent les cas d'une personne devenue veuve ou divorcée alors qu'elle s'occupait déjà étroitement de l'enfant, d'un ami très proche des parents décédés ou d'une personne dont la disponibilité et les qualifications lui permettent de prendre en charge un enfant handicapé³³⁰. Une personne mariée peut exceptionnellement adopter seule si elle est âgée de 35 ans révolus et qu'une adoption conjointe est impossible parce que son conjoint est durablement incapable de discernement, absent depuis plus de deux ans sans résidence connue ou que les époux sont séparés de corps depuis

³²⁷ P. MEIER et M. STETTLER, *op. cit.*, note 10, p. 142-143

³²⁸ A propos de ces derniers : *infra*, p. 59 et suiv.

³²⁹ P. MEIER et M. STETTLER, *op. cit.*, note 10, p. 114

³³⁰ *Id.*, p. 115-116

au moins trois ans (art. 264b al. 2 CC). Enfin, l'adoption de l'enfant du conjoint est possible après cinq ans de mariage (art. 264a al. 3 CC) et constitue même une proportion substantielle des adoptions prononcées en Suisse³³¹.

Dans tous les cas, diverses autres conditions de fond doivent être remplies pour que soit prononcée l'adoption du mineur. Celles-ci ont trait en particulier à la différence d'âge entre adoptant(s) et adopté (art. 265 al. 1 CC)³³², au consentement de l'enfant (art. 265 al. 2 et 3) et au consentement des parents naturels (art. 265a-265d). Par ailleurs, des règles de procédure relatives notamment aux autorités compétentes et à l'enquête préalable à l'adoption doivent être scrupuleusement suivies (art. 268-268a et 316 CC).

Une personne majeure ou interdite peut également être adoptée, mais ce type d'adoption est conçu pour demeurer exceptionnel. En effet, à partir de 18 ans, une personne est en principe autonome et le besoin de lui fournir une filiation de remplacement ne se fait plus sentir³³³. Les conditions de l'adoption sont donc nettement plus strictes. Il faut en effet que les parents adoptifs n'aient pas de descendants, que se présente une situation proche de la situation-type d'un mineur adopté (l'adopté souffre d'une infirmité physique ou mentale nécessitant une aide permanente et les parents adoptifs lui ont fourni des soins pendant au moins cinq ans ; durant la minorité de l'adopté, les adoptants lui ont fourni des soins et ont pourvu à son éducation pendant au moins cinq ans ; ou il existe d'autres justes motifs et l'adopté a vécu en communauté domestique avec les adoptants pendant au moins cinq ans) et que l'époux de l'adopté y consente, le cas échéant (art. 266 CC).

Notons encore que, dans tous les cas, l'adoption ne peut avoir lieu si un lien de filiation existe déjà entre l'adoptant et l'adopté. En revanche, un lien biologique n'exclut pas l'adoption : un père biologique notamment peut adopter l'enfant qu'il a conçu lorsque celui-ci est juridiquement fils/fille d'un tiers, évitant ainsi le recours à l'action en désaveu et à la reconnaissance³³⁴.

En ce qui concerne ses effets, l'adoption est plénière. Cela signifie que l'enfant adopté entre de plein droit dans sa nouvelle famille, comme s'il était un enfant naturel, et que, sous réserve de l'adoption de l'enfant du conjoint, ses liens avec sa famille d'origine sont rompus (art. 267 al. 1

³³¹ Avant qu'une révision de 2000 ne le rende plus difficile en augmentant le nombre d'années de mariage requises pour pouvoir y procéder, ce type d'adoption représentait près de la moitié du nombre total d'adoptions. En 2004, ce chiffre était passé à 27,5% : *Id.*, p. 112

³³² Une différence minimale de 16 ans est requise. Le législateur entendait ainsi placer l'enfant adopté dans une situation aussi proche que possible de celle d'un enfant biologique : *Id.*, p. 124-125

³³³ P. MEIER et M. STETTLER, *op. cit.*, note 10, p. 147

³³⁴ *Id.*, p. 122

et 2 CC). Elle est également irrévocable, puisque seule une action en annulation de l'adoption ou une nouvelle adoption pourront éteindre le lien de filiation créé.

Il convient encore de souligner que si le secret de l'adoption protège l'identité des parents adoptifs contre d'éventuelles intrusions des parents naturels et des tiers, impossibles sans le consentement des intéressés (art. 268b CC), le droit de connaître ses origines est en revanche garanti à l'enfant adopté. L'article 268c CC prévoit en effet que l'enfant peut obtenir les données relatives à l'identité de ses parents biologiques dès qu'il a atteint l'âge de 18 ans, voire plus tôt s'il peut faire valoir un intérêt légitime (al. 1). L'autorité est tenue de délivrer ces données, mais, dans la mesure du possible, elle en informe les parents biologiques au préalable. S'ils refusent de rencontrer l'enfant, l'autorité l'en avise et prend soin de l'informer des droits de la personnalité de ses géniteurs (al. 2)³³⁵.

2.3.2 Contestation de la filiation adoptive (annulation)

L'adoption étant plénière, elle ne peut être simplement révoquée. Une procédure judiciaire est seule à même de détruire le lien de filiation établi. L'article 269 CC dispose donc que, si un consentement n'a pas été donné et qu'aucun motif légal n'en justifie l'omission, la personne habilitée à le donner peut attaquer l'adoption en justice. Cette action est toutefois soumise au critère du bien de l'enfant : elle pourra être rejetée si elle y est manifestement contraire. L'action peut également être intentée par tout intéressé si l'adoption est entachée d'un autre vice à caractère grave (art. 269a CC). L'action en annulation de l'adoption est soumise à un délai relatif de 6 mois dont le *dies a quo* est le jour où le motif en a été découvert, et à un délai absolu de deux ans depuis l'adoption (art. 269b CC).

3. Questions particulières

3.1 Procréation assistée

La filiation de l'enfant issu d'une procréation assistée se calque sur les dispositions régissant la filiation par le sang, avec les adaptations nécessaires. Nous avons vu que l'article 256 alinéa 3 CC prohibe le recours à l'action en désaveu du père lorsque celui-ci a consenti à la procréation du fait d'un tiers, que celle-ci soit médicale ou adultère. La disposition renvoie à la *LPMA* pour ce qui est de l'action de l'enfant. Or, cette loi dispose que l'enfant ne peut agir lorsque sa conception a eu lieu dans le respect des exigences de la *LPMA* (art. 23 al. 1 *LPMA*)³³⁶. Cela signifie qu'aucune action en désaveu de paternité n'est recevable dans le cas d'une procréation médicalement assistée conforme. En revanche, dans le cas où l'assistance a pris la forme d'une relation sexuelle, l'action de l'enfant reste possible. Si le père juridique a consenti, il sera lié par

³³⁵ *Infra*, p. 61

³³⁶ Pour une comparaison avec le droit québécois : *infra*, p. 70 et suiv.

son accord (art. 256 al. 3 CC), mais la protection de la filiation « factice » contre le désaveu tombe à l'égard de l'enfant. De même, la protection du donneur contre une éventuelle action en paternité fait défaut, contrairement à ce qui vaut en matière d'assistance médicale (art. 23 al. 2 *LPMA*)³³⁷. L'article 3 *LPMA* réserve en outre l'accès à la PMA aux couples à l'égard desquels un lien de filiation peut être établi (al. 2) et restreint l'accès au don de sperme aux couples mariés (al. 3).

Ainsi, sans vouloir anticiper sur les développements dont la *LPMA* fera l'objet plus avant³³⁸, il convient de mentionner ici qu'elle cherche à assurer que l'enfant né de techniques de PMA soit pourvu d'une filiation bi-parentale dès sa naissance et qu'il ne puisse être désavoué en raison des circonstances de sa conception, tout en prônant une certaine « pureté de mœurs » et l'indisponibilité de la filiation par le jeu du renvoi au CC. Partant, hormis quelques arrangements nécessaires pour assurer que la fiction de la conception par le père juridique soit reconnue en droit et incontestable, il n'existe pas de régime de filiation spécifique applicable aux enfants nés d'une procréation assistée. L'accès limité aux techniques de PMA (couples hétérosexuels, mariés en cas de don de sperme), les conditions d'admission (stérilité ou risque de transmission d'une maladie grave) et les interdictions relatives aux techniques utilisées (maternité de substitution exclue, art. 4 *LPMA*) rendent en effet la mise en place d'un dispositif législatif spécifique inutile.

3.2 Filiation homoparentale

3.2.1 Définition

« L'homoparentalité » est un vocable à la mode. Il est pourtant imprécis puisqu'il recouvre une grande variété de situations³³⁹. Si l'on schématise, il y a quatre types de familles homoparentales. Le plus souvent, l'enfant est issu d'une relation hétérosexuelle antérieure de l'un des conjoints. Il peut aussi être adopté (adoption conjointe, adoption par l'un des conjoints seulement ou adoption intra-familiale si l'un des conjoints adopte l'enfant de l'autre) ou issu d'une procréation assistée. Dans certains cas enfin, il sera le résultat d'un « arrangement de coparentalité » entre deux ou plusieurs adultes désireux de s'assister mutuellement pour concevoir un enfant qu'ils « partageront »³⁴⁰. Tel est le cas par exemple lorsqu'un homme, homo- ou hétérosexuel, a un enfant d'une femme, homo- ou hétérosexuelle, avec laquelle il n'est pas en relation ou qu'un couple de gais et un couple de lesbiennes s'associent de façon à

³³⁷ A l'inverse, le donneur peut reconnaître l'enfant dès que le lien de filiation paternelle fait défaut.

³³⁸ *Infra*, p.106 et suiv.

³³⁹ Voir : Eylem COPUR, « Homoparentalité », dans Andreas R. ZIEGLER et al. (éd.), *Droits des gays et lesbiennes en Suisse ; Partenariat enregistré, communauté de vie de fait, questions juridiques concernant l'homosexualité*, Berne, Stämpfli, 2007, p. 283, à la p. 286 ; M.-B. TAHON, *op. cit.*, note 13, p. 65 et suiv.

³⁴⁰ Marie PRATTE, « La filiation réinventée : l'enfant menacé ? », (2003) 33 R.G.D., p. 541, à la p. 545

ce que l'une des femmes ait un enfant de l'un des hommes. Ce dernier cas n'est pas réglé par la loi, car « la situation juridique des homosexuels, sur le plan de la parenté, n'y est pas différente de celle des personnes hétérosexuelles »³⁴¹. Or, si la réalité des parents assumant leur homosexualité après la construction d'une famille hétérosexuelle n'est pas fondamentalement nouvelle, la volonté de fonder une famille dans le cadre d'un couple homosexuel l'est d'avantage³⁴². Associée à un mouvement de reconnaissance de l'homosexualité³⁴³, la procréation assistée a largement contribué à l'émergence de ce désir. En effet :

« [L]e questionnement actuel sur l'homoparentalité prend sa source plus haut, en amont, dans un bouleversement préalable des représentations de la maternité et de la paternité. Changements profonds dans les représentations qui datent de l'existence des différentes techniques d'assistance médicale à la procréation. Ces dernières, en effet, en créant un morcellement de l'expérience procréatrice, en multipliant les cogéniteurs ou les coparents, ont créé des situations inédites (...) Ces techniques ont ainsi (...) « permis » la prise en compte de demandes atypiques qui contournent la sexualité. »³⁴⁴

Passionné, le débat sur la reconnaissance de l'homoparentalité repose pourtant plus souvent sur des suppositions que sur des données fondées, qui sont limitées à l'heure actuelle³⁴⁵. Les études disponibles tendent à démontrer que les enfants élevés dans un contexte homosexuel n'ont ni plus ni moins de problèmes que les autres et que l'orientation sexuelle des leurs parents n'influe pas leur représentation des genres et leur propre orientation³⁴⁶. Elles portent toutefois le plus souvent sur des familles recomposées et des situations de coparentalité et non de coparenté homosexuelle³⁴⁷. La famille homoparentale est encore méconnue et les avis du public comme des professionnels sont divisés. En tout état de cause, si l'on peut se féliciter des résultats des études existantes, ceux-ci ne préjugent pas plus qu'ils ne dictent l'acceptation de l'homoparentalité par le droit et, dans les cas où cette acceptation existe, de la forme qu'elle prendra. En Suisse, la reconnaissance d'une union légale entre personnes de même sexe vient à peine d'être instaurée et la filiation homoparentale d'origine est impossible.

³⁴¹ *Id.*, à la p. 545. Notons ici que les géniteurs se mettent d'accord pour être les parents légaux. Si le père ou la mère biologique s'effaçaient, on serait dans le cas d'une procréation assistée (*Id.*, à la p. 562-563)

³⁴² Danièle JULIEN, « Trois générations de recherches empiriques sur les mères lesbiennes, les pères gais et leurs enfants », dans P.-C. LAFOND et B. LEFEBVRE (dir.), *op. cit.*, note 10, p. 359, à la p. 361-362

³⁴³ A ce sujet, voir : F. LEROY-FORGEOT, *op. cit.*, note 194

³⁴⁴ Geneviève DELAISI DE PARSEVAL, « Qu'est-ce qu'un parent suffisamment bon ? » dans M. GROSS (dir.), *Homoparentalité, état des lieux*, ESF éditeur, Issy-les-Moulineaux, 2000, p. 213. Cité par : M. PRATTE, *loc. cit.*, note 340, à la p. 552, note 40

³⁴⁵ D. JULIEN, *loc. cit.*, note 342, à la p. 361-362

³⁴⁶ M. PRATTE, *loc. cit.*, note 340, à la p. 583-587

³⁴⁷ *Id.*

3.2.2 Loi sur le partenariat enregistré entre personnes de même sexe

La *LPart* instaure une nouvelle institution du droit de la famille³⁴⁸. Elle a été approuvée par le peuple le 5 juin 2005 par 58% des voix³⁴⁹ et est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007. Elle est le fruit d'un changement de perception de l'homosexualité en Suisse³⁵⁰. Cette évolution trouve son expression juridique dans le nouvel article 8 al. 2 de la *Constitution fédérale*, lequel énonce que nul ne doit subir de discrimination du fait de son mode de vie³⁵¹. En revanche, l'article 14 *Cst. féd.*, qui garantit le droit au mariage et à la famille, ne fonde aucun droit pour les homosexuels dans la mesure où « [l]a notion de mariage doit être comprise dans le sens traditionnel de lien monogame entre un homme et une femme » et que cette définition a été entérinée lors de la modification de la Constitution « en conformité avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme »³⁵².

Au niveau du fond, le partenariat accorde pratiquement les mêmes droits et les mêmes obligations que le mariage³⁵³. L'article 28 *LPart* interdit toutefois le recours à l'adoption et à la PMA aux partenaires enregistrés. Se faisant, elle ne fait que confirmer une condition déjà inscrite dans la *LPMA*, laquelle exclut les couples homosexuels en posant la stérilité comme condition d'accès à la procréation assistée³⁵⁴. La filiation homoparentale est donc exclue *ab initio*. L'article 27 *LPart* règle néanmoins les situations où un couple élève un enfant issu d'une précédente union hétérosexuelle. Il énonce que si l'un des partenaires a un enfant, l'autre est tenu de l'assister dans l'exercice de l'autorité parentale et de le représenter si les circonstances l'exigent. Il insiste toutefois sur les droits du parent qui n'a pas la garde, soulignant le fait que les familles homoparentales sont avant tout des familles recomposées. Enfin, il prévoit que le partenaire pourra se voir accorder par l'autorité tutélaire le droit d'entretenir des relations personnelles avec l'enfant en cas de séparation ou de dissolution du partenariat. Ainsi la *LPart* institue-t-elle pour les couples homosexuels un mariage qui cache son nom, une frilosité

³⁴⁸ Michel MONTINI, « Partenariat enregistré – conclusion, dissolution et effets généraux », dans A.R. ZIEGLER et al., *op. cit.*, note 339, p. 105, à la p. 113

³⁴⁹ FF 2005 4891

³⁵⁰ Jean-François AUBERT, « Préface », dans A.R. ZIEGLER et al., *op. cit.*, note 339. Sur l'évolution historique de l'homosexualité en Suisse, voir : François E. BAUR, « Historique », dans A.R. ZIEGLER, *op. cit.*, note 339, p. 1

³⁵¹ *Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, RS 101 (ci-après cité : *Cst. féd.*) ; *Message relatif à la Loi sur le partenariat enregistré entre personnes de même sexe du 29 novembre 2002*, FF 2003 1192 (ci-après cité : *Message LPart*), p. 1195 et 1207 et suiv.

³⁵² *Id.*, p. 1194

³⁵³ *Id.*, p. 1226-1218. Il y a toutefois des exceptions (pas de transmission du nom entre les partenaires par exemple). La *LPart* est en outre plus concise que les dispositions relatives au mariage, auxquelles elle renvoie souvent tout en les simplifiant (pas de fiançailles par exemple). Pour un panorama exhaustif de la *LPart*, voir : M. MONTINI, *loc. cit.*, note 348, p. 105

³⁵⁴ *Infra*, p. 110-111

terminologique et juridique due à un attachement profond au symbolisme véhiculé par le mariage³⁵⁵. Par ailleurs, on peut voir dans l'ouverture exclusive du partenariat enregistré aux couples homosexuels le maintien d'une hiérarchisation des différentes formes d'union. A ce sujet, le *Message LPart* formule d'ailleurs expressément :

« [L]es couples hétérosexuels peuvent se marier, de sorte qu'il n'est pas nécessaire de leur proposer une institution spéciale qui serait un mariage de deuxième ordre. De plus, cela contreviendrait au mandat constitutionnel consistant à protéger le mariage »³⁵⁶.

La situation pourrait toutefois changer. En effet, selon un sondage réalisé par M.I.S Trend entre le 20 et le 23 mars 2006, 40% des suisses se disent favorables ou plutôt favorables à ce que les couples homosexuels aient le droit d'adopter un enfant et plus de 45% d'entre eux pensent que le développement d'un enfant élevé par un couple homosexuel ne serait pas différent de celui d'un enfant élevé par un couple hétérosexuel³⁵⁷. Par ailleurs, en vertu du droit international privé suisse, les situations homoparentales établies valablement à l'étranger devront être reconnues en Suisse³⁵⁸.

Pour l'instant toutefois, le législateur suisse a choisi de créer une union institutionnalisée entre personnes de même sexe, mais s'est gardé d'en « contaminer » le mariage et la filiation. Comme en témoigne d'ailleurs le *Message LPart*, l'exclusion de la filiation homoparentale par le droit suisse trouve son origine dans une conception profondément naturaliste de la filiation :

« La nature veut que chaque enfant ait un père et une mère qui jouent chacun un rôle important dans son développement. (...) si le législateur autorisait les couples homosexuels à adopter, les principes fondamentaux du droit de la filiation seraient abandonnés. L'enfant aurait, du point de vue juridique, deux mères ou deux pères, ce qui est contraire à l'ordre des choses (...) pour établir la filiation, (...) il ne s'agit pas seulement de déterminer qui l'éduque et prend soin de lui. De toute évidence, ces fonctions peuvent être assumées sans difficulté par différentes personnes. Il s'agit aussi de prendre en compte l'intégration de l'enfant dans la succession des générations au sein de sa famille paternelle et maternelle, ainsi que l'identité qui en résulte. »³⁵⁹

Or, la biologie, sans doute la moins inconstante des composantes de la vie humaine, demeure le plus sûr ancrage de la tradition.

³⁵⁵ Sur la protection constitutionnelle du mariage et de la vie familiale, voir : Andreas R. ZIEGLER, « La protection constitutionnelle des gays et lesbiennes », dans A.R. ZIEGLER et al., *op. cit.*, note 339, p. 15, à la p. 27-33

³⁵⁶ *Message LPart*, p. 1213

³⁵⁷ Ces chiffres ont été publiés par *L'Hebdo*, édition du 13 avril 2006, à la p. 18 (cité par O. GUILLOD, *conférence précitée*, note 215). Dans le même sens : J.-F. AUBERT, *loc. cit.*, note 350

³⁵⁸ Les unions et adoptions prononcées à l'étranger sont reconnues en vertu de la *Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987* (RS 291 ; art. 45 al. 3 et 78) pour autant qu'elles aient été prononcées par l'autorité étrangère compétente, qu'elles soient devenues définitives et qu'elles ne heurtent pas l'ordre public suisse (art. 25 et suiv. *LDIP*). Le Conseil fédéral a déjà affirmé qu'une telle reconnaissance sera accordée, même si aucun cas d'espèce ne s'est encore présenté (*Message LPart*, p. 1259). La doctrine majoritaire considère également que cela ne serait pas contraire à l'ordre public suisse : E. COPUR, *loc. cit.*, note 339, à la p. 291-293

³⁵⁹ *Message LPart*, p. 1223-1224

3.3 Connaissance des origines

Le droit suisse de la filiation accorde une place importante à la connaissance des origines biologiques. Si l'ancien droit avait une tendance plus prononcée pour le secret, ceci était dû principalement à la notion de filiation illégitime, qui interdisait la reconnaissance de l'enfant adultérin ou incestueux³⁶⁰. Aujourd'hui, la levée de la distinction entre filiation naturelle et légitime et les dispositions constitutionnelles (art. 119 *Cst. féd.*) et législatives (art. 24-27 *LPMA*) relatives à la procréation assistée³⁶¹ consacrent le droit à la connaissance des origines comme un droit fondamental, nécessaire au plein épanouissement de la personnalité et à la concrétisation du droit à la liberté personnelle³⁶². Consacré dans le contexte biomédical de l'utilisation du patrimoine génétique humain, ce droit fondamental n'en déploie pas moins ses effets dans d'autres situations où la recherche des origines est un enjeu³⁶³. L'avènement de la preuve d'ADN procède d'ailleurs de la même mouvance³⁶⁴.

Depuis 1992, la tendance était nettement en faveur de la reconnaissance d'un droit de connaître ses origines du fait de la nouvelle disposition constitutionnelle, rapidement interprétée comme étant d'interprétation générale malgré le contexte particulier de son adoption, et de l'entrée en vigueur en Suisse, le 26 mars 1997, de la *CRDE*, dont les articles 7 al. 1 et 8 ont été considérés d'application directe par la jurisprudence³⁶⁵. Le 4 mars 2002, le Tribunal fédéral a rendu un arrêt de principe sur la question³⁶⁶. Il y a consacré une interprétation très littérale de l'article 7 alinéa 1 de la *CRDE*, jugeant que le droit de connaître ses parents « dans la mesure du possible » se rapporte uniquement à l'existence d'informations sur l'ascendance et non à une pesée d'intérêts entre l'enfant et les parents biologiques³⁶⁷. La Haute Cour a en outre estimé que, au vu de l'article 7 *CRDE* et des articles 10 alinéa 2 et 119 alinéa 2 *Cst. féd.*, l'enfant adopté devait jouir des mêmes prérogatives que l'enfant issu d'une PMA hétérologue. Comme le droit de l'adoption souffrait à ce sujet d'une lacune, les principes établis par la jurisprudence ont été codifiés par le législateur dans un nouvel article 268c alinéa 1, introduit dans le *Code civil* en 2003, et garantissant à l'enfant adopté le droit d'accès aux données relatives à son

³⁶⁰ P. MEIER et M. STETTLER, *op. cit.*, note 10, p. 193

³⁶¹ *Infra*, p. 106 et suiv.

³⁶² P. MEIER et M. STETTLER, *op. cit.*, note 10, p. 194. Pour un ouvrage plus exhaustif sur cette problématique et ses développements les plus récents en droit suisse, voir : Mélanie BORD, Viviane PREMAND, Suzette SANDOZ et Denis PIOTET, *Le droit à la connaissance de ses origines*, Genève, Schulthess, 2006

³⁶³ P. MEIER et M. STETTLER, *op. cit.*, note 10, p. 194

³⁶⁴ *Infra*, p. 87 et suiv.

³⁶⁵ Selon l'article 7, tout enfant a le droit, dans la mesure du possible, de connaître ses parents et d'être élevé par eux. Selon l'article 8, l'Etat doit protéger et garantir les aspects fondamentaux de l'identité de l'enfant. Voir : D. MANAI, *op. cit.*, note 63, p. 334

³⁶⁶ ATF 128 I 63

³⁶⁷ L'interprétation québécoise est beaucoup plus souple : *infra*, p. 100

identité³⁶⁸. Ce droit doit être entendu au sens large des articles 24 alinéa 2 et 27 *LPMA*. Bien qu'il ne devienne absolu qu'à partir de l'âge de 18 ans, il constitue un droit fondamental, inaliénable et imprescriptible³⁶⁹.

Depuis, la doctrine plaide pour que l'égalité instaurée entre enfant adopté et enfant issu de PMA soit étendue à d'autres situations analogues, soit à tout enfant « naturel » né dans ou hors mariage et qui cherche à connaître son ascendance biologique. Elle indique à l'appui de cette considération :

« L'intérêt de l'enfant est le même dans ces différentes constellations et le père biologique, qui avait en principe la maîtrise (en tout cas partielle) de la situation qu'il a créée, ne saurait être ici mieux protégé que le donneur de sperme. Il est vrai que dans le cas de l'adoption et de la procréation médicalement assistée, le droit fondamental de l'enfant s'exerce contre l'Etat, qui dispose de l'information nécessaire. (...) Il est toutefois nécessaire –compte tenu de l'importance du droit– de lui reconnaître un effet horizontal (...). »³⁷⁰

Ces développements récents permettent de mettre en lumière, à un nouveau niveau, la prépondérance de l'aspect biologique dans le droit suisse de la filiation. L'examen des moyens de preuve achèvera la démonstration. Pour l'heure, il est grand temps de nous intéresser au modèle filial québécois, qui, en partant de principes similaires (intérêt de l'enfant, prise en compte des vérités biologique et socio-affective), propose un édifice normatif très éloigné de celui du législateur helvétique.

B) Au Québec³⁷¹

Au Québec, la filiation est fondée sur la volonté plus que sur la biologie³⁷². Cela fait des normes d'établissement de la filiation ordinaire un terrain favorable à l'implantation de règles reconnaissant largement la filiation résultant d'une procréation assistée et ce jusqu'à son paroxysme, soit la reconnaissance de l'homoparentalité d'origine³⁷³. Le *Code civil du Québec* reconnaît trois manières distinctes d'établir la filiation. Deux d'entre elles établissent des

³⁶⁸ *Supra*, p. 56

³⁶⁹ Sur cette jurisprudence, voir : D. MANAI, *op. cit.*, note 63, p. 331 et 335-336 et : P. MEIER et M. STETTLER, *op. cit.*, note 10, p. 198

³⁷⁰ P. MEIER et M. STETTLER, *op. cit.*, note 10, p. 197; Dans le même sens : A. LEUBA, P. MEIER et S. SANDOZ, *loc. cit.*, note 141, à la p. 168

³⁷¹ Nous nous tiendrons ici à un exposé succinct du droit de la filiation québécois. En particulier, nous ne nous intéresserons à la jurisprudence rendue en matière familiale que de façon accessoire. Pour un examen détaillé, nous renvoyons le lecteur à : M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143; M. TETRAULT, *op. cit.*, note 136

³⁷² M. PRATTE, *loc. cit.*, note 340, à la p. 549

³⁷³ *Infra*, p. 70 et suiv. « Il suffisait de s'approprier et de transposer le modèle, jusque-là réservé à la paternité, en invoquant à la fois le caractère « construit » de la filiation et le droit à l'égalité » : M. PRATTE, *loc. cit.*, note 340, à la p. 550-551

filiations « d'origine » (filiation par le sang et filiation résultant d'une procréation assistée), la troisième une filiation « substituée » (filiation découlant d'une adoption)³⁷⁴.

1. Filiation par le sang

Le droit québécois instaure quatre modes subsidiaires d'établissement de la filiation par le sang, qui s'appliquent indifféremment à chaque parent, quel que soit son sexe³⁷⁵. Il s'agit, dans l'ordre, de l'acte de naissance, de la possession constante d'état, de la présomption de paternité et de la reconnaissance volontaire. La filiation peut être contestée par une action d'état³⁷⁶, à l'égard des deux parents. Le désaveu et la contestation d'état permettent de contester la filiation établie par l'acte de naissance ou la présomption de paternité découlant du mariage ou de l'union civile. La réclamation d'état permet à l'enfant, respectivement au parent, de faire naître un lien de filiation dans l'hypothèse où l'enfant en est dépourvu. Le souci de la stabilité de la filiation et de la paix des familles se traduit par l'impossibilité d'attaquer le lien de filiation si le titre et la possession d'état concordent, et ce, même si le lien de filiation ne correspond pas à la vérité biologique de notoriété publique. Le souci d'assurer à l'enfant une double filiation est consacré par la possibilité d'intenter une action en réclamation de filiation.

1.1 Etablissement non judiciaire de la filiation

Il existe quatre modes d'établissement extrajudiciaire de la filiation, agencés selon un ordre hiérarchique parfois discuté en doctrine.

1.1.1 Acte de naissance

L'acte de naissance (art. 523 *C.c.Q.*) constitue le moyen usuel d'établir la filiation³⁷⁷. Celui-ci est constitué à partir du constat de naissance et de la déclaration de naissance (art. 108) dressée par l'accoucheur. La filiation énoncée dans l'acte de naissance est conçue comme une forme de reconnaissance officielle de la filiation de l'enfant par ses parents (art. 114)³⁷⁸. Si les parents sont mariés ou unis civilement, chacun peut déclarer la filiation de l'enfant à son propre égard, mais aussi à l'égard de son conjoint, sur la base de la présomption de paternité (ou coparenté) (art. 114 et 525, respectivement 538.3)³⁷⁹. Dans le cas contraire, la déclaration ne peut valoir

³⁷⁴ M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 189-190

³⁷⁵ L'article 523 *C.c.Q.* règle l'établissement de la filiation « tant paternelle que maternelle [nous soulignons] ». Dans les faits toutefois, la filiation maternelle repose en principe toujours sur l'adage *mater semper certa est* dans la mesure où la déclaration des parents au directeur de l'état civil est accompagnée du constat de naissance établi par l'accoucheur : *infra*, p. 64

³⁷⁶ On notera à cette occasion que le jugement, qualifié par le droit suisse comme un mode d'établissement de la filiation, existe aussi en droit québécois, mais est simplement considéré comme une conséquence des actions d'état. Il s'agit d'une simple différence de qualification.

³⁷⁷ M. TETRAULT, *op. cit.*, note 136, p. 1096

³⁷⁸ M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 197

³⁷⁹ Notons que l'article 114 n'a pas été modifié : son application aux couples homosexuels est inférée de l'article 115 *C.c.Q.* : M. PRATTE, *loc. cit.*, note 340, à la p. 567, note 92

que pour soi-même³⁸⁰. La déclaration doit être effectuée dans les 30 jours suivant la naissance (art. 113). Elle est ensuite signée par un témoin (art. 112), et transmise, avec le constat de naissance dressé par l'accoucheur (art. 111 et 115), au directeur de l'état civil, qui inscrit la naissance dans le registre de l'état civil (art. 109).

Si une personne a été inscrite de façon irrégulière, il suffira de passer par une demande en rectification des actes de l'état civil³⁸¹. En revanche, toute modification de l'acte de naissance qui met en jeu la filiation doit en principe être demandée par une action d'état³⁸². L'alinéa 2 de l'article 130 *C.c.Q.*, introduit en 2002, permet toutefois de procéder à une inscription tardive de la filiation, pour autant que l'autre parent –et l'enfant s'il est âgé de 14 ans au moins– y consente, que la filiation ne soit pas contestée et qu'il n'y ait pas d'opposition dans les 20 jours suivant la publication de l'avis. On peut ainsi créer un lien de filiation par voie administrative plutôt que judiciaire³⁸³. Si les conditions sont réunies, les couples homosexuels ayant formé un projet parental commun avant 2002 pourront certainement bénéficier de la déclaration tardive pour faire inscrire le parent non biologique à l'acte de naissance³⁸⁴.

La filiation établie par l'acte de naissance a la primauté sur les autres modes d'établissement de la filiation³⁸⁵. Cela s'explique par le fait que les actes de l'état civil sont des « preuves préconstituées » qui ont pour but de faciliter la preuve des éléments qui y sont inscrits³⁸⁶.

1.1.2 Possession d'état

Couplée à l'acte de naissance, la possession d'état fonde une présomption irréfragable de filiation (art. 530 *C.c.Q.*). Isolée, elle est un moyen de preuve de la filiation autonome. L'article 524 *C.c.Q.* la définit comme une réunion suffisante de faits qui indiquent les rapports de filiation entre l'enfant et les personnes dont on le dit issu. Traditionnellement, les éléments fondant la possession d'état étaient le nom, le traitement et la renommée (*nomen, tractatus, fama*) : l'enfant porte le nom de ses parents, est traité par eux comme tel et est considéré par l'entourage comme l'enfant de ceux qui l'élèvent³⁸⁷. Aujourd'hui, l'exigence relative au nom a été largement atténuée, puisque la législation permet à l'enfant de porter indifféremment le nom

³⁸⁰ M. TETRAULT, *op. cit.*, note 136, p. 1096

³⁸¹ M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 197

³⁸² *Id.*, p. 200 et références citées

³⁸³ M. TETRAULT, *op. cit.*, note 136, p. 1097

³⁸⁴ La loi n'indique en effet pas de délai quant à la naissance, qui peut avoir eu lieu avant 2002. La difficulté surgira éventuellement au niveau de la preuve du projet parental commun, notion introduite également en 2002 : M. TETRAULT, *op. cit.*, note 136, p. 1097, 1176-1177 ; M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 246

³⁸⁵ M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 208

³⁸⁶ M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 196 ; M. TETRAULT, *op. cit.*, note 136, p. 1096

³⁸⁷ M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 202 ; M. TETRAULT, *op. cit.*, note 136, p. 1099

de son père ou de sa mère³⁸⁸. Nous verrons en outre que les règles sur la procréation assistée exigent une réinterprétation de la notion de réputation et de l'apparence de procréation commune, au point que la possession d'état a été redéfinie pour ces cas dans une disposition spéciale. En revanche, dans la mesure où la possession d'état ne se réfère pas à la réalité biologique, les liens biologiques entre l'enfant et les parents n'en sont pas un élément constitutif. « C'est la notoriété plus que les aspects biologiques qui atteste la filiation de l'enfant. Elle ne renvoie pas à la réalité biologique, mais plutôt à la réalité sociale. »³⁸⁹

Pour fonder la filiation, la possession d'état doit en outre avoir un caractère constant. Il faut qu'elle ait été donnée dès la naissance de l'enfant et pour une durée suffisamment longue pour l'établir solidement³⁹⁰. Il est généralement admis qu'une durée de 16 à 24 mois permet de consacrer la constance de la possession d'état³⁹¹. Certains auteurs pensent même qu'une durée de moins d'un an pourrait suffire³⁹². Une possession d'état peut être constante, même si elle n'est pas permanente. Cela se justifie en raison de l'instabilité des couples d'aujourd'hui³⁹³. Souvent, en cas de rupture du couple parental, l'enfant vivra avec un beau-parent qui le traitera comme son enfant, mais cela ne saurait remettre en question la constance de la possession d'état. La possession d'état occupe la deuxième place dans la hiérarchie des modes d'établissement de la filiation³⁹⁴.

1.1.3 Présomption de paternité du conjoint

L'article 525 *C.c.Q.* établit une présomption de paternité qui joue automatiquement lorsque l'enfant a été conçu pendant le mariage ou l'union civile de personnes de sexe différent ou moins de 300 jours³⁹⁵ suivant la dissolution de l'union. Le fait pour un homme d'être le mari de

³⁸⁸ M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note, p. 202 ; M. TETRAULT, *op. cit.*, note 136, p. 1099. Rappelons qu'au Québec, la majorité des enfants naissent de couples non mariés et que, de toute façon, le nom « de famille », si tant est que cette appellation ait encore un sens, ne se transmet plus entre époux : *C.c.Q.*, art. 50 et suiv.

³⁸⁹ M. TETRAULT, *op. cit.*, note 136, p. 1100. En mettant l'accent sur l'aspect biologique de la filiation pour asseoir la réputation, on conforte le constat selon lequel la possession d'état n'est pas si détachée de la vérité biologique que l'on pourrait le croire.

³⁹⁰ M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 203

³⁹¹ *Id.* et : M. TETRAULT, *op. cit.*, note 136, p. 1101 ; M. GIROUX, *loc. cit.*, note 134, à la p. 903

³⁹² M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 204. Ces auteurs fondent notamment leur thèse sur la possibilité pour un donneur de sperme dans une procréation assistée par relations sexuelles de contester une filiation pendant un an suivant la naissance : *infra*, p. 70 et suiv.

³⁹³ M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 203

³⁹⁴ *Id.*, p. 208

³⁹⁵ Le délai légal de conception est identique en Suisse et au Québec, mais il n'y a pas la même importance. *Supra*, p. 46, 48, 51. Notons en outre que le droit suisse prévoit également un « plancher » à ce délai, qu'il situe à 180 jours. Les Professeurs Castelli et Goubau notent que, dans les cas où la filiation peut être contestée, la présomption québécoise peut être attaquée en prouvant que la grossesse a duré moins de 300 jours (M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 206) : cela indique sans doute que la plancher suisse pourrait trouver sa place dans la pratique québécoise. Nous sommes cependant surprise que cela ne soit pas précisé dans la mesure où une grossesse dure difficilement 300 jours (soit 10 mois) !

la mère peut donc établir sa paternité, mais cet élément, autrefois primordial, a largement perdu de son importance³⁹⁶. Le législateur fait en effet prévaloir la paternité établie par un titre et une possession d'état conforme, ainsi que, depuis l'introduction de la *Loi modifiant le Code civil*, la paternité biologique³⁹⁷. Notons toutefois que lorsque l'acte de naissance désigne le mari de la mère, il ne fait que refléter la présomption de paternité liée au mariage ; il est impossible qu'une autre paternité soit établie par possession d'état à ce moment puisqu'un autre homme n'a encore eu le temps d'en acquérir une. En outre, la présomption de paternité correspond le plus souvent à la vérité biologique³⁹⁸.

Mentionnons encore que la présomption de paternité, comme son nom l'indique, ne vise que le père. Le texte de l'article 525 *C.c.Q.* parle d'ailleurs clairement de personnes de sexes différents. Il s'agit pourtant de la marque d'une époque révolue puisque la présomption touche non seulement le mari, mais aussi, depuis 2002, le conjoint civil. Or, ce conjoint peut être une femme. Le Professeur Michel Tétrault considère que le maintien de la formulation sexuée de l'article 525 est une incohérence et qu'il aurait mieux valu parler de présomption de filiation ou de parentalité, l'article 539.1 n'étant selon lui d'aucun secours pour contourner la difficulté terminologique³⁹⁹. Il est à notre avis plus logique de s'en remettre simplement à la définition distincte de la possession d'état contenue à l'article 538.3⁴⁰⁰. Ces problèmes d'adaptation illustrent le caractère de plus en plus obsolète de la présomption de « co-parenté » fondée sur un délai légal de conception qui cherche à « calquer [la filiation] sur la vraisemblance aussi bien biologique que psychologique des relations du couple »⁴⁰¹. Plus largement, elle n'est qu'un indice parmi d'autres des difficultés rencontrées par les juristes québécois dans la mise en œuvre d'une filiation par le sang coupée de la biologie.

Contrairement à l'acte de naissance, placé premier par l'article 523 alinéa 1 *C.c.Q.*, à la possession d'état, qui suit en vertu de l'article 523 alinéa 2, et de la reconnaissance volontaire, qui arrive en dernier conformément à l'article 526, la présomption de paternité n'a pas de place hiérarchique assignée par la loi⁴⁰². Certains auteurs ont soutenu que, lorsqu'elle peut trouver à s'appliquer, la présomption de paternité a préséance sur tous les autres modes d'établissement

³⁹⁶ M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 194

³⁹⁷ A ce sujet : nos remarques *infra*, p. 102 et suiv.

³⁹⁸ M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 198

³⁹⁹ M. TETRAULT, *op. cit.*, note 136, p. 1105

⁴⁰⁰ *Infra*, p. 72

⁴⁰¹ M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 206. Contrairement à celle de l'article 525 *C.c.Q.*, la présomption de l'article 538.3 ne repose pas sur la vraisemblance de la filiation : M. PRATTE, *loc. cit.*, note 340, à la p. 571

⁴⁰² M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 208

de la filiation⁴⁰³ –à l’instar de la solution retenue par le législateur suisse. La majorité des auteurs considère toutefois, s’appuyant en cela sur la jurisprudence, que la hiérarchie a été modifiée par le *Code civil du Québec* en 1980, lequel énumère les modes d’établissement de la filiation par ordre d’importance⁴⁰⁴. Selon nous, cela ressort également des dispositions sur la contestation de la filiation et de la place privilégiée faite à la concordance entre titre et possession constante d’état dans ce cadre. La présomption de paternité vient donc en troisième position, derrière l’acte de naissance et la possession d’état, mais devant la reconnaissance volontaire.

1.1.4 Reconnaissance volontaire

La reconnaissance volontaire est le dernier mode d’établissement de la filiation. Elle est subsidiaire : elle ne peut en effet intervenir que si la filiation ne peut être établie par un autre moyen (art. 526 *C.c.Q.*) et elle ne peut détruire une filiation qui n’a pas été infirmée en justice (art. 529). Elle résulte de la déclaration faite par un père ou une mère qu’il est le parent de l’enfant (art. 527). Si la mère et le père peuvent procéder à une reconnaissance volontaire de leur maternité, respectivement paternité, une telle déclaration ne lie toutefois que son auteur (art. 528)⁴⁰⁵. Aucune exigence formelle n’est attachée à une déclaration de reconnaissance volontaire : la reconnaissance peut par exemple résulter d’une lettre dont elle ne serait pas l’objet principal⁴⁰⁶. Il suffit qu’il y soit indiqué, même accessoirement, que l’enfant est le sien. Cela s’explique aisément dans la mesure où il s’agit d’un « dernier recours » pour pourvoir une filiation à l’enfant qu’aucun autre mode d’établissement n’a pu rattacher à son parent.

1.2 Etablissement judiciaire de la filiation

Lorsqu’il est impossible d’y procéder sur une base volontaire, l’établissement de la filiation peut se faire de manière judiciaire. Tel est le cas lorsqu’une filiation préalablement établie est

⁴⁰³ J. PINEAU, *op. cit.*, note 38, p. 209 et suiv.

⁴⁰⁴ M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 209 ; M. TETRAULT, *op. cit.*, note 136, p. 1094. Dans le même ordre d’idées, les motifs invoqués à l’appui de la désuétude de la présomption de paternité au Québec sont parlants : « Si la dilution du lien social tissé par le mariage et l’idée de justice à l’endroit de l’enfant n’autorisait plus à distinguer la naissance et la grâce, elles s’accommodaient mal également de la fiction qui rattachait de droit l’enfant au mari de sa mère et qui liait la preuve de la filiation charnelle, dans le cas de la paternité, à celle de la légitimité. Ceci explique aujourd’hui le recul de la présomption de paternité dans la hiérarchie des modes de preuve et la préférence accordée par le législateur à la vérité déclarée qui, parce que plus vraisemblable, paraissait plus conforme à l’intérêt de l’enfant. » : E. DELEURY, *loc. cit.*, note 272, à la p. 93

⁴⁰⁵ Il s’agit de ne pas confondre cette déclaration avec celle qui fonde une inscription à l’acte de naissance. En pratique toutefois, l’acte de naissance tire son origine de déclarations, qui constituent des reconnaissances volontaires dans la majorité des cas, c’est-à-dire lorsqu’elles proviennent des intéressés : M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 248

⁴⁰⁶ *Id.*, p. 207

contestée ou lorsque le défaut de filiation prescrit d'en établir une⁴⁰⁷. Dans certains cas, il s'agit enfin de faire inscrire à l'acte de naissance une filiation autrement établie⁴⁰⁸.

1.2.1 Contestation de la filiation

Nous avons vu plus haut qu'en vertu de l'article 530 *C.c.Q.*, la possession d'état conforme au titre a pour effet de rendre inattaquable la filiation inscrite à l'acte de naissance. En dehors de ce cas, la maternité comme la paternité peuvent faire l'objet d'une contestation.

1.2.1.1 Contestation d'état

La contestation d'état, régie par la loi à l'article 531 *C.c.Q.*, permet de faire valoir la non-conformité de l'acte de naissance et de la possession d'état. Cette action peut être intentée non seulement par l'enfant et par les parents, mais également par toute personne intéressée (art. 531 al. 1). Le père et la mère peuvent contester la filiation établie à leur égard ou à l'égard de celui ou celle qui usurpe leur place, mais ils ne peuvent contester la filiation établie à l'égard de l'autre parent qu'en tant que tuteur de l'enfant (et non en leur propre nom)⁴⁰⁹. Les tiers intéressés se verront généralement reconnaître un intérêt pécuniaire plutôt que moral : il s'agira par exemple des héritiers potentiels d'un des parents⁴¹⁰. L'action est intentée contre le parent dont la filiation est contestée ou contre le parent et l'enfant, selon l'identité du demandeur (art. 532 al. 3).

1.2.1.2 Désaveu

Lorsque la contestation d'état vise la paternité du mari de la mère, il s'agit d'une action en désaveu. Elle nécessite également la non-conformité de l'acte de naissance et de la possession d'état, condition commune de toutes les actions en contestation. Dans ce cas en revanche, la mère a le droit d'attaquer la paternité du mari en son propre nom, les tiers n'ont pas de légitimation active⁴¹¹ et l'action devra être intentée dans un délai cadre plus restrictif de un an⁴¹²,

⁴⁰⁷ Nous verrons cependant que dans le cadre de la procréation assistée, le projet parental par une personne seule étant admis, il y aura des cas où le défaut d'un des deux liens de filiation sera légalisé : *infra*, p. 70 et suiv.

⁴⁰⁸ En effet, une simple requête en rectification de l'état civil est en principe insuffisante, sauf dans les cas de déclaration tardive respectant les exigences posées par l'article 130 al. 2 *C.c.Q.* *Supra*, p. 64

⁴⁰⁹ M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 212

⁴¹⁰ *Id.*, p. 213

⁴¹¹ Les héritiers d'un parent décédé pendant le délai fixé pour le désaveu pourront néanmoins exercer l'action à sa place dans un délai d'un an suivant le décès (art. 537 *C.c.Q.*). Les tiers pourront toujours recourir à l'action en contestation de filiation ordinaire dans un délai de 30 ans, mais les père et mère ne bénéficient pas de ce délai. En effet, pour les père et mère, l'action en désaveu ne s'ajoute pas à l'action en contestation : elle la remplace dans le cas particulier où la filiation a été établie grâce à la présomption fondée sur leur mariage : M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 214

⁴¹² Toutes les autres actions relatives à la filiation sont soumises à un délai de prescription de 30 ans (art. 536 al. 1 *C.c.Q.*). Une autre exception est le cas où l'enfant est décédé avant d'avoir réclamé son état : ses héritiers pourront le faire à sa place dans un délai de trois ans suivant son décès (art. 536 al. 2 *C.c.Q.*).

depuis la naissance pour la mère et depuis la connaissance de la naissance pour le père (art. 531 al. 2)⁴¹³. Cette action sera dirigée contre l'enfant et le parent non demandeur (art. 532 al. 3)⁴¹⁴.

Le désaveu de paternité peut ainsi intervenir également pendant le mariage des parents. Cependant, en pratique, vu la condition préalable de la non-conformité entre titre et possession d'état, les époux seront en général au moins séparés : le mari sera inscrit à l'acte de naissance mais ne vivra pas avec l'enfant et ne s'en occupera pas, par exemple. En Suisse, un désaveu est également possible en cours de mariage, mais l'action ne peut alors être introduite que par le père juridique. L'action de l'enfant n'est pas recevable tant que ses parents sont mariés⁴¹⁵.

1.2.2 Action en réclamation ou en recherche de filiation

L'action en recherche de filiation peut viser l'établissement de la filiation maternelle⁴¹⁶ ou paternelle et s'exerce dans quatre cas : lorsque les parents ne sont ni mariés ni unis civilement et que l'un d'eux décède avant ou lors de la naissance sans pouvoir procéder à la déclaration de naissance ; lorsqu'un parent ne veut pas que la filiation soit établie à son égard ; lorsque l'enfant avait une filiation préexistante et que celle-ci a été écartée⁴¹⁷ ; et lorsque l'enfant a déjà une filiation, mais que celle-ci n'est pas inscrite à l'acte de naissance et que les conditions de l'article 130 alinéa 2 *C.c.Q.* ne sont pas réunies⁴¹⁸.

L'action peut être intentée par les parents –pour leur propre compte, mais pas l'un à l'égard de l'autre– (il s'agit alors d'une action en réclamation de filiation) et par l'enfant (l'action porte alors le nom d'action en recherche de filiation) (art. 532 al. 1). Ici encore, la preuve peut se faire par tous moyens, mais la preuve testimoniale ne sera admise que s'il y a un commencement de preuve par écrit⁴¹⁹ ou des indices résultant de faits établis (art. 533)⁴²⁰. Il s'agit d'une exigence d'ordre public visant à éviter les actions fantaisistes ou qui ont pour but de nuire aux personnes visées⁴²¹. Malgré leur nom, ce que l'on appelle des « adminicules préalables » ne sont pourtant

⁴¹³ Notons ici que le délai d'un an part au moins de la connaissance de la naissance, contrairement à celui de l'article 538.2 alinéa 2.

⁴¹⁴ Sur les moyens de preuve : *infra*, p. 87 et suiv.

⁴¹⁵ *Supra*, p. 50-51

⁴¹⁶ Rappelons ici encore que le droit suisse ne connaît pas la recherche de maternité.

⁴¹⁷ Là encore, la présomption irréfragable de l'article 530 *C.c.Q.* joue. Si la filiation préexistante est contestable, il faudra commencer par la détruire avant de pouvoir intenten une action en recherche de filiation et ce, conformément à l'article 532 al. 2 *C.c.Q.*

⁴¹⁸ M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 215

⁴¹⁹ L'article 534 *C.c.Q.* précise qu'il peut s'agir de titres de famille, de registres et papiers domestiques, ainsi que de tous autres écrits publics ou privés émanant d'une partie engagée dans l'action.

⁴²⁰ La ressemblance frappante avec l'enfant ou l'existence de relations sexuelles avec la mère pendant la période déterminante par exemple : M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 216. Voir aussi : M. TETRAULT, *op. cit.*, note 136, p. 1109-1110. Concernant ce dernier exemple, on voit réapparaître l'équivalent de la présomption de cohabitation du droit suisse. La valeur qui lui est accordée est toutefois différente : en Suisse, il s'agit d'un mode de preuve de la paternité indépendant, au Québec, d'un adminicule permettant d'ouvrir la preuve testimoniale.

⁴²¹ M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 216-217

pas forcément évaluées avant le procès : le juge peut en effet attendre la fin de la présentation des preuves pour se prononcer sur leur existence⁴²². S'il estime qu'elles ne sont pas données, l'action sera simplement rejetée. Une exception notable à cette règle figure à l'article 535.1 C.c.Q. : dans le cas où la preuve d'ADN est en jeu, les adminicules devront être véritablement préalables au vu des dégâts particulièrement importants que pourrait causer la preuve d'ADN sur la famille, même dans les cas où l'action finirait par être rejetée⁴²³.

1.3 Procréation assistée et filiation homosexuelle

Jusqu'à l'adoption de la *Loi instituant l'union civile*, en 2002, la procréation assistée faisait l'objet de la section 3 du chapitre sur la filiation par le sang. Remaniée à l'occasion des travaux législatifs relatifs à la création d'une union homosexuelle officialisée, elle est aujourd'hui inscrite dans un chapitre indépendant, le chapitre I.1. C.c.Q. Présentée par le passé – à l'instar de la loi suisse – comme un « incident de la filiation par le sang »⁴²⁴, la filiation des enfants issus d'une procréation assistée acquiert dans le nouveau droit une « totale autonomie »⁴²⁵, instaurant pour la première fois « une filiation fictive d'origine »⁴²⁶.

1.3.1 Modes d'établissement de la filiation

Bien qu'incompétent en matière matrimoniale⁴²⁷, le législateur québécois a souhaité offrir une légitimation officielle aux couples de même sexe. C'est ainsi qu'il s'est penché sur un projet d'union civile, qui, bien que théoriquement distincte du mariage, n'en constitue pas moins une forme d'union « concurrente » dont la constitutionnalité a d'ailleurs été interrogée⁴²⁸.

Soucieux de répondre aux revendications de la communauté homosexuelle et de respecter ses prérogatives constitutionnelles⁴²⁹, le législateur a proposé en 2001 un projet de loi visant la création d'une union civile offrant, comme le partenariat suisse, un substitut de mariage aux couples homosexuels⁴³⁰. Le texte finalement adopté instaure une union civile ouverte à tous les

⁴²² *Id.* Les auteurs soulignent à juste titre que cette interprétation jurisprudentielle favorise la recherche en filiation, mais qu'elle dénature le but de l'exigence des adminicules préalables en laissant le procès se dérouler.

⁴²³ *Infra*, p. 69-70

⁴²⁴ M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 192

⁴²⁵ *Id.*

⁴²⁶ *Id.*, p. 225

⁴²⁷ *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3, art. 91(26)

⁴²⁸ Hugo CYR, « La conjugalité dans tous ses états : la validité constitutionnelle de l'« union civile » sous l'angle du partage des compétences constitutionnelles », dans P.-C. LAFOND et B. LEFEBVRE (dir.), *op. cit.*, note, p. 193, à la p. 200 et suiv.

⁴²⁹ A. ROY, *loc. cit.*, note 212, à la p. 221

⁴³⁰ Pour la genèse de cette loi, voir notamment : Benoît MOORE, « Les enfants du nouveau siècle (libres propos sur la réforme de la filiation) », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit familial*, vol. 176, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 75 ; Michel MORIN, « La longue marche vers l'égalité des conjoints de même sexe », dans P.-C. LAFOND et B. LEFEBVRE (dir.), *op. cit.*, note, p. 63 ; M.-B. TAHON, *op. cit.*, note 13, p. 11-14. Notons que depuis, le mariage a été ouvert aux couples homosexuels par le législateur fédéral : sanctionnée le 20 juillet 2005, la

couples⁴³¹ et emporte ainsi dans son sillage une modification englobant également le droit de la filiation⁴³². En effet, dans la mesure où *l'ensemble* des dispositions applicables aux époux s'applique aux personnes en union civile, tout ce qui a été exposé plus haut concernant les modes ordinaires d'établissement de la filiation vaut sans distinction pour les couples homosexuels en union civile. Il est désormais possible d'établir une filiation avec deux mères ou avec deux pères⁴³³, possibilité entérinée par l'article 115 alinéa 1 *in fine*, qui permet l'inscription d'une telle parenté dans la déclaration de naissance. Ainsi, « [q]uel que soit leur sexe, quel que soit leur statut conjugal (conjoints-es de fait, unis-es civilement ou mariés-es), les deux parents porteurs d'un projet parental se voient octroyer un statut légal avec les droits et les responsabilités qui s'en suivent. »⁴³⁴

Certaines dispositions ont été adaptées en conséquence, notamment au niveau terminologique, pour ne pas caractériser le sexe des conjoints, mais cette réforme a pu s'intégrer relativement aisément dans l'économie générale du *Code civil du Québec*, qui était déjà structuré selon une architecture propre à accueillir ce changement⁴³⁵.

L'article 538 *C.c.Q.* définit désormais la procréation assistée comme le recours aux forces génétiques d'un tiers dans le cadre du projet parental d'une personne seule ou de conjoints: il indique ainsi que l'assistance n'est pas forcément médicale, et qu'elle est ouverte aux personnes seules et aux couples homosexuels. Les conjoints de fait, inclus dans la définition de conjoints par la *Loi d'interprétation*⁴³⁶, peuvent également former un projet parental commun et avoir recours à la procréation assistée. Le projet parental, lorsqu'il est commun, doit porter sur

Loi concernant certaines conditions de fond du mariage civil (L.C. 2005, c. 33) définit désormais le mariage civil comme « l'union légitime de deux personnes à l'exclusion de toute autre personne ». *Supra*, p. 43

⁴³¹ Cette ouverture de l'union civile visait à éviter les effets potentiellement stigmatisants d'un état civil publicisant l'orientation sexuelle : A. ROY, *loc. cit.*, note 212, à la p. 222

⁴³² Pour un panorama général, voir : Benoît MOORE, « Le droit de la famille et les minorités », (2003-2004), 34 R.D.U.S., p. 229

⁴³³ En pratique toutefois, l'interdiction des contrats de mères porteuses, entérinée à l'article 541 *C.c.Q.*, rend cette possibilité difficile à exercer. En effet, l'article 115 ne vise que l'acte de naissance originaire, et non un nouvel acte émis suite à une adoption –relevant, lui, de l'article 132. Toutefois, deux pères pourraient sans doute difficilement se voir refuser l'inscription puisque le Code le prévoit. (M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 243). Mentionnons à ce propos que l'interdiction de l'article 541 permet en pratique d'imaginer que des cas de maternité de substitution non contestés en justice trouvent à s'exercer. Autre difficulté relative à l'acte de naissance : dans la mesure où la loi prévoit que l'attribution des rôles parentaux potentiellement différents (art. 539.1 et 578.1), comment savoir qui est qui si l'indication mentionne juste deux mères ou deux pères ? (M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 245)

⁴³⁴ L. CHAMBERLAN, *loc. cit.*, note 248, à la p. 47

⁴³⁵ *Contra* : Alain ROY, « La filiation homoparentale : esquisse d'une réforme précipitée » (2004) [en ligne]. <http://www.erudit.org/revue/efg/2004/v/n1/008896ar.html> (Page consultée le 26 mars 2006), qui estime qu'avant 2002, le droit de la filiation était modelé par la biologie. La comparaison avec le droit civil suisse, si elle ne contredit pas cette affirmation, permet en tout cas de la relativiser.

⁴³⁶ Art. 61.1. Cette disposition précise que les conjoints de fait sont des conjoints « à moins que le contexte ne s'y oppose », ce qui n'est pas le cas ici (M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 232)

l'acceptation du recours à la procréation assistée et être antérieur à la conception⁴³⁷. Comme la notion de projet parental n'est pas définie dans le Code, il faut s'en remettre à une définition pratique, à savoir « une ou deux personnes qui décident de procréer et ont au moment de la conception l'intention de prendre en charge l'enfant à naître »⁴³⁸.

L'article 538.1 *C.c.Q.* énonce que la filiation s'établit selon les modes ordinaires d'établissement de la filiation par le sang⁴³⁹. Toutefois, si les mécanismes d'établissement sont semblables à ceux de la filiation par le sang, ils ne reposent pas sur la même base légale. En effet, l'article 538.1 ne se contente pas de renvoyer aux dispositions pertinentes, mais énonce expressément que la filiation découle de l'acte de naissance ou, à défaut, de la possession constante d'état. Il donne par ailleurs une définition adaptée de la possession constante d'état : il s'agit « d'une réunion suffisante de faits qui indiquent le rapport de filiation entre l'enfant, la femme qui lui a donné naissance et, le cas échéant, la personne qui a formé avec cette femme le projet parental commun ». Cette définition se distance de celle de l'article 524 *C.c.Q.*, qui, sans exiger que la filiation reflète la vérité biologique, réfère toutefois à la vraisemblance de la procréation⁴⁴⁰. L'article 538.3 pose quant à lui les fondations d'une présomption de « coparenté »⁴⁴¹, obéissant aux mêmes mécanismes que la présomption de paternité de l'article 525, notamment relativement au délai de 300 jours, mais se référant exclusivement à la vraisemblance affective et spirituelle des relations de couple⁴⁴². La présomption de l'article 538.3 se distingue donc de celle de l'article 525 en ce qu'elle n'exige pas que les parents soient de sexe différent et, surtout, en ce qu'elle instaure une filiation en principe irréfragable, par le jeu de l'article 539. Seule la reconnaissance volontaire n'a pas d'équivalent dans le chapitre relatif à la procréation assistée. On pourrait y voir le reflet de l'impossibilité d'établir une filiation judiciaire en l'absence de véritables liens biologiques à l'égard de celui ou celle qui a

⁴³⁷ M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 234

⁴³⁸ M. TETRAULT, *op. cit.*, note 136, p. 1135-1136

⁴³⁹ Notons que cette modification porte uniquement sur la PMA, ce qui ressort de son insertion dans le chapitre relatif à la filiation des enfants nés d'une PMA. Néanmoins, en trouvant ancrage à l'article 115 et au vu de la formulation des dispositions sur l'adoption, elle concerne *de facto* l'adoption également. En effet, l'article 115 *C.c.Q.*, qui est la « source » du système, a été modifié pour permettre l'inscription à l'acte de naissance du nom de deux femmes ou de deux hommes ; partant, sa valeur de principe rayonne sur l'ensemble du droit de la filiation québécois. En outre, l'article 546 était déjà l'objet d'une interprétation favorable à l'adoption par des couples homosexuels : B. MOORE, *loc. cit.*, note 430, à la p. 78-82

⁴⁴⁰ M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 246

⁴⁴¹ A ce sujet, il est frappant de constater l'imprécision des mots « père », « mère » et « parents ». Devrait-on parler de présomption de co-paternité ou de co-maternité comme le suggère le Professeur Moore par exemple ? Cet auteur relève d'autres incohérences dans le vocabulaire employé, qui continue à faire référence à l'homoparentalité plutôt qu'à l'homofiliation ou à l'homoprocréation. Voir : B. MOORE, *loc. cit.*, note 430, à la p. 78-79, note 2 ; A. ROY, *loc. cit.*, note 212, à la p. 262-263, note 185. A ce sujet, voir aussi : H. WALTER, *loc. cit.*, note 157

⁴⁴² *Supra*, p. 65

consenti à la procréation assistée et refuse de lui donner suite lors de la naissance⁴⁴³. Cette interprétation nous semble conforme à l'article 540, qui prévoit seulement que dans ce cas, la personne « engage sa responsabilité » envers la mère et l'enfant. Il est également possible de soutenir que le renvoi de l'article 538.1 permet d'appliquer l'article 526 et que la reconnaissance peut « faire l'affaire » à défaut d'un autre lien de filiation⁴⁴⁴.

D'autres aménagements ont été apportés pour tenir compte des particularités de la procréation assistée. Ainsi l'article 539 *C.c.Q.* prévoit-il que l'apport du donneur ne fonde jamais de lien de filiation, en énonçant que « nul ne peut contester la filiation d'un enfant pour la seule raison qu'il est issu d'un projet parental avec assistance à la procréation »⁴⁴⁵. Le législateur a ainsi voulu offrir une protection particulièrement étroite à la filiation établie selon un projet qui ne correspond à aucune réalité biologique, et servir le but même de la procréation assistée⁴⁴⁶. Notons encore qu'il est important de distinguer la présomption de l'article 539 de celle de l'article 530. Si toutes deux sont irréfragables et fonctionnent selon un principe identique, elles ont des champs d'application distincts. Là où s'applique l'article 539, la présomption de l'article 530 ne joue pas⁴⁴⁷. L'article 538.2 alinéa 2 atténue toutefois la portée de l'article 539 en prévoyant que dans le cas où l'assistance a pris la forme d'une relation sexuelle, le donneur peut tout de même établir un lien de filiation avec l'enfant dans l'année suivant sa naissance⁴⁴⁸ et faire échec à la possession d'état conforme au titre du ou de la partenaire de la mère, le cas échéant.

L'article 539 alinéa 2 renvoie aux dispositions sur les actions d'état et les déclare applicables « avec les adaptations nécessaires » aux contestations d'une filiation établie sur la base du chapitre I.1. Il convient de noter ici qu'une *recherche* en filiation est en revanche impossible sur la seule base du projet parental commun. En effet, si le/la conjoint/e non marié/e ou uni/e civilement à la mère change d'avis après la conception de l'enfant, l'établissement judiciaire de filiation sera impossible faute de lien biologique, ne serait-ce que vraisemblable, avec

⁴⁴³ M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 242. De façon plus cynique, le Professeur Pratte considère que l'impossibilité pour un couple de lesbiennes de passer par une reconnaissance de maternité est un signe de « méfiance » à l'égard de « ces aveux » : M. PRATTE, *loc. cit.*, note 340, à la p. 573

⁴⁴⁴ M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 248

⁴⁴⁵ L'article 539 *C.c.Q.* précise qu'un désaveu est toutefois possible si le conjoint marié ou uni civilement n'a pas donné son consentement ou s'il est prouvé que l'enfant n'est pas issu d'une procréation assistée (mais, par hypothèse, d'un adultère). Cette précision nous paraît inutile puisqu'elle ne fait que répéter sous forme d'exceptions les conditions inscrites dans la première phrase de l'article 539.

⁴⁴⁶ M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 250

⁴⁴⁷ M. TETRAULT, *op. cit.*, note 136, p. 1165

⁴⁴⁸ Pour une critique de ce délai et de son *dies a quo*, *infra*, note 490

l'enfant⁴⁴⁹. Dans ce cas, l'article 540 prévoit seulement que le/la partenaire de fait de la mère qui refuse de donner suite au projet parental commun en déclarant son lien de filiation avec l'enfant à l'état civil lors de la naissance engage sa responsabilité envers la mère et l'enfant. La sanction consistera par exemple en des dommages-intérêts alimentaires⁴⁵⁰. En l'absence de présomption de parenté, il sera en effet impossible de forcer l'intéressé/e à assumer sa paternité/co-maternité⁴⁵¹. Une action en *réclamation* de filiation par le parent non biologique devrait en revanche être recevable⁴⁵².

L'article 539.1 *C.c.Q.* règle le partage des rôles parentaux dans le cadre des couples homosexuels féminins⁴⁵³, en prévoyant que celle des mères qui a donné naissance à l'enfant exerce les droits et obligations attribués par la loi à la mère lorsque ceux-ci sont différents de ceux du père⁴⁵⁴.

L'article 541 *C.c.Q.* prévoit la nullité absolue des contrats de maternité de substitution⁴⁵⁵.

L'article 542 *C.c.Q.* enfin prévoit le secret des origines en matière de procréation médicalement assistée, sauf dans les cas où celui-ci résulterait en un préjudice grave pour la santé de l'enfant ou de l'un de ses proches. Des renseignements peuvent alors être transmis aux autorités médicales concernées. On peut s'interroger sur l'existence du principe de confidentialité dans le cadre d'une procréation assistée non médicale ; il semblerait toutefois que l'article 542 exclue les « retrouvailles »⁴⁵⁶.

⁴⁴⁹ M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 249

⁴⁵⁰ M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 250 ; M. PRATTE, *loc. cit.*, note 340, à la p. 574

⁴⁵¹ Une solution pourrait être de considérer le consentement à la procréation assistée comme une reconnaissance anticipée au sens de l'article 526 *C.c.Q.* : Monique OUELLETTE, *Droit de la famille*, 3^e éd., Cowansville, Editions Yvon Blais, 1995, p. 88, cité par M. TETRAULT, *op. cit.*, note 136, p. 1170-1171

⁴⁵² M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 249

⁴⁵³ Rappelons qu'en vertu de l'interdiction des contrats de maternité de substitution, les couples homosexuels masculins ne pourront pas recourir à la procréation assistée; rappelons également que l'article 115 *C.c.Q.* amène une confusion à ce propos, dans la mesure où deux pères peuvent être inscrits à l'acte de naissance. Ainsi, un contrat de mère porteuse est nul en droit mais peut être conclu en pratique. S'il semble difficile d'imaginer que l'acte de naissance entérine un contrat nul, même en l'absence de litige, on peut imaginer que, après coup, les deux pères fassent valoir une possession d'état pour se faire inscrire en tant que pères.

⁴⁵⁴ Plusieurs auteurs critiquent cette disposition dans la mesure où « depuis plusieurs décennies, le droit québécois ne fait plus de distinction entre le père et la mère lorsqu'il s'agit d'autorité parentale » : M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 281. La même remarque s'impose relativement à l'article 539 : « On peut s'interroger sur la nécessité de maintenir une « sexualisation » quant aux responsabilités parentales, alors que (...) l'autorité parentale est exercée conjointement sans nuance quant aux pouvoirs maternels ou paternels. (...) [Cela] évite de procéder à des modifications de concordance au plan législatif : notamment en droit successoral où on traite encore de lignes paternelle et maternelle (...). » : M. TETRAULT, *op. cit.*, note 136, p. 1170. Voir aussi : B. MOORE, *loc. cit.*, note 430, à la p. 86 : « [C]ette façon de faire nous semble inadéquate en ce que ces dispositions ont une apparence fondamentale alors que leur rôle est en fait anecdotique. » ; M. PRATTE, *loc. cit.*, note 340, à la p. 567, note 90

⁴⁵⁵ Sur cette disposition : *infra*, p. 120

⁴⁵⁶ M. TETRAULT, *op. cit.*, note, p. 1175

Notons encore que la filiation avec la mère qui accouche ne pose pas de problème, notamment en ce qui concerne le consentement : elle sera établie à la naissance et sera inattaquable, en conformément à l'article 539 *C.c.Q.*⁴⁵⁷. Soulignons enfin que, dans les cas de procréation assistée ne nécessitant pas d'apport extérieur (IAC ou FIV homologue), la filiation relève simplement des règles ordinaires sur la filiation par le sang et non du chapitre relatif à la filiation des enfants nés d'une procréation assistée⁴⁵⁸.

1.3.2 Critiques

Avec la *Loi instituant l'union civile*, le Québec a incontestablement fait figure de pionnier⁴⁵⁹. Comme toute innovation, celle-ci a cependant soulevé son lot de critiques⁴⁶⁰. De façon générale, les auteurs ont reconnu que les objectifs de la loi étaient louables, mais que celle-ci manquait son but. Globalement, les critiques soulignent que l'intérêt de l'enfant, pourtant porte-drapeau de la réforme, n'est pas respecté, voire qu'il est desservi par la loi⁴⁶¹ ; que les dispositions relatives au secret des origines sont inadaptées au contexte de l'homoparentalité : l'illusion est impossible et l'enfant vivra toujours avec la certitude d'avoir été amputé d'une partie de son histoire⁴⁶² ; que cela entérine en outre une inégalité de naissance avec tous les enfants qui ont une ascendance paternelle⁴⁶³.

En particulier, c'est la rapidité et la clandestinité du processus législatif qui ont d'abord été incriminés⁴⁶⁴. Au niveau du fond ensuite, on a reproché à la loi plusieurs incohérences. La première tient à la disparition de toute apparence de vraisemblance en matière de filiation⁴⁶⁵. La critique a été partiellement contrée par l'argument voulant que les adoptions interethniques aient déjà fait un pas important dans cette direction⁴⁶⁶. En revanche, elle ne trouve pas de réponse lorsqu'elle réfère à la fonction généalogique de la filiation.

⁴⁵⁷ L'accouchement a donc une portée plus importante dans le cadre d'une procréation assistée puisqu'il est le résultat d'un projet parental qui rend la filiation établie par la naissance inattaquable. L'accouchement suite à une procréation naturelle fonde également, indirectement (*supra*, p. 63-64), la filiation, mais celle-ci est attaquable si le titre et la possession d'état ne sont pas concordants ! (M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 237)

⁴⁵⁸ M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 226

⁴⁵⁹ A. ROY, *loc. cit.*, note 212, à la p. 260. Aux Pays-Bas, en Belgique et en Espagne, les pays étrangers les plus ouverts aux nouvelles formes de conjugalité et de parentalités, le mariage homosexuel ouvre uniquement la voie à l'adoption : M.-B. TAHON, *loc. cit.*, note 13, à la p. 35-36

⁴⁶⁰ Une excellente synthèse est proposée par Benoît Moore, qui reprend plusieurs de ses propres arguments dans : B. MOORE, *loc. cit.*, note 139

⁴⁶¹ M. PRATTE, *loc. cit.*, note 340, notamment à la p. 578

⁴⁶² *Id.*, à la p. 591-599

⁴⁶³ *Id.*

⁴⁶⁴ R. JOYAL, *loc. cit.*, note 214, à la p. 311-312 ; B. MOORE, *loc. cit.*, note 430, à la page 77 ; A. ROY, *loc. cit.*, note 435 ; M.-B. TAHON, *op. cit.*, note 13, p. 11 ; M. PRATTE, *loc. cit.*, note 340, à la p. 547, 558

⁴⁶⁵ M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 226 ; M. PRATTE, *loc. cit.*, note 340, à la p.

554

⁴⁶⁶ M.-F. BUREAU, *loc. cit.*, note 142, à la p. 910. L'argument est intéressant, dans la mesure où l'adoption est souvent présentée comme une référence à ce qui devrait être fait en matière de procréation assistée, soit

« [Le législateur] ébranle ainsi « tout le système généalogique de notre société » en transformant à la fois la nature des liens de filiation, jusqu'ici nécessairement sexuée, et leur destination, qui était d'assurer une certaine structure sociale (...) » [références omises]⁴⁶⁷

La deuxième critique de fond a trait au principe d'égalité, auquel l'on a fait endosser toutes sortes de justifications⁴⁶⁸. L'instrumentalisation de la filiation au nom du principe d'égalité a été critiquée en soi⁴⁶⁹. Ses résultats pratiques ont été dénoncés également. Plusieurs auteurs déplorent en effet que, en voulant consacrer l'égalité des enfants de parents homosexuels conformément à l'article 522 *C.c.Q.*, le législateur ait renvoyé les enfants eux-mêmes à une forme « d'égalité séparée » en distinguant ceux qui sont filles/fils d'un père et d'une mère et ceux qui sont filles/fils de deux mères⁴⁷⁰. Qui plus est, cette distinction figurant sur l'acte de naissance, elle rend l'enfant responsable de la publicisation de l'orientation sexuelle de ses parents. Or, c'est précisément cette publicisation que l'on a voulu éviter aux adultes en ouvrant l'union civile aux personnes hétérosexuelles et le mariage civil aux personnes homosexuelles (le sexe du partenaire ne pouvant ainsi plus être inféré automatiquement de l'état civil d'une personne)⁴⁷¹. En outre, l'égalité de ces enfants devait passer par l'assurance de la responsabilité juridique par deux adultes quel que soit leur sexe, soit par l'assurance de la biparentalité⁴⁷². Or les nouvelles dispositions favorisent la création de filiations unilinéaires⁴⁷³. L'éviction de la place du père et de la complémentarité des genres peut aussi paraître problématique⁴⁷⁴. Le législateur aurait ainsi, en réalité, surtout cherché à assurer l'égalité des adultes⁴⁷⁵, consacrant,

une construction juridique qui cherche le plus possible à s'approcher de l'apparence de la vérité biologique (M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 225). Il nous paraît néanmoins un peu tronqué car il se réfère précisément à l'adoption et non à la procréation assistée, laquelle instaure une filiation d'origine, dont on pourrait s'attendre à ce qu'elle soit plus conforme que l'adoption à la vérité biologique. L'adoption a en outre un but humanitaire : elle vient au secours d'un enfant dont le parcours de vie l'a privé de ses parents biologiques. On pourrait donc légitimement s'attendre à ce que la création d'une situation nouvelle, la *conception* d'un enfant, réponde à des exigences plus élevées que la résolution de situations problématiques existantes.

⁴⁶⁷ M. PRATTE, *loc. cit.*, note 340, à la p. 547

⁴⁶⁸ Comme à celui de l'intérêt de l'enfant... Notamment opposée au brandissement de « l'étendard du droit à l'égalité » : M. PRATTE, *loc. cit.*, note 340, à la p. 552

⁴⁶⁹ *Id.*, à la p. 547

⁴⁷⁰ Marie-Blanche TAHON, « La Loi 84, le mariage et l'égalité des sexes et des enfants », *Conjonctures n° 41-42 – Drôle de genre*, Hiver-Printemps 2006, p. 33, à la p. 36-37

⁴⁷¹ *Id.*, à la p. 37 ; *Supra*, note 431

⁴⁷² Suzanne PHILIPS-NOOTENS et Carmen LAVALLÉE, « De l'état inaliénable à l'instrumentalisation : la filiation en question », dans P.-C. LAFOND et B. LEFEBVRE (dir.), *op. cit.*, note 10, p. 337, à la p. 340-342

⁴⁷³ *Supra*, p. 71

⁴⁷⁴ M. PRATTE, *loc. cit.*, note 340, à la p. 557

⁴⁷⁵ S. PHILIPS-NOOTENS et C. LAVALLÉE, *loc. cit.*, note 472, à la p. 350-358

grâce à la primauté de la volonté institutionnalisée⁴⁷⁶, une totale liberté de procréer et un contestable « droit à l'enfant »⁴⁷⁷.

L'égalité des adultes elle-même serait d'ailleurs violée par la nullité des contrats de maternité de substitution, qui renvoie les couples gais et les hommes seuls à la clandestinité s'ils veulent avoir recours à une PMA, alors que les lesbiennes ont non seulement accès à l'insémination artificielle, mais sont également avantagées par la reconnaissance de l'insémination artisanale et la procréation « amicalement »⁴⁷⁸ assistée (PAA)⁴⁷⁹. Cette interdiction entraînerait également une inégalité avec les femmes stériles incapables de porter un enfant⁴⁸⁰.

Des voix dénoncent encore le fait que la loi marginalise les conjoints de fait, qui constituent pourtant la majorité des couples au Québec, ce qui a pour effet d'introduire une inégalité dans la protection accordée aux enfants issus de ces couples⁴⁸¹. Les enfants ne bénéficiant d'aucune présomption de parenté liée à l'enregistrement de l'union des parents, ils ont de plus grands risques d'être privés de la filiation bilinéaire, surtout s'ils sont issus d'une insémination hétérologue⁴⁸². En effet, comme nous l'avons vu, lorsque les parents sont en union de fait, la filiation ne peut être recherchée à l'encontre du parent non biologique qui aurait changé d'avis (art. 540 *C.c.Q.*). D'aucuns considèrent que l'on fait ainsi assumer à l'enfant le choix des parents en le privant de la présomption de parenté attachée à une union officielle⁴⁸³. Cela peut paraître d'autant plus choquant dans une union de fait homosexuelle que le/la conjoint/e de fait de la mère peut, s'il/elle déclare sa filiation à l'égard de l'enfant, jouir d'une présomption irréfutable de parenté (art. 539)⁴⁸⁴.

La troisième critique de fond cible la reconnaissance légale de la PAA, en ce qu'elle fait disparaître l'assurance de l'anonymat du donneur⁴⁸⁵. Plus grave, elle permettrait de négocier le

⁴⁷⁶ M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 235

⁴⁷⁷ Frédéric DUSSAULT, « Les nouvelles règles de filiation au Québec : les enjeux normatifs sur l'institution de la filiation », dans P.-C. LAFOND et B. LEFEBVRE (dir.), *op. cit.*, note 10, p. 313, à la p. 330-331 ; B. MOORE, *loc. cit.*, note 430, à la p. 87-88 ; Laura SHANNER, « The Right to Procreate: When Rights Claims Have Gone Wrong », (1995) 40 R.D. McGill, p. 823 ; M. PRATTE, *loc. cit.*, note 340, à la p. 553. Cette critique fait écho à une crainte toute générale ancrée depuis les débuts de la procréation assistée dans l'esprit de ceux qui se sont penchés sur les enjeux de ces techniques. Voir par exemple : Geneviève DELAISI DE PARSEVAL, *L'enfant à tout prix*, Paris, Seuil, 1983

⁴⁷⁸ Selon une expression jurisprudentielle (*P. (F)*, c. *C. (P.)*, REJB 2005-86199 (C.S.)) relayée par M. TETRAULT, *op. cit.*, note 136, p. 1128

⁴⁷⁹ B. MOORE, *loc. cit.*, note 430, à la p. 94-97 ; M. PRATTE, *loc. cit.*, note 340, à la p. 564 ; M.-B. TAHON, *loc. cit.*, note 470, à la p. 36 ; M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 231

⁴⁸⁰ M.-B. TAHON, *loc. cit.*, note 470, à la p. 36

⁴⁸¹ Michel Tétrault estime que de façon générale : « les conjoints de fait de sexe différent se retrouvent, bien malgré eux, de plus en plus marginalisés tant par la loi que par la jurisprudence et alors qu'ils composent la majorité des couples. ». M. TETRAULT, *op. cit.*, note 136, p. 1

⁴⁸² B. MOORE, *loc. cit.*, note 430, à la p. 104-111

⁴⁸³ M. TETRAULT, *op. cit.*, note 136, p. 1165

⁴⁸⁴ M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 249-250.

⁴⁸⁵ *Id.*, p. 229

lien de filiation de l'enfant, violant le principe d'indisponibilité de la filiation et allant à l'encontre du but de stabilité du droit de la famille québécois⁴⁸⁶.

De façon générale, l'admission du projet parental d'une personne seule suppose l'admission de filiations unilinéaires, inévitables lorsque l'assistance à la procréation est médicale. Or, « [u]ne telle disposition semble contraire à toute la philosophie traditionnelle, qui tend, dans l'intérêt de l'enfant, à maximiser ses chances d'établir sa filiation à l'égard de ses deux parents. »⁴⁸⁷ Dans les cas où une femme seule décide en outre d'avoir des relations sexuelles avec un « donneur » pour concrétiser ce projet, le lien de filiation risque –dans le meilleur des cas?– d'être unilinéaire⁴⁸⁸ ou même de faire l'objet d'une « négociation » –entendez d'un conflit– entre différents intéressés. En effet, le partenaire sexuel de la mère pourra tantôt nier avoir participé à un projet parental s'il souhaite se dégager d'une paternité non désirée⁴⁸⁹, tantôt se voir refuser une paternité parce que la mère lui cache la naissance de l'enfant pendant un an⁴⁹⁰ ou parce qu'elle lui objecte qu'il a agi à titre de simple contributeur⁴⁹¹. Il pourrait également être

⁴⁸⁶ B. MOORE, *loc. cit.*, note 430, à la p. 86-96 ; M. PRATTE, *loc. cit.*, note 340, à la p. 562 ; S. PHILIPS-NOOTENS et C. LAVALLÉE, *loc. cit.*, note 472, à la p. 346 ; dans le même sens : M. TETRAULT, *op. cit.*, note 136, p. 1172

⁴⁸⁷ M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 233. Ces auteurs considèrent même que l'enfant a droit à une double filiation (p. 236), droit qui est donc violé par l'admission de projets parentaux en solitaire.

⁴⁸⁸ B. MOORE, *loc. cit.*, note 430, à la p. 94 ; M.-B. TAHON, *op. cit.*, note 13, p. 94-95

⁴⁸⁹ A titre d'illustration, voir : *F.P. c. P.C.* [2005] J.Q. No 1270, dans lequel la Cour supérieure du Québec admet que la filiation est une notion d'ordre public sur laquelle on ne doit pas transiger, mais refuse de répondre à la question de savoir si le *C.c.Q.* viole les droits de l'enfant, qui ne lui a pas été posée...

⁴⁹⁰ Le fait que le délai ne parte pas de la connaissance de la naissance pose problème à plusieurs auteurs. « Elle [l'exception] traduit l'ambivalence et l'inconfort d'un législateur qui n'ose pas totalement enfreindre le principe de l'indisponibilité des filiations. » : M. PRATTE, *loc. cit.*, note 340, à la p. 577. Voir aussi : M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 230 ; A. ROY, *loc. cit.*, note 212, à la p. 257

⁴⁹¹ M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 251 ; B. MOORE, *loc. cit.*, note 430, à la page 92, note 45. A titre d'illustration, voir : *S.G. v. L.C.* [2004] Q.J. No. 6915 et *F.P. c. P.C.*, précité, note 489. Dans la première affaire, tranchée par la Cour Supérieure du Québec, un litige opposait un donneur de sperme à un couple de femmes homosexuelles au sujet de la filiation d'un enfant conçue par insémination artisanale. La mère était une ancienne petite amie qui avait fait appel à l'homme pour avoir un enfant avec sa conjointe, laquelle était pourtant initialement opposée au projet. Le demandeur et la mère s'étaient mis d'accord avant la conception pour que le géniteur prenne une part active dans la vie de l'enfant. Le couple avait toutefois fini par lui refuser tout accès à l'enfant, en se fondant sur l'article 538.2 *C.c.Q.*, lequel prévoit, ainsi que nous l'avons vu, que le donneur de sperme n'a aucun statut par rapport à l'enfant (aucune exception ne pouvant être admise ici puisque la conception sur la base de l'article 538 puisqu'il n'y avait pas eu de rapport sexuel). La Cour supérieure s'est alors penchée sur la notion de « projet parental » et a estimé que les circonstances permettaient de conclure à l'existence d'un projet parental mais entre la mère biologique et le demandeur plutôt qu'entre les conjointes, concluant en faveur du demandeur que l'article 538 n'était pas applicable et qu'il fallait s'en remettre aux règles ordinaires de filiation par le sang. Dans la seconde affaire, c'est un litige de nature contraire qui s'est cristallisé autour de l'article 538 *C.c.Q.* Le père biologique d'un enfant conçu par relations sexuelles voulait s'en prévaloir pour nier tout lien avec l'enfant, arguant qu'il n'était pas partie au projet parental. Ici encore, la Cour a tranché selon le bon sens, pour éviter que l'application de l'article 538 ne mène à des résultats absurdes et contraires au bien de l'enfant. Elle a souligné le fait qu'il n'existe souvent pas de projet parental à la base de la conception d'un enfant, et encore moins de projet parental de procréation assistée, tel que visé par l'article 538. Dans la mesure où le père n'avait pas sciemment fait un « don de forces génétiques » et qu'il n'agissait pas à titre « d'assistant »,

recherché en paternité si la filiation est unilinéaire, et se voir imposer un lien de filiation non désiré en vertu de l'article 528.2 alinéa 2. La doctrine n'est toutefois pas unanime sur ce point⁴⁹².

De même, la partenaire de la mère biologique pourrait se voir réfuter la parenté en cas de conflit ou se la voir opposer alors qu'elle n'avait pas partagé le projet de sa conjointe. La recherche de l'intention des parties à un rapport sexuel pose d'importants problèmes pratiques tenant à l'absence d'encadrement de la procréation assistée⁴⁹³. De la même manière, et ce quel que soit le moyen de procréation utilisé, la personne inscrite comme parent à l'état civil par son conjoint marié ou en union de fait (art. 114 C.c.Q.), pourra se voir opposer une filiation en principe irréfragable (art. 539) que seule la preuve de l'absence de projet parental commun pourra détruire. « Or on sait qu'il est toujours plus difficile d'établir l'absence d'un fait »⁴⁹⁴. Ceci peut poser des problèmes d'autant plus graves aux conjoints de même sexe que « la possibilité de voir inscrite la filiation à l'égard du conjoint qui n'a pas signé l'acte ne repose plus alors sur rien de précis à l'égard de celui qui n'a pas accouché, si ce n'est une acceptation forcée et à l'avance d'un lien de filiation avec tout enfant que l'autre concevrait »⁴⁹⁵. En effet, la présomption de paternité—biologique—qui sous-tendait l'article 114 n'a plus lieu d'être⁴⁹⁶.

Les nouvelles règles admettent ainsi « la disparition de tout contrôle sur la création de certaines filiations fictives pourtant évidentes »⁴⁹⁷, contrairement au processus qui vaut en matière d'adoption. En particulier, des difficultés importantes résultent de « l'absence de réaménagements valables des règles de preuve quant à l'existence et à la date du projet parental et à la connaissance de son existence par l'auteur de la contribution »⁴⁹⁸. Les critiques suggèrent ainsi que le législateur aurait dû prévoir au moins un mécanisme de consentement écrit⁴⁹⁹.

l'arrivée de l'enfant était une surprise pour les deux parents, conséquence d'une relation sexuelle donnant lieu à une filiation par le sang ordinaire.

⁴⁹² M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 240 : pensent que la recherche en paternité contre le donneur pourrait intervenir ; *Contra* : B. MOORE, *loc. cit.*, note 430, à la page 92

⁴⁹³ B. MOORE, *loc. cit.*, note 430, à la p. 89

⁴⁹⁴ M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 244

⁴⁹⁵ *Id.*

⁴⁹⁶ *Id.*

⁴⁹⁷ *Id.*, p. 119

⁴⁹⁸ *Id.*, p. 228

⁴⁹⁹ *Id.*, p. 231 et : M. PRATTE, *loc. cit.*, note 340, à la p. 565 ; M. TETRAULT, *op. cit.*, note 136, p. 1142. Le recours à l'acte notarié a aussi été proposé : Alain ROY, « La conjointe de la mère doit-elle adopter l'enfant issu d'une procréation assistée ? », (2003) 105 R. du N., p. 119, à la p. 125. Notons qu'en pratique, le problème de la preuve se posera de façon moins aigue lorsque l'assistance est médicale, car les parents en devenir signent des documents contractuels avec le centre de procréation assistée (M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 234). Pour un exemple, voir : *J.B. c. D.J.*, [2004] R.D.F. 585 (C.S.)

Une dernière critique déplore que la majorité des familles homoparentales, soit les familles recomposées, soient en fait ignorées par les nouvelles règles sur la filiation⁵⁰⁰.

Ces critiques, bien que majoritaires, ne sont cependant pas unanimes. Ainsi, Line Chamberland conteste-t-elle la pertinence des arguments avancés à l'encontre de la loi⁵⁰¹. Concernant la précipitation, elle considère que la loi a certes été adoptée rapidement, mais qu'elle est le fruit de nombreuses années de lutte pour la reconnaissance des réalités familiales homosexuelles. « La rapidité n'a pas le même sens selon que l'on perçoive la loi 84 comme une avancée dans la reconnaissance de l'homoparentalité ou que l'on soit en désaccord avec cette nouvelle législation »⁵⁰². Elle admet qu'un changement législatif n'entraîne pas *ipso facto* des transformations au niveau des mentalités et des pratiques institutionnelles (« les pratiques discriminatoires et hétérosexistes n'ont pas disparu du jour au lendemain suite à l'adoption de la Loi 84 »⁵⁰³), mais que ces changements « facilitent l'adoption de stratégies de visibilité par les lesbiennes et gais, y compris ceux qui sont ou veulent devenir parents, dans les différentes sphères de leur vie »⁵⁰⁴. Cela tient à « la position hiérarchique de l'Etat dans le système institutionnel et à l'importance symbolique du Droit »⁵⁰⁵. Dans le même ordre d'idées, Marie-France Bureau considère la réforme comme un « espoir de renouvellement des règles hégémoniques et passéistes de la famille nucléaire hétérosexuelle comme unique modèle privilégié par le droit. »⁵⁰⁶

Concernant le problème des inégalités entre adultes, le Professeur Chamberland estime que celles-ci ne sont pas le fait de la *Loi sur l'union civile*. Elles résultent :

« d'un ensemble complexe de facteurs historiques, juridiques, économiques, sociaux et culturels qui construisent la maternité et la paternité, la féminité et la masculinité. En ouvrant la possibilité pour un couple de même sexe de devenir parent et en privilégiant le projet parental plutôt que les liens biologiques, la Loi 84 contribue à désexuer ou neutraliser l'exercice de la parentalité, et cela malgré le fait que des termes genrés (mères, pères) aient été maintenus dans l'écriture de la loi pour désigner les parents de même sexe. »⁵⁰⁷

⁵⁰⁰ A. ROY, *loc. cit.*, note 435; M.-B. TAHON, *op. cit.*, note 13, p. 125 et suiv. ; M. PRATTE, *loc. cit.*, note 340, à la p. 587, 600-603

⁵⁰¹ L. CHAMBERLAN, *loc. cit.*, note 248, à la p. 43

⁵⁰² *Id.*, à la p. 52

⁵⁰³ L. CHAMBERLAN, *loc. cit.*, note 248, à la p. 53. Notons ici que les opposants à la loi lui reprochent justement d'avoir voulu forcer des changements de mentalités qui n'étaient peut-être pas « mûrs » : M. PRATTE, *loc. cit.*, note 340, à la p. 558

⁵⁰⁴ L. CHAMBERLAN, *loc. cit.*, note 248, à la p. 53

⁵⁰⁵ *Id.*

⁵⁰⁶ M.-F. BUREAU, *loc. cit.*, note 142, à la p. 905

⁵⁰⁷ L. CHAMBERLAN, *loc. cit.*, note 248, à la p. 48

L'interdiction de la maternité de substitution notamment n'a rien à voir avec la *Loi instituant l'union civile*⁵⁰⁸.

Quant à la critique relative à la non prise en compte des familles recomposées, l'auteur estime que ce n'est pas le but de la loi d'y pourvoir⁵⁰⁹.

Marie-France Bureau défend elle aussi la *Loi instituant l'union civile* en soulignant le fait que celle-ci légitime des familles qui existent et que le droit ne peut plus ignorer⁵¹⁰. Elle considère que les critiques formulées sont des problèmes de second plan mis en balance par le gain qu'est cette avancée législative historique⁵¹¹. Au niveau de la forme, là où la plupart des auteurs voient une réforme peu démocratique et taillée pour des groupes de pression, Madame Bureau voit une réforme populaire⁵¹². Au niveau du fond, là où ceux-ci voient une confusion entre parenté et parentalité, celle-là estime précisément que l'octroi de la seule parentalité ne permettrait pas de légitimation symbolique de la famille homoparentale et accuse une « logique différentialiste »⁵¹³. Là où ceux-ci voient une rupture négative avec la tradition naturaliste de la filiation, celle-là estime que le caractère culturel de la filiation justifie la reconstruction de la notion⁵¹⁴. Enfin, là où ceux-ci critiquent la privatisation de la filiation et la violation du principe d'indisponibilité, celle-là dénonce l'intrusion de l'Etat dans les choix procréatifs des individus, s'appuyant sur toutes les libertés déjà gagnées en ce sens (contraception, avortement, etc)⁵¹⁵.

En condamnant le fait que le législateur modifie les sources du droit de la filiation au lieu de s'attacher à ses effets⁵¹⁶, la doctrine majoritaire semble toutefois préconiser, bien que dans un vocabulaire moins naturaliste, un cadre normatif plus proche de la position suisse, qui ne confondrait pas filiation et parentalité⁵¹⁷. Le Québec se calquerait toutefois plus volontiers sur le

⁵⁰⁸ *Id.*, à la p. 50. Si cette interdiction est effectivement antérieure à la *Loi instituant l'union civile*, on peut toutefois se demander, du point de vue de l'égalité, pourquoi le législateur n'a pas profité pour l'abolir. Cela se justifierait aussi du point de vue du droit fédéral, moins sévère en la matière. Sur les motivations à la base de cette interdiction : *infra*, p. 120

⁵⁰⁹ *Id.*, à la p. 49. La réponse semble un peu légère, dans la mesure où les familles recomposées constituent la grande majorité des familles homoparentales (*supra*, p. 57) !

⁵¹⁰ M.-F. BUREAU, *loc. cit.*, note 142, à la p. 905

⁵¹¹ *Id.*

⁵¹² Et ce malgré la mention, dans le même paragraphe, de l'action musclée du législateur pour faire fi de l'anxiété sociale... (M.-F. BUREAU, *loc. cit.*, note 142, à la p. 905)

⁵¹³ *Id.*, à la p. 907

⁵¹⁴ *Id.*, à la p. 909

⁵¹⁵ *Id.*, à la p. 912. Encore une fois, nous ne pouvons que relever l'inconsistance de la remarque, alors que le même auteur préconise précisément que l'Etat joue un rôle actif pour reconnaître les familles homoparentales et, surtout, pour les rendre possibles (puisque, faut-il le rappeler, elles ne peuvent exister sans une intervention extérieure au couple)...

⁵¹⁶ B. MOORE, *loc. cit.*, note 430, à la page 78 ; A. ROY, *loc. cit.*, note 435 ; M. PRATTE, *loc. cit.*, note 340, à la p. 586

⁵¹⁷ M.-B. TAHON, *loc. cit.*, note 470, à la p. 39, 42 ; A. ROY, *loc. cit.*, note 212, à la p. 260

modèle néerlandais⁵¹⁸ : ce pays propose en effet un compromis audacieux mais mieux construit puisqu'il autorise le mariage et l'adoption par des homosexuels mais ne reconnaît pas de filiation d'origine entre l'enfant et le partenaire du parent biologique. Ce dernier se voit reconnaître l'exercice de l'autorité parentale si l'enfant est né en cours de partenariat, mais l'union ne modifie pas les règles de la filiation. Ce modèle a notamment l'avantage, en instaurant des mécanismes portant sur la parentalité, de donner le temps nécessaire pour dresser des bilans avant de s'engager, éventuellement, dans une réforme plus profonde⁵¹⁹. Il a d'ailleurs été sollicité également par une partie de la doctrine suisse⁵²⁰ et pourrait constituer un point de rencontre entre les deux modèles...

Nous inspirant des opinions diverses exprimées dans la littérature, nous sommes tentée de dire en conclusion que le reproche que l'on puisse véritablement faire à la *Loi instituant l'union civile*, dont la construction est incontestablement bancal, ainsi que le reconnaissent même ses plus fervents partisans⁵²¹, est de s'être arrêtée « à mi-chemin » dans sa démarche. Il s'agirait alors, soit de respecter plus fidèlement l'essence de la filiation biologique, soit d'oser aller jusqu'au bout de l'idée qui consiste à s'en détacher en réfléchissant de façon vraiment novatrice sur la pluriparentalité⁵²². Sur ce point d'ailleurs, les auteurs semblent se rejoindre. Le Professeur Chamberland concède en effet que :

« [L]'une des limites de la Loi 84 est de maintenir le cadre de la biparentalité, ce qui implique l'effacement des contributions parentales autres, qu'elles soient de nature biologique ou sociale. Il s'agit là d'une concession au principe de la dualité parentale, conformément aux représentations traditionnelles de la famille nucléaire où le couple conjugal se confond avec le couple parental. [notre mise en évidence] »⁵²³.

Et le Professeur Tahon de relever :

« Aveugle aux réalités contemporaines, la Loi 84 a explicitement reconfirmé la paire parentale en tant que noyau de la famille stable pour la vie, comme dans le bon vieux temps. (...) L'inscription de la co-maternité dans l'ordre symbolique (québécois) passe paradoxalement par l'imitation de la famille hétérosexuelle la plus traditionnelle. L'avant-gardisme québécois est parfois bien imprévisible. »⁵²⁴

Dans le même sens enfin, le Professeur Pratte écrit :

⁵¹⁸ Voir : S. PHILIPS-NOOTENS et C. LAVALLEE, *loc. cit.*, note 472, à la p. 357 ; l'exemple est relayé par : M. PRATTE, *loc. cit.*, note 340, à la p. 589-590 et A. ROY, *loc. cit.*, note 212, à la p. 261

⁵¹⁹ A. ROY, *loc. cit.*, note 212, à la p. 265

⁵²⁰ E. COPUR, *loc. cit.*, note 339

⁵²¹ M.-F. BUREAU, *loc. cit.*, note 142, en particulier à la p. 904 et 913-915

⁵²² M.-B. TAHON, *loc. cit.*, note 470, à la p. 39

⁵²³ L. CHAMBERLAN, *loc. cit.*, note 248, à la p. 49. Dans le même sens : M.-F. BUREAU, *loc. cit.*, note 142, à la p. 913-914

⁵²⁴ M.-B. TAHON, *loc. cit.*, note 470, à la p. 41. Dans le même sens, voir : M. PRATTE, *loc. cit.*, note 340, à la p. 548 : « Mais on le remarquera, il n'est pas facile de se défaire de la tradition... Pas plus qu'il n'est possible de résister à la « tentation des amalgames », c'est-à-dire à l'envie de récupérer des notions classiques, d'utiliser certains modèles connus et de camoufler les nouveaux principes sous des règles d'application générale. » [références omises]

« Mais il [le législateur québécois] n'a pas été aussi hardi qu'il aurait pu l'être... En effet, au caractère jusqu'ici nécessairement sexué de la filiation a toujours été lié, dans notre système juridique du moins, le principe de l'exclusivité du lien parental. (...) On aurait pu croire que l'abandon de l'un des principes directeurs allait entraîner celui de l'autre. Si l'enfant peut avoir deux mères, pourquoi n'aurait-il pas aussi un père, additionnant ainsi les liens de sang et de cœur ? »⁵²⁵

Un tel raisonnement n'est pas irréaliste, comme l'a démontré une jurisprudence rendue en début de cette année par la Cour d'appel de l'Ontario⁵²⁶. Mais il est certes provocateur : il ne tient pas compte des nombreux paramètres, notamment psychologiques, dont il faut tenir compte pour le bien de l'enfant – excusez le recours à cette notion – lorsque l'on parle de filiation. Pourtant, elle illustre peut-être que le débat se perd souvent dans des sphères qui sont bien loin des premiers intéressés...

2. Filiation par adoption

Au Québec, l'adoption est également plénière (art. 577-578 *C.c.Q.*) et a l'intérêt de l'enfant pour fondement (art. 33 et 543). Une adoption ne peut en effet être prononcée que si elle est dans l'intérêt de l'enfant et si elle respecte l'ensemble des conditions prévues par la loi (art. 543 al. 1). Elle ne peut en outre confirmer une filiation déjà établie par le sang (art. 543 al. 2). Il faut que soient remplies des conditions de fond relatives aux parties (âge de l'adopté et de l'adoptant, art. 545 et 547) et aux consentements (celui des parents biologiques, art. 544 et 551-558; celui de l'adopté le cas échéant, art. 549-550 ; ou, à défaut, la déclaration d'admissibilité à l'adoption, art. 559-562) ; et des conditions relatives à la procédure judiciaire d'adoption (ordonnance de placement et jugement d'adoption, art. 566-576) pour qu'une adoption soit prononcée. Notons que, comme en Suisse, seule l'adoption tient compte de l'intérêt de l'enfant : bien que fort débattu aussi dans le cadre de la procréation assistée, le meilleur intérêt de l'enfant ne doit pas être une considération dans l'établissement de la filiation par le sang, où le contrôle de l'Etat est beaucoup plus limité⁵²⁷. Une autre convergence se retrouve dans les deux systèmes en ce qui a trait à l'adoption internationale, le Québec ayant lui aussi intégré la

⁵²⁵ M. PRATTE, *loc. cit.*, note 340, à la p. 560

⁵²⁶ Cette instance a admis le 2 janvier 2007 qu'un enfant peut avoir deux mères et un père, reconnaissant ainsi l'existence d'un triple lien de filiation ! Si ce jugement a fait l'objet d'une légitime polémique, il amène un élément supplémentaire à la réflexion sur la filiation et l'homoparentalité au Canada. Voir par exemple : Bradley BERG, « L'affaire des trois parents : Le droit de la famille du nouveau millénaire », Bulletin Blakes sur les services juridiques bénévoles, janvier 2007. [en ligne]. http://www.blakes.com/french/publications/probono/Jan2007/juridiques_benevoles.pdf (Page consultée le 20 février 2007)

⁵²⁷ M. TETRAULT, *op. cit.*, note 136, p. 1094. Il est pris en compte en amont, au niveau des choix opérés par le législateur, et en aval, dans un cadre judiciaire, au cours du processus d'administration des preuves.

Convention de La Haye dans son droit interne⁵²⁸. L'adoption de l'enfant du/de la conjoint/e est également possible (art. 555 al. 1).

Au rang des différences, on mentionnera que l'adoption au Québec est ouverte indifféremment aux personnes seules et aux couples, quel que soit leur statut juridique (art. 546 *C.c.Q.*). Pour les conjoints de fait, un minimum de trois ans de vie commune est toutefois requis (art. 555 al. 2). La formulation de l'article 546, qui parle de « personnes », sans préciser leur sexe, a longtemps laissé planer un doute quant à la possibilité pour des couples homosexuels de recourir à l'adoption⁵²⁹. La *Loi sur l'union civile* l'a définitivement levé⁵³⁰. Elle dispose d'ailleurs expressément que les rôles parentaux, là où ils sont distincts pour le père et pour la mère, sont attribués par le jugement d'adoption aux parents de même sexe lorsque aucun d'eux n'a de lien biologique avec l'enfant (art. 578.1 al. 2)⁵³¹. Dans le cas où l'un des conjoints est biologiquement lié à l'enfant, il assume le rôle parental propre à son sexe, et son conjoint celui propre à l'autre sexe (art. 578.1 al. 1). Quant au droit de connaître ses origines, il n'est pas consacré —du moins pas de façon absolue— par le droit québécois⁵³². Ceci se reflète ici dans le fait que l'adoption est à la fois plénière et gouvemée par le principe de confidentialité (art. 582 al. 1). Les exceptions au principe de confidentialité sont limitées. Des renseignements peuvent être fournis s'ils sont nécessaires pour se conformer à la loi (art. 582 al. 1)⁵³³. Les dossiers d'adoption anonymisés peuvent être divulgués à des fins d'étude, d'enseignement, de recherche ou d'enquête publique (art. 582 al. 2). Des renseignements peuvent être délivrés à l'enfant ou aux parents biologiques, mais seulement à condition que l'autre partie y ait consenti au préalable (art. 583). Si le consentement n'a pas été donné, il ne sera possible de s'en passer que

⁵²⁸ *Loi assurant la mise en œuvre de la Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale et modifiant diverses dispositions législatives en matière d'adoption*, L.Q. 2004, c. 3. A ce sujet, voir : M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 286-293 ; M. TETRAULT, *op. cit.*, note 136, p. 1222-1228

⁵²⁹ Le Code civil n'interdisait pas l'adoption par un couple de même sexe, mais l'examen des conséquences d'une telle adoption révélait un obstacle important en ce que la loi ne prévoyait pas l'établissement d'un double lien de maternité ou de paternité : M. PRATTE, *loc. cit.*, note 340, à la p. 545. Notons par ailleurs que cette formulation pourrait laisser penser que deux personnes qui ne sont pas des conjoints, par exemple des frères et sœurs, pourraient adopter, bien que la pratique québécoise fasse référence aux seuls conjoints : A. ROY, *loc. cit.*, note 212, à la p. 250, note 137). En Suisse, cet argument a été invoqué contre l'ouverture de l'adoption aux homosexuels : *Message LPart*, à la p. 1222

⁵³⁰ *Supra*, note 439 ; M. PRATTE, *loc. cit.*, note 340, à la p. 546. La *Loi instituant l'union civile* a donc clarifié l'article 546, qui lui a permis de s'insérer sans problème dans le *C.c.Q.* Notons encore que dans les cas d'adoption internationale, la nouvelle loi ne lève pas tous les obstacles pour les adoptants homosexuels, puisque la majorité des pays d'origine des enfants interdisent l'adoption par des conjoints de même sexe : A. ROY, *loc. cit.*, note 212, à la p. 252-253

⁵³¹ Pour une critique de cette distinction des rôles parentaux : *supra*, note 454

⁵³² *Infra*, p. 90 et suiv.

⁵³³ Par exemple, pour respecter l'empêchement au mariage maintenu avec les membres de la famille d'origine même après le jugement d'adoption ou pour se conformer à une obligation de porter secours : M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 284

si le défaut de renseignement risque de causer un préjudice grave à la santé de l'adopté ou de l'un de ses proches parents (art. 584). Ainsi, si un droit aux retrouvailles peut être déduit de l'article 583 *C.c.Q.*, qui est en cela plus généreux que les dispositions sur la procréation assistée⁵³⁴, ce droit est néanmoins soumis à des conditions strictes. En pratique, on dénote toutefois une tendance vers une adoption « ouverte », qui permet à l'enfant de maintenir des liens avec sa famille biologique. Si ces relations personnelles sont dans le meilleur intérêt de l'enfant et qu'elles peuvent fonctionner sans conflit, rien n'empêche en effet de les envisager sur le plan juridique⁵³⁵.

3. Conclusion

Contrairement à son homologue helvétique, le législateur québécois a instauré un système de filiation qui s'attache presque exclusivement à la réalité socio-affective. En effet, bien que la filiation socio-affective coïncide le plus souvent avec la filiation biologique, et bien que l'établissement d'un double lien de filiation soit en principe considéré comme le modèle le plus conforme au meilleur intérêt de l'enfant, l'aménagement des règles relatives à la filiation n'est qu'un reflet approximatif des lois naturelles de l'engendrement.

D'abord, la place prépondérante de la possession d'état privilégie les figures parentales qui prennent effectivement soin de l'enfant par rapport aux géniteurs dans l'attribution du lien de filiation. A ce titre, la relégation de la présomption de paternité, pourtant cardinale en Suisse, au dernier rang des modes d'établissement de la filiation est significative⁵³⁶.

Deuxièmement, l'établissement d'une filiation unilinéaire, conçu comme une exception en Suisse où elle se limite à l'adoption dans certaines circonstances très particulières, est aisé au Québec. L'adoption et la procréation assistée sont ouvertes sans restriction aux personnes seules. Le bien de l'enfant, s'il pourrait théoriquement constituer une limite à la filiation simple, se heurte en général à la liberté personnelle du parent. Pour réconcilier ce conflit de droits, le désir de descendance du parent est considéré comme un engagement garant de bien-être et d'équilibre pour l'enfant. Cette conception très volontariste de la filiation trouve son expression la plus saisissante dans la reconnaissance de la procréation amicalement assistée, dont les inconsistances législatives ont été à juste titre relevées par la doctrine. A ce sujet, il est intéressant de noter que la Suisse connaît également une forme de procréation « amicalement »

⁵³⁴ Cette différence se justifie selon Michel Tétrault par le fait que, en matière d'adoption, le spectre de recherche des parents est plus limité ; que les parents biologiques qui refusent les retrouvailles voient leur vœu respecté ; et qu'il est impossible d'établir une nouvelle filiation avec eux. Alors que, en matière de procréation assistée, la possibilité des retrouvailles découragerait les dons de gamètes : M. TETRAULT, *op. cit.*, note 136, p. 1169

⁵³⁵ M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 282-283

⁵³⁶ Sur les conséquences paradoxales de cette différence essentielle : *infra*, p. 102 et suiv.

assistée, puisque l'article 256 alinéa 3 *CC*, qui empêche le mari qui a consenti à la procréation du fait d'un tiers d'agir en désaveu, vise aussi la conception *naturelle*. Celle-ci est toutefois plus étroite, dans sa définition et dans ses effets, qu'au Québec. Il faut en effet qu'elle ait lieu au bénéfice d'un couple marié pour entraîner des effets en matière de filiation et que les consentements des parties (couple et donneur) soient clairs et, si possible, constants. Bien que l'exigence de consentement écrit ne soit prescrit par la *LPMA* que dans le cadre d'une assistance médicale, le simple consentement du mari à la relation sexuelle de sa femme avec un tiers n'est pas suffisant⁵³⁷. En outre, ni le lien de filiation établi à l'égard du mari grâce à un accord d'assistance naturelle à la procréation, ni la situation de tiers du donneur ne jouissent des protections accordées par l'article 23 *LPMA* : l'enfant pourra intenter une action en désaveu envers son père juridique et rechercher son père biologique en paternité. Ainsi, ce n'est que lorsqu'une femme seule bénéficie d'un don de sperme dans le cadre d'une procréation médicalement assistée violant les dispositions de la *LPMA* que le droit suisse consent à l'établissement d'une filiation unilinéaire. Dans ce cas en effet, le donneur ne saurait subir les conséquences de l'irrégularité et ne pourra être recherché en paternité, son intérêt primant celui de l'enfant⁵³⁸.

Troisièmement, la reconnaissance de la filiation homoparentale fait fi de la polarité des sexes. En allant jusqu'à consacrer la possibilité d'établir non seulement un lien de filiation adoptive, mais également une filiation d'origine avec deux mères ou avec deux pères, la préférence avérée du droit québécois pour la filiation sociale semble atteindre son point culminant. Pourtant, la rupture n'est pas entièrement consommée, puisque les modifications apportées par la *Loi instituant l'union civile* relèvent d'avantage d'un aménagement des règles existantes que d'une véritable révolution. En effet, si le régime ordinaire d'établissement de la filiation au Québec constitue indéniablement un préalable favorable à l'avènement de la filiation homoparentale, il semble être également une limite à l'innovation, laquelle se calque paradoxalement sur une nature qu'elle se défend d'imiter.

Enfin, les solutions apportées à la question de la connaissance des origines vont dans le sens d'un effacement des origines biologiques. Si un droit aux retrouvailles est reconnu à l'enfant adopté dans des conditions relativement strictes, l'enfant issu d'une procréation assistée se voit dénier cette possibilité, quand bien même il serait le fruit d'une relation sexuelle.

⁵³⁷ ATF 82 II 179, JT 1957 I 528

⁵³⁸ Joëlle DRUEY, « La procréation médicalement assistée », dans Laurent MOREILLON et al. (éd.), *Aspects pénaux du droit du vivant*, Bâle, Genève et Bruxelles, Helbing & Lichtenhahn et Bruylant, 2004, p. 37, à la p. 44

En conclusion, le choix du législateur québécois d'accorder prépondérance à l'aspect social de la filiation représente une donnée culturelle qui, pas plus qu'une autre, ne saurait être jugée dans l'abstrait. Toutefois, il a quelque peu perdu de la consistance dont il jouissait depuis l'introduction de la *Loi instituant l'union civile*. Les critiques formulées par la majorité de la doctrine quant aux défauts de conception de ce texte nous semblent fondées ; l'idée, par ailleurs méritante, de reconnaître les familles homoparentales existantes a été totalement éclipsée par la réforme, qui s'est concentrée sur la création de filiations nouvelles, en particulier grâce à la procréation assistée. Le confinement peu imaginatif du législateur aux outils traditionnels de la filiation d'origine a introduit d'importantes incohérences légales. Poussée à son paroxysme, la conception volontariste de la filiation s'échoue dans l'écueil de l'individualisation du statut public. Or, la mauvaise facture de ces dispositions devient désastreuse au regard du régime de la preuve, modifié en profondeur la même année.

III- La preuve de la filiation et la problématique des tests d'ADN

« [S]i performants que soient les moyens de preuve désormais disponibles pour atteindre la vérité objective de la filiation, l'établissement légal de celle-ci fera toujours, envers et contre tout, l'objet de choix fondamentaux quant aux éléments qui doivent servir de base à la parenté en fonction de valeurs et d'intérêts jugés prépondérants selon les temps et les lieux. (...) »

Paradoxalement, la difficulté semble résider moins dans le choix de la filiation « la plus certaine », désormais scientifiquement accessible, que dans celui de la filiation « la plus souhaitable » en droit, en particulier pour l'enfant, et dans le poids respectif à accorder à l'objectif et au subjectif dans un monde où les affects ont surinvesti toutes les dimensions de la vie familiale, tandis que la science permet, tour à tour, en fonction des désirs, de dévoiler la vérité « naturelle » ou de tricher avec elle. »⁵³⁹

Dans le domaine de l'établissement de la filiation, la problématique des tests d'ADN est sensiblement différente, pour ne pas dire antagoniste, de celle de la procréation assistée⁵⁴⁰. Elle touche en effet le plus souvent des situations où le lien de filiation avec l'enfant n'est pas voulu et est établi, faute de mieux, grâce à l'élément biologique, le seul à même de rattacher l'enfant à un deuxième parent⁵⁴¹. Dans le cadre de la procréation assistée au contraire, le père (ou le co-parent homosexuel) qui n'est pas aussi le parent génétique, va chercher à se distancer de la réalité biologique pour pouvoir construire avec l'enfant un lien de filiation désiré. De cette première différence découle la seconde : lorsque sont en jeu des expertises d'ADN, l'enfant a

⁵³⁹ M.-Th. MEULDERS-KLEIN, *loc. cit.*, note 129, à la p. 423

⁵⁴⁰ « Le raisonnement est à l'opposé. Précisément tout le débat sur les procréations assistées s'est ancré dans l'affirmation que la filiation ne pouvait se réduire à l'engendrement (...) ». Claire NERINCK, « Désaveu et contestation de la paternité », dans L. KHAÏAT (dir.), *op. cit.*, note 3, p. 191, à la p. 198. Voir aussi : M. GIROUX, *loc. cit.*, note 134, à la p. 867-868. Cet auteur souligne que les tests d'ADN participent d'un engouement pour la vérité biologique, alors que, paradoxalement, les techniques de procréation assistée forcent à considérer d'avantage le lien social dans l'établissement de la filiation.

⁵⁴¹ Nous prenons pour acquis ici que le lien de filiation avec la mère est établi. La problématique des tests d'ADN vise en effet uniquement la filiation paternelle. Nous avons vu qu'en Suisse comme au Québec, la filiation maternelle est claquée sur un fait *biologique* : l'accouchement.

généralement été conçu de façon naturelle, voire « accidentelle », alors que la procréation assistée relève d'un processus technique minutieusement préparé, ou, à tout le moins, prémédité⁵⁴². Sans nous avancer trop avant dans l'examen de l'influence des tests d'ADN sur le droit de la filiation, nous ne pouvons néanmoins passer à côté de cette question, qui, bien que distincte, est intimement liée au sujet qui nous occupe⁵⁴³. L'examen de la place accordée à l'expertise d'ADN en Suisse et au Québec nous permettra en effet de mettre plus largement en perspective l'importance de l'élément biologique de la filiation dans chaque système normatif, ainsi que le rôle joué par les droits fondamentaux dans ce cadre.

On pourrait légitimement s'attendre à ce que les normes et la pratique judiciaire⁵⁴⁴ en matière de tests d'ADN reflètent les valeurs sous-jacentes qui président aux choix législatifs opérés en matière de procréation assistée. Or, tel n'est qu'imparfaitement le cas. Si l'on schématise, on peut constater que le recours aux tests d'ADN est accordé de façon plus restrictive au Québec, où l'aspect socio-affectif de la filiation est privilégié, alors qu'il est systématiquement mis à contribution en Suisse, où la vérité biologique relève d'une grande importance. Pourtant la complexité du nouveau droit de la filiation québécois tend à contredire ce postulat : l'adoption, en 2002, de la *Loi modifiant le Code civil* rompt avec la tradition du Québec en matière de filiation. En facilitant le recours à l'expertise d'ADN, le législateur semble en effet succomber à la tentation pourtant maintes fois décriée de la « vérité » biologique, à l'heure même où, en reconnaissant la parentalité homosexuelle, il établit une filiation si fondamentalement coupée de la biologie qu'elle ne s'en tient même plus à sa vraisemblance⁵⁴⁵. Ainsi, la filiation des enfants issus d'une procréation assistée se détache définitivement de la vérité biologique au moment même où la filiation par le sang, dans un élan contraire, cède à son appel. Reste à déterminer si ces mouvements contraires peuvent coexister, dans une flexibilité casuistique poussée à son paroxysme, ou si la filiation se doit d'être indivisible, si ce n'est dans ses expressions, du moins dans ses principes.

⁵⁴² Nous référons ici à la procréation assistée dans le cadre de relations sexuelles, que le Québec reconnaît comme assistance à la procréation (art. 538 *C.c.Q.*). Dans ce cadre, il se peut que le peu de « technicité » de la méthode ne requière pas des préparatifs démesurés, mais l'exigence que le « donneur » sache qu'il agit en cette qualité implique forcément un « projet parental » préalable à la conception. A ce sujet : les deux jurisprudences précitées, note 491

⁵⁴³ Ceci est d'autant plus vrai depuis les changements législatifs importants apportés en 2002 : il nous semble aujourd'hui impossible de « démêler » le droit québécois de la filiation sans en avoir une vision complète.

⁵⁴⁴ Nous ne nous intéresserons pas à la pratique extrajudiciaire : notre but est ici de relever les valeurs qui sous-tendent le droit de la filiation et non de nous livrer à une analyse de l'offre et de la demande privées en matière de tests d'ADN et de l'implication de la pratique privée sur l'institution de la filiation.

⁵⁴⁵ *Supra*, ce qui a été dit au sujet de la *Loi instituant l'union civile*. Cette séparation nette entre la filiation par le sang et la filiation résultant d'une procréation assistée n'est toutefois pas forcément considérée comme problématique (« Il faut dire que dans les contextes particuliers de la procréation assistée et de l'adoption, cela peut se justifier. » : M. GIROUX, *loc. cit.*, note 134, à la p. 868, note 10)

A) Place de la preuve d'ADN

«[Le système de tradition romaniste], dont le droit québécois s'inspire, est fondé sur le principe de la reconnaissance volontaire de la filiation. Quant au système germanique, il se démarque notablement de la pensée romaniste dans la mesure où sa philosophie est basée sur le principe de la descendance. Dans cette perspective, le lien du sang joue un rôle primordial dans la détermination judiciaire du lien de filiation.»⁵⁴⁶

1. En Suisse⁵⁴⁷

La Suisse suit aujourd'hui la tendance germanique, mais il n'en a pas toujours été ainsi. Historiquement, elle a en effet subi diverses influences⁵⁴⁸ et, au siècle dernier, l'admission de la preuve par expertise n'est pas allée sans résistance. C'est en 1933 que le Tribunal fédéral fut saisi pour la première fois de cette question. Il jugea alors que l'expertise sanguine ne constituait pas un procédé suffisamment fiable pour que son refus par une instance cantonale soit considéré comme une violation du droit de preuve fédéral⁵⁴⁹. Peu après, il revint cependant sur sa position et concéda le droit de requérir une telle expertise à un défendeur dans une action en recherche de paternité⁵⁵⁰. Ce droit fut étendu aux autres actions en filiation par la suite, mais il fut conditionné à l'existence d'une disposition cantonale en ce sens, laquelle faisait souvent défaut⁵⁵¹. On constate ainsi que l'admission de la preuve par expertise constituait à l'origine un pas important pour l'égalité des enfants : elle fut d'ailleurs consacrée dans le droit fédéral en même temps que l'unité de la filiation⁵⁵². Lorsqu'elle était susceptible de mettre en danger la filiation fondée sur le mariage, elle était toutefois tenue en respect⁵⁵³.

Depuis la réforme de la filiation en 1976, la Suisse accorde pourtant une place de choix à la filiation biologique. Hormis le cas de l'adoption, où l'aspect biologique de la filiation fait défaut par essence, seul la présomption de paternité découlant du mariage permet en effet d'écarter durablement la préséance du lien de sang dans l'établissement de la filiation. Partant, les

⁵⁴⁶ A. OBADIA, *loc. cit.*, note 118, à la p.496. Voir aussi: M.-Th. MEULDERS-KLEIN, *loc. cit.*, note 129, à la p. 399 et suiv. Notons que les observations faites dans ce dernier texte au sujet du droit allemand valent presque *mutatis mutandis* pour le droit suisse.

⁵⁴⁷ Pour un rapide exemple pratique, voir : R. LA HARPE, S. BURKHARDT, D. FIORE et D. BERTRAND, « Recherche en paternité : aspects légaux », dans D. BERTRAND et al., *op.cit.*, note 116, p. 386

⁵⁴⁸ Les régions qui constituent la Suisse d'aujourd'hui ont été diversement imprégnées par le droit romain et le droit germanique. La place accordée à la volonté hors mariage est un exemple de ces différences : la reconnaissance était inconnue du droit romain, mais avait cours dans des régions de coutume germanique. C'est l'influence de l'Eglise qui unifia la conception suisse de la filiation, en la cristallisant autour du mariage : M. MANDOFIA BERNEY, *op. cit.*, note 10, p. 20-21 ; voir aussi : E. GLASSON, *op. cit.*, note 153, p. 114-118

⁵⁴⁹ ATF 59 II 339

⁵⁵⁰ ATF 61 II 72, JT 1936 241

⁵⁵¹ Pour l'action en contestation de reconnaissance : ATF 66 II 79 ; pour l'action en désaveu : ATF 71 II 54, JT 1945 I 546 ; pour la démonstration positive de paternité : ATF 96 II 317. Voir aussi: ATF 109 II 291, JT 1985 177 et M. MANDOFIA BERNEY, *op. cit.*, note 10, p. 24-25

⁵⁵² *Supra*, p. 26 et suiv., en particulier p. 32

⁵⁵³ *Infra*, p. 102 et suiv.

progrès scientifiques dans le domaine de la génétique ont entraîné le recours de plus en plus fréquent aux expertises d'ADN⁵⁵⁴.

2. Au Québec

Bien que la réforme du *Code civil du Bas-Canada* de 1980 soit souvent perçue comme le début d'un mouvement tendant vers une conception « biologisante » de la filiation⁵⁵⁵, on peut affirmer que la vérité biologique ne se voyait pas accorder une place de choix au Québec avant 2002⁵⁵⁶. Dans un article paru en 2000, l'avocate Alexandra Obadia mentionnait plusieurs éléments illustrant la préséance de la vérité socio-affective de la filiation : l'absence de toute mention spécifique à l'expertise d'ADN dans le *Code civil du Québec* malgré l'occasion offerte en ce sens par la réforme de 1991 ; la présomption irréfragable de paternité existant lorsque la filiation est établie par un titre et une possession constante d'état concordants⁵⁵⁷ ; et les dispositions relatives à la procréation assistée, qui empêchent de réclamer ou de contester la filiation de l'enfant né de ces techniques. Me Obadia admettait que plusieurs dispositions semblaient s'attacher d'avantage à l'élément biologique de la filiation et permettaient de soutenir une interprétation contraire. Tel était le cas de la prescription trentenaire qui régit l'établissement de la filiation ; de l'article 533 *C.c.Q.* qui permet d'introduire tout moyen de preuve pour établir la filiation –y compris une preuve d'ADN– ; de la disparition du caractère absolu de la présomption de paternité existant à l'encontre du mari de la mère⁵⁵⁸ ; et du titre « filiation par le sang » qui coiffe les dispositions traitant de la filiation depuis la réforme de 1980⁵⁵⁹. Ces éléments ne faisaient cependant pas obstacle à l'affirmation selon laquelle le droit québécois s'attachait de façon prépondérante à la vérité socio-affective⁵⁶⁰.

Nous verrons en examinant le traitement de la preuve d'ADN⁵⁶¹ que cette structure normative a été mise à mal par la *Loi modifiant le Code civil*. La possibilité pour les tribunaux d'ordonner les prélèvements d'ADN nécessaires pour établir ou contester la filiation a en effet fortement

⁵⁵⁴ P. MEIER et M. STETTLER, *op. cit.*, note 10, p. 67-68

⁵⁵⁵ Cela tient à la diminution de l'importance du mariage dans l'établissement de la filiation, entraînant la prépondérance des liens biologiques sur des présomptions légales (M. GIROUX, *loc. cit.*, note 134, à la p. 892-893 ; M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 187) et aux changements relatifs aux actions d'état : extension des titulaires de recours, des délais de prescription et des preuves admissibles (Claire BERNARD et Catherine CHOQUETTE, « Les incidences de l'identification génétique sur le droit de la filiation québécois », dans C. HENNAU-HUBLET et B.M. KNOPPERS (dir.), *op. cit.*, note 129, p. 353, à la p. 363, 364 et 366)

⁵⁵⁶ A. OBADIA, *loc. cit.*, note 118, à la p. 494 ; C. BERNARD et C. CHOQUETTE, *loc. cit.*, note 555, p. 353

⁵⁵⁷ A. OBADIA, *loc. cit.*, note 118, à la p. 495

⁵⁵⁸ Toujours en vigueur en Suisse : *supra*, p. 46-47

⁵⁵⁹ A. OBADIA, *loc. cit.*, note 118, à la p. 495

⁵⁶⁰ *Id.*, à la p. 495-496

⁵⁶¹ *Infra*, p. 92 et suiv.

favorisé la prépondérance de l'élément biologique de la filiation, atténuant les différences que l'on pouvait observer entre la Suisse et le Québec.

Suivant la perspective comparatiste qui est la nôtre, nous croyons néanmoins que le Québec demeure emblématique d'une vision « culturaliste »⁵⁶² de la filiation, du moins dans ses intentions⁵⁶³. Le recours au test d'ADN y est encore considéré avec une certaine retenue et, s'il tend à se généraliser, cette évolution est surveillée avec une certaine prudence⁵⁶⁴, comme en témoigne l'extrait suivant :

« [Une] décision montre bien l'effet très puissant des tests d'ADN. Lorsqu'ils ont été effectués, il devient très difficile pour les tribunaux de résister à les utiliser. Les tribunaux doivent être vigilants lorsqu'ils ont à juger ce genre de demande pour ne pas donner au test d'ADN plus de poids que les règles en place ne le permettent. (...) Malgré l'existence de ces règles et la jurisprudence majoritaire en respectant l'esprit, on peut se demander pour combien de temps encore tout cela va tenir. » [nous soulignons]⁵⁶⁵

Quant aux dispositions introduites par la *Loi instituant l'union civile*, elles sont ancrées dans une conception largement psychosociale de la filiation. Elles sont fidèles à la tradition romaniste sur laquelle repose le droit québécois. Leur juxtaposition avec les innovations de la *Loi modifiant le Code civil* peuvent toutefois donner lieu à des situations difficiles à trancher : *quid* par exemple lorsqu'un père biologique se réclame d'une preuve d'ADN pour contrecarrer une filiation bi-maternelle, qui est manifestement non conforme à la vérité biologique ? On risque de se trouver face à des cas-limites, où s'affronteront la réalité psychosociale et une survivance, sans doute difficilement évitable, de la vérité biologique⁵⁶⁶. On constate ainsi que, si une approche nuancée de la filiation peut sembler souhaitable pour préserver des liens d'affection plus précieux que la vérité brute de la chaire⁵⁶⁷, elle peut également aboutir à des conflits d'intérêt nécessitant un véritable travail d'arbitrage. Dans ce cadre, l'interprétation québécoise de l'intérêt de l'enfant peut s'avérer problématique : en reconnaissant que chaque enfant a une histoire unique, elle cherche à offrir des solutions aussi adaptées que possible. Toutefois, elle ne permet peut-être pas de définir de façon prévisible les référents parentaux et risque de tomber dans l'insécurité juridique et l'arbitraire. Nous verrons d'ailleurs que, dans le cadre des expertises d'ADN, l'interprétation de l'intérêt de l'enfant a été sujette à des modifications discutables alors que, dans le cadre de la procréation assistée, cette notion est parfois considérée comme un prétexte pour tailler des solutions à la carte pour les parents –

⁵⁶² Par opposition à la vision suisse « naturaliste » de la filiation.

⁵⁶³ *Infra*, le paradoxe mis à jour p. 102 et suiv.

⁵⁶⁴ *Infra*, p. 94 et suiv.

⁵⁶⁵ M. GIROUX, *loc. cit.*, note 134, à la p. 898, note 141

⁵⁶⁶ *Supra*, les jurisprudences précitées, note 491

⁵⁶⁷ Pierre Legendre parlait à ce propos d'une « conception bouchère de la filiation ». Cité par : C. NERINCK, *loc. cit.*, note 540, à la p. 201

qu'ils souhaitent à tout prix le devenir ou qu'ils refusent d'assumer ce rôle auprès d'un enfant non désiré. L'attachement à la réalité socio-affective de la filiation paraît sain, dans la mesure où il assure stabilité à l'enfant en évitant de remettre en question à tout moment ses liens de filiation⁵⁶⁸. Pourtant, il pourrait s'avérer aussi dogmatique et dangereux qu'un attachement aveugle à la vérité biologique.

B) Traitement de la preuve d'ADN

La place accordée à la vérité biologique et à l'expertise d'ADN permettant de la découvrir dans un système juridique se reflètent généralement dans le traitement de la preuve d'ADN dans les procès en filiation. Le pouvoir du juge d'ordonner un test, ainsi que la recevabilité au procès et le poids accordé à la preuve d'ADN dans ce cadre seront fonction de cette « préférence » pour la vérité socio-affective ou la vérité biologique⁵⁶⁹.

1. Recevabilité

Il est généralement admis que les critères de recevabilité de la preuve d'ADN sont les suivants : celle-ci doit être fiable⁵⁷⁰, utile⁵⁷¹ et avoir été obtenue légalement⁵⁷². Ces critères sont à tout le moins à même de guider l'examen du droit suisse comme du droit québécois.

1.1 En Suisse

En Suisse, les procédures relatives à l'établissement de la filiation sont gouvernées par le principe inquisitoire et la maxime d'office : le juge est maître de l'objet du procès et de l'apport des preuves⁵⁷³. Il examine les faits d'office et apprécie librement les preuves (art. 254 ch. 1 CC). Il devra donc se forger une conviction sur la base d'une preuve par indices⁵⁷⁴.

Le critère de fiabilité ne pose pas véritablement de problème. Il faut en effet que la technique offre une « probabilité confinant à la certitude », seuil qui est réputé assuré par un pourcentage de certitude de 99,73%⁵⁷⁵.

⁵⁶⁸ A. OBADIA, *loc. cit.*, note 118, à la p. 520-521. Sur ce point, la pratique n'a pas changé: M. TETRAULT, *op. cit.*, note 136, p. 1113-1114

⁵⁶⁹ A. OBADIA, *loc. cit.*, note 118, à la p. 497, 503, 508. A ce sujet, voir : Bartha Maria KNOPPERS, Marie-Angèle GRIMAUD, Catherine CHOQUETTE et Sonia LEBRIS, « Les tests génétiques à des fins d'identification », dans Institut suisse de droit comparé, *Analyse génétique humaine et protection de la personnalité*, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1994, p. 57, à la p. 84-88

⁵⁷⁰ Sur le critère de fiabilité de la preuve d'ADN, voir : B.M. KNOPPERS, M.-A. GRIMAUD, C. CHOQUETTE et S. LEBRIS, *loc. cit.*, note 569, à la p. 80-81

⁵⁷¹ Cela signifie notamment qu'elle doit respecter les règles de filiation existantes: *id.*, à la p. 81-84

⁵⁷² A. OBADIA, *loc. cit.*, note 118, à la p. 502. De façon générale, l'article 2858 C.c.Q. limite la recevabilité des preuves en matière civile : toute preuve obtenue en violation de droits et libertés fondamentaux ou dont l'utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice doit être rejetée par le tribunal.

⁵⁷³ P. MEIER et M. STETTLER, *op. cit.*, note 10, p. 88

⁵⁷⁴ *Id.*, p. 70

⁵⁷⁵ *Id.*, p. 82, note 309

Le critère d'utilité ressort du fait que la preuve d'ADN n'est admise que si les autres moyens de preuve pertinents n'ont pu donner satisfaction. Dans le cadre d'une action en paternité, la preuve d'ADN peut être apportée dans les cas où la présomption de paternité née de la cohabitation avec la mère ne peut être établie. En effet, la paternité devrait être établie au premier chef sur foi de la preuve que la mère de l'enfant a entretenu des relations sexuelles pouvant entraîner une fécondation avec le père putatif au cours de la période de conception déterminante, à savoir entre le début du 300^{ème} jour et la fin du 180^{ème} jour qui précèdent la naissance accomplie de l'enfant (art. 262 al. 1 CC). Hors de cette période, la présomption pourra être établie s'il est prouvé que la conception a effectivement eu lieu avant le 300^{ème} jour ou après le 180^{ème} jour qui précèdent la naissance et qu'il y a eu cohabitation entre la mère et le père putatif à cette époque (art. 262 al. 2). L'époque de la conception ne pourra être déterminée que par une expertise sur la durée de la grossesse ou par une expertise gynécologique, dont les résultats sont approximatifs : « Aussi, et sous peine de vider l'art. 262, al. 2 de son sens, le juge devra-t-il se contenter d'un degré élevé de probabilité sans exiger que celle-ci confine à la certitude. »⁵⁷⁶ Si la preuve de la cohabitation ne peut être faite, un deuxième mode de preuve consiste à démontrer que la paternité du défendeur est exclue ou moins vraisemblable que celle d'un tiers (art. 262 al. 3). La preuve d'une paternité exclue doit confiner à la certitude⁵⁷⁷, alors que celle d'une paternité moins vraisemblable doit précisément s'en tenir à la vraisemblance : il suffira de démontrer qu'il y a de fortes probabilités qu'un autre homme ait cohabité avec la mère pendant la période déterminante⁵⁷⁸. La preuve d'ADN est le troisième mode de preuve : elle n'intervient que si la paternité n'a pu être établie grâce à la présomption liée à une cohabitation. Toutefois :

« Au vu des garanties fournies aujourd'hui par les expertises, le juge ne devrait pas fixer des exigences trop élevées pour admettre *la probabilité d'une cohabitation plurale*, prémisses sans laquelle le défendeur ne pourra tenter d'apporter *la démonstration scientifique que sa paternité est moins vraisemblable* que celle du ou des tiers également concernés. »⁵⁷⁹

Le recours à la preuve d'ADN est donc facilité : bien qu'il s'agisse du dernier mode de preuve, il suffit pour que l'expertise d'ADN soit accordée que la cohabitation plurale soit vraisemblable ou que la paternité d'un tiers semble plausible par un autre moyen. Comme pour l'exclusion de

⁵⁷⁶ *Id.*, p. 69

⁵⁷⁷ Par exemple : le défendeur a subi une vasectomie avant la conception.

⁵⁷⁸ P. MEIER et M. STETTLER, *op. cit.*, note 10, p. 70

⁵⁷⁹ *Id.*, p. 70-71

la paternité, la preuve directe de paternité sort du champ des présomptions et exige un degré de probabilité confinant à la certitude⁵⁸⁰, ce que les tests d'ADN permettent⁵⁸¹.

Pour ce qui est de la légalité, elle se mesure surtout à l'aune du consentement de la personne soumise à l'expertise d'ADN. Celui-ci n'est pas exigé pour que la preuve soit recevable, mais il est fortement « encouragé ». Tant les parties que les tiers sont tenus de collaborer à l'expertise, sauf dans les cas où cela pourrait représenter un danger pour leur santé (art. 254 ch. 2 CC)⁵⁸². Les tiers concernés ici sont les hommes qui pourraient être des pères putatifs mais qui ne sont pas parties à l'action, ainsi que des membres de la parenté dont le patrimoine génétique pourrait combler des lacunes de l'expertise⁵⁸³. Un homme dont la paternité semble invraisemblable ne peut en revanche être contraint à se soumettre à l'expertise. Si le juge ne peut contraindre un intéressé à se soumettre au test, il peut le menacer d'une amende ou d'une peine pénale⁵⁸⁴. Le récalcitrant peut en outre répondre des dommages civils causés par son refus⁵⁸⁵. Une indemnité pour tort moral pourrait aussi lui être réclamée⁵⁸⁶.

1.2 Au Québec

En matière d'établissement comme de contestation de la filiation, la preuve peut se faire par tous les moyens : c'est ce qui ressort des articles 531 (contestation d'une filiation établie mais contestable), 533 (action en établissement de la filiation), et 535 (opposition à une action en filiation ou renversement de la présomption attachée au mariage et à l'union civile) *C.c.Q.*⁵⁸⁷. Toutefois, dans la mesure où l'article 535.1 permet aujourd'hui à un tribunal d'ordonner un test d'ADN, l'empreinte génétique risque de supplanter les autres moyens de preuve⁵⁸⁸. Cette

⁵⁸⁰ *Id.*, p. 72

⁵⁸¹ Dans la mesure où l'empreinte génétique offre un degré de certitude d'au moins 99,8%, elle répond toujours à l'exigence de fiabilité. *Supra*, p. 22

⁵⁸² Un refus fondé sur des motifs d'ordre confessionnel notamment n'est pas admis. Les exceptions fondées sur le droit à la santé sont par ailleurs extrêmement rares, pour ne pas dire inexistantes, contrairement à ce qui prévalait pour les expertises sérologiques. En effet, selon le Tribunal fédéral (notamment ATF 112 Ia 248/JT 1988 I 41 et ATF 124 I 80/JT 2000 IV 24), une prise de sang ne constitue qu'une légère atteinte à la liberté et l'art. 254 ch. 2 CC constitue une base légale suffisante pour pouvoir ordonner une prise de sang dans le cadre d'une action en paternité. Partant, l'analyse d'ADN est encore moins problématique puisqu'un simple frottis dans la bouche suffit à prélever les cellules nécessaires.

⁵⁸³ P. MEIER et M. STETTLER, *op. cit.*, note 10, p. 86

⁵⁸⁴ *Code pénal suisse du 21 décembre 1937*, RS 311.0, art. 292. Voir : P. MEIER et M. STETTLER, *op. cit.*, note 10, p. 87-88

⁵⁸⁵ Il faudra néanmoins réunir les conditions d'application de l'article 41 du *Code des obligations (Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations)*, RS 220), ce qui ne sera pas forcément évident : P. MEIER et M. STETTLER, *op. cit.*, note 10, p. 88. Le législateur n'a pas jugé utile d'introduire une sanction spécifique, préférant s'en remettre aux sanctions générales des droits civil et pénal : M. MANDOFIA BERNEY, *op. cit.*, note 10, p. 42

⁵⁸⁶ P. MEIER et M. STETTLER, *op. cit.*, note 10, p. 88

⁵⁸⁷ M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 218

⁵⁸⁸ Selon Michel Tétrault, «[l]e test d'ADN reste le mode de preuve par excellence de par sa fiabilité scientifique ». M. TETRAULT, *op. cit.*, note 136, p. 1110. Que de chemin parcouru en 5 ans si l'on pense au portrait de la preuve d'ADN dressé par Alexandra Obadia ! Mentionnons en outre que l'article 535.1

disposition mitige en effet une tradition que l'on croyait solidement ancrée dans les représentations québécoises de la filiation⁵⁸⁹. L'article 535.1 alinéa 1 exige cependant que l'ordonnance de prélèvement intervienne dans le cadre d'une action relative à la filiation. Cette condition limite le recours à l'empreinte génétique, qui ne sera pas recevable lorsque le titre et la possession d'état rendent la filiation incontestable.

« En pareilles circonstances, tant et aussi longtemps qu'un procès n'aura pas permis d'éclaircir la question de la possession d'état, il ne serait certes pas indiqué d'imposer une expertise par analyse d'ADN, dont le résultat pourrait être à la fois vrai dans les faits, parce qu'il est incontournable sur le plan scientifique, mais faux en droit parce qu'il est contraire à une présomption légale irréfragable. »⁵⁹⁰

Déjà avant 2002, les tribunaux québécois admettaient d'office la fiabilité de la preuve d'ADN. Les résultats des expertises soumises en matière familiale ne sont jamais mis en doute sur la base du critère de fiabilité⁵⁹¹, qui ne pose ainsi traditionnellement pas plus problème qu'en Suisse, même s'il est défini différemment. Le critère d'utilité était plus important : avant 2002, l'utilité d'un test d'ADN n'était pas admise si la filiation n'était pas contestée ou si elle avait déjà été prouvée par d'autres moyens de preuve⁵⁹². Ce critère répondait donc à une définition analogue à celle du législateur suisse, mais l'interprétation du principe était moins large. Aujourd'hui, l'utilité n'a rien perdu de sa portée : elle constitue même le garde-fou essentiel du respect de la présomption irréfragable de l'article 530 C.c.Q. Même si cette condition ne figure pas expressément dans le *Code civil du Québec*, il faut en effet un intérêt juridiquement valable pour qu'une ordonnance de prélèvement à des fins d'expertise d'ADN soit accordée. Or si la filiation de l'enfant est légalement incontestable, il est impossible d'obtenir une telle ordonnance⁵⁹³. Cette exigence expliquerait que l'article 535.1 alinéa 2 dispose que le tribunal ne peut rendre une telle ordonnance que s'il y a commencement de preuve de la filiation ou si les présomptions ou indices résultant de faits déjà clairement établis sont assez graves pour la justifier⁵⁹⁴. Tranchant avec l'interprétation jurisprudentielle traditionnelle⁵⁹⁵, il exige ainsi que le tribunal analyse l'ensemble des éléments de preuve à sa disposition *avant* d'ordonner le

C.c.Q. ne permet pas d'imposer un prélèvement aux fins d'analyse sanguines : son champ d'application est strictement limité aux tests d'ADN (M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 221)

⁵⁸⁹ Voir la situation passée présentée par : A. OBADIA, *loc. cit.*, note 118, à la p. 498-499. Deux ans plus tard, Michelle Giroux rendait déjà compte d'un « revirement important » : M. GIROUX, *loc. cit.*, note 134, à la p. 869

⁵⁹⁰ M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 220

⁵⁹¹ A. OBADIA, *loc. cit.*, note 118, à la p. 503-504

⁵⁹² *Id.*, à la p. 505

⁵⁹³ M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 220

⁵⁹⁴ Constituent des présomptions ou indices graves, par exemple : l'admission par le père putatif de relations sexuelles avec la mère ou son comportement à l'égard de l'enfant : M. TETRAULT, *op. cit.*, note 136, p. 1111

⁵⁹⁵ Voir : M. GIROUX, *loc. cit.*, note 134

prélèvement et non à la fin du procès⁵⁹⁶. Bien que tous les moyens de preuve soient en principe égaux, le législateur semble ainsi préconiser une utilisation mesurée de la preuve d'ADN, dont la « supériorité de fait » pourrait s'avérer problématique.

Pour ce qui est de la légalité enfin, sa portée s'est fondamentalement modifiée en 2002. Avant l'introduction de la *Loi modifiant le Code civil*, le consentement de l'intéressé au prélèvement avait une importance de principe bien plus considérable qu'en Suisse⁵⁹⁷. La preuve devait avoir été obtenue dans le respect des droits fondamentaux. Un test effectué contre le gré de l'intéressé était irrecevable. Partant, le refus ne pouvait constituer une preuve indirecte déterminante de la filiation que s'il n'était pas justifié ou raisonnable ou s'il avait pour but d'éviter une preuve incriminante. Une inférence négative ne pouvait être tirée d'un refus fondé sur le fait que la présomption de paternité n'avait pas été renversée, d'un refus donné par le représentant légal dans l'exercice d'un droit fondamental, ou d'un refus motivé par la peur de contracter le SIDA ou par des croyances religieuses. Le refus était seulement considéré comme un élément de preuve parmi d'autres. Aujourd'hui, les droits fondamentaux constituent une limite moins intransigeante à la preuve d'ADN. La légalité est respectée tant qu'une violation des droits fondamentaux entre dans le cadre de l'article 535.1 *C.c.Q.* L'alinéa 4 de ce même article prévoit par ailleurs que le tribunal peut tirer une présomption négative d'un refus injustifié de se soumettre à l'ordonnance⁵⁹⁸. Le tribunal ne peut donc pas contraindre l'intéressé et l'irrecevabilité d'une preuve obtenue contre le consentement de celui-ci demeure. Toutefois, il dispose d'un levier incitatif bien plus efficace que par le passé. Partant, on peut se demander : « que reste-t-il alors de la notion de consentement comme instrument de protection de l'inviolabilité de la personne, dès lors que la liberté est viciée par une certaine forme de contrainte morale ? »⁵⁹⁹.

2. Force probante

Une fois que la recevabilité de la preuve d'ADN est admise, il faut encore en évaluer la force probante⁶⁰⁰.

⁵⁹⁶ M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 220-221. Concernant la pertinence de cette réserve et la prudence de la jurisprudence majoritaire à ce propos, voir : M. GIROUX, *loc. cit.*, note 134, à la p. 896-897

⁵⁹⁷ Voir : A. OBADIA, *loc. cit.*, note 118, à la p. 507, 515-516

⁵⁹⁸ Aucune inférence négative ne peut en revanche être tirée du refus de se soumettre *volontairement* au test. M. TETRAULT, *op. cit.*, note 136, p. 1111

⁵⁹⁹ B.M. KNOPPERS, M.-A. GRIMAUD, C. CHOQUETTE et S. LEBRIS, *loc. cit.*, note 569, à la p. 104. *Contra* : A. ROY, *loc. cit.*, note 212, à la p. 244-245. Cet auteur estime que les garanties offertes sont suffisantes et que le nouvel article 535.1 remédie à des abus jurisprudentiels qui ne favorisaient pas suffisamment la vérité, pour le bien de l'enfant.

⁶⁰⁰ Voir : B.M. KNOPPERS, M.-A. GRIMAUD, C. CHOQUETTE et S. LEBRIS, *loc. cit.*, note 569, à la p. 91-97

2.1 En Suisse

Aujourd'hui, l'avènement des expertises d'ADN facilite grandement la tâche des magistrats quant à l'évaluation de la force probante des preuves dans les procès en filiation et semble avoir dissipé tout dilemme procédural. En effet, l'empreinte génétique a permis de mettre fin à un vieux débat relatif à la pertinence de la maxime d'office dans les procès en filiation et de rendre obsolète la question relative au poids à accorder aux preuves⁶⁰¹. Le juge engage le procès en recherche de paternité et ordonne la preuve d'ADN, laquelle écarte les autres. Le juge n'a pas à s'interroger sur l'opportunité de sa démarche, puisque la science la couronne de succès dans tous les cas où la présomption de cohabitation ne permet pas d'établir une paternité⁶⁰². Logiquement, il va se servir des outils assurant ce succès et leur donner une importance prépondérante. Ainsi :

«C'est surtout dans le domaine de l'*administration des preuves* que le rôle du juge peut être qualifié d'essentiel. Il doit ordonner d'office celles qui sont nécessaires à l'aboutissement de la cause. Toutefois, dans la mesure où l'empreinte génétique fondée sur l'analyse de l'ADN suffit aujourd'hui dans presque tous les cas à exclure ou à confirmer la paternité, le juge n'a plus guère à se préoccuper du choix des moyens à retenir (...). »⁶⁰³

La précision des résultats des expertises d'ADN a substantiellement réduit le champ des preuves réellement laissées à la libre appréciation du juge. Il n'y a plus guère qu'en rapport avec la question de l'admission de la présomption de paternité basée sur une cohabitation que la conviction personnelle du juge peut encore jouer un rôle déterminant⁶⁰⁴. Si l'expertise apporte une preuve qui confine à la certitude, toute contre-preuve est exclue.

La preuve d'ADN est donc la reine des preuves et prime dans les faits les autres moyens⁶⁰⁵. Cette hiérarchie légalisée⁶⁰⁶ des modes de preuve constitue l'une des principales distinctions entre les systèmes suisse et québécois⁶⁰⁷.

Partant, les droits fondamentaux des intéressés sont peu susceptibles d'entraver le recours à l'expertise génétique en matière de filiation. Bien au contraire, le droit suisse reconnaît le droit

⁶⁰¹ P. MEIER et M. STETTLER, *op. cit.*, note 10, p. 88-89

⁶⁰² *Supra*, p. 48. Seul le refus de la mère de dévoiler le nom du ou des pères putatifs constituera un obstacle insurmontable pour le juge.

⁶⁰³ *Id.*, p. 89

⁶⁰⁴ *Id.*, p. 90

⁶⁰⁵ A. OBADIA, *loc. cit.*, note 118, à la p. 506

⁶⁰⁶ Deux remarques s'imposent ici. Premièrement, il est à noter que la preuve d'ADN est hiérarchiquement supérieure en droit suisse dès lors qu'elle a été ordonnée. En amont en revanche, elle est la dernière preuve à être ordonnée : si une présomption permet de prouver la paternité indirectement, celle-ci prévaut. Nous avons cependant constaté que les présomptions sont admises de façon restrictive, afin de laisser le champ libre à l'ordonnance d'une expertise d'ADN (*supra*, p. 93)... Deuxièmement, il faut noter qu'au Québec, les tribunaux ne respectent pas toujours l'égalité de principe des modes de preuve du *Code civil du Québec*. Voir : M. GIROUX, *loc. cit.*, note 134, à la p. 899-905

⁶⁰⁷ Notre conclusion, *infra*, p. 123 et suiv.

de connaître ses origines dans la *Constitution fédérale*. Dans ce cadre, l'intérêt de l'enfant est évidemment central, mais il est pris en compte *en amont*, lorsqu'il s'agit de déterminer l'opportunité de l'action, et est réputé servi, une fois le procès ouvert, par la connaissance de la vérité biologique⁶⁰⁸.

L'intérêt de l'enfant est donc une notion générale et abstraite, identique pour tous les enfants est clairement définie. Le principe de la maxime d'office conforte cette observation : chaque fois qu'il le peut, le juge se fera le gardien de cet intérêt supérieur préalablement défini en engageant une action en filiation. Dans ce contexte, le droit à l'inviolabilité de la personne et le droit à la vie privée ne constituent pas un obstacle. On n'en trouve pas véritablement trace dans le dispositif suisse d'établissement de la filiation. Seul le cas très marginal de l'atteinte à la santé permet de refuser de se soumettre à un test d'ADN sans risque de sanctions. L'examen du droit suisse permet ainsi d'appuyer la thèse selon laquelle le respect des droits fondamentaux ne semble pas être un souci dans les pays ayant un système de droit de source germanique dans la mesure où la recherche de la vérité biologique est le but premier du tribunal⁶⁰⁹. Il convient toutefois de nuancer ce constat en soulignant que les droits à l'inviolabilité et à la vie privée sont éclipsés par le droit de l'enfant de connaître ses origines, lequel, par le jeu de son inscription à l'article 119 *Cst. féd.*, n'en est pas moins fondamental dans l'ordre juridique suisse. On évoquera en outre l'idée selon laquelle, si la recherche de la vérité biologique entre en contradiction avec certains droits fondamentaux, elle en est également issue :

« A travers toute l'histoire et selon de multiples variantes, le principe de base a toujours été le *principe d'inégalité*, voire la négation de certaines filiations parce que procréées hors des normes sociales, et l'ignorance relative de la vérité biologique n'a jamais fait qu'offrir une plasticité commode au modelage du donné naturel par des règles sociales (...). [S]i à cette date [début des années 1970], l'ensemble des législations occidentales se sont ouvertes à la recherche de plus de vérité en matière d'établissement de la filiation, c'est précisément parce que les mentalités avaient changé et privilégiaient désormais le *principe d'égalité* (...). »⁶¹⁰

L'égalité peut toutefois aussi avoir pour effet d'ignorer complètement la vérité biologique, ainsi que l'a montré l'examen de la filiation des enfants issus d'une procréation assistée. Au rang des paradoxes, nous n'avons pas fini de nous étonner...

2.2 Au Québec

Au Québec, le tribunal juge de façon discrétionnaire et accorde à la preuve d'ADN le poids qu'il juge approprié, en fonction notamment des autres éléments de preuve⁶¹¹. La preuve

⁶⁰⁸ *Supra*, p. 61-62

⁶⁰⁹ A. OBADIA, *loc. cit.*, note 118, à la p. 511

⁶¹⁰ M.-Th. MEULDERS-KLEIN, *loc. cit.*, note 129, à la p. 399 ; *supra*, l'influence de la notion d'égalité sur la réforme de 1980, p. 40-41

⁶¹¹ A. OBADIA, *loc. cit.*, note 118, à la p. 509

d'ADN peut –théoriquement ?– être écartée si elle entre en contradiction avec certains enjeux supérieurs, tels que l'intérêt de l'enfant et les droits et libertés fondamentaux de la personne⁶¹². Ainsi, la force probante d'une preuve irrecevable sera logiquement nulle⁶¹³.

2.2.1 Avant 2002

Ainsi que nous l'avons vu en examinant la recevabilité de la preuve d'ADN, la connaissance de la vérité biologique n'était généralement pas jugée suffisamment importante pour limiter des droits et libertés comme l'inviolabilité de la personne et le respect de la vie privée⁶¹⁴. Bien que les tribunaux aient parfois « anticipé » l'article 535.1 *C.c.Q.* en admettant que le refus de se soumettre au test permettait de tirer une inférence négative, une telle conséquence n'était en principe pas admissible⁶¹⁵.

2.2.2 Depuis 2002

Aujourd'hui, la loi établit clairement que le poids accordé aux droits à l'inviolabilité et à la vie privée pour restreindre la force probante de la preuve d'ADN a perdu de son importance. La présomption négative est donc légale. Elle peut en particulier être considérée comme un adminicule ouvrant la preuve testimoniale, conformément à l'article 533 *C.c.Q.*⁶¹⁶. Elle constitue toutefois la seule sanction d'un refus, l'outrage au tribunal ayant été abandonné. Si l'article 535.1 alinéa 3 *C.c.Q.* exige du tribunal qu'il fixe les conditions du prélèvement et de l'analyse⁶¹⁷ de façon à ce qu'elles portent une atteinte minimale à l'intégrité de la personne visée, cette réserve ne doit pas occulter que la nouvelle disposition renverse le principe antérieur voulant que le droit à l'inviolabilité de la personne l'emporte sur la connaissance des origines biologiques. En effet, « le droit à l'inviolabilité a cédé le pas à la recherche de la vérité au nom de l'intérêt de l'enfant »⁶¹⁸.

L'intérêt de l'enfant constitue donc aujourd'hui une limite nouvelle au droit à l'inviolabilité de la personne et au droit à la vie privée. Un problème demeure toutefois en ce que l'intérêt de l'enfant, consacré à l'article 33 *C.c.Q.*, est une notion floue.

⁶¹² *Id.*, à la p. 509

⁶¹³ *Id.*

⁶¹⁴ *Id.*, à la p. 510, 517

⁶¹⁵ Le refus de se soumettre au test pouvait entraîner un outrage au tribunal, sanction fort discutable en l'absence de base légale. M. GIROUX, *loc. cit.*, note 134, à la p. 878-879. Voir aussi : A. ROY, *loc. cit.*, note 212, à la p. 241

⁶¹⁶ M. GIROUX, *loc. cit.*, note 134, à la p. 873, 879-881

⁶¹⁷ Concernant la problématique des exigences relatives à la qualité des tests et le contrôle exercé par les institutions étatiques sur les experts : M. GIROUX, *loc. cit.*, note, à la p. 874-876, 904 et références citées

⁶¹⁸ M. GIROUX, *loc. cit.*, note 134, à la p. 906

2.2.3 Une pierre d'achoppement mal réglée : l'intérêt de l'enfant

Il est admis qu'il est dans l'intérêt de l'enfant d'avoir une filiation établie⁶¹⁹, mais cela implique-t-il un droit de connaître ses origines⁶²⁰ ? Si tous les auteurs se réfèrent à l'article 7 de la *CRDE* pour donner une base normative à l'intérêt de l'enfant en matière de filiation, l'interprétation de celui-ci ne fait pas l'unanimité. En 2000, Me Obadia estimait que le droit de l'enfant de connaître ses parents et d'être élevé par eux dans la mesure du possible était un droit relatif ne se référant pas forcément aux origines biologiques⁶²¹. L'intérêt de l'enfant exigeait des solutions adaptées et pouvait être assuré tantôt par la vérité biologique des origines, tantôt par la réalité du vécu affectif⁶²². Dans certains cas, les effets découlant de la découverte d'une paternité jusqu'alors inconnue pouvaient en effet avoir un impact négatif sur le bien-être de l'enfant, alors que dans d'autres, les liens du sang révélés par le test pouvaient pourvoir un père à l'enfant qui n'en avait pas ou dont le parent psychologique ne souhaitait plus s'occuper. Ainsi, le droit aux origines n'est pas un droit absolu, en ce qu'il ne se réfère pas forcément aux origines biologiques.

Depuis, l'intérêt de l'enfant a servi de justification à l'ordonnance de tests d'ADN susceptibles de violer l'intégrité de la personne et sa vie privée⁶²³, prenant un caractère beaucoup plus « uniforme » et moins nuancé qu'alors.

« La primauté accordée à l'intérêt de l'enfant est (...) surprenante dans le contexte d'alors, c'est-à-dire l'inexistence d'une disposition habilitante permettant d'ordonner un tel test, mais aussi compte tenu de la prémisse contestable que le droit aux origines biologiques existe et doit nécessairement prévaloir. »⁶²⁴

Si l'article 535.1 *C.c.Q.* a eu le mérite de légaliser une pratique judiciaire discutable, il devrait néanmoins être interprété comme une *exception*, de façon restrictive, pour que le droit à l'inviolabilité ne devienne pas lettre morte⁶²⁵. En outre, on peut s'interroger sur la pertinence d'une notion, l'intérêt de l'enfant, qui semble utilisée au gré des justifications que l'on souhaite lui faire endosser. Alors que prévalait le principe d'inviolabilité, on considérait qu'il n'était pas

⁶¹⁹ En ce sens, voir : A. OBADIA, *loc. cit.*, note 118, à la p. 519 ; M. TETRAULT, *op. cit.*, note 136, p. 1114

⁶²⁰ Ces deux notions sont souvent utilisées comme des synonymes : M. GIROUX, *loc. cit.*, note 134, à la p. 882. Cela induit selon nous une confusion. Le droit d'avoir une filiation peut passer par le droit de connaître ses origines biologiques si tel est le seul moyen d'avoir une filiation, mais il n'en est pas toujours ainsi, d'une part, et ce n'est pas forcément dans l'intérêt de l'enfant, d'autre part.

⁶²¹ A. OBADIA, *loc. cit.*, note 118, à la p. 518, 520. *Supra*, l'interprétation suisse, p. 61-62. Notons que la question du droit des origines a été traitée en Suisse dans le cadre du droit de l'établissement de la filiation et non du droit de la preuve, lequel n'en constitue qu'un prolongement logique. Pour cette raison, la question a déjà été examinée dans ce travail.

⁶²² *Id.*, à la p. 518

⁶²³ *A.P. c. L.D.*, [2001] R.J.Q. 16 (C.A.) et la critique qui en est faite par : M. GIROUX, *loc. cit.*, note 134, à la p. 882-884

⁶²⁴ M. GIROUX, *loc. cit.*, note 134, à la p. 883-884

⁶²⁵ *Id.*, à la p. 881

forcément de l'intérêt de l'enfant de connaître ses origines biologiques. Aujourd'hui, au nom de l'intérêt de l'enfant, on relègue le droit à l'inviolabilité de la personne à une considération secondaire. Ainsi, malgré la levée par l'article 535.1 de l'obstacle juridique constitué par le droit à l'inviolabilité, la définition et la portée du droit de l'enfant à ses origines demeurent des pierres d'achoppement importantes⁶²⁶. Or, l'enjeu de ce flou est considérable : si un tel droit aux origines biologiques devait être reconnu de façon généralisée, il pourrait remettre en question non seulement les règles sur la filiation par le sang et l'adoption, mais aussi, pour ne pas dire surtout, la confidentialité en matière de procréation assistée⁶²⁷. Ce constat donne sans doute raison aux critiques qui voient dans cette notion un « concept vide aux contours mal définis » et une « formule magique », « incertaine, mouvante, insaisissable »⁶²⁸. Il souligne également une certaine inconsistance du législateur québécois.

2.2.4 En résumé

Par le jeu d'un revirement jurisprudentiel majeur, suivi d'une modification législative, on est passé au Québec d'une conception négative de la preuve d'ADN à une vision pragmatique de son utilité. La preuve d'ADN semble avoir gagné ses galons de noblesse : jugée, hier encore, implacable et simplificatrice⁶²⁹, elle est aujourd'hui mise en avant pour sa fiabilité, la procédure peu invasive qu'elle nécessite, la modicité de ses coûts⁶³⁰, la praticabilité de ses résultats⁶³¹, sans compter les justifications d'ordre idéal des tenants de la vérité biologique⁶³².

Pourtant, si la *Loi modifiant le Code civil* a eu l'avantage de soustraire la question de la preuve d'ADN à l'arbitraire des tribunaux et de mettre fin à un certain nombre d'aléas

⁶²⁶ *Id.*, à la p. 889-890

⁶²⁷ *Id.*, à la p. 890. Or l'anonymat est la fondation du système de filiation en matière de procréation assistée : sans lui, « l'effacement » de la vérité biologique, telle qu'il est prévu par les articles 538 à 542 *C.c.Q.* ne serait plus possible et la reconnaissance de toutes les formes de parentalités électives, même les plus invraisemblables, serait considérablement difficile.

⁶²⁸ M. MANDOFIA BERNEY, *op. cit.*, note 10, p. 31 et références citées

⁶²⁹ « Il est établi que celui-ci [l'intérêt de l'enfant] sera servi par la stabilité affective et familiale de l'enfant, plutôt que par la recherche de son lien de filiation biologique » : A. OBADIA, *loc. cit.*, note 118, à la p. 525 ; pour une envolée plus lyrique, mais parlante, voir : Guy BOURGEAULT, « L'identification génétiques : enjeux éthiques et politiques », dans C. HENNAU-HUBLET et B.M. KNOPPERS, *op. cit.*, note 129, p. 101, à la p. 117

⁶³⁰ A ce sujet, mentionnons que l'intérêt de l'Etat n'est pas étranger aux décisions d'ouvrir plus ou moins largement la preuve d'ADN *en aval*, dans les procès en filiation. En effet, la précision du test d'ADN permet souvent de faire de considérables économies de procédure. Par ailleurs, dans les cas où l'Etat prend en charge des enfants dépourvus de filiation, il peut avoir intérêt à leur découvrir un géniteur qui jouera le rôle de pourvoyeur d'entretien : B.M. KNOPPERS, M.-A. GRIMAUD, C. CHOQUETTE et S. LEBRIS, *loc. cit.*, note 569, à la p. 68, 78-79 ; A. OBADIA, *loc. cit.*, note 118, à la p. 525

⁶³¹ *A.P. c. L.D.*, [2001] R.J.Q. 16 (C.A.), tel que cité par : M. GIROUX, *loc. cit.*, note 134, à la p. 870, 873. Le recours à la preuve d'ADN avant l'audition au mérite a également pour but d'épargner des angoisses et des frais aux parties : M. TETRAULT, *op. cit.*, note 136, p. 1111

⁶³² « Dorénavant, les parties ne pourront donc plus se retrancher derrière le paravent du droit à l'intégrité, de peur de voir la vérité biologique éclatée au grand jour. » : A. ROY, *loc. cit.*, note 212, à la p. 244

jurisprudentiels⁶³³, et malgré la jeunesse de ces dispositions, le droit québécois semble se chercher plus que jamais.

« Le débat de société reste à faire ; la stabilité des familles, de plus en plus précaire, les quelques situations où il y a des recours entrepris pour « revoir » la paternité, l'intérêt de l'enfant sont autant de dilemmes qui ne sont pas résolus, compte tenu des nouvelles réalités sociales et des développements technologiques en matière de filiation. »⁶³⁴

C) Conclusion

En Suisse comme au Québec, l'empreinte génétique intervient dans le cadre d'actions en filiation et tend généralement à combler un vide juridique. Elle vise des cas où l'enfant n'a pas de filiation paternelle, soit dès la naissance, soit suite à un désaveu ou à une contestation de paternité⁶³⁵. Elle peut également intervenir pour détruire un lien de filiation, mais son admission sera plus difficile parce qu'elle ne pourra concerner que des filiations contestables : le mariage en Suisse et la concordance entre titre et possession d'état au Québec rendent une contestation, et donc une preuve d'ADN, irrecevables.

Les différences entre les deux systèmes tiennent aux fondements idéologiques, à la nature des présomptions légales pertinentes et à la portée variable de l'intérêt de l'enfant. L'influence respective des traditions romaniste et germanique et la place plus ou moins importante accordée à l'institution du mariage dans l'établissement de la filiation offrent certainement des éléments de réponse importants pour comprendre ces différences.

En Suisse, le lien du sang, conçu comme une valeur refuge, garant d'un ordre naturel favorable à l'intérêt de l'enfant, est valorisé. L'intérêt de l'enfant est une notion générale et abstraite : pour être épanoui, l'enfant a droit à l'établissement d'une double filiation bisexuée, idéalement avec ses géniteurs⁶³⁶.

« Le législateur a jugé conforme à *l'intérêt de tout enfant* d'avoir une filiation maternelle et une filiation paternelle. Cela implique notamment qu'une action en recherche de paternité doit être engagée d'office pour tout enfant privé de filiation paternelle à la naissance. »⁶³⁷

Seul le mariage des parents permet d'écarter la recherche de paternité. De toute façon, l'action judiciaire en établissement de paternité a un caractère exceptionnel en pratique : dans

⁶³³ Pour un aperçu des décisions des tribunaux avant et après l'introduction de la loi, voir : M. GIROUX, *loc. cit.*, note 134

⁶³⁴ M. TETRAULT, *op. cit.*, note 136, p. 1116-17; voir aussi: A. ROY, *loc. cit.*, note 212, à la p. 246-248 : Bien que fervent défenseur de « l'intégration législative du test d'ADN », le Professeur Roy admet que celle-ci « pourrait raviver les discussions sur les fondements de la filiation ».

⁶³⁵ P. MEIER et M. STETTLER, *op. cit.*, note 10, p. 57 : Ces auteurs mentionnent l'exception suivante : si l'enfant a été adopté par une femme seule, on ne cherchera pas à lui pourvoir une filiation paternelle.

⁶³⁶ Nous verrons que ce principe est très présent aussi dans le cadre de la *Loi fédérale sur la procréation assistée*. *infra*, p. 106 et suiv.

⁶³⁷ P. MEIER et M. STETTLER, *op. cit.*, note 10, p. 4

l'immense majorité des cas, les filiations maternelle et paternelle se conjuguent dès la naissance de l'enfant par l'effet du mariage⁶³⁸.

Le recours à la preuve d'ADN *en amont*, c'est-à-dire dans le cadre de l'action en désaveu ou en contestation de paternité, peut sembler plus problématique, dans la mesure où la vérité biologique sert à *détruire* le lien de filiation paternel. Toutefois, tant que le mariage dure, aucune action ne peut être intentée contre le père juridique qu'il désigne. Par ailleurs, le père biologique ne peut jamais être demandeur dans ce type d'action, même après la dissolution du lien conjugal. Enfin, dans le cas où une action en désaveu ou en contestation aboutirait effectivement à la destruction du lien de filiation, une action en recherche de paternité serait intentée d'office pour reconstruire immédiatement un nouveau lien de filiation.

Au Québec, l'aspect socio-affectif de la filiation prévaut en principe. La possession constante d'état, lorsqu'elle est conforme à l'acte de naissance, rend la filiation inattaquable. Présentée comme un signe de l'attachement du législateur québécois à la vérité socio-affective de la filiation⁶³⁹, elle pourrait toutefois devenir une notion audacieuse à la lumière de la *Loi modifiant le Code civil*. En effet, sur un plan théorique, l'article 535.1 *C.c.Q.* contrarie les valeurs intrinsèques du droit québécois en démentant la conception romaniste de la filiation. Sur un plan pratique, il s'immisce dans un système construit sur la volonté, qui a les inconvénients de ses qualités : plus nuancé, moins dogmatique, il est aussi plus fragile. Les présomptions qui constituent les garde-fous de la réalité socio-affective de la filiation y sont moins solides⁶⁴⁰.

« [L]a possession d'état (...) sert tour à tour « à l'endroit » ou à « l'envers », à créer ou à défaire des filiations séquentielles qui n'ont, dans un grand nombre de cas, plus rien à voir avec la « vraie » filiation de l'enfant, au gré des unions successives de la mère ou des intérêts patrimoniaux de toute personne intéressée, et ce pendant 30 ans (...). »⁶⁴¹

Or au Québec, toute personne intéressée peut en effet contester la filiation. En outre, le droit québécois exige uniquement que la réclamation d'état soit jointe à une contestation d'état quand une filiation existe déjà, mais pas l'inverse. Une contestation ou un désaveu de paternité peuvent être exercés sans que le père qui se désengage ne soit tenu d'établir une nouvelle filiation à l'enfant⁶⁴². Cela a pour effet de favoriser la récusation d'une filiation non conforme à

⁶³⁸ Rappelons que 90% des enfants naissent dans le cadre du mariage de leurs parents en Suisse : *supra*, p. 35

⁶³⁹ A. OBADIA, *loc. cit.*, note 118, à la p. 495

⁶⁴⁰ Voir à ce sujet, le lien de causalité entre l'abolition de la présomption fondée sur le mariage et l'amorce d'un mouvement de favorisation de la filiation biologique : *supra*, p. 32

⁶⁴¹ M.-Th. MEULDERS-KLEIN, *loc. cit.*, note 129, à la p. 403

⁶⁴² M. TETRAULT, *op. cit.*, note 136, p. 1122. Cet auteur mentionne toutefois qu'en pratique la plupart des actions en contestation de filiation sont intentées par celui qui se réclame être le père de l'enfant et sont donc des préalables à une action en réclamation de filiation.

la réalité biologique, même si l'enfant peut se retrouver sans filiation⁶⁴³. On voit ici encore que la Suisse, bien que théoriquement plus attachée à la filiation biologique, est plus prudente quant aux effets pervers que pourraient avoir les tests d'ADN sur la filiation. La maxime d'office dans les actions en filiation, si elle peut paraître schématique du point de vue de l'intérêt de l'enfant, garantit à tout le moins que la vérité biologique de non paternité ne condamne l'enfant à demeurer sans père.

Si l'on ajoute à cela les problématiques introduites par la *Loi instituant l'union civile*, on ne peut s'empêcher de craindre que le droit québécois ne s'empêtre dans des contradictions inextricables⁶⁴⁴. Une constante semble ainsi se dégager entre les deux lois de 2002 : une audace mal maîtrisée et une réflexion un peu tardive⁶⁴⁵.

L'examen comparé des systèmes suisse et québécois permet finalement de mettre en lumière un nouveau paradoxe : le maintien de la présomption de paternité fondée sur le mariage, en constituant un bastion solide et inattaquable de la filiation socio-affective, permet en pratique de limiter le recours à la preuve d'ADN. Ainsi, le conservatisme caractéristique du droit suisse⁶⁴⁶ semble-t-il le protéger contre les risques de dictat du test d'ADN, et ce, malgré la prépondérance de principe de la vérité biologique. De son côté, le législateur québécois cède à la pression d'une vérité scientifique pourtant contraire à ses principes avec une facilité d'autant plus déconcertante que la présomption légale servant d'équivalent à la paternité du mari en Suisse⁶⁴⁷ est basée sur une notion, la possession d'état conforme au titre, plus vague et, partant, plus aisée à remettre en question.

On peut se demander si, pour que le but du législateur québécois soit véritablement atteint, la possession d'état ne devrait pas être établie avec plus de difficulté et si elle ne devrait pas

⁶⁴³ C. BERNARD et C. CHOQUETTE, *loc. cit.*, note 555, à la p. 363-364

⁶⁴⁴ Par exemple, la reconnaissance de la procréation assistée non médicale a ouvert la possibilité pour le père génétique ayant agi à titre de « donneur » de réclamer sa paternité dans un délai d'un an suivant la naissance de l'enfant, et ce, même si le titre et la possession d'état d'un tiers concordent. Art. 538.2, al. 2 *C.c.Q.*

⁶⁴⁵ M. GIROUX, *loc. cit.*, note 134, à la p. 899

⁶⁴⁶ A propos des fondements de la présomption de paternité (présomption de fidélité de la femme et de cohabitation entre les époux: M. PRATTE, *loc. cit.*, note 340, à la p. 571, note 105 ; M. MANDOFIA-BERNEY, *op. cit.*, note 10, p. 35), un auteur québécois note qu'elles sont anachroniques et passéesistes : B. MOORE, *loc. cit.*, note 430, à la p. 84. L'évolution du rôle de la femme dans le couple et l'avènement des expertises scientifiques contribuent également à remettre en question la présomption de paternité : *Supra*, p. 24-25, 32 et suiv. et : M. MANDOFIA-BERNEY, *op. cit.*, note 10, p. 33 ; le Professeur Aubert parle de la lenteur et de la circonspection du législateur suisse : J.-F. AUBERT, *loc. cit.*, note 350

⁶⁴⁷ Comme pour la paternité fondée sur la présomption maritale, celle découlant d'une possession d'état conforme au titre, même si elle semble plus progressiste et plus favorable à la vérité socio-affective de la filiation dans la mesure où elle fait fi du cadre institutionnel et fait d'avantage place à la volonté, ne repose pas moins sur la même prémisse probabiliste : « [e]n principe, les probabilités font en sorte que la personne qui s'occupe de l'enfant est probablement celle qui y est biologiquement liée. (...) Bref, la possession d'état ne mène pas à tout prix à la vérité biologique, bien qu'elle la favorise » (M. GIROUX, *loc. cit.*, note 134, à la p. 893-894, note 141)

constituer, en concordance avec l'acte de naissance, un empêchement absolu à un changement de filiation⁶⁴⁸. Plus largement, on peut aussi s'interroger sur la volonté d'écarter une vérité biologique qui, avec les mouvements constants des familles contemporaines, est parfois la seule stabilité qui demeure pour un enfant⁶⁴⁹.

En conclusion, le fondement idéologique relatif à la prévalence de la filiation socio-affective ne semble pas avoir été bouleversé par les récentes modifications du droit civil québécois, même s'il se reflète notablement moins dans la pratique depuis quelques années, amenuisant du même coup les différences autrefois importantes avec le système de la preuve en droit suisse. Le législateur, la jurisprudence majoritaire et la doctrine, même s'ils s'infléchissent peu à peu, observent l'évolution de la place de la preuve d'ADN avec une certaine précaution.

Sans porter un jugement de valeur définitif sur les choix idéologiques opérés en Suisse et au Québec, nous croyons néanmoins que seul le législateur helvétique peut se targuer d'avoir respecté une certaine cohérence dans leur concrétisation législative. Les règles relatives à la preuve sont fidèles aux fondements idéologiques du droit de la filiation lui-même ; dans ce cadre, les solutions législatives relatives à la PMA et à la connaissance des origines s'insèrent sans difficulté dans l'architecture législative globale. Or, quel que soit le système choisi, « le choix devra être raisonné et sans équivoque »⁶⁵⁰.

La filiation est une institution trop fondamentale pour souffrir d'une casuistique inconsistante. Si la souplesse peut être souhaitable, elle ne devrait pas constituer une excuse pour faire de la filiation une notion à géométrie variable.

⁶⁴⁸ M. GIROUX, *loc. cit.*, note 134, à la p. 904

⁶⁴⁹ M. GIROUX, *loc. cit.*, note 134, à la p. 904 ; M.-Th. MEULDERS-KLEIN, *loc. cit.*, note 129, à la p. 405

⁶⁵⁰ B.M. KNOPPERS, M.-A. GRIMAUD, C. CHOQUETTE et S. LEBRIS, *loc. cit.*, note 569, à la p. 98

3^{ème} Partie : Normes propres à la procréation assistée

En Suisse comme au Québec, une législation réglant spécifiquement la procréation assistée a longtemps fait défaut⁶⁵¹. La pratique faisait alors l'objet d'une autorégulation plus ou moins aboutie de la part de la profession médicale. Faute de normes spécifiques, les conséquences en matière de filiation ont été relativement obscures dans les deux juridictions. En Suisse, les cantons ont pris des initiatives isolées tandis que la doctrine a tenté de lever le doute laissé par un laconique article 256 alinéa 3 CC, unique référence pertinente dans le *Code civil*⁶⁵². Au Québec, le législateur provincial a intégré dans le *C.c.Q.* des solutions inédites sans attendre la législation fédérale, la répartition des compétences menant à des réglementations « détournées ». Ce n'est que récemment que des lois particulières d'envergure nationale ont vu le jour – en Suisse en 1998, au Canada en 2004. Si dans la Belle Province le droit fédéral a peut-être provoqué plus de résistances qu'il n'a apporté de solutions, du moins en matière de filiation, la loi suisse a levé un grand nombre d'ambiguïtés et s'est avérée nécessaire pour combler les insuffisances du droit civil.

I- En Suisse

Tout en reconnaissant que le droit de procréer constitue un aspect essentiel de la liberté personnelle, le droit suisse considère qu'il se justifie de limiter celle-ci au nom du bien de l'enfant. Le souci du législateur suisse est surtout de ne pas trop s'écarter du modèle familial traditionnel et de ses fondements biologiques, sous peine de déstabiliser l'enfant et les rapports sociaux⁶⁵³. Cette conception restrictive de la PMA, relativement peu critiquée en doctrine, trouve son origine dans la genèse des normes y relatives et est consistante avec le droit de la filiation. Elle n'est toutefois pas sans danger dans un contexte européen plus libéral et sera sans doute amenée à s'adapter, malgré son jeune âge⁶⁵⁴.

⁶⁵¹ *Supra*, p. 40, 43

⁶⁵² Voir notamment : M. BEN-AM, *op. cit.*, note 272; Franziska BUCHLI-SCHNEIDER, *Künstliche Fortpflanzung aus zivilrechtlicher Sicht*, Berne, Stämpfli, 1987 ; H. DUBLER-NÜSS, *op. cit.*, note 235 ; M. MANDOFIA BERNEY, *op. cit.*, note 10; Claudia SCHAUMANN, *Die heterologe künstliche Insemination*, Fribourg, Éditions universitaires, 1991

⁶⁵³ D. MANAI, *op. cit.*, note 63, p. 316

⁶⁵⁴ La LPMA a déjà fait l'objet d'une modification en 2003 : *infra*, note 583. En outre, des interventions parlementaires ont déjà réclamé une libéralisation, notamment en ce qui concerne l'admission du diagnostic préimplantatoire. Voir : Jean MARTIN, « Diagnostic préimplantatoire : Enjeux bioéthiques autour d'un sujet d'actualité » *Revue Médicale Suisse* n°35, 5 octobre 2005

A) Historique : les directives de l'ASSM et les législations cantonales⁶⁵⁵

A l'époque de leur émergence, les nouvelles techniques de procréation suscitaient une certaine crainte au sein de la population suisse⁶⁵⁶. Face au vide législatif les entourant, l'Académie suisse des sciences médicales a donc cherché, dès 1981, à réglementer la pratique en publiant des *Directives médico-éthiques sur l'insémination artificielle*⁶⁵⁷ puis des *Directives médico-éthiques pour la fécondation in vitro et le transfert d'embryons*⁶⁵⁸, remplacées toutes deux en 1991 par les *Directives médico-éthiques sur la procréation médicalement assistée*⁶⁵⁹. Ces directives étaient strictes : l'accès à la procréation médicalement assistée était réservé aux couples mariés ou vivant dans des conditions conjugales analogues et décidés à assumer eux-mêmes leurs obligations parentales. La stérilité ou le risque de transmission d'une maladie grave constituaient les seules finalités de traitement admises. Enfin, les conditions d'accès requéraient l'échec constaté ou prévisible d'autres traitements, une proportion raisonnable de chances de succès et l'assurance que l'enfant à naître ne risquait pas de graves problèmes psychologiques. L'ASSM étant une fondation, ses directives constituent de simples recommandations⁶⁶⁰. Toutefois, en matière de procréation assistée, elles eurent une influence importante sur les cantons dont elles inspirèrent les processus législatifs relatifs à la PMA, gagnant une portée juridique au-delà du cadre professionnel⁶⁶¹.

Dans les années 1990, plusieurs cantons ont ainsi légiféré, le plus souvent dans leurs lois de santé publique. Certains d'entre eux renvoyaient aux directives de l'ASSM. Si les cantons latins admettaient l'insémination hétérologue et la FIVETE, plusieurs cantons alémaniques interdisaient ces techniques⁶⁶². Ces législations ont d'ailleurs donné lieu à deux jurisprudences de principe. En 1989, le Tribunal fédéral fut appelé à se prononcer pour la première fois sur la procréation assistée. Il déclara l'interdiction générale du recours à la FIVETE et à l'insémination hétérologue prévue par le canton de Saint-Gall contraire à la liberté

⁶⁵⁵ Voir : J. DRUEY, *loc. cit.*, note 538, à la p. 39-40 ; Olivier GUILLOD et Noémie HELLE, « La Loi sur la procréation médicalement assistée : un tigre de papier ? », dans *Privatrecht im Spannungsfeld zwischen gesellschaftlichem Wandel und ethischer Verantwortung*, Berne, Stämpfli, 2002, p. 691 ; A. LEUBA, P. MEIER et S. SANDOZ, *loc. cit.*, note 141 ; D. MANAI, *op. cit.*, note 63, p. 315 et suiv. ; M. MANDOFIA BERNEY, *op. cit.*, note 10, p. 141 et suiv. ; P. MEIER et M. STETTLER, *op. cit.*, note 10, p. 95 et suiv. ; Suzette SANDOZ et Olivier MEXIN, « Liberté personnelle et procréation médicalement assistée : quelles limites au pouvoir créateur du juge constitutionnel ? », *Revue de droit suisse*, 114(1995), 1, 4/5, p. 453, à la p. 458-461

⁶⁵⁶ O. GUILLOD et N. HELLE, *loc. cit.*, note 655, à la p. 692

⁶⁵⁷ Bulletin des médecins suisses (ci-après BMS) 1982, p. 623

⁶⁵⁸ BMS 1985, p. 1127

⁶⁵⁹ BMS 1991, p. 374

⁶⁶⁰ S. SANDOZ et O. MEXIN, *loc. cit.*, note 656, à la p. 458

⁶⁶¹ O. GUILLOD et N. HELLE, *loc. cit.*, note 656, à la p. 692

⁶⁶² M. MANDOFIA BERNEY, *op. cit.*, note 10, p. 144

personnelle⁶⁶³. Dans un arrêt ultérieur impliquant le canton de Bâle-Ville, la Haute Cour précisa toutefois que la liberté personnelle ne saurait fonder aucun droit subjectif à avoir un enfant, le bien de ce dernier constituant une limite aux désirs des parents⁶⁶⁴.

Parallèlement, des mesures commencèrent à être demandées au sein du parlement fédéral. Pour y répondre, le Conseil fédéral institua en 1986 une Commission d'experts pour la génétique humaine et la médecine de la reproduction (Commission Amstad). Le 13 avril 1987, une initiative du journal *Schweizerischer Beobachter* « contre l'application abusive des techniques de reproduction et de manipulations génétiques à l'espèce humaine » fut déposée⁶⁶⁵. Dans un rapport rendu en 1988⁶⁶⁶, la Commission Amstad proposa d'introduire une disposition constitutionnelle sur la procréation assistée et souligna qu'en la matière, le bien de l'enfant devait l'emporter sur la liberté personnelle des parents. En 1989, le Conseil fédéral proposa effectivement, comme contre-projet à l'initiative du *Beobachter*, un article constitutionnel de portée générale, attribuant des compétences à la Confédération sans formuler d'interdiction précise⁶⁶⁷.

En 1991, l'Assemblée fédérale proposa un autre texte que le Conseil fédéral⁶⁶⁸, au profit duquel l'initiative fut retirée. Le texte fut approuvé en votation par 72% des voix⁶⁶⁹ et introduit dans la *Constitution fédérale* le 17 mai 1992 sous la forme d'un article 24^{novies}, devenu l'article 119 en 1999⁶⁷⁰. Le jour même, une seconde initiative « pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle » fut annoncée. Elle fut déposée le 18 janvier 1994 pour exiger de nouvelles interdictions⁶⁷¹. Le Conseil fédéral en profita alors pour proposer un projet de loi d'application en guise de contre-projet indirect. La *LPMA* fut votée le 18 décembre 1998 et entra en vigueur le 1^{er} janvier 2001.

⁶⁶³ ATF 115 Ia 234, JT 1991 I 194. A ce sujet, voir: Marina MANDOFIA BERNEY et Olivier GUILLOD, « Liberté personnelle et procréation assistée », *Revue suisse de jurisprudence*, 1993, 89, p. 205; S. SANDOZ et O. MEXIN, *loc.cit.*, note 655

⁶⁶⁴ ATF 119 Ia 477, JT 1995 I 591. Sur la contribution du TF au droit de la PMA: G. STEINMANN, « Der Beitrag des schweizerischen Bundesgerichts zur Regelung der medizinisch unterstützten Fortpflanzung » dans P. WIDMER, *op. cit.*, note 100

⁶⁶⁵ Initiative « contre l'application abusive des techniques de reproduction et de manipulation génétique à l'espèce humaine », FF 1987 II 1233

⁶⁶⁶ FF 1989 III 986

⁶⁶⁷ FF 1989 III 945

⁶⁶⁸ FF 1991 II 1434

⁶⁶⁹ FF 1992 V 443

⁶⁷⁰ La *Constitution fédérale* a été entièrement refondue en 1999, mais l'article 24 *novies* n'a subi aucun changement de fond en devenant l'article 119: A. LEUBA, P. MEIER et S. SANDOZ, *loc. cit.*, note 141, à la p. 156-157. Pour un historique plus complet sur cette disposition constitutionnelle, voir: Rainer SCHWEIZER, *Article 24^{novies}*, dans Jean-François AUBERT, *Commentaire de la constitution fédérale de la Confédération Suisse du 29 mai 1874*, Bâle, Zürich, Berne, 1996, p. 1987

⁶⁷¹ Initiative « pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (Initiative pour une procréation respectant la dignité humaine, PPD) », FF 1994 V 877

B) L'article 119 *Cst. féd.*

Afin de protéger l'être humain contre les abus⁶⁷² en matière de procréation médicalement assistée et de génie génétique (al. 1), l'art. 119 *Cst. féd.* confie à la Confédération le soin de légiférer sur l'utilisation du patrimoine germinal et génétique humain et de veiller, dans ce cadre, à assurer la protection de la dignité humaine, de la personnalité et de la famille (al. 2).

Plus particulièrement, le législateur doit respecter les principes suivants : les méthodes de PMA ne peuvent être utilisées que comme *ultima ratio* dans les cas de stérilité ou de danger de transmission d'une grave maladie ne pouvant être écartés d'une autre manière⁶⁷³. La sélection de critères chez l'enfant à naître et la recherche sur les embryons sont exclus. La fécondation d'ovules hors du corps de la femme n'est autorisée qu'aux conditions prévues par la loi et les embryons développés doivent être immédiatement implantés (al. 2 lit. c). En outre, le don d'embryons et toutes les formes de maternité de substitution sont interdits (al. 2 lit. d). Enfin, toute personne doit avoir accès aux données relatives à son ascendance (al. 2 lit. g). En revanche, l'article 119 *Cst. féd.* ne règle pas la question de la licéité du don d'ovules.

Cette disposition constitutionnelle a été vivement critiquée. On lui a reproché son manque d'homogénéité, sa rigidité (certains points, comme l'interdiction du don d'embryon, sont réglés de façon trop détaillée), son manque de clarté (d'autres, comme le droit d'accès aux données relatives à l'ascendance, sont trop vagues), ainsi que les difficultés excessives qu'elle peut poser aux médecins (notamment par l'interdiction des embryons surnuméraires qui peut empêcher le praticien de ménager au mieux sa patiente ou retarder à l'excès les tentatives de fécondation)⁶⁷⁴.

La loi d'application de l'article 119 *Cst. féd.* est la *Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée du 18 décembre 1998*, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001. Elle est assortie d'une ordonnance d'exécution, l'*Ordonnance du 4 décembre 2000 sur la procréation médicalement assistée*⁶⁷⁵.

⁶⁷² *Message LPMA*, p. 207 dit bien que l'article 119 « est conçu sur la base du concept d'abus. Cela signifie qu'une société pluraliste laisse en principe à ses citoyens et citoyennes la possibilité de faire un usage responsable de leur liberté ». Il y a de quoi sourire quand on pense à ce que signifie le pluralisme dans la société canadienne. Le tracé de la frontière entre liberté et abus ne se trouve pas au même niveau...

⁶⁷³ Notons que la procréation assistée est toujours considérée comme telle sur le plan médical : même le Professeur Antoniori, qui livre dans son ouvrage une vraie croisade pour la procréation assistée, le dit : S. ANTINORI, *op. cit.*, note 26, p. 130. En ce sens, la législation suisse est sans doute plus « logique », d'un point de vue médical, que la législation canadienne. Néanmoins, l'interprétation plus ou moins stricte de la notion de « stérilité » ou, plus largement, de « fonction défaillante du corps » pourrait réconcilier ce principe inspiré de la « médecine réparatrice » traditionnelle avec des pratiques devenues « compassionnelles », voire « de convenance » selon des termes empruntés à : C. HUMEAU et F. ARNAL, *op. cit.*, note 2, p. 128-129

⁶⁷⁴ Blaise F. BOURRIT, « Procréation médicalement assistée », dans D. BERTRAND, *op. cit.*, note, p. 283, à la p. 285 ; M. MANDOFIA BERNEY, *op. cit.*, note 10, p. 145-147

⁶⁷⁵ RS 810.112.2

C) La LPMA

Si le Conseil fédéral a réussi à tempérer les mouvements les plus conservateurs exprimés dans l'initiative « contre l'application abusive des techniques de reproduction et de manipulation génétique à l'espèce humaine », la législation de compromis qui en résulte n'en demeure pas moins « très restrictive, d'inspiration germanique »⁶⁷⁶. Elle constitue en effet l'une des lois les plus restrictives d'Europe, car une position plus libérale du législateur aurait fait courir le risque de l'acceptation de l'initiative par le peuple et une interdiction générale de toute technique de procréation assistée hétérologue⁶⁷⁷. La procréation assistée y est conçue comme un traitement médical, subsidiaire à la procréation naturelle. Elle est réservée aux couples à l'égard desquels un lien de filiation peut être établi et qui paraissent à même d'élever l'enfant (art. 3 al. 2 lit. a et lit. b LPMA), ce qui exclut les personnes seules et les personnes homosexuelles⁶⁷⁸. En outre, seul un couple marié peut avoir recours à un don de sperme (art. 3 al. 3). La loi ne fixe pas de durée au mariage, mais la PMA étant considérée comme une *ultima ratio*, elle suppose une certaine stabilité du couple. La condition médicale de stérilité ne saurait d'ailleurs être considérée comme remplie si une personne n'a que des aventures de passage⁶⁷⁹. Cette limitation vise à éviter la naissance d'enfants courant le risque de se retrouver sans père légal faute de présomption de paternité et de possibilité d'action en paternité fondée sur une expertise d'ADN⁶⁸⁰. La doctrine trouve toutefois la limitation discutable au vu de l'importance croissante du concubinage. Elle préconise un engagement inconditionnel et irrévocable du partenaire de reconnaître l'enfant avant la PMA, engagement que la documentation médicale de l'intervention permettrait de prouver aisément⁶⁸¹. L'utilisation de gamètes ou d'ovules imprégnés après la mort du donneur est interdite (art. 3 al. 4). Font également l'objet d'une interdiction : le don d'ovules et la maternité de substitution (art. 4)⁶⁸², la sélection du sexe ou d'autres caractéristiques, sous réserve des cas où elle vise à écarter une maladie génétique liée au sexe (art. 5 al. 2), le diagnostic préimplantatoire (art. 5 al. 3), la conservation d'embryons (art. 17 al. 3) et la conservation hors du corps de la femme d'un nombre d'embryons supérieurs

⁶⁷⁶ O. GUILLOD et N. HELLE, *loc. cit.*, note 656, à la 691

⁶⁷⁷ J. DRUEY, *loc. cit.*, note 538, à la p. 40

⁶⁷⁸ D. MANAI, *op. cit.*, note 63, p. 317 et suiv. ; Odile PELET, « Droit de la santé », dans A.R. ZIEGLER et al., *op. cit.*, note 339, p. 449, à la p. 461-463

⁶⁷⁹ A., LEUBA, P., MEIER et S. SANDOZ, *loc. cit.*, note 141, à la p. 159 ; D., MANAI, *op. cit.*, note 63, p. 323

⁶⁸⁰ Dans les 2 arrêts de principe précités, le TF a admis que cette limitation n'est pas contraire à la liberté personnelle.

⁶⁸¹ A., LEUBA, P., MEIER et S. SANDOZ, *loc. cit.*, note 141, à la p. 160, 163. Tel n'est pas le cas dans le cas d'une procréation assistée par relations sexuelles. Nous avons déjà eu l'occasion de souligner les problèmes que cela pose au Québec : *supra*, p. 79

⁶⁸² Concernant le don d'ovule, le législateur est donc allé plus loin que la *Constitution*, qui se tait sur ce point.

à ceux pouvant être directement implantés, avec un plafond à trois embryons (art. 17 al. 1)⁶⁸³. Les gamètes et les ovocytes imprégnés peuvent être conservés, mais uniquement à des fins de reproduction et pas au-delà de cinq ans (art. 15 et 16). L'interdiction du don d'ovules, qui ne figure pas dans le texte de l'art. 119 *Cst féd.*, est très discutée⁶⁸⁴. Si le Conseil fédéral la justifie en insistant sur l'importance de la certitude en matière de maternité et l'exclusion de rapports de filiation que la nature ne rend pas possibles⁶⁸⁵, une partie de la doctrine conteste cette interdiction, faisant valoir l'inégalité qu'elle entraîne entre les sexes, le manque d'égards qu'elle témoigne pour les dons altruistes, ainsi que le danger important de tourisme procréatique⁶⁸⁶.

Les pratiques autorisées sont limitées à des finalités strictes : elles sont conçues uniquement comme une *ultima ratio* en cas de stérilité « réfractaire » à d'autres traitements, ou pour éviter le risque de transmission d'une maladie grave et incurable aux descendants (art. 5 al. 1). Les activités autorisées sont l'apanage de personnes au bénéfice d'une autorisation (art. 8 et suiv.). Le don de sperme répond à des conditions détaillées (art. 18 et suiv.), en particulier la gratuité (art. 21). La loi met l'accent sur l'information et le consentement du couple (art. 6, 7 et 16) et du donneur (art. 18). Elle institue une Commission nationale d'éthique chargée de veiller à son application et à son adaptation, notamment au moyen de directives (art. 1 al. 3 et 28 et *Ordonnance sur la Commission nationale d'éthique dans le domaine de la médecine humaine du 4 décembre 2000*, RS 810.113). Outre des sanctions administratives (retrait des autorisations de pratiquer, art. 12 al. 3), des sanctions pénales, allant de l'amende à l'emprisonnement, sont prévues en cas de violation de la loi (art. 29 et suiv.). Concernant la filiation, rappelons que l'article 23 dispose que l'enfant conçu au moyen d'un don de sperme ne peut contester le lien de filiation à l'égard du mari de sa mère et que l'action en paternité contre le donneur est exclue, sauf si celui-ci a sciemment fait don de son sperme à une personne qui n'est pas titulaire d'une autorisation. L'article 27 assure en revanche à l'enfant l'accès aux données concernant le donneur, y compris les données nominatives permettant de l'identifier. Cette disposition concrétise le droit fondamental instauré par l'article 119 alinéa 2 lettre g *Cst féd.* Notons enfin

⁶⁸³ Tous les embryons développés *in vitro* doivent être implantés. En 2003, la loi a cependant été assouplie puisque les embryons qu'un « incident de parcours » ne permettrait pas d'implanter, pour une raison ou pour une autre, peuvent désormais être conservés à des fins de recherche. Pour la modification, voir : RO 2003 3681. Pour le message du Conseil fédéral relatif à cette modification, voir : FF 2003 1163

⁶⁸⁴ A ce sujet, voir : Odile PELET, « Pourquoi interdire le don d'ovules ? », *Plaidoyer* 2003, 5, p. 70. L'interdiction est contestée aussi bien par les juristes (D. MANAI, *op. cit.*, note 63, p. 327-328) que par les médecins (J. MARTIN, *loc. cit.*, note 71)

⁶⁸⁵ *Message LPMA*, à la p. 248

⁶⁸⁶ M. BEN-AM, *op. cit.*, note 272, p. 181 et suiv. ; B.F. BOURRIT, *loc. cit.*, note 674, p. 283, à la p. 284 ; J. DRUEY, *loc. cit.*, note 538, à la p. 45 ; O. GUILLOD et N. HELLE, *loc. cit.*, note 656

que la *LPMA* a modifié l'article 256 alinéa 3 *CC*, qui réserve désormais l'action en désaveu de l'enfant.

D) Conclusion

Le dispositif normatif relatif à la procréation assistée ne rompt pas radicalement avec les Directives de l'ASSM. Il est toutefois encore plus restrictif en ce qu'il instaure le droit de l'enfant de connaître son ascendance, ferme l'accès à l'insémination hétérologue aux concubins et interdit la conservation d'embryons. De ce fait, l'ASSM a d'ailleurs retiré ses *Directives* en 2001⁶⁸⁷.

L'exposé des principes directeurs de la *LPMA* fournit la matière d'une synthèse illustrative. L'article 1 alinéa 2 énonce en effet que la *LPMA* « assure la protection de la dignité humaine, de la personnalité et de la famille ; elle interdit l'application abusive de la biotechnologie et du génie génétique », révélant ainsi une méfiance marquée envers la science en général et la PMA en particulier⁶⁸⁸. L'article 3 alinéa 1 *LPMA* formule pour sa part que toute PMA est subordonnée au bien de l'enfant. Il est significatif que cette préoccupation soit inscrite au même article que les conditions d'accès : le législateur semble ainsi indiquer quels parents il juge à même de servir le bien de l'enfant. Il s'agit de toute façon de couples hétérosexuels. Les personnes seules et les couples homosexuels sont implicitement exclus. Le législateur a même fermé l'insémination hétérologue aux couples hétérosexuels non mariés, parce que l'enfant né d'un don de sperme se trouve dans la même situation face à son père qu'un enfant adopté et que des conditions moins strictes en terme de PMA ne seraient pas justifiées⁶⁸⁹. En outre, « [d]'un point de vue normatif, l'union libre ne garantit aucune pérennité »⁶⁹⁰.

En matière de filiation, cela a au moins le mérite de la simplicité. La *LPMA* ne dément pas la prévalence de l'aspect biologique de la filiation, même dans le cadre d'une PMA, qui va pourtant, par essence, éloigner la filiation par le sang de la vérité de la chair. L'adage *mater semper certa est* demeure, même si l'interdiction du don d'ovules ou de la maternité de substitution est violée. Ce choix vise d'une part à décourager *a priori* ce genre de pratique, et se justifie d'autre part pour des raisons pratiques, de sécurité juridique, et par la valorisation du lien noué avec l'enfant pendant la vie intra-utérine⁶⁹¹. L'établissement de la filiation paternelle répond également aux modes ordinaires. L'article 23 *LPMA* se contente d'assurer le statut juridique de l'enfant en cristallisant la situation de fait créée par la PMA. La gratuité et le défaut

⁶⁸⁷ BMS 2002, p. 217

⁶⁸⁸ En ce sens, voir : J. MIRENOWICZ, « Enquête: les Suisses croient en «la science» tout en s'en méfiant », *Revue médicale suisse* n°2355, 30 juillet 2001

⁶⁸⁹ *Message LPMA*, p. 245

⁶⁹⁰ *Id.*, p. 246

⁶⁹¹ P. MEIER et M. STETTLER, *op. cit.*, note 10, p. 105-106

d'anonymat visent à assurer un don de sperme absolument altruiste; bien que l'accès aux données relatives à l'ascendance soit conçu comme « le reflet de la liberté personnelle »⁶⁹², on pourrait presque se demander s'il n'a pas aussi pour but, malgré la licéité de l'insémination hétérologue, d'en décourager la pratique.

Ainsi, la procréation médicalement assistée constitue en Suisse une mesure purement thérapeutique. Si la liberté personnelle a été prise en compte par le législateur et les tribunaux, c'est uniquement pour éviter l'interdiction généralisée de la PMA. Il n'existe en Suisse aucun droit à la procréation⁶⁹³. Partant, les personnes qui ne sont pas susceptibles de procréer naturellement, qu'elles soient célibataires, en couple homosexuel, ménopausées ou décédées, ne remplissent pas la condition de stérilité et ne peuvent avoir accès à la PMA. Dans le même ordre d'idées, les conditions relatives à la possibilité d'établir un lien de filiation avec l'enfant et d'être à même de l'élever jusqu'à ce qu'il ait gagné sa pleine autonomie, constituent un obstacle pour la plupart de ces personnes.

II- Au Québec

La situation canadienne n'est pas aussi simple. Le complexe partage des compétences entre les différents niveaux de souveraineté, et la lenteur du fédéral à légiférer⁶⁹⁴, ne facilitent pas toujours la cohésion des textes. Certaines questions en relation avec la PMA, qui en Suisse figurent dans la loi spéciale, ont en effet été réglées par le législateur québécois au moyen de normes sur la filiation.

A) Au fédéral : la *Loi sur la procréation assistée*⁶⁹⁵

1. Historique : la Commission royale d'enquête

Au niveau fédéral, une Commission royale d'enquête sur les nouvelles techniques de reproduction a été formée en 1989, avec pour mandat « 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

⁶⁹² *Message LPMA*, p. 264 et suiv.

⁶⁹³ D., MANAI, *op. cit.*, note 63, p. 318 et 321 et suiv.

⁶⁹⁴ Au sujet du « parcours sinueux de la réglementation canadienne », voir : Elodie PETIT, *Cellules souches embryonnaires : droit, éthique et convergence*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 51 et suiv. Pour un résumé complet des différentes étapes du processus législatif : G. RIVARD et J. HUNTER, *op. cit.*, note 49, p. 15-22

⁶⁹⁵ Pour un tour d'horizon de 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*, 2004, p. 17. Pour un examen détaillé et exhaustif, voir ce que nous considérons comme l'ouvrage de référence : G. RIVARD et J. HUNTER, *op. cit.*, note 49

[...] »⁶⁹⁶. Après quatre ans de travaux, axés à la fois sur la recherche et sur une consultation à large échelle auprès de la population canadienne, la Commission royale avait produit 15 volumes de recherche et rendu 293 recommandations dans un rapport final de presque 1500 pages⁶⁹⁷. La Commission concluait à la nécessité d'une intervention de portée nationale dans le domaine des NTR⁶⁹⁸. A cette fin, elle préconisait la création d'un organe de contrôle et de régulation fédéral⁶⁹⁹. Au niveau du fond, elle recommandait notamment⁷⁰⁰ l'interdiction de certaines applications des NTR, telles que la création d'hybrides, l'altération génétique d'embryons et la commercialisation de matériel reproductif humain⁷⁰¹. Bien que la loi fédérale suive en substance les recommandations de la Commission royale, il aura fallu attendre encore dix ans pour qu'elle voie le jour. En effet, le gouvernement ne concrétisa pas immédiatement les recommandations de la Commission. Il entreprit au contraire ses propres consultations⁷⁰². Dans l'intervalle, il annonça un moratoire volontaire sur certaines pratiques à l'été 1995⁷⁰³. Après une proposition morte au feuillet en 1997, un nouveau projet vit le jour en 2001, finit par aboutir en recevant la sanction royale le 29 mars 2004 et entra –partiellement⁷⁰⁴– en vigueur le 22 avril 2004⁷⁰⁵.

2. Objectifs et principes

Fondée sur la compétence criminelle attribuée au fédéral par l'article 91 (27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁷⁰⁶, la *Loi sur la procréation assistée* a deux objectifs. Le premier est d'interdire des activités considérées comme non éthiques ou dangereuses pour la santé dans le domaine de la reproduction assistée⁷⁰⁷; le second est de réglementer l'exercice d'activités dont l'interdiction de principe peut être levée par une autorisation, accordée en fonction de

⁶⁹⁶ Décret du Conseil C.P. 1989-2150, tel que cité dans : COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *op. cit.*, note 42, p. 3

⁶⁹⁷ COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *op. cit.*, note 42

⁶⁹⁸ *Id.*, p. 12 et suiv.

⁶⁹⁹ *Id.*, p. 126 et suiv.

⁷⁰⁰ Nous ne saurions évidemment résumer ici les travaux de la Commission. Nous renvoyons le lecteur intéressé au rapport.

⁷⁰¹ COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *op. cit.*, note 42, recommandations n°184, p. 719, n°185, p. 719, n°192, p. 726

⁷⁰² G. RIVARD et J. HUNTER, *op. cit.*, note 49, p. 18

⁷⁰³ Commercialisation de matériel reproductif humain, sélection du sexe de l'embryon pour des raisons non médicales, clonage, ectogénèse, création d'hybrides, altérations génétiques : *Id.*, p. 18

⁷⁰⁴ *Infra*, p. 117-118

⁷⁰⁵ G. RIVARD et J. HUNTER, *op. cit.*, note 49, p. 18-22

⁷⁰⁶ La question de la compétence a été discutée en détails par la Commission dans : COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *Les aspects juridiques liés aux nouvelles techniques de reproduction, volume 3 des volumes de recherche*, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1993, p. 3 et suiv. ; G. RIVARD et J. HUNTER, *op. cit.*, note 49, p. 28-30

⁷⁰⁷ La loi ne traite donc que de façon marginale de l'utilisation de matériel reproductif humain pour la recherche. G. RIVARD et J. HUNTER, *op. cit.*, note 49, p. 73

l'accomplissement d'un certain nombre d'obligations réglementaires⁷⁰⁸. Pour remplir ces objectifs, la loi crée un cadre administratif comprenant des dispositions relatives à la création d'une agence canadienne de contrôle, au traitement de données médicales et à la mise en place d'autorités d'inspection⁷⁰⁹. L'article 2 énumère les principes qui sous-tendent la loi. Celle-ci repose entre autres sur le principe de la santé et du bien-être de l'enfant, qui doit présider à toute décision quant à l'usage des techniques de procréation assistée et sur le principe de non-discrimination relativement à l'accès à ces techniques, notamment en fonction de l'orientation sexuelle. Elle met également l'accent sur la protection de la santé, en particulier de la santé des femmes, le consentement libre et éclairé des intervenants, l'échange de renseignements, la non commercialisation des fonctions reproductrices et la protection de la diversité et de l'intégrité du génome humain⁷¹⁰.

3. Interdits

De nombreuses techniques sont interdites aux articles 5 à 9 de la loi. L'article 5 prohibe la création de clones ou de chimères ; la création d'un embryon humain à des fins autres que la reproduction ou la recherche visant l'amélioration des techniques de procréation assistée; la conservation *in vitro* d'un embryon au-delà du 14^{ème} jour de développement ; la sélection du sexe pour des raisons non médicales ; l'altération génétique d'un embryon ; la transfert d'un embryon d'une autre forme de vie dans un corps humain, et inversement ; la création d'une chimère ou d'un hybride et/ou leur transfert dans un corps humain ; ainsi que toute offre et rétribution de services de ce type. L'article 6 interdit de rétribuer une mère porteuse ou un intermédiaire offrant d'obtenir les services d'une mère porteuse ; d'inciter ou permettre à une personne de moins de 21 ans de devenir mère porteuse ; de faire de la publicité ou de recevoir une rétribution pour des services de mère porteuse. L'article 6 réserve cependant la validité des contrats de mères porteuses passés en vertu des législations provinciales. Ainsi, la maternité de substitution n'est pas interdite : elle est possible si elle est gratuite et que la mère porteuse est âgée de 21 ans au moins⁷¹¹. L'article 7 interdit l'offre et l'achat de gamètes et d'embryons humains, ainsi que la publicité pour ces achats. L'article 8 interdit toute utilisation de matériel reproductif humain sans le consentement du donneur. L'article 9 interdit le prélèvement ou

⁷⁰⁸ G. RIVARD et J. HUNTER, *op. cit.*, note 49, p. 25

⁷⁰⁹ *Id.*, p. 25

⁷¹⁰ *Id.*, p. 145-150

⁷¹¹ La maternité de substitution éveille des réactions très diverses dans la société canadienne. Ces divergences d'opinion se reflètent dans la loi, qui offre un compromis en permettant la maternité de substitution « altruiste » et en bannissant la maternité de substitution « commerciale » : G. RIVARD et J. HUNTER, *op. cit.*, note 49, p. 133. Le Québec est plus restrictif : *infra*, p. 119-120

l'utilisation de matériel reproductif provenant de personnes de moins de 18 ans, sauf s'il vise des fins reproductives⁷¹².

4. Activités réglementées

La loi distingue aussi des activités autorisées, qui sont listées aux articles 10 à 13. Ces activités sont prohibées, à moins qu'elles ne soient exercées par des personnes titulaires d'une autorisation et conformément aux règlements. Sont soumis à ce régime, en vertu de l'article 10 : toute utilisation de matériel reproductif humain dans le but de créer un embryon (le don d'ovules et le don d'embryons, ainsi que la conservation, le traitement et la cession de gamètes et d'embryons sont donc licites); toute manipulation d'un embryon humain (que ce soit dans un cadre reproductif ou de recherche) ; et tout acte visant à obtenir, conserver ou détruire des gamètes⁷¹³. L'article 11 soumet les activités de transgénése à autorisation. L'article 12 assigne le remboursement des frais des donneurs de gamètes, des personnes qui entretiennent ou transportent un embryon et des mères porteuses au même régime. Dans ce dernier cas, la perte de revenu occasionnée par un arrêt de travail pendant la grossesse peut toutefois être remboursée, pour autant que l'arrêt soit dû à des raisons médicales impérieuses⁷¹⁴. De façon générale, l'article 13 soumet l'exercice d'une activité réglementée à l'octroi d'une autorisation précise définissant à la fois l'activité et l'établissement autorisé. L'octroi d'autorisations a pour but d'assurer le respect de standards de sécurité optimum aux utilisateurs et aux enfants nés de techniques de procréation assistée⁷¹⁵. Dans le cadre de la recherche sur les embryons surnuméraires, cet instrument vise également à préserver certaines considérations morales en relation avec le statut particulier de l'embryon⁷¹⁶.

5. Renseignements

Les articles 14 à 18 encadrent de façon très détaillée la collecte et la divulgation de renseignements personnels. Nous mentionnerons en particulier l'article 15, qui pose des règles strictes de non-communication. Les données médicales du donneur sont transmises à l'utilisateur, mais celles permettant d'identifier le donneur ne sont pas divulguées, à moins que le donneur n'y ait consenti. Les circonstances de divulgation de renseignements médicaux sont par ailleurs limitées (l'Agence est informée, ainsi que, le cas échéant, les organismes d'assurance santé, les tribunaux ou une personne autorisée à qui le matériel serait transféré). En

⁷¹² Cela peut être utile en particulier aux adolescents qui subissent un traitement anti-cancéreux stérilisant. La cryopréservation de leur sperme peut leur permettre de devenir pères plus tard dans la vie.

⁷¹³ «By focusing on the activities and on the objectives of the activity, rather than on specific AHR technologies, the act can remain current and applicable in the constant and rapid changing area of biotechnology»: G. RIVARD et J. HUNTER, *op. cit.*, note 49, p. 188

⁷¹⁴ On peut s'interroger sur le bien-fondé de cette norme, qui pourrait ouvrir la voie à une rémunération.

⁷¹⁵ G. RIVARD et J. HUNTER, *op. cit.*, note 49, p. 193

⁷¹⁶ *Id.*, p. 194

vertu de l'article 18, les renseignements médicaux du donneur ne peuvent être communiqués à l'utilisateur et aux descendants que sur demande. De plus, les données identifiant le donneur ne sont transmises que si ce dernier y a consenti par écrit (al. 3). Si deux personnes se soupçonnent un lien de parenté, elles pourront seulement obtenir de l'Agence une réponse confirmant ou infirmant leur doute (al. 4). En cas de nécessité sanitaire, l'identité du donneur pourra uniquement être révélée au médecin de l'utilisateur ou de ses descendants. On est ainsi bien loin d'un quelconque droit à la connaissance des origines, même si la *Loi sur la procréation assistée* est moins stricte à ce sujet que le projet de loi québécois⁷¹⁷.

6. Agence canadienne de contrôle de la procréation assistée

Les dispositions suivantes, qui constituent le corps substantiel de la loi, sont consacrées à l'attribution des compétences. L'article 20 place la loi et l'Agence sous la responsabilité du Ministre de la santé. Les articles 21 à 39 constituent l'Agence canadienne de contrôle de la procréation assistée et définissent ses objectifs, ses pouvoirs et son mode de fonctionnement⁷¹⁸. Ils la chargent notamment de délivrer les autorisations⁷¹⁹, de conseiller le ministre, de gérer les renseignements médicaux relatifs aux activités réglementées, d'assurer la surveillance de ces dernières et de pourvoir à l'information du public et des milieux intéressés (art. 24). L'ensemble de ces activités doit viser la protection et la promotion de la santé, de la sécurité, de la dignité humaine et des droits de la personne dans le domaine de la procréation assistée (art. 22) et doit respecter les principes généraux énoncés à l'article 2 (art. 23). Pour mener à bien sa mission, l'Agence est dotée de la personnalité morale (art. 21). Elle peut émettre des règlements administratifs (art. 31), conclure des ententes et ester en justice (art. 39), soit en son propre nom, soit au nom du gouvernement. Dans la mesure où elle relève de l'autorité du Ministre (art. 20), elle doit toutefois suivre les instructions ministérielles pour orienter l'exercice de ses pouvoirs (art. 25). Elle est composée de 13 administrateurs, dont un président du conseil et un président-directeur général. Ces membres représentent une variété de disciplines et de milieux utiles à la mission de l'Agence (art. 26)⁷²⁰. Située à Vancouver, l'Agence a vu le jour en janvier 2006⁷²¹. Les nominations d'une présidente, d'un conseil d'administration et d'un président du Conseil d'administration ont été annoncées par le gouvernement le 21 décembre 2006⁷²².

⁷¹⁷ *Infra*, p. 120 et suiv.

⁷¹⁸ A ce sujet, voir: G. RIVARD et J. HUNTER, *op. cit.*, note 49, p. 181-186

⁷¹⁹ Pour les détails, voir : *Loi sur la procréation assistée*, art. 40 à 44 et : G. RIVARD et J. HUNTER, *op. cit.*, note 49, p. 187-194

⁷²⁰ Pour les détails du fonctionnement de l'Agence, voir : *Loi sur la procréation assistée*, art. 25, 27-39

⁷²¹ Site de Santé Canada. [en ligne]. http://www.hc-sc.gc.ca/hl-vs/reprod/agenc/index_f.html (Page consultée le 8 août 2006)

⁷²² Site de Santé Canada. [en ligne]. http://www.hc-sc.gc.ca/ahc-asc/media/nr-cp/2006/2006_133_f.html (Page consultée le 11 février 2007)

Si elle constitue une agence de surveillance et de réglementation comparable à la Commission nationale d'éthique instaurée par la *LPMA* en Suisse, L'Agence canadienne a toutefois une importance plus considérable. La loi canadienne met en effet en place un système de régulation axé sur des autorisations (compétences administratives étendues), formule moins d'interdictions (nécessité de règlements plus nombreux et plus détaillés) et conserve partiellement les compétences provinciales (nécessité de coordination accrue).

7. Mise en œuvre

Pour assurer le respect de la loi, de ses règlements d'application et des clauses de l'autorisation elle-même, l'Agence a un pouvoir d'inspection⁷²³. Elle peut nommer des inspecteurs, qui procéderont à des visites, et, le cas échéant, effectueront des saisies. Au besoin, l'Agence rappellera les contrevenants à l'ordre, suspendra ou révoquera l'autorisation⁷²⁴. Outre le pouvoir d'inspection de l'Agence, le respect de la loi est assuré aux articles 60 à 64 par des sanctions pénales (amendes pécuniaires assorties de peines d'emprisonnement et, éventuellement, de l'interdiction de pratiquer tout acte susceptible de donner lieu à une nouvelle infraction) et par la possibilité de donner avis aux organismes disciplinaires et ordres professionnels concernés de la condamnation de leurs membres. Enfin, l'Agence peut conclure des accords avec les provinces pour contrôler l'application de la loi (art. 58).

8. Règlements

Les articles 65 à 67 déterminent les autorités compétentes pour élaborer les règlements d'application, les points sur lesquels ceux-ci devront porter et la marche à suivre pour déposer les projets y relatifs. A ce sujet, il faut souligner que la majorité des dispositions renvoient à des règlements qui sont pour le moment inexistantes. Les articles 8, 12, 14 à 19 et 21 à 59 nécessiteront encore une proclamation⁷²⁵. L'article 78 prévoit que les dispositions de la *Loi sur la procréation assistée* entreront en vigueur aux dates fixées par décret, permettant une introduction progressive des règlements. Dans l'intervalle, la plupart des interdictions ont toutefois effet (à l'exception des articles 8 et 12). Le suivi étant primordial dans ce contexte de transition, l'article 70 prévoit la création d'un comité parlementaire chargé de l'examen de la loi pendant 3 ans suivant l'entrée en vigueur de l'article 21. Un travail considérable reste donc à faire pour établir la réglementation nécessaire au plein fonctionnement de la loi. Notons encore

⁷²³ Pour les détails, voir: *Loi sur la procréation assistée*, art. 45 à 59

⁷²⁴ Ce pouvoir se fonderait sur l'article 40(6) et/ou 42 de la loi : G. RIVARD et J. HUNTER, *op. cit.*, note 49, p. 200

⁷²⁵ A ce sujet, voir : G. RIVARD et J. HUNTER, *op. cit.*, note 49, p. 30-33

que les articles 68 et 69 prévoient la possibilité de conclure des accords d'équivalence avec les provinces⁷²⁶.

Ainsi, l'importance centrale des règlements dans le mécanisme d'application de la loi reflète celle de l'Agence elle-même. La mise en œuvre de la loi en est freinée mais cela ne peut la rendre que plus flexible, ce qui semble essentiel pour permettre une adaptation normative rapide aux développements scientifiques et à l'évolution des représentations éthiques dans le domaine de la procréation⁷²⁷. En Suisse, la *LPMA* est moins longue et moins complexe ; truffée de « pures » interdictions, elle suit ainsi un parti-pris qui ne plaide pas pour des mécanismes d'adaptation calqués sur les évolutions de la biomédecine...

9. Silences de la Loi

Le recours à la procréation assistée soulève plusieurs enjeux qui ne sont pas réglés par la *Loi sur la procréation assistée*. Ceci est principalement dû au fait qu'ils tombent hors du champ de compétence du fédéral. Ils relèvent en effet de l'article 92 (13) de la *Loi constitutionnelle* de 1867, lequel accorde aux provinces le pouvoir de légiférer en matière de propriété et de droits civils⁷²⁸. Nous avons vu un exemple de ce partage de compétence en abordant la réglementation relative à la maternité de substitution. L'utilisation par le partenaire survivant de gamètes ou d'embryons après la mort du conjoint dont ils sont issus n'est pas abordée non plus dans la loi⁷²⁹. Glenn Rivard et Judy Hunter estiment que, dans la mesure où le défunt y a consenti et que l'utilisation a une visée procréative, rien dans la loi ne permettrait de l'interdire⁷³⁰. L'article 8 (2) de la loi permet d'ailleurs même de prélever des gamètes sur un défunt, si celui-ci y a consenti par écrit. Toutefois, certaines conséquences juridiques relatives à une conception posthume pourraient déborder le cadre des compétences fédérales, notamment les questions de succession⁷³¹. Un troisième exemple très à propos de ce type d'imbrication normative, potentiellement conflictuelle, concerne la filiation et nous permet de retourner au cœur de notre sujet d'investigation principal grâce à une transition des plus séduisantes.

B) Au provincial

1. le C.c.Q.

Face au vide législatif concernant les NTR, le législateur québécois a décidé de prendre les choses en main en légiférant en matière de filiation, un domaine de sa compétence. Si, ainsi que

⁷²⁶ *Infra*, p. 122. A ce sujet, voir : G. RIVARD et J. HUNTER, *op. cit.*, note 49, p. 210-212. Le Québec souhaite s'en prévaloir.

⁷²⁷ G. RIVARD et J. HUNTER, *op. cit.*, note 49, p. 176

⁷²⁸ *Id.*, p. 151

⁷²⁹ *Id.*, p. 158-167. Notons que le *Code civil du Québec* est tout aussi silencieux sur cette question. A ce sujet, voir : M. TETRAULT, *op. cit.*, note 136, p. 1177-1178

⁷³⁰ G. RIVARD et J. HUNTER, *op. cit.*, note 49, p. 158

⁷³¹ *Id.*, p. 159

nous l'avons vu, la grande innovation résulte de la modification apportée par la *Loi instituant l'union civile*, la procréation assistée a été prise en compte dès 1986, quand un groupe de travail ministériel sur les nouvelles techniques de reproduction a été mis en place⁷³², avec les résultats que l'on sait dès 1991⁷³³.

Les dispositions générales des articles 19 et 25 *C.c.Q.* permettent en outre le don de gamètes, spermatozoïdes et ovules, ainsi que le don d'embryons, pour autant qu'ils soient gratuits. L'article 541 dispose en revanche que les contrats de maternité de substitution sont nuls. Cela signifie qu'il sera impossible pour une partie de faire valoir un contrat en cour dans le cas où la mère porteuse refuse de remettre l'enfant ou, au contraire, dans le cas où le(s) demandeur(s) refusent de l'accueillir⁷³⁴. Tant que les parties s'entendent, une marge de manoeuvre demeure néanmoins pour que la maternité de substitution existe *en pratique*⁷³⁵. Notons que l'interdiction de l'article 541 *C.c.Q.* est justifiée dans la littérature par « le caractère souvent exploitant de ce type de contrat en établissant que la femme disposée à devenir mère porteuse est économiquement vulnérable au départ et qu'il y a disproportion des risques et obligations assumées (*sic*) par chacune des parties, sans parler de l'atteinte à la dignité de la femme en ce qu'on renforce une certaine perception à l'effet qu'elle n'est qu'une porteuse d'enfant »⁷³⁶.

Une autre divergence entre la loi fédérale et le *Code civil* a trait à la confidentialité⁷³⁷. En effet, le secret garanti au donneur par l'article 542 *C.c.Q.* est absolu. En cas de nécessité, seuls des renseignements de nature médicale pourront être divulgués et aux autorités médicales uniquement. La loi fédérale autorise au contraire la délivrance de renseignements nominatifs à ceux qui ont recours à la procréation assistée ainsi qu'à l'enfant.

Malgré les dispositions du *Code civil* des éclaircissements jurisprudentiels semblent nécessaires⁷³⁸. Les cas *S.G. v. L.C.* et *F.P. c. P.C.* précités illustrent sans doute de façon emblématique les difficultés liées aux nouveautés introduites par la *Loi sur l'union civile*⁷³⁹.

2. le *Projet de loi n°89*

En 1997, le Québec s'est engagé dans un nouveau processus de réglementation concernant l'ensemble des questions liées à la procréation assistée en désignant les établissements pouvant

⁷³² Site du gouvernement du Québec. [en ligne]. <http://ethique.msss.gouv.qc.ca/site/74.0.0.1.0.0.phtml> (Page consultée le 14 août 2006)

⁷³³ *Supra*, p. 40 et suiv. Pour l'état du droit entre 1991 et 2002, voir : Monique OUELLETTE, « Le Code civil du Québec et les nouvelles techniques de reproduction », dans COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *op. cit.*, note 42, p. 704 et suiv.

⁷³⁴ G. RIVARD et J. HUNTER, *op. cit.*, note 49, p. 119

⁷³⁵ *Supra*, note 433

⁷³⁶ M. TETRAULT, *op. cit.*, note 136, p. 1174 et références citées

⁷³⁷ M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 238

⁷³⁸ G. RIVARD et J. HUNTER, *op. cit.*, note 49, p. 156-157

⁷³⁹ *Supra*, note 491

exercer des services de procréation assistée⁷⁴⁰. En 1998, un *Plan d'action ministériel en éthique de la recherche et en intégrité scientifique* a été publié par le ministère de la Santé et des Services sociaux, afin d'encadrer les recherches sur l'embryon et le matériel génétique humain⁷⁴¹. En décembre 2004, le ministère de la Santé et des Services sociaux a frappé fort en présentant coup sur coup un Projet de loi à l'Assemblée Nationale et un renvoi à la Cour d'appel du Québec⁷⁴². Le Projet de loi n° 89, *Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée et modifiant d'autres dispositions législatives*⁷⁴³, est présentement à l'étude. La Commission des affaires sociales a mené des consultations particulières et des auditions publiques du 28 au 30 mars 2006⁷⁴⁴. Le projet a pour objectifs d'assurer une pratique de qualité, sécuritaire et conforme à l'éthique et de favoriser l'amélioration continue des services en cette matière (art. 1). A cette fin, il prévoit que nul ne peut exercer d'activités de procréation assistée ailleurs que dans un centre autorisé par un permis (art. 5 et 12), dans le respect des règlements pertinents (art. 6) et sous la supervision d'un médecin (art. 8); que les activités de recherche relatives à la procréation assistée ou portant sur des embryons surnuméraires sont soumises à l'approbation et au suivi d'un comité d'éthique de la recherche désigné par le ministre (art. 7); et que les centres pratiquant la procréation assistée sont tenus de rendre des comptes au ministre de la Santé et des Services sociaux (art. 11), qui a un pouvoir d'inspection (art. 22-25). Le permis est délivré sur demande (art. 15) par le ministre pour une catégorie d'activités définies (art. 14). Des pouvoirs réglementaires sont attribués au gouvernement (art. 26) et au ministre (art. 27). Une collaboration est instaurée avec le Bureau de l'Ordre professionnel des médecins du Québec, qui peut donner des avis au ministre sur la qualité, la sécurité et l'éthique des activités de procréation assistée exercées dans un centre et sur la compétence professionnelle des médecins qui y exercent ces activités (art. 25). Des sanctions administratives (suspension, modification, révocation ou refus de renouvellement du permis, art. 29) et pénales (amendes pécuniaires, art. 33-38) sont prévues. Si le *Projet n°89* devait entrer en vigueur, les centres d'assistance

⁷⁴⁰ Site du gouvernement du Québec. [en ligne]. <http://ethique.msss.gouv.qc.ca/site/74.0.0.1.0.0.phtml> (Page consultée le 14 août 2006). Une modification de la *Loi sur la protection de la santé publique* a aussi été adoptée cette année-là. Elle visait à rendre le processus de désignation applicable aux laboratoires privés mais n'est jamais entrée en vigueur.

⁷⁴¹ Voir : Site du gouvernement du Québec. [en ligne]. http://ethique.msss.gouv.qc.ca/site/fr_pam.phtml (Page consultée le 14 août 2006)

⁷⁴² Site du gouvernement du Québec. [en ligne]. <http://ethique.msss.gouv.qc.ca/site/74.0.0.1.0.0.phtml> (Page consultée le 14 août 2006)

⁷⁴³ *Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée et modifiant d'autres dispositions législatives*, Projet de loi n°89, 1^{ère} session, 37^{ème} législature (ci-après cité : *Projet de loi n°89*)

⁷⁴⁴ Pour le détail de ces consultations, voir : Site du gouvernement du Québec. [en ligne]. <http://www.assnat.qc.ca/fra/37legislature2/commissions/cas/index.shtml> (Page consultée le 14 avril 2006)

médicale à la procréation devront également respecter le cadre fixé par le *Code civil du Québec*, ce qui signifiera notamment qu'ils ne pourront contribuer à la réalisation d'une convention de mère porteuse et qu'ils seront obligés de répondre aux demandes motivées par des motifs non médicaux⁷⁴⁵.

On peut s'interroger sur la finalité et la pertinence de ce projet de loi, qui intervient alors que la loi fédérale semble enfin sur le point de s'appliquer. La démarche législative entreprise par le gouvernement du Québec a pour but de déjouer la loi fédérale. Québec estime en effet que les services de procréation assistée relèvent de la compétence provinciale en santé et que le droit criminel doit être utilisé avec économie⁷⁴⁶. L'avis de la Cour d'appel du Québec a d'ailleurs été demandé quant à la constitutionnalité des articles 8 à 12 de la loi fédérale⁷⁴⁷. Quoi qu'il arrive de ce renvoi, une loi provinciale aura de toute façon la faculté de contourner l'application de la loi fédérale, puisque cette dernière prévoit à son article 68 (1) que si des dispositions équivalentes préexistent dans une province, celles-ci l'emportent⁷⁴⁸. Ce faisant, le Québec souhaite toutefois protéger un de ses domaines de compétence plus que bonifier le cadre proposé par le fédéral. En effet, le *Projet de loi n° 89* se distance peu du mécanisme mis en place par la loi fédérale, ce que l'on peut peut-être regretter lorsqu'on pense aux critiques qui lui ont été adressées et qui auraient pu trouver des réponses dans le projet québécois⁷⁴⁹.

C) Conclusion

Au Québec comme en Suisse, une réglementation propre à l'usage des techniques de procréation assistée s'est fait attendre. Si, en Suisse, elle a judicieusement précisé les contours du droit de la filiation, c'est au contraire le droit de la filiation qui a permis, au Québec, de réglementer indirectement la procréation assistée. Dans l'attente des ordonnances fédérales, de la loi provinciale et de la réponse de la Cour d'appel du Québec, on ne peut à l'heure actuelle que constater une dissension de principe entre les différents paliers de gouvernement. L'avenir

⁷⁴⁵ M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 143, p. 229

⁷⁴⁶ Site du gouvernement du Québec. [en ligne]. <http://ethique.msss.gouv.qc.ca/site/74.0.0.1.0.0.phtml> (Page consultée le 11 février 2007)

⁷⁴⁷ *Décret 1177-2004 concernant un renvoi à la Cour d'appel relatif à la loi sur la procréation assistée*, Gazette officielle du Québec, 137^{ème} année, n° 1, 5 janvier 2005

⁷⁴⁸ *Supra*, p. 118-119

⁷⁴⁹ On a reproché au fédéral d'avoir « criminalisé » la pratique médicale. On a soutenu que les amendes pécuniaires n'étaient pas suffisamment dissuasives et qu'un retrait de l'autorisation de pratiquer serait plus à même de responsabiliser véritablement les médecins. On a aussi regretté –revers de la souplesse réglementaire– que de nombreuses questions importantes soient réglées par règlement, loin de tout débat parlementaire. Pour un panorama critique des options normatives envisageables pour la PMA, voir : E. PETIT, *op. cit.*, note 694, p. 52 et 61. Voir aussi : S. FORTIN, *loc. cit.*, note 265

nous dira quelle forme prendra le texte finalement adopté et si la coexistence de deux niveaux normatifs en matière de PMA peut être harmonieuse⁷⁵⁰.

III- Comparaison des systèmes suisse et québécois

Les suisses sont profondément attachés au symbolisme et à la tradition. Le mariage reste le bastion privilégié de cet attachement et la filiation continue à se définir principalement en fonction de celui-ci. « L’ancrage de la famille dans un ordre sexuel à deux pôles, tout comme la relation entre le désir sexuel et la procréation biologique, sont des principes immanents à la loi. »⁷⁵¹ Dans ce contexte, les percées des sciences de la reproduction représentent un danger. Pour s’en prémunir, le constituant et le législateur interprètent de façon restrictive les concepts d’égalité, de liberté personnelle et de bien de l’enfant. En matière d’accès à la parentalité, l’argument biologique constitue un critère de distinction qui permet de justifier les différences de traitement à l’égard des personnes seules et des couples homosexuels. La liberté personnelle en matière de procréation n’est reconnue que dans le cadre d’une intervention proprement thérapeutique. Le bien de l’enfant, défini de façon abstraite, est garanti par le mariage et la polarité sexuelle des parents.

Le droit suisse est donc dominé par un esprit conservateur. S’il s’adapte à certaines réalités, il les entérine plus qu’il ne les anticipe. Cette rigueur peut paraître excessive, mais elle donne lieu à une architecture législative plutôt cohérente. Elle a en outre une légitimité toute particulière dans un système où les citoyens jouissent d’un droit d’initiative et de référendum. Enfin, elle manifeste une prudence qui peut être bienvenue concernant des questions qu’un recul supplémentaire permettrait de mieux évaluer.

Depuis la révolution tranquille, les québécois ont tourné le dos au mariage. Le législateur a cherché à leur offrir un droit adapté. Dans sa fougue innovatrice, il est même allé jusqu’à encourager, en les validant, des réalités émergentes. Le droit québécois est dynamique et tente de briser les vieux schémas en proposant de nouveaux modèles de société. Cela passe par une interprétation très large des libertés et des droits fondamentaux. La non-discrimination, ancrée dans le rejet d’une « égalité séparée »⁷⁵², permet d’aller plus loin que le principe de non-ingérence et d’exiger des actions positives de la part de l’Etat. La liberté de procréer découle de cette conception abstraite de l’égalité. Le désir de devenir parent suffit à garantir le bien de l’enfant à venir, en assurant la prise en charge par deux adultes, quel que soit leur sexe et leur situation sentimentale. Si l’on peut se féliciter de cette tolérance, on peut cependant se

⁷⁵⁰ On peut penser par exemple à la possibilité de *forum shopping* procréatique entre les provinces canadiennes, en fonction de l’évolution des conditions réglementaires et de la pratique qui en résultera.

⁷⁵¹ E. COPUR, *loc. cit.*, note 339, à la p. 285

⁷⁵² M.-B. TAHON, *op. cit.*, note 13, p. 49 et suiv.

demander si elle ne s'est pas imposée par une interprétation dogmatique des droits individuels. Sa concrétisation législative présente en outre des défauts considérables, qu'explique sans doute pour une large part le contexte de l'adoption de la *Loi instituant l'union civile* et l'incohérence résultant de sa coexistence avec la *Loi modifiant le Code civil*, pourtant promulguée la même année.

Conclusion générale

L'étude comparée des droits suisse et québécois permet de mettre en relief la complexité des questions soulevées par la procréation assistée dans le domaine de la filiation, en reflétant deux systèmes de valeurs, deux « styles » législatifs, deux modèles de société. Elle démontre que le consensus présent quant aux valeurs à promouvoir se disloque dès qu'il s'agit de les concrétiser en normes et illustre que les droits fondamentaux ont souvent un contenu à géométrie variable⁷⁵³, qui se façonne au gré des interactions des membres d'une société.

Ce travail montre également que la véritable création ne saurait se contenter d'une réponse empreinte de manichéisme. Les deux modèles présentés incarnent en effet des positions extrêmes⁷⁵⁴ et pourraient sans doute s'inspirer l'un l'autre pour gagner en nuance. Le modèle néerlandais, cité en exemple dans chaque juridiction par une doctrine critique, pourrait offrir des pistes dans un sens ou dans l'autre. Il serait néanmoins bien insipide de se contenter de proposer un simple compromis à mi-chemin entre les deux systèmes. D'autres solutions existent qui n'ont été envisagées ni par l'un ni par l'autre législateur : l'ouverture aux couples homosexuels de l'adoption uniquement (notamment adoption de l'enfant du conjoint né d'une procréation assistée)⁷⁵⁵, l'adoption simple telle qu'elle existe en France (et qui permettrait à l'enfant d'établir des liens avec ses géniteurs et ses parents sociaux)⁷⁵⁶, l'institution officialisée de contrats de coparentalité entre gais et lesbiennes⁷⁵⁷, l'instauration d'un consentement spécial à l'adoption par l'« ami » donneur⁷⁵⁸, la reconnaissance de la multiparentalité, comme vient de le faire fort audacieusement l'Ontario⁷⁵⁹, ou, plus simplement, la redéfinition de l'autorité parentale dans le cadre de toutes les familles recomposées au profit du parent « psychologique »⁷⁶⁰ sont d'autres voies possibles. Chaque avenue explorée soulève ses propres difficultés. Dans la mesure où les critiques soulevées à l'encontre des solutions suisse et – surtout – québécoise ne forment pas un manifeste homogène pour ou contre l'admission de la

⁷⁵³ P. FRANK, « Procréation artificielle humaine et protection internationale des droits de l'homme », dans C. BYK (dir.), *Procréation artificielle : où en sont l'éthique et le droit ? Une contribution multidisciplinaire et internationale*, Lyon, Éditions Alexandre Lacassagne, 1989, p. 81

⁷⁵⁴ Dans un contexte culturel occidental du moins...

⁷⁵⁵ « [L]a filiation aurait, là aussi, été « déssexualisée ». Mais au moins aurait-on reconnu son caractère fictif et électif (...) Il ne faut pas oublier non plus que l'adoption remédie à une absence (...). » : M. PRATTE, *loc. cit.*, note 340, à la p. 559.

⁷⁵⁶ Possibilités explorées notamment par : B. MOORE, *loc. cit.*, note 430, p. 99 ; M.-B. TAHON, *op. cit.*, note 13, p. 68. Pour un aperçu de l'adoption simple, voir : M. MANDOFIA BERNEY, *op. cit.*, note 10, p. 122-124

⁷⁵⁷ M.-B. TAHON, *op. cit.*, note 13, p. 69

⁷⁵⁸ B. MOORE, *loc. cit.*, note 430, p. 94

⁷⁵⁹ *Supra*, p. 83

⁷⁶⁰ B. MOORE, *loc. cit.*, note 430, p. 100 ; A. ROY, *loc. cit.*, note 435. L'exercice commun de l'autorité parentale existe par exemple aux Pays-Bas, en Angleterre, en Allemagne, en Finlande et en Norvège : M. PRATTE, *loc. cit.*, note 340, à la p. 558, note 69 et références citées

filiation juridique « dissociée », elles ne trouvent pas toutes de réponse dans une avenue unique et clairement identifiable. Il faudra chercher de nouveaux paradigmes juridiques propres à encadrer de façon à la fois nuancée et cohérente des situations aussi complexes.

Consciente que l'histoire des idées et des mœurs est, comme l'Histoire elle-même, sujette à d'importants mouvements de balancier, nous ne sommes pas en mesure de prédire les changements, d'ordre scientifique ou social, qui interviendront à l'avenir, pas plus que les aménagements que le droit ne manquera pas de mettre en place pour y répondre. Nous sommes toutefois convaincue que, si les appels à un retour en arrière sont susceptibles d'apaiser momentanément les craintes suscitées par la procréation assistée et, en particulier, l'homoparentalité, ils sont rarement capables de freiner le changement durablement. Ainsi, bien que le législateur suisse puisse se targuer d'un système normatif plus harmonieux et mieux construit, il sera vraisemblablement condamné à évoluer davantage, sous la pression conjuguée des revendications individuelles et des droits étrangers. Quant au législateur québécois, il sera sans doute amené à réviser sa copie pour en cibler les objectifs de façon moins partisane ; le temps dira si l'âge peut bonifier les solutions québécoises ou si celles-ci auront à être tout à fait redéfinies pour être praticables au-delà du « bricolage casuistique ». Le retour à une famille plus traditionnelle ou la création de schémas véritablement nouveaux, en dehors du cadre à la fois décrié et convoité de la filiation traditionnelle, sont deux chemins possibles. Le passéisme étant rarement la voie d'élection du progrès (que ce dernier soit scientifique ou social), il est sans doute souhaitable que le Québec, qui a en cela la chance d'être en avance sur la Suisse, continue à réfléchir intensément – et posément – à la question.

En guise de conclusion, nous soulignerons que si les changements familiaux que la procréation assistée a rendus possibles méritent que le droit s'en préoccupe, il faut, pour éviter qu'ils ne subissent un rejet injustifié, que leur réglementation vise à satisfaire le plus grand nombre plutôt que des individus ou groupes d'intérêts désunis. Car ce n'est que dans une intention commune de justice et de paix que la déconstruction des modèles traditionnels pourra tendre vers une reconstruction créative et constituer un gain de liberté et d'ouverture plutôt qu'une perte de repères vaine et velléitaire.

Bibliographie :

1. Législation, réglementation et travaux

International

Convention relative aux droits de l'enfant, Rés. A/RES/44/25, Doc. Off. AGNU c. 3, 44^e sess., Doc. NU A/C.3/44/L.44 (1989)

Convention de La Haye sur la coopération en matière d'adoption internationale, 29 mai 1993

Canada

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)]

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*, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1993.

COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *Les aspects juridiques liés aux nouvelles techniques de reproduction, volume 3 des volumes de recherche*, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1993

COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *Questions d'ordre éthique et juridique liées aux nouvelles techniques de reproduction: grossesse et parentalité, volume 4 des volumes de recherche*, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1993

Loi assurant la mise en œuvre de la Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale et modifiant diverses dispositions législatives en matière d'adoption, L.Q. 2004, c. 3

Loi concernant certaines conditions de fond du mariage civil, L.C. 2005, c. 33

Loi concernant la procréation assistée et la recherche connexe, L.C. 2004, c. 2

Québec

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q, c. C-12

Code civil du Québec, L.Q. 1991, c. 64

Décret 1177-2004 concernant un renvoi à la Cour d'appel relatif à la loi sur la procréation assistée, Gazette officielle du Québec, 5 janvier 2005

Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation, L.Q. 2002, c. 6

Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives, L.Q. 2002, c. 19

Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée et modifiant d'autres dispositions législatives, Projet de loi n°89, 1^{ère} session, 37^{ème} législature

Suisse

Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210

Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311.0

Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101

Initiative « contre l'application abusive des techniques de reproduction et de manipulation génétique à l'espèce humaine », FF 1987 II 1233

Initiative « pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (Initiative pour une procréation respectant la dignité humaine, PPD) », FF 1994 V 877

Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations), RS 220

Loi fédérale du 22 juin 2001 relative à la Convention de La Haye sur l'adoption et aux mesures de protection de l'enfant en cas d'adoption internationale, RS 211.221.31

Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987, RS 291

Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée du 18 décembre 1998, RS 810.11

Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes de même sexe du 18 juin 2004, RS 211.231

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la modification du code civil suisse (Adoption et article 321 CC) du 12 mai 1971, FF 1971 I 1222

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la modification du code civil suisse (Filiation) du 5 juin 1974, FF 1974 II 1

Message relatif à la Loi sur le partenariat enregistré entre personnes de même sexe du 29 novembre 2002, FF 2003 1192

Message relatif à l'initiative populaire « pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (Initiative pour une procréation

respectant la dignité humaine, PPD) » et à la Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA), FF 1996 III 197

Ordonnance sur la Commission nationale d'éthique dans le domaine de la médecine humaine du 4 décembre 2000, RS 810.113

Ordonnance du 4 décembre 2000 sur la procréation médicalement assistée, RS 810.112.2

Ordonnance du 28 avril 2004 sur l'état civil, RS 211.112.2

Ordonnance du 19 octobre 1977 réglant le placement d'enfants à des fins d'entretien et en vue d'adoption, RS 211.222.338

Ordonnance du 29 novembre 2002 sur l'activité d'intermédiaire en vue de l'adoption, RS 211.221.36

Ordonnance du 29 novembre 2002 sur les émoluments perçus en matière d'adoption internationale, RS 211.221.312.3

2. Jurisprudence

Canada

Egan c. Canada, [1995] 2 R.C.S. 513 (C.S.C.)

Miron c. Trudel [1995] 2 R.C.S. 418 (C.S.C.)

Québec

A.P. c. L.D., [2001] R.J.Q. 16 (C.A.)

F.P. c. P.C. [2005] J.Q. No 1270

J.B. c. D.J., [2004] R.D.F. 585 (C.S.)

Ligue catholique pour les droits de l'homme c. Hendricks (2004) J.Q. No 2593 (Q.L.)

S.G v. L.C. [2004] Q.J. No. 6915

Suisse

ATF 59 II 339

ATF 61 II 72, JT 1936 241

ATF 66 II 79

ATF 71 II 54, JT 1945 I 546

ATF 82 II 179, JT 1957 I 528

ATF 96 II 317

ATF 108 II 344

ATF 109 II 291, JT 1985 177

ATF 115 Ia 234, JT 1991 I 194

ATF 119 Ia 460, JT 1995 I 586

ATF 128 I 63

3. Monographies (y compris contributions parues dans des monographies)

ANTINORI, S., *Tout savoir sur la procréation assistée, Fécondation in vitro, SUZI, ICSI, hatching et, pour le futur, clonage thérapeutique, Comment vaincre la stérilité*, Lausanne/Paris, 2003

BAUDOIN, J.-L., et C., LABRUSSE, *Produire l'homme, de quel droit ?*, Paris, Presses universitaires de France, 1987

BEN-AM, M., *Gespaltene Mutterschaft*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1998

BERTRAND, D., et al. (éd.), *Médecin et droit médical: présentation et résolution de situations médico-légales*, Chênes-Bourg, Editions Médecine et Hygiène, 2003

BOURG, C. (dir.), *L'infertilité; procréation médicalement assistée, adoption, filiation, questions éthiques, psychologiques, juridiques et scientifiques*, Montréal, ERPI, 1992

BORD, M., et V., PREMAND, S., SANDOZ, D., PIOTET, *Le droit à la connaissance de ses origines*, Genève, Schulthess, 2006

BUCHLI-SCHNEIDER, F., *Künstliche Fortpflanzung aus zivilrechtlicher Sicht*, Berne, Stämpfli, 1987

BYK, C. (dir.), *Procréation artificielle : où en sont l'éthique et le droit ? Une contribution multidisciplinaire et internationale*, Lyon, Éditions Alexandre Lacassagne, 1989

CASTELLI, M. D., et D., GOUBAU, *Le droit de la famille au Québec*, 5^e éd., Saint-Nicolas, Les Presses de l'Université Laval, 2005

DEKEUWER-DEFOSSEZ, F. (dir.), *Les filiations par greffes, Adoption et Procréation Médicalement Assistée (Colloque du Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé, Université de Lille II, Actes des journées d'études des 5 et 6 décembre 1996)*, Paris, Libraire générale de droit et de jurisprudence, 1997

DELAISI DE PARSEVAL, G., *L'enfant à tout prix*, Paris, Seuil, 1983

DRUEY, J., « La procréation médicalement assistée », dans MOREILLON, L., et al. (éd.), *Aspects pénaux du droit du vivant*, Bâle, Genève et Bruxelles, Helbing & Lichtenhahn et Bruylant, 2004, p. 37

DUBLER-NÜSS, H., *Les nouveaux modes de procréation artificielle et le droit suisse de la filiation*, Berne, Éditions Peter Lang, 1988

DUFOUR, A., *Mariage et société moderne ; les idéologies du droit matrimonial moderne*, Fribourg, Editions universitaires, 1997

FORTIN, S., *Liberté de la recherche et techniques de reproduction : Le cas des ooplasmés*, Montréal, Éditions Thémis, 2004

FUX, B., *Evolution des formes de vie familiale*, Neuchâtel, Office fédéral de la statistique, 2005

GLASSON, E., *Le mariage civil et le divorce ; Dans l'Antiquité et dans les principales législations modernes d'Europe*, 2^e éd., Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel Editeurs, 1880

GUILLOD, O., et N., HELLE, « La Loi sur la procréation médicalement assistée : un tigre de papier ? », dans *Privatrecht im Spannungsfeld zwischen gesellschaftlichem Wandel und ethischer Verantwortung*, Berne, Stämpfli, 2002, p. 691

GUILLOD, O., et N., HELLE, « Les voyages forment la jeunesse », dans *Mélanges en l'honneur de François Knoepfler*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2005, p. 441

HALPERIN, J.-L., *Histoire des droits en Europe de 1750 à nos jours*, Editions Flammarion, 2004

HEGENAUER, C., « Künstliche Fortpflanzung une Vertrag », *Mélanges Piotet*, Berne, Stämpfli, 1990, p. 67

HENNAU-HUBLET, C., et B.M., KNOPPERS (dir.), *L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'homme ; Aspects médico-scientifique, éthique et juridique*, Travaux de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 1997

HERITIER, F., « Don et utilisation de sperme et d'ovocytes. Mères de substitution. Un point de vue fondé sur l'anthropologie sociale », dans *Actes du colloque Génétique, Procréation et Droit*, Arles, Actes Sud, 1985, p.239

HERITIER, F., *Masculin/Féminin, la pensée de la différence*, Paris, Odile Jacob, 1996

HERITIER, F., *Masculin/Féminin II ; Dissoudre la hiérarchie*, Paris, Odile Jacob, 2002

- HUMEAU, C., et F., ARNAL, *La Procréatique, Les biotechnologies et la reproduction humaine, Histoire et éthique*, Montpellier, Sauramps Médical, 2003
- Institut suisse de droit comparé, *Analyse génétique humaine et protection de la personnalité*, Zurich, Schultess Polygraphischer Verlag, 1994
- KHAIËT, L. (dir.), *Vérité scientifique, vérité psychique et droit de la filiation ; Actes du colloque IRCID-CNRS des 9, 10 et 11 février 1995*, Toulouse, Editions Erès, 1995
- KNOPPERS, B.M. et M.-A., GRIMAUD, L., BUSQUE, et D., DESMARAIS, « L'apport des technologies de l'ADN en droit familial : aspects techniques et juridiques », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Congrès annuel du Barreau du Québec (1997)*, Cowansville, Editions Yvon Blais, 1997, p. 329
- KOROBKIN, R., et S.R., MUNZER, *Stem Cell Research and the Law*, UCLA Center for Society and Genetics, UCLA School of Law, February 2006, p. 3
- LAFOND, P-C. et B., LEFEBVRE (dir.), *L'union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21^{ème} siècle, Actes du colloque du Groupe de réflexion en droit privé*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003
- Larousse médical*, 3^{ème} éd., Paris, Larousse, 2003
- Le Petit Robert de la langue française* 2006, 39^{ème} éd., Paris, Robert Laffont, 2006
- LEUBA, A., P. MEIER et S. SANDOZ, « Quelle famille pour le XXI^{ème} siècle ? », Publications de l'Institut suisse de droit comparé, *Rapports suisses présentés au XVIème Congrès international de droit comparé, Brisbane, 14 au 20 juillet 2002*, Zürich, Schulthess, 2002, p. 149
- LEROY-FORGEOT, F., *Histoire juridique de l'homosexualité en Europe*, Paris, Presses universitaires de France, 1997
- LETTERON, R., *Le droit de la procréation*, Paris, Presses universitaires de France, 1997
- LOUBIER, C., et al., *La place de la famille en droit québécois, Prix Charles-Coderre pour l'avancement du droit social 1995*, Sherbrooke, Les éditions Revue de Droit Université de Sherbrooke, 1996
- LLUELLES, D., *Guide des références pour la rédaction juridique*, 6^e éd., Montréal, Les éditions Thémis, 2000
- MANAIÏ, D., *Les droits du patient face à la biomédecine*, Berne, Stämpfli, 2006
- MANDOFIA BERNEY, M., *Vérités de la filiation et procréation assistée, étude des droits suisse et français*, Genève, Helbing & Lichtenhahn, 1993

MASSAGER, N., *Les droits de l'enfant à naître ; Le statut juridique de l'enfant à naître et l'influence des techniques de procréation médicalement assistée sur le droit de la filiation ; Etude de droit civil*, Collection de la Faculté de droit de l'université libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, 1997

MEIER, P., « Génétique et procréation assistée en Suisse », dans *Biomedicine, the family and human rights*, La Haye, Londres, New York, Kluwer law international, 2002, p. 331

MEIER, P., et M., STETTLER, *Droit civil VI/1, l'établissement de la filiation (art. 252 à 269c CC)*, 3^e éd., Fribourg, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, 2005

MEIER, P., et M., STETTLER, *Droit civil VI/2, les effets de la filiation (art. 270 à 327 CC)*, 3^e éd., Fribourg, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, 2006

MOORE, B., « Les enfants du nouveau siècle (libres propos sur la réforme de la filiation) », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit familial*, vol. 176, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 75

MORGAN, D., et L., NIELSON, « Dangerous Liaisons ? Law, Technology, Reproduction and European Ethics » dans *Law, Health and Regulation*, édité par S. McVeigh et S. Wheeler, Hants, Dartmouth Publishing Company Ltd, 1992, p. 52

NICOLAU, G., *L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation*, Bordeaux, Presses Universitaires de Bordeaux, 1989

PINEAU, J., *La Famille : droit applicable au lendemain de la « Loi 89 »*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1983

PETIT, E., *Cellules souches embryonnaires: droit, éthique et convergence*, Montréal, Éditions Thémis, 2003

PULVER, B., *L'union libre : droit actuel et réformes nécessaires*, Lausanne, Réalités Sociales, 1999

RENAUT, M.-H., *Histoire du droit de la famille*, Paris, Ellipses, 2003

RIVARD, G. et J., HUNTER, *The Law of Assisted Human Reproduction*, Lexis Nexis Butterworths, 2005

ROBERGE, C.A., « Les influences du droit public sur le droit de la famille », dans P., CIOTOLA, et D.-C., LAMONTAGNE, F. RAINVILLE, C.A. ROBERGE, *XVIIIe Congrès de l'Union internationale du notariat latin, Montréal 21 au 27 septembre 1986 ; Rapports Canadiens, Québec ; Les influences du droit public sur le droit de la famille, le droit immobilier, le droit des contrats et le droit des sociétés*, Montréal, Chambre des notaires du Québec, 1986, p. 1

ROY, A. :, *Le droit de l'adoption au Québec. Adoption interne et internationale*, Montréal, Éditions Wilson & Lafleur, 2006

SCHAUMANN, C., *Die heterologe künstliche Insemination*, Fribourg, Éditions universitaires, 1991

SCHWEIZER, R.J., *Article 24^{novies}*, dans AUBERT, J.-F., et al., *Commentaire de la Constitution fédérale du 29 mai 1874*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1996, p. 1987

TAHON, M.-B., *Vers l'indifférence des sexes ? Union civile et filiation au Québec*, Montréal, Éditions du Boréal, 2004

TETRAULT, M., *Droit de la famille*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005

WANNER, P., et P., FEI, *Facteurs influençant le comportement reproductif des Suissesses et des Suisses*, Neuchâtel, Office fédéral de la statistique, 2005

WIDMER P. (dir.), *Bioéthique : de l'éthique au droit, du droit à l'éthique, Colloque international, Lausanne, 17-18 octobre 1996*, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, Zürich, Schulthess Verlag, 1997

ZIEGLER, A.R., et al. (éd.), *Droits des gays et lesbiennes en Suisse ; Partenariat enregistré, communauté de vie de fait, questions juridiques concernant l'homosexualité*, Berne, Stämpfli, 2007

4. Articles

BESSON, S., « Das Grundrecht auf Kenntnis der eigenen Abstammung », *Revue de droit suisse*, 2005, I, p. 39

BORRILLO, D., et T., PITOIS-ETIENNE, « Différence des sexes et adoption : la «psychanalyse administrative» contre les droits subjectifs de l'individu », (2004) 49 *R.D. McGill* 1035

BUREAU, M.-F., « L'union civile et les nouvelles règles de filiation au Québec : contrepoint discordant ou éloge de la parenté désirée », *R. du N.* (2003) 105, p. 901

CHAMBERLAN, L., « Loi 84 – vers une reconnaissance de l'homoparentalité », *Conjonctures n° 41-42 – Drôle de genre*, Hiver-Printemps 2006, p. 43

CAMPANA, A., et M., MANDOFIA BERNEY, « Procréation assistée. Perspectives éthiques et juridiques en Suisse », *Cahiers médico-sociaux*, 1993, vol. 37, n°2, p. 103

de ZIEGLER, D., et al., « Endocrinologie gynécologique et infertilité à la lumière de vingt ans de FIV », *Revue médicale suisse*, n°53, 15 février 2006

FORTIN, S., « Procréation assistée et agence canadienne de contrôle », *L'observatoire de la génétique*, n°14, novembre-décembre 2003

GÄCHTER, T. et M., SCHWENDENER, « Verwendungsverbot von Keimzellen und imprägnierten Eizellen Verstorbener », *Revue suisse de droit de la santé*, 2005, 7, p. 11

GIROUX, A., « Capacité juridique de la femme mariée : 40 ans déjà depuis le grand coup de barre », *Journal du Barreau du Québec*, vol. 36, n°13, 1^{er} août 2004

GIROUX, M., « Test d'ADN et filiation à la lumière des développements récents : dilemmes et paradoxes », (2002) 32 *R.G.D.* 865

GOSSELIN, J., « Les naissances hors mariage plus nombreuses au Québec », *La Presse Montréal*, 1^{er} août 2006, p. A8

GUILLOD, O., « Des cigognes aux éprouvettes: les méthodes changent, l'amour reste », *Revue internationale de droit comparé*, 1989, 11, p. 637

HEALY, P., « Statutory Prohibitions and the Regulation of New Reproductive Technologies under Federal Law in Canada » (1995) 40 *R.D. McGill* 905

HERITIER-AUGE, F., « La cuisse de Jupiter », *L'homme*, n°94, 1985, p. 5

HÉTU, J., « L'expertise sanguine dans la recherche de paternité », (1970) 5 *Revue juridique Thémis* 233

LIPPMAN, A., « "Never Too Late": Biotechnology, Women and Reproduction », (1995) 40 *R.D. McGill* 875

LORMEAU, S., « Un premier cadre juridique national concernant le clonage humain et la procréation assistée au Canada », *L'observatoire de la génétique*, mai-juin 2004, n° 17

MANDOFIA BERNEY, M., et O., GUILLOD, « Liberté personnelle et procréation assistée », *Revue suisse de jurisprudence*, 1993, 89, p. 205

MARTIN, J., « Accouchement sous X, adoption, PMA, « boîtes à bébé » et droit de connaître ses origines : un débat actuel », *Revue Médicale Suisse* n°2436, 7 mai 2003

MARTIN, J., « Diagnostic préimplantatoire : Enjeux bioéthiques autour d'un sujet d'actualité » *Revue Médicale Suisse* n°35, 5 octobre 2005

MARTIN, J., « Biomédecine et procréation », *Revue Médicale Suisse* n°6, 9 février 2005

MAURON, A., « La législation sur les procréations médicalement assistées et l'article 24^{novies} de la Constitution », *Médecine et Hygiène*, 1995, p. 2154

MIRENOWICZ, J., « Enquête: les Suisses croient en «la science» tout en s'en méfiant », *Revue médicale suisse* n°2355, 30 juillet 2001

- MOORE, B., « Le droit de la famille et les minorités », (2003-2004), 34 *R.D.U.S.* 229
- MOORE, B., « Quelle famille pour le XXI^{ème} siècle ? Perspectives québécoises », (2003) 20 *Rev. can. D. Fam.* 57
- NAU, J.-Y., « Diagnostic prénatal versus diagnostic préimplantatoire (1) », *Revue Médicale Suisse*, n°2433, 16 avril 2003
- NAU, J.-Y., « Diagnostic prénatal versus diagnostic préimplantatoire (2) », *Revue Médicale Suisse*, n°2434, 23 avril 2003
- NAU, J.-Y., « Diagnostic prénatal versus diagnostic préimplantatoire (3) », *Revue Médicale Suisse*, n°2437, 14 mai 2003
- NAU, J.-Y., « Feu vert britannique pour la production in vitro d'un embryon humain issu de deux femmes », *Revue médicale suisse*, n°33, 21 septembre 2005
- OBADIA, A., « L'incidence des tests d'ADN sur le droit québécois de la filiation », (2000) 45 *R.D. McGill* 483
- PAOLINI-GIACOBINO, A., « Procréation assistée : quelles incertitudes génétiques ? », *Revue médicale suisse*, n°5, 2 février 2005
- PELET, O., « Pourquoi interdire le don d'ovules ? », *Plaidoyer* 2003, 5, p. 70
- Philosophie Magasine* n°4, Dossier « Pour ou contre le mariage homosexuel et l'homoparentalité », octobre-novembre 2006, p. 14
- PRATTE, M., « La filiation réinventée : l'enfant menacé ? », (2003) 33 *R.G.D.*, p. 541
- ROY, A. ; « Le nouveau cadre juridique de la procréation assistée en droit québécois ou l'œuvre inachevée d'un législateur trop pressé », (2005) 23 *L'Observatoire international de la génétique*
- ROY, A. ; « Les couples de même sexe en droit québécois », (2005) 35 *Revue Générale de droit* 161-182
- ROY, A., « Le droit de la famille, une décennie d'effervescence législative », (2003) 105 *R. du N.*, p. 215
- ROY, A., « La conjointe de la mère doit-elle adopter l'enfant issu d'une procréation assistée ? », (2003) 105 *R. du N.*, p. 119
- SANDOZ, S., « Effets horizontaux des droits fondamentaux : une redoutable confusion », *Revue suisse de jurisprudence*, 83 (1987) 13, p. 214
- SANDOZ, S., et O., MEXIN, « Liberté personnelle et procréation médicalement assistée : quelles limites au pouvoir créateur du juge constitutionnel ? », *Revue de droit suisse*, 114(1995), 1, 4/5, p. 453

SANDOZ, S., « Quelques problèmes de filiation en relation avec la procréation médicalement assistée », *RDT*, 2001, p. 90

SHANNER, L., « The Right to Procreate: When Rights Claims Have Gone Wrong », (1995) 40 *R.D. McGill*, p. 823

TAHON, M.-B., « La Loi 84, le mariage et l'égalité des sexes et des enfants », *Conjonctures n° 41-42 – Drôle de genre*, Hiver-Printemps 2006, p. 33

WITEMUTE, R., « Sexual Orientation and the Charter: The Achievement of Formal Legal Equality (1985-2005) and Its Limits », (2004) 49 *R.D. McGill* 1143

WIRTHNER, D., et al., « Don de sperme et loi sur la procréation médicalement assistée », *Revue médicale suisse* n°2362, 3 octobre 2001

5. Ressources électroniques

BERG, B., « L'affaire des trois parents : Le droit de la famille du nouveau millénaire », Bulletin Blakes sur les services juridiques bénévoles, janvier 2007. [en ligne].
http://www.blakes.com/french/publications/probono/Jan2007/juridiques_benevoles.pdf (Page consultée le 20 février 2007)

Cyberpresse. « Une femme britannique accouche à 63 ans », 7 juillet 2006. [en ligne].
<http://www.cyberpresse.ca/article/20060707/CPINSOLITE/60707135/5406/CPINSOLITE> (Page consultée le 31 juillet 2006)

HOHL, M.K., « La situation de la procréation médicalement assistée en Suisse », Forum Med Suisse, n°16, avril 2003. [en ligne]
http://www.medicalforum.ch/pdf/pdf_f/2003/2003-16/2003-16-559.PDF

MURET, D., « Le papa des enfants impossibles », (2001) *L'Humanité*. [en ligne].
<http://www.humanite.presse.fr/journal/2001-08-09/2001-08-09-248560> (Page consultée le 31 juillet 2006)

Parlement du Canada, « Orientations sexuelles et garanties juridiques : aperçu chronologique », (2005) [en ligne].
<http://www.parl.gc.ca/information/library/prbpubs/prb0413-f.htm> (Page consultée le 14 avril 2006)

REGNIER, M.-H. « Les « nouvelles » techniques de reproduction » (2003) [en ligne] <http://www.familis.org/riopfq/publication/pensons75/regnier.html> (Page consultée le 26 mars 2006)

ROY, A. « La filiation homoparentale : esquisse d'une réforme précipitée » (2004), *Enfances, Familles, Générations* (revue du Conseil du développement de la recherche sur la famille au Québec [en ligne] <http://www.erudit.org/revue/efg/2004/v/n1/008896ar.html> (Page consultée le 26 mars 2006)

6. Sites Web :

La plupart des références officielles suisses sont disponibles à l'adresse suivante :

<http://www.admin.ch>

En particulier :

la Cst féd. :

<http://www.admin.ch/ch/f/rs/1/101.fr.pdf>

le CC :

<http://www.admin.ch/ch/f/rs/2/210.fr.pdf>

la LPMA :

<http://www.admin.ch/ch/f/rs/8/814.90.fr.pdf>

la LPart :

<http://www.admin.ch/ch/f/ff/2004/2935.pdf>

le Message LPMA :

<http://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/showDoc.do>

le Message LPart :

<http://www.admin.ch/ch/f/ff/2003/1192.pdf>

7. Autres :

Nouvelles réalités sociales de la filiation, Journée nationale de réflexion scientifique, Lausanne, 25 janvier 2007. Les interventions peuvent être visionnées en vidéo à l'adresse suivante :

<http://www.resar.ch/?>

Glossaire¹ :

Acide désoxyribonucléique : acide nucléique, support du contrôle des activités cellulaires et de la transmission des caractères héréditaires.

Acide nucléique : Substance chimique portant, dans chaque cellule, les instructions héréditaires codées qui permettent le développement de l'organisme.

Allèle : chacun des deux gènes de même fonction occupant un site homologue sur chacun des deux chromosomes d'une paire

Asthénospermie : faible mobilité des spermatozoïdes.

Azoospermie : absence totale de spermatozoïde dans le sperme, due à une stimulation hormonale insuffisante (arrêt de la spermatogenèse), à un dysfonctionnement testiculaire ou à une obstruction des canaux déférents.

Cellule somatique : toute cellule du corps autre qu'un gamète.

Cellule souche : cellule capable de se diviser indéfiniment et de donner naissance à toute cellule différenciée du corps humain.

Cervical : relatif au col de l'utérus.

Chromosome : élément essentiel situé dans le noyau de la cellule, en nombre constant pour chaque espèce (23 paires chez l'homme) et porteur des facteurs déterminants de l'hérédité.

Cytoplasme : ensemble des éléments qui se trouvent à l'intérieur de la cellule, à l'exclusion du noyau.

Diagnostic préimplantatoire : identification d'une anomalie génétique chez l'embryon grâce aux techniques de biologie moléculaire au cours d'une fécondation *in vitro*. Ce dépistage s'adresse aux couples qui désirent un enfant et qui ont déjà donné naissance ou sont à risque de donner naissance à un enfant atteint de maladie génétique grave et incurable. Il consiste à prélever une ou deux cellules sur l'embryon avant son transfert dans l'utérus de la mère. Seuls les embryons sains seront implantés. Il a en particulier l'avantage d'éviter une interruption de grossesse, mais pose de nombreuses questions éthiques compte tenu de son important risque de dérives eugéniques.

Diagnostic prénatal : dépistage d'une maladie du fœtus avant la naissance. Ce type de diagnostic peut être réalisé par différentes techniques selon le stade de la grossesse (amniocentèse ou échographie notamment). Il permet de mettre un terme à la grossesse ou de préparer la naissance lorsqu'une anomalie compatible avec la vie est décelée.

Electrophorèse : technique de laboratoire permettant de séparer les différents constituants d'un mélange chimique en vue d'identifier et d'étudier chacun d'entre eux.

¹ Les définitions suivantes sont issues ou inspirées du *Larousse médical*, 3^{ème} éd., Paris, Larousse, 2003, du *Petit Robert de la langue française* 2006, 39^{ème} éd., Paris, Robert Laffont, 2006, ainsi que des explications de : Severino ANTINORI, *Tout savoir sur la procréation assistée, Fécondation in vitro, SUZI, ICSI, hatching et, pour le futur, clonage thérapeutique, Comment vaincre la stérilité*, Lausanne/Paris, 2003

Embryon : organisme humain jusqu'à la 8^{ème} semaine de développement dans l'utérus. On parle ensuite de fœtus.

Epididyme : organe allongé situé dans la partie supérieure du testicule. Voie spermatique qui se prolonge par le canal déférent par lequel le sperme remonte dans la verge.

Gamète : cellule reproductrice sexuée possédant la moitié des chromosomes des autres cellules de l'organisme et qui, en s'unissant à une cellule reproductrice du sexe opposé, forme l'embryon.

Génome : ensemble du matériel génétique d'une cellule, c'est-à-dire de ses molécules d'ADN.

Génotype : ensemble des caractères génétiques d'un être vivant.

Germine (cellule) : cellule reproductrice, gamète.

Matrice : voir utérus.

Mitochondrial : relatif à la mitochondrie.

Mitochondrie : organe cytoplasmique jouant un rôle fondamental dans l'approvisionnement énergétique des cellules.

Molécule : groupement d'atomes identiques ou différents, unis entre eux par des liaisons chimiques et représentant, pour un corps donné, la plus petite quantité de matière pouvant exister de façon indépendante en gardant ses caractéristiques.

Oligozoospermie : faible concentration de spermatozoïdes dans le sperme.

Ovaires : glandes sexuelles féminines, productrices d'ovules.

Ovocyte : voir ovule.

Ovulation : libération d'un ovule par l'ovaire, à chaque cycle menstruel.

Ovule : cellule reproductrice femelle.

Phénotype : ensemble des caractéristiques corporelles d'un organisme. Le phénotype est l'expression morphologique de certains éléments du génotype.

Polymorphisme : existence au sein d'une population de variations individuelles d'un caractère génétique n'entraînant pas de conséquences pathologiques. La variété des groupes sanguins en est un exemple.

Spermatocyte : cellule reproductrice mâle qui devient un spermatide, puis un spermatozoïde.

Spermatide : cellule reproductrice mâle qui devient un spermatozoïde.

Spermatogenèse : élaboration des spermatozoïdes par le testicule.

Spermatogonie : cellule du tube séminifère qui, par division, forme des spermatocytes.

Spermatozoïde : cellule reproductrice mâle.

Testicules : glandes productrices des spermatozoïdes.

Tératospermie : anomalie morphologique des spermatozoïdes.

Trompes (de Fallope): conduit reliant l'ovaire à l'utérus.

Utérus (ou matrice) : organe de l'appareil reproducteur féminin destiné à accueillir l'ovule fécondé pendant la grossesse.

Vaginisme : affection caractérisée par une contracture spasmodique involontaire des muscles vaginaux au moment de la pénétration, rendant celle-ci impossible ou douloureuse.

Varicocèle : varice des veines du cordon spermatique.

Vasectomie : résection partielle ou totale des canaux déférents entraînant la stérilité masculine.