

2m11.2749.5

Université de Montréal

L'accès aux nouvelles technologies de reproduction en droit français et québécois

par

Valérie BENJAMIN

Faculté de droit

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

Juin, 1999

© Valérie BENJAMIN, 1999



2.000.000

AZBD

UB4T

2000

V.003

Université de Montréal

L'accès aux nouvelles technologies de reproduction en droit français et québécois

et
par

Valérie BRILANTIN

L'écriture de droit

Mentionnement des droits de l'Université de Montréal

en vue de l'obtention du grade de

Maître en droit (M.É.D.)

Janv. 1991

© Valérie BRILANTIN, 1991



Université de Montréal
Faculté des études supérieures

Ce mémoire intitulé:

L'accès aux nouvelles technologies de reproduction en droit français et québécois

présenté par

Valérie BENJAMIN

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes:

Patrick A. MOLINARI , président-rapporteur
Bartha-Maria KNOPPERS , directeur de recherche
Thérèse LEROUX , membre du jury

Mémoire accepté le 24 novembre 1999

SOMMAIRE

Le sujet consiste en une étude comparative France-Québec mettant en lumière les choix relatifs à l'accès aux nouvelles technologies de reproduction.

Les progrès de la science, débouchant sur le développement de techniques de reproduction de plus en plus sophistiquées, engendrent aujourd'hui autant de craintes que d'espoirs. Dans cette perspective, il s'agira de savoir dans quelle mesure le désir d'avoir un enfant justifie le recours à ces technologies.

L'analyse des droits français et québécois doit souligner que ce recours n'est pas inconditionnel. Bien au contraire, les différents instruments juridiques –lois, autoréglementation des corps professionnels, pratiques- posent la problématique en termes de limites : limites quant à l'acceptabilité de certaines technologies, limites également relatives à l'accessibilité (conditions relatives à l'état civil, l'état médical...) à ces technologies. Le choix des limites n'est pas neutre. Il reflète des conceptions éthiques fondamentales et des représentations sociales qu'il importe de mettre en relief.

L'étude s'attachera donc dans un premier temps à faire ressortir en quoi les deux pays abordent la question de l'accès aux NTR en termes de limites.

En France, la loi qui fournit les réponses établit ces limites.

Au Québec, en l'absence de réglementation d'ensemble, il n'existe cependant pas d'accès inconditionnel, des limites découlant de l'autoréglementation ou encore étant justifiées par l'interprétation des principes existants.

Cependant, il sera également intéressant de constater qu'en dépit des limites établies par le droit, les parties en présence –corps médical fournisseur de NTR, destinataires de l'assistance à la procréation- disposent d'une marge de manœuvre non négligeable dans le processus d'accès aux NTR.

Ainsi, s'agissant des demandeurs, leur liberté va notamment s'illustrer dans leur droit au consentement libre et éclairé.

En ce qui concerne les médecins, cette liberté va plutôt s'exercer comme un pouvoir.

Ainsi au Québec, en l'absence de loi établissant clairement les principes, les médecins ont un véritable pouvoir : celui d'accepter ou de refuser l'accès aux NTR.

Mais on observera que même en France où la loi fixe les critères d'accès, l'autorité médicale est loin d'être réduite à l'état de simple exécutant de l'assistance à la procréation. La loi l'a investie de pouvoirs que certains estiment immenses, analysant cette marge de manœuvre de l'autorité médicale en un « pouvoir médical de fait ».

ABSTRACT

The theme is that of a comparative France-Quebec study that sheds light on the existing choices of new reproductive technologies.

The progress of the science, resulting in the development of NRT that are more and more sophisticated, raises just as many fears as hopes. Taking this into account a question remains : in what way does the desire to have a child justify the access to these technologies ?

A close look into the french and quebec laws forwards the idea that the access to such technologies is not unconditional. On the contrary, the different policies –laws, self-regulation, practices- define limits : limits applied to the acceptability as well as accessibility (depending on one's civil status, medical criterias...) of these technologies. The choice of these limits is not neutral. It reflects fundamental ethical conceptions and social representations that need to be highlighted.

This study therefore, tries firstly to emphasize the manner in which these two countries deal with the question of access to the NRT, in terms of limits.

In France, the law which provides answers sets these limits.

In Quebec, in view of the absence of national legislation, there are no unconditional access, limits induced by self-regulation or justified by the interpretation of the existing principles.

However, it will be equally interesting to demonstrate that in spite of the existing legally established limits, the parties concerned –medical profession that supplies NRT, those requiring reproductive assistance- possess a non negligible amount of leeway in the process of accessing the NRT.

Regarding applicants, their freedom will be illustrated especially by their right to free and informed consent.

Concerning the medical profession, this freedom will be exercised as a power.

Therefore in Quebec, in the absence of national statement clearly establishing the principles, the physicians have a real power : that is of accepting or refusing of access to the NRT.

However, what we will observe is that even in France where the law defines the criterium of access, medical authority is far from being reduced to the simple state of an executant in the aid of procreation. The law has invested in it certain powers that some estimate as substantial, considering this medical authority's leeway as a « medical power of fact ».

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	1
I – LES LIMITES À L’ACCÈS AUX NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION	8
A – LES PRATIQUES PROSCRITES	8
1 – LES CONTRATS DE MÈRES PORTEUSES.....	9
1.1 - Au plan civil.....	12
1.2 - Au plan pénal.....	20
2 – LE CLONAGE REPRODUCTIF.....	23
B – L’ENCADREMENT DE L’ACCÈS AUX PRATIQUES AUTORISÉES.....	30
1 – LES INDICATIONS MEDICALES.....	34
1.1– La légitimité de l’établissement d’indications médicales.....	34
1.1.1 - Les NTR et les soins médicaux.....	34
1.1.2 - Conséquences attachées à la qualification de soins médicaux.....	39
1.2 – Les différentes indications médicales.....	43
1.2.1 - L’infertilité.....	43
1.2.1.1 - Définition de la notion d’infertilité.....	44
1.2.1.2 - Infertilité et maladie.....	48
1.2.2 - Le risque de transmission d’une maladie à l’enfant à naître.....	51
2 – INDICATIONS RELATIVES A LA STRUCTURE DE LA PARENTE.....	54
2.1 – Légitimité de l’établissement d’indications relatives à la structure de la parenté : la recherche du meilleur intérêt de l’enfant.....	55
2.2 – Les différentes indications relatives à la structure de la parenté.....	60
2.2.1 - L’état civil.....	60
2.2.1.1 - Les personnes seules.....	60
2.2.1.1.1 - Les femmes célibataires.....	61
2.2.1.1.2 - Les femmes veuves.....	67
2.2.1.2 - La situation matrimoniale du couple.....	74
2.2.2 - L’orientation sexuelle.....	76
2.2.3 - L’âge.....	82

II – LA LIBERTÉ DES PARTIES EN PRÉSENCE 87

A – LA LIBERTÉ DÉCISIONNELLE DES DESTINATAIRES DES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION : L'EXIGENCE DU CONSENTEMENT LIBRE ET ÉCLAIRÉ..... 88

1 – LES CONDITIONS DE VALIDITÉ DU CONSENTEMENT 90

1-1- Le consentement éclairé : l'information..... 90

1.1.1 - Contenu de l'information..... 93

1.1.1.1 - la description de l'intervention ou du traitement..... 93

1.1.1.2 - la divulgation des risques..... 94

1.1.1.3 - les choix possibles..... 98

1.1.2 – Mode de transmission de l'information..... 101

1-2 – Le consentement libre..... 102

2 – LA DÉCISION..... 104

2-1 le consentement aux NTR..... 104

2-2 le droit au refus..... 108

B – LE POUVOIR MÉDICAL..... 112

1 - LA LIBERTÉ DE FOURNIR LES NTR..... 113

1.1 - Les techniques non proscrites mais présentant un danger pour la santé et la sécurité des personnes 113

1.1.1. Le transfert multiple d'embryons..... 113

1.1.2 - Les variantes de la fécondation *in vitro*..... 116

1.2 - les destinataires..... 119

2 – LA LIBERTÉ DE NE PAS FOURNIR LES NTR..... 124

2.1 - Le droit de refus..... 125

2.2 - la légitimité du droit de refus..... 127

CONCLUSION..... 132

BIBLIOGRAPHIE 136

LISTE DES SIGLES ET DES ABREVIATIONS

AMP / PMA : assistance médicale à la procréation / procréation médicalement assistée

CCNE : comité consultatif national d'éthique

CECOS : centre d'étude et de conservation du sperme humain

IMRM : institut de médecine de la reproduction de Montréal

NTR : nouvelles technologies/techniques de reproduction

RAMQ : régie de l'assurance-maladie du Québec

REMERCIEMENTS

Je remercie ma directrice de recherche madame Bartha-Maria KNOPPERS pour les conseils éclairés qu'elle m'a donnés au cours de la rédaction de mon travail.

Je tiens également à remercier le CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME qui m'a fait parvenir assez promptement une documentation qui m'a été précieuse pour mener à bien cette recherche.

Mes remerciements s'adressent enfin à madame Jocelyne SIROIS, du secrétariat des études supérieures de la Faculté de droit, pour sa grande disponibilité et sa gentillesse.

INTRODUCTION

En trente ans, les nouvelles technologies de reproduction (NTR) ont connu un développement fulgurant en France et au Québec.

Certaines d'entre elles sont aujourd'hui d'utilisation courante et contribuent à encourager le phénomène croissant de la médicalisation de la reproduction. Parmi ces techniques on trouve notamment l'insémination artificielle et la fécondation *in vitro*.

L'insémination artificielle consiste à introduire, à l'aide d'un dispositif spécial d'injection, une certaine quantité de sperme dans le cul-de-sac postérieur du vagin, ou au niveau de l'orifice externe du col de l'utérus, ou dans le canal cervical de la femme. La seule difficulté est de réaliser l'opération au moment optimal dans le cycle d'ovulation de la femme. Pour couvrir au maximum cette période, il n'est pas rare que l'on pratique deux à trois inséminations rapprochées. L'insémination artificielle peut être réalisée avec sperme du conjoint (IAC ou insémination homologue) ou avec celui d'un tiers donneur (IAD ou insémination hétérologue). Elle est à l'origine considérée comme un procédé permettant de pallier un problème de stérilité masculine.

En France, ses premières applications sont attribuées à Thouret en 1804. Elle s'est rapidement développée malgré les résistances initiales émanant du corps social¹. Les premières banques de sperme humain, désignées sous l'appellation de CECOS (Centre d'Etude et de Conservation du Sperme humain), apparaissent en 1973. C'est aujourd'hui

¹ La technique fut à ses débuts très mal acceptée notamment parce qu'elle révélait que la stérilité pouvait avoir une origine masculine, et qu'elle faisait appel à la masturbation en dissociant pour la première fois procréation et sexualité. L'insémination artificielle fut ainsi considérée au 19^e siècle comme contraire à la dignité du mariage et la morale naturelle.

On trouve d'ailleurs des exemples de condamnation sévère de l'insémination artificielle dans la jurisprudence française. Le tribunal civil de Bordeaux juge en 1883 que la préservation de la dignité du mariage impose « que de semblables procédés ne soient pas transposés du domaine de la science à celui de la pratique » (trib. civ. de Bordeaux, 27 août 1883, Rev. hist. méd., fév. 1955, p. 37) ; de même, la cour d'appel de Lyon voit en 1956 dans cette technique un procédé condamnable, humiliant, de nature excessive et injurieuse justifiant un divorce aux torts de l'épouse, et cela même si le mari était consentant (CA Lyon, 28 mai 1956, D. 1956, 646, note Breton).

une technique d'application très courante, et on l'estime qu'environ 1500 enfants naissent tous les ans d'une IAD².

Au Québec, l'insémination artificielle est utilisée depuis près de 25 ans maintenant. Trois hôpitaux universitaires de Québec, cinq hôpitaux universitaires de Montréal et une clinique privée de Montréal (l'Institut de médecine de la reproduction de Montréal, l'IMRM) ont été recensés en 1991 comme offrant des programmes d'insémination artificielle³. Depuis lors, d'autres centres privés ont vu le jour⁴. Les médecins peuvent également fournir ces prestations en cabinet privé. La Régie de l'assurance-maladie du Québec (RAMQ) notait une progression de la pratique de 1989 à 1993, et comptabilisait pour 1993 un nombre de 6835 femmes inséminées⁵.

La fécondation *in vitro* est un processus plus complexe qui techniquement comporte deux étapes majeures. Elle consiste tout d'abord à créer en laboratoire un embryon par fusion, dans un récipient de culture pendant environ 48 heures, des gamètes (ovule et spermatozoïde) préalablement recueillis. L'embryon ou les embryons ainsi obtenus seront ensuite placés dans l'utérus de la femme (c'est le processus de la FIVETE). Si ces embryons se fixent à la paroi interne de l'utérus, la grossesse débute. Cette technique a été conçue initialement pour pallier des stérilités féminines d'origine tubaire (qu'il s'agisse d'obturation, d'altération ou d'ablation des trompes de Fallope), mais a rapidement été utilisée pour surmonter des stérilités idiopathiques (c'est-à-dire de cause inexpliquée).

² COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE (CCNE), Avis n°42 du 30 mars 1994 sur l'évolution des pratiques d'assistance médicale à la procréation

³ COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, Rapport final de la COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, Un virage à prendre en douceur, Tome I, 1993, p.492

⁴ On peut par exemple citer le centre PROCREA.

⁵ RÉGIE D'ASSURANCE-MALADIE DU QUÉBEC, Services des programmes et statistiques, compilation de certaines données, dans CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, La procréation médicalement assistée : une pratique à encadrer, avis du CSF, 1996, p.36.

L'acceptation de la fécondation *in vitro* en France et au Québec a été plus problématique au plan éthique car elle dissocie non seulement procréation et sexualité, mais aussi procréation et gestation. De plus la technique connaît de faibles taux de succès puisque les taux de grossesses obtenues sont de l'ordre de 20 % dans les deux pays, ce qui serait toutefois comparable aux taux de fécondité des couples fertiles⁶. Enfin ces techniques sont très invasives et ne sont pas sans comporter des risques sur la santé des femmes. Néanmoins la pratique de la fécondation *in vitro* s'est développée en France et au Québec depuis les années 80.

Le premier bébé éprouvette français est né en 1982 et depuis, beaucoup d'autres naissances de ce type ont eu lieu. Aujourd'hui environ 4500 enfants sont issus chaque année de cette méthode⁷.

Au Québec la premier bébé éprouvette remonte à 1985, et en 1995, seule une clinique privée pratiquait la fécondation *in vitro* (l'IMRM).

A côté de ces techniques qui sont aujourd'hui largement utilisées dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation, d'autres NTR se font jour, qu'il s'agisse de variantes de la fécondation *in vitro*⁸ ou encore du procédé du clonage qui sera bientôt transposable à l'être humain.

Les NTR ont aujourd'hui un vif succès auprès des populations française et québécoise, et ce au détriment d'autres modes d'accession à la parenté comme notamment l'adoption.

Force est de constater que dans nos sociétés contemporaines occidentales dites « civilisées », il existe un fort attachement à l'idée selon laquelle la filiation s'identifie à l'engendrement^{8bis}.

⁶ CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *op. cit.* note 5, p.45.

⁷ CCNE, avis n°42, *op. cit.*, note 2.

⁸ Il s'agit notamment du GIFT (gamète intra-fallopian tranfer), du ZIFT (zygote intra-fallopian tranfer), de la SUZI (subzonal insemination), et de l'ICSI (intracytoplasmic sperm injection). Nous aurons l'occasion d'en reparler.

^{8bis} Norbert ROULAND, *Anthropologie juridique*, PUF 1988, pp. 429-430

Le succès que connaissent les nouveaux modes de procréation comparativement à l'adoption confirme cette tendance. Comme l'expose Norbert Rouland,

« les nouveaux modes de procréation condensent l'espoir de milliers de couples pour lesquels la voie royale d'accès à la descendance est l'engendrement, fût-ce au prix matériel et moral de la collaboration de tiers, l'adoption, pour beaucoup, ne faisant office que de chemin de traverse. »⁹

La perspective anthropologique nous dévoile ainsi un paradoxe: alors que les sociétés dites « primitives » recourent principalement à l'abstraction en privilégiant le lien social de filiation, nos sociétés « civilisées » s'attachent au concret du lien biologique. Comment peut-on expliquer ce phénomène?

Pour les sociétés traditionnelles, le fait d'avoir un enfant ne procède pas principalement d'un « droit à l'enfant », mais surtout du désir et du devoir de descendance. Ne pas transmettre la vie, c'est briser un lien qui structure la société elle-même.

Dans nos sociétés occidentales où l'individu, valeur suprême, n'est pas soumis au groupe, il en va différemment. L'enfant n'est pas vu comme assurant la survie de la collectivité, mais plutôt comme le prolongement de soi-même dans le temps. Il y a de fait une certaine connotation narcissique liée au désir de procréer. L'enfant permet d'assouvir le rêve d'éternité, d'immortalité de l'individu.

Cela expliquerait pourquoi la plupart des couples tiennent à ce que l'enfant soit d'eux, et soient prêts à bien des manipulations pour parvenir à ce résultat. On veut en réalité un enfant pour soi. Et c'est parce qu'on veut un enfant *pour* soi qu'on veut un enfant *de* soi. S'il en était autrement, la stérilité ne serait pas vécue de façon aussi dramatique, et l'adoption beaucoup plus pratiquée. N. Rouland nous fait ainsi remarquer que dans les sociétés traditionnelles, on s'efforce aussi d'avoir des enfants suivant la volonté biologique, mais en cas d'échec, on recourt plus facilement à d'autres procédés susceptibles d'assurer une descendance¹⁰.

⁹ Id, p.430

¹⁰ Id, pp.429-434

Un autre facteur explicatif du désir que l'enfant provienne de nos gamètes serait relié à l'attachement que nous manifestons à la nature. Avoir un enfant sur le mode biologique, c'est se rapprocher de Dame Nature dont notre civilisation industrielle nous a tellement écartés.

Paradoxalement, la revendication de l'accès aux nouvelles technologies de reproduction serait une manifestation du retour à la nature!

Les NTR ont d'abord été développées pour aider des couples stériles à avoir des enfants. Cependant, puisqu'elles dissocient procréation et relations sexuelles, elles sont aujourd'hui revendiquées par d'autres personnes qui bien que fertiles veulent avoir un enfant sans relations sexuelles, ou encore par des couples homosexuels. Les NTR sont donc aujourd'hui revendiquées par une certaine catégorie de la population comme technique de parentalité de convenance, sur le fondement du droit de chacun de devenir parent, d'un « droit à l'enfant ».

En tout état de cause, toutes ces revendications de l'accès aux NTR exprimées en termes de « droit à l'enfant », impliquent inévitablement un bouleversement de nos valeurs et de nos comportements, et nous invitent notamment à repenser le concept de parentalité.

Dans quelle mesure le désir d'avoir un enfant justifie-t-il le recours à toutes ces techniques ?

L'accès aux NTR doit-il être inconditionnel ?

Au Québec comme en France, on a considéré que toute chose scientifiquement réalisable n'était pas pour autant socialement admissible et que des limites étaient nécessaires à l'exercice des pouvoirs nouveaux sur la vie. C'est donc dans un premier temps en termes de limites que les sociétés française et québécoise envisagent l'accès aux NTR.

Néanmoins les instruments juridiques disponibles dans les deux pays pour fixer ces limites sont différents.

Alors que la France dispose d'une loi réglementant l'accès aux pratiques autorisées depuis 1994¹¹, au Québec, à l'exception de quelques dispositions législatives sporadiques, les limites sont surtout établies par les corps professionnels dans le cadre d'une intense activité autorégulatoire.

Le Québec s'est néanmoins engagé depuis plusieurs années dans une vaste réflexion sur la question, étudiant la possibilité de se doter d'une loi réglementant l'ensemble des activités de la procréation médicalement assistée.

Ces efforts sont d'ailleurs pour une large part relayés au niveau fédéral où, suite au rapport rendu par la Commission royale sur les NTR dite Commission Baird, le gouvernement étudie un projet de loi destiné à réglementer voire interdire des techniques susceptibles de menacer la dignité, la santé et la sécurité des être humains, et plus spécifiquement des femmes et des enfants¹².

En dépit des limites fixées par le droit quel qu'en soit la source dans les deux pays, on constate qu'une marge de liberté assez grande est réservée, volontairement ou involontairement, aux parties en présence, à savoir les demandeurs de NTR et l'autorité médicale qui met en œuvre l'assistance à la procréation.

¹¹ Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative « au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal » (J.O. du 30 juillet 1994). Cette loi est étroitement liée à la loi n° 94-653 du même jour relative « au respect du corps humain ». Les deux lois ont été déclarées conformes à la Constitution française par décision du 27 juillet 1994. En raison de la gravité des questions envisagées et de l'évolution probable des techniques, il est précisé que la loi fera l'objet d'un nouvel examen dans un délai maximum de 5 ans après son entrée en vigueur.

¹²En 1989, le gouvernement fédéral a répondu aux demandes de la population canadienne en créant une Commission royale sur les NTR dont la mission était d'examiner les implications sociales, médicales, juridiques, éthiques et économiques des NTR. Dans un rapport rendu en 1993 après 4 ans de travaux de recherches, de consultations avec le public et de réflexion approfondie, la Commission Baird a rendu plus de 300 recommandations, avec 2 messages principaux : la société canadienne doit agir pour fixer les limites permises en matière d'utilisation des NTR; le commerce ne doit jouer aucun rôle dans la création de la vie. En 1995, le ministre de la Santé a demandé aux chercheurs et médecins de respecter un moratoire relativement à 9 pratiques identifiées comme étant les plus problématiques du point de vue de la santé et de l'éthique; cependant certains médecins l'ont ignoré, ce qui a encouragé la volonté de fixer un cadre législatif de la politique en matière de NTR. Le projet de loi C-47 concernant les techniques de reproduction humaine et les opérations commerciales liées à la reproduction humaine intervient ainsi dans ce contexte pour réglementer les NTR au niveau du Canada (projet de loi C-47, 1996, 2^{ème} session, 35^e législature, Chambre des communes du Canada). Ce projet de loi est cependant resté lettre morte et n'a pu être adopté. Il posait probablement des problèmes d'ordre constitutionnel.

C'est ce contraste intéressant entre d'un côté les limites à l'accès aux NTR, et de l'autre la liberté des parties en présence, que nous nous proposons d'étudier à présent.

Dans une première partie, nous examinerons donc les limites instaurées par les droits français et québécois relativement à l'accès aux NTR.

Dans une deuxième partie, il s'agira de se demander dans quelle mesure ces limites laissent aux intervenants une marge de liberté dans le processus d'accès aux NTR.

I – LES LIMITES À L’ACCÈS AUX NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION

En France comme au Québec, ces limites sont de deux ordres et viennent freiner le désir d’enfant immodéré. En premier lieu, certaines pratiques sont en elles-mêmes proscrites, parce que le désir d’enfant ne saurait emporter légitimation de toute technique permettant de satisfaire ce désir. Certaines techniques sont susceptibles de porter atteinte à la dignité humaine et à ce titre il convient d’en empêcher le développement, autant que faire se peut (A).

En second lieu, les techniques qui en elles-mêmes ne sont pas interdites ne sauraient pour autant être disponibles pour combler tout désir d’enfant. Des intérêts supérieurs (relatifs à l’intérêt de l’enfant, ou encore d’ordre économique) sont à prendre en compte lorsqu’on s’interroge sur l’accès aux NTR, et imposent de restreindre les personnes éligibles à ces techniques (B).

A – LES PRATIQUES PROSCRITES

Il ne s’agit pas ici de passer en revue de façon exhaustive toutes les techniques pour lesquelles le droit marque fermement sa désapprobation. Il est plutôt question, à travers les exemples de la maternité de substitution et du clonage, de souligner à quel point la France et le Québec se rejoignent pour condamner des pratiques qui menacent ce que l’être humain a de plus cher : sa dignité¹³.

¹³ Mais d’autres techniques peuvent être prohibées. Ainsi en France la procréation complètement hétérologue est interdite (article L. 152-3 du code de la santé publique). D’autres techniques peuvent se trouver à la limite de la légalité. Tel est le cas en France de l’accueil d’embryon d’un autre couple (article L. 152-4 alinéa 1), et de la procréation avec tiers donneur (article L. 152-6), admises seulement à « titre exceptionnel ». Au Canada, le projet de loi C-47, qui est resté lettre morte, prévoit également que le don d’embryon est en principe interdit, sauf dans l’hypothèse où les donneurs d’ovule et de sperme ont donné leur accord.

A travers ces deux exemples, on voit une première manifestation de la volonté des deux systèmes juridiques de rejeter l'accès à certaines techniques qui en elles-mêmes sont inacceptables sur le plan éthique. C'est déjà là l'affirmation que le désir d'enfant, aussi légitime soit-il, n'est pas une fin qui justifie l'emploi de n'importe quel moyen pour le satisfaire.

1 – LES CONTRATS DE MÈRES PORTEUSES

Afin de mesurer quel est exactement l'enjeu du débat concernant le phénomène de gestation pour autrui, il convient avant tout de définir de quoi il s'agit.

Les maternités de substitution sont organisées par des contrats verbaux ou écrits, conclus à titre gratuit ou onéreux, et ayant pour protagonistes la « mère porteuse », le couple ou l'individu demandeur, ainsi que parfois des intermédiaires tels que les médecins, les agences de publicité ou encore des avocats. Ces contrats portent sur la filiation d'un enfant à venir. Ils consistent, comme le dit la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction¹⁴, en un « [transfert] des droits de garde et des droits parentaux avant la conception de l'enfant, contrairement à ce qui se passe pour l'adoption ».

Ce phénomène n'a rien de nouveau, la Bible en donne déjà quelques exemples¹⁵ et en ce sens, il ne constitue pas en lui-même une nouvelle technique de reproduction. Néanmoins, des NTR, telles l'insémination artificielle ou encore la fécondation *in vitro*, sont aujourd'hui fréquemment utilisées dans la pratique des maternités de substitution.

¹⁴COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, Rapport final de la COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, Un virage à prendre en douceur, Tome II, 1993, p.746

¹⁵Deux exemples peuvent être cités: la servante Agar enfante à la place de Sarah, épouse infertile d'Abraham (Genèse, chap.XVI); les deux femmes de Jacob, Lia et Rachel tour à tour infertiles, font porter leurs futurs enfants par leurs servantes respectives, Bala et Zelpha (Genèse, chap.XXX).

C'est sans doute pourquoi le code civil du Québec l'envisage, sous le titre « De la filiation », dans la section intitulée « De la procréation médicalement assistée » englobant toutes les NTR.

C'est en revanche sous le chapitre « du respect du corps humain » que le code civil français traite de la pratique.

Dans les deux pays, ces contrats font l'objet d'une réprobation totale qui se traduit par une condamnation sur le plan juridique. Cette pratique est en effet considérée comme contraire à ce qui fait l'essence même de l'être humain, à savoir sa dignité : dignité de la femme porteuse, mais aussi dignité de l'enfant.

Dignité de l'enfant d'abord, parce que de tels contrats, en réalisant une véritable cession d'enfant, emportent réification de cet enfant. Or les deux pays réaffirment aujourd'hui avec ardeur que l'enfant doit toujours être considéré comme un projet pour lui-même et non comme un simple objet de désir. En aucun cas il n'est éthiquement acceptable de faire de l'enfant la propriété de ses parents.

Dignité de la femme ensuite, en ce que de tels arrangements violent le principe d'indisponibilité du corps humain. Avec ce genre de contrats, la mère porteuse est considérée comme un moyen et non comme une fin, comme un objet et non comme un sujet. La gestation pour autrui implique en effet un assujettissement entier du corps de la femme pendant le temps qu'elle porte l'enfant, son corps se trouvant soumis à la volonté du couple demandeur.

En outre, la pratique de gestation pour autrui est source d'exploitation matérielle et psychologique des mères porteuses, d'où une totale inégalité entre les parties au contrat.

D'une part, on constate qu'il existe fréquemment des disparités sociales et économiques entre le couple demandeur et la mère porteuse. Cette dernière est souvent plus jeune, moins instruite et bénéficie de revenus moindres que ceux du couple

demandeur. Si ces femmes recourent à la gestation pour autrui, c'est principalement pour gagner de l'argent.

D'autre part, il existe dans tous ces contrats une grande inégalité des risques et des obligations assumées par les parties. C'est très simple: la mère porteuse assume absolument tous les risques inhérents à la procréation assistée et à la grossesse. Elle doit respecter les règles de comportement stipulées dans le contrat, dont l'obligation de se soumettre à des examens et à des traitements médicaux à l'entière discrétion du couple demandeur. En revanche, ce dernier a pour unique obligation de verser la somme convenue quand l'enfant lui est remis et que la mère porteuse accepte de renoncer à tous ses droits maternels. En vertu des clauses par lesquelles les mères porteuses renoncent à leur droit de refuser de se faire prodiguer des traitements médicaux, elles peuvent être obligées de subir une amniocentèse, une échographie voire un avortement¹⁶.

La valeur que les sociétés française et québécoise attachent à la vie humaine s'oppose ainsi à toute entreprise de réification. Les contrats de maternité de substitution, malgré tous les avantages qui peuvent en être attendus par certaines personnes (ce peut être l'unique solution d'avoir un enfant, hormis l'hypothèse de l'adoption, pour certaines femmes ne pouvant pour des raisons de santé mener à bien une grossesse, ou bien pour combler le désir d'enfant de couples d'hommes homosexuels) sont ainsi éthiquement inacceptables.

Cette condamnation morale a notamment été réaffirmée récemment par le comité d'éthique de la SOGC en des termes qui résument bien notre propos :

« Les avantages prévus pour le ou les demandeur(s) ne justifient pas les risques de préjudice physique et psychologique pour la femme qui portera l'enfant, les risques de coercition et d'exploitation des femmes ainsi que la réification manifeste de la vie humaine. Les ententes de gestation pour autrui non commerciales sont elles aussi moralement inacceptables, pour les raisons précitées, et aussi parce qu'elles pourraient donner lieu à une forme plus insidieuse de coercition. Toutes

¹⁶ COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *op. cit.*, note 14, pp. 755-760

ces ententes comportent des risques extrêmement grands de coercition sur la mère gestationnelle, que ces pressions soient de nature financière ou résultent de liens émotifs qui unissent la femme aux demandeurs. Cette pratique risque en outre de modifier la façon dont la société perçoit l'enfant, en remplaçant la valeur inhérent d'un enfant par des notions juridiques régissant les contrats et ententes exécutoires pour l'échange de biens, et aussi d'exercer une oppression encore plus grande sur les femmes, en particulier les femmes défavorisées. »¹⁷

Les Etats entendent pour toutes ces raisons mettre en œuvre tous les moyens juridiques disponibles pour décourager et dissuader la pratique, que ce soit sur le plan civil ou pénal.

1.1 - Au plan civil

En France, selon l'article 16-7 du code civil, « Toute convention portant sur la procréation ou sur la gestation pour le compte d'autrui est nulle. ». Au Québec, c'est l'article 541 du Code civil qui dispose: « Les conventions de procréation ou de gestation pour le compte d'autrui sont nulles de nullité absolue. ».

On observe ainsi un parallélisme complet entre les textes français et québécois.

Notons néanmoins qu'en plaçant la disposition sous le chapitre « Du respect du corps humain », le droit français érige la condamnation des contrats de maternité de substitution en principe à haute valeur symbolique. L'illicéité de ces contrats est une conséquence du principe de l'indisponibilité du corps humain.

Le code civil du Québec, en envisageant ces contrats parmi les dispositions relatives à la procréation médicalement assistée, sous le titre « de la filiation », se veut par contraste beaucoup plus neutre dans la condamnation qu'il édicte.

¹⁷ SOCIÉTÉ DES OBSTÉTRICIENS ET GYNÉCOLOGUES DU CANADA, comité d'éthique de la SOGC, directives de pratique clinique, déclaration de principe n° 59, avril 1997.

Les contrats visés sont dans les deux cas les « conventions de gestation ou de procréation pour le compte d'autrui ». L'expression se veut très large pour englober toute une série d'hypothèses que le droit désapprouve.

Compte tenu cependant de l'imprécision des termes « procréation » et « gestation » qui ne sont pas définis par la loi, on a pu hésiter sur ce qu'il fallait entendre exactement par « procréation pour le compte d'autrui ».

Selon une auteure, il s'agirait peut-être d'un contrat signé entre une donneuse d'ovule et un couple dans le but de concevoir *in vitro* un enfant issu du sperme du conjoint et de l'ovule de la donneuse. L'enfant serait ensuite porté par l'épouse jusqu'à la naissance. Puisqu'en principe le don de gamètes est anonyme, le législateur aurait ainsi empêché le don de gamètes à une personne désignée¹⁸.

On peut légitimement penser avec d'autres que le législateur n'a pas entendu s'opposer par là à toutes les techniques, et plus particulièrement au don d'ovule.

L'objectif vise à énoncer que les contrats de mère porteuse, dont l'objet est contraire à l'ordre public, sont nuls en droit. L'utilisation des deux termes « gestation » et « procréation » ne fait que traduire une certaine prudence du législateur qui a préféré envisager largement toutes les hypothèses possibles de recours à une mère porteuse: celle où la mère porteuse fournit l'ovule fécondé par le sperme d'un tiers (mère génétique et gestationnelle), et celle où les gamètes sont donnés par des tiers et où la mère porteuse n'assume que la gestation (mère simplement gestationnelle)¹⁹.

La nullité ne vise ainsi que les contrats de mère porteuse.

Mais tous ces contrats sont sanctionnés par la nullité, la loi ne distinguant pas parmi eux, notamment selon qu'il sont conclus à titre gratuit ou à titre onéreux.

A cet égard, les sociétés française et québécoise ont estimé que même les ententes purement gratuites inspirées par un sentiment de générosité comportaient des risques

¹⁸ Suzanne GASCON, L'utilisation médicale et la commercialisation du corps humain, sous la direction de Jean-Louis Baudouin, édition Yvon Blais, 1993, p. 44.

¹⁹ Monique OUELLETTE, « Le code civil du Québec et les Nouvelles Techniques de Reproduction », dans COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, VOL. III, p. 698.

trop grands d'aliénation de la femme porteuse et de réification de l'enfant à naître. A ce titre elles étaient aussi inacceptables.

S'agissant de la sanction prévue, les droits français et québécois ont retenu la nullité absolue, par conséquent invocable par tout intéressé et insusceptible de confirmation. Contrairement à la disposition québécoise, le code civil français ne fait pas explicitement référence au caractère absolu de la nullité. Mais cela va sans dire, puisqu'il s'agit d'une nullité d'ordre public, ces contrats étant contraires « tant au principe d'ordre public d'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes », ainsi que la Cour de cassation l'avait solennellement affirmé dans un fameux arrêt d'assemblée plénière en 1991²⁰.

La nullité instituée par la loi implique que le contrat est inexécutoire. Concrètement, ni le couple demandeur ni la mère porteuse ne pourra obtenir en justice l'exécution du contrat, tant en ce qui concerne la remise de l'enfant que le paiement des sommes.

Si la mère porteuse refuse de remettre l'enfant à sa naissance, les demandeurs ne pourront obtenir ni cette remise par voie judiciaire, ni le remboursement du montant versé. La mère porteuse se trouvera elle-même sans recours pour forcer les parents à assumer l'enfant s'ils le rejettent ou pour obtenir l'exécution du paiement promis, s'il n'a pas déjà été versé.

Le contrat se voit ainsi privé de son élément essentiel, à savoir sa force obligatoire.

Les législateurs français et québécois ont ainsi parié qu'en supprimant toute possibilité de recours en justice, peu de personnes seraient désormais tentées par la technique des mères porteuses. Il est vrai que le recours à la méthode contractuelle devient beaucoup moins attrayant, étant donné l'élément d'incertitude introduit pour les couples demandeurs et les intermédiaires.

²⁰ Cour de Cass., Ass. plén. 31 mai 1991, D. 1991, 417.

Néanmoins, on peut douter que la technique civile soit un moyen efficace de dissuasion.

Certains affirment déjà qu'une telle disposition n'empêchera pas la maternité de substitution d'avoir lieu. Les contrats seront au contraire conclus de façon clandestine, aux risques et périls des intervenants qui ne pourront obtenir en justice le respect de la parole donnée²¹. Du côté du couple, les risques d'inexécution sont d'ordre financier et émotionnel. Pour la mère porteuse, le risque est de se retrouver avec un enfant dont elle ne veut pas ou pour lequel le couple refuse de payer la somme convenue.

Mais dans cette aventure, c'est bien l'enfant qui risque de perdre le plus...

D'autres insistent sur la facilité avec laquelle il est possible de contourner l'interdiction²². Ainsi, différents procédés peuvent permettre au couple commanditaire de contourner l'interdiction, à supposer que les parties n'entendent pas revenir sur leurs engagements contractuels.

- Tout d'abord, le cas le plus simple consiste pour le couple ayant commandé l'enfant à la mère porteuse à prétendre que le mari l'a conçu avec une autre femme que son épouse, dans la cadre d'un adultère ; la mère porteuse ne souhaitant pas assumer l'enfant, le mari reconnaît d'abord l'enfant, puis son épouse entend l'adopter en tant qu'enfant du conjoint.

Cette possibilité semble ouverte à la fois en France et au Québec, où dans les deux cas une procédure d'adoption de l'enfant du conjoint est organisée²³.

²¹ M. OUELLETTE, *loc. cit.*, note 19, p. 698.

²² Jean HAUSER, « L'enfant au porteur mais pas à la porteuse : du contournement de l'article 16-7 du code civil », (1996) *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, p. 873

²³ Au Québec, l'article 555 du code civil dispose que « Le consentement à l'adoption peut être général ou spécial. Le consentement spécial ne peut être donné qu'en faveur d'un ascendant de l'enfant, d'un parent en ligne collatérale jusqu'au troisième degré ou du conjoint de cet ascendant ou parent; il peut également être donné en faveur du conjoint ou du concubin du père ou de la mère, si, étant concubins, ces derniers cohabitent depuis au moins trois mois. »

En France, c'est l'article 345-1 du code civil qui énonce : « L'adoption plénière de l'enfant du conjoint est permise :

1° Lorsque l'enfant n'a de filiation légalement établie qu'à l'égard de ce conjoint ;

2° Lorsque l'autre parent que le conjoint s'est vu retirer totalement l'autorité parentale (...) ».

- On peut aussi rattacher l'enfant au couple commanditaire, même si l'enfant n'a aucun lien de filiation biologique avec ledit couple. Il suffit, après contact avec une mère complaisante qui accouche sous X, d'une reconnaissance de complaisance du mari et d'une adoption de la femme en tant qu'enfant du conjoint.

L'accouchement sous X, prévu à l'article 341-1 du code civil français, permet à la femme qui accouche de ne pas révéler son identité; il n'empêche pas le père de reconnaître l'enfant et de l'emmener. L'enfant né sous X, et reconnu par son père, n'a pas de lien de filiation maternelle établi. Il pourra donc faire l'objet d'une adoption par l'épouse, par le biais de la procédure d'adoption de l'enfant du conjoint.

Au Québec où l'accouchement sous X n'est pas prévu (c'est une spécificité française), ce moyen de contournement de l'interdiction des maternités de substitution ne peut donc pas jouer.

- On peut enfin additionner deux reconnaissances de complaisance, l'une maternelle à partir d'une supposition d'enfant, l'autre classique à partir d'un simple acte de volonté.

Ce mode de contournement semble toutefois plus difficile à mettre en œuvre au Québec qu'en France.

Au Québec, la supposition d'enfant, consistant à faire accoucher la mère porteuse sous le nom de la femme qui désire être la mère de l'enfant apparaît en effet matériellement impossible, eu égard aux dispositions du code civil du Québec.

Il est ainsi notamment prévu que l'accoucheur dresse un constat de la naissance qui énonce, entre autres, les nom et domicile de la mère dont copie doit être transmise sans délai au directeur de l'état civil. Par la suite, seuls le père ou la mère peuvent déclarer la filiation de l'enfant à leur égard²⁴.

En vertu de ces dispositions, il semble difficile de penser qu'un acte de naissance puisse être enregistré au nom de la mère sociologique puisqu'il y aurait alors contradiction entre le constat de la naissance et la déclaration.

²⁴ Articles 111, 112 et 114 du code civil du Québec.

Plus qu'une inefficacité de la mesure, certains craignent les effets pervers résultant d'une telle fragilisation des contrats.

Par exemple, la mère porteuse pourrait utiliser la nullité comme un moyen de pression, exigeant plus d'argent du couple demandeur, à défaut de quoi elle refuserait de remettre l'enfant.

Un dernier effet néfaste de la nullité est de ne pas régler la question de la filiation de l'enfant issu d'un tel contrat.

En principe, la nullité doit entraîner des restitutions réciproques de chacune des parties, afin de remettre ces dernières dans l'état où elles se trouvaient avant la conclusion du contrat. On le voit bien, la nullité, en tant qu'institution du droit des contrats, n'est pas adaptée. Quel est en effet l'objet de la restitution ? Il ne s'agit pas de restituer les gamètes à chacun des intervenants ... puisqu'entre temps un enfant est né. La « chose » à restituer est bien l'enfant. Traiter la question sous l'angle contractuel conduit ainsi à réifier l'enfant.

En cas de litige sur l'attribution de la garde l'enfant, c'est le juge, en France et au Québec, qui sera appelé à trancher. En principe, toute solution devrait être guidée par le critère du meilleur intérêt de l'enfant.

En tout état de cause, quelques règles essentielles de droit civil, bien que non formulées explicitement dans les lois française et québécoise, guideront les juge. Notamment, l'enfant devrait être d'abord rattaché à la mère porteuse, en vertu de l'adage « mater semper certa est ». Ce principe relie en effet le lien de filiation maternelle à l'accouchement.

Quant à la filiation paternelle, les solutions retenues risquent d'être différentes selon que le mari du couple demandeur est ou non le père génétique.

Si en effet le sperme du mari a été utilisé, que ce soit dans le cadre d'une insémination artificielle ou d'une fécondation *in vitro*, il sera le père biologique. Un conflit risque alors de surgir si la mère porteuse est mariée, puisque par le jeu de la présomption de paternité, le mari de la mère porteuse sera le père de l'enfant. Pour résoudre ce conflit, il est permis d'espérer que les juges tiendront compte du meilleur intérêt de l'enfant.

En cas de recours à un tiers donneur, celui qui aura consenti à la procréation médicalement assistée, que ce soit le mari de la mère porteuse ou bien l'homme du couple demandeur, devra reconnaître l'enfant.

En effet selon l'article 540 du code civil du Québec, « celui qui, après avoir consenti à la procréation médicalement assistée, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu, engage sa responsabilité envers cet enfant et la mère de ce dernier ». En France, la même disposition existe puisqu'aux termes de l'article 311-20 du code civil alinéa 4, « celui qui après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu engage sa responsabilité envers la mère et envers l'enfant. ».

Ces dispositions parfaitement similaires dans les deux pays impliquent que l'homme qui consent à l'insémination artificielle d'une femme porteuse demeure responsable envers celle-ci de l'enfant conçu même s'il n'accueille pas ce dernier à la naissance pour des raisons personnelles ou parce que la mère porteuse décide de le garder.

Reste le cas où la mère porteuse ne veut pas de l'enfant à la naissance. Peut-on accepter l'établissement d'un lien de filiation entre la mère sociologique et l'enfant par application des règles de l'adoption ?

A cet effet, le Comité du Barreau du Québec avait recommandé qu'aucun droit préférentiel d'adoption ne soit accordé à la conjointe du père biologique lorsqu'un enfant est né à la suite d'une convention de mère porteuse²⁵. L'article 555 du code civil du Québec permet aujourd'hui le consentement spécial en faveur du conjoint du père ou

²⁵ COMITÉ DU BARREAU DU QUÉBEC, « rapport sur les nouvelles technologies de reproduction », (1988) 48 (suppl) Revue du Barreau p. 39.

de la mère de l'enfant, mais n'a pas retenu l'exception proposée par la Comité du Barreau.

En France où la procédure d'adoption de l'enfant du conjoint est prévue à l'article 345-1 du code civil, la femme du couple demandeur pourrait donc établir sa filiation à l'égard de l'enfant dans l'hypothèse où son mari a fait une reconnaissance préalable.

Cette solution comporte l'inconvénient d'avaliser les contrats de maternité de substitution.

Aussi en France, l'assemblée plénière de la Cour de cassation avait refusé en 1991 l'adoption par l'épouse du conjoint, estimant qu'elle était l'ultime phase d'un processus d'ensemble aboutissant à un détournement de l'institution de l'adoption^{25bis}.

Pour autant, dans l'hypothèse où la mère porteuse ne veut pas de l'enfant à la naissance, il paraît plus conforme à l'intérêt de l'enfant d'établir sa filiation à l'égard des deux membres du couple demandeur. Refuser l'adoption par l'épouse conduit à priver l'enfant d'un lien de filiation maternel, ce qui ne peut être de son meilleur intérêt.

Il est certes important que les droits français et québécois emploient des moyens radicaux propres à endiguer une pratique considérée comme contraire à la dignité humaine. Cependant, il ne faudrait pas que l'enfant ait à payer le prix du comportement adopté par les parents.

A cet égard, Monique Ouelette réaffirme l'importance à accorder à l'intérêt de l'enfant qui doit être l'élément primordial à prendre en considération lorsqu'il s'agit de se prononcer sur la filiation de l'enfant. Il convient en effet d'assurer la protection de l'enfant en dépit de son origine « illégale ». L'auteure espère que

« les tribunaux, en l'absence de normes explicites, utiliseront les dispositions générales qui assurent la protection de l'enfant, minimisant ainsi les stigmates attachés à sa naissance « irrégulière ». Il serait

^{25bis} Cour de Cass., précité, note 20

malheureux que les techniques nouvelles, fussent-elles illégales, recréent un statut d'illégitimité disparu dans notre droit. »^{25ter}

Françoise Dekeuwer-Défossez insiste également sur le fait que le refus de l'adoption ne profite à personne, et l'effet dissuasif que l'on veut créer est trop aléatoire pour s'avérer efficace²⁶.

Il a finalement été souligné qu'un moyen plus efficace pour endiguer la pratique était de la criminaliser. C'est dans cette voie que s'est engagé le droit français ; au Québec, les volontés se sont également exprimées en ce sens.

1.2 - Au plan pénal

En France, l'article 227-12 du Nouveau Code Pénal qui punit l'incitation à abandonner un enfant et le fait de s'entremettre dans un but lucratif entre un adoptant et un parent désireux d'abandonner son enfant, a été complété en 1994 par un nouvel alinéa.

Désormais, l'alinéa de l'article 227-12 sanctionne le fait de s'entremettre, même à titre gratuit, entre une personne ou un couple désirant accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre (un an d'emprisonnement et 100 000 F d'amende). Lorsque les faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées au double.

L'alinéa 4 punit en outre la tentative d'entremise.

Ainsi les intermédiaires en matière de maternité de substitution tombent aujourd'hui directement sous le coup de la loi pénale en France, et ce qu'ils agissent à titre onéreux ou à titre purement gratuit.

^{25ter} M. OUELETTE, *loc. cit.*, note 19, p.699

²⁶ Françoise DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Réflexion sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », (1995) *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, p.269

Mais seuls les intermédiaires sont visés. Le droit français a renoncé à sanctionner pénalement les mères porteuses ainsi que les couples demandeurs afin de ne pas les accabler plus qu'ils ne le sont déjà.

Une auteure se montre très critique vis-à-vis de cette mesure et en dénonce l'illogisme. « En toute logique, pour sanctionner un tel comportement considéré comme socialement nuisible, il faudrait plutôt punir ceux qui adoptent ce comportement, et non l'enfant qui n'y est pour rien »²⁷. Or en refusant l'adoption de l'enfant par l'épouse, on en arrive à sanctionner l'enfant, alors que dans le même temps le droit s'attache à épargner la mère porteuse et le couple demandeur, compte tenu de l'état de détresse profonde dans lequel ces derniers se trouvent.

En outre, certains doutent que malgré les termes de la loi, la mère porteuse et le couple demandeur soient épargnés par les sanctions pénales. En effet, il se pourrait que ces personnes soient punies comme complices, dès lors qu'elles concourent ou incitent à l'entremise²⁸.

Au Québec, aucun dispositif législatif n'est en vigueur à l'heure actuelle pour sanctionner pénalement la pratique.

Néanmoins des voix se sont élevées depuis longtemps en ce sens, la criminalisation de la pratique se présentant comme le seul moyen véritablement efficace pour la dissuader.

Ainsi le Barreau du Québec prônait que « la maternité de substitution soit strictement défendue » et que « le contrat de maternité de substitution soit déclaré contraire à l'ordre public et qu'une sanction pénale soit attachée à toute activité d'intermédiaire (avocat, médecin, agence[...]) »²⁹.

Le Conseil du statut de la femme qui s'est toujours fermement opposé à la maternité de substitution, estimait pour sa part que la sanction de l'article 541 est trop timide.

²⁷ *Id*

²⁸ Alain PROTHAIS, « Les paradoxes de la pénalisation. Enquête en matière d'assistance médicale à la procréation et d'adoption », (1997) *JCP*, I, n° 4055

²⁹ COMITÉ DU BARREAU DU QUÉBEC, *loc cit*, note 25, p. 39

Dans un avis en date de 1996, il rappelait la nécessité d'assortir cette disposition de sanctions pénales à l'égard des intermédiaires qui pourraient être ajoutées dans la Loi sur la protection de la jeunesse à l'article 135.1. Cette disposition prévoit déjà que toute personne physique ou morale qui tente de tirer quelque avantage du placement ou de l'adoption d'un enfant commet une infraction et est passible d'une amende³⁰.

La Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction recommandait quant à elle l'interdiction, pénalement sanctionnée, de rétribuer une femme pour qu'elle porte un enfant pour le compte d'autrui, ainsi que celle de rétribuer tous les intermédiaires en cause dans le procédé³¹.

On voit se traduire le même souci qu'en France de ne sanctionner que les intermédiaires, à l'exclusion des mères porteuses et des couples demandeurs.

Suite à l'annonce en 1995 par le gouvernement fédéral d'un moratoire volontaire sur neuf pratiques jugées inacceptables, parmi lesquelles figuraient les contrats de mères porteuses, le projet de loi C-47 instaure enfin des interdictions sanctionnées pénalement³².

Ce projet, qui a notamment pour but l'interdiction de certaines techniques et pratiques dangereuses pour la santé et contraires à la dignité humaine, et pour objet de protéger la dignité de toute personne, particulièrement des enfants et des femmes, suit de très près les recommandations faites par la Commission royale.

En effet, les interdictions et incriminations visent exclusivement les intermédiaires. Ainsi, en vertu du texte, « Il est interdit de rétribuer ou d'offrir de rétribuer une femme pour qu'elle agisse à titre de mère porteuse. », « Il est interdit de rétribuer ou d'offrir de rétribuer une personne pour qu'elle procure à qui que ce soit les services d'une mère porteuse »; « Il est interdit à quiconque n'est pas la mère porteuse d'arranger ou d'offrir d'arranger, moyennant rétribution, les services d'une mère porteuse ».

³⁰ CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *op. cit.*, note 5, p.61.

³¹ COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *op. cit.*, note 14, p. 777

³² Projet de loi C-47, précité, note 12, article 5. Rappelons toutefois que ce projet de loi n'a pas été adopté.

La mère porteuse y est définie pour l'application de la loi comme une « femme qui porte un enfant conçu à partir de l'ovule, du sperme ou du zygote d'un donneur avec l'intention de le remettre à une autre personne après la naissance. »

Pour sa mise en application, la loi prévoit la nomination d'inspecteurs et d'analystes désignés par le ministre de la Santé du Canada.

Les poursuites ne pourront être engagées qu'avec le consentement du procureur général du Canada. Des peines très lourdes sont envisagées.

Les incriminations envisagées sont ainsi quelque peu similaires à celles prévues par le code pénal français. Néanmoins, alors que l'article 227-12 précise que l'intermédiaire visé s'entend même de celui qui s'entremet à titre gratuit, aucune précision de ce genre ne figure dans le projet C-47. Au contraire, tout laisse à penser que si le projet C-47 entrerait en vigueur tel quel, seuls les intermédiaires agissant à titre onéreux seraient visés par les incriminations³³. Rappelons cependant que pour l'heure, le projet de loi C-47, qui posait probablement des problèmes constitutionnels, a été quelque peu mis de côté et que son adoption demeure en l'état compromise.

2 - LE CLONAGE REPRODUCTIF

Le clonage peut se définir comme une opération permettant de produire un ou plusieurs individus possédant dans le noyau de leurs cellules un ensemble de gènes identiques à celui de l'organisme à partir duquel le clonage a été réalisé³⁴.

³³ L'article 227-12 alinéa 3 du Nouveau Code Pénal punit « le fait de s'entremettre entre une personne et un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de leur remettre ». La loi n'ayant pas distingué selon que l'entremise est à titre gratuit ou onéreux, on en déduit que les deux hypothèses sont prévues et prohibées. Le législateur français a toutefois fait preuve d'une sévérité accrue à l'égard des intermédiaires professionnels à titre onéreux en prévoyant, *in fine*, que « Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées au double ». En revanche le projet de loi C-47 prohibe exclusivement la rétribution des services d'entremise : seuls les intermédiaires agissant à titre onéreux tombent donc sous le coup de l'incrimination.

³⁴ DICTIONNAIRE PERMANENT BIOÉTHIQUE ET BIOTECHNOLOGIES, Assistance médicale à la procréation, n°31a.

A l'heure actuelle, on peut recenser trois techniques différentes permettant d'atteindre ce résultat.

- la création de jumeaux par manipulation (clivage et séparation) d'un embryon *in vitro*;
- le clonage par transfert de noyaux embryonnaires, qui consiste à transférer dans des ovocytes énucléés des noyaux de cellules d'un embryon. Ce deuxième procédé pourrait être appliqué à l'être humain;
- le clonage par transfert de noyaux provenant d'un organisme adulte : cette troisième technique qui est la plus récente est aussi celle qui a été utilisée pour la naissance de Dolly en Grande-Bretagne.

L'opération a consisté à féconder un ovule de brebis, sans cellule mâle de reproduction, après l'avoir énucléé pour y intégrer le patrimoine génétique d'une cellule d'une brebis adulte. L'ovule ainsi fécondé a été importé chez une brebis porteuse. Dolly est venue au monde en étant la copie de la brebis donneuse : le clone de sa mère génétique.

Autrement dit, le clonage par transfert dans l'ovocyte énucléé de noyaux provenant d'un même organisme adulte femelle, voire d'un organisme adulte mâle ou femelle, est entré dans la sphère des possibles³⁵.

Cette technique présente la particularité d'aboutir à une reproduction asexuée.

Depuis la naissance de Dolly, d'autres cas de clonages du même type ont été signalés, comme par exemple en France la naissance annoncée par l'Institut national de recherche agronomique (INRA) d'une génisse clonée dénommée Marguerite.

Cette avancée scientifique, au-delà de l'admiration qu'elle suscite, éveille certaines angoisses. Notamment il est à craindre, malgré les dires de la communauté scientifique, que le clonage soit transposable à l'espèce humaine^{35bis}.

³⁵ Id

^{35bis} Jean-Simon CAYLA, « Interdiction du clonage humain par le Conseil de l'Europe », (1998) Revue de Droit Sanitaire et Social 34(2), p. 284; DICTIONNAIRE PERMANENT BIOETHIQUE ET BIOTECHNOLOGIES, bulletin 70, 4 novembre 1998, p. 8269 et bulletin 71, 4 décembre 1998, p. 8253

Cette technique, si elle est applicable à l'être humain, pourrait être revendiquée comme mode de reproduction par des personnes infertiles, ou des couples homosexuels désireux de se doter d'une progéniture.

Le clonage par clivage et séparation d'un embryon *in vitro* pourrait permettre de créer et transférer plusieurs embryons et d'augmenter ainsi les chances de grossesse, alors qu'un embryon seulement peut être obtenu par fécondation *in vitro*.

Le clonage pourrait encore permettre la reproduction d'un être cher sur le point de mourir, ou le désir de se perpétuer biologiquement par autoclone.

Or il ne fait aucun doute que tout ce qui est scientifiquement possible n'est pas pour autant éthiquement souhaitable.

Le clonage humain a été vigoureusement condamné par la communauté internationale, parce que cette technique, qui conduit à l'instrumentalisation de l'être humain, est contraire à sa dignité.

Notamment, l'UNESCO dans la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme, adoptée à Paris le 11 novembre 1997, a condamné cette technique. De même, la Convention européenne sur l'homme et la biomédecine, dans son premier Protocole additionnel signé le 12 janvier 1998, vient l'interdire³⁶.

Ainsi, parce qu'il a été majoritairement reconnu que nous ne voulons pas vivre dans le meilleur des mondes que nous décrit Aldous Huxley^{36bis}, la technique est condamnée par anticipation, avant même qu'elle puisse voir le jour.

Au niveau des États, une réflexion également engagée a abouti à la condamnation sans réserve du clonage à visée reproductive (c'est-à-dire aboutissant à la naissance d'un être humain) mais non du clonage à des fins non reproductives qui est de pratique courante en recherche et analyses biomédicales (clonage de gènes par exemple).

³⁶ _____, « Un miroir aux alouettes? », (Octobre 1997), Sources UNESCO, n° 94; J-S CAYLA, loc. cit., note 35bis

^{36bis} Aldous HUXLEY, Le meilleur des mondes, 1932

Ainsi en France, le CCNE (Comité Consultatif National d'Ethique) le 29 avril 1997, après avoir mis en balance les avantages et les inconvénients de la technique, se prononce catégoriquement en défaveur du clonage reproductif, en ce qu'il provoquerait des bouleversements inacceptables de la condition humaine et une instrumentalisation inadmissible de la personne³⁷.

Le CCNE remarque ainsi qu'un clone humain serait nécessairement un sous-homme privé de liberté, puisqu'il serait prédéterminé génétiquement par ses concepteurs dont il deviendrait la « chose ».

Utilisé pour surmonter une stérilité, le clonage ne conduirait pas en réalité à pallier une stérilité par procréation, mais à substituer à une procréation impossible une reproduction asexuée.

Le CCNE s'oppose toutefois à l'idée que le clonage humain permettrait de reproduire un individu à l'identique, car l'identité d'un individu a aussi, entre autres, une dimension psychosociale qui ne saurait être réduite à une programmation génétique.

Au Québec, c'est plus au niveau fédéral que la réflexion s'est engagée. En 1995, le gouvernement fédéral a ainsi annoncé que le clonage d'embryons humains ferait l'objet d'un moratoire volontaire.

Pour les mêmes raisons, le clonage humain y a été vivement condamné. Le projet de loi C-47, qui est toutefois resté lettre morte, interdit d'ailleurs globalement la pratique³⁸ :

« Nul ne peut, sciemment, manipuler un ovule, un zygote ou un embryon en vue d'obtenir un zygote ou un embryon ayant un patrimoine génétique identique à celui d'un zygote, d'un embryon, d'un fœtus, ou d'un être humain –vivant ou non- ou implanter un zygote ou un embryon ainsi obtenu dans le corps d'une femme. »

Il est en outre interdit d'offrir d'accomplir cet acte, ainsi que d'offrir de rétribuer une personne pour qu'elle accomplisse cet acte.

³⁷ CCNE, avis n° 54, Réponse au Président de la République au sujet du clonage reproductif, 29 avril 1997

³⁸ Projet de loi C-47, précité note 12, articles 4 et 8

Pour de tels crimes génétiques, des peines majeures sont prévues, étant donné les conséquences extrêmement sérieuses des actes commis sur les individus, la société et même l'humanité dans son ensemble. Ainsi, suite à une déclaration de culpabilité en procédure sommaire, une amende maximale de 250 000 \$ ou un emprisonnement maximal de 4 ans sont prévus ; et dans le cas d'une mise en accusation, une amende maximale de 500 000 \$ ou une peine d'emprisonnement maximale de 10 ans sont encourues.

Cette prohibition du projet de loi s'inscrit dans une dynamique d'ensemble explicitée au préambule :

« Attendu que le Parlement du Canada se préoccupe du fait que certaines techniques de reproduction menacent de porter atteinte à la dignité humaine, (...) et soulèvent des questions importantes sur le plan social et celui de l'éthique ».

On le voit bien, la dignité devient un principe fondamental, matriciel, qui commande de renoncer à certaines pratiques dégradantes pour l'espèce humaine.

En France également se manifeste une volonté d'intervenir législativement pour interdire de façon explicite le clonage à visée reproductive.

Une proposition de loi a ainsi été déposée à l'Assemblée Nationale le 30 décembre 1997 en ce sens. Il est proposé de compléter l'article 16-4 du code civil français par l'alinéa suivant : « Est et demeure interdite toute pratique visant à la reproduction de tout être humain par clonage »³⁹.

³⁹ Doc. AN, n°248.

Dans la perspective de la révision imminente des lois de bioéthique, le CCNE a récemment proposé d'inscrire dans la loi une condamnation explicite du clonage « reproductif » humain⁴⁰.

Malgré la portée symbolique que présenterait une interdiction formulée explicitement au plan juridique, d'aucuns font remarquer que le droit, dans son état actuel, constituerait un rempart implicite efficace contre la technique⁴¹.

En France comme au Québec, les conventions portant sur la procréation et la gestation pour le compte d'autrui sont nulles. Le fait de s'entremettre dans de telles conventions est puni pénalement en France et en passe de l'être au Québec.

Or le clonage humain peut tout à fait entrer dans les prévisions de ces dispositions puisqu'il paraît comporter un élément de procréation et de gestation pour autrui.

D'autre part, le clonage humain, en ce qu'il entraînerait des modifications ayant pour but de modifier la descendance et d'organiser la sélection des personnes, serait interdit en France en vertu de l'article 16-4 du code civil. Et la loi française punit même le fait de mettre en œuvre une pratique eugénique tendant à l'organisation et à la sélection des personnes⁴².

Enfin, le clonage reproductif, en ce qu'il pourrait conduire à une forme de reproduction asexuée, ne saurait entrer dans les prévisions de la loi française ou québécoise sur l'assistance médicale à la procréation. Il peut en effet être soutenu que le terme « procréation » renvoie à l'idée de reproduction sexuée par fusion de gamètes mâle et femelle, et qu'à ce titre le clonage n'est pas une véritable « procréation » puisqu'il ne consiste pas en la fusion de gamètes mâle et femelle, mais en la duplication du patrimoine génétique d'un seul individu déjà existant.

⁴⁰ CCNE, Propositions en vue de la révision des lois de bioéthique du CCNE, 25 juin 1998

⁴¹ Voir notamment Jean-Simon CAYLA, loc. cit., note 35bis; CCNE, op. cit., note 37

⁴² Article 511-1 du Nouveau code pénal.

Par conséquent, il ne saurait être implicitement autorisé ni en vertu de l'article 538 du code civil du Québec, ni sur le fondement de l'article L. 152-1 du Code la santé publique en France⁴³.

Dès lors les droits français et québécois dans leur état actuel condamneraient le clonage reproductif humain. Une nouvelle intervention du législateur ne serait à envisager qu'à des fins de clarification, pour expliciter l'interdiction.

Même si, à l'heure actuelle, la technique est unanimement condamnée, certains chercheurs se déclarent déjà prêts à transposer le clonage à l'homme. Lorsque le pas aura été franchi, le droit et l'éthique seront-ils en mesure de maintenir la même condamnation, ou, comme dans d'autres domaines, les faits finiront-ils par s'imposer à eux et justifier une politique d'encadrement ?

A cet égard, un auteur québécois affirme que si le clonage est interdit à l'heure actuelle, rien ne permet d'affirmer qu'il ne sera pas un jour l'objet d'une réglementation et donc d'une certaine permissivité.

En effet la science évoluant rapidement, le droit doit désormais prendre acte de l'absence de pérennité des interdictions et de leur fragilité. Il doit donc être prêt à modifier sa position et passer plus rapidement de l'interdiction à la permission⁴⁴.

On le voit, le débat sur le clonage est loin d'être clos...

⁴³ L'article 538 du code civil du Québec parle de « la contribution au projet parental d'autrui par un apport de forces génétiques à la **procréation** médicalement assistée » ; l'article L. 152-1 du code la santé publique énonce quant à lui que « l'assistance médicale à la procréation s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception *in vitro*, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle, ainsi que toute technique d'effet équivalent permettant la **procréation** en dehors du processus naturel. »

⁴⁴Jean-Louis BAUDOUIN, « Conclusion et rapport de synthèse » des journées strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études supérieure 1996, dans Jean-Louis BAUDOUIN et Sonia LEBRIS, Droits de la personnes : les « bio-droits ». Aspects nord-américains et européens, Editions Yvon Blais 1996, p.519

La volonté, en France comme au Québec, de condamner certaines pratiques considérées comme inacceptables sur le plan éthique, permet de dégager une perspective commune. Dans les deux pays est implicitement affirmé que le droit à l'enfant n'existe pas de façon absolue. En aucun cas il ne justifie l'utilisation de techniques qui risquent de heurter notre dignité. Au-delà, le débat permet aux deux sociétés de réaffirmer le principe de dignité humaine au rang des principes premiers, qui doit servir de guide lorsque l'on s'interroge sur le comportement à adopter face au développement des nouvelles techniques de reproduction.

B – L'ENCADREMENT DE L'ACCÈS AUX PRATIQUES AUTORISÉES

Les pratiques qui en elles-mêmes ne sont pas proscrites sont loin d'être accessibles sans limites et de façon inconditionnelle dans les deux Etats.

L'accès à ces techniques, que ce soit la fécondation *in vitro* ou l'insémination artificielle, fait l'objet d'un certain encadrement en France comme au Québec.

Cela dit, alors qu'en France une loi est intervenue pour réglementer l'accès de façon précise, aucune disposition légale ni réglementaire spéciale n'existe au Québec pour imposer des limites.

C'est la loi française n°94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal qui détermine les conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation.

Les techniques entrant dans le champ d'application de la loi s'entendent, aux termes de l'article L.152-1 du Code de la santé publique dans sa rédaction issue de la loi n° 94-654, « des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception *in vitro*, le

transfert d'embryons et l'insémination artificielle, ainsi que toute technique d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel ».

Les « pratiques cliniques » désignent pour l'essentiel les activités de recueil des gamètes, et de transfert *in utero* des embryons. Les « pratiques biologiques » concernent plutôt les activités de traitement et de conservation des gamètes, de fécondation *in vitro* et de conservation des embryons.

La définition est ouverte. Ce n'est pas une définition restrictive, mais une définition par le but envisagé, c'est-à-dire la procréation en dehors du processus naturel. Cela permet de préserver l'avenir en incluant dans le champ d'application de la loi de nouvelles techniques ou de nouvelles variantes des techniques existantes.

Cette loi pose, pour la première fois en France, des limites à l'utilisation des techniques d'assistance médicale à la procréation, ce qui ne veut pas dire pour autant que les choix opérés soient à l'abri de toutes critiques.

Du reste, le caractère temporaire de la loi montre bien que le législateur lui-même se donne le temps d'éprouver les réponses qu'il vient d'apporter : l'adoption de la loi n'a donc pas, comme on pourrait être tenté de la penser, clos le débat.

La loi française détermine donc positivement les conditions permettant le recours aux NTR. Les conditions d'accès doivent être remplies jusqu'à l'ultime acte de procréation, c'est-à-dire « préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination artificielle » (article L.152-2 du code de la santé publique).

Si le Québec se préoccupe aussi depuis plusieurs années des problèmes éthiques et juridiques soulevés par le développement des NTR, aucune loi n'en régleme spécifiquement l'accès.

Le législateur québécois s'est néanmoins soucié des conséquences au plan de la filiation du recours aux NTR.

Les articles 538 à 542 du code civil du Québec traitent ainsi de la procréation médicalement assistée sous l'angle du droit de la famille. Ces dispositions, en ce

qu'elles envisagent les effets des techniques de reproduction, constituent une reconnaissance implicite de la légitimité de ces techniques.

Quelles sont ces techniques ?

Le code parle de « procréation médicalement assistée » sans se prononcer plus en avant sur le contenu de cette expression.

Selon le Comité du Barreau du Québec, l'expression, non définie dans le code, se veut très large afin d'englober toutes les NTR, actuelles ou futures⁴⁵.

Selon une auteure, l'expression vise probablement, à l'heure actuelle, l'insémination artificielle, la fécondation *in vitro*, l'implantation tubaire de gamètes (ou GIFT), le transfert d'embryon et le don d'ovule et d'embryon⁴⁶.

En tout état de cause, le code civil du Québec ne fixe pas de limite à l'accès aux NTR. Le législateur se réfère au « projet parental d'autrui » sans plus de précision, éludant ainsi la question.

Nombreux sont ceux qui aujourd'hui le déplorent et réclament une intervention législative qui fixerait clairement les limites au recours, comme l'a fait la France.

Ainsi, le comité du Barreau du Québec prônait la préparation d'une loi réglementant l'ensemble des problèmes posés par les NTR ; de même, le Conseil du Statut de la femme⁴⁷ réaffirme régulièrement l'impérieuse nécessité qu'il y a à ce que l'Etat prenne ses responsabilités en la matière en fournissant au Québec un véritable encadrement législatif.

Est-ce à dire qu'en l'absence de limites légalement établies, il existe au Québec un droit d'accès inconditionnel aux NTR ?

Certains observent que le vide juridique a entraîné une « jurisfondamentalisation » du débat. Cela signifie que la revendication du libre accès aux NTR prend appui sur les droits de la personne tels qu'ils sont consacrés par les Chartes canadienne et québécoise.

⁴⁵ COMITÉ DU BARREAU DU QUÉBEC, *loc. cit.*, note 25, p. 37

⁴⁶ S. GASCON, *op. cit.*, note 14, p.42

⁴⁷ CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *op. cit.*, note 5, p.25

Malheureusement sur ce terrain on ne peut que légitimer le droit-désir tout en occultant les dimensions éthiques défavorables⁴⁸.

Cependant il est permis de dire que dans l'ensemble le vide juridique n'ouvre en aucun cas de droit au libre accès aux NTR⁴⁹.

Il est intéressant à cet égard de noter que personne ne déduit du silence de la loi un tel droit, et qu'au contraire on s'attache à rechercher plutôt s'il existe un « droit d'être parent » qui serait explicitement ou implicitement consacré en droit.

Une auteure relève ainsi que le droit d'être parent ne reçoit aucune reconnaissance officielle dans le code⁵⁰.

Certes le débat n'échappe pas à cette jurifondamentalisation qui a été décrite.

Les droits de la personne permettent à ce titre de rééquilibrer les positions, de tenir un discours qui à certains égards paraît beaucoup plus respectueux des droits des individus et plus tolérant face aux modes de vie de chacun.

Cela permet en outre d'échapper à certains préjugés dans lesquels l'opinion française dominante se meut confortablement, comme par exemple l'idée à notre sens préconçue selon laquelle un couple homosexuel n'est pas en mesure d'élever un enfant.

En l'absence de cadre d'ensemble, les centres pratiquant la procréation médicalement assistée se sont eux-mêmes fixés leurs propres limites, par l'adoption de codes d'éthique.

Les limites sont donc issues au Québec de l'autoréglementation. De ce fait, elles ne sont pas vraiment harmonisées dans l'ensemble du pays.

En France à l'inverse, les lois dites « bioéthique » ont permis de fixer un cadre uniforme qui établit positivement les conditions d'accès aux NTR.

⁴⁸ Jean-Louis BAUDOUIN, « Introduction », dans J.-L. BAUDOUIN et S. LEBRIS, *op. cit.*, note 44, p. 13

⁴⁹ Sur les décisions rendues à ce sujet par la Commission des droits de la personne du Québec, voir *infra*, p. 62

⁵⁰ M. OUELLETTE, *loc. cit.*, note 19, p. 708

Au Québec comme en France, les limites sont de deux ordres : elles ont trait aux indications médicales nécessaires pour accéder aux techniques de procréation, ainsi qu'à la structure de la parenté exigée.

1 - LES INDICATIONS MEDICALES

1.1– La légitimité de l'établissement d'indications médicales

1.1.1 - Les NTR et les soins médicaux

Dans les deux Etats, une question préalable s'est posée : les NTR peuvent-elles être considérées comme de soins médicaux ? N'y aurait-il pas abus de langage à retenir une telle qualification ?

Deux tendances contraires se sont dessinées à ce sujet.

Selon un premier courant de pensée, les NTR étaient des soins médicaux car elles étaient nécessairement fournies par un médecin.

En France, les services de procréation assistée ne peuvent être alloués que par des établissements qui y sont dûment autorisés. De plus la loi prohibant l'insémination par sperme frais, il s'ensuit qu'une femme ne peut aujourd'hui, sans violer la loi, s'auto-inséminer. Le recours au médecin est donc incontournable.

Au Québec, les prestations reliées à la procréation assistée sont fournies par le milieu hospitalier, les médecins dans leur cabinet privé ou encore dans des cliniques de fertilité privées.

La fourniture de NTR n'échappe donc pas *a priori* au monde médical. Néanmoins, les femmes célibataires peuvent éviter le recours à un médecin en pratiquant l'auto-insémination par sperme frais. Selon certains, cette pratique aurait tendance à se développer. Notamment les femmes semblent aujourd'hui remettre en cause la

médicalisation de la reproduction⁵¹. Mais le Collège des médecins a vivement recommandé de n'utiliser que du sperme congelé pour l'insémination hétérologue, aux fins d'éviter la transmission du virus du SIDA⁵².

Il reste qu'une femme au Québec peut tout à fait en l'état actuel du droit avoir recours à l'auto-insémination par sperme frais sans pour autant méconnaître aucune disposition légale.

Cette exception mise à part, les services de PMA sont tous fournis par des médecins. Les NTR sont donc au moins des actes médicaux par leur auteur.

D'autres ont en revanche répliqué que les NTR ne soignent aucune maladie, et n'avaient vocation qu'à soulager le désir d'enfant insatisfait. A cet égard, les NTR ne pouvaient pas se présenter comme de véritables soins médicaux, à moins de disqualifier le rôle de la médecine au rang de la médecine du désir.

Madame Veil a souligné cette ambiguïté de la définition des NTR, en distinguant la technique elle-même qui est médicale, et les fins poursuivies qui ne le sont pas : « les techniques sont médicales, mais les fins poursuivies peuvent dépasser le cadre normal de l'exercice médical ou de la recherche : par exemple, répondre à la demande de grossesse d'une femme seule ou d'une femme de 60 ans ... »⁵³.

De fait, si l'on retient une définition de l'acte ou du soin médical par le but visé, les NTR ne pourraient pas être considérées comme un acte médical, car la condition de nécessité thérapeutique ferait défaut⁵⁴.

⁵¹ David J. ROY, John R. WILLIAM, Bernard M. DICKENS, Jean-Louis BAUDOUIN, *La bioéthique, ses fondements et ses controverses*, Éditions du Renouveau pédagogique, 1995, p.161

⁵² COLLÈGE DES MÉDECINS DU QUÉBEC, *L'insémination artificielle : éléments d'un service de qualité*, mars 1994, Montréal, p.16. En outre, le *Règlement sur les aliments et drogues* (S.R.C. 1970, c., F-27) impose au niveau fédéral des contrôles stricts de sécurité sanitaire et de qualité du sperme distribué pour la reproduction assistée.

⁵³ Simone VEIL, « Éthique biomédicale : fallait-il légiférer ? » (3 mai 1997) *Les petites affiches*, n°53

⁵⁴ DICTIONNAIRE PERMANENT BIOÉTHIQUE ET BIOTECHNOLOGIES, *Acte médical*, n°24 : Traiter la procréation médicalement assistée comme des soins médicaux « considère l'acte médical par la qualité de son auteur; il ne considère pas l'acte médical par sa qualité intrinsèque d'assistance à l'Homme souffrant, à moins que par exemple, le désir d'enfant ne soit une pathologie, et le projet parental un remède, ce sur quoi le débat reste ouvert ».

L'intervention médicale doit en effet avoir une fonction thérapeutique pour que l'atteinte portée au corps humain soit légitime^{54bis}.

Les droits français et québécois rappellent ainsi qu'en tout état de cause la liberté du médecin n'est pas absolue et que l'acte ou le traitement doit être médicalement nécessaire.

Ainsi l'article 2.03.21 code de déontologie médicale québécois énonce que « le médecin ne doit fournir un soin ou donner une ordonnance de médicament ou de traitement que si ceux-ci sont médicalement nécessaires ».

L'article 16-3 du code civil français interdit quant à lui toute atteinte à l'intégrité du corps humain si ce n'est « en cas de nécessité thérapeutique pour la personne ».

La condition de nécessité thérapeutique est d'autant plus importante s'agissant de NTR que ces techniques sont particulièrement invasives pour le corps des femmes, constituant une atteinte renforcée à l'intégrité physique et psychologique de ces dernières⁵⁵.

Il est vrai que dans son acception la plus stricte, la notion de santé ne recouvre que l'absence de maladie. L'incapacité pour une personne d'avoir des enfants par des moyens naturels n'étant pas en soi une maladie, les NTR ne pourraient dans ces conditions être légitimement considérées comme des soins médicaux, à défaut de fonction thérapeutique.

Cependant, la santé est aujourd'hui une notion aux frontières de plus en plus élargies⁵⁶.

^{54bis} A titre d'exemple, la chirurgie esthétique n'a pas à proprement parler de fonction thérapeutique, le but recherché n'étant que l'amélioration de l'apparence physique ... à moins de considérer que l'objectif thérapeutique poursuivi est l'amélioration du bien-être de la personne dont les imperfections physiques occasionnent une détresse psychologique. Cette acception élargie de la notion de "fonction thérapeutique" permet ainsi de considérer la chirurgie esthétique comme une intervention médicale eu égard au but poursuivi, et de justifier par là-même l'atteinte portée à l'intégrité physique de la personne.

⁵⁵ Dominique THOUVENIN, « Quelques mises au point à propos des procréations médicalement assistées », (juin 1992) *Le Droit, Eres*, n°2, p. 67 et s.

⁵⁶ CONSEIL ECONOMIQUE ET SOCIAL, *Les droits de la personne malade*, rapport présenté par Claude Evin, 1996, Direction des JO, p. 72: « Le développement de l'État providence, le progrès médical et sa médiatisation ont modelé le rapport de la population à la santé (...) la santé est devenue une notion dont les frontières se modifient, et notamment la prise en charge de maladies « sociales » se faisant de plus en plus avec l'apport médicamenteux ».

Elle est définie par l'Organisation Mondiale de la Santé comme « un complet état de bien-être, physique, mental et social » qui « ne consiste pas seulement en l'absence de maladie ou d'infirmité »⁵⁷.

Or l'on constate que bien souvent dans les sociétés occidentales, l'impossibilité d'avoir des enfants est vécue de façon dramatique par les personnes touchées et engendre une grande détresse et une grande souffrance morale. Une définition élargie de la santé permet dès lors de considérer le désir d'enfant insatisfait comme un défaut de santé justifiant l'accès aux NTR en tant que soins médicaux.

Les NTR seraient donc des soins médicaux en tant qu'ils se présentent comme des remèdes à la détresse. A ce sujet, une auteure observe que

« un glissement subtil a été opéré par le corps médical de la maladie à la souffrance et le mot remède a été un excellent vecteur de cette évolution »... « Le mot remède constitue de ce point de vue un mot idéal car il exprime deux idées : il est d'une part, tout ce qui est employé pour le traitement d'une maladie, d'autre part il est ce qui est employé pour atténuer ou guérir une souffrance morale. La référence à ce mot permet donc d'intégrer légitimement la détresse dans la fonction thérapeutique. »⁵⁸

Une mise en garde est alors donnée. Il faut en effet faire attention à ne pas en arriver à considérer l'enfant lui-même comme un médicament, un remède à une population en mal de descendance.

De son côté, la Commission royale considère que le désir d'enfant est le plus légitime qui soit, et que la détresse engendrée, chez les Canadiens et les Canadiennes, par l'impossibilité d'avoir des enfants, justifie en soi que l'on permette l'accès aux NTR pour combler le désir d'enfant insatisfait. Ainsi, il est notamment évoqué que

« Compte tenu de l'importance que la population canadienne attache à cette question, la Commission a conclu qu'une société responsable et humaine se devait de trouver les moyens de reconnaître le désir d'enfant des particuliers et des couples et de les aider à atteindre leur objectif. »^{58bis}.

⁵⁷ ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTE / fonds des NATIONS UNIES pour l'enfance, Les soins de santé primaires- Conférences internationales sur les soins de santé primaires, OMS, Genève 1978, p.6

⁵⁸ D. THOUVENIN, loc.cit., note 55, p. 67 et s.

^{58bis} COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, op. cit., note 3, p.188

En tout état de cause, la France et le Québec, dépassant ce débat, ont choisi de traiter les NTR comme des soins médicaux. On constate en effet que les coûts reliés à la fourniture des NTR sont pris en charge dans une certaine mesure par le système public de santé.

Au Québec, l'insémination artificielle est couverte par la RAMQ, même si certains frais liés au traitement du sperme peuvent être facturés aux patientes.

S'agissant de la fécondation *in vitro*, elle n'est pas en elle-même un traitement pris en charge par le système public de santé. Certaines pressions sont d'ailleurs exercées sur le gouvernement du Québec afin de faire modifier la situation⁵⁹.

Cela dit, de nombreuses prestations reliées au traitement sont elles-mêmes couvertes, comme les consultations médicales, les échographies ou encore la laparoscopie...

De surcroît il n'est pas rare que les assurances-groupes remboursent les frais encourus pour les médicaments, les prises de sang, les tests de laboratoire et les échographies. Le suivi médical est couvert à l'occasion. Quant à la technique de fécondation *in vitro* proprement dite, quelques couples ont vu leur réclamation honorée par leur assurance-groupe⁶⁰.

En France, les actes de procréation médicalement assistée sont remboursés par la sécurité sociale, comme soins de traitement de la stérilité.

En application d'une loi du 12 juillet 1978⁶¹ prévoyant le remboursement des frais relatifs au diagnostic et au traitement de la stérilité, les pouvoirs publics ont modifié, à partir de 1990, la nomenclature des actes de biologie médicale pour y inscrire certaines activités de PMA : isolement des spermatozoïdes en vue d'une insémination artificielle,

⁵⁹ André COSSETTE, « Perspectives québécoises : le rapport du Comité sur les nouvelles technologies de reproduction », dans Christian BYK, *Procréation artificielle, où en sont l'éthique et le droit ?*, Médecine et société, n° 143, Editions Alexandre Lacassagne – Lyon, 1989, 325. Rendu public en 1988, le Rapport du Comité de travail sur les NTR, commandé par le Ministère de la Santé et des services sociaux du Québec recommandait que l'Etat ne soit pas tenu d'assurer l'accessibilité des services de fécondation *in vitro* dans chaque région du Québec, d'autres besoins sociaux et de santé devant être considérés en priorité dans une optique d'équité entre les régions. Mais des organismes comme l'Association des obstétriciens et gynécologues du Québec (AOGQ) ont déclaré depuis que la fécondation *in vitro* n'était plus une technique à caractère expérimental mais un véritable soin médical qui en tant que tel devait être pris en charge par le système public de santé (politique adoptée par le conseil d'administration de l'AOGQ le 29 octobre 1993).

⁶⁰ Site internet de PROCRÉA: www.procrea.qc.ca

⁶¹ Loi n° 78-730, JO 13 juillet 1978

actes biologiques en vue du transfert intratubaire de gamètes, fécondation *in vitro* avec recueil ovocytaire, congélation de sperme ou d'embryons..

C'est sur la base de la cotation que reçoivent les actes dans la nomenclature que les organismes d'assurance sociale procèdent au remboursement.

Pour certains actes qui entraînent des coûts élevés pour la société, la prise en charge par le système public ne sera que partielle. S'agissant notamment de la fécondation *in vitro*, seules 4 tentatives peuvent être cotées et leur remboursement suppose une entente préalable.

Dans les deux pays, on constate donc que le système public de santé prend en charge au moins pour partie les coûts occasionnés par les services reliés aux NTR.

Cela traduit donc une volonté affirmée de traiter certaines de ces prestations comme des soins médicaux. Quelles conséquences tirer de la qualification de soins médicaux ?

1.1.2 - Conséquences attachées à la qualification de soins médicaux

En France comme au Québec, les contempteurs des NTR ont tiré profit de la qualification de soins médicaux pour revendiquer le libre accès à ces technologies.

Le mouvement de revendication d'un large accès aux NTR s'est ainsi appuyé sur le droit à l'égal accès aux soins médicaux..

A ce titre, il a été rappelé qu'au niveau international, l'accès aux soins ainsi que la solvabilisation de cet accès sont promus au rang de droit fondamental de la personne humaine.

L'article 25 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme proclame ainsi que

« toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment ... pour les soins médicaux ainsi que pour les services sociaux nécessaires ... ».

L'article 22 introduit le droit à la sécurité sociale pour toute personne.

Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, adopté par l'Assemblée Générale de l'ONU le 16 décembre 1966 transforme la Déclaration Universelle en instrument normatif. Après avoir affirmé « le droit de toute personne à la sécurité sociale » (article 9), il prévoit les obligations concrètes et précises que les Etats « parties au présent acte » prendront en vue d'assurer le plein exercice du « droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre » (article 12).

En outre, le droit d'accès aux soins médicaux reçoit une consécration dans les instruments juridiques nationaux des deux Etats, où le principal souci en matière de santé est de fournir à l'ensemble de la population une couverture universelle en matière de soins médicaux et de services sociaux.

Au Québec, le régime universel d'assurance-maladie suppose que toute personne a droit aux soins requis par son état de santé. L'article 5 de la loi sur la santé et les services sociaux du Québec dispose ainsi : « Toute personne a le droit de recevoir des services de santé et des services sociaux adéquats sur les plans à la fois scientifique, humain et social, avec continuité et de façon personnalisée. »⁶²

Appliqué strictement, ce principe se traduit par l'obligation de fournir à toute personne qui désire un enfant les moyens techniques et médicaux pour y arriver.

⁶² *Loi sur les services de santé et les services sociaux et modifiant diverses dispositions législatives*, L.Q. 1991, c.42. Le droit aux services de santé s'exerce toutefois dans les limites prévues par l'article 13 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, c'est-à-dire "en tenant compte des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'organisation et au fonctionnement de l'établissement ainsi que des ressources humaines, matérielles et financières dont il dispose".

D'aucuns se sont également demandés s'il n'existait pas en vertu des Chartes⁶³, par voie d'extension ou de prolongement des principes existants, un droit d'accès aux soins rendus disponibles par les progrès de la technologie⁶⁴.

En France, le 11^e alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 énonce que « la nation garantit à tous, notamment à la mère, à l'enfant, au vieux travailleur, la protection de la santé ». Certains estimaient que l'on pouvait dégager de ce principe essentiel une obligation de rendre disponible les NTR à tous ceux qui veulent avoir un enfant.

Cependant, à contre courant de ce mouvement revendicatif s'est imposée dans les deux pays une approche consistant à déduire de la qualification de soins médicaux l'établissement de limites à l'accès aux NTR.

La fixation de limites s'est en effet imposée pour des motifs de politique économique.

Les NTR font peser sur la collectivité des coûts élevés, d'où la nécessité d'un strict encadrement de l'accès, à relier à une politique de maîtrise des dépenses de santé.

Si la santé se présente comme une valeur individuelle, un droit qui peut être avancé par tout individu, elle constitue dans le même temps une valeur collective. Or les systèmes de santé en France et au Québec sont aujourd'hui confrontés à des contraintes économiques de plus en plus fortes. Les ressources financières dont les Etats disposent ne sont pas inépuisables, loin s'en faut!

En France l'aggravation du déficit de la sécurité sociale est un thème récurrent.

⁶³ Charte québécoise des droits et libertés de la personnes, L.R.Q., c. C-12 ; Charte canadienne des droits et libertés, L.R.C (1985), App. II, n°44. Sur l'interprétation des articles 10 et 12 de la Charte québécoise en matière d'accès aux NTR par la Commission des droits de la personne du Québec, voir *infra*, p. 62

⁶⁴ Claude TELLIER, « Droit à la santé et chartes : l'égalité des traitements et les recours judiciaires et administratifs », dans J.-L. BAUDOUIN et S. LEBRIS, *op. cit.*, note 44, p.420

Au Québec, le système de santé et des services sociaux devenant de plus en plus coûteux, représentant en 1995-1996 jusqu'à 30,2 % des dépenses annuelles du Gouvernement⁶⁵, obère gravement les finances publiques.

Dans les deux Etats on assiste donc au souci de plus en plus pressant d'agir en vue de réduire les dépenses de santé⁶⁶.

Or les NTR sont à n'en point douter très dispendieuses.

Ainsi pour la France, la charge annuelle de la fécondation *in vitro* pour la sécurité sociale a été estimée à environ 80000F, une tentative coûtant 8000 F; une fécondation *in vitro* réussie 250000 F⁶⁷. Madame Veil, devant la commission spéciale de l'assemblée, donnait un coût global annuel de l'AMP de 13 millions, plus 50 millions de frais d'hospitalisation.

Pour le Québec, le coût de la fécondation *in vitro* est de l'ordre de 6500 \$ par essai à l'IMRM (soit 2000 \$ pour les médicaments et 4500 \$ pour l'essai).

Pour donner un ordre d'idée, le coût consacré à la naissance d'un enfant par une technique de procréation médicalement assistée représente l'équivalent de la consommation médicale de mille personnes dans certains pays du Tiers Monde.

Lorsqu'on pense que l'équivalent des dépenses consacrées aux NTR reconstituerait partiellement des systèmes de santé dans le Tiers Monde, la question se pose de savoir si en revendiquant à un droit d'accès inconditionnel à une médecine de luxe, on n'outrage pas la « détresse des mal soignés sur la Terre des hommes »⁶⁸.

⁶⁵ CONSEIL DU TRÉSOR, Budget 1995-1996, Crédits pour l'année financière se terminant le 31 mars 1996, Gouvernement du Québec, Québec

⁶⁶ Dans cette perspective, le Gouvernement du Québec annonçait en 1995 des compressions dans le domaine de la santé de l'ordre de 1,4 milliards \$ sur 3 ans. En réalité selon le Journal La Presse, Montréal du 28 mars 1996, on s'achemine vers des compressions de 1,2 milliards \$ en 2 ans.

⁶⁷ Noëlle. LENOIR et Bernard. STURLESE, Aux frontières de la vie : une éthique biomédicale à la française, Doc. fr. 1991, I, p.43

⁶⁸ Gérard MÉMETEAU, « L'embryon législatif », D.1994 chron p. 358

Dans ce contexte, des indications médicales permettent de restreindre l'accès à ces techniques onéreuses. Des discriminations dans l'accès aux NTR sont donc justifiées dans un premier temps par l'allocation de ressources de santé limitées^{68bis}.

Dans le dessein notamment d'économiser des ressources de santé limitées, des indications médicales à la procréation médicalement assistée se sont imposées en France et au Québec. Nous allons voir qu'en France, c'est la loi qui détermine quelles sont ces indications médicales, alors qu'au Québec, elles résultent des pratiques observées par les cliniques de fertilité.

1.2 – Les différentes indications médicales

La notion de détresse consécutive à l'impossibilité de procréer par des moyens naturels ne semble pas s'être imposée en tant que telle en France ou au Québec comme indication médicale aux NTR.

Deux grands types d'indications médicales beaucoup plus restrictives ont été dégagées dans les deux pays. Il s'agit de l'infertilité, et du risque de transmission d'une maladie à l'enfant à naître.

1.2.1 - L'infertilité

Cette condition résulte en France de la loi. L'article L.152-2 dispose en effet :
« L'assistance médicale à la procréation (...) a pour objet de remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué ».

^{68bis} On peut mentionner à cet égard l'approche très intéressante de la Commission royale qui, afin de concilier la nécessité de répondre au désir d'enfant insatisfait et la maîtrise indispensable des dépenses de santé, propose de prévenir l'infertilité plutôt que d'offrir à tout va une technologie fort coûteuse : COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *op. cit.*, note 3, p.188.

Au Québec où aucune disposition législative n'impose cette condition, on observe que l'infertilité est toujours exigée par les cliniques des personnes qui désirent recourir à une fécondation *in vitro* ou une insémination artificielle, en vertu de normes édictées par les professionnels.

Ainsi pour ne citer que cet exemple, le Centre québécois Procréa énumère les techniques disponibles en fonction des types d'infertilité (infertilité d'origine masculine, tubaire, anovulation, endométriose, infertilité inexplicée). Il exige des personnes désirant prendre rendez-vous d'être en possession de leur dossier médical de fertilité⁶⁹.

En outre, s'agissant de l'insémination artificielle hétérologue, le Collège des médecins du Québec a indiqué en 1994 qu'elle était une solution pour pallier l'infertilité du conjoint⁷⁰.

La condition d'infertilité étant la principale indication médicale permettant l'accès aux NTR, il importe de définir ce que l'on entend par cette notion.

1.2.1.1 - Définition de la notion d'infertilité

Plusieurs définitions de l'infertilité ont été proposées. Il semble que ce soit dans les deux pays la définition la plus restrictive qui ait été retenue.

Selon l'approche la plus large, l'infertilité est vue comme l'incapacité d'une personne de se reproduire pendant sa vie.

Cette conception sociale de l'infertilité implique que des personnes seules qui sont pourtant capables de se reproduire sur le plan biologique, pourraient être éligibles aux NTR.

Cela signifie que tout célibataire homme ou femme, ainsi que des couples de lesbiennes seraient susceptibles de recourir aux NTR et donc d'élever un enfant.

⁶⁹ Site internet de PROCRÉA, précité, note 60

⁷⁰ COLLÈGE DES MÉDECINS DU QUÉBEC, *op. cit.* note 52.

On voit ainsi que toute définition de l'infertilité n'est pas neutre sur le plan social et qu'elle implique au contraire des choix fondamentaux sur la structure familiale d'accueil de l'enfant.

Cette question relative à la structure de la parenté sera étudiée plus loin de façon détaillée.

A ce stade, il suffit de constater que derrière le critère de l'infertilité se profilent des orientations sociales primordiales.

Une seconde conception considère l'infertilité comme un problème strictement fonctionnel dans le cadre d'un couple composé d'un homme et d'une femme.

Le terme « infertile » s'applique ainsi aux couples qui n'ont pas d'enfant. Ceux-ci se révèlent incapables de franchir les étapes de la fécondation, de la conception et de la grossesse.

L'infertilité ainsi envisagée réfère à l'impossibilité de reproduction en dépit de relations sexuelles non protégées pendant 1 à 2 ans avec le même partenaire. Elle peut être attribuable à divers facteurs féminins (tels une ovulation irrégulière, l'obstruction des trompes de Fallope ou l'endométriose) ou masculins (spermatozoïdes trop lents ou trop peu nombreux, absence ou obstruction des canaux éjaculateurs, stérilité post-vasectomie...) ou encore inexplicables (on parle alors d'infertilité idiopathique).

En tout état de cause, l'infertilité concerne le couple, et ne doit pas pour cette raison être confondue avec la stérilité qui elle désigne une incapacité individuelle médicalement démontrée de la femme ou de l'homme⁷¹.

Cette approche de l'infertilité conduit à restreindre l'accès aux NTR aux seuls couples formés d'un homme et d'une femme, à l'exclusion donc des personnes seules ou des couples homosexuels.

C'est cette seconde définition restrictive qui a été retenue par la loi française.

⁷¹ Le Conseil du statut de la femme a défini la stérilité comme « une incapacité pour un être vivant de procréer ou de se reproduire. »: CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *op. cit.*, note 5, p.27.

L'article L.152-2 précise en outre que l'infertilité doit avoir un « caractère pathologique... médicalement diagnostiqué ».

Cet ajout exclut, semble-t-il, toute infertilité d'origine naturelle, comme notamment celle liée à l'âge. Même dans le cadre d'un couple, les femmes ménopausées ne pourront prétendre à l'accès aux NTR.

De surcroît, les termes de la loi semblent indiquer que l'infertilité doit être contemporaine, ce qui interdirait le recours à ces techniques en prévision d'une infertilité à venir. Cette question qui touche à la procréation *post-mortem* sera traitée plus loin dans la partie consacrée aux conditions relatives à l'état civil.

Au Québec, chaque centre ou médecin pratiquant l'assistance médicale à la procréation va en s'autoréglementant élaborer sa propre conception de l'infertilité. Il n'est donc pas *a priori* possible de donner la position du Québec, puisqu'en l'absence de loi, les positions ne sont pas harmonisées.

Il semble toutefois que la majorité des centres retient tout comme la loi française la seconde définition. La plupart de ces centres n'acceptent en effet de traiter que des problèmes d'infertilité d'un couple hétérosexuel et procèdent en outre à des examens cliniques pour tenter d'identifier les causes de la stérilité ou de l'infertilité. Les médecins cherchent à savoir si une NTR constituerait une solution adéquate⁷².

Le centre québécois Procréa illustre bien cette tendance.

Il définit l'infertilité comme « une difficulté à concevoir un enfant après 1 an de relations sexuelles régulières sans contraception et avec le même partenaire ».

⁷² Si telle est la condition d'infertilité majoritairement retenue de nos jours au Québec, il semble qu'il n'en ait pas toujours été ainsi. Le Conseil du statut de la femme notait en effet qu'en 1989, la fécondation *in vitro* était pratiquée sur des femmes parfaitement fertiles. Le Conseil s'alarmait aussi du fait que le délai de non-conception servant de critère d'admissibilité en clinique de fertilité était de 1 an seulement de relations sexuelles sans contraception, et recommandait d'allonger ce délai à 2 ans : CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, « Les enjeux de la procréatique au Québec et les positions défendues par le Conseil du Statut de la femme », dans C. BYK, *op. cit.*, note 59, p. 333 et s. Sur cette question de délai il semble cependant que rien n'a changé.

Si tel s'avère être le cas, Procréa procède à une consultation en fertilité pour mieux cerner la cause de l'infertilité, des tests complémentaires étant effectués dans ce but si nécessaire.

S'il s'agit d'une première consultation, une investigation sera pratiquée sur la femme et notamment :

- un bilan sanguin et des cultures vaginales seront effectuées (bilan de base d'infertilité) ;
- la détermination du moment de l'ovulation;
- l'évaluation de la fertilité du conjoint par un spermogramme;
- l'évaluation de la perméabilité des trompes de Fallope par une radiographie spécialisée (l'hystérosalpingographie); si cette radiographie révèle des anomalies ou s'il est décelé des antécédents suggérant un problème pelvien, alors une laparoscopie sera effectuée.

A la suite du diagnostic final, le médecin discute avec la patiente, en présence de son conjoint, des différentes options thérapeutiques auxquelles il est possible de recourir.

Des consultations en psychologie sont également proposées lors des traitements de fécondation *in vitro*, d'insémination artificielle avec donneur, ou si le patient en ressent la nécessité⁷³.

Dans les deux pays la conception restrictive de l'infertilité semble l'emporter. Or cette définition n'est pas neutre sur le plan social car elle exclut d'office une personne célibataire ou un couple homosexuel du bénéfice de ces technologies.

Il n'est pas exclu toutefois qu'au Québec, certains centres ou médecins québécois retiennent librement en toute légalité une définition beaucoup plus large, permettant le recours de femmes célibataires ou couples homosexuels aux NTR.

S'agissant de la définition restrictive de l'infertilité, une controverse s'est engagée sur le point de savoir si l'on a affaire ou non à une maladie.

⁷³ Site internet de PROCREA, précité, note 60

1.2.1.2 - Infertilité et maladie

La condition d'infertilité ayant été posée comme indication médicale, d'aucuns sont tentés de la considérer comme une maladie.

Or de nombreux auteurs refusent de voir dans l'infertilité une maladie. C'est le cas par exemple de Geneviève Delaisi de Parseval⁷⁴. Selon elle, on a tendance à considérer dans nos sociétés contemporaines que tout individu normal et en bonne santé doit être en mesure de pouvoir procréer. L'infertilité et la stérilité apparaissent alors comme de graves maladies. Pour l'auteure, il s'agit plutôt de handicaps.

En outre, considérer l'infertilité comme une maladie risque d'aboutir à une stigmatisation de la population infertile en créant un sentiment de « fertilité obligatoire ». Les personnes infertiles se sentent alors obligées de recourir aux NTR pour remédier à leur « maladie ». Considérer en revanche l'infertilité comme un simple handicap, et non plus comme une maladie, n'implique pas pour les couples touchés la nécessité du recours à un traitement curatif, ce qui peut inciter la société à accepter la population infertile telle qu'elle est, avec son propre particularisme.

De surcroît, il convient de souligner qu'en aucun cas les NTR ne sont un traitement médical d'une infertilité ou d'une stérilité. Elles ne sont que des techniques palliatives et non curatives, visant essentiellement à redonner aux personnes touchées par ce handicap l'image de leur « corps reconstitué dans son intégrité, indemne de tout manque »⁷⁵. A cet égard, Simone Novaes affirme que

« les techniques de fécondation ne rétablissent pas la capacité de faire des enfants: tout au plus, elles comblent un manque du couple - et l'échec de la médecine - par un acte qui traite le désir d'enfant »⁷⁶.

⁷⁴Geneviève DELAISI de PARSEVAL, « Des enfants prothèse? », dans Sortir la maternité du laboratoire, actes du forum international sur les NTR organisé par le Conseil du Statut de la femme tenu à Montréal les 29, 30, 31 mai 1987, Edition Gouvernement du Québec, 1988, p.114

⁷⁵Id.

⁷⁶Simone NOVAES, « Vide juridique: notion-écran en l'absence de repères sociaux? L'encadrement législatif de la procréation artificielle », dans F. CHAZEL et J. COMMAILLE, Normes juridiques et régulation sociale, Collection Droit et société, LGDJ, 1991, p.233

M.-T. Meulders Klein traduit également cette idée en exprimant que le recours à une technique de procréation assistée, éventuellement avec tiers, ne guérit certainement pas l'affection dont souffre(nt) le ou les époux, mais il permet de pallier les effets malheureux d'une cause pathologique et d'apporter par là une réponse à un problème médical⁷⁷.

Il ressort de ces propos que la maladie ou tout au moins le défaut de santé n'est pas l'infertilité en soi, mais plutôt la détresse engendrée par l'impossibilité de procréer chez les personnes touchées.

Les NTR se présentent donc comme des remèdes à la souffrance morale lorsque le traitement médical proprement dit de la stérilité (médicaments stimulateurs de fertilité...) a échoué.

La détresse suscitée par l'infertilité dans nos sociétés est indéniable.

La Commission royale a beaucoup insisté sur l'importance accordée par les individus à la reproduction, et sur la nécessité, dans une société humaine, d'aider les personnes infertiles à avoir des enfants, en leur offrant notamment la possibilité de recourir aux NTR^{77bis}.

Il ressort néanmoins des consultations auprès de la population canadienne que le désir de procréer comporte, certes, une part d'innéité, mais est également énormément conditionné par les attentes de la société et les images que la société renvoie aux femmes et aux hommes.

Dès lors l'impossibilité d'avoir des enfants est susceptible d'être envisagée non pas seulement comme un problème d'ordre fonctionnel et médical, mais également comme un problème d'ordre social. En tant que problème social, elle appellerait des solutions sociales, excluant le recours aux NTR comme réponse à l'infertilité. Il s'agirait notamment de faire en sorte que la société accepte de

⁷⁷Marie-Thérèse. MEULDERS-KLEIN, « Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées » (1988), *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, p.654.

^{77bis} A ce sujet, voir *supra*, p. 37.

« modifier ses attitudes, [...], de manière à accepter à la fois ceux qui ne peuvent avoir d'enfants et ceux qui choisissent de ne pas en avoir. Dans cette optique, l'absence d'enfants devrait être perçue comme un choix également acceptable, sanctionné par la société, de sorte que les couples se sentent libres de prendre une telle décision et, par exemple, de ne pas recourir à une solution médicale pour remédier à leur infertilité. »^{77ter}

Qu'on la considère cependant comme un problème médical ou comme un problème social, l'infertilité est le plus souvent perçue de façon dramatique par les couples touchés. L'Association Québécoise pour la Fertilité Inc. énonçait dans le mémoire qu'elle remettait à la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction⁷⁸:

« L'infertilité étant l'incapacité de se reproduire, elle remet en question notre raison d'être en tant qu'individu et en tant que couple. Ce phénomène est constaté seulement lorsque l'on y est confronté. Donc il ne faut pas se surprendre si l'infertilité provoque des réactions émotives au niveau du couple, de la famille, des amis, du travail, du corps médical et de la société en général. La grande majorité des gens fertiles ne peuvent concevoir la douleur ressentie par les couples infertiles et ce qui les motive à poursuivre un traitement qui leur offre une chance. »

Ainsi l'infertilité n'est pas en elle-même une indication médicale permettant le recours aux NTR. Seule en définitive la détresse consécutive à une telle infertilité est constitutive d'une indication médicale.

Les sociétés française et québécoise dans leur bienveillance permettent ainsi le recours aux NTR comme soins médicaux devant soulager une souffrance morale engendrée par l'état d'infertilité.

Mais du fait de la conception stricte de l'infertilité qui est retenue, seule la détresse des couples hétérosexuels est prise en compte, celle des personnes célibataires ou des couples homosexuels étant occultée.

La discrimination ainsi caractérisée est toutefois justifiée par l'allocation des ressources de santé limitées imposant de restreindre l'accès à une technologie coûteuse.

^{77ter} COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *op. cit.*, note 3, p. 199

⁷⁸ COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *op. cit.*, note 3, p. 196

1.2.2 - Le risque de transmission d'une maladie à l'enfant à naître

Cette condition résulte en France de l'article L.152-2 qui dispose :
« L'assistance médicale à la procréation (...) peut aussi avoir pour objet d'éviter la transmission à l'enfant d'une maladie d'une particulière gravité .».

Au Québec, aucune disposition législative n'impose une telle condition.

Néanmoins on retrouve cette condition par exemple dans les lignes directrices tracées par le Collège des médecins du Québec : « l'insémination hétérologue constitue une solution pour (...) prévenir la transmission des maladies héréditaires et génétiques »⁷⁹.

Le Conseil du statut de la femme prônait également en 1989 de réserver l'accès à l'insémination avec donneur aux couples ayant un risque élevé de transmission de maladie héréditaire grave⁸⁰.

Le rapport du Comité de travail sur les NTRH de 1988 faisait ressortir qu'une majorité de ses membres était favorable à ce que l'insémination artificielle hétérologue soit pratiquée en cas de maladie grave héréditaire liée au sexe⁸¹.

Néanmoins cette condition ne doit pas permettre un accès trop large aux NTR.

Si certaines maladies héréditaires, en raison de leurs conséquences tragiques sur les enfants qui en sont victimes, doivent être évitées et justifient à ce titre le recours à une procréation artificielle hétérologue, il ne faudrait pas vouloir par un tel mode de procréation supprimer tous les petits inconvénients de l'hérédité ... La limite entre le « bon » et le « mauvais » eugénisme est sans doute difficile à trouver.

⁷⁹ COLLÈGE DES MÉDECINS DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 52

⁸⁰ CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *loc. cit.*, note 72, dans *op. cit.*, note 59.

⁸¹ A. COSSETTE, *loc. cit.*, note 59, p. 326

La loi française a finalement posé comme frontière le caractère de gravité particulière de la maladie.

Initialement le projet de loi exigeait que la maladie ait un caractère incurable. Mais l'Assemblée Nationale a supprimé ce critère en deuxième lecture, et cette suppression n'a pas été remise en cause. Il en résulte un élargissement de l'indication puisque l'assistance médicale à la procréation est devenue un moyen légal de prévenir la transmission d'une maladie grave, même justiciable d'un traitement curatif.

Cette indication et *a fortiori* son élargissement ont suscité de vives contestations lors des débats parlementaires. Certains députés ont notamment pu reprocher au texte d'avoir une coloration eugénique.

Une autre critique réside dans la difficulté d'apprécier la notion de « particulière gravité ». Certes les maladies curables peuvent présenter cette qualité. Mais comment distinguer parmi celles qui sont simplement graves et celles qui le sont particulièrement? En l'absence de liste exhaustive de maladies justifiant le recours à une procréation hétérologue, il semble que toute appréciation en la matière sera empreinte du plus grand subjectivisme.

Certes, plusieurs affections génétiques sont connues pour leur caractère de particulière gravité.

Tel est le cas de la fibrose kystique ou mucoviscidose, condition incurable à ce jour, affectant principalement les poumons et le système digestif, ou encore la Chorée de Huntington provoquant une détérioration intellectuelle pouvant évoluer vers la démence. Enfin on peut citer certaines maladies neuromusculaires comme la dystrophie myotonique de Steinert ou la dystrophie musculaire de Duchenne/Becker⁸².

Un autre problème consiste à savoir quel est le degré de probabilité de transmission exigé pour être éligible à une procréation hétérologue. Tout risque même infime de

⁸² Site internet de PROCREA, précité, note 60

transmission doit-il être retenu? Doit-on au contraire exiger un risque de transmission « raisonnable »?

On voit ainsi qu'en France, malgré l'intervention législative, les interrogations sont multiples à l'heure actuelle et tout au moins aussi nombreuses qu'au Québec.

En France comme au Québec, même si les moyens employés sont différents, des indications médicales sont nécessaires pour mettre en œuvre la procréation médicalement assistée.

On a entr'aperçu à propos de la condition d'infertilité que celle-ci n'était pas dépourvue de lien avec les choix sociaux relatifs à la structure de la parenté. Au-delà, il est permis de penser que la condition d'infertilité ne fait que masquer les choix sociaux opérés relativement à la structure de la parenté, dans la mesure où cette indication médicale, telle qu'elle est définie en France et au Québec, ne servirait qu'à réserver l'accès aux NTR aux seules familles de type traditionnel. Simone Novaës observe à cet égard que

« [La notion de « thérapeutique »] sert ainsi de garde-fou à ceux qui craignent que l'insémination ne soit utilisée pour faire éclater les limites hétérosexuelles de la procréation, facilitant de ce fait la diffusion de cellules familiales « atypiques » (familles monoparentales, couples parentaux homosexuels) »^{82bis}.

On voit ainsi poindre l'idée selon laquelle on ferait passer pour un choix d'ordre médical ce qui ne serait en réalité qu'une option de la société.

Il importe ainsi dès à présent de se pencher sur ce critère social concernant la structure de la parenté, qui réfère aux indications relatives à l'état civil, l'orientation sexuelle et l'âge de tout candidat aux NTR.

^{82bis} S. NOVAËS, *loc. cit.*, note 76, p.240

2 – INDICATIONS RELATIVES A LA STRUCTURE DE LA PARENTE

S'agissant des indications relatives à la structure de la parenté, il convient tout d'abord d'indiquer que les hommes célibataires ainsi que les couples d'hommes sont d'office exclus de l'accès aux NTR en France et au Québec.

Cette exclusion résulte, dans les deux pays, de l'interdiction des contrats de mères porteuses, seule NTR qui aurait permis aux hommes d'accéder à la parentalité.

Pour le reste, on observe que la différence majeure entre les deux États tient à ce que, comme pour les indications médicales, seule la France a adopté des solutions par la voie législative relativement à la structure de la parenté exigée pour accéder aux NTR.

Au Québec, en l'absence de loi, les positions se sont pendant un temps nettement cristallisées.

D'un côté, les défenseurs d'un accès aux NTR à toutes les formes familiales ont pris appui sur les droits fondamentaux de la personnes tels que consacrés par les Chartes canadienne et québécoise.

Ainsi les principes de non discrimination en fonction de l'état civil, l'âge, l'orientation sexuelle imposaient de ne pas exclure de l'accès aux NTR les femmes célibataires, veuves ou encore ménopausées, ainsi que les lesbiennes. Le mutisme du législateur a donc entraîné au Québec une jurifondamentalisation du débat.

D'un autre côté, d'aucuns ont invoqué que la nécessaire prise en compte de l'intérêt de l'enfant impliquait de restreindre l'accès aux formes familiales traditionnelles.

Entre ces deux positions extrêmes, une voie médiane se fait aujourd'hui entendre, consistant à concilier les droits des personnes avec l'intérêt de l'enfant.

En France on pourrait croire que l'adoption des lois « bioéthique » a définitivement clos le débat.

Il est vrai que dans une certaine mesure l'opinion dominante tend à penser aujourd'hui, conformément à la solution législative retenue, que l'intérêt de l'enfant ne sera préservé qu'à l'intérieur du modèle familial traditionnel (couple hétérosexuel).

Cependant le caractère temporaire de la loi (qui devrait être rediscutée dans le courant de l'année), incite à relancer le débat et la réflexion.

Nous allons voir que certains auteurs se montrent ainsi très critiques vis-à-vis des solutions adoptées.

Après avoir étudié ce qui légitime dans les deux pays la fixation d'indications relatives à la structure de la parenté, nous nous pencherons sur l'examen de ces indications proprement dites.

2.1 – Légitimité de l'établissement d'indications relatives à la structure de la parenté : la recherche du meilleur intérêt de l'enfant.

C'est la recherche du meilleur intérêt de l'enfant qui justifie, en France comme au Québec, la fixation de limites à l'accès aux NTR par le biais d'indications relatives à la structure de la parenté.

La France et le Québec, parmi de nombreux autres États d'ailleurs, sont unanimes pour affirmer que l'enfant doit être considéré comme un projet pour lui-même et non comme un simple objet de désir pour ses parents. L'enfant est une personne et, à ce titre, il est titulaire de droits dès sa naissance⁸³.

Les États doivent donc dans une certaine mesure assurer que la structure familiale dans laquelle l'enfant évolue est propice à assurer son développement harmonieux.

⁸³ Ces droits sont énoncés par différentes conventions et chartes internationales. Par exemple, La Convention Internationale des Droits de l'Enfant de 1989 pose le devoir de l'Etat de soigner les enfants le mieux possible (art.24) et revendique leur droit aux soins et au système de protection sociale (art.26) ainsi que leur droit d'être élevé par leurs parents dans la mesure du possible (art.7).

J.-F. Mattéi rappelle à cet égard le rôle essentiel de la famille, cellule de base qui fonde la société, dans laquelle l'enfant découvre sa dimension sociale⁸⁴.

Cependant, on ne peut nier que la prise en compte du meilleur intérêt de l'enfant paraît *a priori* étrange s'agissant de la question de l'accès à l'assistance médicale à la procréation.

En effet, lorsqu'une personne demande à une équipe médicale de l'aider à procréer, l'enfant qu'elle désire n'existe pas encore et de ce fait, n'a encore aucun droit ni intérêt particulier à venir ou à ne pas venir à l'existence.

La question du recours aux NTR a cependant entraîné la prise en compte de l'intérêt de l'enfant à naître, postulant qu'au sein de certaines formes familiales insusceptibles d'assurer son développement harmonieux, le meilleur intérêt de l'enfant est de ne pas naître.

Cette notion d'intérêt de l'enfant à naître (ou à ne pas naître) est une pure fiction juridique. Elle s'est en réalité délogée pour contrer la revendication croissante d'un droit d'accès inconditionnel et pour tous aux NTR destiné à satisfaire tous les désirs d'enfants, et exprimé par la formule d'un droit à l'enfant.

Le droit à l'enfant invoqué par les contempteurs des NTR, serait en fait un droit de procréer envisagé dans sa version positive, c'est-à-dire comme un droit-créance, alors qu'à l'origine le droit de procréer s'entend exclusivement d'un droit-liberté⁸⁵.

Ce droit, s'il était reconnu, ferait peser sur l'État l'obligation positive de fournir les NTR à tous ceux qui en font la demande.

L'idée d'un droit à l'enfant demeure très contestée, et fait l'objet de la réprobation *quasi* générale de la doctrine.

⁸⁴ Jean-François MATTÉI, « Le rôle de la législation nationale », dans J.-L. BAUDOIN et S. LEBRIS, *op. cit.*, note 44, p.497

⁸⁵ Le droit de procréer comme droit-liberté peut se déduire du droit à la liberté ou du droit au respect de la vie privée. Il implique la liberté pour chacun de procréer ou de ne pas procréer, à l'encontre de toute forme de coercition étatique (droit de ne pas mener à terme une grossesse non désirée, droit à la contraception, interdiction de la stérilisation forcée).

Ainsi selon Jacqueline Rubellin-Devichi⁸⁶, « ce soi-disant droit à l'enfant » n'existe pas car il n'a pas de débiteur, pas d'exigibilité.

Seul existe un droit de procréer, lequel ne peut s'entendre que comme un droit-liberté. L'auteure étaye son propos en établissant un parallèle avec l'adoption: la liberté de constituer un lien de filiation sans procréation, dans les législations qui admettent l'adoption, n'emporte évidemment jamais le droit d'exiger un enfant à adopter.

Jean-Louis Baudouin souligne également que l'affirmation de ce droit-créance est éthiquement inacceptable, en ce qu'il conduit à la réification de l'enfant à naître. L'enfant devient en effet « un simple objet de désir, donc une chose ». Selon lui, la revendication du droit à l'enfant marque le passage d'un droit responsabilité à un droit désir, empreint d'égoïsme et d'égoïsme. Or « l'Etat ne peut accepter le rôle de simple pourvoyeur de la médecine du désir »⁸⁷.

Formuler la question de l'option reproductive en termes de droit de procréer risque en conséquence d'objectiver l'enfant. On veut un enfant pour acquérir un statut de parent, tout comme l'achat d'un objet quelconque nous confère le statut de propriétaire vis-à-vis de cet objet. Cette attitude consumériste conduit à laisser de côté la dimension relationnelle avec l'enfant. L'enfant relève alors pour ses parents potentiels plus du monde de l'avoir que de celui de l'être.

Ces arguments doivent toutefois, pour une large part, être nuancés. Il convient en effet d'observer qu'à l'origine de tout projet parental il y a la volonté de satisfaire un désir égoïste. La dimension relationnelle avec l'enfant est, dans tous les cas, difficile à concevoir dans la mesure où ce dernier n'existe pas encore. Il y a dès lors quelque chose d'inexact, voire de stigmatisant pour les populations infertiles, à considérer que le désir d'enfant exprimé par des couples fertiles est des plus « naturels », alors que celui

⁸⁶Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, « Droits de l'enfant et nouvelles techniques de reproduction: accessibilité et limites; mesures et démesures », dans J.-L. BAUDOUIN et S. LEBRIS, *op. cit.*, note 44, p.17

⁸⁷J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 44, dans *op. cit.*, note 44

exprimé par des couples infertiles ou des personnes seules serait suspecté d'être entaché d'égoïsme.

Il est, semble-t-il, plus juste de considérer que le désir d'enfant, qu'il émane de personnes fertiles ou infertiles, répond aux mêmes motivations et qu'il est, comme la Commission royale l'a observé, à la fois inné et déterminé par les attentes de la société^{87bis}.

Il ne faut donc pas exagérer l'argument relatif à la réification de l'enfant pour refuser l'existence du droit de procréer. La véritable question, nous semble-t-il, est d'un autre ordre: il s'agit de savoir si l'enfant pourra se développer de manière harmonieuse au sein de familles non traditionnelles (familles monoparentales, couples homosexuels). Le développement des NTR pose ainsi le problème fondamental du bouleversement de nos conceptions traditionnelles de la parentalité.

D'avis majoritaire en France et au Québec, il n'existe donc pas de droit d'accès inconditionnel aux NTR. La nécessaire prise en compte, dans une société consciente de ses responsabilités, du meilleur intérêt de l'enfant, impose d'établir certaines limites au recours à ces techniques.

La question reste alors de savoir quel contenu recouvre le critère de l'intérêt de l'enfant et dans quelle mesure ce critère justifie d'exclure certaines formes familiales de l'accès aux NTR.

A ce sujet, on distingue deux tendances.

^{87bis} COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *op. cit.* note 3, p. 196 et s. A ce sujet, voir *supra*, p. 49.

Selon la première, dont la Convention Internationale des Droits de l'Enfant se fait l'écho, il convient d'éviter le plus possible le recours à des procédés artificiels exagérés et de chercher à faire coïncider le plus souvent les liens biologiques et les liens sociaux de paternité et de maternité. Dans cette optique, les conditions d'accès aux NTR sont strictement définies. En l'absence de la certitude du bien-être total de l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée, certains auteurs comme Catherine Labrusse-Riou affirment qu' « il est plus nécessaire et moins hasardeux de parier sur le mal pour tenter d'y échapper, que sur le bien impossible à définir globalement »⁸⁸.

A l'inverse, un second courant de pensée préconise d'être beaucoup plus ouvert dans le choix des critères d'accès aux procréations médicalement assistées dans la mesure où il est impossible à l'heure actuelle, d'affirmer qu'un enfant issu d'une telle méthode de procréation sera moins heureux et dans une situation de difficulté programmée que celui issu d'une relation sexuelle entre un homme et une femme formant un couple « stable ».

Pour des auteurs comme David J Roy, John R William, Bernard M Dickens, et Jean-Louis Baudouin,

« (...) le rôle de parents et le développement harmonieux de l'enfant dépendent davantage des qualités individuelles des parents et de la façon dont ils s'en acquittent »⁸⁹.

La Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction⁹⁰, constate quant à elle que

« Les recherches ont montré que peu de personnes croient qu'une structure familiale donnée est essentielle au bien-être des enfants. En fait, les études révèlent que d'autres facteurs –comme le milieu familial (le bien-être économique et émotif de la famille), la qualité des rapports entre les membres de la famille, le temps et l'énergie que ces derniers peuvent consacrer à la vie familiale et la présence de systèmes d'appui comme la famille élargie et un réseau d'amis- sont plus importants pour le bien-être de l'enfant qu'une structure familiale précise ».

⁸⁸Catherine LABRUSSE-RIOU, « Les procréations artificielles: un défi pour le droit », dans *op.cit.*, note 74, p.40

⁸⁹D.J. ROY, J.R. WILLIAM, B. M. DICKENS, J.-L. BAUDOUIN, *op.cit.*, note 51, p.160

⁹⁰COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *op. cit.* note 3, p.50

Ce second courant de pensée met en garde les différents législateurs qui interviennent dans la détermination des conditions d'accès aux NTR, contre toute discrimination qui pourrait être réalisée à l'encontre des différents demandeurs de NTR.

2.2 – Les différentes indications relatives à la structure de la parenté

Principalement trois types de conditions peuvent être posées pour limiter l'accès aux NTR. Il s'agit des conditions liées à l'état civil, à l'orientation sexuelle ou encore à l'âge des candidats.

2.2.1 - L'état civil

Il nous faut à cet égard envisager séparément la situation des personnes seules, et la situation du couple.

2.2.1.1 - Les personnes seules

La loi française a opté en faveur de la biparentalité, excluant en conséquence toute demande de NTR formulée par des personnes seules, qu'elles soient célibataires ou veuves.

L'assistance médicale à la procréation est en effet destinée, conformément à l'article L. 152-2 du code de la santé publique, à la « demande parentale d'un couple »⁹¹.

Le législateur français a considéré que l'intérêt de l'enfant commandait l'existence de deux parents. Cette règle est conforme à l'opinion dominante en France et consacre une

⁹¹ Le projet de loi tel que modifié en première lecture par l'Assemblée Nationale prévoyait en 1992 que la procréation médicalement assistée était destinée à répondre au « projet parental », notion que Conseil d'Etat avait déjà utilisée dans son rapport « De l'éthique au droit » en 1988. Mais cette notion a été jugée finalement trop vague et d'interprétation délicate, et les termes « demande parentale d'un couple » lui ont été rapidement substitués.

La référence au couple traduit ainsi sans équivoque possible la finalité que le législateur français assigne à l'assistance médicale à la procréation.

pratique éprouvée par les CECOS. Cela ne signifie pas pour autant que le choix opéré soit à l'abri de toute critique.

Aucune règle d'application générale n'exprime en revanche au Québec quelque préférence particulière pour la biparentalité.

Certes la réflexion sur le sujet a été engagée depuis longtemps, mais l'attitude du Québec demeure hésitante, et les positions à l'intérieur du pays divergent.

En effet d'un côté les droits fondamentaux proclamés par les Chartes imposent de ne pas faire de discrimination fondée sur l'état civil; de l'autre la prise en compte de l'intérêt de l'enfant a semblé justifier une préférence pour la biparentalité.

2.2.1.1.1 - Les femmes célibataires

En France, conformément à la loi, une femme célibataire ne sera jamais éligible à la procréation médicalement assistée.

Cette exclusion est selon le doyen CORNU tout à fait justifiée⁹².

L'auteur considère que la volonté unilatérale de la mère de faire naître un enfant sans père contrevient au principe de l'indisponibilité de l'état en ce qu'elle éradique la moitié de son ascendance.

La biparenté est selon lui une vocation naturelle de l'enfant en soi plus forte que le désir d'enfant, et il est de ce fait hors du pouvoir de la volonté individuelle d'éradiquer la moitié de l'ascendance d'un autre être. Il qualifie la revendication des femmes célibataires du recours aux NTR « d'ambition abusive » qui « cède à l'intérêt de l'enfant ».

Il ajoute enfin que si les femmes ont reçu de la nature le pouvoir de réaliser une telle « amputation d'état », la science ne saurait leur donner ce pouvoir effréné. Au surplus, alors que dans le cas d'une procréation charnelle d'une femme célibataire,

⁹² Gérard CORNU, Droit civil, la famille, 4^e édition 1994, p.388 et s.

l'établissement de la paternité naturelle reste -du moins théoriquement- ouvert à tous les modes, tel ne serait pas le cas si une femme célibataire pouvait avoir recours à une insémination hétérologue. En effet dans ce cas, les règles de l'anonymat bloqueraient toute possibilité d'établir une filiation paternelle. « L'amputation d'état » serait donc définitive.

Il semble que ces arguments aient convaincu au Québec au moins une partie de l'opinion.

A cet égard, la Commission des droits de la personne du Québec a rejeté plusieurs plaintes de femmes célibataires contre des hôpitaux qui leur avaient refusé un traitement par insémination avec donneur⁹³.

Les requérantes, fondées sur les articles 10 et 12 de la Charte québécoise des droits et libertés, invoquaient que le refus de les inséminer constituait une discrimination fondée sur l'état civil dans l'accès aux services ordinairement offerts au public⁹⁴.

Dans trois décisions, la Commission conclut :

« Que les services d'insémination artificielle offerts par la clinique d'infertilité (...) ne sont pas des services offerts à l'ensemble du public. Ce sont des services offerts à un public restreint : les personnes qui sont confrontées à un problème d'infertilité. Dans les circonstances, le droit de la plaignante de conclure un acte juridique ayant pour objet un bien ordinairement offert au public n'a pas été compromis, puisqu'elle ne fait pas partie du groupe de personnes auquel le service offert par la clinique d'infertilité était destiné. »⁹⁵

On remarque qu'ainsi la Commission valide la définition restrictive de l'infertilité. Elle aurait pu tout au contraire décider qu'une telle définition ne pouvait être légitimement

⁹³ Plaintes portées contre l'Institut de médecine de la reproduction de Montréal, l'Hôpital Saint-Luc, et le Centre hospitalier universitaire de Sherbrooke.

⁹⁴ L'article 10 de la Charte québécoise dispose : « toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, la handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap. »

« Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit. »

L'article 12 énonce : « Nul ne peut, par discrimination, refuser de conclure un acte juridique ayant pour objet des biens ou des services ordinairement offerts au public. »

⁹⁵ Dossiers MTL 7464, MTL 7854 et SHE 0431-01/3, -02/1 et -03/9 du 2 novembre 1995.

retenue en ce qu'elle avait pour effet de restreindre de façon discriminatoire un service devant être rendu disponible à l'ensemble du public.

En réalité, cette attitude traduit tout comme en France une préférence marquée pour la biparentalité, considérée comme la structure familiale la plus conforme à l'intérêt de l'enfant.

Face à ces attitudes, certains doutent que le choix d'exclure les femmes célibataires soit vraiment judicieux.

Plusieurs auteurs, dont nous allons développer dès à présent les positions, émettent en effet l'idée que cette limite n'est pas dictée par l'intérêt de l'enfant, mais plutôt par la volonté de se référer à un modèle familial qui a pourtant largement perdu son caractère dominant au cours des dernières décennies.

Il existe des raisons de croire que l'intérêt de l'enfant n'est pas vraiment ce qui motive l'exclusion des femmes célibataires.

Tout d'abord, plusieurs auteurs relèvent que si l'intérêt de l'enfant était d'avoir deux parents, ce principe aurait été appliqué au droit de l'adoption. Or en France comme au Québec, on constate qu'une personne célibataire a tout à fait le droit d'adopter.

L'article 546 du code civil du Québec énonce ainsi que « Toute personne majeure peut, seule ou conjointement, adopter un enfant ». L'article 343-1 du code civil français quant à lui prévoit que « L'adoption peut être (...) demandée par toute personne de plus de vingt-huit ans ». Brigitte Feuillet-Le Mintier relève ainsi les contradictions entre les conditions d'accès aux NTR et à celle de l'adoption⁹⁶.

⁹⁶ Brigitte FEUILLET-LE MINTIER, « Le droit des couples stériles à l'obtention d'un enfant : droits de l'homme, réalités médicales et pratiques administratives », dans Les filiations par greffes, actes des journées des 5 et 6 décembre 1996 organisées par le Laboratoire d'Etudes et de Recherches appliquées au droit privé (LERADP) de l'Université de Lille II, LGDJ 1996, : notamment en France, les concubins ne peuvent pas adopter, alors qu'ils peuvent avoir recours aux NTR. L'auteure relève ainsi que toutes ces mesures manquent de cohérence et ne peuvent pas se justifier par l'intérêt de l'enfant.

Selon le doyen CORNU (*op. cit.*, note 92), l'argument pris de l'admission d'une adoption par un célibataire est nul, car cette possibilité doit être considérée comme une faculté exorbitante et exceptionnelle accordée par le droit, qui ne saurait donc en aucun cas être érigée en modèle. Cette position est juridiquement contestable, car le code civil accorde la possibilité d'adopter à "toute personne" sans distinguer selon la situation matrimoniale. Dès lors on ne voit pas pourquoi la possibilité pour un célibataire d'adopter devrait être considérée comme une faculté exorbitante. En réalité, le Doyen Cornu ne fait qu'exprimer son rejet personnel de la famille monoparentale. Selon d'autres auteurs, on ne peut faire aucune analogie entre l'adoption et la PMA car il s'agit de deux situations totalement différentes: dans le premier cas, il s'agit de donner une famille à un enfant, tandis que dans le second, il s'agit de donner un enfant à une famille.

Françoise Dekeuwer-Défossez quant à elle adresse une mise en garde sur les implications sociales importantes qu'une interdiction d'inséminer les femmes célibataires risquerait d'avoir. Dans la mesure où « Il va devenir plus rare, et donc potentiellement discriminant, qu'un enfant n'ait qu'une filiation unilatérale », les pratiques administratives qui tendent déjà aujourd'hui à régler le problème de pénurie des enfants adoptables en les réservant en priorité aux couples mariés seront légitimées⁹⁷.

Ensuite, certains auteurs avancent à propos de la loi française que celle-ci, loin de consacrer l'intérêt de l'enfant, a sacrifié cet intérêt au nom des droits du couple. La loi parle ainsi d'elle-même puisqu'elle destine l'assistance médicale « à la demande parentale d'un couple ».

Les droits individuels sont en fait remplacés par les droits du couple, et seul le désir d'enfant exprimé par un couple va pouvoir se réaliser.

Françoise Dekeuwer-Défossez déplore ce sacrifice de l'intérêt de l'enfant dont le législateur se réclame pourtant :

« Où est, dans ce texte, la reconnaissance de l'enfant comme sujet ? Il sert à la thérapeutique du couple, il est « l'enfant prothèse » dénoncé par les psychologues, puisqu'il n'est pas voulu pour lui-même mais pour combler les manques affectifs et remplir le projet parental »⁹⁸.

En définitive, les auteurs affirment qu'en se prononçant en faveur de la biparenté, le législateur français avait d'autres motivations que celles d'assurer l'intérêt de l'enfant.

Il s'agissait plutôt, en calquant la procréation assistée sur le modèle biologique, de défendre l'harmonie du corps social, dans la mesure où c'est « la structure même de la société qui serait menacée par des familles anormales, par des filiations trop atypiques »⁹⁹.

⁹⁷ F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *loc. cit.*, note 26, p.259

⁹⁸ *Id.*, p.261

⁹⁹ *Id.*, p. 266

Une véritable prise en compte de l'intérêt de l'enfant aurait plutôt consisté à aménager un contrôle sur la qualité de l'accueil de la famille, plutôt que de postuler d'emblée l'exclusion des femmes célibataires.

Or la loi française ne prévoit pas de contrôle de qualité de la famille d'accueil. Il est seulement requis que le couple candidat à la procréation médicalement assistée soit « motivé », motivation contrôlée par l'équipe médicale « dans l'intérêt de l'enfant à naître »¹⁰⁰.

On peut émettre des réserves sur l'efficacité d'une telle mesure.

Dans cette perspective, les récentes recommandations du Conseil du statut de la femme pour le Québec traduisent davantage le souci de préserver les meilleurs intérêts de l'enfant.

Le Conseil prône en effet

« qu'aucune requérante, quel que soit son état civil, ne soit exclue d'office de l'accès à l'insémination artificielle. Toutefois sa demande devrait être examinée dans chaque hôpital ou clinique d'infertilité par un comité d'éthique multidisciplinaire formé de médecins, travailleuses ou travailleurs sociaux et psychologues, pour déterminer la capacité parentale de la requérante ou son aptitude à créer un environnement familial adéquat, le principe du bien-être de l'enfant à naître devant primer sur toute autre considération. »¹⁰¹

L'accent est donc mis par le Conseil sur le contrôle de la qualité de la structure familiale d'accueil, comme du reste cela est pratiqué en matière d'adoption.

En aucun cas l'intérêt de l'enfant ne permet en soi d'exclure les femmes célibataires de l'assistance médicale à la procréation.

L'accès aux NTR ne doit certes pas être inconditionnel. Il doit dépendre de facteurs relatifs à la capacité parentale ou l'aptitude à créer un environnement adéquat pour l'enfant à naître. Dans ces conditions les femmes seules ne sont pas en soi exclues de

¹⁰⁰ Article L. 152-10 du code de la santé publique

¹⁰¹ CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *op. cit.*, note 5, p. 41. Cette position du Conseil rejoint celle déjà adoptée par l'Institut Vanier de la famille, dans son mémoire présenté à la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction (1993, pp.11-13).

l'accès, mais toute demande de NTR, même émanant d'un couple, devrait être soumise à un examen destiné à tester la capacité parentale.

On voit ainsi selon ces positions que l'intérêt de l'enfant ne commande en rien d'exclure les femmes célibataires de l'assistance médicale à la procréation.

D'aucuns se sont attachés à montrer en outre qu'une telle exclusion n'était pas en soi tolérable dans une société démocratique, notamment parce qu'elle constituerait une grave discrimination en fonction de l'état civil, discrimination interdite en vertu des Chartes¹⁰².

Ainsi en 1988, le Comité de travail sur les nouvelles technologies de reproduction humaine du ministère de la Santé et de Services sociaux du Québec prônait majoritairement l'accessibilité de l'insémination artificielle aux femmes seules quel que soit leur statut, le seul critère à prendre en considération devant être le bien-être de l'enfant à venir¹⁰³.

Pour défendre l'accès aux NTR aux femmes célibataires, les membres du Comité avaient ajouté un argument d'opportunité : refuser l'accès à l'insémination artificielle aux femmes seules équivaldrait à obliger celles qui sont déterminées à avoir un enfant à recourir à un partenaire occasionnel avec les risques que cela comporte, notamment en termes de maladies transmissibles sexuellement et en termes d'informations médicales importantes pour la santé de l'enfant¹⁰⁴.

Cette opinion a été relayée au niveau fédéral par la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction, qui a préconisé dans son rapport un accès beaucoup plus

¹⁰² Article 10 de la Charte québécoise, précité, note 94 ; article 15 de la Charte canadienne : « La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques. »

¹⁰³ propos du Comité rapporté dans l'article du GROUPE DE RECHERCHE EN ETHIQUE MEDICALE (GREM), « Étude de deux rapports québécois sur les nouvelles technologies de procréation humaine. », dans *op. cit.*, note 59, p.342

¹⁰⁴ *Id*

large aux NTR au regard de l'évolution de la structure de la famille¹⁰⁵. Si la famille traditionnelle composée de deux parents et d'enfants a longtemps constitué le modèle prédominant de nos sociétés, il en va tout autrement aujourd'hui. Force est de constater que le nombre de familles monoparentales est croissant. Après avoir effectué différentes enquêtes et sondages, la Commission Baird affirme que « peu de personnes croient qu'une structure familiale donnée est essentielle au bien-être des enfants ». En réalité, ce sont les rapports existant entre les personnes de cette famille qui contribuent à ce bien-être.

En conséquence selon la Commission si un législateur provincial refusait l'accès aux NTR aux femmes célibataires, cela constituerait une grave discrimination en fonction de l'état civil, discrimination interdite par l'article 15 de la Charte Canadienne des droits et libertés.

Pour l'heure cependant, cette position libérale est loin de correspondre au comportement observé par les fournisseurs de NTR au Québec. On constate effectivement que les centres et cliniques pratiquant les NTR refusent de façon générale d'inséminer des femmes célibataires.

Exemple représentatif, le centre Procréa déclare explicitement refuser de procéder à l'insémination de femmes seules. Il conseille à ce titre aux femmes voulant consulter de se présenter avec leur conjoint¹⁰⁶.

2.2.1.1.2 - Les femmes veuves

Cette question touche à la pratique des inséminations ou implantations *post-mortem*. En effet, les NTR qui permettent la procréation en dehors du corps de la femme ainsi que la conservation des gamètes pendant de longues périodes, ont abouti à

¹⁰⁵ COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *op. cit.*, note 3, p.49

¹⁰⁶ Site internet de PROCREA, précité, note 60

engendrer des situations délicates. Certains hommes peuvent décéder après avoir effectué un prélèvement de sperme en raison par exemple d'un traitement médical qu'ils devaient subir et susceptible de les rendre infertiles. Mais ils peuvent également décéder après qu'un embryon ait été formé avec leurs gamètes et ceux de leurs compagnes. Dans ces deux situations, la femme devenue veuve peut réclamer soit une insémination *post-mortem*, soit un transfert d'embryon *post-mortem*.

Le problème de la procréation *post-mortem* est actuellement en suspens en droit québécois.

Au niveau fédéral, la Commission royale avait toutefois suggéré que les embryons formés devant servir au couple lui-même, ils ne devraient pas être conservés au-delà du décès de l'un des conjoints. Elle marquait ainsi sa défaveur pour l'implantation *post-mortem*¹⁰⁷ et s'opposait au principe de l'accueil d'un embryon par un couple tiers en cas du décès d'un des conjoints.

Le projet de loi C-47, qui est toutefois resté lettre morte, contient quant à lui une disposition aux termes de laquelle serait interdit

« le prélèvement ou la fécondation des gamètes (...) d'un cadavre »¹⁰⁸.

En proscrivant la fécondation des gamètes d'un cadavre, le Canada condamnerait ainsi l'insémination *post-mortem*, mais pas l'implantation *post-mortem*.

En l'état actuel du droit québécois, il appartient au couple de préciser avant le prélèvement de gamètes ou la création de zygotes, la manière d'en disposer, à savoir la destruction, la conservation, le don à la recherche ou à un autre couple.

Une femme pourrait donc *a priori* aujourd'hui tout à fait recourir à une insémination ou une implantation *post-mortem* si tel était son souhait, sauf si le centre offrant les services de procréation médicalement assistée édicte des normes professionnelles qui s'opposent à une implantation *post-mortem*.

¹⁰⁷ COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *op. cit.*, note 14, p.1251 et s

¹⁰⁸ Projet de loi C-47, précité, note 12, article 4 (1)

En France en revanche, l'article L.152-2, en exigeant que les membres du couple soient vivants jusqu'à la mise en œuvre de l'assistance médicale à la procréation, interdit formellement toute procréation *post-mortem*.

L'interdiction porte non seulement sur l'insémination, mais également sur l'implantation d'embryon *post-mortem*.

S'agissant du sort des embryons en cas de décès d'un des membres du couple, l'article L. 152-4 alinéa 2 du code de la santé publique prévoit que cet embryon pourra être accueilli par un autre couple avec le consentement du membre du couple survivant.

Concrètement, la veuve à qui le transfert *post-mortem* de ses embryons est refusé devra être consultée en vue d'autoriser le transfert desdits embryons au sein d'un couple tiers.

Cette solution, bien qu'ayant le mérite d'éviter la destruction systématique des embryons, a fait l'objet de vives critiques.

Certains doutent que les veuves, déjà affligées par la mort de leur conjoint, consentiront à l'abandon de leur embryon au profit d'un couple anonyme.

D'autres auteurs évoquent la cruauté de la loi qui interdit à la veuve de mener à bien le projet parental tout en obligeant l'équipe médicale à la consulter sur l'éventualité d'un accueil de l'embryon par un autre couple¹⁰⁹. Une auteure suggère d'envisager au moins une aide psychothérapeutique pour aider la veuve à surmonter son double deuil¹¹⁰.

Il convient enfin de mentionner que la loi française reste muette sur le sort des embryons dont l'accueil par un autre couple est impossible.

Avant que la loi de 1994 ne fixe le principe d'interdiction, la jurisprudence française qui avait dû se prononcer plusieurs fois sur la question était très divisée.

La première espèce survenue en la matière fut l'affaire Paraplaix¹¹¹. Le Tribunal de Grande Instance de Créteil avait ordonné au Centre d'Étude et de Conservation du Sperme humain (CECOS) la restitution à une veuve des échantillons de sperme déposés par son mari défunt. Le tribunal n'avait pas voulu se prononcer directement sur la licéité

¹⁰⁹ Claire NEIRINCK, note sous CA Toulouse 18 avril 1994, JCP 95, II, n°22472

¹¹⁰ Frédérique DREIFUSS-NETTER, D96, II, 376

¹¹¹ Trib. gr. inst. de Créteil, 1er août 1984, Gaz. Pal., 1-II, JCP 1984, II, 20321, note CORONE

de l'insémination *post-mortem* en considérant que cet acte relevait de la liberté de conscience de la veuve.

Le même argument relatif à la liberté de conscience de la veuve avait été repris par le Tribunal de Grande Instance d'Angers à propos d'une implantation *post-mortem*¹¹².

Dans une affaire plus récente, le Tribunal de Grande Instance de Toulouse avait rejeté une demande similaire, ne trouvant ni dans le droit des contrats ni dans le droit des personnes de justification à la demande de la veuve de restitution du sperme de son mari défunt. Il avait en outre ordonné au CECOS la destruction de ce sperme¹¹³.

Le Tribunal de Grande Instance de Rennes, quant à lui, refusait en 1993 à une veuve la restitution des embryons cryoconservés, au motif notamment que « du fait du décès de l'époux, un accord conjoint pour la réimplantation n'avait pu être donné ». Cependant, au mépris de ce jugement, le CECOS de Rennes remit finalement à la veuve les embryons congelés, manifestant ainsi sa préférence pour l'avis éthique formulé par le groupe de réflexion bioéthique local (en principe pourtant sans valeur normative ni portée pratique)¹¹⁴.

S'agissant de l'implantation *post-mortem*, la cour de cassation en 1996 a fait obstacle à la demande d'une veuve tendant au transfert *in utero* des embryons conçus *in vitro* du vivant du mari, en faisant valoir qu'une telle pratique contrarierait, tout comme l'insémination *post-mortem*, les finalités des procréations assistées, à savoir l'accueil de l'enfant à naître au sein d'une famille plénière. Il s'agissait d'une situation née antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi de 1994, laquelle ne s'appliquait donc pas

¹¹² Trib. Gr. Inst. d'Angers, 10 novembre 1992, D.1994, somm.30, obs. LABBÉE; RTD civ 1994, 579: il s'agissait en l'espèce plus directement d'une action en revendication de filiation légitime pour un enfant né d'un transfert *post-mortem* réalisé à partir de l'avis favorable d'un comité local d'éthique. Le tribunal a admis que l'action était fondée et que l'enfant conçu avant le mariage mais né plus de deux ans après le décès du mari était légitime.

¹¹³ Trib. Gr. Inst. Toulouse, 26 mars 1991, D. 1992, somm.61 obs. LABBÉE.

¹¹⁴ Trib. Gr. Inst. Rennes, 30 juin 1993, JCP 1994, II, 22250, note NEIRINCK.

à l'espèce. Il semble que la cour ait voulu anticiper la solution aujourd'hui retenue par le législateur¹¹⁵.

Toutes ces hésitations de la jurisprudence française antérieure à l'adoption des lois « bioéthique » ne sont que le reflet du débat doctrinal qui a cours en France comme au Québec.

Si s'agissant de l'insémination *post-mortem*, un consensus assez fort se dégage pour la désapprouver, en revanche des arguments sérieux sont avancés en faveur de l'autorisation de l'implantation *post-mortem*.

L'insémination *post-mortem* fait l'objet d'un rejet quasi unanime.

Il est notamment argué que cette pratique est contraire à l'intérêt de l'enfant, puisqu'elle consiste à « programmer » délibérément un enfant d'ores et déjà orphelin, sans possibilité d'établir sa filiation paternelle.

L'idée est encore une fois que la procréation artificielle ne doit pas déboucher sur une famille monoparentale. La science médicale ne doit mettre en œuvre ses immenses moyens que pour fonder une famille biparentale, de type traditionnelle, car il s'agit là de la situation la plus favorable au développement harmonieux de l'enfant.

Accepter des inséminations *post-mortem* équivaldrait alors à faire prévaloir la satisfaction du désir égoïste d'une femme par rapport à l'intérêt de l'enfant.

En outre, sur le plan éthique, on a invoqué la situation morbide ainsi suscitée: comment réagira l'enfant qui apprendra qu'il a été engendré par un cadavre ?¹¹⁶

Comment de surcroît réagira la mère, qui risque de chercher dans l'enfant l'époux disparu ?

¹¹⁵ Cass, civ 1^{ère}, 9 janvier 1996, D. 1996, 376, note DREIFUSS-NETTER ; JCP 1996, II, 22666, note NEIRINCK ; Defrénois 1996, 532, obs. MASSIP ; Gaz. Pal. 1996.2.400, note BONNEAU ; RTDciv 1996. 359, obs. HAUSER : « Avant même l'entrée en vigueur de l'article L. 152-2 du Code de la santé publique issu de la loi du 29 juillet 1994, l'assistance médicale à la procréation ne pouvait avoir pour but légitime que de donner naissance à un enfant au sein d'une famille constituée, ce qui exclut le recours à une processus de fécondation *in vitro* ou sa poursuite lorsque le couple qui devait accueillir l'enfant a été dissout par la mort du mari avant que l'implantation des embryons, dernière étape de ce processus, ait été réalisée. »

¹¹⁶ Jean HAUSER, « L'enfant souvenir » (1995) *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, p. 873, évoque ainsi le traumatisme de l'enfant qui apprend que son père était décédé bien avant que sa mère soit enceinte.

Le doyen Carbonnier a enfin adressé une mise en garde contre une telle entreprise d'immortalité : en acceptant un tel mode de procréation, « ne risquera-t-on pas d'accréditer l'idée, le fantasme qu'un jour l'homme arrivera à triompher de la mort, à s'affranchir de sa condition de mortel, de cette mortalité qui est source de vie pour sa descendance ? Cet effet symbolique serait mortel. »

Toutefois, le comité de travail sur les nouvelles technologies de reproduction du Québec avait en 1988 établi une distinction.

Selon lui si, pour toutes les raisons qui précèdent, l'insémination *post-mortem* homologue devait être rejetée, tel n'était pas le cas de l'insémination *post-mortem* hétérologue. En effet dans cette hypothèse, « ... le donneur n'est pas partie prenante au projet parental et (...) il serait irréaliste d'exiger que les cliniques vérifient à chaque insémination si le donneur est toujours vivant ». Partant la pratique n'était pas jugée inacceptable aux yeux du comité.

Le Groupe de recherche en éthique médicale (GREM) s'était cependant montré critique vis-à-vis de cette position. De fait, alors que la condamnation de l'insémination homologue repose exclusivement sur l'éthique, ce sont des arguments purement techniques qui justifient selon le comité l'acceptation de l'insémination avec donneur. Tout cette argumentation n'est donc pas très cohérente¹¹⁷.

Excepté cette prise de position originale, l'interdiction des inséminations *post-mortem* semble largement admise. A cet égard on peut noter que personne à notre connaissance n'a fait valoir que ce rejet pouvait constituer une discrimination injustifiée puisque fondée sur l'état civil (l'état de veuvage de la femme).

L'interdiction de l'implantation d'embryons *post-mortem* a en revanche suscité plus de réserves de la part des auteurs.

¹¹⁷ GREM, *loc. cit.*, note 103, dans *op. cit.*, note 59, p. 343; A. COSSETTE, *loc. cit.*, note 59, dans *op. cit.*, note 59, p. 327

En faveur d'une telle pratique, certains ont pu avancer que naturellement, il est possible qu'un homme décède alors que sa compagne se trouve enceinte. On ne demande pas pour autant à cette dernière de subir un avortement en raison du décès de son compagnon! Refuser pour cette raison le transfert *post-mortem* d'un embryon conçu du vivant des deux membres du couples revient à traiter différemment cet embryon selon le lieu où il se trouve: *in utero* ou *in vitro*¹¹⁸.

D'autres se placent du côté de l'enfant à naître, en traitant l'embryon comme un véritable être humain titulaire de droits. Ainsi Gérard Mémeteau considère que l'enfant qui existe déjà n'est pas responsable du décès d'un de ses parents. Or selon l'auteur, interdire l'implantation *post-mortem* reviendrait à faire retomber sur l'enfant les conséquences de ce décès¹¹⁹.

Dans la même perspective, il a été souligné que si le critère principal à prendre en compte est l'intérêt de l'enfant, alors « il serait un peu paradoxal que l'intérêt de l'enfant conduise à supprimer l'existence de celui-ci »¹²⁰.

Que l'on mette en avant le droit de la veuve ou celui de l'enfant à naître, les arguments développés en faveur de l'implantation *post-mortem* ont trouvé un écho en France auprès du CCNE. Celui-ci, conformément à une position déjà affirmée en 1993¹²¹, préconise, dans la perspective de la révision des lois « bioéthique », la levée de l'interdiction de l'implantation d'embryon *post-mortem*, mais dans des conditions de délai et de réflexion permettant à la mère « de prendre sa décision avec toute l'indépendance nécessaire vis-à-vis des pressions psychologiques ou sociales ».

L'Académie nationale de médecine a manifesté le même souhait¹²².

¹¹⁸ Daniel VIGNEAU, « Dessine-moi un embryon », (14 décembre 1994) *Les petites affiches*, n°149, p. 65

¹¹⁹ G. MÉMETEAU, *loc. cit.*, note 68, p. 357

¹²⁰ MESMIN, JOAN CR, 25 novembre 1992, p. 5975

¹²¹ Dans un avis n°40 du 17 décembre 1993, le CCNE a considéré que le transfert *post-mortem* d'embryons pouvait être admis. « On ne voit pas », précise-t-il, « qui ou quelle autorité pourrait *in fine* faire valoir sur les embryons des droits égaux ou supérieurs à ceux de la femme, et s'opposer à son projet, dûment éclairé et explicitement énoncé, d'entreprendre une grossesse après transfert des embryons congelés »

¹²² DICTIONNAIRE PERMANENT BIOÉTHIQUE ET BIOTECHNOLOGIES, bulletin n°65.

Si l'on peut comprendre que l'insémination *post-mortem* n'est pas souhaitable eu égard à l'intérêt de l'enfant, il serait en revanche tout à l'honneur de la France de faire preuve d'humanité en autorisant, comme c'est le cas actuellement au Québec, l'implantation d'embryon en cas de décès du conjoint.

2.2.1.2 - La situation matrimoniale du couple

La question s'est posée de savoir si l'accès aux NTR devait être ouvert aux seuls couples mariés ou si les couples non mariés étaient également admissibles à la procréation médicalement assistée.

Si d'un côté il importe de ne pas discriminer entre les couples mariés et les concubins, le meilleur intérêt de l'enfant impose de garantir un foyer stable à cet enfant.

Ce sont ces deux exigences - stabilité du couple, égalité entre époux et concubins – qui guident les solutions retenues en France et au Québec.

Il a été à juste titre invoqué que le mariage n'étant plus dans nos sociétés un gage de stabilité du couple, il incombait par conséquent au législateur de prendre acte de cette évolution des mœurs en traitant de façon similaire tous les couples, sans distinguer selon qu'ils sont ou non mariés.

Cependant, au plan juridique, le mariage est une union consacrée par la loi dont la preuve ne soulève guère de difficultés. Il est pour le moins une garantie d'existence du couple. Le concubinage, n'étant qu'une union de fait, n'offre *a priori* aucune garantie de stabilité du couple, et il serait en outre très facile de rapporter la preuve d'un concubinage en réalité inexistant.

En dépit de ces différences, le législateur français n'a pas souhaité discriminer entre époux et concubins.

Le principe d'égalité entre couples mariés et couples non mariés a justifié que les NTR soient disponibles indépendamment du statut matrimonial.

Le principe d'égalité connaît néanmoins une entorse tenant à l'exigence de la durée de vie commune du couple. En effet, alors que la loi n'impose aucune condition de durée de vie commune au couple marié qui demande une assistance médicale à la procréation, le couple non marié doit être « en mesure d'apporter la preuve d'un vie commune d'au moins deux ans » selon les termes de l'article L. 152-2 du code de la santé publique.

L'exigence d'une durée de vie commune de deux ans est présentée comme un gage de stabilité du couple. En réalité, tout ceci est illusoire : si telle avait été la véritable justification, les couples mariés auraient aussi été soumis à cette condition.

Il est permis de penser que cette différence de traitement entre couples mariés et non mariés traduit dans une certaine mesure la méfiance du législateur français envers l'union libre, simple union de fait non consacrée en droit.

Au Québec, les NTR sont en principe disponibles à tous les couples indépendamment de leur situation matrimoniale.

La situation matrimoniale est en tout état de cause un motif de discrimination illicite en vertu de l'article 10 de la Charte québécoise.

Cependant, certains centres procédant à la mise en œuvre de NTR donnent en général la priorité aux couples mariés dans les demandes qu'ils traitent, en raison du coût très élevé de ces techniques et de la difficulté de recrutement des donneurs quand les deux gamètes ne proviennent pas des deux membres du couple dans la technique de reproduction assistée. Concrètement, les centres se trouvent dans l'impossibilité d'accéder à la totalité des demandes.

Or il n'est pas certain que l'argument relatif à la limitation des ressources justifie en soi une discrimination entre couples mariés et non mariés.

Il semble en effet que sur ce terrain toute différence de traitement ne pourrait se justifier que par des arguments liés au meilleur intérêt de l'enfant (notamment l'exigence d'un foyer stable).

En définitive, l'élément déterminant ne doit pas être « ... le statut matrimonial des personnes, mais la capacité du couple (...) d'offrir un environnement propice à l'enfant. »¹²³

On remarque ainsi qu'en France comme au Québec, si le principe affirmé est celui de la non discrimination en fonction de la situation matrimoniale, en réalité les couples mariés auront toujours un accès facilité aux NTR par rapport aux concubins.

2.2.2 - L'orientation sexuelle

Ici se pose la difficile question de savoir si les couples homosexuels peuvent recourir aux NTR dans le cadre d'un projet parental.

Seuls sont concernés par cette question les couples de lesbiennes, les couples d'hommes étant, ainsi que nous l'avons déjà évoqué, exclus de l'accès aux NTR en raison du rejet des maternités de substitution en France et au Québec.

La loi française de 1994¹²⁴ a clairement pris position en affirmant à l'article L.152-2 que « L'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple (...). L'homme et la femme formant le couple (...) ».

Il résulte de cette disposition qu'en France, seul un couple hétérosexuel peut prétendre à l'assistance médicale à la procréation.

Au Québec, il n'y a actuellement aucune exclusion explicite qui empêche l'accès à la procréation artificielle aux lesbiennes.

¹²³ D.J. ROY, J.R. WILLIAM, B. M. DICKENS, J.-L. BAUDOIN, *op.cit.*, note 51, p. 174

¹²⁴ Loi du 29 juillet 1994, précitée, note 11

Plus encore, une telle exclusion pourrait être interprétée comme une discrimination illicite car fondée sur l'orientation sexuelle, motif de discrimination expressément prohibé aux termes de l'article 10 de la Charte québécoise¹²⁵.

La plupart des établissements de santé considèrent cependant que l'insémination artificielle ou la fécondation *in vitro* constituent une intervention thérapeutique pour pallier l'infertilité dans un couple hétérosexuel stable.

Le Conseil du Statut de la femme a néanmoins attiré l'attention sur le fait que certains médecins québécois offrent des services d'insémination aux lesbiennes ou, encore, que certaines femmes peuvent être amenées à s'inséminer elles-mêmes¹²⁶.

Cette pratique des médecins ou des femmes seules ne peut plus avoir lieu depuis 1994 en France du fait de l'interdiction, pénalement sanctionnée, de toute insémination artificielle par sperme frais provenant d'un don¹²⁷.

Auparavant, certains gynécologues privés en offrant des services aux lesbiennes avaient permis à ces dernières d'accéder à la parentalité en France¹²⁸.

La pratique de l'auto-insémination avait également libre cours et il n'est pas sûr que les interdictions légales l'ait fait disparaître.

Une telle situation avait donné lieu, peu avant l'adoption des lois « bioéthique », à un contentieux réglé finalement devant la cour de cassation¹²⁹.

¹²⁵ L'article 15 de la Charte canadienne (précité, note 102) n'interdit pas expressément la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Seul en effet le sexe est un motif de discrimination illicite. Certains pensent néanmoins que la Cour suprême sera bientôt amenée à reconnaître l'orientation sexuelle comme motif de discrimination illicite aux termes de l'art 15 (1) : voir par exemple l'opinion de Martha JACKMAN, « La constitution et la réglementation des Nouvelles Techniques de Reproduction », dans op. cit., note 19; p. 37-38. Dans ces conditions, le législateur québécois ne pourrait pas, sans méconnaître l'article 15, exclure les lesbiennes de l'accès aux NTR, sauf à justifier la restriction aux termes de l'article 1^{er} de la Charte canadienne.

¹²⁶ CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, Une plus une : recherche sur la reconnaissance légale des couples de lesbiennes, synthèse, août 1998, site internet : www.csf.gouv.qc.ca

¹²⁷ article L. 673-3 du code de la santé publique

¹²⁸ J. RUBELLIN-DEVICHI, loc. cit., note 86, dans op. cit., note 44, p. 21. L'auteure note que certains médecins français à cette époque pouvaient même fournir le donneur, ce qui fut notamment le cas dans le vingtième arrondissement de Paris.

¹²⁹ Cass., civ. 1^{ère}, 9 mars 1994, Defrénois 1994, p.1095, note MASSIP ; D. 1995, p.197, note MONTEIRO.

Il s'agissait d'un couple de lesbiennes qui, désirant avoir un enfant, était entré en relation –suite à une annonce parue dans le *Gay Pied*– avec un homme lui-même homosexuel.

Ce dernier avait remis sa semence puis était parti.

L'une des femmes avait alors inséminé sa partenaire dans le cadre d'un rapport amoureux, expliquant par la suite à un psychologue : « On a voulu faire cela dans l'amour ».

Une petite fille était née de cette « union ».

Peu de temps après le donneur, qui avait reconnu l'enfant, a demandé en justice, et finalement obtenu, l'exercice de l'autorité parentale conjointement avec la mère biologique, qui s'était pourtant plainte d'un « détournement de l'insémination artificielle ».

Par cette décision, la cour de cassation déniait ainsi à la volonté individuelle le pouvoir de disposer de l'état des personnes et plus particulièrement de leur filiation. Ce faisant elle affirmait, avant même que le législateur ne se prononce, que les NTR ne pouvaient en aucun cas déboucher sur une famille « homoparentale ».

Pour justifier le rejet des familles homoparentales, on met généralement en avant l'intérêt de l'enfant, lequel ne pourrait pas être préservé au sein de telles structures parentales « anormales ».

L'idée récurrente est qu'au sein de telles familles, l'enfant est privé d'une référence masculine et paternelle, ce qui risque fort de compromettre son épanouissement¹³⁰.

Ainsi, la psychanalyste Geneviève Delaisi Parseval émet des réserves dans le cas de l'insémination artificielle hétérologue sur le donneur de sperme anonyme, car « il est

¹³⁰ « Ces couples homosexuels qui veulent des enfants », propos recueillis par Pascale KRÉMER, *Le Monde*, dimanche 14 et lundi 15 mars 1999.

important que l'enfant ait l'image d'un homme qui ait donné quelque chose de l'ordre de la paternité... ».

Selon le professeur de psychologie François Hurstel,
 « l'identité, la différenciation subjective qui permet de devenir un sujet à part entière, repose sur deux piliers, générationnel et sexuel. ». L'homoparentalité prive dans ces conditions l'enfant d'un des ces deux piliers.

Serge Lesour, psychanalyste ajoute à cela :

« L'homosexuel aime l'autre en tant qu'autre lui même. Il y a souvent un déni psychique de la différence de sexes au moment de l'adolescence. Ce qui pose question, pour l'enfant, c'est que le discours inconscient des parents puisse être celui de la négation du sexe opposé. L'enfant peut toujours trouver ses identifications en dehors du milieu familial. Dans certains couples homosexuels, cela s'avère possible, mais hélas pas dans tous. L'autre danger, c'est de faire passer à l'enfant l'idée qu'il n'y a pas de limites, d'interdits, en refusant la stérilité qu'implique l'homosexualité. La base de l'éducation, c'est la frustration. »¹³¹

Pour des sociologues du droit tels Irène Théry, l'admission de l'homoparentalité consisterait à « créer une catégorie d'enfants exclus du système de parenté de notre culture, dont la caractéristique fondamentale est d'être mixte. »¹³²

A l'encontre de cette position, des arguments sont avancés pour contester qu'une famille homoparentale n'est pas en mesure d'assurer le développement harmonieux de l'enfant.

Tout d'abord il a été souligné que l'évolution des formes familiales conduit à s'interroger sur la reconnaissance d'une famille avec deux parents du même sexe.

¹³¹ « Ces couples homosexuels qui veulent des enfants », *loc. cit.*, note 130

¹³² « Ces couples homosexuels qui veulent des enfants », *loc. cit.*, note 130

Il devient ainsi de plus en plus injustifié de rejeter l'homoparentalité par seul souci de se référer à un modèle familial en déclin.

A cet égard, certains ont fait remarquer que

« L'augmentation du nombre de familles non traditionnelles, c'est-à-dire des familles composées d'hommes homosexuels ou de femmes lesbiennes avec des enfants (...) nous place devant un défi éthique de taille. Il s'agit de trouver et de maintenir un juste équilibre entre le bien des enfants et le droit des personnes à bénéficier d'une protection adéquate contre la discrimination visant le statut de parent et la fondation d'une famille. »¹³³

Ensuite, certains font valoir que le rejet l'homoparentalité n'est pas tant dicté par des considérations liées à l'intérêt de l'enfant, mais plutôt par le souci de calquer la procréation assistée sur le modèle biologique¹³⁴.

Enfin et surtout, des voix s'élèvent pour tenter de convaincre qu'avoir deux parents du même sexe n'est pas en soi contraire à l'intérêt de l'enfant.

Ainsi le Conseil du statut de la femme évoquait que

« malgré les limites des recherches effectuées, il semble que les enfants de parents homosexuels ne sont pas désavantagés et se portent mieux lorsque leur mère est en bonne santé psychologique et vit avec sa conjointe. (...) L'examen des recherches effectuées révèle que les craintes concernant le développement harmonieux des enfants de parents homosexuels sont sans fondement empirique. »¹³⁵

Eric Fassin, sociologue à l'École normale supérieure soutient également que

« Si l'on invoque la notion d'intérêt de l'enfant, il faut prendre en compte les enquêtes existantes, menées aux États-Unis et cautionnées par l'Association américaine de psychologie qui toutes vont dans le même sens : avoir deux parents de même sexe ne pose pas particulièrement de problèmes aux enfants. La méthodologie de ces travaux est imparfaite mais à ce jour, aucune enquête ne vient les contredire. »¹³⁶

¹³³ D.J. ROY, J.R. WILLIAM, B. M. DICKENS, J.-L. BAUDOIN, *op. cit.*, note 51, p.161

¹³⁴ Jean HAUSER, « Adoption ou procréation médicalement assistée : les termes de l'alternative », dans *Les filiation par greffe*, *op. cit.*, note 96

¹³⁵ CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *op. cit.*, note 126

¹³⁶ « Ces couples homosexuels qui veulent des enfants », *loc. cit.*, note 130

Quant aux psychiatres, certains invoquent que s'il est évident qu'avoir des parents de même sexe ne sera pas totalement neutre pour l'enfant, tout dépendra cependant du vécu des parents. Notamment, ce qui importe est que les parents permettent à l'enfant de se confronter à la différence des sexes et des générations. Pour le reste, seule la qualité de la relation affective sera déterminante dans le développement harmonieux de l'enfant¹³⁷. Certes, pour l'enfant se posera nécessairement le problème de la relation avec le monde extérieur, comme dans tous les cas de particularismes. Mais cela s'atténuera probablement, car on va vers une banalisation de ces situations.

On voit que d'après de nombreux spécialistes, la prise en compte du meilleur intérêt de l'enfant ne s'oppose en rien au développement des familles homoparentales.

Dans ces conditions, le refus de laisser accéder les lesbiennes aux NTR pourrait être compris comme une discrimination injuste et, pour ce qui concerne le Québec, illicite car uniquement fondée sur l'orientation sexuelle.

Le Comité de travail sur les nouvelles technologies de reproduction a dans cette perspective en 1988 recommandé qu'aucune femme ne soit exclue de l'insémination artificielle en raison de son orientation sexuelle¹³⁸.

Le Comité annonçait par là la position tenue en 1993 par la Commission royale qui au niveau fédéral, préconise un large accès aux NTR quelle que soit l'orientation sexuelle¹³⁹.

¹³⁷ Id.

¹³⁸ Propos du Comité rapportés dans l'article du GREM, loc. cit., note 103, dans op. cit., note 59, p. 342.

¹³⁹ COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, op. cit., note 3, p. 514.

2.2.3 - L'âge

Cette dernière condition vise à empêcher les grossesses post-ménopausiques. Grâce à la science et aux NTR, il est désormais possible pour une femme ménopausée d'être enceinte, de mener sa grossesse à terme, et de donner naissance à un enfant en bonne santé. Permettre le recours aux NTR à des femmes qui naturellement, en raison de leur âge, sont devenues infertiles, n'est-ce pas contrarier par trop les lois de la nature?

Revendiquant le droit de bénéficier des bienfaits du progrès scientifique reconnu par la Déclaration universelle des droits de l'Homme en son article 27, certaines femmes ménopausées ont insisté sur le fait, en faveur de leur droit d'accès aux NTR, que les avancées de la science leur permettraient un meilleur contrôle de leur corps et surtout, une égalité avec les hommes. Prônant un droit à l'égalité avec les hommes, ces femmes estiment avoir le droit de choisir le moment où elles peuvent concevoir un enfant, tout comme les hommes en ont la possibilité. Un auteur¹⁴⁰ remarque au contraire qu'une grossesse post-ménopausique contribue beaucoup plus à l'oppression de la femme qu'à sa libération. En effet, elle renvoie l'image de « la femme qui réussit aujourd'hui »: cette femme est libérée de sa biologie et peut choisir tout comme un homme le moment qui lui convient le mieux pour sa gestation, à n'importe quel âge. Loin de libérer la femme, la gestation post-ménopausique supprime les différences reproductives entre hommes et femmes, alors que ces différences participent à la construction de l'identité de la femme. En outre, ces pratiques comportent des risques sérieux pour la santé de la mère et de l'enfant à naître et créent, de volonté délibérée, des décalages importants entre les générations, exposant précocement l'enfant né de parents hors d'âge à devenir orphelin, ce qui ne peut être de son meilleur intérêt.

Pour toutes ces raisons, la loi française¹⁴¹ réprime la pratique dans son article L.152-2 aux termes duquel « L'homme et la femme formant le couple doivent être (...) en âge de procréer ».

¹⁴⁰ Abby LIPPMAN, « Never too late: Biotechnology, Women and Reproduction », (1995) vol.40 Mc Gill Law Journal, p.875

¹⁴¹ Loi du 29 juillet 1994, précitée, note 11

L'exclusion des femmes ménopausées ressort aussi de la condition voulant que l'infertilité ait un « caractère pathologique médicalement diagnostiqué », puisqu'ainsi toute infertilité de cause naturelle est écartée.

La limite d'âge prévue par la loi n'est pas précisément définie. Il s'agit en effet d'un âge réel variable d'une femme à une autre, qui marque une inaptitude à procréer s'offrant au diagnostic médical.

Le principe d'égalité entre toutes les femmes pourrait pourtant imposer qu'un âge limite identique pour toutes soit établi. Un auteur a exprimé sa défaveur pour la fixation légale d'un âge limite :

« Il pourrait paraître non pertinent d'introduire une limite biologique naturelle dans une procréation artificielle qui a les moyens de la dépasser. Pas plus que la sociologie, la technologie ne légifère. La fonction du droit est de marquer le seuil de l'escalade et d'introduire la mesure : artifice sur artifice ne vaut »¹⁴².

En l'état actuel du droit québécois, rien ne permet d'affirmer que les femmes ménopausées sont exclues ou admises à l'assistance médicale à la procréation.

Toutefois, l'article 10 de la Charte québécoise interdisant les discriminations fondées sur l'âge, certaines femmes ménopausées pourraient se prévaloir de cette disposition pour revendiquer l'accès aux NTR.

La prise en compte du meilleur intérêt de l'enfant tel qu'il vient d'être défini permettrait toutefois de donner une justification à cette exclusion.

De même, si le législateur québécois intervenait pour interdire aux femmes ménopausées le recours aux NTR, il pourrait heurter l'article 15 de la Charte canadienne qui interdit expressément toute discrimination fondée sur l'âge. Néanmoins, cette affirmation doit être atténuée par les déclarations du juge La Forest dans l'arrêt McKinney :

« [...] bien qu'il faille se méfier des lois qui ont des effets préjudiciables inutiles sur les personnes âgées en raison de suppositions inexactes quant aux effets de l'âge sur les capacités, il y a souvent des

¹⁴² G.CORNU, *op. cit.*, note 92, p.388 et s.

motifs sérieux de conférer des avantages à un groupe d'âge plutôt qu'à un autre dans la mise sur pied de grands régimes sociaux et dans la répartition des bénéfices. »¹⁴³

Si tout obstacle fondé sur l'âge contrevient en principe à l'article 15, ce motif de discrimination pourrait être justifié plus facilement aux termes de l'article 1^{er} de la Charte que les autres motifs de discrimination illicites. Notamment, l'argument tiré de ce que les NTR sont des ressources de santé limitées pourrait justifier l'exclusion des femmes ménopausées.

Une auteure attire cependant l'attention sur le fait qu'une telle exclusion ne doit pas reposer sur des suppositions inexactes relatives aux liens entre l'âge et l'aptitude physique ou sociale à devenir parent¹⁴⁴.

En réalité toute restriction en la matière doit être dictée par des considérations liées au meilleur intérêt de l'enfant à naître, critère primordial à prendre en considération lorsqu'on s'interroge sur les limites relatives à la structure de la parenté.

Les interrogations sur la fixation de limites à l'accès aux NTR sont donc multiples.

Que ce soit en France où la loi donne le ton, ou bien au Québec où en l'absence de disposition législative spéciale, tout est encore possible, on voit que les NTR nous questionnent, et remettent en cause la notion même de parentalité.

Grâce aux NTR, la parentalité ne coïncide plus aujourd'hui nécessairement avec la procréation biologique, ce qui permet à de nouvelles structures familiales d'apparaître.

Néanmoins toute extension de l'accès aux NTR à de nouvelles formes familiales ne peut se faire sans une réflexion préalable approfondie sur les conditions les plus propices à assurer le développement harmonieux des enfants.

La France a renoncé à ouvrir la voie à ce que l'on dénomme usuellement la « parentalité de convenance », par opposition à la parentalité calquée sur le modèle biologique.

¹⁴³ Arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, 297

¹⁴⁴ M. JACKMAN, *loc. cit.*, note 125, dans *op. cit.*, note 19, p. 38

Elle a choisi, présumé, peut-être un peu hâtivement, que l'intérêt de l'enfant à naître ne saurait être préservé qu'au sein de familles traditionnelles.

Le débat sur la question n'est pas clos pour autant, ainsi qu'en témoigne la prochaine rediscussion, dans le courant de l'année 1999, des lois « bioéthique ».

Cependant, les récents propos du CCNE laissent entrevoir que sur ce terrain, on ne peut espérer de changement législatif. Ainsi le CCNE a déclaré que

« les conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation sont fondées sur un choix de société, à savoir l'intérêt de l'enfant à naître et à se développer dans une famille constituée d'un couple hétérosexuel. L'évolution des mœurs en cinq ans ne justifie sans doute pas une modification de ces modalités. Le CCNE ne propose donc pas de modification en l'état. »¹⁴⁵

La Québec, quant à lui, n'est pas intervenu par la voie législative pour fixer autoritairement les limites à l'accès aux NTR, ce que de nombreuses personnes déplorent, réclamant à l'Etat de prendre ses responsabilités dans ce domaine^{145bis}.

Cela dit, nous avons vu que ce vide juridique n'implique pas pour autant l'absence de limites, et qu'au contraire la pratique comme les juges donnent une interprétation des principes généraux qui justifie les restrictions au recours à l'assistance médicale à la procréation. En même temps, la discussion peut continuer dans un plus grand respect des droits des individus et une prise en compte plus sérieuse des revendications de nouvelles formes de parentalité. Cela incite ainsi selon le Québec à réfléchir de façon plus honnête au contenu exact de la notion d' « intérêt de l'enfant » sans présumer par un *a priori* que cet intérêt est nécessairement d'être élevé par une famille traditionnelle. Toute cette réflexion pourrait tout à fait aboutir à privilégier une parentalité plus sociologique. Ainsi,

« L'approche « biologique-génétique » de la famille, de sa création, et de son épanouissement devrait céder pour privilégier l'intérêt de l'enfant, lui allouant le loisir et le privilège d'ériger en parents les personnes qui en manifestent la volonté. »¹⁴⁶

¹⁴⁵ CCNE, *op. cit.*, note 40

^{145bis} Voir par exemple Bartha.Maria. KNOPPERS, "L'arbitrage du médecin face aux normes régissant la fécondation in vitro" dans *op. cit.*, note 59, p.53.

¹⁴⁶ Bartha-Maria KNOPPERS., « L'encadrement juridique de l'acte médical en droit comparé », dans Feuillet-Leminter B. (dir), *L'embryon humain, approche multidisciplinaire*, Paris, Editions Economica, 1996, p.83-90

Pour l'heure, l'accès aux NTR est donc envisagé sous l'angle de la restriction en France et au Québec, que ces limites soient législatives ou bien issues de la pratique.

Certaines NTR, comme les contrats de mères porteuses ou encore le clonage, sont condamnées par les systèmes juridiques des deux pays. La France et le Québec manifestent ainsi leur volonté de ne pas ériger un droit absolu à l'enfant qui justifierait le recours à des techniques risquant de heurter notre dignité. La dignité humaine est promue au rang de principe matriciel, à l'aune duquel est prise toute décision relative à l'acceptabilité des NTR.

Les NTR qui sont en elles-mêmes acceptables sont loin d'être accessibles sans conditions. L'accès à ces NTR, que ce soit l'insémination artificielle ou la fécondation *in vitro*, fait l'objet d'une double restriction, médicale et sociale (relative à la structure de la parenté). On a pu observer au cours de nos développements que les indications médicales et sociales se recoupent pour une large part, puisqu'elles aboutissent toutes deux à réserver l'accès aux NTR aux seules familles de type traditionnel, excluant les revendications d'enfant exprimées par des personnes seules ou des couples homosexuels. En tout état de cause, la question de l'accès aux NTR revêt en France comme au Québec une dimension à la fois médicale et sociale.

Si les restrictions à l'accès aux NTR instaurées par les systèmes juridiques des deux pays sont nombreuses, il ne faudrait pas en conclure que les parties en présence, c'est-à-dire les destinataires et les fournisseurs de NTR, ne disposent d'aucune marge de manœuvre en la matière. Au contraire, nous allons envisager à présent le degré non négligeable de liberté dont disposent les demandeurs de NTR ainsi que le corps médical chargé de fournir l'assistance à la procréation.

II – LA LIBERTÉ DES PARTIES EN PRÉSENCE

Le droit, déployant la diversité de ses sources, restreint de façon plus au moins autoritaire, en France comme au Québec, l'accès aux NTR. Néanmoins, en dépit des limites juridiques instaurées dans les deux pays, un espace de liberté considérable est réservé aux parties en présence.

De fait, qu'il s'agisse des destinataires de l'assistance médicale à la procréation, ou du corps médical qui fournit cette assistance, chacun des protagonistes dispose en France comme au Québec d'une liberté décisionnelle importante dans le processus d'accès aux NTR.

La liberté décisionnelle des destinataires de l'assistance médicale à la procréation s'exprime par l'exigence de leur consentement libre et éclairé. En France comme au Québec, le consentement des personnes à se soumettre aux NTR est prévu et protégé de façon volontaire et explicite par des dispositions plus ou moins spécifiques. La protection ainsi aménagée découle dans les deux pays de l'impérieuse nécessité de promouvoir certains droits fondamentaux de la personne humaine (A).

La liberté des médecins s'illustre quant à elle davantage comme un véritable pouvoir. Ce pouvoir ne résulte pas d'une volonté affirmée de consacrer et d'aménager la liberté décisionnelle des médecins, mais plutôt d'une délégation implicite des normes juridiques en vigueur. Nous verrons ainsi dans un deuxième temps comment le vide juridique ou les maladresses du législateur permettent à ce pouvoir de fait de s'épanouir (B).

A – LA LIBERTÉ DÉCISIONNELLE DES DESTINATAIRES DES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION : L'EXIGENCE DU CONSENTEMENT LIBRE ET ÉCLAIRÉ.

Au nom de l'autonomie individuelle, chaque personne a le droit de choisir son mode de vie, de disposer de son corps comme elle l'entend.

L'inviolabilité de la personne constitue un droit fondamental consacré en droit français et québécois.

La Charte québécoise dispose ainsi en son article 1 que « Tout être humain a droit (...) à la liberté et à l'intégrité de sa personne ».

L'article 10 du code civil du Québec y fait également écho. Coiffée d'un chapitre I intitulé « De l'intégrité de la personne », la disposition énonce que « Toute personne est inviolable et a droit à son intégrité (...) ».

En France, l'article 16-1 code civil, situé sous un chapitre II « Du respect du corps humain » affirme avec force que : « Chacun a droit au respect de son corps.

Le corps humain est inviolable ».

En raison de la liberté que chaque personne a de disposer de son corps et du principe d'inviolabilité de la personne, il ne fait aucun doute que son consentement est nécessaire et même indispensable pour tout traitement médical qu'elle reçoit.

Le consentement est ainsi un moyen de promouvoir le respect de la personne et de protéger son autonomie et son intégrité.

Au Québec comme en France, les règles relatives au consentement à l'acte médical reçoivent un fondement législatif.

L'article 10 du code civil du Québec prévoit que nul ne peut porter atteinte à la personne sans son consentement, et aux termes de l'article 11, « Nul ne peut être soumis sans son

consentement à des soins, quelle qu'en soit la nature, qu'il s'agisse d'examens, de prélèvements, de traitements ou de toute autre intervention. »

La loi française du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain a, quant à elle, consacré expressément l'exigence du consentement du malade à l'acte médical en insérant dans le code civil un article 16-3 qui dispose que : « Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir. »¹⁴⁷

Hormis ces fondements législatifs, les codes de déontologie médicale consacrent aussi dans les deux pays l'exigence du consentement.

Selon l'article 36 du code français, le consentement de la personne examinée ou soignée doit être recherché dans tous les cas. L'article 2.03.28 du code québécois formule la même exigence¹⁴⁸.

Le droit à l'autodétermination de la personne implique donc nécessairement son consentement à l'acte médical, ainsi que son corollaire, le droit au refus.

Il en va bien sûr ainsi de l'administration des NTR.

L'exigence du consentement est d'autant plus important que le recours à la procréation assistée est un acte grave, impliquant souvent des traitements médicaux et chirurgicaux éprouvants. Par nature très invasif, l'acte de procréation médicalement assisté requiert *a fortiori* le consentement de la personne, en raison de l'atteinte particulière qu'il constitue à l'intégrité corporelle et psychologique.

Nous allons voir ainsi comment les deux systèmes juridiques aménagent ce droit fondamental des personnes d'accepter ou de refuser de recourir aux NTR.

¹⁴⁷ Loi n°94-653 du 29 juillet 1994, précitée, note 11.

¹⁴⁸ Code de déontologie médicale français, Décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995, portant code de déontologie médicale, J.O. 8 septembre ; code de déontologie des médecins du Québec, R.R.Q. 1980, c. M-9, r.4

Par ailleurs, les deux pays reconnaissent aujourd'hui avec force que le consentement à l'acte médical ne saurait être valablement donné sans revêtir deux qualités indispensables : il doit être libre et éclairé.

La personne ne doit pouvoir consentir qu'après avoir véritablement mesuré l'impact que le traitement pourra avoir sur elle.

Ces deux caractéristiques du consentement s'imposent évidemment s'agissant des NTR, qui en raison de leur caractère aléatoire (taux d'échec élevé) peuvent avoir des retombées très néfastes sur la plan psychologique.

Ces deux conditions de validité du consentement aux NTR sont prévues en France et au Québec avec des différences toutefois notables. En effet alors qu'en France, c'est une loi spéciale et particulièrement détaillée qui les envisagent, les règles québécoises sont nécessairement plus floues et moins prévisibles puisque découlant des règles générales de consentement aux soins médicaux.

1 – LES CONDITIONS DE VALIDITÉ DU CONSENTEMENT

Pour pouvoir être donné valablement, le consentement doit être à la fois libre et éclairé.

1-1- Le consentement éclairé : l'information

Tout traitement ou intervention fait obligation au médecin de requérir le « consentement éclairé » du malade.

En France, un tel consentement repose sur une « information loyale, claire et appropriée » telle qu'exigée par les articles 34 et 35 du code de déontologie médicale¹⁴⁹. Le consentement aux soins, c'est-à-dire l'adhésion, l'accord aux dits soins, suppose une information complète, simple, intelligible et loyale, afin de permettre au patient de prendre la décision qui s'impose au vu des risques encourus¹⁵⁰. La nécessité de recueillir un consentement éclairé au processus de soins a été récemment réaffirmé dans un rapport du Conseil économique et social¹⁵¹.

Au Québec, l'obligation de renseigner s'est progressivement imposée dès les années 80 sous l'impulsion notamment de deux fameux arrêts rendus par la Cour suprême du Canada¹⁵².

Ces décisions sont importantes parce qu'elles marquent la fin du paternalisme médical. Désormais, l'autonomie de la personne impose que le médecin livre au patient une information suffisante pour lui permettre de prendre une décision éclairée, qui lui permettra éventuellement de refuser le traitement proposé ou d'opter pour un traitement différent. Le médecin ne peut plus décider à la place de son patient¹⁵³.

La jurisprudence civile québécoise sanctionne en effet actuellement le praticien de n'avoir pas valablement informé son patient des risques médicaux et l'en tient civilement responsable, alors même qu'il n'a commis aucune faute dans l'exécution de

¹⁴⁹ Code de déontologie médicale français, précité, note 148, article 34 : « Le médecin doit formuler ses prescriptions avec toute la clarté indispensable veiller à leur compréhension par le patient et son entourage, et s'efforcer d'en obtenir la bonne exécution »; article 35 : « Le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille, une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose. Tout au long de la maladie, il tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille à leur compréhension ».

¹⁵⁰ Cass, Civ I, 5 mai 81, Gaz Pal 81, 2, sommaire

¹⁵¹ CONSEIL ECONOMIQUE ET SOCIAL, *op. cit.*, note 56, p. 22:

« Les exigences d'information, d'explications et de vérification de leur compréhension ne sont pas toujours bien comprises et acceptées par le médecin pour qui il est évident qu'il agit dans l'intérêt du patient. S'il n'est pas question de faire assumer le choix du traitement par ce dernier, sous peine de déresponsabiliser le médecin, il convient de réaffirmer fortement la nécessité de recueillir un consentement éclairé au processus de soins. »

¹⁵² *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880 ; *Hopp c. Lepp*, [1980] 2 R.C.S. 192.

¹⁵³ Pauline LESAGE-JARJOURA, Jean LESSARD, Suzanne PHILIPS-NOOTENS, *Eléments de responsabilité civile médicale, le droit dans le quotidien de la médecine*, Éditions Yvon Blais Inc., 1995, p.109.

l'acte médical lui-même¹⁵⁴. Un auteur relève ainsi que cette règle marque l'érosion flagrante de l'absolutisme du pouvoir médical :

« Cette règle, au-delà de sa simple portée juridique, symbolise le retrait au médecin d'un de ses pouvoirs traditionnels qui était celui d'agir selon son bon vouloir et de se fier à sa seule expertise, en faisant ce qu'il pensait être le mieux pour le bien de son patient, sans pour autant l'avoir pleinement informé. »¹⁵⁵.

Par ailleurs, le code de déontologie médicale exprime cette exigence relative au caractère éclairé du consentement¹⁵⁶.

En matière de NTR, l'exigence d'une information préalable à toute prise de décision est essentielle, car elle permet notamment de replacer les êtres humains en situation de pouvoir et de choix véritable face au développement de ces technologies.

De surcroît, une information adéquate sur les tenants et les aboutissants des NTR est une condition *sine qua non* de l'exercice effectif par les femmes de leur liberté reproductive. Dans cette mesure, le Conseil du statut de la femme, au Québec, revendique régulièrement la fourniture d'une information complète et précise sur toutes ces techniques, afin de permettre aux femmes de jouir d'une pleine autonomie reproductive¹⁵⁷.

Dans les deux pays, on observe que l'information est fournie de manière inégale, qu'il s'agisse de son contenu ou de son mode de transmission. Notamment, en France, l'article L.152-10 du code de la santé publique régit de façon beaucoup plus précise et prévisible la question. Au Québec à l'inverse, en l'absence de disposition spéciale, il est notable que les règles générales relatives à l'information que doit livrer le médecin ne sont pas aussi rigoureuses.

¹⁵⁴ voir notamment l'arrêt *Chouinard c. Landry*, [1987] R.J.Q. 1954 (C.A.).

¹⁵⁵ J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 48, dans *op. cit.*, note 44, p. 5

¹⁵⁶ Code de déontologie des médecins du Québec, précité note 148, article 2.03.28 : « Sauf urgence, le médecin doit, avant d'entreprendre un traitement, une investigation ou une recherche, obtenir du patient ou de son représentant ou des personnes dont le consentement peut être requis par la loi, une autorisation libre et éclairée. »

¹⁵⁷ CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *loc. cit.*, note 72, dans *op. cit.*, note 59, p. 335

1.1.1 - Contenu de l'information

S'agissant du contenu de l'information à fournir aux demandeurs des NTR, les deux Etats ont développé des règles relatives à la description de la technique envisagée, la divulgation des risques, ainsi que les choix possibles s'offrant aux destinataires de ces techniques.

1.1.1.1 - la description de l'intervention ou du traitement

En France, c'est l'article 152-10 du code de la santé publique qui impose à l'équipe médicale un « descriptif » des techniques envisagées. L'information fournie sera d'autant mieux assimilée par le patient que la description est insérée dans un document écrit qui lui est remis. En effet, la description des techniques figure à l'intérieur d'un « dossier-guide » qui doit être donné au couple. Celui-ci pourra donc consulter ce document à loisir, advenant de nouveaux questionnements sur la nature ou l'objet du traitement ainsi que ses différentes étapes.

Au Québec, c'est la jurisprudence qui a instauré l'obligation incombant au médecin de décrire le mécanisme de l'intervention ou du traitement¹⁵⁸. Cette obligation, qui s'applique bien sûr aux NTR, consiste à décrire la procédure proposée en termes simples, objectifs, approximatifs et concis¹⁵⁹.

Par ailleurs, le code de déontologie médicale, en son article 2.03.29 précise que

« le médecin doit s'assurer que le patient ou son représentant ou les personnes dont le consentement peut être requis par la loi ont reçu les explications nécessaires portant sur la nature, le but (...) de l'investigation, du traitement ou de la recherche que le médecin s'apprête à effectuer. »

¹⁵⁸ Bordier c. S., [1934] 72 C.S. 316; Masson c. Dekoos, [1990] R.R.A. 818 (C.S.).

¹⁵⁹ Alain BERNARDOT et Robert P. KOURI, La responsabilité civile médicale, Sherbrooke, Éditions Revue de droit université de Sherbrooke, 1980, p.117 n°172.

Il s'agit toutefois d'une description sommaire, le médecin n'ayant pas à divulguer trop de détails sur les aspects techniques et médicaux auxquels le patient ne comprendrait du reste pas grand chose, de sorte que son anxiété serait accrue¹⁶⁰.

Rien n'oblige en outre à faire reposer ce descriptif dans un document écrit, de sorte qu'en la matière, le principe est celui de l'oralité. Une description orale constitue assurément une garantie moindre pour les destinataires de l'assistance médicale à la procréation. Ces derniers ne retiendront probablement pas toutes les explications données par le médecin au cours de l'entretien, et n'oseront alors peut-être pas demander des précisions complémentaires.

1.1.1.2 - la divulgation des risques

En France, la loi impose une divulgation sur les risques des plus complètes. En effet, aux termes de l'article L.152-10, les membres de l'équipe médicale doivent « informer [les demandeurs] des possibilités de réussite et d'échec des techniques d'assistance médicale à la procréation, ainsi que de leur pénibilité ».

Rien n'est précisé sur la divulgation des risques réels sur la santé de la femme et les effets secondaires des traitements hormonaux. Mais en la matière, on peut raisonner *a fortiori*, pour dire que si la loi impose d'informer sur les possibilités d'échec et la pénibilité des techniques, à plus forte raison oblige-t-elle de renseigner la patiente sur les risques que le traitement ou l'intervention comporte pour sa santé.

Les risques devant être dévoilés seraient non seulement les risques « normalement prévisibles » ainsi que la jurisprudence civile française l'impose traditionnellement¹⁶¹, mais encore, s'agissant de soins qui ne sont imposés ni par l'urgence, ni par un danger immédiat, les risques même exceptionnels¹⁶².

¹⁶⁰ Thibault c. Hôpital Notre-Dame, C.S., Montréal, N° 766-157, 19 avril 1973, p.17, confirmé en appel : C.A. Montréal, 09-000372-73, 14 juillet 1976

¹⁶¹ Voir par exemple Civ. 1^{ère}, 3 janvier 1991, bull civ. I, n°5.

¹⁶² Voir par exemple en matière de chirurgie plastique, civ. 1^{ère}, 14 janvier 1992, J.C.P. 1993, II, 21996, note DORNER-DOLIVET.

Au Québec en revanche, aucune disposition législative spécifique n'impose une information aussi poussée sur les risques.

Seul l'article 2.03.29 du code de déontologie médicale impose au médecin de « s'assurer que le patient ou son représentant ou les personnes dont le consentement peut être requis par la loi ont reçu les explications nécessaires portant sur (...) les conséquences possibles de l'investigation, du traitement ou de la recherche que le médecin s'apprête à effectuer »¹⁶³.

La jurisprudence a en outre progressivement établi que les risques devant être révélés seraient ceux qui répondent à un critère de fréquence ou un critère de gravité.

S'agissant de la fréquence, il a été décidé qu'un risque inférieur à 1% était un risque imprévisible et peu probable qui n'a pas à être révélé au patient¹⁶⁴.

Quant au critère de gravité, il impose la divulgation du risque même si celui-ci n'était que possible¹⁶⁵.

On voit bien que ce devoir de divulgation imposé par la jurisprudence québécoise n'impose pas une révélation aussi complète qu'en droit français.

Néanmoins, le privilège thérapeutique, qui autorise le médecin à dissimuler au malade des informations susceptibles de provoquer une aggravation de son état, une anxiété accrue ou encore un état néfaste pouvant compromettre le succès de l'intervention ou du traitement, ne pourrait être invoqué par le médecin pour taire certains risques.

¹⁶³ Code de déontologie des médecins, précité, note 148

¹⁶⁴ Saucier c. Wise, [1990] R.R.A. 283 (C.S.) ; Stevens c. Ackman, [1989] R.R.A. 109 (C.S.) : le juge conclut que le patient devait être informé du risque de 1% d'hématome suite à une vasectomie. Murray-Vaillancourt c. Clairoux, [1989] R.R.A. 762 (C.S.) : on parle de risque de « 1/4000 à 1/6000 ce risque était si éloigné et si minime que le médecin n'avait pas à en révéler l'existence ». L'arrêt Cimon c. Audy [1990] R.R.A. 642 (C.S.) réfère à un risque de 5 % qui en fait un risque sérieux et important devant être divulgué.

¹⁶⁵ Pelletier c. Roberge, [1991] R.R.A. 726, 733 (C.A.) : « jurisprudence et doctrine imposent au médecin l'obligation d'informer le patient des risques probables ainsi que des risques simplement possibles, même marginalement, lorsqu'ils sont dangereux. » ; Arrêt Currie c. Blundell [1992] R.J.Q. 764 (C.S.), p. 771 : « Même s'il ne s'agissait que de risques possibles, ils ont entraîné des conséquences graves... »

En effet, la jurisprudence a établi que l'application du privilège thérapeutique ne concerne que le domaine des soins thérapeutiques ou curatifs¹⁶⁶. Par conséquent, les NTR qui ne sont pas de tels soins échappent à l'application du privilège thérapeutique.

D'autre part, d'aucuns ont prétendu que s'agissant de soins non thérapeutiques, c'est-à-dire non indispensables à la sauvegarde ni au rétablissement de la santé du patient, les NTR pourraient faire l'objet d'une obligation de renseignement renforcée, tout comme c'est le cas en matière de chirurgie esthétique, de thérapie expérimentale, de stérilisation à visée non thérapeutique, ou d'expérimentation sur la personne¹⁶⁷.

Ainsi en matière de chirurgie esthétique, l'information porte non seulement sur les risques prévisibles et probables, mais également à « tous les aléas de l'aventure sans réserve »¹⁶⁸.

Pour ce qui est de la stérilisation non thérapeutique, le médecin doit renseigner le patient sur les risques et conséquences de l'opération, mais aussi sur les possibilités d'échecs, et sur les tests subséquents nécessaires pour confirmer le succès de l'intervention¹⁶⁹.

Dans le domaine de la recherche, la divulgation doit être la plus complète possible :

« ...Le médecin doit une information encore plus complète et sans ménagement. Il doit le prévenir des risques immédiats et des séquelles lointaines, sans rien lui cacher des conséquences sociales et psychologiques appréhendées. Il doit lui faire voir les chances de succès et les risques d'échec de la transplantation ou de l'expérimentation. »¹⁷⁰

Par analogie, le médecin pourrait bien être tenu de dévoiler toute l'information relative aux risques impliqués par le recours aux NTR, c'est-à-dire les risques probables,

¹⁶⁶ Voir par exemple Dulude c. Gaudette, [1974] C.S. 618

¹⁶⁷ M. OUELLETTE, *loc. cit.*, note 19, dans *op. cit.*, note 19, p. 710

¹⁶⁸ Dulude c. Gaudette, précité, note 166

¹⁶⁹ Engstrom c. Courteau, [1986] R.J.Q. 3048 (C.S.). Cela dit, l'obligation de divulgation ne s'étend qu'aux « risques majeurs les plus fréquents ou les plus élevés » : conclusion du juge Barbeau dans l'affaire Gouin-Perreault c. Villeneuve, J.E. 82-1017 (C.S.), confirmée par la cour d'appel, [1986] R.R.A. 4 (C.A.)

¹⁷⁰ A. BERNARDOT et R.P. KOURI, *op. cit.*, note 159, p.40. La décision Weiss c. Solomon [1989] R.J.Q. 743 (C.S.), précise également qu' "en matière de recherche purement expérimentale, le médecin doit révéler tous les risques connus, même rares ou éloignés, et à plus forte raison, si ceux-ci sont d'une conséquence grave"

possibles et éventuels, ainsi que les taux de réussite, les effets psychologiques et les conséquences des interventions.

Pour l'heure cependant, une telle information ne semble pas être fournie au Québec. Dans le passé, c'est plutôt la situation inverse qui était déplorée.

Ainsi, le Conseil du Statut de la femme observait que pour l'année 1989, les femmes étaient très mal informées des taux de succès réels de l'insémination artificielle et de la fécondation *in vitro* ainsi que des effets des médicaments et techniques utilisées sur leur intégrité physique.

Le Conseil réclamait que les praticiens de la fécondation *in vitro* disent la vérité aux femmes qui décident de se soumettre à cette technique, que ce soit sur le taux de succès qui se situerait à moins de 5% ou sur les risques nombreux qui y sont associés (effets secondaires du traitement hormonal, grossesses multiples, mortalité périnatale plus importante ...) ¹⁷¹.

Le Comité du Barreau allait aussi dans ce sens, voulant que soit imposée l'obligation de divulguer tous les risques reliés à l'utilisation des NTR, tant pour la femme que pour le futur enfant ¹⁷².

Certains faisaient ainsi remarquer qu'au Québec, le caractère éclairé du consentement était sujet à caution car les couples n'étaient pas vraiment informés de tous les risques et des taux réels de succès. En cas d'échec, la souffrance est alors d'autant plus grande car « aggravée par l'incompréhension de l'échec d'une technique si prometteuse. » ¹⁷³

On doit toutefois souligner les efforts fournis par les centres de fertilité québécois à l'heure actuelle pour améliorer l'information relative aux taux réels de succès des différentes NTR. Ainsi le centre Procréa publie une information assez détaillée sur les taux de succès des techniques de reproduction qu'elle offre à la population infertile ^{173bis}.

¹⁷¹ CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *loc. cit.*, note 72, dans *op. cit.*, note 59, p. 335

¹⁷² COMITE DU BARREAU DU QUEBEC, *loc. cit.*, note 25

¹⁷³ Bartha.Maria. KNOPPERS et Sonia LEBRIS, « La vie privée : analogies et différences entre la procréation médicalement assistée (PMA) et la génétique », dans THE CANADIAN INSTITUTE, *Responsabilité hospitalière. Aspects éthiques et juridiques*, 1990, p.5.

^{173bis} Site internet de PROCREA, précité, note 60.

Si l'obligation d'information sur les risques paraît renforcée au Québec, s'agissant de soins électifs, il ne semble pas pourtant actuellement que ce devoir aille, comme en France, jusqu'à l'information sur les taux de succès réels des NTR. Or il convient en cette matière d'affirmer l'importance de donner aux couples et plus particulièrement aux femmes qui sont l'objet des traitements, l'information la plus complète et la plus détaillée, afin de les prémunir contre tout déterminisme d'ordre médical et de sauvegarder leur autonomie reproductive.

1.1.1.3 - les choix possibles

Cet aspect de l'information est particulièrement important pour la personne ou le couple désireux d'avoir un enfant, puisqu'en présence d'un éventail d'options large s'offrant à eux, les individus pourront manifester, plus qu'un consentement éclairé, un choix éclairé.

Leur liberté décisionnelle s'exercera de ce fait dans toute son ampleur.

Au Canada, la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction a pris soin de distinguer le consentement libre et éclairé, du choix éclairé¹⁷⁴.

Le consentement éclairé reste une exigence des différents textes législatifs pour subir un traitement médical et implique que les médecins divulguent les informations pertinentes à leurs patients afin que ces derniers puissent consentir au traitement de manière libre et éclairée en étant conscients de la consistance de ce traitement.

La notion de choix éclairé est plus large, dans la mesure où elle signifie que les équipes médicales procédant aux NTR informent les demandeurs de NTR non seulement des tenants et aboutissants de la technique mais aussi des autres options possibles, même si elles ne sont pas médicales, comme l'adoption par exemple.

¹⁷⁴COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *op. cit.*, note 3, p.107

En outre, dans la mesure où tout un chacun se trouve forcément désarmé face à une technologie qu'il ne connaît pas et maîtrise encore moins dans un contexte où sa sensibilité est exacerbée, on attend des médecins qu'ils assistent leurs patients dans leurs choix en les aidant à déterminer la meilleure solution pour eux.

Au Canada, on constate que si le consentement éclairé à recueillir est tout à fait intégré dans les habitudes des praticiens, il n'en va pas forcément de même pour le choix éclairé.

« Notre expérience avec les médecins montre que la formation est davantage axée sur le consentement éclairé que sur le choix éclairé. Or, il y a là une nuance importante.

Le consentement éclairé est surtout un concept juridique. [...] Il suppose que le médecin, après avoir décidé du traitement à appliquer, fait en sorte que le ou la malade en comprenne suffisamment bien la portée pour lui donner son accord en toute connaissance de cause. Le choix éclairé, tel que nous l'entendons dans notre clinique, consiste par contre à proposer à l'intéressée différentes options, en en précisant les avantages et les inconvénients. C'est ce que nous appelons la partie éducative de notre travail, grâce à laquelle l'intéressée obtient tous les renseignements nécessaires pour faire son choix. »¹⁷⁵

Pour ce qui est du Québec, la notion de choix éclairé n'est pas absente, puisqu'en présence de choix thérapeutiques possibles, le médecin devra les indiquer avec les risques associés. Il revient alors au malade d'apprécier la gravité des risques, les tribunaux québécois sanctionnant la conduite des médecins qui décident à la place de leurs patients¹⁷⁶.

Le médecin devra aussi faire part des conséquences de ne pas subir l'intervention, ce qui constitue en soi une alternative, surtout lorsque le patient est asymptomatique et que l'intervention n'est pas urgente¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Compte rendu de la conférence thématique sur les conséquences des nouvelles technologies de reproduction sur la santé génésique et le bien-être des femmes, Vancouver (Colombie-Britannique), 31 juillet 1990, dans COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *op. cit.*, note 3, p.109

¹⁷⁶ Chouinard c. Landry, précité, note 154

¹⁷⁷ Currie c. Bludell, précité, note 165

Cette exigence est d'autant plus grande lorsque les options possibles présentent des risques de gravité différente¹⁷⁸. Il incombe ainsi au médecin de mentionner les traitements présentant le moins de risques pour le malade¹⁷⁹. Selon certains, la présentation des options se limitera à celles qui offrent un maximum d'avantages et de bienfaits, en regard des circonstances¹⁸⁰.

Cependant le droit québécois n'envisage que les solutions thérapeutiques de rechange. Les autres options, et notamment la possibilité qu'a la personne de recourir en toute hypothèse à l'adoption plutôt qu'aux techniques médicales de procréation, ne semblent pas devoir être indiquées par le médecin.

Ainsi selon une auteure, même s'il est permis d'espérer qu'une équipe médicale sérieuse inclurait cette possibilité dans la diffusion de l'information, l'option de l'adoption n'est pas du ressort du médecin, en ce qu'elle ne constitue pas un choix thérapeutique¹⁸¹.

Sur ce point, la loi française va plus loin que le droit québécois et permet ainsi la réalisation des conditions d'une plus grande liberté décisionnelle.

En effet, l'article L.152-10 impose à l'équipe médicale de guider les patients vers un choix éclairé, en les informant de la possibilité de recourir à l'adoption.

Ainsi, le médecin doit rappeler au couple demandeur « les possibilités ouvertes par la loi en matière d'adoption ». D'autre part, le dossier-guide remis aux demandeurs doit comporter « le rappel des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'adoption, ainsi que l'adresse des associations et organismes susceptibles de compléter leur information à ce sujet »¹⁸².

¹⁷⁸ Sunne c. Shaw [1981] C.S. 609 : le juge retient la responsabilité du chirurgien dentiste et du chirurgien plasticien au motif qu'ils n'avaient pas informé leur patiente d'un traitement alternatif conservateur (orthodontie) qui aurait été moins dangereux que la chirurgie pratiquée

¹⁷⁹ Tremblay c. Boyer [1977] C.S. 622

¹⁸⁰ Louis. POTVIN, L'obligation de renseignements du médecin, Editions Yvon Blais, Cowansville, 1984, p.51

¹⁸¹ M. OUELLETTE, loc. cit., note 19, dans op. cit., note 19, p.710

¹⁸² Article L. 152-10 du code de la santé publique

1.1.2 – Mode de transmission de l'information

La question qui se pose ici est celle de savoir si les deux systèmes juridiques privilégient plutôt un mode de transmission écrit ou oral.

En France, l'article L. 152-10 distingue entre les informations qui doivent être données par écrit et celles qui sont transmises oralement.

On observe, à la lumière de ce texte, que seuls les renseignements faisant appel à la sensibilité et à l'émotivité des demandeurs sont livrés verbalement au cours de l'entretien.

Il s'agit notamment de rappeler aux destinataires les possibilités qui leur sont ouvertes en matière d'adoption, et des les informer des possibilités de réussite et d'échec ainsi que de la pénibilité des techniques envisagées.

La loi française n'a pas reconnu la nécessité de poser par écrit ces renseignements qui seront retenus facilement par les demandeurs. De surcroît, s'agissant d'informations qui risquent de destabiliser les couples, la présence de l'équipe médicale pour les communiquer a un caractère rassurant et permet l'établissement d'une relation personnalisée.

En revanche, les données objectives faisant davantage appel à des connaissances que les patients ne maîtrisent pas forcément seront retranscrites dans un dossier-guide qui leur sera remis. Il s'agit du rappel des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'assistance médicale à la procréation, le descriptif des techniques, le rappel des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'adoption, ainsi que l'adresse des associations et organismes susceptibles de compléter leur information à ce sujet.

Au Québec où aucun texte spécial ne régit la communication de l'information relatives aux NTR, c'est le droit commun qui s'applique. En principe, le médecin se doit de transmettre les renseignements par tous moyens jugés appropriés dans les circonstances.

Il est vrai qu'en général, l'information sera donnée verbalement, quoique rien n'empêche de recourir à un mode de divulgation écrit.

Les cliniques de fertilité et les médecins fournisseurs de NTR établiront donc en la matière leurs propres critères, rien ne les empêchant d'opter pour le « tout oral ». Le caractère oral comme la présence physique du médecin a certes l'avantage de rassurer des personnes à la sensibilité souvent exacerbée dans ces moments difficiles.

Il serait néanmoins bienvenu, peut-on penser, que la description des techniques soit établie dans un document écrit adressé, comme en France, aux patients et auxquels ils pourraient ainsi se référer à loisir. On ne peut en effet demander à ces derniers de retenir des données qui dépassent bien souvent le cadre de leurs compétences.

1-2 – Le consentement libre

Les deux pays reconnaissent la nécessité d'un consentement donné librement, sans pression exercée par l'entourage familial et extérieur du patient.

Au Québec, l'exigence de la liberté du consentement est notamment formulée à l'article 10 du code civil. De façon plus générale, les deux pays considèrent que le consentement à tout acte ou convention ne peut être extorqué par violence¹⁸³.

Or dans le cadre de la relation patient-médecin, un certain climat de contrainte existe. Ce climat de contrainte sera quelque peu accru lorsqu'est privilégié un mode de transmission oral de l'information, la présence du médecin risquant de se faire plus pesante et d'influencer la décision que le patient doit prendre. Ainsi il se peut que par l'effet du paternalisme médical ou de l'agressivité thérapeutique du médecin, une certaine forme de « coercition subtile » soit susceptible d'exercer une influence sur le consentement du patient.

La patient peut aussi être soumis aux pressions de ses proches, incluant le conjoint.

¹⁸³ article 1402 et suivants du code civil du Québec, articles 1112 et suivants du code civil français

Enfin un troisième type de pression peut être identifié, qui risque d'être déterminant sur le consentement. Il s'agit de la pression exercée par la société.

Ainsi, certains ont fait observer qu'à cet égard le consentement pouvait paraître forcé et ce pour plusieurs raisons. Tout d'abord la stérilité est souvent assimilée dans la société à une malédiction frappant certaines personnes qui sont de ce fait stigmatisées. Par ailleurs il apparaît que de plus en plus, sous l'effet conjugué de plusieurs facteurs (comme l'avènement de la contraception et le déficit aggravé du taux de natalité), ne pas avoir d'enfant est assimilé à un refus égoïste.

En conséquence, les couples stériles se sentent différents, éprouvent un sentiment « d'insuffisance », et dès lors, la procréation médicalement assistée apparaît comme un ultime recours pour redevenir « normaux ». Cette pression sociale est si forte que pour avoir un enfant, ils sont prêts à tous les sacrifices, toutes les investigations et souffrances psychologiques et physiques pour accéder à la procréation. Ainsi le recours aux NTR n'est plus tant le résultat d'un choix libre et éclairé qu'un consentement-soumission¹⁸⁴.

La Commission royale sur les techniques de reproduction met en avant un autre phénomène. Le développement croissant des NTR et la médicalisation de la reproduction qui s'ensuit tendent à créer un impératif technologique. Ainsi les NTR provoqueraient chez certaines personnes un sentiment de « fertilité obligatoire », de sorte qu'il deviendrait difficile pour certaines femmes de refuser un traitement ou de l'interrompre. Dès lors la technologie, loin d'augmenter les choix aurait plutôt tendance à les limiter. Si bien que des solutions non médicales comme l'adoption, ou tout simplement l'acceptation de l'infertilité, deviennent impensables voire inacceptables^{184bis}.

Pressions sociale, médicale, familiale, autant de phénomènes qui sont finalement attentatoires à la liberté du consentement. Préserver la liberté du consentement s'avère d'autant plus difficile que bien souvent, il n'est guère évident de distinguer la coercition, la manipulation, de la simple persuasion, du conseil ou de la « bonne » influence.

¹⁸⁴ B.M. KNOPPERS, S LEBRIS., *loc. cit.*, note 173, dans *op. cit.*, note 173, p.4.

^{184bis} COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *op. cit.*, note 3, p. 39

Un des moyens utiles pour restaurer une telle liberté serait d'aménager des délais de réflexion minimum en deçà desquels les destinataires des NTR ne peuvent consentir ou refuser le recours à ces techniques. Le temps est en effet considéré comme la meilleure garantie de restauration de la liberté décisionnelle de la personne, même s'il est vrai que pendant ce délai de réflexion, les destinataires des NTR n'échapperont pas à une certaine pression de l'environnement social et familial. Au Québec, aucune disposition spécifique n'est prévue à cet effet. A l'inverse, en France, l'article L.152-10 a prévu que la demande de procréation médicalement assistée ne peut être confirmée qu'à l'expiration d'un délai de réflexion d'un mois à l'issue du dernier entretien.

2 – LA DÉCISION

La décision finale peut certes consister en un consentement à se soumettre aux NTR. Mais la liberté décisionnelle des destinataires de l'assistance à la procréation se manifeste également dans la possibilité de refuser la fourniture de NTR.

2-1 le consentement aux NTR

Dans les deux pays, le consentement semble devoir être recueilli par écrit. En France, l'article L.152-10 dispose ainsi qu'à l'issue du délai de réflexion, « La confirmation de la demande est faite par écrit (...) ». Au Québec, un tel mode de consentement à l'acte médical est surtout requis dans les situations où l'atteinte à l'intégrité corporelle est importante. En toute hypothèse, un consentement écrit est exigé pour les soins hospitaliers. Le Règlement sur l'organisation et l'administration des établissements prévoit en effet que le dossier médical doit inclure « le document attestant l'obtention du consentement d'un bénéficiaire pour des soins et services

dispensés par le Centre hospitalier »¹⁸⁵. Une attestation écrite est également requise pour les traitements comportant une anesthésie ou une chirurgie¹⁸⁶.

Ainsi lorsque les soins relatifs aux NTR sont dispensés en hôpital, le consentement devra nécessairement être recueilli par écrit.

En revanche, dans l'hypothèse où les NTR sont fournies par un médecin dans le cadre d'un cabinet privé, la réponse ne s'impose pas avec autant d'évidence.

Certes, le médecin a le devoir de recueillir le consentement de son patient avant d'entreprendre toute investigation, traitement ou recherche, ainsi que l'impose d'ailleurs l'article 2.02.28 du code de déontologie médicale. Cette exigence est même amplifiée dans des situations où un acte médical présente des risques pour la santé¹⁸⁷. Mais rien n'oblige le médecin à obtenir un consentement écrit. La Corporation professionnelle des médecins du Québec a seulement indiqué que ce consentement devait être explicite et non implicite, c'est-à-dire « énoncé de façon expresse et formelle »¹⁸⁸.

Cela dit, l'écrit constituerait un moyen de preuve plus sûr en cas de litige subséquent.

En outre, les dispositions du code civil du Québec prévoient que pour certaines procédures d'investigation à caractère invasif, un consentement écrit s'impose.

L'article 24 du code prescrit en effet : « Le consentement aux soins qui ne sont pas requis par l'état de santé, à l'aliénation d'une partie du corps ou à une expérimentation doit être donné par écrit. »

Si l'on peut démontrer que le recours aux NTR n'est jamais requis par l'état de santé, ce qui revient à montrer que l'infertilité ou le désir d'enfant n'est pas en soi une maladie, alors il se pourrait que l'article 24 soit applicable et impose l'établissement d'un consentement écrit. Si en revanche cette démonstration ne peut être faite, l'exigence du consentement écrit ne s'appliquera qu'aux seules NTR présentant un caractère

¹⁸⁵ Règlement sur l'organisation et l'administration des établissements, D. 1320-84, (1984) 116 G.O. II, 2745, article 53, paragraphe 12

¹⁸⁶ *Id.*, article 52.1 : « Le consentement d'un bénéficiaire ou de son représentant légal à une anesthésie ou à une intervention chirurgicale doit être attesté par un document écrit signé par le bénéficiaire ou par son représentant légal et ce document doit faire état de l'obtention par le bénéficiaire des informations appropriées concernant notamment les risques et les effets possibles. Cet écrit doit être contresigné par le médecin traitant ou le dentiste traitant et conservé au dossier du bénéficiaire. »

¹⁸⁷ *Lefebvre c. Lamontagne*, [1970] C.A. 471

¹⁸⁸ CORPORATION PROFESSIONNELLE DES MÉDECINS DU QUÉBEC, *Le consentement*, Publication de la Corporation professionnelle des médecins, Montréal, 1985, p.7.

expérimental, les NTR n'étant pas considérées comme une expérimentation pouvant, selon l'article 24, faire l'objet d'un consentement simplement verbal.

En conséquence, alors qu'en France, le consentement aux NTR devra toujours être exprimé par écrit, au Québec une telle exigence ne s'impose de façon certaine qu'aux hôpitaux.

Signalons enfin qu'en France, la loi a prévu des modalités particulières de recueil du consentement qui n'existent pas au Québec.

La loi française a en effet distingué deux types de situations dans lesquelles une procédure empreinte de formalisme est organisée. Il s'agit des cas de recours à la procréation hétérologue, ainsi que du don d'embryon.

En cas de recours à un tiers donneur, le consentement devra être donné devant un juge ou un notaire dans les conditions prévues par l'article 311-20 du code civil¹⁸⁹. La solennité doit permettre d'attirer l'attention du couple sur la gravité de l'engagement. L'idée est en effet de mettre en garde les couples sur le caractère sérieux d'un recours à des forces génétiques qui lui sont étrangères

Le décret 95-223 du 24 février 1995 relatif au consentement à la procréation médicalement assistée a en outre complété le nouveau code de procédure civile pour préciser les modalités d'application de ces dispositions¹⁹⁰.

Le Comité Consultatif National d'Éthique suggère, dans la perspective de la révision prochaine des lois bioéthique, de maintenir le recours du juge pour conserver au consentement un caractère suffisant de solennité, mais de supprimer le recours au

¹⁸⁹ L'article 311-20 prévoit que « les époux qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur, doivent préalablement donner, dans des conditions garantissant le secret, leur consentement au juge ou au notaire, qui les informe des conséquences de leur acte au regard de la filiation.(...) »

¹⁹⁰ L'article 1157-2 du nouveau code de procédure civile prévoit ainsi que le consentement des époux ou concubins est donné par « déclaration conjointe » faite devant le « président du Tribunal de Grande Instance » (ou un magistrat délégué), ou devant notaire. La déclaration est recueillie par acte authentique dont seuls les membres du couple concerné peuvent obtenir une expédition ou copie. La déclaration conjointe doit en outre mentionner que le couple a été dûment informé par le juge ou notaire de plusieurs choses, et notamment des cas où le consentement est privé d'effet.

notaire qui ne semble pas emporter le même effet¹⁹¹. Au-delà, il est permis de penser qu'il serait opportun de supprimer le caractère solennel du consentement, qui comporte des risques de stigmatisation pour les couples ayant recours à un mode de procréation hétérologue. L'exigence de la solennité du consentement pour la seule procréation exogène tend en effet à souligner qu'un tel mode de procréation n'est que très passablement socialisé.

En cas de don d'embryons, l'article L.152-5 du code de la santé publique exige pour ce cas le plus grave l'intervention du juge qui, saisi par la demande conjointe des membres du couple d'accueil, reçoit leur consentement et exerce tout à la fois, un contrôle de légalité et un contrôle d'opportunité : il vérifie que les conditions légales de l'accueil sont remplies et que celui-ci est conforme à l'intérêt de l'enfant.

Enfin, il convient de réaffirmer que dans tous les cas le consentement doit pouvoir être librement révoquant.

En France où le consentement recueilli est celui non d'une seule personne mais des deux membres du couple, la loi prend soin de préciser que l'assistance médicale à la procréation ne peut avoir lieu que si, au moment de sa réalisation, aucun des deux époux n'a révoqué son consentement. Ainsi jusqu'au dernier moment, c'est-à-dire avant une insémination artificielle ou une implantation d'embryon dans le cas d'une fécondation *in vitro*, l'homme ou la femme formant le couple peut librement et unilatéralement renoncer au projet. La loi exige seulement que la révocation soit faite par écrit auprès du médecin chargé de mettre en œuvre l'assistance¹⁹².

Au Québec, aucune disposition ne prévoit explicitement cette possibilité. Toutefois, en admettant que l'article 24 du code civil du Québec comprenne dans son champ d'application les NTR, alors conformément à la disposition, le consentement pourrait « toujours être révoqué, même verbalement ».

¹⁹¹ CCNE, *op. cit.*, note 40

¹⁹² article 311-20 du code civil français.

En tout état de cause, même si l'article 24 n'est pas applicable, on devrait pouvoir affirmer que, comme en France, le consentement est librement révoquant jusqu'à la mise en œuvre de la procréation médicalement assistée. Il semble que ce soit en effet le seul moyen d'assurer effectivement le principe de l'inviolabilité du corps humain tel qu'affirmé entre autres à l'article 10 du code civil du Québec : « Toute personne est inviolable et a droit à son intégrité. Sauf dans les cas prévus par la loi, nul ne peut lui porter atteinte sans son consentement libre et éclairé. »

En outre, le code de déontologie des médecins rappelle en son article 2.03.01 que « le médecin doit exercer sa profession dans le respect de la vie, de la dignité et de la liberté de la personne humaine »¹⁹³. Or le respect de la liberté et de la dignité de la personne impose qu'elle puisse renoncer finalement au projet de recourir aux NTR, au moins tant que celles-ci ne sont pas mises en œuvre.

2-2 le droit au refus

Le droit au refus de recourir aux NTR s'impose évidemment comme le corollaire nécessaire du droit d'y consentir. Il repose sur le principe de l'inviolabilité de la personne humaine, en même temps qu'il traduit le principe de l'autonomie décisionnelle et consacre la prépondérance de la volonté personnelle.

Pour être valide, le refus doit également être libre et éclairé.

On a déjà vu à quel point les différentes formes de pressions sur la personne pouvaient entamer sa liberté de ne pas consentir aux NTR en créant un sentiment de « fertilité obligatoire ». Il a ainsi été souligné que :

« The strongest negative claim of infertile people would thus seem to be the right to remain childless without forced medical treatment or even pressure to seek treatment in the form of social isolation, guilt or ridicule. »¹⁹⁴

¹⁹³ Code de déontologie des médecins, précité, note 148

¹⁹⁴ Laura SHANNER, « The right to procreate : when rights claims have gone wrong », (1995) vol. 40 *Revue de droit de McGill*, p.823

Le consentement étant discrétionnaire, le refus de se soumettre à la procréation médicalement assistée ne saurait en aucun cas être fautif, et doit être respecté.

Aucun des deux pays ne traite spécifiquement du droit au refus de recourir aux NTR. On trouve cependant dans le code de déontologie médicale français l'expression du droit de refuser des soins médicaux. En effet, l'article 36 alinéa 2 prévoit que « lorsque le malade, en état d'exprimer sa volonté, refuse les investigations ou le traitement proposés, le médecin doit respecter ce refus après avoir informé le malade de ses conséquences ».

En tout état de cause, en France comme au Québec, les dispositions relatives au droit de consentir protègent implicitement, mais néanmoins efficacement, le droit de refus.

Ainsi au Québec, le consentement devant être exprimé de façon explicite, le silence ou une quelconque manifestation de volonté implicite doivent être interprétés comme un refus.

De même en France, le formalisme attaché à l'expression du consentement à la procréation médicalement assistée implique d'assimiler tout comportement ne respectant pas ce formalisme à un refus.

On trouve néanmoins des atteintes au droit de refuser, qui se sont notamment manifestées dans la jurisprudence française dans le cadre des relations entre époux.

Ainsi le droit français a semblé développer un courant jurisprudentiel établissant un lien entre mariage et procréation. Même si, à l'époque actuelle, la procréation n'est ni une condition ni la fin essentielle du mariage, certaines juridictions sanctionnent de temps à autre, par un divorce pour faute, l'époux qui selon eux, s'oppose indûment à la volonté exprimée par l'autre d'avoir un enfant. En ce sens, des tribunaux ont, dans le passé, estimé fautif le refus de procréation qui procède soit du recours individuel à des pratiques contraceptives ou abortives¹⁹⁵, soit de la négligence persistante à soigner une déficience sexuelle.

¹⁹⁵CA Caen, 26 décembre 1899, DP 1900, 2, 206; Civ 2e, 27 mars 1974, bull civ II, n°111

Sur ce dernier point notamment, il a déjà été jugé que le conjoint infertile doit consulter un médecin dans un délai raisonnable¹⁹⁶, et accepter un traitement thérapeutique, voire se prêter à une intervention chirurgicale, si du moins celle-ci n'expose pas sa santé¹⁹⁷.

Une décision récente de la cour d'appel de Bordeaux va encore plus loin et selon nous trop loin.

En l'espèce, une femme atteinte de stérilité refusait de se faire traiter, compte tenu de sa réticence à se doter d'une progéniture. Au bout de trois ans de mariage, son mari, qui souhaitait ardemment un enfant, la mit en demeure de se faire soigner. Face à son obstination, le conjoint forma une demande en divorce invoquant comme grief le fait pour sa conjointe de l'avoir privé d'une descendance. La cour, par un arrêt rendu le 7 juin 1994, décide que :

« en refusant pendant six ans de faire soigner sa stérilité, interdisant ainsi tant le rapprochement des époux que la possibilité d'avoir un enfant, l'épouse a manifesté par sa carence prolongée un comportement fautif et injurieux constituant un grief particulièrement sérieux. »¹⁹⁸

Cet arrêt est fort dérangeant, en ce qu'il porte atteinte à ce qu'il est permis de considérer comme un droit fondamental pour la population infertile, à savoir le droit absolu de ne pas suivre de traitement sans son consentement.

L'arrêt emporte tout d'abord une atteinte considérable à l'intégrité physique et psychologique de la personne. Or les articles 16-1 al.1 et 16-3 du code civil français, tels qu'issus de la loi du 29 juillet 1994¹⁹⁹, affirment que « chacun a le droit au respect de son corps » et qu'il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'avec le consentement préalable de l'intéressé.

Outre qu'elle nuit à la liberté de chacun de disposer de son propre corps, cette décision paraît en outre intolérable en ce qu'elle conduit nécessairement à une stigmatisation de la population infertile. La décision sous-entend en effet que la conjointe, de par son état de stérilité, est anormale, malade et qu'à ce titre elle doit recevoir des soins médicaux.

¹⁹⁶Civ. 2e, 16 décembre 1963, JCP 1964, éd. G, II, 13660

¹⁹⁷CA Lyon, 28 mai 1956, D. 1956, 646

¹⁹⁸CA Bordeaux, 7 juin 1994, JCP 1996, éd G., II, 22590

¹⁹⁹Loi n°94-653 du 29 juillet 1994, précitée note 11.

Elle jette le discrédit sur la population des gens infertiles qui sont alors considérés comme des sous-êtres, des déficients physiques.

Il importe donc de réaffirmer plus que jamais que le refus de se soumettre à la procréation médicalement assistée ne peut être ni fautif, ni susceptible d'abus dans le mariage, tout simplement parce que le refus est un droit fondamental.

On peut citer à cet égard les propos du doyen Cornu selon lequel

« Ce serait un abus contraire d'imputer à faute cause de divorce, le refus par la femme de se prêter à la procréation médicalement assistée, quand même entrerait-on dans l'idée que la procréation est l'une des fins naturelles du mariage et que le refus des relations sexuelles et de la procréation charnelle peut constituer une telle faute. L'impasse dans laquelle se trouve le couple qui se tourne vers la procréation médicalement assistée justifie la différence. Du refus de se prêter à une intrusion corporelle qui n'est jamais anodine, on ne peut faire sortir une faute. On le peut moins encore si possible, du refus par une femme de s'aventurer dans une voie qui heurte sa conscience, et ceux dans tous les cas mais surtout peut-être quand il s'agit d'accepter en elle des apports étrangers. Ouvrir une telle faculté est déjà une aventure; en faire un devoir, une violence. Pour l'un ou l'autre des époux d'ailleurs. »²⁰⁰.

En France comme au Québec, on a ainsi pu observer qu'un dispositif juridique élaboré est instauré pour protéger la liberté décisionnelle des destinataires des NTR. Certes au Québec, la protection aménagée peut paraître à certains égards moins efficace qu'en France, car elle découle non d'une réglementation spécifique aux NTR, mais des règles générales relatives au consentement aux soins médicaux. Néanmoins dans les deux pays, la liberté ainsi conférée est organisée de façon volontaire. Par contraste, nous allons dès maintenant avoir l'occasion de constater que la liberté décisionnelle conférée au corps médical, loin d'être prévue de façon volontaire et explicite, résulte en réalité pour une large part d'une délégation implicite du droit étatique.

²⁰⁰ G. CORNU, *op. cit.*, note 92, p. 402

B – LE POUVOIR MÉDICAL

La décision de fournir des NTR aux personnes ou couples qui en font la demande est dans une certaine mesure laissée à la libre appréciation du corps médical.

Cette affirmation est certainement valable au Québec où en l'absence de loi fixant autoritairement les principes, les médecins ont une grande liberté de décision lorsqu'il s'agit de répondre positivement ou négativement à une requête en vue d'obtenir la fourniture de NTR. Les médecins voient ainsi peser sur eux une grande responsabilité puisqu'ils doivent alors faire un véritable choix de société.

Or il n'est pas du tout sûr que la décision d'inséminer ou non des femmes célibataires, veuves ou ménopausées, ou encore des couples homosexuels, entre dans le champ de leur compétence.

En effet cette décision dépasse le strict domaine médical pour intéresser la société toute entière, si bien qu'il n'appartient pas aux seuls médecins de décider à la place de la collectivité du devenir de la société.

Dans ces conditions, des voix de plus en plus nombreuses s'élèvent au Québec pour réclamer une intervention législative qui établirait des critères d'accès aux NTR, permettant ainsi d'anéantir cet immense pouvoir médical et d'harmoniser les solutions dans l'ensemble de la province.

A cet égard, la France montre l'exemple d'un pays qui, ayant légiféré en fixant positivement les conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation, relègue le corps médical au rôle de simple exécutant dans la fourniture de NTR. La loi prévoit en effet que les médecins sont chargés de « la mise en œuvre de l'assistance médicale à la procréation ».

La décision de fournir ou de ne pas fournir l'assistance médicale à la procréation paraît dans ces conditions totalement échapper aux médecins français.

Or nous allons voir qu'il n'en est rien dans les faits, la loi de 1994 laissant au corps médical un énorme pouvoir d'appréciation sur l'opportunité de fournir ou de ne pas fournir l'assistance médicale à la procréation.

Au Québec comme en France, certes à des degrés différents, le corps médical a une grande marge de manœuvre relativement à l'accès aux NTR.

Cette liberté intéresse à la fois la décision positive de fournir les NTR et celle de ne pas les fournir.

1 - LA LIBERTÉ DE FOURNIR LES NTR

1.1 - Les techniques non proscrites mais présentant un danger pour la santé et la sécurité des personnes

En France comme au Québec, les techniques qui ne sont pas expressément prohibées par un texte peuvent néanmoins comporter des risques pour la santé et la sécurité des femmes ou même de l'enfant à naître.

Malheureusement, dans les deux pays un certain acharnement procréatif s'empare du corps médical et implique l'utilisation de telles techniques.

On peut illustrer ce propos à travers les deux exemples évocateurs du transfert multiple d'embryons, et des variantes de la fécondation *in vitro*.

1.1.1. Le transfert multiple d'embryons

En cas de recours à une fécondation *in vitro*, il serait tout à fait envisageable de procéder à la création puis au transfert dans le corps de la femme d'un seul embryon.

Cependant, on sait que dans ce cas les chances de déboucher sur une grossesse sont très faibles.

En effet, le nombre de naissances obtenues après le transfert d'un seul embryon est de l'ordre de 7%.

En revanche plus on transfère d'embryons *in utero*, plus on augmente les chances de rendement de la technique. Ainsi, ce rendement est porté à 14% si deux embryons sont transférés, 21% pour trois embryons et 25 % pour quatre et plus²⁰¹.

Cependant le transfert multiple augmente aussi le nombre de grossesses multiples avec les risques qui peuvent en résulter pour la mère et l'enfant.

La Commission royale note ainsi qu'une femme qui porte trois fœtus ou plus voit accroître les risques d'anémie, d'avortement spontané, d'hypertension, d'insuffisance rénale, d'accouchement difficile et d'hémorragie post-partum.

Les risques peuvent être également très sérieux pour les fœtus, qu'il s'agisse d'avortements spontanés, de naissances prématurées ou encore d'accidents à l'accouchement.

Outre les dangers pour la santé physique des femmes et des enfants, ces naissances multiples peuvent avoir des conséquences lourdes sur le plan psychologique et économique pour les parents, car « les demandes de temps, d'énergie et d'argent auxquelles doivent répondre les parents de « multiplés » dépassent de beaucoup celle des autres parents »²⁰².

Dans ces conditions la joie d'avoir un enfant se transforme rapidement en détresse profonde dans les familles.

En France la loi de 1994 n'a pas imposé de limites au nombre d'embryons à transférer « *in utero* » dans le cas de la pratique d'une fécondation *in vitro*.

²⁰¹ DICTIONNAIRE PERMANENT BIOÉTHIQUE ET BIOTECHNOLOGIES, *op. cit.*, note 34, n° 33 et s.

²⁰² COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *op. cit.*, note 3, p.596

Le CCNE, dans un avis du 24 juin 1991, a préconisé, eu égard à tous les risques encourus en cas de grossesses multiples, que ce nombre soit limité à trois. Les recommandations de l'Académie nationale de médecine en date du 13 février 1996 vont dans le même sens.

L'INSERM a quant à lui récemment insisté sur la nécessité de sensibiliser les médecins aux risques liés aux grossesses multiples ; en tout état de cause il est conseillé aux praticiens de la fécondation *in vitro* d'informer les couples sur les risques encourus et d'envisager avec eux le nombre d'embryons à transférer.

Au Québec il n'existe pas non plus de limite qui soit légalement marquée.

La Commission royale a toutefois recommandé

« qu'un maximum de trois zygotes soient transférés dans le cadre d'une FIV, et seulement après s'être assuré, au moyen d'un counseling approprié, que le couple est conscient du risque de donner naissance à des triplés et des conséquences que cela implique. La patiente devrait aussi donner son consentement par écrit dès que plus d'un zygote est transféré et recevoir l'assurance que trois zygotes au plus le seront. »^{202bis}

En dépit de toutes ces recommandations et de la sensibilisation du monde médical quant aux risques encourus par le transfert multiple, il semble qu'un certain acharnement procréatif soit de mise dans les cliniques pratiquant la fécondation *in vitro* en France comme au Québec.

De la sorte on peut craindre que dans la pratique les médecins implantent plus de trois embryons^{202ter}.

Pour l'heure, certaines cliniques, conscientes des risques impliquées par les grossesses multiples, proposent des réductions embryonnaires ou fœtales, consistant à supprimer certains embryons (ou fœtus) pour donner aux autres les meilleures chances de développement et de survie.

^{202bis} COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *op. cit.*, note 3, p.598

^{202ter} Ainsi, le centre de fertilité PROCREA affirme qu'un maximum de trois embryons sera implanté « pour les femmes de moins de quarante ans » (site internet de PROCREA, précité, note 60). Est-ce à dire que pour les femmes âgées de plus de quarante ans, la limite de trois embryons ne s'applique pas ?

Cependant cette technique soulève d'importants problèmes éthiques et comporte de graves risques, pouvant notamment entraîner un arrêt complet de la grossesse.

Certains soulignent en outre le désarroi dans lequel doivent se trouver les femmes qui, après avoir souffert de nombreuses années de leur stérilité et subi les procédures pénibles de la FIVETE, doivent se résoudre à une réduction du nombre des fœtus que la procréation assistée leur avait finalement permis de porter²⁰³.

C'est pourquoi en France comme au Québec, cette pratique est vivement désapprouvée. Le comité de travail québécois sur les nouvelles technologies de reproduction la condamne ainsi en 1988 à l'unanimité de ses membres²⁰⁴.

Il a été soutenu qu'en France la pratique de la réduction embryonnaire ou fœtale était interdite par la loi sur l'avortement. La loi dite « Veil » de 1975 n'autorise en effet la pratique de l'avortement que si certaines conditions sont remplies. La pratique de la réduction embryonnaire n'étant pas couverte, des poursuites pénales pourraient donc tout à fait être engagées contre ceux qui la pratiquent²⁰⁵.

Néanmoins de l'avis général il est affirmé que la réduction embryonnaire ne peut légitimement pas être assimilée à une interruption de grossesse au sens de la loi de 1975, puisque la grossesse continue pour certains embryons ou fœtus.

1.1.2 - Les variantes de la fécondation *in vitro*

A côté de la fécondation *in vitro* proprement dite se sont développées certaines variantes telles le GIFT (gamète intra-fallopian tranfer), le ZIFT (zygote intra-fallopian tranfer), la SUZI (subzonal insemination), l'ICSI (intracytoplasmic sperm injection)²⁰⁶.

²⁰³ D.J. ROY, J.R. WILLIAM, B. M. DICKENS, J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 51, p. 150

²⁰⁴ A. COSSETTE, *loc. cit.*, note 59, dans *op. cit.*, note 59, p. 327

²⁰⁵ D. VIGNEAU, *loc. cit.*, note 118, p. 65

²⁰⁶ Les définitions de ces techniques ont été empruntées au DICTIONNAIRE PERMANENT BIOETHIQUE ET BIOTECHNOLOGIES, *op. cit.*, note 34 n°26

Le GIFT, conçu initialement pour pallier certaines infertilités idiopathiques, consiste à prélever des gamètes et à les transférer à l'aide d'un cathéter dans les trompes de Fallope où doit se produire la fécondation.

Dans cette hypothèse la fécondation a donc lieu *in vivo*.

Cette technique suppose que les trompes soient parfaitement saines.

Le ZIFT est une fécondation *in vitro*, mais à la différence de la FIVETE classique, le transfert a lieu dans les trompes de Fallope. Cette technique suppose également que les trompes soient parfaitement saines.

Le SUZI a été conçu pour permettre une fécondation *in vitro* avec du sperme peu fécondant, et ce afin d'éviter dans la mesure du possible le recours à un tiers donneur.

La technique consiste à injecter des spermatozoïdes dans la zone pellucide au contact de la membrane de l'ovocyte.

Enfin l'ICSI a été développée pour pallier les stérilités masculines les plus sévères et, ce faisant, éviter le recours au tiers donneur.

Elle consiste en l'injection d'un spermatozoïde dans l'ovocyte, par effraction de la membrane plasmique de ce dernier.

Toutes ces techniques, malgré les avantages qu'elles présentent, sont néanmoins expérimentales et comportent des risques à ce jour encore inconnus pour la santé et la sécurité tant de la femme que de l'enfant à naître.

N'étant cependant interdites expressément ni au Québec, ni en France, elles sont susceptibles d'être appliquées à l'être humain en toute légalité.

Ainsi des techniques comme la SUZI et l'ICSI ont été appliquées en France malgré une expérimentation insuffisante chez les animaux.

Ces applications ont d'ailleurs suscité les plus grandes réserves de la part de l'ordre des médecins, du CCNE²⁰⁷, et récemment de l'Académie nationale de médecine s'agissant plus particulièrement de l'ICSI.

Toutes ces inquiétudes ont débouché en France sur l'adoption d'un arrêté ministériel en date du 12 janvier 1999 « relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques en assistance médicale à la procréation » aux termes duquel l'ICSI doit être réservé « à des cas où la fécondation par les techniques conventionnelles est impossible ou a de faibles chances de réussite ». Les centres de procréation sont donc invités à n'utiliser la technique que dans des cas exceptionnels, dans l'hypothèse où soit une fécondation *in vitro* classique, soit une insémination hétérologue, n'est pas envisageable.

Malheureusement les soupçons relatifs aux conséquences néfastes de l'ICSI ont récemment été confirmés. Des travaux expérimentaux sur le singe rhésus ont conduit des chercheurs à émettre l'hypothèse que la technique pourrait être à l'origine de malformations chromosomiques chez les enfants conçus selon cette méthode²⁰⁸.

En l'absence de réglementation prohibitive quant à l'utilisation de nouvelles techniques, il est malheureusement patent que certains médecins sont tentés d'utiliser des femmes et enfants comme véritables cobayes humains.

En application du principe de précaution, le monde médical devrait cependant tout au contraire s'interdire d'utiliser une technique non encore éprouvée, et ce par souci de respecter l'intégrité et la dignité de l'espèce humaine.

²⁰⁷ CCNE, *op. cit.*, note 2

²⁰⁸ « L'innocuité d'une technique de procréation assistée mise en doute », Journal Le Monde, mercredi 31 mai 1999

1.2 - les destinataires

Au Québec où aucune règle générale ne fixe de restriction relative aux destinataires de l'assistance médicale à la procréation, les médecins ont en principe une totale liberté de fournir les NTR à qui le réclame.

Ce pouvoir absolu des médecins de faire naître des enfants dans des structures familiales non traditionnelles est très vivement critiqué.

Une auteure s'interroge ainsi sur la responsabilité du médecin à l'égard de l'enfant qu'il fait naître volontairement sans père ou mère,

« entraînant ainsi pour lui un préjudice matériel et moral considérable en le privant, en droit, de sa double filiation et de ses droits patrimoniaux et extra-patrimoniaux qui en découlent (identité, éducation, entretien, succession) et, en fait, de l'affection et de la présence de l'un de ses parents, de la connaissance de ses origines, de son inscription dans une double généalogie, et de son insertion dans un double réseau familial »²⁰⁹.

Logiquement selon l'auteure, c'est le médecin qui a fait l'enfant sans père et sans mère qui devrait le dédommager du préjudice qu'il lui a causé sans justification. Il n'est pas impensable selon elle que l'enfant puisse lui réclamer des dommages-intérêts, à défaut de précisions claires sur ce que la loi autorise le médecin à faire. Cette prise de position volontairement provocatrice questionne néanmoins, sous l'angle de la dialectique pouvoir-responsabilité, la légitimité de laisser les médecins libres d'inventer de nouvelles structures parentales et, ce faisant, d'opérer de véritables choix de société.

Ce pouvoir excessif des médecins est par ailleurs fortement dénoncé notamment en ce qu'il révèle une certaine déresponsabilisation de la société qui s'abstient de fixer des limites à l'accès aux NTR par la voie législative. Ainsi, ne pas légiférer,

« c'est faire du médecin un simple prestataire de service qui répond à chaque demande individuelle et contribue à développer une société incohérente où l'enfant devient un objet de consommation »²¹⁰.

²⁰⁹ M-T. MEULDERS-KLEIN, *loc. cit.*, note 77

²¹⁰ Jean-François MATTEI, « Le rôle de la législation nationale », dans *op. cit.*, note 44, p.490

Par contraste, les établissements français d'assistance médicale à la procréation voient leur pouvoir limité et encadré par la loi depuis la réforme de 1994.

Ainsi aux termes de l'article 17 du code de déontologie médicale, les médecins ne peuvent « pratiquer un acte d'assistance médicale à la procréation que dans les cas et les conditions prévues par la loi. »²¹¹

Nous avons vu déjà que conformément à l'article L. 152-2 du code de la santé publique, l'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple formé d'un homme et d'une femme, vivants et consentants, en âge de procréer, mariés ou concubins depuis deux ans au moins, afin de pallier une infertilité pathologique diagnostiquée ou pour éviter la transmission à l'enfant d'une maladie d'une particulière gravité.

Le fait de procéder à des activités d'assistance médicale à la procréation à des fins autres que celles définies à l'article L. 152-2 du code de la santé publique est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 F d'amende. En outre, « l'insémination artificielle par sperme frais ou mélange de sperme provenant de dons » est passible d'une peine de deux ans d'emprisonnement et 200 000F d'amende²¹².

Les médecins doivent donc respecter scrupuleusement les dispositions légales sous peine de se voir infliger de lourdes sanctions pénales.

Cela dit, toutes les infractions mentionnées sont intentionnelles, ce qui signifie, d'après la Cour de cassation, qu'il faut constater « la violation en connaissance de cause d'une prescription légale »²¹³.

De plus, les établissements agréés pour pratiquer les actes d'assistance médicale à la procréation doivent établir un rapport annuel d'activité qui permettra une évaluation de leur fonctionnement²¹⁴. Une procédure de retrait d'agrément est prévue à l'encontre des

²¹¹ Code de déontologie médicale, précité, note 148

²¹² article. L.152-14 du code de la santé publique; articles 511-24 et 511-12 du nouveau code pénal

²¹³ Crim, 25 mai 1994, Bull crim n° 203

²¹⁴ L'agrément est donné aux établissements et aux praticiens sur proposition de la Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal (articles L. 152-9 et L. 184-1 à L. 184-3 du code de la santé publique)

établissements et praticiens, pour sanctionner toute pratique de fourniture de NTR au mépris des conditions légales²¹⁵.

Alors qu'au Québec le corps médical a *a priori* toute liberté de fournir des NTR à n'importe quel demandeur, en France les établissements ne semblent disposer d'aucun pouvoir et doivent se contenter de mettre en œuvre l'assistance médicale à la procréation si les conditions légales sont réunies.

Cette opposition radicale entre les deux pays doit cependant être tempérée pour différentes raisons.

Tout d'abord, il n'est pas certain que la liberté des médecins québécois de répondre positivement à toutes les demandes de NTR soit totale.

A cet égard, il est intéressant de constater que depuis une quinzaine d'années on assiste dans les hôpitaux à la création spontanée de comités d'éthique clinique qui ont notamment pour rôle d'établir des lignes directrices relatives à l'accès aux NTR.

Ce phénomène d'autoréglementation du corps médical aboutit dans une certaine mesure à restreindre la liberté des médecins de répondre systématiquement à toute demande de NTR.

Certes les normes édictées spontanément par ces comités ont une force contraignante moins grande que ne peut l'avoir une règle étatique.

Néanmoins, ces normes sont dans l'ensemble bien respectées, et une approche plus élargie de la notion de droit permet de considérer cette activité autorégulatrice comme relevant de la sphère juridique²¹⁶.

Ensuite s'agissant de la France, il semble qu'en dépit du strict encadrement légal des finalités de l'assistance médicale à la procréation, les médecins conservent aujourd'hui un énorme pouvoir dans le processus de l'accès aux NTR.

²¹⁵ articles L. 184-6 et R. 152-9-7 du code de la santé publique.

²¹⁶ Guy ROCHER, « Pour une sociologie des ordres juridiques », *Les Cahiers du Droit*, vol. 29, n°1, mars 1988, p.91-120.

Loin de n'être que de simples exécutants chargés seulement de fournir les NTR lorsque les conditions légales sont réunies, ils possèdent un large pouvoir, puisqu'il leur échet de contrôler que jusqu'à la mise en œuvre de l'assistance à la procréation, les destinataires remplissent toujours les conditions légales.

L'article L. 152-10 al 6 dispose en effet que « L'assistance médicale à la procréation ne peut être mise en œuvre par le médecin lorsque les demandeurs ne remplissent pas les conditions prévues par le présent chapitre... »

De l'avis général de la doctrine, le terme « mise en œuvre » désigne la date de la réalisation de l'acte ultime de procréation, c'est-à-dire le transfert d'embryon en cas de fécondation *in vitro*, ou l'acte d'insémination artificielle.

En conséquence, il appartient à l'autorité médicale de vérifier jusqu'au dernier moment que les conditions légales d'accès sont réunies²¹⁷.

Or certains auteurs doutent que l'autorité médicale soit la mieux placée pour exercer ce contrôle du respect des conditions légales.

En effet certaines conditions peuvent susciter des difficultés d'ordre juridique et les médecins n'ont pas compétence pour les résoudre.

Tel est le cas par exemple de la condition du maintien de la communauté de vie.

Certains auteurs pensent que cette condition ne s'applique qu'aux concubins à l'exception des époux²¹⁸ ; d'autres considèrent au contraire que cette condition est commune aux époux et concubins²¹⁹.

²¹⁷ Ce contrôle est confié conjointement à l'équipe médicale pluridisciplinaire mise en place dans chaque établissement habilité à procéder à des assistances médicales à la procréation (art L. 152-10 al 1 code de la santé publique) et aux praticiens agréés dans ces établissements (art L. 152-9 code de la santé publique).

²¹⁸ Patrick DEMAY DE GOUSTINE, « Procréation médicalement assistée et pouvoir médical » (janv.-mars 1996), *Revue de droit sanitaire et social* 32 (1).

²¹⁹ G. CORNU, *op. cit.*, note 92, p 404; Jean MASSIP, « L'insertion dans le code civil de dispositions relatives au corps humain, à l'identification génétique et à la procréation médicalement assistée », (1995) *Defrénois*, art 35975, p.65. Selon ces auteurs, l'idée force de la loi est en effet que la procréation médicalement assistée ne peut s'appuyer que sur un couple, assise qui s'effondre dans la séparation de fait.

En conséquence, l'appréciation de notions juridiques comme celle de communauté de vie dépassant le cadre de la compétence normale des médecins, le contrôle du respect des conditions légales risque d'être superficiel en pratique.

De plus, certaines conditions légales se prêtent à une interprétation très extensive, comme les concepts « d'infécondité pathologique » ou de « maladie transmissible d'une particulière gravité ».

Pour trancher ce genre de difficulté, il serait préférable que le juge intervienne et se prononce lui-même. Mais l'autorité judiciaire n'intervient pas pour vérifier le respect des conditions légales, ce pouvoir étant confié à la seule autorité médicale²²⁰.

Dans ces conditions, certains craignent que l'autorité médicale, procédant à une interprétation laxiste de ces notions, appliquent largement les NTR.

En définitive, des auteurs dénoncent l'existence d'un tel pouvoir de contrôle entre les mains du corps médical, puisque ce pouvoir entraînera nécessairement une extension du champ d'application des NTR, risquant de banaliser le recours à la pratique, au mépris de l'esprit de loi de 1994²²¹.

En dépit des apparences, il semble qu'au Québec l'absence de loi tellement dénoncée n'implique pas nécessairement que le pouvoir médical va s'exercer dans tout son absolutisme et permettre de faire naître des enfants dans n'importe quelle forme familiale. Le développement de codes d'éthique dans les hôpitaux révèle une volonté du corps médical de s'autolimiter, et n'est d'ailleurs pas sans rappeler la réglementation développée par les CECOS en France avant l'adoption des lois « bioéthique »^{221bis}.

²²⁰ A l'exception toutefois de la procédure particulière de l'accueil d'embryon où le juge doit vérifier que les conditions exigées par la loi sont remplies (article L.152-5 du code de la santé publique).

²²¹ P. DEMAY DE GOUSTINE, *loc. cit.*, note 218

^{221bis} Le développement des codes d'éthique dans les établissements hospitaliers du Québec répond à l'exigence formulée par la *Loi sur les services de santé et les services sociaux* (précitée, note 62) dont l'article 233 prévoit: "Tout établissement doit se doter d'un code d'éthique qui indique les droits des usagers

Il ne faudrait d'ailleurs pas voir dans la loi une solution miracle permettant d'anéantir le pouvoir des médecins dans le processus d'accès aux NTR. En France, il est ainsi notable que la loi a de façon maladroite confié un immense pouvoir de contrôle aux médecins chargés de mettre en œuvre l'assistance médicale à la procréation.

2 – LA LIBERTÉ DE NE PAS FOURNIR LES NTR

La question de la marge de manœuvre dont dispose le corps médical pour refuser l'accès aux NTR se pose évidemment au Québec où il n'existe pas d'encadrement législatif de la pratique. Mais cette question se pose également aujourd'hui en France avec une acuité particulière, et ce malgré l'intervention législative de 1994.

Néanmoins dans les deux pays la problématique est posée de façon différente.

Au Québec, il s'agit de savoir si, alors qu'aucune interdiction n'est formulée en droit, le médecin peut par lui-même refuser de pratiquer l'acte demandé.

En France, on s'interroge aujourd'hui sur la marge de liberté laissée aux médecins pour refuser des patients qui correspondraient aux conditions légales mais qu'ils ne souhaiteraient pas prendre en charge pour des raisons de conviction personnelle ou dans l'intérêt de l'enfant à naître.

Nous allons voir que dans les deux pays la liberté pour les médecins de refuser de fournir les NTR paraît très grande. On s'interrogera ensuite sur la légitimité d'un tel droit.

et les pratiques et conduites attendues des employés, des stagiaires, y compris des résidents en médecine, et des personnes qui exercent leur profession dans un centre exploité par l'établissement à l'endroit des usagers. L'article 619-15 de la même loi précise en outre que " Tout établissement doit s'être doté d'un code d'éthique conforme à l'article 233 et être en mesure d'en remettre un exemplaire à tout usager qu'il héberge ou qui lui en fait la demande (...)".

2.1 - Le droit de refus

Au Québec, en l'absence de critères d'accès définis par le droit, la liberté du médecin paraît *quasi* absolue.

Le droit de refus résulte en effet de la clause de conscience dont dispose tout médecin. Certes, tout patient a en principe le droit de recevoir les soins requis par son état de santé, ce qui implique pour le médecin une obligation de soigner d'origine à la fois légale²²² et déontologique²²³.

Cependant il résulte également de la loi ainsi que de la déontologie médicale que le médecin a toujours le droit de refuser de traiter un patient²²⁴.

Ainsi la loi sur la santé et les services sociaux, affirme que si le patient peut en principe choisir son médecin, il ne peut obliger celui-ci à répondre à sa demande^{224bis}.

La situation est la même à cet égard à l'hôpital ou en cabinet privé.

La clause de conscience du médecin résulte non seulement de la liberté de conscience dont dispose chaque personne en vertu de la Charte québécoise²²⁵, mais encore plus spécifiquement du code de déontologie médicale²²⁶.

Certes cette liberté n'est pas absolue, car si le médecin n'est pas tenu de justifier son refus, il ne peut cependant se fonder sur des motifs discriminatoires²²⁷.

²²² articles 5 et 7 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, précitée, note 62

²²³ article 2.02.01 du code de déontologie des médecins, précité, note 148

²²⁴ P. LESAGE-JARJOURA, J. LESSARD, S. PHILIPS-NOOTENS, *op. cit.*, note 153, p. 15; C. TELLIER, *loc. cit.*, note 64, dans *op. cit.*, note 44, p.423

^{224bis} article 6 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux* (précitée, note 62), qui dispose: "Toute personne a le droit de choisir le professionnel ou l'établissement duquel elle désire recevoir des services de santé ou des services sociaux. Rien dans la présente loi ne limite la liberté qu'a un professionnel d'accepter ou non de traiter une personne."

²²⁵ Charte québécoise des droits et libertés de la personne, précitée, note 63, article 3: « toute personne est titulaire des libertés fondamentales, telles la liberté de conscience, la liberté de religion, la liberté d'opinion, la liberté d'expression, la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association. »

²²⁶ Code de déontologie des médecins, précité, note 148, article 2.03.06 : « Le médecin doit informer son patient de ses convictions morales ou religieuses pouvant l'empêcher de lui recommander ou de lui administrer une forme de traitement qui pourrait être approprié et l'aviser des conséquences possibles de l'absence de ce traitement »

²²⁷ La Charte des droits et libertés de la personne interdit la discrimination fondée sur l'état civil, l'orientation sexuelle ou encore l'âge (article 10). L'article 2.03.05 du code de déontologie des médecins y

Il reste qu'invoquant sa clause de conscience et mettant ainsi en avant sa propre conception de l'intérêt de l'enfant, le médecin reste alors totalement libre de refuser de fournir des NTR aux personnes qui selon lui ne seront pas en mesure d'assurer un environnement des plus favorables à l'enfant.

En vertu de sa clause de conscience, le médecin se voit ainsi transformé en véritable testeur de la capacité parentale lorsqu'il est confronté à une demande de NTR.

En France où une loi définit les conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation, on pourrait penser que les choses sont beaucoup plus simples pour le médecin.

Celui-ci serait seulement chargé de vérifier si les conditions légales sont réunies et si tel est le cas, il serait contraint de mettre en œuvre l'assistance à la procréation sans disposer d'aucun pouvoir d'appréciation.

La loi de 1994 ne laisserait dans ces conditions aucune place à la liberté du médecin de refuser discrétionnairement de fournir des NTR.

En réalité la situation est loin d'être aussi simple.

En effet derrière un encadrement apparemment strict du pouvoir médical, la loi a aménagé des espaces de liberté immenses permettant à l'autorité médicale d'exercer un véritable contrôle d'opportunité alors même que les conditions légales sont remplies, instaurant ainsi un droit de refus discrétionnaire.

Ainsi l'article L. 152-10 alinéa 2 du code de la santé publique prévoit que l'autorité médicale doit « vérifier la motivation de l'homme et la femme formant le couple ».

Il s'agit là d'un véritable contrôle de la réalité du consentement de chacun des membres du couple qui conduit nécessairement à un contrôle d'opportunité, pouvant justifier un refus de mettre en œuvre l'assistance à la procréation²²⁸. L'équipe médicale pourrait ainsi tout à fait décider que les membres du couple ne sont pas assez motivés et refuser sur ce fondement la fourniture de NTR.

ajoute les seuls motifs de mœurs, de convictions politique ou de langue et depuis 1994, de la nature de la maladie.

²²⁸ P. DEMAY DE GOUSTINE, *loc. cit.*, note 218.

De surcroît, en vertu de l'article L. 152-2 alinéa 6 du code de la santé publique, le praticien peut imposer au couple un délai supplémentaire de réflexion « dans l'intérêt de l'enfant à naître ».

Or ce délai peut parfaitement masquer un refus de fournir les NTR, puisque le médecin en apprécie librement la durée. De fait la durée de ce délai supplémentaire de réflexion n'ayant pas été déterminée par le législateur, rien n'empêche le médecin de fixer des délais dissuasifs pour refuser de donner suite à une demande.

Par ailleurs, la disposition suggère que l'équipe médicale doit se livrer à une appréciation de l'intérêt de l'enfant à naître, ce qui laisse imaginer l'étendue immense de son pouvoir.

On voit donc que si au Québec, en l'absence d'encadrement législatif, le pouvoir médical de refuser la fourniture de NTR est immense, en France l'intervention de la loi n'a pas mis fin à ce pouvoir, et au contraire lui donne une véritable assise.

2.2 - la légitimité du droit de refus

En France comme au Québec la légitimité du droit de refus des médecins est mise en cause.

Au Québec, l'immense pouvoir médical de refuser l'accès aux NTR est critiqué dans la mesure où le médecin n'a pas compétence pour faire ce qui est un véritable choix de société.

Le médecin se voit confier l'écrasante responsabilité d'apprécier, selon ses propres valeurs, la capacité des personnes ou des couples à être parents. A ce titre, les centres fournissant les NTR soumettent les personnes ou couples à de véritables examens psychologiques pour contrôler leur motivation, au prix d'une immixtion certaine dans la vie privée des demandeurs.

Il est fortement dénoncé que ce rôle accru du médecin traduit une déresponsabilisation de la société qui s'abstient d'intervenir en déléguant implicitement ses responsabilités au corps médical.

En définitive, il existe une demande de plus en plus pressante pour que le législateur intervienne et fixe lui-même les critères de l'accès.

Ainsi, selon Jean-François Mattéi,

« En l'absence de cadre législatif, [le médecin] peut (...) apprécier la demande pour répondre oui ou non selon les cas. A quel titre ? Nos études et nos connaissances en médecine ne nous préparent pas à ce style de comportement ! ... Les médecins ont besoin que la société leur précise quelle est la limite de la légitimité de l'acte médical. Ce n'est pas le rôle des médecins de choisir dans quelle société nous voulons vivre, ce problème est du ressort des politiques. Ne pas légiférer, c'est accepter une véritable confusion des genres. »²²⁹

En France, cette intervention législative a eu lieu, et pourtant on constate que la loi n'a en aucun cas mis fin au pouvoir médical. Bien au contraire, il semble que la loi, ainsi que nous l'avons étudié, a donné une assise au pouvoir des médecins.

Si, selon certains, le refus opposé par l'équipe médicale est légitime car il procéderait d'une clause de conscience implicite résultant de l'organisation générale de la profession médicale et de sa déontologie, d'autres font valoir qu'au contraire un tel refus est constitutif d'un abus de pouvoir.

Ainsi, d'après Brigitte Feuillet-Le Mintier

« A partir du moment où les conditions prévues par la loi sont remplies et où l'assistance est possible médicalement, le médecin doit donner son aide. A défaut, il abuserait des pouvoirs qui lui sont reconnus par la loi. Il y a pourtant lieu de craindre que peu de couples ayant fait l'objet d'un refus s'engagent dans une voie contentieuse. Cela démontre l'existence d'un « pouvoir médical de fait » qui peut porter atteinte aux droits fondamentaux de l'individu. Cette prérogative nous paraît contraire à l'esprit même de l'assistance médicale à la procréation qui repose sur l'aptitude à être parents des couples visés par la loi. »²³⁰

²²⁹ J.-F. MATTÉI, *loc. cit.*, note 210, dans *op. cit.*, note 44, p.491

²³⁰ B. FEUILLET-LE MINTIER, *loc. cit.*, note 96, dans *op. cit.*, note 96, p. 82

Même si ce pouvoir médical de fait peut paraître contraire à l'esprit de la loi, il reste que c'est cette même loi qui a donné un fondement à ce pouvoir.

Certains auteurs critiquent à ce titre la disposition voulant que la notion d'intérêt de l'enfant soit laissée à libre appréciation du corps médical.

Ainsi Dominique Thouvenin se demande :

« Est-il bien pertinent de donner aux médecins un pouvoir d'appréciation à propos de l'intérêt de l'enfant ? Un tel rôle relève-t-il de leurs fonctions? »²³¹

De même, Jean Massip émet des doutes sur « ...la constitutionnalité d'une telle disposition qui donne à une équipe médicale le pouvoir d'apprécier l'intérêt de l'enfant et de bloquer la demande parentale, le délai de réflexion pouvant, semble-t-il, être renouvelé ».

Il est en effet pour le moins douteux que le médecin soit véritablement en mesure de se prononcer en la matière. D'ailleurs, c'est pour retirer au médecin un tel pouvoir que le législateur s'est cru obligé d'intervenir en 1994.

Certes, la présence d'un psychiatre ou psychologue permet à l'équipe d'apprécier suffisamment les aspects psychologiques, familiaux et éducatifs d'un projet parental.

Mais la présence de ce spécialiste n'est obligatoire que dans le cas particulier de la procréation exogène²³². Dans les autres situations, il n'est pas du tout certain que les médecins soient à même de se prononcer.

D'autres auteurs s'insurgent contre le devoir des médecins français de « vérifier la motivation de l'homme et de la femme ». Cette disposition implique en effet un risque d'immixtion du médecin dans la vie privée des demandeurs, dans la mesure où le couple entretient avec le médecin une relation de dépendance²³³.

²³¹ Dominique. THOUVENIN, (1995) *Actualité législative Dalloz*, pp 149, 159, 179

²³² Article R. 673-5-6 code de la santé publique

²³³ P. DEMAY DE GOUSTINE, *loc. cit.*, note 218

Or si de telles immixtions sont commises, les demandeurs risquent de se trouver sans possibilité de faire valoir leur droit au respect de la vie privée.

Enfin, il sera très difficile pour les demandeurs de parer un tel pouvoir puisque la possibilité d'exercer des recours contre toute décision s'opposant à l'obtention d'un enfant ou la fixation d'un délai de réflexion n'est pas prévue.

En pratique, la réaction des demandeurs déçus ne consistera pas en un recours devant la justice mais se traduira par des démarches devant d'autres établissements d'assistance médicale à la procréation.

En définitive, certains auteurs suggèrent que les pouvoirs détenus par l'autorité médicale soient confiés au juge qui, de par sa fonction, sera plus à même d'apprécier l'intérêt de l'enfant, et partant de protéger les droits des demandeurs à l'assistance médicale à la procréation²³⁴. Le juge, en tant que garant des libertés fondamentales, pourra effectivement parer à toute tentative d'immixtion injustifiée dans la vie privée des demandeurs à l'assistance médicale à la procréation, et déterminer au cas par cas si les droits fondamentaux de l'enfant à naître ne seront pas menacés dans la structure familiale d'accueil. Certes, il peut être à craindre que le juge à qui l'on confie un tel pouvoir soit susceptible de céder à la tentation de faire primer ses convictions personnelles lorsqu'il s'agit d'apprécier une notion aux contours aussi imprécis que celle de "l'intérêt de l'enfant". Mais l'on peut espérer que les magistrats, guidés par le souci de garantir les libertés fondamentales des individus, s'efforceront d'utiliser leurs pouvoirs avec toute la sagesse et l'objectivité qu'impose leur mission.

²³⁴ Tel est déjà le cas en matière de don d'embryons, où en vertu de l'article L.152-5 du code de la santé publique le juge, saisi par la demande conjointe des membres du couple d'accueil, reçoit leur consentement et exerce tout à la fois, un contrôle de légalité et un contrôle d'opportunité : il vérifie que les conditions légales de l'accueil sont remplies et que celui-ci est conforme à l'intérêt de l'enfant : « le juge ... fait procéder à toutes investigations permettant d'apprécier les conditions d'accueil que ce couple est susceptible d'offrir à l'enfant à naître sur les plans familial, éducatif et psychologique »

De cette façon,

« La parenté « médicalement assistée », judiciairement contrôlée, permettra de lier le bonheur (ou au moins le bien-être) de l'enfant, fin ultime d'une société responsable, avec ce souhait, ce rêve ou cette espérance d'enfant si profondément vécus par les couples « en manque » d'enfant. »²³⁵

Ces derniers développements doivent nous amener à conclure à une nécessaire désacralisation du rôle du droit étatique. La loi n'est certainement pas une solution miracle à tous les problèmes sociaux.

Si la France est en avance sur le Québec en matière d'intervention législative, force est de constater que la loi française comporte de nombreuses imperfections et n'a notamment pas mis fin à l'immense pouvoir médical. Bien au contraire, ce pouvoir semble être aujourd'hui reconduit et renforcé, car il est consacré par la loi et bénéficie de sa légitimité.

Certes, le Québec sera amené à prendre ses responsabilités et devra nécessairement opter pour la voie législative. Mais l'exemple français aboutit à mettre en garde contre toute réglementation hâtive. Dans ce domaine très sensible qui met en jeu des problèmes de société essentiels, il importe d'être prudent et il nous semble que le Québec et plus largement le Canada, en s'engageant dans une réflexion d'ensemble et cherchant à réunir un consensus national avant de légiférer, a opté pour la bonne solution.

Comme l'a fait remarquer Jean-Louis Baudouin, ce n'est qu'à ce prix que la loi pourra prétendre à l'effectivité et l'efficacité²³⁶.

²³⁵ B. FEUILLET-LE MINTIER, *loc. cit.*, note 96, dans *op. cit.*, note 96, p. 84. Encore faudrait-il, dans cette perspective, exiger des juges qu'ils soient spécialisés sur ces questions.

²³⁶ J.-L. BAUDOIN, *loc. cit.*, note 44, dans *op. cit.*, note 44. Selon l'auteur, la loi doit réunir deux qualités pour pouvoir être effective et efficace : elle doit être en phase avec les croyances profondes de la population, et elle doit revêtir une certaine stabilité idéologique.

CONCLUSION

Que ce soit en France ou au Québec, le droit appréhende la question de l'accès aux NTR en termes de limites.

Ainsi certaines pratiques sont en elles-mêmes proscrites parce qu'elles comportent des risques d'atteinte à la dignité humaine que les sociétés française et québécoise ne tolèrent pas.

Pour autant, les techniques non proscrites ne sauraient être accessibles sans conditions.

Les ressources de santé étant limitées, des indications médicales apparaissent dès lors justifiées pour restreindre l'accès à ces techniques onéreuses.

Pareillement, la prise en compte de l'intérêt de l'enfant a entraîné l'établissement de critères relatifs à la structure de la parenté.

Dans les deux sociétés, on voit d'ailleurs poindre l'idée majeure selon laquelle l'intérêt de l'enfant est d'être élevé au sein d'un couple hétérosexuel stable.

Les familles non traditionnelles, monoparentales ou homoparentales, sont loin d'être reconnues dans les deux sociétés.

La loi française a fixé des critères qu'elle n'est semble-t-il pas prête à remettre en cause, à en croire les récents propos tenus par le CCNE.

Au Québec, il apparaît qu'en l'absence de loi, la discussion est plus largement ouverte relativement à l'accession de modèles familiaux inédits à la parenté.

Notamment, le fait que des principes larges comme le droit à la non discrimination, soient consacrés dans des textes invocables devant les juridictions internes – ce qui n'est

pas le cas en France- permet une jurisfondamentalisation du débat, et par voie de conséquence d'exprimer en terme de droit la question de l'accès aux NTR.

Cette jurisfondamentalisation nous semble opportune car elle incite à une tentative de rééquilibrage des positions entre d'un côté l'intérêt de l'enfant, et de l'autre la revendication d'un droit d'accès aux NTR.

Au contraire en France où les contempteurs des NTR ne peuvent s'appuyer sur des principes juridiques pour revendiquer un tel droit d'accès, la position tenue est beaucoup plus rigide, et l'on a tendance à se réclamer trop facilement de l'intérêt de l'enfant pour justifier une restriction de l'accès aux seules familles traditionnelles.

Cela dit, tout choix formulé en matière de NTR n'est jamais définitif, ce qui est interdit aujourd'hui étant susceptible d'être autorisé demain²³⁷. Ainsi Jean Hauser écrit :

« L'ouverture de l'assistance médicale à la simple convenance constituerait une révolution « copernicienne ». Est-ce inconcevable ? On ne saurait oublier que les relations entre la procréation naturelle et l'adoption se sont tout d'abord organisées comme ça : adoption seulement en l'absence d'enfants légitimes et seulement par un couple. Les deux conditions ont disparu ... On peut avoir demain, des assistances procréatives pour une personne seule puis pour des couples non infertiles puis l'admission des mères porteuses de convenance, etc. Ce ne serait pas plus extraordinaire et invraisemblable que l'admission progressive de la contraception et du contrôle des naissances,... nous serions alors en présence d'une liberté reconstruite par les soins de la science qui banaliserait complètement la question de la reproduction humaine »²³⁸

A côté des limites à l'accès formulées par le droit, on observe qu'une marge de liberté très importante est laissée aux destinataires ainsi qu'aux fournisseurs des NTR.

²³⁷ A cet égard, le CCNE a affirmé à propos de l'article 21 de la loi de 1994 qui prévoit la rediscussion de la loi dans les 5 ans de son adoption : « cette disposition est opportunément inspirée du constat que le soubassement scientifique de cette loi est par nature en constante évolution et qu'il convient de se pencher sur les incidences éventuelles de ce mouvement sur l'état du droit » (DICTIONNAIRE PERMANENT BIOETHIQUE ET BIOTECHNOLOGIES, bulletin n°69).

²³⁸ J. HAUSER, *loc. cit.*, note 134, dans *op. cit.*, note 34, p.30

S'agissant des couples ou personnes demandeuses, la France comme le Québec s'attachent à préserver leur liberté décisionnelle par l'exigence du consentement libre et éclairé.

La loi française a consacré cette exigence expressément par des dispositions détaillées figurant dans les lois « bioéthique » de 1994. Au Québec, il n'existe certes pas de disposition spécifique mais la référence aux principes et règles de droit existants permet de sauvegarder quasiment aussi bien l'autonomie décisionnelle des personnes sur le point de se soumettre à procréation médicalement assistée.

La liberté du corps médical qui fournit les NTR s'exprime quant à elle sous la forme d'un pouvoir qui est vu d'un très mauvais œil, en tant qu'il est susceptible de constituer une menace pour les droits fondamentaux des individus.

Au Québec, en l'absence de loi fixant les critères d'accès aux NTR, c'est le médecin qui décide seul si un candidat est ou non éligible à la parenté.

Le médecin se voit ainsi transformé en sélectionneur et testeur de la capacité parentale, ce qui suscite de vives critiques.

En effet, d'une part le médecin sort ainsi de son rôle de guérisseur et d'assistance à l'homme souffrant, et d'autre part il est amené à faire un véritable choix de société en lieu et place de la collectivité.

Pour réduire cet immense pouvoir médical, des voix de plus en plus fortes se font entendre pour que l'Etat prenne ses responsabilités en adoptant une loi qui établirait les critères d'accès^{238bis}.

A cet égard, la France pourrait faire figure d'exemple puisqu'elle s'est dotée d'une telle loi. Or contre toute attente, le pouvoir médical ne s'en est pas trouvé diminué mais au contraire dans une certaine mesure renforcé. De plus les nouveaux pouvoirs conférés à l'autorité médicale puisent désormais leur légitimité dans la loi. C'est dire que la loi française a involontairement investi le corps médical de la responsabilité de faire des choix de société....

^{238bis} Voir par exemple B. M. KNOPPERS, *loc. cit.*, note 145bis, dans *op. cit.*, note 59

En définitive, il est, certes, nécessaire qu'une telle discipline aux implications sociales si importantes soit régie non par l'autoréglementation mais par une loi.

Le Québec doit ainsi poursuivre selon nous ses efforts dans l'optique d'une prochaine intervention législative.

Néanmoins, l'exemple français montre que toute réglementation hâtive, si elle apaise momentanément les esprits inquiets, n'est pas forcément des plus judicieuses.

Il semble donc beaucoup plus opportun que le Québec poursuive sa réflexion d'ensemble et tente d'éviter les erreurs commises en France avant de s'engager dans la voie législative.

Nous terminerons en citant les propos tenus par Jean-Louis Baudouin :

« Je crois qu'il ne faut pas regarder la science, la médecine et la technologie comme des ennemies parce qu'elles nous interpellent et bouleversent nos schémas traditionnels de pensée. Nous devons, au contraire, les voir comme des sources d'un plus grand épanouissement de la personne humaine, dans la mesure où elles ne connaissent pas un développement anarchique, mais au contraire, conditionné par le droit et la réalité sociale. »²³⁹

²³⁹ J.-L. BAUDOIN, *loc. cit.*, note 44, dans *op. cit.*, note 44, p. 521.

BIBLIOGRAPHIE

*** OUVRAGES GENERAUX**

- BAUDOUIN J.-L. et S. LEBRIS, Droits de la personne : les bio-droits. Aspects nord-américains et européens; Éditions Yvon Blais, 1996
- BAUDOUIN J.-L. et C. LABRUSSE-RIOU, Produire l'homme: de quel droit? Étude juridique et éthique des procréations artificielles, Collection Les voies du droit, P.U.F., 1987
- BERNARD J., De la biologie à l'éthique, Éditions Buchet/Chastel, 1990
- BERNARDOT A. et R.P. KOURI, La responsabilité civile médicale, Sherbrooke, Éditions Revue de droit université de Sherbrooke, 1980
- BYK C., Procréation artificielle, où en sont l'éthique et le droit?, Médecine et société, n°143, Éditions Alexandre Lacassagne - Lyon, 1989
- COMITE CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTE, La Documentation Française, 1984
- COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, Rapport final de la Commission royale sur les nouvelles technologies de reproduction, Un virage à prendre en douceur, Tomes I et II, 1993

- COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, Les aspects juridiques liés aux nouvelles techniques de reproduction, volume 3 des volumes de recherches, 1993

- CONSEIL ECONOMIQUE ET SOCIAL, Les droits de la personnes malade, rapport de Claude Evin, Direction des J.O., 1996

- CONSEIL D'ETAT, SECTION DU RAPPORT ET DES ETUDES, Sciences de la vie: De l'éthique au droit; La documentation française, 1988

- CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, La procréation médicalement assistée : une pratique à encadrer, Avis du Conseil du Statut de la femme, Jacqueline Ramoisy, Publication du CSF, novembre 1996

- CORNU G., Droit civil, la famille, Éditions, 1994

- CORPORATION PROFESSIONNELLE DES MEDECINS DU QUEBEC, Le consentement, Publication de la Corporation professionnelle des médecins, Montréal, 1985

- DICTIONNAIRE PERMANENT BIOETHIQUE ET BIOTECHNOLOGIES

- FEUILLET-LEMINTIER B. (dir.), L'embryon humain – Approche multidisciplinaire, Paris, Éditions Economica, 1996

- GASCON S., L'utilisation médicale et la commercialisation du corps humain, sous la direction de J.-L. BAUDOIN, Éditions Yvon Blais, 1993

- LESAGE-JARJOURA P., J. LESSARD, S. PHILIPS-NOOTENS, Éléments de responsabilité civile médicale, le droit dans le quotidien de la médecine, Éditions Yvon Blais, 1995

- POTVIN L., L'obligation de renseignements du médecin, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 1984

- ROCHER G., Etude de sociologie du droit et de l'éthique, Éditions Thémis, 1996

- ROGERS A., D. DURAND DE BONSIGEN, Une bioéthique pour l'Europe, Éditions du Conseil de l'Europe, 1995

- ROULAND N., Anthropologie juridique, P.U.F., 1988

- ROY D.J., J.R. WILLIAM, B.M. DICKENS et J.-L. BAUDOUIN, La bioéthique. Ses fondements et ses controverses, Éditions du Renouveau pédagogique 1995

* **ACTES DE COLLOQUES**

- Sortir la maternité du laboratoire, actes du forum international sur les NTR organisé par le Conseil du Statut de la femme tenu à Montréal les 29, 30, 31 mai 1987, Edition Gouvernement du Québec, 1988

- Génétique, Procréation et droit, Actes Sud, 1985

- Les filiations par greffe, actes des journées des 5 et 6 décembre 1996 organisé par le Laboratoire d'Etudes et de Recherches appliqués au droit privé (LERADP) de l'Université de Lille II, L.G.D.J. 1996

* **ARTICLES**

- ALBANESE F., « Procréation artificielle humaine et droits de l'homme : quelques réflexions sur l'état du droit », dans C. BYK., Procréation artificielle, où en sont l'éthique et le droit?, Médecine et société, n°143, Éditions Alexandre Lacassagne - Lyon, 1989, p.75

- ANDORNO R., « Les droits nationaux face à la procréation médicalement assistée : primauté de la technique ou primauté de la personne? », (1994) Revue Internationale de Droit Comparé, p.141

- ____, « Un miroir aux alouettes? », (Octobre 1997) 94, Sources UNESCO

- BARREAU DU QUEBEC, COMITE SUR LES NOUVELLES TECHNOLOGIES DE REPRODUCTION, Rapport du comité du Barreau du Québec sur les nouvelles technologies de reproduction, (1988) 48 (Suppl.) Revue de Barreau., p.1

- BYK C., « Réforme du droit et reproduction artificielle : le processus français d'élaboration législative », dans C. BYK, Procréation artificielle, où en sont l'éthique et le droit?, Médecine et société, n°143, Éditions Alexandre Lacassagne - Lyon, 1989, p.281

- CAYLA J.-S., « Interdiction du clonage humain par le Conseil de l'Europe », (1998) Revue de droit sanitaire et social p. 283

- CAUFIELD T., M. HIRTLE & S. LEBRIS, « Regulating NGRTs : Is Criminalization the Solution for Canada ? » (1997) 18(1) Health Law in Canada, 3-14

- CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, « Les enjeux de la procréatique au Québec et les positions défendues par le Conseil du Statut de la Femme », C. BYK, Procréation artificielle, où en sont l'éthique et le droit?, Médecine et société, n°143, Éditions Alexandre Lacassagne - Lyon, 1989, p.331

- COSSETTE A., « Perspectives québécoises: le rapport du Comité sur les nouvelles technologies de reproduction », dans C. BYK, Procréation artificielle, où en sont l'éthique et le droit?, Médecine et société, n°143, Editions Alexandre Lacassagne - Lyon, 1989, p. 325

- D'AUTUME C., « Vers un encadrement international du développement des sciences de la vie », (1996) Gazette du Palais, p. 784

- DELAISI de PARSEVAL G., « Des enfants prothèse? », dans Sortir la maternité du laboratoire, actes du forum international sur les NTR organisé par le Conseil du Statut de la femme tenu à Montréal les 29, 30, 31 mai 1987, Édition Gouvernement du Québec, 1988, p.114

- DEMAY DE GOUSTINE P., « Procréation médicalement assistée et pouvoir médical », (1996) Revue de droit sanitaire et social, p.1

- DICTIONNAIRE PERMANENT BIOETHIQUE ET BIOTECHNOLOGIES, « Assistance médicale à la procréation (AMP) », Feuillet 17, 1998, p.109

- DICTIONNAIRE PERMANENT BIOETHIQUE ET BIOTECHNOLOGIES, « Maternité de substitution », Feuillet 7, 1995, p.1273
- DEKEUWER-DEFOSSEZ F., « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille » (1995) Revue de droit sanitaire et social p.249
- DREIFUSS-NETTER F., « Adoption ou assistance médicale à la procréation : quelles familles ? » (1998) Recueil Dalloz, Chronique p.100
- DREIFUSS-NETTER F., note sous cass., civ. 1^{ère}, 9 janvier 1996, (1996) Recueil Dalloz 376
- DUTHEL F., M.-F. LERAT, P. MAROTEAUX, « Nouvelles relations entre la morale et les sciences », dans C. BYK, Procréation artificielle, où en sont l'éthique et le droit?, Médecine et société, n°143, Éditions Alexandre Lacassagne - Lyon, 1989, p.27
- FERRY L., A. RENAUT, « Droits-libertés et droits-créances », (1985) n°2 Revue Droits 75
- FEUILLET-LE-MINTIER B., « Le droit des couples stériles à l'obtention d'un enfant : droits de l'homme, réalités médicales et pratiques administratives », dans Les filiations par greffe, actes des journées des 5 et 6 décembre 1996 organisé par le Laboratoire d'Études et de Recherches appliquées au droit privé (LERADP) de l'Université de Lille II, L.G.D.J. 1996, p.69
- FRANCK P., « Procréation artificielle humaine et protection internationale des droits de l'homme », dans C. BYK, Procréation artificielle, où en sont l'éthique et le droit?, Médecine et société, n°143, Éditions Alexandre Lacassagne - Lyon, 1989, p.81

- GOBERT M., « Les incidences juridiques des progrès des sciences biologique et médicale sur le droit des personnes », dans Génétique, procréation et droit, Actes Sud 1985

- GONTHIER C.D., « le rôle de la jurisprudence et de juges », dans J.-L. BAUDOUIN, S. LEBRIS S, Droits de la personne : les bio-droits. Aspects nord-américains et européens; Éditions Yvon Blais, 1996, p.499

- GROUPE DE RECHERCHE EN ETHIQUE MEDICALE, « Étude de deux rapports québécois sur les nouvelles technologies de procréation humaine », dans C. BYK, Procréation artificielle, où en sont l'éthique et le droit?, Médecine et société, n°143, Éditions Alexandre Lacassagne - Lyon, 1989, p.341

- HAUSER J., « L'enfant au porteur mais pas à la porteuse : du contournement de l'article 16-7 nouveau du code civil » (1996) Revue trimestrielle de droit civil 377

- HAUSER J., « Adoption ou procréation médicalement assistée : les termes de l'alternative », dans Les filiations par greffe, actes des journées des 5 et 6 décembre 1996 organisé par le Laboratoire d'Études et de Recherches appliquées au droit privé (LERADP) de l'Université de Lille II, L.G.D.J. 1996, p. 13

- HAUSER J, « L'enfant souvenir », (1995)) Revue trimestrielle de droit civil, p.873

- HENNAU - HUBLET C., « La conciliation des valeurs dans la pratique de la fécondation *in vitro* », dans C. BYK, Procréation artificielle, où en sont l'éthique et le droit?, Médecine et société, n°143, Éditions Alexandre Lacassagne - Lyon, 1989, p.121

- HERITIER-AUGE F., « Don et utilisation de sperme et d'ovocytes, mères de substitution », dans Génétique, Procréation et droit, Actes Sud, 1985, p.237

- HUBERT. M., « Rapport aux journées franco-helleniques de droit comparé », (1993) Revue Internationale de Droit Comparé 251

- HUDSON M.R., « Les nouvelles techniques de reproduction et de génétique – fixer les limites et protéger la santé », dans J.-L. BAUDOUIN, S. LEBRIS S, Droits de la personne : les bio-droits. Aspects nord-américains et européens; Éditions Yvon Blais, 1996, p.83

- KNOPPERS B.-M., « L'arbitrage du médecin face aux normes régissant la fécondation *in vitro* », dans C. BYK, Procréation artificielle, où en sont l'éthique et le droit?, Médecine et société, n°143, Éditions Alexandre Lacassagne - Lyon, 1989, p.49

- KNOPPERS B.-M., S. LEBRIS, « La vie privée: analogies et différences entre la procréation médicalement assistée (PMA) et la génétique humaine », dans Responsabilité médicale et hospitalière. Aspects éthiques et juridiques, The Canadian Institute, 1990

- KNOPPERS B.-M., « L'encadrement juridique de l'acte médical en droit comparé » dans FEUILLET-LEMINTIER B. (dir.), L'embryon humain – Approche multidisciplinaire, Paris, Editions Economica, 1996, pp.83-90

- KNOPPERS B.-M et S. LEBRIS, « Ethical and legal concerns : reproductive technologies 1990-1993 », (1993) 5 Current Opinion in Obstetrics and Gynecology 630-635

- LABBEE X., note sous T.G.I. Toulouse, 26 mars 1991, (1992) Recueil Dalloz, sommaires commentés p.61

- LABBEE X., note sous T.G.I. Angers, 10 novembre 1992, (1994) Recueil Dalloz, sommaires commentés p. 30

- LABORIE F., « La radicalité des mères porteuses », dans Sortir la maternité du laboratoire, actes du forum international sur les NTR organisé par le Conseil du Statut de la femme tenu à Montréal les 29, 30, 31 mai 1987, Édition Gouvernement du Québec, 1988, p.205

- LABRUSSE-RIOU C., « Les procréations artificielles: un défi pour le droit », dans Sortir la maternité du laboratoire, actes du forum international sur les NTR organisé par le Conseil du Statut de la femme tenu à Montréal les 29, 30, 31 mai 1987, Édition Gouvernement du Québec, 1988, p.40

- LAIR R.H., « L'impact de la transformation du réseau de la santé sur la qualité des soins et sur la profession médicale », dans J.-L. BAUDOIN, S. LEBRIS S, Droits de la personne : les bio-droits. Aspects nord-américains et européens; Éditions Yvon Blais, 1996, p. 439

- LE LANNOU, « Bioéthique et procréation », dans C. BYK, Procréation artificielle, où en sont l'éthique et le droit?, Médecine et société, n°143, Éditions Alexandre Lacassagne - Lyon, 1989, p.291

- LIPPMAN A., « Never too late: Biotechnology, Women and Reproduction », (1995) 40 Mc Gill Law Journal, p.875

- MALHERBE J.-F., « Éthique et fécondation *in vitro*: la position de l'université catholique de Louvain », dans C. BYK, Procréation artificielle, où en sont l'éthique et le droit?, Médecine et société, n°143, Éditions Alexandre Lacassagne - Lyon, 1989, p.199

- MASSIP J., « L'insertion dans le code civil des dispositions relatives au corps humain, à l'identification génétique et à la procréation médicalement assistée », (1995)) Répertoire Defrénois, p.129

- MASSIP J., commentaire de l'arrêt Cass., civ. 1^{ère}, 9 mars 1994, (1994) Répertoire Defrénois p.1095

- MASSIP J., commentaire de l'arrêt Cass., civ. 1^{ère}, 9 janvier 1996, (1996) Répertoire Defrénois p. 532

- MATTEI J.-F., « Le rôle de la législation nationale », dans J.-L. BAUDOUIN, S. LEBRIS S, Droits de la personne : les bio-droits. Aspects nord-américains et européens; Éditions Yvon Blais, 1996, p. 487

- MEMETEAU G., « L'embryon législatif », (1994) Recueil Dalloz, chronique p. 355

- MEULDERS-KLEIN M.-T., « Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréation médicalement assistées », (1988) Revue Trimestrielle de Droit Civil 654

- MEULDERS-KLEIN M.-T., « Procréation médicalement assisté : à qui appartient l'enfant ? », dans J.-L. BAUDOUIN, S. LEBRIS S, Droits de la personne : les bio-droits. Aspects nord-américains et européens; Éditions Yvon Blais, 1996, p.61

- NEIRINCK C., note sous T.G.I. Rennes, 30 juin 1993, (1994) J.C.P. II. 22250

- NEIRINCK C., note sous C.A. Toulouse, 18 avril 1994, (1995) J.C.P. II 22472

- NEIRINCK C., note sous Cass., civ. 1^{ère}, 9 janvier 1996, (1996) J.C.P. II 22666

- NOVAES S., « Vide juridique: notion-écran en l'absence de repères sociaux? L'encadrement législatif de la procréation artificielle », dans F. CHAZEL, J. COMMAILLE J, Normes juridiques et régulation sociale, collection Droit et société, LGDJ, 1991

- PROTHAIS A., « Les paradoxes de la pénalisation. Enquête en matière d'assistance médicale à la procréation et d'adoption », (1997) J.C.P. p. 425

- RAYMOND G., « L'assistance médicale à la procréation (Après la promulgation des « lois bioéthiques ») », (1994) J.C.P.I 3796

- ROBERT J., « Éthique et droit : légiférer? » dans C. BYK, Procréation artificielle, où en sont l'éthique et le droit?, Médecine et société, n°143, Éditions Alexandre Lacassagne - Lyon, 1989, p.304

- ROBERTSON J., « Procreative Liberty and the Control of Conception, Pregnancy and Childbirth » (1983) 69 Virginia Law Review 405

- ROCHER G., « Pour une sociologie des ordres juridiques », Les Cahiers du Droit, vol. 29, n°1, mars 1988, p.91-120.

- RUBELLIN-DEVICHI J., « Droits de l'enfant et nouvelles techniques de reproduction: accessibilité et limites; mesures et démesures », dans J.-L. BAUDOIN, S. LEBRIS S, Droits de la personne : les bio-droits. Aspects nord-américains et européens; Éditions Yvon Blais, 1996, p.17

- RUBELLIN-DEVICHI J., « Insémination artificielle *post-mortem* » (1984) Revue Trimestrielle de Droit Civil, p.703

- SHANNER L., « The right to procreate : when rights claims have gone wrong » (1995) McGill Law Journal 823

- SOCIETE DES OBSTETRICIENS ET GYNECOLOGUES DU CANADA (S.O.G.C.), Ententes de gestation pour autrui, Comité d'éthique de la S.O.G.C., Directives de pratique clinique, Déclaration de principe n° 59, avril 1997

- TELLIER C., « Droit à la santé et chartes : l'égalité des traitements et les recours judiciaires et administratifs », dans J.-L. BAUDOUIN, S. LEBRIS S, Droits de la personne : les bio-droits. Aspects nord-américains et européens, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 409

- VEIL S., « Ethique bio-médicale : fallait-il légiférer ? » (1995) Les Petites Affiches n° 53 p.6

- VIGNEAU D., « Dessine-moi un embryon », (1994) Les Petites Affiches n° 149 p.65

- WIDMER P., « Des principes européens de bioéthiques: mirage ou espoir à ne pas abandonner? », dans C. BYK, Procréation artificielle, où en sont l'éthique et le droit?, Médecine et société, n°143, Éditions Alexandre Lacassagne - Lyon, 1989, p.223

* **SITES INTERNET**

- www.csf.gouv.qc.ca
- www.procrea.qc.ca