



Gouvernement  
du Canada

Government  
of Canada

The background of the page features a close-up of a human eye with a blue iris, looking towards the right. Overlaid on the eye and the background is a glowing blue DNA double helix structure. The text 'LE MEILLEUR DES MONDES :' is superimposed on the eye area, with the letter 'M' in the word 'MONDES' highlighted in orange. Faint, larger text 'LE MEILLEUR DES MONDES' is visible in the background behind the eye.

# LE MEILLEUR DES **M**ONDES :

Au carrefour de la biotechnologie  
et des droits de la personne

## Chapitre 2

Procréation assistée

Canada

Le meilleur des mondes : Au carrefour de la biotechnologie  
et des droits de la personne

juillet 2005

*Le présent document ne reflète pas les points de vue officiels du gouvernement du Canada ou du Ministère de la justice Canada. Le document ne constitue pas des conseils juridiques à l'intention du gouvernement ou des différents ministères. Plutôt, il représente un aperçu de la Loi à l'échelle internationale et nationale, de la Loi d'autres pays et de commentaires d'universitaires au sujet des droits de la personne soulevés par des applications déterminées de la biotechnologie. La description de la Loi contenue dans le présent document est valide en date de mars 2005. Veuillez vous assurer que les renseignements contenus dans le présent document sont exacts et à jour avant de vous y référer.*

#### AUTORISATION DE REPRODUCTION

À moins d'indication contraire, l'information contenue dans cette publication peut être reproduite, en tout ou en partie et par quelque moyen que ce soit, sans frais et sans autre permission du gouvernement du Canada, pourvu qu'une diligence raisonnable soit exercée afin d'assurer l'exactitude de l'information reproduite, que le gouvernement du Canada soit mentionné comme organisme source et que la reproduction ne soit présentée ni comme une version officielle ni comme une copie ayant été faite en collaboration avec le gouvernement du Canada ou avec son consentement.

Pour obtenir l'autorisation de reproduire l'information contenue dans cette publication à des fins commerciales, faire parvenir un courriel à [copyright.droitdauteur@communication.gc.ca](mailto:copyright.droitdauteur@communication.gc.ca).

N° de catalogue Iu199-6/2005F  
ISBN 0-662-70457-6

Cette publication est offerte par voie électronique sur le Web à :  
<http://biotech.gc.ca>

## Table des matières

<b>2.1 Introduction</b>	<b>1</b>
<b>2.2 Information de base</b>	<b>2</b>
2.2.1 Notions scientifiques pertinentes	2
2.2.2 Le contexte canadien	3
2.2.3 Comparaison avec d'autres pays	4
<b>2.3 Droits de la personne liés à la PA</b>	<b>4</b>
<b>2.4 Question 1 : accès aux services de PA</b>	<b>5</b>
2.4.1 Droit à l'autonomie en matière de reproduction	6
2.4.2 Le droit à la santé	10
2.4.3 Droit de bénéficier du progrès scientifique	16
2.4.4 Conclusion	17
<b>2.5 Question 2 : Accès à l'information, divulgation d'information et répercussions pour les descendants et les donneurs de matériel reproductif</b>	<b>17</b>
2.5.1 Situation au Canada	18
2.5.2 Situation dans d'autres pays	18
2.5.3 Arguments favorables et défavorables à la divulgation d'information sur le donneur	19
2.5.4 Enfants issus d'un don de matériel reproductif et droit de connaître son patrimoine génétique	20
2.5.5 Donneurs de matériel reproductif humain et droit à la vie privée	27
2.5.6 Conclusion	29
<b>2.6 Question 3 : Le statut de l'embryon in vitro</b>	<b>29</b>
2.6.1 Les droits des donneurs de matériel reproductif et des couples receveurs par rapport à l'embryon in vitro	29
2.6.2 Le statut juridique de l'embryon in vitro	32
<b>2.7 Autres questions à examiner</b>	<b>41</b>
<b>2.8 Lacunes dans les instruments actuels de protection des droits de la personne</b>	<b>42</b>



## Procréation assistée

---

Katherine van Heugten et Judy Hunter

### 2.1 Introduction

[TRADUCTION]

*Plus que toute autre percée scientifique, du vaccin contre la variole au cœur artificiel, les techniques de conception médicalement assistée alimentent sans relâche un débat public sur l'attitude à adopter face aux nouveaux pouvoirs de l'humain sur la procréation<sup>1</sup>.*

Dans la deuxième moitié du siècle dernier, les progrès scientifiques ont permis de séparer la fécondation d'un ovule par un spermatozoïde de l'acte sexuel. Il s'agissait, et il s'agit toujours, d'une percée de grande importance étant donné que l'infertilité est un problème qui touche une grande partie de la population. Selon des estimations récentes, huit à douze pour cent des couples souffrent d'infertilité sous une forme quelconque<sup>2</sup>.

Grâce à la procréation assistée (PA), des individus ou des couples qui ne pourraient pas concevoir un enfant par l'acte sexuel, ou qui ne peuvent mener une grossesse à terme, ont la possibilité de fonder une famille à partir de leur propre matériel génétique ou du matériel génétique d'un donneur. La PA a également permis aux individus qui peuvent concevoir par des moyens naturels, mais qui risquent de transmettre une maladie génétique, d'éviter ce risque. Toutefois, ces nouvelles techniques ont fait l'objet de critiques. La PA a soulevé de nombreuses et profondes questions juridiques, éthiques et sociales, qu'il s'agisse de préoccupations concernant les effets sur la santé à court et à long terme des interventions de fécondation, ou encore de questions portant sur la commercialisation de la vie et ses répercussions sur la dignité humaine.

Étant donné la multitude de questions qui entourent la procréation assistée, deux chapitres lui seront consacrés. Le chapitre 2 cernerá et analysera les questions liées aux droits de la personne qui découlent de la procréation assistée en général, tandis que le chapitre trois cernerá et analysera les questions de cet ordre qui découlent de l'application des technologies de PA à l'embryon in vitro, comme le diagnostic génétique préimplantatoire, la recherche faisant appel à des embryons in vitro et le transfert de noyaux de cellules somatiques (clonage à des fins reproductives).

Chaque chapitre exposera les notions scientifiques pertinentes, ainsi que le contexte canadien et international en matière de droits de la personne. Par la suite, les différentes questions touchant les droits de la personne seront cernées et analysées aussi bien dans le cadre canadien que dans le contexte international actuel, et des comparaisons seront établies au besoin. Enfin, nous décrirons les lacunes qui existent dans le régime législatif et dans la politique officielle du Canada.

Nous nous pencherons tout d'abord sur les cadres juridiques de différents pays, avec comparaisons au besoin, avant d'étudier le cadre juridique canadien, étant donné que le contexte international peut guider notre interprétation de la loi canadienne. En outre, étant donné

---

<sup>1</sup> B.M. Knoppers & S. LeBris, « Recent Advances in Medically Assisted Conception: Legal, Ethical and Social Issues » (1991) 17 Am. J. L. and Med. 329.

<sup>2</sup> R. Cook, B. Dickens & M. Fathalla, *Reproductive Health and Human Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2003) à la p. 11. Voir également Santé Canada [http://www.hc-sc.gc.ca/francais/media/communiquer/2002/2002\\_34bk4.htm](http://www.hc-sc.gc.ca/francais/media/communiquer/2002/2002_34bk4.htm) (date de consultation : 13 février 2004).

l'évolution rapide que connaît ce domaine et l'absence, au Canada, d'un discours sur les droits de la personne en matière de PA, les auteures ont été contraintes de s'inspirer d'autres secteurs du droit, comme le droit des contrats et la responsabilité délictuelle, pour éclairer l'analyse des droits de la personne.

## 2.2 Information de base

### 2.2.1 Notions scientifiques pertinentes

L'expression « procréation assistée » (PA) englobe un grand nombre d'activités, dont l'insémination thérapeutique (IT), la fécondation in vitro (FIV), le transfert intratubaire de gamètes (GIFT) et l'injection intracytoplasmique d'un spermatozoïde (IICS).

#### Insémination thérapeutique

L'insémination thérapeutique comprend aussi bien l'insémination artificielle (IA) que l'insémination par donneur (ID). Qu'elle soit faite avec du sperme du conjoint, d'un donneur connu ou d'un donneur anonyme, l'insémination thérapeutique est une intervention simple, au cours de laquelle on injecte du sperme dans le vagin de la femme au moyen d'une seringue.

Les indications médicales de l'ID sont notamment l'azoospermie (absence de spermatozoïdes vivants dans le sperme du partenaire), l'oligospermie (rareté des spermatozoïdes dans le sperme du partenaire) ou l'existence d'une maladie génétique transmissible par le sperme du partenaire. Les femmes qui désirent avoir un enfant mais qui n'ont pas de partenaire masculin peuvent également avoir recours à l'ID.

Au Canada, le sperme de donneur est offert dans des banques de sperme ou des cliniques de traitement de l'infertilité. Les donneurs sont rigoureusement sélectionnés et tous les dons de sperme sont mis en quarantaine et subissent tous les tests nécessaires<sup>3</sup>.

#### Fécondation in vitro

La FIV est une intervention qui comprend les étapes suivantes : stimulation des ovaires d'une femme au moyen d'un traitement hormonal pour produire un certain nombre d'ovules, prélèvement chirurgical des

ovules dans les ovaires, fécondation des ovules matures par le sperme dans une boîte de Pétri et transfert dans l'utérus de la femme du ou des embryons résultants. En général, on ne transfère pas plus de quatre embryons par cycle. S'il y a plus d'embryons qu'il ne le faut pour le transfert, ceux-ci peuvent être cryoconservés ou « congelés » pour un usage ultérieur<sup>4</sup>. Si par la suite les embryons ne sont pas utilisés à des fins reproductives, ils peuvent être éliminés, donnés à un autre individu ou un autre couple ou donnés à des fins de recherche.

On a recours à la FIV lorsque l'homme a une fonction spermatique déficiente ou un faible compte de spermatozoïdes, lorsque les trompes de Fallope de la femme sont obstruées ou lorsqu'il existe un risque de transmission d'une maladie génétique.

La FIV est pratiquée depuis 1978, année où est né, au Royaume-Uni, le premier « bébé-éprouvette », Louise Brown. On estime que depuis lors, environ un million de bébés au monde ont été conçus à l'aide de la FIV<sup>5</sup>.

#### Transfert intrabaire de gamètes

Dans cette technique, le prélèvement d'ovules se fait selon le même procédé que dans la FIV. Toutefois, après le prélèvement, les ovules et le sperme sont injectés dans la trompe de Fallope pour permettre à la fécondation de se produire in vivo, par opposition à in vitro (dans une boîte de Pétri)<sup>6</sup>. Cette technique n'est plus tellement utilisée.

#### Injection intracytoplasmique d'un spermatozoïde

L'IICS est actuellement la méthode de FIV la plus courante. Elle consiste à injecter un spermatozoïde unique dans un ovule au moyen d'une aiguille microscopique. S'il y a fécondation, l'embryon est transféré dans l'utérus de la

<sup>3</sup> Voir le *Règlement sur le traitement et la distribution du sperme destiné à la reproduction assistée*, DORS/96-254. En ligne à : <http://lois.justice.gc.ca/fr/F-27/DORS-96-254/index.html> (date de consultation : 11 février 2004).

<sup>4</sup> La cryoconservation est un processus dans lequel des embryons sont congelés pendant une période indéfinie dans de l'azote liquide. Pour une explication de ce procédé, voir K. LaGatta, « The Frozen Embryo Debate Heats Up: A Call for Federal Regulation and Legislation » (2002) 4 Fl. Coastal L.J. 99 et E. Jackson, *Regulating Reproduction: Law, Technology & Autonomy* (Portland: Hart Publishing, 2001).

<sup>5</sup> « Meeting celebrates IVF Birthday » *Nature* <http://www.nature.com/nsu/030721/030721-13.html> (date de consultation : 25 juillet 2003).

<sup>6</sup> Jackson, *supra* note 4.

femme<sup>7</sup>. Ce traitement est utilisé lorsqu'il semble y avoir une déficience de la fonction spermatique ou un faible compte de spermatozoïdes, lorsque les trompes de Fallope de la femme sont obstruées ou lorsqu'il y a un risque de transmission de maladie génétique<sup>8</sup>.

## 2.2.2 Le contexte canadien

Au cours des années 80, les percées scientifiques dans le domaine des techniques de reproduction et la sensibilisation croissante de la population aux questions juridiques, éthiques et sociales liées à ces technologies ont incité des individus et des groupes, au Canada, à faire des pressions sur le gouvernement fédéral pour qu'il se penche sur ces questions complexes. En réponse à ces pressions, le gouvernement fédéral a constitué, en octobre 1989, la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction<sup>9</sup>. Le mandat confié à cette commission était vaste. En plus de devoir examiner les développements scientifiques et médicaux actuels et futurs sur le plan des nouvelles techniques de reproduction, la Commission devait également se pencher sur les éléments suivants : 1) les répercussions de ces techniques sur la société tout entière, 2) leurs répercussions sur des groupes précis de la société, comme les femmes et les enfants, 3) les implications éthiques, juridiques, sociales, économiques et sanitaires de ces nouvelles techniques<sup>10</sup>.

Au terme d'un vaste processus de consultation auprès des citoyens, des communautés scientifique et médicale et de la communauté des sciences sociales, la Commission royale a fait paraître en 1993 son rapport final, qui comprenait 293 recommandations. Trois catégories de recommandations s'adressaient expressément au gouvernement fédéral : 1) des recommandations concernant la nécessité de se doter de mesures législatives criminelles pour encadrer l'utilisation des nouvelles techniques de reproduction, 2) des recommandations sur l'établissement et le fonctionnement d'une commission nationale sur les techniques de reproduction, 3) des recommandations à l'intention expresse de certains ministères fédéraux, comme Santé Canada<sup>11</sup>.

Le projet de loi C-13 est la réponse la plus récente du gouvernement à la Commission royale<sup>12</sup>. Ce projet de loi était l'aboutissement de nombreuses consultations auprès

du public, des intéressés et des communautés juridique et scientifique. Il était fondé sur le chef de compétence fédéral en matière de droit criminel prévu au paragraphe 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>13</sup>. Dans une grande mesure, il s'inspirait de la *Human Fertilisation and Embryology Act 1990 (HFE Act)* du R.-U.<sup>14</sup>.

Les mesures législatives proposées avaient pour principaux objectifs de protéger la santé et la sécurité des personnes faisant appel à la PA en réglementant les pratiques acceptables; de bannir certaines pratiques inacceptables pour des raisons de santé et de sécurité ainsi que pour des motifs moraux et éthiques; de faire en sorte que la recherche sur la PA faisant appel à des embryons in vitro soit menée à l'intérieur d'un cadre réglementé<sup>15</sup>.

Le projet de loi renfermait un certain nombre d'actes interdits dont la liste, non exhaustive, comprend les suivants : clonage humain à quelque fin que ce soit; sélection du sexe d'un embryon pour des raisons autres que médicales; modification de la lignée germinale; création d'hybrides humain/non-humain à des fins de reproduction; maternité de substitution à des fins commerciales; vente ou achat d'embryons humains in vitro<sup>16</sup>.

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> Santé Canada, *supra* note 2.

<sup>9</sup> La Commission royale a publié un rapport exhaustif intitulé *Un virage à prendre en douceur : rapport final de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction* (Ottawa : Services gouvernementaux Canada, 1993).

<sup>10</sup> *Ibid.* à la p. 2.

<sup>11</sup> *Ibid.* à la p. 1022.

<sup>12</sup> Projet de loi C-13, *Loi concernant la procréation assistée et la recherche connexe*, 2<sup>e</sup> session, 37<sup>e</sup> législature (2<sup>e</sup> lecture au Sénat). Le Parlement a été prorogé le 12 novembre 2003 et, par conséquent, le projet de loi C-13 est mort au Feuilleton. Ces mesures législatives avaient au départ été introduites dans le cadre du projet de loi C-56, *Loi concernant la procréation assistée*, lors de la 1<sup>re</sup> session, 37<sup>e</sup> législature (2<sup>e</sup> lecture le 28 mai 2002), qui est mort au Feuilleton lorsque le Parlement a été prorogé le 16 septembre 2002. Le 7 octobre 2002, on a adopté une motion pour inscrire de nouveau le projet de loi C-13 à l'étape où il en était au moment de la prorogation de la session précédente. Les responsables espèrent que le projet de loi C-13 sera de nouveau à l'ordre du jour de la prochaine session.

<sup>13</sup> *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 et 31 Vict., ch. 3, réimpression dans L.R.C. 1985, ann. II, n<sup>o</sup> 5.

<sup>14</sup> *Human Fertilisation and Embryology Act 1990* (U.K.), 1990, ch. 37 [ci-après la *HFE Act*].

<sup>15</sup> Santé Canada [http://www.hc-sc.gc.ca/français/media/communiqué/2002/2002\\_34bk1.htm](http://www.hc-sc.gc.ca/français/media/communiqué/2002/2002_34bk1.htm) (date de consultation : 13 février 2004).

<sup>16</sup> Voir le projet de loi C-13, articles 5 à 9, pour la liste complète des actes interdits.

Le projet de loi prévoyait également un certain nombre d'activités réglementées, dont les suivantes : prélèvement, modification, manipulation ou traitement de tout matériel reproductif humain dans le but de créer un embryon; conservation, manipulation et utilisation de matériel reproductif humain destiné à la création d'un embryon in vitro; homologation d'installations où seraient menées ces activités<sup>17</sup>.

Parmi les autres éléments importants contenus dans le projet de loi, mentionnons des dispositions sur la protection de la vie privée applicables aux renseignements médicaux personnels obtenus par un établissement de PA homologué et la création de l'Agence canadienne de contrôle de la procréation assistée<sup>18</sup>.

Le projet de loi C-13 a été adopté par la Chambre des communes le 28 octobre 2003, puis présenté en deuxième lecture au Sénat et renvoyé à un comité. Par suite de la prorogation du Parlement le 12 novembre 2003, il est mort au Feuilleton.

### 2.2.3 Comparaison avec d'autres pays

Tout au long de ce chapitre, nous examinerons les lois, la jurisprudence et les politiques de plusieurs pays en matière de procréation assistée. Plusieurs raisons justifient cette démarche. Par exemple, certains pays, comme le R.-U., ont une tradition de *common law* comme la nôtre, tandis que d'autres pays, notamment les États-Unis (É.-U.), ont des garanties constitutionnelles de droits de la personne semblables aux nôtres. Nous avons examiné les lois de certains pays pour faire ressortir les approches particulières adoptées en vue de réglementer les activités de PA.

Plusieurs pays se sont dotés de lois en matière de PA. Par exemple, le R.-U. a adopté une loi en 1990 qui créait, entre autres choses, le premier organisme de réglementation nationale au monde chargé de contrôler les activités de procréation assistée<sup>19</sup>.

En France, des mesures législatives sur la bioéthique sont en vigueur depuis 1994. En 2002, l'Assemblée nationale française a entrepris de réviser ces lois pour régir des

activités telles que le clonage et la recherche sur les cellules souches embryonnaires<sup>20</sup>.

Trois États australiens ont des lois concernant la FIV<sup>21</sup>. En avril 2002, les différents organismes gouvernementaux australiens ont convenu d'élaborer des mesures législatives (adoptées depuis lors) qui s'appliqueraient d'un bout à l'autre du pays et qui interdiraient certaines activités pratiquées sur l'embryon, jugées inacceptables<sup>22</sup>.

Aux États-Unis, il n'existe aucun régime national de réglementation pour les activités liées à la PA<sup>23</sup>. La législation varie plutôt selon les États; seulement quelques États, comme la Californie, ont des lois assez complètes en matière de PA.

## 2.3 Droits de la personne liés à la PA

### Questions

Comme nous l'avons indiqué plus haut, ce chapitre portera sur trois questions distinctes. Tout d'abord, nous traiterons de l'accès aux services de PA et de certaines questions connexes, comme les droits à l'égalité, le droit à l'autonomie en matière de reproduction, le droit à la santé et le droit de bénéficier du progrès scientifique. Ensuite, nous analyserons les aspects des droits de la personne qui concernent les enfants nés grâce à l'utilisation des

<sup>17</sup> Voir dans le projet de loi C-13, articles 10 à 13, pour la liste complète des activités réglementées.

<sup>18</sup> Projet de loi C-13, articles 14 à 19 et articles 21 à 39.

<sup>19</sup> *Supra* note 14.

<sup>20</sup> Trois lois concernant la bioéthique sont en vigueur depuis 1994.

1) Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 : Loi 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 "bioéthique".

2) Loi n° 94-630 du 25 juillet 1994 : Loi modifiant le livre II bis du code de la santé publique relatif à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales. Loi dite loi Huriet.

3) Loi n° 94-653 du juillet 1994 : Loi relative au respect du corps humain. On s'attend à ce que les modifications apportées à ces lois reçoivent la sanction finale du Sénat français au cours du printemps.

<sup>21</sup> Les trois États australiens qui ont adopté des lois dans ce domaine sont Victoria, South Australia et West Australia.

<sup>22</sup> Deux lois ont été adoptées : 1) *Research Involving Human Embryos Act 2002* et 2) *Prohibition of Human Cloning Act 2002*. En ligne : <http://www.health.gov.au/nhmrc/embryo/> (date de consultation : 13 février 2004).

<sup>23</sup> Santé Canada, [http://www.hc-sc.gc.ca/français/media/communiqués/2002/2002\\_34bk7.htm](http://www.hc-sc.gc.ca/français/media/communiqués/2002/2002_34bk7.htm) (date de consultation : 13 février 2004).



techniques de PA, du point de vue de la progéniture et du donneur du matériel reproductif. Enfin, nous explorerons des aspects des droits de la personne entourant le pouvoir de disposer des embryons in vitro. Nous examinerons le statut juridique de l'embryon in vitro pour déterminer s'il a des droits, en plus d'analyser les droits des donneurs de matériel reproductif et les droits des couples receveurs par rapport à l'embryon in vitro.

## 2.4 Question 1 : accès aux services de PA

### A. Principes de non-discrimination dans l'accès aux services de PA

L'accès aux services de PA soulève plusieurs questions relatives aux droits de la personne, notamment la question de savoir si ces services devraient être offerts à tous, s'ils devraient être financés par l'État et si l'État peut limiter l'accès à ces services pour des motifs économiques ou en fonction de l'âge, de l'état civil, des probabilités de réussite, de la séropositivité pour le VIH, etc. Les restrictions imposées pour des motifs tels que l'âge et l'orientation sexuelle ont fait l'objet de contestations à l'extérieur du Canada.

À l'heure actuelle, au Canada, les services de PA sont offerts aux individus et aux couples soit dans des cliniques entièrement privées, soit dans des cliniques privées affiliées à un hôpital. Dans les deux cas, les individus ou les couples qui reçoivent un traitement de PA doivent payer tous les frais. La seule exception est la province de l'Ontario, où l'État finance certains services de PA, mais dans des cas très limités<sup>24</sup>.

Bien qu'il n'y ait eu au Canada aucun rapport officiel détaillé sur d'éventuels cas de discrimination en matière d'accès à la PA, on a signalé des cas isolés de discrimination, fondée en particulier sur l'état civil et l'orientation sexuelle<sup>25</sup>.

Aux États-Unis, une femme aveugle du Colorado a récemment poursuivi une clinique de traitement de l'infertilité pour des motifs de discrimination, après que la clinique eut refusé de poursuivre le traitement à moins qu'elle ne puisse prouver qu'elle était en mesure de s'occuper d'un enfant par ses propres moyens<sup>26</sup>. On a

aussi signalé d'autres cas isolés de discrimination en fonction de l'âge, de l'état civil et de l'orientation sexuelle.

Au R.-U., l'accès aux traitements de PA est également une question à l'ordre du jour. L'accès à des services de PA remboursés par le National Health Service dépend en grande partie du lieu de résidence, étant donné que les autorités sanitaires régionales ont le pouvoir de fixer différents critères concernant l'admissibilité des patients et les services couverts. Essentiellement, ce qu'on a vu apparaître est une sorte de « loterie du code postal » pour les traitements<sup>27</sup>. En 1999, le gouvernement du R.-U. a annoncé qu'il tenterait d'élaborer une stratégie nationale d'accès à la PA qui éliminerait le système de « loterie » fondée sur le code postal. Un rapport provisoire a été publié en août 2003, mais il n'existe toujours pas de lignes directrices officielles<sup>28</sup>.

En plus du lieu de résidence, l'état civil et l'orientation sexuelle sont des obstacles potentiels à l'accès aux services de PA au R.-U. La *HFE Act* prévoit que les cliniques de traitement de l'infertilité doivent tenir compte du bien-être de tout enfant qui naîtrait par suite du traitement, y compris le besoin de cet enfant d'avoir un père<sup>29</sup>. Par conséquent, lorsqu'un traitement est demandé, les cliniques doivent tenir compte du fait que les femmes célibataires ou lesbiennes élèveraient l'enfant sans père. Cette clause de la *HFE Act* exige également que l'on prenne en compte le bien-être général de tout enfant à naître. Des facteurs tels que l'âge et d'éventuelles maladies, comme l'infection à VIH ou le sida, peuvent

<sup>24</sup> Les services sont remboursés en Ontario si les deux trompes de Fallope de la patiente sont obstruées. Toutefois, les services offerts ne sont pas illimités et d'autres restrictions s'appliquent. Jusqu'à présent, la politique consistant à ne rembourser les services de PA qu'à certains individus n'a pas été contestée sur la base de l'égalité d'accès aux services de PA.

<sup>25</sup> Il est à noter que l'alinéa 2e) du projet de loi C-13 précise expressément que les personnes qui demandent des services de PA ne doivent pas faire l'objet de discrimination.

<sup>26</sup> CBSNews.com « Blind Woman Suing Fertility Clinic » <http://cbsnews.com/stories/2003/11/08/health/main582566.shtml> (date de consultation : 5 décembre 2003).

<sup>27</sup> *Supra* note 4 à la p. 197.

<sup>28</sup> K. Horsey, « Access to IVF » Site Web de BioNews <http://www.bionews.org.uk/update.lasso?storyid=1752> (date de consultation : 12 novembre 2003).

<sup>29</sup> *Supra* note 14 au par. 13(5).

influer sur la décision de fournir un traitement à des personnes en particulier.

La question de la discrimination relativement à l'accès aux services de PA a été au centre de plusieurs procès aussi bien au R.-U. qu'en Australie. Au R.-U., dans l'affaire *R. v. Sheffield Health Authority, ex parte Seale*<sup>30</sup>, l'autorité sanitaire avait fixé à 35 ans l'âge maximal pour le traitement de FIV remboursé par l'État en vertu de la *National Health Services Act, 1977*, en invoquant les restrictions budgétaires et les meilleures chances de réussite chez les patientes de moins de 35 ans. De ce fait, la demanderesse, une femme de 37 ans, s'était vu refuser le traitement. La Cour a jugé que le simple fait qu'un service soit offert n'empêchait pas l'autorité sanitaire de Sheffield de fixer les conditions dans lesquelles le service serait fourni et ne donnait pas non plus le droit à un individu d'exiger le traitement. On a conclu que la décision de tenir compte de l'âge n'était pas irrationnelle étant donné que la probabilité de réussite du traitement diminuait avec l'âge, et vu également la nécessité de parvenir à un équilibre financier pour être en mesure de fournir le service prévu par la loi<sup>31</sup>.

Dans *McBain v. State of Victoria*<sup>32</sup>, le D<sup>r</sup> McBain a contesté la disposition de la *Victoria Infertility Treatment Act*, qui exigeait que la femme soit ou bien mariée ou vivant avec un conjoint de fait pour recevoir le traitement, en invoquant que cette clause était discriminatoire à l'égard des femmes célibataires et contrevenait à la *Sex Discrimination Act* du Commonwealth. La Cour a conclu qu'il y avait effectivement incompatibilité et que la clause incompatible de la *Victoria Infertility Treatment Act* était inopérante.

Également en Australie, une décision semblable a été rendue dans l'affaire *Pearce v. South Australia Health Commission et al.*<sup>33</sup>, où la Cour a jugé que la *Reproductive Technology Act* de l'État de South Australia était incompatible avec la *Sex Discrimination Act* du Commonwealth<sup>34</sup>.

À la lumière de ce bref examen de la jurisprudence, il ressort que si l'État entend fournir un accès à des services de PA, cet accès doit être offert sur une base équitable et en accord avec les lois nationales et internationales pertinentes en matière de droits de la personne.

## B. Mesure dans laquelle les États sont obligés de fournir un accès à des services de PA

Une autre question importante en ce qui a trait à l'accès aux services de PA est de savoir si l'État est obligé de fournir un accès à ces services. Nous examinerons trois questions fondamentales. Premièrement, existe-t-il un droit à l'autonomie en matière de reproduction? Deuxièmement, existe-t-il un droit aux soins de santé? Et troisièmement, existe-t-il un droit de bénéficier du progrès scientifique?

### 2.4.1 Droit à l'autonomie en matière de reproduction

#### Droit international

Dans aucun des instruments internationaux, il n'est fait mention expressément de la procréation assistée. Toutefois, plusieurs instruments internationaux établissent des droits en ce qui concerne la famille. Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (PIRDPC)<sup>35</sup> établit que la famille est l'unité naturelle et fondamentale de la société et énonce les droits des hommes et des femmes d'âge légal à se marier et à fonder une famille<sup>36</sup>. La *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes* (CEDAW)<sup>37</sup> exige que les États parties s'assurent que les femmes jouissent du droit de décider du nombre et de l'espacement de leurs

<sup>30</sup> (1994) 25 BMLR 1 (Queen's Bench Division).

<sup>31</sup> Il est à noter que, dans ce cas, le remboursement par l'État était en cause.

<sup>32</sup> [2000] FCA 1009 (Federal Court of Australia).

<sup>33</sup> (1996) SASR 486 (Supreme Court of South Australia).

<sup>34</sup> Il est à noter que, dans ces cas australiens, le remboursement par l'État n'était pas en cause.

<sup>35</sup> *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171 (entrée en vigueur : 23 mars 1976), [ci-après le PIRDPC]. Le Canada est partie au PIRDPC.

<sup>36</sup> *Ibid.* à l'article 23.

<sup>37</sup> *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 18 décembre 1979, 1249 R.T.N.U. 13 (entrée en vigueur : 3 septembre 1981), [ci-après la CEDAW]. Le Canada est partie à la CEDAW. Cette convention est le produit de plus de trente ans de travaux de la Commission de la condition de la femme de l'ONU. Elle réaffirme l'égalité des droits des femmes et établit essentiellement une déclaration internationale des droits des femmes. On y traite en détail des droits civils, du statut juridique des femmes et des droits en matière de reproduction. La Convention prévoit également un programme d'action que les États devront adopter pour garantir la jouissance des droits énoncés dans la Convention. La mise en vigueur de la Convention fait l'objet d'une surveillance de la part du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes.

enfants, ainsi que du droit à l'information et à l'éducation pour leur permettre d'exercer pleinement ce droit<sup>38</sup>.

L'interprétation de ces droits, particulièrement en ce qui concerne la PA, a varié. Par exemple, selon certains observateurs, le libellé des dispositions concernant la famille, de même que les travaux préparatoires des deux traités, portent à croire que les droits énoncés ne visaient pas à imposer une obligation positive aux États en matière d'assistance à la procréation, mais qu'ils visaient plutôt les individus qui jouissent de la capacité physiologique de reproduction<sup>39</sup>. Cette position trouve un appui dans l'Observation générale 19, énoncée par le Comité des droits de l'homme, selon laquelle le droit de fonder une famille implique, en principe, la possibilité de procréer et de vivre ensemble<sup>40</sup>.

D'autres, par contre, ont soutenu qu'en raison de leur obligation de faire en sorte que les individus jouissent des droits énoncés dans les traités ci-dessus, les États parties doivent faciliter le droit à la reproduction, même par des moyens artificiels<sup>41</sup>.

Étant donné que la question du droit à l'accès aux techniques de reproduction n'a pas été étudiée à l'échelon international par un tribunal des droits de la personne, on ne peut établir clairement comment les dispositions du PIRDCP et de la CEDAW doivent être interprétées relativement à cette question.

### France

Les tribunaux français ont reconnu le droit à l'autonomie en matière de reproduction. Dans *Parpalaix c. Centre d'étude et de conservation du sperme*<sup>42</sup>, le tribunal devait déterminer le statut du sperme qui avait été donné par un homme décédé. Au sujet du matériel reproductif d'un individu, le tribunal a indiqué en essence que le sperme est l'expression génétique du droit fondamental d'une personne à créer la vie ou à ne pas avoir d'enfants<sup>43</sup>.

### États-Unis

Aux États-Unis, le droit à l'autonomie en matière de reproduction (dans ce pays, désignée plus souvent par l'expression « autonomie en matière de procréation ») se fonde sur le droit à la protection de la vie privée et à la liberté garanti par le quatorzième amendement de la

Constitution américaine<sup>44</sup>. Les tribunaux américains ont jugé que ce droit englobe autant le droit de procréer que le droit de ne pas procréer<sup>45</sup>.

Dans *Skinner v. Oklahoma*<sup>46</sup>, l'une des premières causes portant sur les droits en matière de reproduction, la Cour suprême des É.-U. a annulé une loi d'un État qui exigeait la stérilisation de criminels jugés coupables de crimes multiples impliquant une turpitude morale. La Cour a conclu que [TRADUCTION] « le mariage et la procréation sont fondamentaux pour l'existence et la survie mêmes de la race » et qu'ils devaient être considérés comme des « droits civils fondamentaux »<sup>47</sup>. Ainsi, la Cour a fait du droit de procréer un droit fondamental.

Cette position a été confirmée dans l'affaire *Eisenstadt v. Baird*<sup>48</sup>, où la Cour suprême a jugé que [TRADUCTION] « si le droit à la vie privée signifie quelque chose, c'est bien le droit de l'individu, marié ou célibataire, d'être libre de toute intrusion gouvernementale injustifiée dans des domaines touchant si fondamentalement à la personne, comme la décision de porter ou de mettre au monde un enfant »<sup>49</sup>.

<sup>38</sup> *Ibid.* à l'alinéa 16(1)e).

<sup>39</sup> M.K. Eriksson, *Reproductive Freedom in the Context of International Human Rights and Humanitarian Law* (London: Kluwer Law International, 2000), à la p. 194.

<sup>40</sup> OG n° 19/38 à l'article 23 du PIRDCP, Doc. NU CCPR/21/rev.1/Ann.2, au par. 5.

<sup>41</sup> *Supra* 39 à la p. 194.

<sup>42</sup> [1984] Trib. Gr. Inst. Créteil, 1<sup>er</sup> août, 1984, Gazette du Palais (G.P.), 15 sept. 1984.

<sup>43</sup> G.A. Katz, « Parpalaix c. CECOS: Protecting Intent in Reproductive Technology » (1998) 11:3 Harvard J. L. & Tech. 683 at 686.

<sup>44</sup> L'article 1 du quatorzième amendement de la Constitution américaine établit que :

Toutes personnes nées ou naturalisées aux États-Unis, et soumises à leur juridiction, sont citoyens des États-Unis et de l'État où elles résident. Aucun État ne fera ou n'appliquera de loi qui restreindrait les privilèges ou immunités des citoyens des États-Unis; ni ne privera aucune personne de vie, de liberté ou de propriété sans procédure légale convenable (without due process of law); ni ne refusera à quiconque relève de sa juridiction l'égalité protection des lois.

<sup>45</sup> Pour un excellent résumé de la jurisprudence américaine, voir : G.J. Annas, « The Impact of Medical Technology on the Pregnant Woman's Right to Privacy » (1987) 13 Am. J. L. and Med. 213.

<sup>46</sup> 316 U.S. 535 (U.S. S.C. 1942).

<sup>47</sup> *Ibid.* à la p. 541.

<sup>48</sup> 405 U.S. 438 (U.S. S.C. 1972).

<sup>49</sup> *Ibid.* à la p. 453.

Dans *Griswold v. Connecticut*<sup>50</sup>, le droit de ne pas procréer a clairement été établi lorsque la Cour a établi le droit pour les couples mariés d'utiliser des contraceptifs. La Cour a fait remarquer que le droit fondamental à la vie privée englobait les décisions concernant la conception d'enfants et que ces décisions devaient être libres de toute ingérence gouvernementale injustifiée. Le droit à l'utilisation des contraceptifs a par la suite été élargi pour englober les personnes non mariées dans *Carey v. Population Services International*<sup>51</sup>.

Enfin, dans l'arrêt de principe *Roe v. Wade*<sup>52</sup>, la Cour suprême des É.-U. a déclaré que le droit fondamental à la vie privée englobait la procréation, de même que la décision de mettre fin à une grossesse<sup>53</sup>. Ces décisions établissent, à tout le moins, le droit à la procréation par des moyens naturels sans ingérence de l'État<sup>54</sup>.

Les tribunaux américains ont également débattu de l'autonomie en matière de reproduction dans des causes mettant en jeu la PA, en particulier dans le cadre de procès portant sur des embryons in vitro congelés, question qui sera analysée plus loin dans le présent chapitre. Dans ce contexte, la Cour suprême du Tennessee a réaffirmé que [TRADUCTION] « le droit à l'autonomie en matière de procréation est composé de deux droits d'égale importance : le droit de procréer et le droit d'éviter de procréer »<sup>55</sup>.

En ce qui concerne le droit de procréer par le recours à des moyens technologiques (c.-à-d. la procréation assistée), deux causes entendues récemment par des tribunaux inférieurs des É.-U. nous éclairent sur la question de savoir si les droits en matière de reproduction aux É.-U. englobent la PA.

Dans *Baby M*<sup>56</sup>, une mère porteuse a refusé de remettre l'enfant qu'elle avait porté, dérogeant ainsi au contrat conclu entre les parents éventuels et elle-même. La Cour suprême du New-Jersey a jugé que le contrat contrevenait à l'ordre public et a déclaré que [TRADUCTION] « le droit de procréer est tout simplement le droit d'avoir des enfants naturels, que ce soit par des rapports sexuels ou par insémination artificielle. Ce n'est pas plus que cela »<sup>57</sup>.

Deux années plus tard, la U.S. District Court for the Northern District of Illinois, dans l'affaire *Lifchez v. Hartigan*<sup>58</sup>, a jugé que la loi de l'Illinois interdisant

l'expérimentation sur les fœtus était inconstitutionnelle en raison de son imprécision et de la violation inacceptable du droit à la protection de la vie privée. En parlant des techniques de FIV, la Cour a déclaré que [TRADUCTION] « le transfert d'embryons est une intervention visant à permettre à une femme infertile de porter son propre enfant. Il est alors logique de penser qu'à l'intérieur des choix protégés par la Constitution, qui englobe le droit d'avoir accès à des contraceptifs, on doit inclure le droit de subir une intervention médicale qui peut entraîner, plutôt que prévenir, une grossesse »<sup>59</sup>.

Bien que les tribunaux américains aient reconnu le droit de procréer, et le droit correspondant de ne pas procréer, cette reconnaissance du droit à l'autonomie en matière de reproduction ne s'est pas traduite en obligation positive pour le gouvernement de fournir des services de PA aux individus.

## Canada

La *Charte canadienne des droits et libertés* (la *Charte*) ne renferme pas de dispositions explicites sur le droit de procréer; on ne trouve pas non plus, au Canada, de jurisprudence établissant que le droit de procréer est un droit humain fondamental. Toutefois, le droit à la liberté énoncé à l'art. 7 de la *Charte* a été interprété par la Cour suprême du Canada (CSC) comme une garantie protégeant l'autonomie de la femme en matière de reproduction. La notion d'autonomie en matière de reproduction a été reconnue pour la première fois dans le contexte du droit à l'avortement.

En 1988, le juge Wilson a déclaré en son propre nom, dans *R. c. Morgentaler*<sup>60</sup>, que l'« intérêt » de la liberté prévu à

<sup>50</sup> 381 U.S. 479 (U.S. S.C. 1965).

<sup>51</sup> 431 U.S. 678 (U.S. S.C. 1977).

<sup>52</sup> 410 U.S. 113 (U.S. S.C. 1973).

<sup>53</sup> *Ibid.* aux p. 152, 153.

<sup>54</sup> E. Price Foley, « Human Cloning and the Right to Reproduce » (2002) 65 Alb. L. Rev. 625; C. Kalebic, « Symposium on Cloning: The Constitutional Question of Cloning Humans: Duplication or Procreation? An Examination of the Constitutional Right to Procreate » (1998) 8 S. Cal. Interdis. L.J. 229.

<sup>55</sup> *Infra* 193.

<sup>56</sup> *In the Matter of Baby M, A Pseudonym for an Actual Person*, 109 N.J. 396 (Supreme Court of New Jersey 1988).

<sup>57</sup> *Ibid.* à la p. 448.

<sup>58</sup> 735 F. Supp. 1361 (U.S. District Court Northern District of Illinois 1990).

<sup>59</sup> *Ibid.* à la p. 1376.

<sup>60</sup> [1988] 1 R.C.S. 30 (C.S.C.).

l'art. 7 impliquait le droit de prendre « des décisions personnelles fondamentales sans intervention de l'État »<sup>61</sup>. Ce droit comprenait celui d'interrompre sa grossesse ou non, étant donné qu'une telle décision est « une décision qui aura des conséquences psychologiques, économiques et sociales profondes pour la femme enceinte »<sup>62</sup>. Par conséquent, le juge Wilson a conclu que la disposition du *Code criminel* concernant l'avortement, débattue dans cette affaire, constituait une violation injustifiable du droit à la liberté énoncé à l'art. 7. Toutefois, étant donné les répercussions que cette disposition pouvait avoir sur l'accès à des services d'avortement thérapeutique et sur la disponibilité de ces services, la Cour a invoqué la composante de la sécurité de la personne énoncée à l'art. 7 pour statuer, dans une décision majoritaire, que la disposition était inconstitutionnelle.

Cette interprétation du droit à la liberté a par la suite été adoptée par la CSC dans différents contextes, notamment le droit d'un parent de prendre des décisions concernant les soins médicaux prodigués à son enfant et le refus d'accorder l'aide juridique à un parent dans une cause de tutelle<sup>63</sup>.

Dans *E. (M<sup>me</sup>) c. Eve*<sup>64</sup>, une mère a demandé à la Cour une autorisation pour faire subir à sa fille adulte atteinte de déficience mentale une stérilisation à des fins non thérapeutiques. La CSC a déclaré que la compétence *parens patriae* ne devrait jamais servir à autoriser la stérilisation à des fins non thérapeutiques, étant donné la grave atteinte aux droits de l'individu que cela constituerait. On avait également fait valoir auprès du tribunal qu'en se fondant sur la *common law* et le droit fondamental de procréer, ainsi que sur le droit correspondant de ne pas procréer, découlant de l'art. 7 de la *Charte*, on devrait adopter le critère de « jugement substitué » énoncé aux États-Unis. La Cour n'était pas disposée à déterminer si la composante de la liberté de l'art. 7 protège le droit fondamental de procréer ou de ne pas procréer. La Cour a plutôt conclu que l'art. 7 ne s'appliquait pas dans cette cause du fait que c'était la mère de l'individu qui demandait la stérilisation, plutôt que l'État. Un aspect important de cette cause est le fait que la Cour a reconnu que les décisions en matière de reproduction sont de nature grave et profondément personnelle et qu'elles peuvent par conséquent être considérées comme des décisions personnelles fondamentales méritant d'être protégées par la *Charte*.

L'autonomie en matière de reproduction a également été considérée dans le contexte du bien-être de l'enfant. Dans *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. D.F.G.*<sup>65</sup>, on a demandé à la CSC de déterminer si un organisme de services à l'enfance pouvait placer sous garde, dans un hôpital, une femme enceinte souffrant de dépendance aux vapeurs de la colle pour protéger le fœtus pendant son développement. Dans une décision majoritaire, la CSC a rejeté l'affirmation selon laquelle un tel acte pouvait être justifié par le droit de la responsabilité délictuelle ou la compétence *parens patriae*. La majorité a statué qu'un fœtus ne pouvait être reconnu comme une personne juridique étant donné l'atteinte éventuelle que cela pourrait porter au droit de la mère à la liberté. La Cour a conclu que, dans le contexte de la responsabilité délictuelle, le fait d'imposer un devoir de diligence à la mère à l'égard de son fœtus pourrait créer une situation de conflit entre la mère en tant qu'individu autonome et son enfant en développement, ce qui pourrait avoir des conséquences négatives pour la mère.

En résumé, il ressort de la jurisprudence canadienne portant sur l'autonomie en matière de reproduction que les individus ont le droit d'être à l'abri de toute intervention de l'État en ce qui concerne leurs décisions personnelles fondamentales. Il est hautement probable que la décision de procréer puisse être considérée comme une décision personnelle fondamentale du type envisagé par la CSC. Par conséquent, le droit à la liberté énoncé à l'art. 7 serait vraisemblablement compromis si l'État tentait d'empêcher un individu de prendre une décision personnelle en matière de reproduction.

<sup>61</sup> *Ibid.* au par. 230.

<sup>62</sup> *Ibid.* au par. 241.

<sup>63</sup> *B.(R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315 (C.S.C.); *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires c. G.[J.])*, [1999] 3 R.C.S. 46 (C.S.C.). Voir également *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307 (C.S.C.) et *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844 (C.S.C.).

<sup>64</sup> [1986] 2 R.C.S. 388 (C.S.C.).

<sup>65</sup> [1997] 3 R.C.S. 925 (C.S.C.). Pour un commentaire sur cette cause, voir : M. Randall, « Pregnant Embodiment and Women's Autonomy Rights in Law: An Analysis of the Language and Politics of Winnipeg Child and Family Services v. D.F.G. » (1999) 62 Sask. L. Rev. 515; T. Caulfield & E. Nelson, « Winnipeg Child and Family Services v. D.F.G.: A Commentary on the Law, Reproductive Autonomy and the Allure of Technopolicy » (1998) 36 Alta. L. Rev. (No. 3) 799; F. Baylis, « Dissenting with the Dissent: Winnipeg Child and Family Services v. G. (D.F.) » (1998) 36 Alta. L. Rev. (No. 3) 785.

## Analyse

On trouve des éléments d'un droit à l'autonomie en matière de reproduction dans les instruments nationaux, internationaux et comparatifs portant sur les droits de la personne, et dans la jurisprudence correspondante. Dans le contexte de l'avortement et de la planification des naissances, l'autonomie en matière de reproduction est une question bien développée. La notion du droit à l'autonomie en matière de reproduction n'a pas encore été appliquée à la PA au Canada ni à l'échelon international, et seulement de façon périphérique aux É.-U. dans le contexte des lois contre l'expérimentation sur les fœtus.

La question de savoir si la notion d'autonomie en matière de reproduction se traduit par un droit positif à l'accès à des services de PA est toujours en suspens. L'ingérence dans une décision personnelle fondamentale, comme dans l'affaire *Morgentaler*<sup>66</sup>, où le *Code criminel* imposait des restrictions à l'accès à des services d'avortement, est une tout autre affaire que de demander à l'État de prendre des mesures pour aider une personne à réaliser son désir personnel ou de lui fournir une aide dans ce sens<sup>67</sup>. Comme l'indique un commentateur, [TRADUCTION] « le droit qu'on ne nous empêche pas d'avoir un enfant n'implique pas le droit à obtenir un enfant »<sup>68</sup>. Jusqu'à présent, il n'y a pas de jurisprudence au Canada qui pourrait donner à penser que l'État a une obligation d'aide envers les individus dans l'exercice de leur droit à l'autonomie en matière de reproduction. Cela est également vrai aux É.-U., où la jurisprudence parle du droit d'être à l'abri de toute ingérence de l'État et du droit de subir un traitement médical, mais non du droit de demander des services financés par l'État pour exercer son droit de procréer.

## 2.4.2 Le droit à la santé

### Droit international

Il existe plusieurs instruments internationaux portant sur les droits de la personne qui font mention d'un « droit à la santé ». Il ne s'agit clairement pas du droit comme tel d'être en santé. Ce droit englobe plutôt une gamme de services reliés à la santé, notamment les soins de santé, l'éducation, la santé de l'enfant et de la mère et l'hygiène du milieu.

La première mention expresse du droit à la santé figure dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme*

(DUDH), selon laquelle « [t]oute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux ainsi que pour les services sociaux nécessaires [...] »<sup>69</sup>.

L'article 12 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* (PIDESC)<sup>70</sup> est l'énoncé auquel on accorde le plus d'autorité en matière de droit à la santé. Il reconnaît explicitement « le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre »<sup>71</sup>. L'obligation qu'ont les États parties consiste en une mise en vigueur progressive des mesures nécessaires en fonction des ressources disponibles. Le Pacte établit les mesures que les États parties doivent prendre « en vue d'assurer le plein exercice de ce droit », qui sont les suivantes :

- a) La diminution de la mortalité et de la mortalité infantile, ainsi que le développement sain de l'enfant;
- b) L'amélioration de tous les aspects de l'hygiène du milieu et de l'hygiène industrielle;
- c) La prophylaxie et le traitement des maladies épidémiques, endémiques, professionnelles et autres, ainsi que la lutte contre ces maladies;
- d) La création de conditions propres à assurer à tous des services médicaux et une aide médicale en cas de maladie.<sup>72</sup>

Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels de l'ONU a examiné la portée du droit à la santé dans son observation générale sur ce droit<sup>73</sup>. Bien que le point de

<sup>66</sup> *Supra* note 60.

<sup>67</sup> M. Evans, « A Right to Procreate? » in D. Evans (ed.), *Creating the Child* (London: Kluwer Law International, 1996) 127 à 129.

<sup>68</sup> *Ibid.* à la p. 129.

<sup>69</sup> Rés. AG 217 (III), AGNU, 3<sup>e</sup> sess., suppl. n° 13, Doc. NU A/810 (1948), article 25(1) [ci-après la DUDH].

<sup>70</sup> *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, 993 R.T.N.U. 3 (entrée en vigueur : 3 janvier 1976) [ci-après le PIDESC]. Le Canada est partie au PIDESC.

<sup>71</sup> *Ibid.* à l'article 12.

<sup>72</sup> *Ibid.* à l'alinéa 12.2a).

<sup>73</sup> Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n° 14*, CES NU, 2000, Doc. NU E/C.12/2000/4, CDESC [ci-après l'Observation générale 14].

vue du Comité n'ait pas force exécutoire, il constitue une indication de la façon dont l'organe responsable de l'application du PIDESC interprète le droit à la santé.

L'Observation générale fait ressortir quatre éléments nécessaires à l'exercice du droit à la santé : disponibilité, accessibilité, acceptabilité et qualité. La disponibilité concerne la quantité de services, les installations et l'existence de personnel qualifié. L'accessibilité renvoie à quatre critères : non-discrimination, accessibilité physique, accessibilité économique et accès à de l'information concernant la santé. L'acceptabilité englobe le respect de l'éthique médicale, l'adaptation culturelle et le principe de la confidentialité. La qualité concerne la pertinence scientifique et médicale et la qualité des services de santé ainsi que des installations<sup>74</sup>.

L'Observation générale impose aux États trois types d'obligations face au droit à la santé. L'*obligation de respecter* est en grande partie une obligation négative, qui interdit aux États de prendre des mesures qui nuiraient à la jouissance du droit à la santé. L'*obligation de le protéger* exige que les États prennent des mesures pour faire en sorte que des tierces parties ne nuisent pas au droit à la santé. Enfin, en vertu de l'*obligation de le mettre en oeuvre*, les États parties doivent mettre en place différents moyens pour que le droit à la santé puisse être exercé, notamment des mesures législatives, administratives, financières et juridiques<sup>75</sup>.

En ce qui concerne les femmes et le droit à la santé, l'Observation générale précise qu'il faut élaborer et mettre en œuvre des stratégies nationales globales pour promouvoir la santé des femmes comme moyen d'éliminer la discrimination envers les femmes<sup>76</sup>. À cette fin, il est indiqué dans l'Observation générale que les stratégies nationales doivent comprendre des mesures visant à prévenir et à traiter les maladies qui touchent les femmes, ainsi que des politiques permettant de fournir un accès à des soins de santé, notamment des services de santé sexuelle et génésique. La santé génésique est également mentionnée en ce qui a trait aux efforts que les États parties doivent déployer pour éliminer la discrimination envers les femmes<sup>77</sup>. Bien qu'il soit fait mention de la santé sexuelle et génésique dans l'Observation générale, en particulier en ce qui concerne les alinéas 12.2a) et 12.2c)<sup>78</sup>, on ne parle pas

expressément de la PA. La définition suivante de la santé génésique est fournie dans l'Observation générale :

La santé génésique recouvre la liberté pour les hommes et les femmes de décider s'ils veulent procréer et quand, le droit d'être informés sur les méthodes sûres, efficaces, abordables et acceptables de planification familiale, l'accès à la méthode de leur choix, ainsi que le droit d'avoir accès à des services appropriés de soins de santé, garantissant, par exemple, aux femmes le bon déroulement de leur grossesse et de leur accouchement<sup>79</sup>.

Bien que l'Observation générale du Comité ait permis de faire de grands pas pour améliorer la compréhension qu'ont les États membres de la portée et du contenu du droit humain international à la santé, les paramètres de ce droit ne sont toujours pas clairs. La Commission des droits de l'homme de l'ONU a nommé un rapporteur spécial, chargé d'explorer et de promouvoir ce droit<sup>80</sup>.

Dans la *Convention relative aux droits de l'enfant* (CDE)<sup>81</sup>, le droit à la santé tel qu'énoncé dans le PIDESC est réitéré de façon précise en ce qui concerne les enfants. En outre,

<sup>74</sup> *Ibid.* au par. 12.

<sup>75</sup> Pour un résumé de l'Observation générale ou d'autres documents concernant le droit international à la santé, voir : S.D. Jamar, « The International Human Right to Health » (1994) 22 S.U.L. Rev. 1; v.A. Leary, « The Right to Health in International Human Rights Law » (1994) 1 Health and Human Rights 25; A.R. Chapman, « Conceptualizing the Right to Health: A Violations Approach » (1998) 65 Tenn. L. Rev. 389; L. Smith, « Section IV(b): The Right to Health » in K.E. Mahoney & P. Mahoney (eds.), *Human Rights in the Twenty-first Century: A Global Challenge* (London: Martinus Nijhoff Publishers, 1993); E.D. Kinney, « The International Human Right to Health: What does this Mean for our Nation and World? » (2001) 34 Ind. L. Rev. 1457; A.R. Chapman, « Core Obligations Related to the Right to Health » in A.R. Chapman & S. Russell (eds.), *Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights* (New York: Intersentia, 2002).

<sup>76</sup> *Supra* note 73 au par. 21.

<sup>77</sup> *Ibid.* au par. 21.

<sup>78</sup> *Ibid.* aux par. 14 et 16.

<sup>79</sup> *Ibid.* au par. 15.

<sup>80</sup> Paul Hunt, un éminent spécialiste du domaine des droits de la personne, a été nommé rapporteur spécial en vertu de la Résolution 2002/31 de la Commission des droits de l'homme de l'ONU. Dans son rapport préliminaire, Paul Hunt définit trois objectifs principaux pour son mandat de trois ans : 1) promouvoir — et encourager les autres à promouvoir — le droit à la santé à titre de droit humain fondamental; 2) éclaircir la portée et le contenu du droit à la santé; 3) cerner les bonnes pratiques qui permettront la mise en œuvre du droit à la santé à l'échelon communautaire, national et international.

<sup>81</sup> *Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, 1577 R.T.N.U. 3 (entrée en vigueur : 2 septembre 1990) [ci-après la CDE]. Le Canada est partie à la CDE.

les États parties doivent prendre des mesures appropriées relativement aux questions entourant la santé des enfants, notamment pour réduire la mortalité infantile et lutter contre la maladie et la malnutrition<sup>82</sup>.

D'autres instruments internationaux, auxquels le Canada est partie, comprennent également des dispositions sur la non-discrimination relativement au droit à la santé. Dans la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (CERD)<sup>83</sup>, les États parties s'engagent à interdire et à éliminer la discrimination raciale sous toutes ses formes et à garantir le droit de chacun, sans distinction, de jouir du droit à des soins médicaux et de santé publics<sup>84</sup>. Dans la CEDAW, les États parties conviennent de prendre les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes en ce qui concerne les soins de santé. Plus particulièrement, les États doivent assurer un accès égal aux services de soins de santé, en accordant une importance particulière aux soins prénatals et postnatals<sup>85</sup>. On pourrait faire valoir que ces principes de non-discrimination en matière de services génésiques s'appliquent également à l'accès aux services de PA.

Plusieurs conventions régionales auxquelles le Canada n'est pas partie, comme la *Charte sociale européenne*<sup>86</sup>, la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*<sup>87</sup> et la *Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine* du Conseil de l'Europe<sup>88</sup>, ainsi que des organismes internationaux tels que l'Organisation mondiale de la santé, reconnaissent également le droit à la santé<sup>89</sup>. En outre, un grand nombre de constitutions d'États prévoient des dispositions sur le droit à la santé, notamment celles de l'Afrique du Sud, des Pays-Bas, de l'Italie et de la Hongrie<sup>90</sup>.

Le droit humain international à la santé énoncé dans le PIDESC n'a pas été cité dans la jurisprudence canadienne relativement à l'accès aux services de santé. Par conséquent, on ne peut prévoir comment un tribunal canadien traiterait une demande à ce titre et si ce droit serait utilisé pour interpréter les dispositions législatives canadiennes de façon à imposer une obligation positive à l'État.

### Canada

La *Charte* ne renferme pas de « droit à la santé » ni de « droit à des soins de santé » explicite. Toutefois, on a tenté d'invoquer aussi bien l'art. 7 que l'art. 15 de la *Charte* comme

fondement pour arguer que le gouvernement a une obligation positive de fournir ou de rembourser des traitements médicaux particuliers. Étant donné que la population canadienne a actuellement un très large accès à des soins de santé, il n'est pas surprenant de ne pas trouver un vaste corpus de jurisprudence canadienne affirmant le droit à la santé. Néanmoins, on peut facilement prévoir une hausse du nombre de demandes présentées en vertu de la *Charte* et invoquant le droit à la santé à mesure que les coûts des soins de santé continueront de croître et que les pressions sur les budgets fédéral et provinciaux continueront de s'intensifier.

### Application de la *Charte* dans le contexte des soins de santé

La CSC a déclaré que tous les actes posés dans le contexte des soins de santé ne peuvent être assimilés à des actes de nature gouvernementale. Dans *Stoffman v. Vancouver General Hospital*<sup>91</sup>, la Cour a conclu que les questions internes de gestion hospitalière, comme la politique de retraite obligatoire s'appliquant aux médecins, ne pouvaient faire l'objet d'un examen en vertu de la *Charte*. De telles décisions n'étaient pas assujetties au contrôle gouvernemental en vertu des dispositions législatives régissant les hôpitaux dans les provinces; par conséquent, l'hôpital ne pouvait être considéré comme faisant partie du « gouvernement ».

<sup>82</sup> *Ibid.* à l'article 24.

<sup>83</sup> *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination sociale*, 7 mars 1966, 660 R.T.N.U. 195 (entrée en vigueur : 4 janvier 1969) [ci-après la CERD]. Le Canada est partie à la CERD. En vertu de cette Convention, les États parties s'engagent notamment :

- à interdire la discrimination raciale par les individus, les groupes, etc.
- ne pas s'adonner à des actes ou des pratiques de discrimination raciale à l'égard d'individus, de groupes de personnes ou d'institutions, et à faire en sorte que les autorités et les institutions publiques ne s'adonnent pas à de telles actes ou pratiques.
- à ne pas parrainer, défendre ou appuyer la discrimination raciale par des personnes ou des organisations.
- à revoir les politiques et les lois qui créent de la discrimination raciale ou la perpétuent.

<sup>84</sup> *Ibid.* au sous-alinéa 5 e)(iv).

<sup>85</sup> *Supra* note 37 à l'alinéa 11.1f) et à l'article 12.

<sup>86</sup> *Charte sociale européenne*, 18 octobre 1961, 529 R.T.N.U. 89 (entrée en vigueur : 26 février 1965).

<sup>87</sup> *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, 27 juin 1981, (1982) 21 I.L.M. 58 (entrée en vigueur : 21 octobre 1986).

<sup>88</sup> *Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine*, 4 avril 1997, STE n° 164 (entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> décembre 1999).

<sup>89</sup> *Constitution de l'OMS*, (1948) 14 R.T.N.U. 186, préambule.

<sup>90</sup> B. Toelbes, *The Right to Health as a Human Right in International Law* (Oxford : Intersentia, 1999) aux p. 82, 201, 208.

<sup>91</sup> [1990] 3 R.C.S. 483 (C.S.C.).



La question de l'application de la *Charte* a été revue en 1997 dans l'affaire *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*<sup>92</sup>, où la CSC devait déterminer si la *Charte* s'appliquait aux mesures prises par un hôpital. Plus particulièrement, le litige dans cette affaire portait sur le fait que le système de soins de santé public ne couvrait pas les services d'interprétation gestuelle. Bien que la Cour ait précédemment conclu que les hôpitaux étaient des entités privées et non des entités gouvernementales, elle a établi une distinction entre les affaires concernant la gestion interne et la prestation des soins aux patients. La prestation par un hôpital de services médicalement nécessaires a été jugée comme un moyen d'exécuter un programme social en vertu d'une loi provinciale; par conséquent, la Cour a conclu qu'elle était assimilable à un acte de nature gouvernementale. À la lumière de cette conclusion, la *Charte* s'appliquait. Cette décision est particulièrement importante pour l'application de la *Charte* dans le contexte des soins de santé du fait que la Cour a voulu examiner les actes ou les activités de l'entité visée et déterminer si elles satisfaisaient à un objectif gouvernemental<sup>93</sup>.

La jurisprudence sur le droit aux soins de santé n'a pas accordé beaucoup d'attention à l'application de la *Charte*; les demandeurs ont généralement contesté les dispositions législatives allouant les ressources, qui constituent clairement un acte de nature gouvernementale.

### L'article 7 et le droit de la santé

Certains demandeurs ont tenté d'invoquer, la plupart du temps sans succès, l'art. 7 pour contester des politiques touchant le cadre du système de soins de santé, par exemple l'attribution des numéros de facturation et les restrictions applicables aux soins de santé privés<sup>94</sup>. Des demandeurs ont également fait valoir que l'art. 7 englobe le droit aux soins de santé.

Dans *Fernandes v. Manitoba (Director of Social Services, Winnipeg Central)*<sup>95</sup>, le demandeur a fait valoir que le refus de l'État de défrayer ses soins à domicile portait atteinte à ses droits en vertu de l'art. 7 de la *Charte* car, sans ces soins, il serait obligé de vivre dans un hôpital. La Cour a conclu que l'art. 7 ne protège pas le désir du demandeur de vivre dans un certain cadre ou de jouir d'un mode de vie particulier.

Dans *Ontario Nursing Home Association v. Ontario*<sup>96</sup>, la Cour a rejeté une allégation selon laquelle un niveau inadéquat de financement provincial pour les maisons de soins infirmiers portait atteinte au droit à la sécurité de la personne. La Cour a conclu que l'art. 7 ne traitait pas des droits de propriété ni ne garantissait d'avantages additionnels pour bonifier les droits prévus à l'art. 7.

Un raisonnement semblable a été utilisé dans *Brown v. British Columbia*<sup>97</sup>; la Cour a conclu que la décision du gouvernement provincial de ne pas rembourser entièrement le coût de certains médicaments servant au traitement du VIH/sida ne violait pas les droits du demandeur en vertu de l'art. 7. La Cour a jugé que l'art. 7 ne protège pas contre les difficultés économiques, pas plus qu'elle ne fournit des avantages propres à améliorer la vie, la liberté ou la sécurité de la personne.

Dans *Chaoulli c. Québec (Procureure générale)*<sup>98</sup>, les requérants ont fait valoir que l'interdiction d'une assurance de soins de santé parallèles et privés portait atteinte à leurs droits en vertu de l'art. 7. Le juge de première instance a conclu que l'art. 7 ne protège pas les droits économiques en soi. Toutefois, les droits reliés à ceux prévus à l'art. 7 qui ont une composante économique accessoire peuvent être protégés. En ce qui concerne la portée des droits garantis par l'art. 7, le juge de première instance a déclaré ce qui suit :

En premier lieu, il est clair que la *Charte* n'a pas pour objet la protection de droits purement économiques. En second lieu, on doit constater qu'il existe un courant au sein de la Cour suprême qui étendrait la portée de l'art. 7 pour garantir une plus grande autonomie aux individus et parallèlement qui

<sup>92</sup> [1997] 3 R.C.S. 624 (C.S.C.).

<sup>93</sup> Pour une excellente analyse de la jurisprudence concernant l'application de la *Charte*, voir : M. Jackman, « The Application of the Canadian Charter in the Health Care Context » (2000) 9 Health L. Rev. No. 2, 22.

<sup>94</sup> Voir *Re Mia and Medical Services Commission of British Columbia* (1985) 17 D.L.R. (4th) 385 (C.S.C.-B.); *Waldman v. British Columbia (Medical Services Commission)* (1999) 177 D.L.R. (4th) 321. Mais voir *Rombaut v. New Brunswick (Minister of Health and Community Services)* (2001) 240 N.B.R. (2d) 258 (C.A.N.-B.).

<sup>95</sup> (1992) 78 Man. R. (2d) 172 (C.A. Man.).

<sup>96</sup> (1990), 72 D.L.R. (4th) 166 (H.C.J. Ont.).

<sup>97</sup> (1990), 66 D.L.R. (4th) 444 (C.S.C.-B.).

<sup>98</sup> [2000] J.Q. n° 479 (Cour sup.).

viendrait empêcher une trop grande ingérence de la part de l'État dans les choix personnels des gens. La porte n'est donc pas fermée pour permettre la reconnaissance de certains droits intimement liés et indissociables au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. Ce sera la protection, dans une certaine mesure, de droits appelés « droits économiques incidents<sup>99</sup> ».

Bien que le juge de première instance ait conclu qu'il y avait eu atteinte au droit des requérants à la vie, à la liberté et à la sécurité de leur personne, il a conclu que cette atteinte était en accord avec les principes de la justice fondamentale. La Cour d'appel du Québec a rejeté l'appel<sup>100</sup>. En ce qui concerne l'art. 7, la Cour a jugé qu'il ne s'appliquait pas pour trois motifs. D'abord, le droit de conclure un contrat, qui était interdit par les dispositions en question, était un droit économique non fondamental à la vie d'une personne. Ensuite, pour que l'on conclue à une violation de l'art. 7, les requérants doivent prouver qu'il y a eu une atteinte au droit, réelle ou potentielle et éminente, ce qui dans cette affaire n'a pas été démontré. Enfin, la Cour a conclu que l'art. 7 ne pouvait être invoqué pour contester le bien-fondé d'un choix en matière de politique. Cette cause sera entendue par la CSC dans un avenir rapproché.

Comme le montre la jurisprudence ci-dessus, les tribunaux canadiens ont jusqu'à présent rejeté l'idée que les droits énoncés à l'art. 7 de la *Charte* comprennent le droit à un type précis de soins de santé<sup>101</sup>.

### L'article 15 et le droit à la santé

Dans le contexte des soins de santé, on a relevé deux catégories de causes où l'art. 15 a été soulevé. La première concerne des cas où des services de soins de santé généralement offerts à tous sont refusés à un groupe particulier; dans la deuxième catégorie, on trouve des causes où un traitement particulier demandé par un groupe précis d'individus a été refusé<sup>102</sup>.

Dans la première catégorie de causes, la plus importante au Canada est *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*<sup>103</sup>. Dans cette affaire, les appelants ont contesté la décision de la province de refuser de fournir des services d'interprétation gestuelle dans le cadre des services

médicaux assurés offerts dans la province. La CSC a conclu qu'il y avait violation du par. 15(1) car la décision de ne pas financer les services d'interprétation privait effectivement les résidents atteints de surdité de la possibilité de profiter des services de santé provinciaux de façon équitable. Il est important de noter que la Cour a rejeté la justification financière de la province dans l'analyse de l'article premier. Elle a conclu que le fait de ne pas assurer un accès égal à des services qui sont généralement offerts à tous ne constituait pas une atteinte minimale au droit de l'individu à l'égalité en vertu du par. 15(1), d'autant plus que le coût du service ne représentait qu'une fraction minime du budget total de la province au chapitre des soins de santé<sup>104</sup>.

En ce qui concerne les soins effectivement remboursés par l'assurance-santé, les tribunaux se sont généralement abstenus de remettre en question les décisions gouvernementales concernant la portée de la couverture. Par exemple, la demande présentée en vertu du par. 15(1) dans *Brown v. British Columbia*<sup>105</sup>, où le gouvernement provincial refusait de rembourser entièrement un médicament particulier utilisé par des personnes vivant avec le VIH/sida, n'a pas été accueillie.

<sup>99</sup> *Ibid.* au par. 221.

<sup>100</sup> [2002] J.Q. n° 759 (C.A. Qué.), autorisation de pourvoi devant la CSC accueillie [2002] A.C.S.C. n° 280.

<sup>101</sup> Pour un résumé de la jurisprudence concernant le lien entre les art. 7 et 15 et les soins de santé, voir : T. Friesen, « The Right to Health Care » (2001) 9 Health L.J. 205; T.A. Caulfield, « Wishful Thinking: Defining 'Medically Necessary' in Canada » (1996) 4 Health L. J. 63; B.F. Windwick, « Health-Care and Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms » (1994) 3 Health L. Rev. No. 1 20; A.L. Karr, « Section 7 of the Charter: Remedy for Canada's Health Care Crisis? (Part I) » (2000) 58(3) The Advocate 363; Commission sur l'avenir des soins de santé au Canada, *Quels seront les effets de la charte des droits et libertés et l'évolution de la jurisprudence sur les coûts des soins de santé?* (Étude), D. Greschner, 2002.

<sup>102</sup> B. von Tigerstrom, « Human Rights and Health Care Reform: A Canadian Perspective » in *Health Care Reform and the Law in Canada Meeting the Challenge* (Edmonton: The University of Alberta Press, 2002) 157 à 171.

<sup>103</sup> *Supra* note 92.

<sup>104</sup> Voir également *J.C. v. Forensic Psychiatric Service Commissioner* (1992), 65 B.C.L.R. (2d) 386 (C.S.C.-B.), où l'accès à un secteur précis de l'établissement a été refusé au demandeur pour des motifs liés au sexe et à des considérations financières. Dans cette cause, la Cour a conclu qu'il y avait violation du par. 15(1) et a refusé d'accepter une justification fondée sur les restrictions budgétaires. Voir également C.P. Manfredi & A. Maioni, « Courts and Health Policy: Judicial Policy Making and Publicly Funded Health Care in Canada » (2002) 27(2) Journal of Health Politics, Policy and Law » 213.

<sup>105</sup> *Supra* note 97.

De même, la contestation présentée par un couple infertile à l'égard d'une décision provinciale de ne pas rembourser certains types de techniques de PA, dans *Cameron v. Nova Scotia*<sup>106</sup>, a également été rejetée. Dans cette affaire, le gouvernement provincial avait jugé que les traitements de FIV et de IICS n'étaient pas des services « médicalement nécessaires » et que, par conséquent, ils n'étaient pas visés par le régime provincial d'assurance-santé. Dans une décision majoritaire, la Cour a conclu que l'infertilité était une incapacité et que [TRADUCTION] « le refus de fournir ces traitements au motif qu'ils n'étaient pas médicalement nécessaires créait une distinction fondée sur la caractéristique de l'infertilité »<sup>107</sup>. En outre, cette distinction perpétuait l'idée que les gens infertiles ont moins de valeur. En ce qui concerne l'analyse de l'article premier, la majorité de la Cour a déclaré ce qui suit sur le rôle du gouvernement et la distribution des avantages sociaux :

[TRADUCTION]

Devant les énormes pressions qui pèsent sur eux, ils doivent « bénéficier d'une certaine souplesse » dans la répartition des avantages sociaux entre les très nombreuses interventions qui entrent en concurrence et les états médicaux auxquels elles répondent. Les décideurs ont besoin de latitude pour bien soupeser les intérêts opposés dans un contexte de restrictions financières. Nous n'avons tout simplement pas les outils pour faire un tri parmi les priorités. Nous ne devrions pas contester leurs décisions sauf dans les cas où il est clair qu'ils n'ont pas réussi à bien soupeser les droits des individus garantis par la *Charte* par rapport à l'objectif global immédiat de l'intention qui sous-tend la Loi. Pour paraphraser le juge Sopinka [...], il serait irréaliste de la part de ce tribunal de présumer qu'il existe des fonds illimités pour répondre aux besoins de tous. Nous sommes nécessairement tenus à beaucoup de retenue à l'endroit des décideurs dans cet exercice<sup>108</sup>.

En bout de ligne, la majorité a conclu que l'article premier justifiait la de violation du par. 15(1). L'exclusion des deux traitements était raisonnablement liée à la nécessité de dépenser judicieusement les fonds limités et d'assurer la sécurité et l'efficacité de ces traitements. En outre, il n'y

avait qu'une atteinte minimale aux droits des demandeurs étant donné que d'autres traitements étaient disponibles. Enfin, les effets de l'exclusion étaient compensés par les avantages d'une répartition responsable des ressources en soins de santé.

Une décision opposée a été rendue dans *Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Minister of Health)*<sup>109</sup>.

Les demandeurs, des mineurs atteints d'autisme et leurs parents, faisaient valoir que le refus par les autorités sanitaires de la province de fournir une intervention comportementale intensive précoce dans les cas d'autisme violait aussi bien l'art. 7 que le par. 15(1) de la *Charte*. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a jugé qu'il y avait violation du par. 15(1). L'interprétation étroite faite par la province des dispositions législatives en matière d'assurance-santé faisait en sorte qu'on n'avait pas pris les mesures nécessaires pour répondre aux besoins en soins de santé des enfants autistes. Le fait qu'on n'ait pas tenu compte de la situation déjà défavorable de ces enfants avait donné lieu à un traitement différentiel, pour le motif énoncé de déficience mentale. En ce qui concerne l'article premier, la Cour a donné raison au juge de première instance et a conclu que la violation n'était pas justifiée. Bien qu'on ne puisse considérer tout refus de rembourser un traitement pour un problème de santé comme un acte de discrimination, le fait de ne pas envisager de rembourser le traitement aux demandeurs constituait une façon d'affirmer que les déficiences mentales dont ils souffraient méritaient moins que d'autres un traitement. En ce qui concerne l'attribution des ressources en soins de santé, la Cour a déclaré qu'elle ne s'en remettrait pas toujours à l'assemblée législative lorsque le respect de la *Constitution* serait en jeu, comme dans ce cas particulier, où les ressources demandées ne représentaient pas une dépense extraordinaire<sup>110</sup>. Cette affaire sera entendue par la CSC dans un avenir rapproché.

<sup>106</sup> (1999), 177 D.L.R. (4th) 611 (C.A.N.-É), autorisation de pourvoi devant la C.S.C. refusée [1999] A.C.S.C. n° 531.

<sup>107</sup> *Ibid.* à la p. 654.

<sup>108</sup> *Ibid.* à la p. 667.

<sup>109</sup> [2002] B.C.J. N° 2258 (C.A.C.-B.), autorisation de pourvoi devant la C.S.C. accueillie [2002] A.C.S.C. n° 510.

<sup>110</sup> *Ibid.* aux par. 57 à 59.

Une question fondamentale qui se pose dans ce type de causes est la mesure dans laquelle l'argument des compressions budgétaires invoqué par le gouvernement résistera à l'analyse de la justification, à la suite en particulier de la déclaration de la CSC selon laquelle les coûts ne pourront servir de justification valable en vertu de l'article premier de la *Charte* que dans de rares cas<sup>111</sup>. Un autre point en cause est la capacité du gouvernement de répartir les ressources limitées de manière à répondre aux besoins des Canadiens en matière de santé. Dans *Cameron*, où la Cour a conclu que la violation ne constituait qu'une atteinte minimale étant donné qu'un remboursement était prévu pour certains traitements de l'infertilité, on a reconnu clairement les réalités économiques et le fait qu'elles pouvaient justifier des violations des droits garantis par la *Charte*, tandis que dans l'affaire *Auton*, où aucun traitement n'était remboursé, la Cour a clairement déclaré que les considérations économiques ne l'emportent pas toujours sur les droits garantis par la *Charte*. Il s'agit d'un secteur du droit en pleine évolution et, jusqu'à présent, la question demeure en suspens.

### 2.4.3 Droit de bénéficiaire du progrès scientifique

La *Charte* canadienne ne fait pas mention du droit de profiter des progrès scientifiques. La notion de droits reliés à la science a d'abord été développée au par. 27(1) de la DUDH, qui a servi de modèle pour le par. 15(1) du PIDESC. Le paragraphe 15(1) énonce ce qui suit :

Les États parties au présent Pacte reconnaissent à chacun le droit :

- a) De participer à la vie culturelle;
- b) De bénéficier du progrès scientifique et de ses applications;
- c) De bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur<sup>112</sup>.

L'alinéa 15(1)*b* du PIDESC est le plus pertinent en ce qui concerne l'accès aux techniques de reproduction<sup>113</sup>. Il faut noter, dès le départ, que la littérature examinant la portée de ce droit ou les obligations qui en découlent pour les

États est très maigre. En outre, on ne trouve aucune mention de cet article dans la jurisprudence canadienne.

Un spécialiste a cerné quatre éléments centraux dans l'alinéa 15(1)*b* à la lumière de l'examen du libellé de la disposition et des travaux préparatoires correspondants. En premier lieu, le droit de bénéficier du progrès scientifique est tributaire de l'existence d'autres libertés telles que la liberté de parole, la liberté de réunion et d'association et la liberté d'accès à l'information. En deuxième lieu, le terme « bénéficiaire » porte à croire que ce droit devrait viser des applications scientifiques bénéfiques sur le plan social, par opposition à des applications scientifiques nuisibles. En troisième lieu, la jouissance de ce droit devrait être en harmonie avec les normes d'égalité énoncées à l'article 3 du Pacte. Enfin, sans la coopération de la communauté internationale, il ne saurait être question de profiter des progrès scientifiques dans des États où la science n'a pas progressé<sup>114</sup>.

Toutefois, même dans le PIDESC, le droit de bénéficier du progrès scientifique n'est pas illimité. L'article 15 renferme trois droits connexes qui peuvent s'opposer. Le conflit éventuel le plus notable est l'opposition entre le droit de bénéficier du progrès scientifique et le droit de bénéficier de la protection de la propriété intellectuelle. On a avancé que le fait d'inscrire ces droits dans le même article traduit l'intention du rédacteur de faire en sorte que ces droits s'équilibrent l'un par rapport à l'autre. Certains spécialistes ont également fait valoir que, pour être en harmonie avec une approche axée sur les droits de la personne, les droits de l'auteur devraient être

<sup>111</sup> *Singh c. Canada*, [1985] 1 R.C.S. 177 (C.S.C.); *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3 aux par. 281 à 285 (C.S.C.); *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires c. G. [J.])*, *supra* note 62 au par. 100. Pour une analyse détaillée du lien entre l'article premier et les soins de santé, voir : A.L. Karr, « Section 7 of the Charter: Remedy for Canada's Health-Care Crisis? (Part II) » (2000) 58(4) *The Advocate* 531.

<sup>112</sup> *Supra* note 70 au par. 15(1).

<sup>113</sup> On trouve également des dispositions concernant la participation aux avantages dans la *Convention sur la diversité biologique*, 5 juin 1992, 31 I.L.M. 818 (entrée en vigueur : 29 décembre 1993) et dans la *Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme*, 1997, Rés. A.G. 53/152, 53<sup>e</sup> sess. (1998).

<sup>114</sup> R.P. Claude, « Scientists' Rights and the Human Right to the Benefit of Science » in A.R. Chapman & S. Russell (eds.), *Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights* (New York: Internsentia, 2002) à la p. 255.

subordonnés à une éventuelle contribution au bien commun de la société<sup>115</sup>.

En ce qui concerne l'accès aux découvertes scientifiques, un commentateur a fait valoir qu'il n'est pas réaliste de donner à cette disposition une interprétation selon laquelle toute personne aurait le droit de bénéficier de toute découverte scientifique, en particulier à la lumière des restrictions budgétaires des États. En outre, selon cet auteur, le droit général de bénéficier des résultats de la recherche ne se traduit pas par un droit précis d'accès à ces avantages précis<sup>116</sup>.

Il est intéressant de noter que le droit de bénéficier du progrès scientifique n'a pas souvent été invoqué par ceux qui réclament un accès aux médicaments dans la lutte contre le VIH/sida<sup>117</sup>. L'accent a plutôt été mis sur le droit à la santé.

Devant l'absence de jurisprudence et le peu d'attention accordée en général au droit de bénéficier du progrès scientifique, on ne peut savoir précisément comment un tribunal canadien répondrait à l'argument selon lequel un individu a le droit d'avoir accès à un traitement ou à une nouvelle technique en vertu de ce droit précis. Ceci est particulièrement vrai si l'on considère l'exercice d'équilibre qui est nécessairement exigé à la lumière de la lecture de l'intégralité de l'article 15 du PIDESC, combiné au fait que le droit de bénéficier du progrès scientifique n'existe pas en soi dans la loi canadienne.

#### 2.4.4 Conclusion

À l'heure actuelle, il semble qu'il n'y ait pas d'obligation concrète pour les États de rembourser les services de PA ou de fournir un accès à ces services, que ce soit dans des instruments nationaux ou internationaux, découlant du droit à l'autonomie en matière de reproduction, du droit à la santé ou du droit de bénéficier du progrès scientifique. Il ressort clairement que le fait de ne pas exercer d'ingérence dans l'accès à la PA diffère considérablement de la prestation effective de ces services à titre de droit.

Toutefois, si l'État réglemente les activités de PA, la mesure dans laquelle il peut limiter l'accès à la PA devient une question dans laquelle les droits de la personne auraient un

rôle très important. Par exemple, si l'État adoptait des mesures législatives interdisant que des femmes célibataires, des femmes lesbiennes ou des femmes de plus d'un certain âge aient accès aux services de PA, les principes d'égalité seraient certainement mis en cause. De façon générale, lorsqu'un service est réglementé, il doit être fourni de façon équitable. Toutefois, lorsque des fonds publics servent à fournir le service en question, il peut être acceptable d'imposer des limites dans certaines circonstances.

Qu'il existe ou non des dispositions législatives au Canada en matière de PA, les cliniques qui offrent des traitements de l'infertilité sont tenues de fournir leurs services sans discrimination conformément à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*<sup>118</sup> et aux différentes lois provinciales s'appliquant aux droits de la personne.

### 2.5 Question 2 : Accès à l'information, divulgation d'information et répercussions pour les descendants et les donneurs de matériel reproductif

Des individus et des couples pratiquent l'insémination artificielle avec du sperme de donneur depuis des décennies. Les progrès de la science ont permis plus récemment d'utiliser des ovules et des embryons in vitro de donneuse. L'analyse portera essentiellement sur les dons de sperme, car il s'agit du procédé le plus courant jusqu'à ce jour.

Le don de matériel reproductif soulève des questions juridiques, éthiques et morales d'importance, notamment le conflit entre le souci des donneurs de conserver l'anonymat et le droit des enfants issus d'un don de

<sup>115</sup> Z. Lazzarini, « Making Access to Pharmaceuticals a Reality: Legal Options Under TRIPS and the Case of Brazil » (2003) 6 Yale H.R. & Dev. L. J. 103; Comité des droits économiques, sociaux et culturels, document de travail présenté par A.R. Chapman, « La propriété intellectuelle en tant que droit de l'homme : obligations découlant de l'article 15 1)c) » CES NU, 24<sup>e</sup> sess., Doc. NU E/C.12/2000/12 (2000).

<sup>116</sup> L. Shanner, « The Right to Procreate: When Rights Claims Have Gone Wrong » (1995) 40 Revue de droit de McGill. 823.

<sup>117</sup> Mais voir Z. Lazzarini, *supra* note 107; celle-ci invoque effectivement l'article 15 du PIDESC pour faire valoir le droit à l'accès aux médicaments. Cet argument n'est pas généralement soulevé en ce qui concerne les médicaments, peut-être à cause de la mention des droits de propriété intellectuelle figurant dans le même article.

<sup>118</sup> L.R. 1985, ch. H-6.

matériel reproductif de connaître leur patrimoine génétique et l'identité du donneur<sup>119</sup>.

### 2.5.1 Situation au Canada

Autrefois, la conception et l'origine génétique des enfants de donneurs étaient souvent entourées de secret, et elles le sont encore de nos jours dans bien des cas. Ce voile de secret rappelle celui qui entourait l'adoption par le passé et qui l'entoure encore, dans une certaine mesure. Les enfants de donneurs sont certes informés de la façon dont ils ont été conçus, mais comme l'entourage possède bien souvent peu d'information sur le donneur, voire aucune, il leur est difficile, sinon impossible, de connaître leurs antécédents médicaux ou leur patrimoine génétique.

Le projet de loi C-13, dont il a été question plus haut dans ce chapitre, a apporté certaines réponses à ces questions. Les donneurs n'auraient plus gardé l'anonymat face à la clinique de traitement de l'infertilité ou au système de réglementation. Le titulaire d'une autorisation et l'agence de réglementation créés en vertu du projet de loi auraient été tenus de conserver des dossiers renfermant des renseignements médicaux nominatifs sur les donneurs, les utilisateurs et les enfants. Le titulaire d'une autorisation (clinique ou médecin) aurait été tenu de recueillir et de conserver les renseignements médicaux requis sur le donneur ou la donneuse avant d'accepter un don de sperme, d'ovule ou d'un embryon in vitro<sup>120</sup>.

Selon le projet de loi, les personnes qui envisagent de fonder une famille à l'aide du matériel génétique d'un donneur ou les personnes issues d'un tel matériel auraient eu accès à des renseignements médicaux non nominatifs sur le donneur. L'identité du donneur n'aurait toutefois pas été divulguée sans son consentement écrit<sup>121</sup>. Le projet de loi C-13 aurait permis aux parents des enfants issus de dons de matériel reproductif et aux enfants eux-mêmes d'avoir accès à des renseignements médicaux (notamment des renseignements génétiques) tout en respectant le désir du donneur ou de la donneuse de ne pas divulguer son identité.

### 2.5.2 Situation dans d'autres pays

Au milieu des années 80, la Suède est devenue le premier pays à accorder aux enfants adultes de donneurs le droit

d'obtenir des renseignements nominatifs sur leur donneur de sperme<sup>122</sup>. Les renseignements qui doivent être divulgués à « l'enfant adulte » comprennent l'identité du donneur et des renseignements qui le concernent, par exemple ses caractéristiques physiques. L'Autriche autorise également les enfants des donneurs à obtenir de l'information sur les donneurs de sperme<sup>123</sup>.

L'État de Victoria, en Australie, a adopté en 1995 une loi conférant aux enfants issus d'un don de gamètes et à leurs descendants le droit d'avoir accès à des renseignements nominatifs et non nominatifs<sup>124</sup>. La loi confère aussi aux donneurs/donneuses et aux receveurs/receveuses de gamètes et d'embryons in vitro le droit d'avoir accès à des renseignements non nominatifs sur les uns et les autres. Les donneurs/donneuses ou les receveurs/receveuses peuvent uniquement avoir accès à des renseignements nominatifs sur l'autre partie, avec son consentement.

L'Islande a adopté un système double selon lequel les dons peuvent être anonymes ou non, selon le choix du donneur<sup>125</sup>. Dans certains pays cependant, notamment la France, la Norvège et le Danemark, les enfants issus d'un don n'ont accès à aucun renseignement au sujet de leurs parents biologiques<sup>126</sup>.

Les États-Unis n'ont pas légiféré au sujet de la divulgation d'information sur les donneurs aux enfants conçus par PA. Certaines associations professionnelles, par exemple l'American Society for Reproductive Medicine, ont

<sup>119</sup> Nous aimerions remercier Elaine Ménard, avocate, Section des droits de la personne, de son aide et de ses commentaires précieux sur cette partie du chapitre.

<sup>120</sup> Projet de loi C-13, clause 14. Les renseignements médicaux sont définis ainsi dans la clause 3 du projet de loi C-13 : « l'identité, les caractéristiques personnelles, l'information génétique et les antécédents médicaux des donneurs de matériel reproductif humain ou d'embryons in vitro, ainsi que des personnes ayant eu recours à une technique de procréation assistée ou qui sont issues d'une telle technique ».

<sup>121</sup> Projet de loi C-3, clauses 15, 18.

<sup>122</sup> C. Gottlieb et al., « Disclosure of donor insemination to the child: the impact of Swedish legislation on couples' attitudes » (2000) 15(9) Human Reproduction 2052.

<sup>123</sup> Il est à noter que les lois suédoise et autrichienne ne s'appliquent qu'aux donneurs de sperme.

<sup>124</sup> *Infertility Treatment Act 1995*.

<sup>125</sup> L. Firth, « Gamete donation and anonymity: The ethical and legal debate » (2001) 16(5) Human Reproduction 818.

<sup>126</sup> *Ibid.*

toutefois formulé des recommandations et des lignes directrices sur le sujet<sup>127</sup>. Certaines banques de sperme américaines offrent des programmes d'insémination par donneur non anonyme lesquels des renseignements nominatifs peuvent être divulgués aux enfants des donneurs qui en font la demande à l'âge de 18 ans<sup>128</sup>.

Au Royaume-Uni, l'organisme de réglementation créé en vertu de la *HFE Act* recueille des renseignements de base sur les donneurs. Il s'agit notamment du nom, du lieu de naissance, de la date de naissance, de la taille, du poids, du groupe ethnique, de la couleur des yeux, de la couleur de la peau et de la couleur des cheveux. L'organisme note également la profession, la religion et les intérêts du donneur, mais la quantité d'information recueillie dans ces catégories est laissée à la discrétion du donneur. Selon le régime législatif actuel du Royaume-Uni, les enfants des donneurs ne peuvent avoir accès à des renseignements identifiant le donneur. Ils peuvent toutefois savoir, à l'âge de 16 ans, s'ils risquent d'être apparentés à une personne qu'ils ont l'intention d'épouser. À l'âge de 18 ans, ils ont le droit de savoir s'ils sont issus d'un traitement ayant fait appel à un don de matériel reproductif<sup>129</sup>.

Le gouvernement du Royaume-Uni a lancé une consultation sur le sujet en 2002, puis il a indiqué qu'il dresserait de nouveaux plans pour permettre aux enfants d'obtenir plus d'information sur leur donneur une fois qu'un complément de recherche aurait été fait<sup>130</sup>. Le gouvernement du Royaume-Uni a annoncé récemment qu'il prévoyait de modifier la loi afin de permettre aux enfants issus d'un don de sperme, d'ovules ou d'embryons postérieur à avril 2005 de connaître l'identité de leur donneur/donneuse à l'âge de 18 ans. C'est en 2023 qu'une première personne de 18 ans pourra avoir accès à cette information<sup>131</sup>.

### 2.5.3 Arguments favorables et défavorables à la divulgation d'information sur le donneur

Les partisans et les adversaires de l'anonymat des donneurs conviennent de la nécessité de fournir des renseignements médicaux et génétiques non nominatifs aux enfants. Mais la divulgation de renseignements nominatifs continue de semer la controverse.

Les partisans d'un programme de don non anonyme évoquent le vide émotif que ressentent les enfants qui ne connaissent pas l'identité du donneur. Ils affirment aussi que la connaissance de l'identité du donneur permet aux enfants de mieux développer leur sentiment d'identité et leur lien avec leurs antécédents biologiques<sup>132</sup>. Ils font valoir que la connaissance de l'identité du donneur peut contribuer en outre à prévenir les relations incestueuses. Ce point revêt une importance particulière puisque, s'il n'y a pas de lignes directrices ni de réglementation, un donneur pourrait être le parent biologique de plusieurs enfants d'une même région géographique qui ignoreraient leur lien de parenté<sup>133</sup>.

La nécessité de stimuler les dons figure parmi les arguments les plus souvent invoqués à l'appui du maintien d'un certain anonymat en ce qui concerne le don de gamètes. Les donneurs sont souvent réfractaires à la divulgation de leur identité parce qu'ils craignent d'être tenus légalement responsables des enfants issus du processus. Certains partisans de l'anonymat affirment qu'un système de don non anonyme entraînerait une grave pénurie, voire une absence totale, de donneurs<sup>134</sup>. Ce n'est pas ce qui s'est produit en Suède. Après qu'un système non anonyme eut été introduit dans ce pays, le nombre de donneurs a baissé mais il est revenu à la normale par la suite.

<sup>127</sup> Voir American Society for Reproductive Medicine, 2002 Guidelines for Gamete and Embryo Donation, <http://www.asrm.org/Media/Practice/practice.html#Guidelines> (date de consultation : 26 novembre 2003).

<sup>128</sup> Par exemple, la Sperm Bank of California est ouverte depuis 1982, et des enfants issus de dons de sperme faits à cette banque ont depuis atteint l'âge de 18 ans et ont communiqué avec leur père biologique.

<sup>129</sup> *HFE Act*, *supra* note 14. Voir le document de référence pertinent mis au point par la HFEA, en ligne à : <http://www.hfea.gov.uk/PressOffice/Backgroundpapers/Eggdonation>

<sup>130</sup> Donor Information Consultation: Providing information about gamete or embryo donors, DoH, 2002; Government Press Release on donor-conceived children, issued January 2003, <http://www.pm.gov.uk>.

<sup>131</sup> « British sperm, egg donors to lose anonymity » *CBC News* (21 janvier 2004), en ligne à : [http://www.cbc.ca/stories/2004/01/21/sperm\\_donors040121](http://www.cbc.ca/stories/2004/01/21/sperm_donors040121) (date de consultation : 13 février 2004).

<sup>132</sup> M.L. Shanley, « Collaboration and Commodification in Assisted Procreation: Reflections on an Open Market and Anonymous Donation in Human Sperm and Eggs » (2002) 36 *Law & Soc'y Rev.* 257; J. Johnston, « Mum's the Word: Donor Anonymity in Assisted Reproduction » (2002) 11 *Health L. Rev.* No. 1 151.

<sup>133</sup> K.E. Koehler, « Artificial insemination: In the Child's Best Interest? » (1996) 5 *Alb. L. J. Sci. & Tech.* 321.

<sup>134</sup> Johnston, *supra* note 132.

La Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction a indiqué dans son rapport que la diminution du nombre de donneurs posait problème, et elle a recommandé aux provinces d'adopter des mesures législatives prévoyant que le don de sperme met fin aux droits et aux responsabilités du donneur à titre de parent<sup>135</sup>.

Jusqu'ici, seuls le Québec, Terre-Neuve et le Yukon ont légiféré pour clarifier le statut juridique des donneurs de sperme et éviter qu'ils ne soient considérés comme parents aux yeux de la loi. Ainsi, le *Code civil* du Québec prévoit sans équivoque qu'il n'y a aucun lien de filiation entre la personne qui fournit du matériel génétique et l'enfant qui en est issu. Mais à Terre-Neuve et au Yukon, un donneur/une donneuse d'ovule ou d'embryon in vitro pourrait être déclaré parent selon la loi. Dans les autres provinces et territoires, un donneur de sperme, d'ovule ou d'embryon in vitro pourrait être déclaré parent selon la loi d'un enfant issu de son matériel reproductif et devoir légalement assurer un soutien. L'Alberta est en voie d'actualiser et de refondre diverses lois provinciales liées au droit de la famille. Les nouvelles mesures législatives, qui ne sont pas encore en vigueur, porteront notamment sur la maternité de substitution et l'insémination artificielle.

Les partisans du maintien d'un système anonyme soutiennent aussi que ce système protège la famille du receveur des intrusions émotives ou juridiques du donneur/de la donneuse de gamètes ou d'embryon in vitro<sup>136</sup>. Le secret a aussi pour effet de protéger et de préserver la relation entre les enfants et le parent qui n'a pas de lien biologique avec l'enfant<sup>137</sup>.

## 2.5.4 Enfants issus d'un don de matériel reproductif et droit de connaître son patrimoine génétique

### Droit international

En droit international, on s'est fondé sur le paragraphe 7(1) et l'article 8 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* (« CDE ») pour établir le droit de l'enfant de connaître son patrimoine génétique<sup>138</sup>.

L'article 7 se lit ainsi :

1. L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux.
2. Les États parties veillent à mettre ces droits en oeuvre conformément à leur législation nationale et aux obligations que leur imposent les instruments internationaux applicables en la matière, en particulier dans les cas où faute de cela l'enfant se trouverait apatride.

L'article 8 se lit ainsi :

1. Les États parties s'engagent à respecter le droit de l'enfant de préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales, tels qu'ils sont reconnus par la loi, sans ingérence illégale.
2. Si un enfant est illégalement privé des éléments constitutifs de son identité ou de certains d'entre eux, les États parties doivent lui accorder une assistance et une protection appropriées, pour que son identité soit rétablie aussi rapidement que possible.

Bien que les articles 7 et 8 puissent être invoqués pour soutenir toute une gamme d'arguments ou de points de vue sur les droits des enfants, il importe d'en saisir l'origine pour en faire une interprétation juste. L'article 7 avait pour but premier de résoudre le problème de l'apatridie des enfants en exigeant qu'ils soient immédiatement liés à leurs parents<sup>139</sup>. L'article 8 a été conçu pour réunifier les familles séparées. Il visait particulièrement à contrer les actions militaires en Argentine, où des nouveau-nés ont été enlevés à leurs parents à la naissance et donnés à des couples qui appuyaient le régime militaire<sup>140</sup>.

<sup>135</sup> *Supra* note 9 à la p. 467.

<sup>136</sup> *Supra* note 130.

<sup>137</sup> Johnston, *supra* note 132.

<sup>138</sup> *Supra* note 39 à la p. 199.

<sup>139</sup> J. Fortin, *Children's Rights and the Developing Law*, (London: Butterworths, 1998) à la p. 314.

<sup>140</sup> *Ibid.*



### Article 7 de la CDE

Le terme « parent » n'est défini ni dans cet article ni dans un autre de la CDE. Le manque de clarté découlant de l'absence de définition a amené certains pays à tenter de cerner les paramètres de leur interprétation du terme, particulièrement en ce qui concerne l'adoption ou l'insémination thérapeutique<sup>141</sup>, par l'inscription de réserves ou de déclarations.

Le terme « parent » employé au paragraphe 7(1) peut être interprété de deux façons en ce qui concerne les donneurs de matériel reproductif. D'une part, il pourrait désigner la ou les personnes qui ont décidé d'avoir et d'élever un enfant à l'aide d'un don de matériel reproductif par opposition à la personne qui a fait don de matériel reproductif. D'autre part, il pourrait englober les parents génétiques, les parents biologiques et les parents psychologiques (personnes qui ont pris soin de l'enfant pendant une période importante). Les auteurs du Manuel d'application de l'UNICEF estiment que la deuxième définition représente une interprétation raisonnable de cet article de la CDE<sup>142</sup>.

Il importe de signaler que le paragraphe 7(1) apporte une réserve (« dans la mesure du possible ») et ne fait pas mention de « l'intérêt supérieur de l'enfant ». L'examen des travaux préparatoires révèle que l'expression « dans la mesure du possible » ne figurait pas dans une version antérieure du paragraphe. Elle a été ajoutée une fois que l'on eut soulevé l'impossibilité d'accorder en toutes circonstances un droit absolu de connaître l'identité de son parent. Certains États ont fait valoir, par exemple, que leurs lois autorisaient les « adoptions secrètes » dans le cadre desquelles les enfants adoptés n'avaient pas le droit de connaître l'identité de leur parent biologique<sup>143</sup>.

Il a été proposé, au cours de la rédaction du paragraphe, d'inclure la mention de « l'intérêt supérieur de l'enfant », mais l'idée a été rejetée. Selon les auteurs du Manuel d'application de l'UNICEF, l'expression « dans la mesure du possible » figurant au paragraphe 7(1) est plus rigoureuse et moins subjective que l'expression « l'intérêt supérieur de l'enfant » et elle sous-entend que, si possible, les enfants ont le droit de connaître leurs parents, même si ce n'est pas dans leur intérêt supérieur<sup>144</sup>. Les auteurs reconnaissent toutefois que, compte tenu de la nature de

l'ensemble de la CDE et, en particulier, de l'article 3 selon lequel l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale<sup>145</sup>, un enfant pourrait se voir refuser le droit de connaître son parent si cette option devait lui causer un tort certain, dans des circonstances extrêmes. Les auteurs signalent également que, pour ce qui est de la connaissance de ses origines, l'intérêt supérieur de l'enfant peut changer avec le temps, particulièrement selon l'âge<sup>146</sup>.

Les auteurs du Manuel d'application de l'UNICEF ont énoncé trois situations où le droit de connaître l'identité de son parent ne pourrait pas s'exercer. Premièrement, lorsque le parent ne peut pas être identifié; deuxièmement, lorsque la mère refuse d'identifier le père; et enfin, lorsque l'État détermine que l'identité du parent ne doit pas être révélée (p. ex. adoption secrète et insémination thérapeutique)<sup>147</sup>. Les auteurs affirment que cette dernière option semble restreindre indûment le droit pour l'enfant de connaître ses parents génétiques, et ils rappellent l'exemple de la Suède et de l'Autriche pour montrer que les systèmes non anonymes fonctionnent vraiment<sup>148</sup>. Enfin, l'expression « dans la mesure du possible » sous-entend que, si le donneur peut être identifié, l'enfant devrait pouvoir connaître ses parents biologiques.

<sup>141</sup> Par exemple, la République tchèque, CRC/C/2/Rev. 8, p. 28 et la Pologne, CRC/C/2/Rev. 8, p. 35.

<sup>142</sup> R. Hodgkin et P. Newell, *Manuel d'application de la Convention relative aux droits de l'enfant* (New York : Fonds des Nations Unies pour l'enfance, 2002) à la p. 117.

<sup>143</sup> Par exemple, les États-Unis, l'ex-République démocratique allemande et l'ex-URSS.

<sup>144</sup> *Supra* note 142 à la p. 117.

<sup>145</sup> L'article 3(1) de la CDE se lit ainsi :

1. Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

Il importe de noter que la disposition prévoit que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être *une* considération primordiale et non *la* considération primordiale. Selon les travaux préparatoires, une version antérieure précisait que l'intérêt supérieur de l'enfant devait être *la* considération primordiale. Cette formulation a toutefois soulevé des inquiétudes surtout parce que d'autres parties étaient susceptibles d'avoir des intérêts juridiques égaux ou même supérieurs dans certains cas et que des intérêts opposés, notamment ceux de la justice et de l'ensemble de la société, risquaient d'être aussi ou plus importants que ceux de l'enfant.

<sup>146</sup> *Supra* note 142 à la p. 118.

<sup>147</sup> *Ibid.* à la p. 119.

<sup>148</sup> *Ibid.* à la p. 118.

Le Comité des droits de l'enfant a dit craindre, par le passé, que le paragraphe 7(1) ne vienne contredire les politiques de certains États autorisant les donneurs de sperme à conserver l'anonymat<sup>149</sup>. Les propos du Comité sont certes convaincants, mais l'importance qu'il convient de leur accorder soulève énormément de débat.

### Article 8 de la CDE

L'article 8 de la CDE mentionne que les trois éléments suivants font partie de l'identité d'un enfant : la nationalité, le nom et les relations familiales. Les concepts de la nationalité et du nom sont généralement bien compris, tandis que celui des « relations familiales [telles qu'elles sont reconnues] par la loi » n'est pas défini dans la CDE et ne semble pas avoir de sens précis. Pour déterminer si l'article 8 établit que les enfants d'un donneur ont le droit de connaître leurs parents génétiques, il faut s'attarder au sens de « relations familiales ».

L'expression « relations familiales » prête à plusieurs interprétations, surtout que la définition de la « famille » varie selon les cultures. On pourrait soutenir qu'il y a lieu de lui donner une interprétation étroite à cause des faits qui sont à l'origine de l'élaboration de l'article 8. Comme on l'a mentionné plus haut, cette disposition a été créée pour résoudre le problème de l'enlèvement de nouveau-nés à leurs parents. Dans le cas de la PA, le parent génétique donne volontairement du matériel reproductif en sachant qu'il ne connaîtra probablement jamais les enfants qui en seront issus. Le donneur/la donneuse n'agit pas sous la contrainte<sup>150</sup>.

Pour leur part, les auteurs du Manuel d'application ont conclu que l'expression « relations familiales » signifie que l'identité d'un enfant dépasse le cadre de sa famille immédiate<sup>151</sup>. Les auteurs soulignent aussi que les enfants peuvent entretenir un certain nombre de relations, fait qui n'est souvent pas reconnu. La connaissance de l'identité du parent biologique n'entre donc pas nécessairement en conflit avec l'intérêt supérieur de l'enfant du donneur ou de l'enfant adopté.

L'étude des travaux préparatoires révèle que, à l'étape de la rédaction, un représentant du Mexique a réclamé que l'on définisse au paragraphe 8(1) les engagements des États parties dans des termes plus astreignants.

Le représentant a proposé, en particulier, que les éléments biologiques de l'identité soient inclus dans la disposition<sup>152</sup>. Sa proposition n'a cependant pas été retenue.

Bref, l'interprétation des obligations imposées par la CDE semble avoir grandement varié. Certains États parties de la CDE n'ont pas modifié leur législation sur les dons anonymes, tandis que d'autres l'ont fait en invoquant la CDE. Ainsi l'Autriche a modifié ses mesures législatives pour interdire les dons anonymes de sperme afin de se conformer aux obligations énoncées dans la CDE<sup>153</sup>.

En Australie, le South Australia Council on Reproductive Technology a mis au point récemment un document de travail traitant de l'accès à des renseignements nominatifs sur les donneurs de matériel reproductif. Les auteurs de ce document ont conclu que les instruments législatifs et réglementaires interdisant l'accès à des renseignements nominatifs sur les donneurs semblaient contrevenir à l'article 8 de la CDE, en particulier à l'expression « des éléments constitutifs de son identité ou de certains d'entre eux »<sup>154</sup>. Compte tenu de cette expression, les auteurs ont indiqué qu'il ne fallait pas dissimuler les aspects biologiques de son identité à un enfant issu d'un don de matériel reproductif.

<sup>149</sup> *Ibid.* à la p. 119.

<sup>150</sup> Il est probablement vrai que les donneurs de sperme ne sont pas forcés de faire un don. La situation est cependant moins claire dans le cas des donneuses d'ovules. La contrainte subtile exercée sur les « donneuses » d'ovules, qui ne peuvent avoir accès aux services de FIV qu'en « donnant » leurs ovules, soulève des préoccupations. Il existe actuellement deux modalités. Le *don d'ovules* prévoit qu'une femme qui demande une FIV traverse un cycle où ses ovules sont prélevés, puis donnés. La femme traverse ensuite un autre cycle pour son propre bénéfice à moindre coût. Le *partage d'ovules* prévoit qu'une femme qui demande une FIV traverse un cycle où ses ovules sont prélevés. Certains de ces ovules sont utilisés pour son propre bénéfice, et certains sont donnés à une autre femme. La femme qui donne ses ovules bénéficie d'une réduction des coûts de la FIV. La HFEA a déclaré, le 1<sup>er</sup> décembre 2003, que le don d'ovules ne se pratiquerait plus. En ligne à : <http://www.hfea.gov.uk/PressOffice/Archive/1070272120> (date de consultation : 11 février 2004).

<sup>151</sup> *Ibid.* à la p. 125.

<sup>152</sup> S. Detrick, ed., *The United Nations Convention on the Rights of the Child: A Guide to the "Travaux préparatoires"* (London: Martinus Nijhoff Publishers, 1992).

<sup>153</sup> *Supra* note 39 à la p. 200.

<sup>154</sup> Australie du Sud, « Conception by Donation: Access to identifying information in the use of donated sperm, eggs and embryos in reproductive technology in South Australia » Document de travail du South Australian Council on Reproductive Technology, avril 2000.

Il est difficile de déterminer exactement dans quelle mesure ces dispositions permettent à un État partie de restreindre l'accès d'un enfant à l'identité de ses parents biologiques. En termes clairs, si ce droit existe, il n'est pas absolu. Il y a des circonstances où l'enfant ne peut connaître son parent, par exemple si ce dernier est mort. En outre, l'interprétation des droits inclus dans la CDE ne semble pas faire l'unanimité au sein des États parties pour ce qui est des enfants issus d'un don de matériel reproductif.

Pour ce qui est des répercussions de la CDE au Canada, la CSC et la Cour d'appel du Québec ont indiqué que le droit international des droits de la personne, y compris la CDE, qu'il soit intégré au droit interne ou non, peut servir à interpréter la législation interne et à procéder au contrôle judiciaire des mesures administratives<sup>155</sup>.

### Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

La Cour européenne s'est penchée sur l'article 8 de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* (« la Convention »), qui inclut le droit à la vie privée et familiale, par rapport à l'accès aux renseignements personnels<sup>156</sup>. Fait important, la Cour n'a pas donné une définition étroite du droit à la vie privée. Elle a plutôt affirmé que ce droit englobe l'intégrité physique et psychologique et peut s'étendre à l'identité physique et sociale. Elle a ajouté que ce droit pouvait, dans une certaine mesure, englober celui de nouer et de développer des relations avec ses semblables<sup>157</sup>.

Dans l'arrêt *Gaskin v. U.K.*<sup>158</sup>, le demandeur voulait avoir accès aux dossiers tenus pendant son enfance alors qu'il vivait en famille d'accueil. La Cour a jugé que les renseignements figurant dans les dossiers étaient très personnels et représentaient vraisemblablement sa principale source d'information sur son passé. L'article 8 de la Convention était donc mis en cause. La Cour a déterminé que, au nom du respect de la vie privée, les gens devaient avoir accès à des renseignements portant sur leur identité et que l'État ne devait pas leur faire obstacle sans raison particulière. Elle a donc conclu que le droit à la vie privée et familiale avait été violé.

Mais toutes les affaires où une violation de la vie privée et familiale était alléguée n'ont pas eu une issue favorable devant le tribunal. Dans l'arrêt *Martin v. U.K.*<sup>159</sup>, le demandeur voulait avoir accès à des dossiers personnels conservés par les autorités. La Cour a jugé que l'article 8 était mis en cause, mais elle a néanmoins conclu qu'il n'y avait pas d'obligation absolue de divulguer l'information, en grande partie à cause de la politique de divulgation équilibrée adoptée par les autorités.

### Allemagne

En 1989, la Cour constitutionnelle allemande a conclu que, en vertu du droit constitutionnel à la vie privée, l'enfant a le droit de connaître l'identité de ses parents<sup>160</sup>. Ce droit à la vie privée n'est pas absolu et peut être restreint par voie de règlements, à condition que les règlements soient bien adaptés à leur objet et ne soient pas promulgués à des fins inconstitutionnelles. Selon cette définition restreinte du droit à la vie privée, le don anonyme de matériel reproductif est interdit<sup>161</sup>.

### Royaume-Uni

Une cause type a été présentée récemment au Royaume-Uni. Les demandeurs voulaient obtenir des renseignements nominatifs et non nominatifs (l'un des demandeurs réclamait des renseignements limités) au sujet des donneurs de sperme<sup>162</sup>. Les deux demandeurs, un adulte né avant l'adoption de la *HFE Act* et un enfant né après

<sup>155</sup> *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 (C.S.C.); *Projet de loi C-7 concernant le système de justice pénale pour les adolescents*, [2003] J.Q. n° 2850 (Cour d'appel du Québec).

<sup>156</sup> L'article 8 de la Convention se lit ainsi :

1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.
2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

<sup>157</sup> *Niemietz c. Allemagne*, (1992) 16 CEDH 97 au par. 29.

<sup>158</sup> (1989) 12 CEDH 36.

<sup>159</sup> (1996) 84 D & R 169.

<sup>160</sup> E. Deutsch, « Assisted Procreation in German Law » in D. Evans (ed.), *Creating the Child* (London: Kluwer Law International, 1996) à la p. 337; *supra* note 39 à la p. 200.

<sup>161</sup> Deutsch, *ibid.* à la p. 338.

<sup>162</sup> *R (on the application of Rose and another) v. Secretary of State for Health and another*, [2002] 3 FCR 731 (Q.B. Administrative Court).

l'adoption de cette loi, sont issus d'une insémination par donneur. Ils affirmaient que l'article 8 et, dans une certaine mesure, l'article 14 de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*<sup>163</sup> s'appliquaient à leur cas.

L'audience visait à déterminer si ces droits étaient mis en cause. Après avoir examiné les diverses décisions internes et européennes portant sur l'article 8, qui protège le foyer et le droit à la vie privée et familiale, la Cour a énoncé les principes généraux suivants :

[TRADUCTION]

- Le droit au respect de la vie privée et familiale doit s'entendre comme le droit de connaître les détails de son identité d'être humain. Ce droit inclut celui de connaître ses origines et de pouvoir les comprendre. Il englobe également l'identité physique et sociale et l'intégrité psychologique.
- Le respect de la vie privée et familiale englobe, dans une certaine mesure, le droit d'établir et de développer des relations avec ses semblables.
- Même s'il n'y a aucune autre relation qu'un lien biologique non identifié, l'article 8 peut s'appliquer quand même<sup>164</sup>.

La Cour a donc conclu que l'article 8 était mis en cause par rapport aux renseignements nominatifs et non nominatifs. Elle a cependant ajouté que la question de savoir si l'article 8 avait été violé était tout à fait différente et ne faisait pas l'objet de la cause. Une fois le jugement rendu, la cause a été suspendue en attendant l'issue de la consultation tenue par le gouvernement du Royaume-Uni au sujet de la divulgation de renseignements sur le donneur à ses enfants.

### Canada

Étant donné que la *Charte* ne s'applique qu'aux mesures gouvernementales, les droits de la personne qu'elle protège ne s'appliquent pas pour l'heure aux activités de PA parce qu'elles ne sont pas réglementées<sup>165</sup>. La *Charte* s'appliquerait toutefois si des mesures gouvernementales, par exemple l'adoption de mesures législatives, empêchaient un descendant de connaître l'identité de son

parent biologique. Le projet de loi C-13 aurait permis à un descendant de connaître l'identité du donneur, mais seulement si ce dernier avait donné son consentement écrit.

Si le gouvernement devait réintroduire et promulguer le projet de loi C-13 ou un autre semblable, il faudra trancher une question essentielle sur le plan des droits de la personne, soit celle de savoir si le droit du descendant à la sécurité de sa personne aux termes de l'article 7 de la *Charte* est violé par l'interdiction de connaître l'identité du donneur sans son consentement.

Comme il n'y a pas de loi sur la PA pour l'instant, il n'y a pas de jurisprudence au sujet des droits des descendants ou du donneur aux termes de la *Charte*. Il existe toutefois une certaine jurisprudence au sujet de l'adoption. La situation des enfants adoptés et celle des descendants d'un donneur présentent certes des ressemblances et des différences, mais il n'en reste pas moins que cette jurisprudence constitue un bon point de départ pour analyser l'existence du droit de connaître son parent biologique<sup>166</sup>.

La première étape de l'analyse de l'article 7 consiste à déterminer s'il y a eu privation du droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne et, partant, à examiner les répercussions qu'aurait le fait de ne pas

<sup>163</sup> Conformément à l'annexe 1 de la *Human Rights Act, 1998* du Royaume-Uni. L'article 8 est cité plus haut. L'article 14 se lit ainsi :

La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.

<sup>164</sup> *Supra* note 162 au par. 45.

<sup>165</sup> Voir cependant le *Règlement sur le traitement et la distribution du sperme destiné à la reproduction assistée*, *supra* note 3, pris en vertu de la *Loi sur les aliments et drogues*. Ce règlement porte sur la collecte et la distribution du sperme.

<sup>166</sup> La Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction a souligné dans son rapport les différences suivantes entre les enfants adoptés et les enfants issus d'un don de matériel reproductif :

Les enfants adoptés n'ont aucun lien biologique avec leurs parents tandis que les enfants issus d'une ID sont élevés par leur mère biologique. Dans le cas d'une adoption, un enfant déjà au monde est placé parce que sa mère est incapable de l'élever. L'adoption consiste à trouver une famille pour un enfant qui existe déjà, tandis que l'ID est un moyen auquel on recourt délibérément pour avoir un enfant.

connaître l'identité de son parent biologique. Dans l'affirmative, il faut déterminer si cette privation est conforme aux principes de justice fondamentale.

Dans l'arrêt *R. v. D.D.W.*<sup>167</sup>, un individu accusé d'inceste a soutenu que les dispositions relatives à la confidentialité de l'*Adoption Act* provinciale enfreignaient la sécurité de sa personne. L'accusé a tenté d'avoir accès aux dossiers d'adoption de la plaignante afin de prouver qu'il n'était pas le père biologique de l'enfant. La Cour a jugé que la sécurité de la personne de l'accusé était mise en cause, mais que les dispositions de la loi relatives à la divulgation étaient conformes aux principes de justice fondamentale.

Dans l'affaire *Ferguson v. Director of Child Welfare et al.*<sup>168</sup>, une adulte qui avait été adoptée voulait connaître l'identité de sa mère biologique. La Cour a jugé que les dispositions de la loi en matière de confidentialité devaient être respectées, sauf dans des circonstances exceptionnelles qui ne sauraient se limiter à la curiosité naturelle de la personne adoptée. La Cour d'appel de l'Ontario a souscrit à cette décision et a ajouté que l'article 7 de la *Charte* n'avait pas d'incidence sur la disposition particulière de la loi en question.

Par contre, dans la décision *Ross v. Prince Edward Island (Supreme Court, Family Division, Registrar)*<sup>169</sup>, la Cour a autorisé une personne adoptée de 18 ans à consulter son dossier d'adoption. La loi en vigueur au moment de son adoption ne traitait pas de la divulgation. La Cour a conclu que la personne adoptée [TRADUCTION] « devrait avoir le droit de connaître son patrimoine » et [TRADUCTION] « que ni ses parents naturels ni ses parents adoptifs ne devraient avoir le droit de la tenir dans l'ignorance au sujet de ses antécédents<sup>170</sup> ». Aucune allusion à la *Charte* n'a cependant été faite dans cette décision.

Les tribunaux n'ont pas conclu, dans la jurisprudence très restreinte (et ancienne) dont nous disposons en ce qui concerne les dossiers d'adoption, que la sécurité de la personne aux termes de l'article 7 comprenait le droit de connaître son patrimoine génétique. Ils ont toutefois explicité depuis la portée du droit à la sécurité de la

personne, en particulier du point de vue de l'intégrité psychologique.

Dans le contexte criminel, il est bien établi que la sécurité de la personne englobe son intégrité psychologique<sup>171</sup>. De plus, la CSC a eu l'occasion récemment de se prononcer sur la portée du droit à la sécurité de la personne des parents dans des causes portant sur la protection des enfants. Dans l'arrêt *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.) (« G.(J.) »)*<sup>172</sup>, la Cour suprême a reconnu que le droit à la sécurité de la personne protège l'intégrité physique et psychologique et que l'article 7 n'est pas limité aux affaires purement criminelles. La Cour a pris soin de préciser que les ingérences de l'État dans la relation parent-enfant ne constituent pas nécessairement une violation de la sécurité de la personne du parent. L'action de l'État doit avoir « des répercussions graves et profondes sur l'intégrité psychologique d'une personne » plus graves « qu'une tension ou une angoisse ordinaires », ce qui était le cas en l'espèce<sup>173</sup>. Un an plus tard, la Cour a appliqué le raisonnement de l'arrêt *G.(J.)* dans l'arrêt *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W. (« K.L.W. »)*<sup>174</sup>, et elle a conclu que l'appréhension d'un enfant imposait plus qu'une tension et une angoisse ordinaires à la mère et que, par conséquent, la sécurité de la personne de la mère était mise en cause. La Cour a également reconnu dans *G.(J.)* et *K.L.W.* que, compte tenu du lien qui unit la vie de l'enfant et celle du parent, la sécurité de la personne de l'enfant risque aussi d'être mise en cause s'ils sont séparés<sup>175</sup>.

Les affaires susmentionnées, qui traitent de la protection des enfants, doivent être distinguées d'autres cas où

<sup>167</sup> [1994] B.C.J. No. 3284 (C.A.C.-B.).

<sup>168</sup> (1983), 40 O.R. (2d) 294 (C.C. Ont.).

<sup>169</sup> [1985] P.E.I.J. No. 1 (C.S.Î.-P.-É.).

<sup>170</sup> *Ibid.* au par. 24.

<sup>171</sup> *R. c. Morgentaler*, *supra* note 60; *Rodriguez c. R.*, [1993] 3 R.C.S. 519 (C.S.C.).

<sup>172</sup> *Supra* note 63.

<sup>173</sup> *Ibid.* au par. 60.

<sup>174</sup> [2000] 2 R.C.S. 519 (C.S.C.).

<sup>175</sup> *Supra* note 63 au par. 76; *ibid.* au par. 12.

l'ingérence de l'État dans la relation parent-enfant n'a pas mis en cause la sécurité de la personne du parent, notamment ceux où un enfant a été incarcéré ou conscrit<sup>176</sup>. L'arrêt *Augustus c. Gosset*<sup>177</sup>, dans lequel la CSC a jugé que le meurtre par négligence d'un enfant par l'État (un policier) ne mettait pas en cause les droits garantis au parent par l'article 7 de la *Charte*, en est un exemple. Dans *G.(J.)*, le juge en chef Lamer (titre qu'il avait à l'époque) a concilié ces deux issues opposées en établissant des distinctions au sujet des répercussions ou du « préjudice » subi par le parent. Il a souligné que dans les affaires portant sur la garde des enfants, par exemple *G. (J.)* ou *K.L.W.*, le parent est étiqueté publiquement comme incapable de prendre soin de son enfant, ce qui met en cause la sécurité de sa personne. Dans les autres exemples, par contre, qui traitent de l'incarcération ou du meurtre d'un enfant par l'État, ce dernier ne porte pas atteinte à l'intégrité psychologique du parent en tant que parent et ne s'ingère pas dans l'intimité du lien parent-enfant<sup>178</sup>.

Cette jurisprudence permet de mieux cerner le sens du droit du parent à la sécurité de sa personne. Mais c'est la sécurité de la personne de l'enfant qui est en cause dans le cas du droit de l'enfant d'un donneur de connaître ses parents. Les scénarios énoncés plus haut dans lesquels, selon la Cour, la sécurité de la personne du parent a été violée s'appliquent-ils à la sécurité de la personne de l'enfant? Dans le cas du premier scénario, où l'État fait une déclaration publique au sujet de la capacité parentale, il est difficile d'imaginer que l'État déclare publiquement l'enfant inapte à remplir son rôle dans la relation parent-enfant. Le deuxième scénario, où l'État s'ingère dans l'intimité du lien parent-enfant, ne s'applique pas non plus dans le cas des enfants d'un donneur, car l'État ne pourrait s'ingérer dans aucun lien existant.

Il importe aussi de noter que la Cour n'est pas prête à donner une définition large de la sécurité de la personne. Dans *G.(J.)*, le juge en chef Lamer (titre qu'il avait à l'époque) a affirmé qu'une définition large de la sécurité de la personne aurait pour effet d'exposer le gouvernement à une augmentation des contestations et de banaliser les droits protégés par la Constitution. La Cour a statué en outre, dans l'arrêt *Blencoe*, que la protection contre le genre de stress et d'angoisse que le demandeur a éprouvés en

raison des délais imputables à l'État dans des procédures en matière de droits de la personne « ne devrait pas être élevée au rang de droit constitutionnel garanti par l'art. 7 »<sup>179</sup>.

La décision du gouvernement de n'autoriser la divulgation de l'identité du donneur qu'avec son consentement écrit, dont témoigne le projet de loi C-13, pourrait nuire à l'intégrité psychologique de certains enfants de donneur, mais ne causer aucun stress ni angoisse à d'autres.

Si un tribunal concluait que la sécurité de la personne d'un enfant était violée, il tenterait de pondérer ses droits par rapport à ceux des autres parties en cause, par exemple la famille du donneur et celle du receveur, dans l'analyse des principes de justice fondamentale.

Il importe enfin de poser la question plus large de savoir si l'article 7 de la *Charte* s'étend à des violations survenues à l'extérieur du système de justice et de son administration. La question a été soulevée récemment dans l'arrêt *Gosselin c. Québec (P.G.)*<sup>180</sup>. L'une des questions posées dans cette affaire visait à déterminer si le régime d'aide sociale du Québec en vigueur dans les années 80 contrevenait aux droits garantis par l'article 7 au groupe des moins de 30 ans. La majorité a conclu que la condition habituelle de l'application de l'article 7, soit le fait que l'administration de la justice soit en jeu, n'était pas remplie. Même si la juge en chef, s'exprimant au nom de la majorité, s'est reportée à la déclaration de l'ex-juge en chef Dickson dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (P.G.)*<sup>181</sup>, selon laquelle l'article 7 pourrait assurer la protection des droits économiques fondamentaux à la survie humaine, elle a centré son analyse sur les droits positifs plutôt que sur les droits négatifs. La question de savoir si une revendication aux termes de l'article 7 doit être liée à l'administration de la justice n'a donc pas été tranchée. Il est clair que la CSC n'a pas de donné de réponse définitive à cette question. La question se pose donc toujours de savoir si les droits garantis par

<sup>176</sup> *Supra* note 63 au par. 63; R.J. Sharpe, K.E. Swinton & K. Roach, *The Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed. (Toronto: Irwin Law Inc. 2002) à la p. 184.

<sup>177</sup> [1996] 3 R.C.S. 268 (C.S.C.).

<sup>178</sup> *Ibid.* au par. 64.

<sup>179</sup> *Blencoe*, *supra* note 63 au par. 97.

<sup>180</sup> [2002] CSC 84.

<sup>181</sup> [1989] 1 R.C.S. 927 (C.S.C.).

l'article 7 sont mis en cause par rapport à la sécurité de la personne de l'enfant d'un donneur.

### 2.5.5 Donneurs de matériel reproductif humain et droit à la vie privée

#### Droit international

La Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) renferment des dispositions de protection semblables contre les immixtions arbitraires dans la vie privée, la famille, le domicile ou la correspondance<sup>182</sup>. Bien que la jurisprudence canadienne ne s'y reporte généralement pas, elles peuvent guider et faciliter l'interprétation du droit à la vie privée inscrit dans les articles 7 et 8 de la *Charte*.

#### États-Unis

En Californie, le droit d'un donneur de sperme à la vie privée a été contesté récemment. L'arrêt *Johnson v. The Superior Court of Los Angeles County, et al.*<sup>183</sup> portait sur un enfant de six ans issu d'une insémination par donneur chez lequel on avait diagnostiqué une maladie rénale d'origine génétique, liée au donneur de sperme anonyme. La preuve a révélé que la banque de sperme connaissait les antécédents familiaux de maladie rénale du donneur, mais continuait à utiliser son sperme. Les Johnson ont poursuivi la banque de sperme pour rupture de contrat, fraude et négligence. Au cours des interrogatoires préalables, la famille receveuse a tenté d'obtenir de la banque de sperme de l'information sur l'identité et les antécédents médicaux du donneur. La banque de sperme a refusé, alléguant que cette divulgation aurait enfreint le droit à la vie privée du donneur. À l'aide d'un détective privé, les Johnson ont retrouvé le donneur présumé et ont tenté de le forcer à faire une déposition et à produire des documents. C'est cette question qui a été soumise à la Cour.

La Cour a reconnu que le donneur de sperme et sa famille bénéficiaient d'un droit à la vie privée garanti à la fois par la Constitution de la Californie et la Constitution fédérale. Elle a reconnu en outre que les antécédents médicaux et la divulgation de l'identité appartenaient à la sphère établie de la vie privée. La Cour a cependant déclaré que l'attente raisonnable de respect de la vie privée du donneur se trouvait diminuée du fait qu'il avait fourni plus de 320 échantillons à la banque de sperme. La Cour a conclu

que le donneur ne pouvait raisonnablement pas s'attendre à ce que ses antécédents médicaux et même son identité ne soient pas révélés compte tenu du nombre considérable de dons qu'il avait faits.

La Cour a affirmé que le droit à la vie privée existait effectivement, mais qu'il n'était pas absolu. Il faut pondérer ce droit par rapport à d'autres intérêts impérieux de l'État. La Cour en a énoncé un certain nombre en l'espèce, notamment celui de protéger la santé et la sécurité des enfants issus d'un don de matériel reproductif. La Cour a conclu que ces intérêts l'emportaient sur le droit à la vie privée du donneur, et elle a ordonné au donneur de faire une déposition et de produire des documents. La Cour a cependant fait valoir que cette conclusion ne signifiait pas pour autant que l'identité du donneur devait être révélée. Elle a recommandé que la déposition soit livrée devant un public restreint et que la transcription désigne le donneur sous le nom de « Pierre Untel ». L'identité des membres de la famille du donneur ne devait pas être révélée non plus.

#### Canada

La *Charte* ne s'applique pas actuellement aux activités de PA parce que la plupart de ces activités ne sont pas financées ni réglementées par l'État. Elle s'appliquerait toutefois si le gouvernement adoptait des mesures législatives touchant l'anonymat du donneur. Le projet de loi C-13 n'aurait permis aux enfants d'un donneur de connaître l'identité du donneur qu'avec le consentement de ce dernier. En cas contraire, ils n'auraient pu recevoir que des renseignements non nominatifs, ce qui préserve l'anonymat du donneur. Comme le donneur sait avant le don que des renseignements non nominatifs seront divulgués à ses enfants et que des renseignements nominatifs ne seront fournis qu'avec son consentement, il risque peu de pouvoir alléguer une violation de son droit à la vie

<sup>182</sup> L'article 12 de la DUDH se lit ainsi :

Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes.

L'article 17 du PIDCP se lit ainsi :

1. Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation.  
2. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes.

<sup>183</sup> 80 Cal. App. 4th 1050 (Court of Appeal of California 2000).

privée. Mais si des mesures législatives abolissant rétroactivement l'anonymat du donneur étaient adoptées, qu'advierait-il des droit de la personne? Le donneur pourrait-il alléguer que ces mesures législatives contre-vennent à son droit à la vie privée?

Comme il a été mentionné précédemment, il n'existe pas de jurisprudence canadienne sur le droit à la vie privée des donneurs de matériel reproductif. L'examen des principes généraux des articles 7 et 8 de la *Charte* révèle qu'il serait bon d'étudier à la fois les droits à la liberté et à la sécurité de la personne<sup>184</sup>.

La CSC a reconnu que le droit à la liberté garanti par l'article 7 comprend à la fois le droit à la liberté physique et le droit de prendre des décisions personnelles sans intervention de l'État<sup>185</sup>. Ce droit à la vie privée en ce qui concerne les décisions personnelles ne fait pas l'objet d'une définition large, et il se limite aux décisions qui « impliquent, par leur nature même, des choix fondamentaux participant de l'essence même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l'indépendance individuelles »<sup>186</sup>.

La question fondamentale qui se pose est la suivante : si l'on adoptait une loi exigeant rétroactivement la divulgation de l'identité des donneurs de gamètes, le tribunal protégerait-il l'anonymat du donneur en considérant la décision de faire un don anonyme comme une décision personnelle fondamentale, lui assurant ainsi la protection de la *Charte*?

La jurisprudence relative à l'autonomie en matière de reproduction offre une analogie utile pour déterminer si la décision de faire un don de matériel reproductif devrait être considérée comme une décision personnelle fondamentale digne de protection. Bien que la majorité de la CSC ait tranché l'affaire en se fondant sur d'autres motifs, la juge Wilson, parlant en son propre nom, a reconnu, dans l'arrêt *Morgentaler*, que la décision de subir un avortement était une décision personnelle fondamentale qui relevait du droit à la liberté. Selon la jurisprudence américaine, les décisions relatives à la reproduction méritent une protection spéciale. Il n'existe pas de jurisprudence sur ce point, mais les jugements rendus jusqu'à maintenant indiquent que l'intervention de l'État

dans la décision personnelle de faire un don de matériel reproductif pourrait être considérée comme une intervention dans une décision personnelle fondamentale.

Le droit du donneur à la sécurité de sa personne pourrait aussi être mis en cause si l'on adoptait une loi autorisant la divulgation de l'identité du donneur sans son consentement. La CSC a reconnu que la sécurité de la personne englobait l'intégrité psychologique. Comme on l'a mentionné plus haut, il faut que l'acte de l'État « ait des répercussions graves et profondes sur l'intégrité psychologique d'une personne »<sup>187</sup>.

Les donneurs de sperme sont soumis à une sélection et à des analyses rigoureuses, et ils font généralement plusieurs dons aux banques de sperme. Ils sont donc souvent le « parent biologique » de plusieurs enfants. L'octroi aux enfants du droit de connaître leur identité sans leur consentement pourrait causer une certaine angoisse au donneur. L'intervention des enfants pourrait en outre avoir des conséquences émotives importantes sur la famille du donneur et des répercussions financières sur le donneur si eux-mêmes ou leur parent social exigeait une pension alimentaire pour enfants.

Un tribunal conclurait-il que le droit du donneur à la sécurité de sa personne est mis en cause en l'absence d'un régime législatif éliminant le don anonyme? Il est difficile de le dire. Il faudrait tenir compte de plusieurs facteurs, et notamment se demander si ce régime aurait un effet rétroactif.

Si l'on adoptait une loi exigeant rétroactivement la divulgation de l'identité des donneurs à des tiers, l'article 8 de la *Charte*, qui assure une protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives, pourrait aussi être

<sup>184</sup> Il est probable que, au 1<sup>er</sup> janvier 2004, la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, de ressort fédéral, s'appliquera aussi aux cliniques de traitement de l'infertilité qui recueillent et conservent des renseignements personnels sur les donneurs, sauf au Québec. Le Québec a été exclu de l'application de cette loi parce qu'il a instauré une loi très semblable, soit la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*.

<sup>185</sup> *Morgentaler*, supra note 60; *B. (R.)*, supra note 63; *Godbout*, supra note 63; *Blencoe*, supra note 63.

<sup>186</sup> *Godbout*, *ibid.*, au par. 66; *Blencoe*, *ibid.* au par. 54.

<sup>187</sup> *Supra* note 63 au par. 60.

<sup>188</sup> *Hunter c. Southam*, [1984] 2 R.C.S. 145 (C.S.C.).



mis en cause. L'article 8 a pour objet de protéger les individus contre l'intrusion injustifiée de l'État dans leur vie privée<sup>188</sup>. Deux questions essentielles se posent lors d'une analyse aux termes de l'article 8. Premièrement, la partie qui affirme que cet article a été violé a-t-elle une attente raisonnable par rapport à la vie privée? Deuxièmement, l'intervention de l'État dans cette attente par rapport à la vie privée est-elle raisonnable?

Les attentes par rapport à la vie privée se situent dans des contextes différents. Mais la CSC a reconnu qu'une personne pouvait avoir des attentes raisonnables à l'égard de la protection des renseignements personnels<sup>189</sup>. Dans l'arrêt *R. c. Plant*, le juge Sopinka, s'exprimant au nom de la majorité, a affirmé ce qui suit :

Étant donné les valeurs sous-jacentes de dignité, d'intégrité et d'autonomie qu'il consacre, il est normal que l'art. 8 de la *Charte* protège un ensemble de renseignements biographiques d'ordre personnel que les particuliers pourraient, dans une société libre et démocratique, vouloir constituer et soustraire à la connaissance de l'État. Il pourrait notamment s'agir de renseignements tendant à révéler des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels de l'individu<sup>190</sup>.

Il est clair que toute intervention de l'État exigeant rétroactivement la divulgation de l'identité d'un donneur de matériel reproductif à ses enfants mettrait en cause l'article 8 de la *Charte*.

### 2.5.6 Conclusion

Il ressort de cette analyse que les droits des enfants issus de la PA et ceux des donneurs de matériel reproductif sont reliés et risquent de s'opposer. Il importe donc de trouver un juste équilibre entre les deux afin de maximiser les avantages de la PA tout en réduisant au minimum ses conséquences négatives.

## 2.6 Question 3 : Le statut de l'embryon in vitro

Les coûts médicaux, matériels et psychologiques d'un traitement de fécondation in vitro sont élevés. Souvent, dans le but de réduire ces coûts, le médecin prélève, par chirurgie, plusieurs ovules chez la patiente, lesquels sont

ensuite fécondés. Cependant, en raison du risque de grossesse multiple, seuls quelques embryons in vitro peuvent être implantés dans l'utérus de la femme. Comme nous l'avons vu précédemment, les embryons restants sont cryoconservés ou « congelés » pour utilisation future<sup>191</sup>. À ce jour au Canada, on évalue à plus de 15 000 le nombre d'embryons congelés in vitro conservés à l'échelle du pays<sup>192</sup>. Malheureusement, des litiges peuvent survenir quant au sort des embryons congelés, en particulier lors de la séparation du couple ou du décès d'un des conjoints.

Dans cette section, nous examinerons la question des droits de la personne par rapport aux embryons in vitro selon différentes perspectives, soit celle du donneur du matériel reproductif dans un premier temps, puis celle de l'embryon in vitro lui-même dans un deuxième temps.

### 2.6.1 Les droits des donneurs de matériel reproductif et des couples receveurs par rapport à l'embryon in vitro

Comme nous l'avons déjà mentionné, les personnes ou les couples demandent des services de PA pour diverses raisons. Dans certains cas, les deux partenaires ne peuvent donner de matériel reproductif pour produire l'embryon in vitro, dans d'autres cas, un seul membre du couple peut le faire, et dans d'autres cas, les deux peuvent le faire. Par conséquent, plusieurs scénarios différents peuvent se présenter. D'abord, trois parties distinctes pourraient intervenir dans la création de l'embryon in vitro, soit deux donneurs de matériel reproductif et un receveur ou un couple receveur. Puis, deux parties distinctes pourraient intervenir, soit un donneur de matériel reproductif et un couple receveur, dont un membre pourrait également donner du matériel reproductif. Enfin, le couple pourrait agir seul dans les cas où

<sup>189</sup> *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417 (C.S.C.).

<sup>190</sup> *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281 à la p. 293 (C.S.C.).

<sup>191</sup> La cryoconservation est le processus par lequel les embryons sont congelés à long terme dans l'azote liquide. Pour plus de renseignements sur la cryoconservation, voir K. LaGatta, « The Frozen Embryo Debate Heats Up: A Call for Federal Regulation and Legislation » (2002) 4 Fl. Coastal L.J. 99.

<sup>192</sup> F. Baylis, et al., « Cryopreserved Human Embryos in Canada and their Availability for Research » (2003) 25(12) Canadian Journal of Obstetrics and Gynaecology 1026.

les deux membres du couple peuvent donner leur propre matériel reproductif mais utilisent simplement les services de reproduction assistée pour améliorer les chances de succès de la grossesse.

Aucune jurisprudence n'a encore été établie au Canada en ce qui concerne les litiges entre parties privées quant aux embryons *in vitro* congelés selon les scénarios décrits précédemment. Cependant, compte tenu du nombre élevé d'embryons *in vitro* conservés actuellement au Canada, on peut légitimement s'attendre à ce que les tribunaux soient appelés à trancher un litige de cette nature. Il n'existe pas de jurisprudence non plus quant à l'ingérence de l'État dans les droits des géniteurs, laquelle ferait intervenir plus directement les instruments traditionnels de protection des droits de la personne régissant les relations entre l'État et ses citoyens.

### États-Unis

La jurisprudence américaine varie en ce qui concerne les litiges entre parties privées quant aux embryons *in vitro*. Certaines des décisions rendues dans le cadre de ces litiges reposent sur les principes du droit des contrats, tandis que d'autres reposent sur l'équilibre entre les droits des parties privées, lequel est essentiellement basé sur le concept de l'autonomie en matière de reproduction ou de procréation, soit le droit d'une partie de procréer par opposition au droit de l'autre partie de ne pas procréer.

Dans *Davis v. Davis*<sup>193</sup>, les deux parties ont fait valoir leur droit respectif de procréer et de ne pas procréer en invoquant le droit à la liberté et à la vie privée garanti dans la Constitution. En réponse, la Cour suprême du Tennessee a élaboré un critère permettant de concilier les droits de chacune des parties en matière de procréation. La Cour a conclu que dans la plupart des cas, le droit de ne pas procréer devrait l'emporter. Cependant, si la partie revendiquant le droit de procréer a l'intention d'utiliser des embryons *in vitro* congelés pour son usage personnel et si elle peut démontrer qu'elle n'a pas d'autres « moyens raisonnables » d'avoir des enfants, la Cour peut privilégier le droit de procréer<sup>194</sup>.

Essentiellement, la Cour a conclu qu'en cas de litige quant au sort des embryons *in vitro* congelés, les intentions exprimées par les donneurs dans toute entente antérieure

devraient être respectées. Cependant, en l'absence d'entente antérieure, il faudrait se baser sur le critère de l'équilibre des droits<sup>195</sup>.

L'approche retenue par la Cour dans ce litige, à savoir concilier le « droit de procréer » et le « droit de ne pas procréer », est étonnante, puisque les droits prévus dans la Constitution américaine s'appliquent aux relations entre l'État et ses citoyens plutôt qu'entre des parties privées. Les efforts faits par la Cour en vue de concilier les « intérêts » divergents des parties semblent légitimes, mais le fait d'utiliser le langage des « droits » sans expliquer clairement l'application de la Constitution suscite de la confusion.

Bien que le critère de l'équilibre élaboré dans *Davis* ait été largement reconnu, les tribunaux américains n'ont pas appliqué d'une manière uniforme les ententes antérieures conclues par les couples concernant le sort des embryons. Par exemple, dans *Kass v. Kass*<sup>196</sup>, M<sup>me</sup> Kass voulait « garder » les embryons congelés du couple pour implantation future, tandis que M. Kass demandait l'exécution de l'entente antérieurement conclue par le couple concernant le sort des embryons, laquelle stipulait qu'en cas de litige, les embryons seraient donnés à des fins de recherche. La Cour d'appel de New York était d'accord avec la décision rendue dans *Davis* et a maintenu que, en général, les ententes antérieures devraient être respectées afin de maximiser la liberté de procréer en conférant aux donneurs de sperme et d'ovules le pouvoir de décider du sort des embryons, lequel, de l'avis de la Cour, est une « question de choix très personnel »<sup>197</sup>.

Par contraste, dans *A.Z. v. B.Z.*<sup>198</sup>, la Cour suprême du Massachusetts a conclu que l'entente concernant le sort des embryons n'était pas exécutoire pour plusieurs raisons, et surtout parce qu'elle ne reflétait vraisemblablement pas l'intention des donneurs, compte tenu des

<sup>193</sup> 842 S.W. 2d 588 (Supreme Court of Tennessee 1992). L'autorisation d'en appeler devant la Cour suprême des É.-U. a été refusée.

<sup>194</sup> *Ibid.* à la p. 604.

<sup>195</sup> *Ibid.*

<sup>196</sup> 696 N.E. 2d 174 (N.Y. Court of Appeals 1998).

<sup>197</sup> *Ibid.* à la p. 180.

<sup>198</sup> 725 N.E. 2d 1051 (Supreme Judicial Court of Massachusetts 2000).

<sup>199</sup> *Ibid.* à la p. 1058.

circonstances dans lesquelles elle avait été signée. Fait encore plus important, la Cour a souligné que les ententes prévoyant la « procréation forcée » ne devraient pas être exécutoires pour des raisons d'intérêt public<sup>199</sup>.

Une décision semblable a été rendue dans *J.B. v. M.B.*<sup>200</sup>, où le mari a allégué que le couple avait convenu, dans le cadre d'une entente verbale, de donner les embryons in vitro surnuméraires à un couple stérile. La Cour suprême du New Jersey a maintenu que si un couple veut conclure une entente préalable, il doit rédiger une déclaration d'intention claire en ce sens. En l'absence de contrat exécutoire, la Cour a utilisé le critère de l'équilibre énoncé dans *Davis*. La Cour a conclu qu'étant donné que le mari était déjà père et qu'il était encore capable de procréer, il ne serait pas privé de la réalisation de son droit de procréer. En revanche, le droit de la femme de ne pas procréer serait définitivement éteint si les embryons in vitro étaient donnés à un couple stérile<sup>201</sup>. La Cour a refusé de forcer la femme à « devenir un parent biologique contre son gré »<sup>202</sup>. Ainsi, le droit de la femme de ne pas procréer l'a emporté.

### Canada

Les droits des donneurs de matériel reproductif, en l'occurrence les embryons in vitro congelés créés à partir de leur matériel reproductif, pourraient éventuellement dépendre largement du statut ou de la classification de l'embryon in vitro. Par exemple, si l'on adoptait une loi prévoyant que les embryons in vitro congelés pourraient être saisis par la Couronne<sup>203</sup>, et si les embryons in vitro étaient considérés comme la « propriété » de leurs géniteurs, le droit de jouissance de la propriété et le droit de ne pas être privé de cette propriété sauf dans le cadre de l'application régulière de la loi prévus dans la Déclaration canadienne des droits<sup>204</sup>, pourraient être invoqués<sup>205</sup>.

En revanche, si l'on adoptait une loi entravant les choix des géniteurs en matière de procréation<sup>206</sup>, indépendamment du statut de l'embryon in vitro, le concept du droit à l'autonomie en matière de procréation, protégé par l'art. 7 de la *Charte* au titre du droit à la liberté, serait certes invoqué.

### Analyse

Les litiges décrits précédemment concernaient des embryons in vitro créés à partir du matériel reproductif de couples qui voulaient utiliser l'embryon in vitro pour leur propre usage à un moment donné.

Il n'existe aucune jurisprudence concernant des litiges traitant d'embryons in vitro qui n'ont pas été créés à partir du matériel reproductif du couple auquel les embryons étaient destinés. Les litiges concernant les cas où le matériel reproductif du couple n'a pas été utilisé pour créer l'embryon in vitro seraient probablement réglés de la même manière que dans les cas où le matériel reproductif utilisé pour créer l'embryon in vitro provient du couple qui veut utiliser ce dernier pour son propre usage.

En ce qui concerne l'application des instruments traditionnels de protection des droits de la personne aux litiges concernant les embryons in vitro, si l'État devait tenter de réglementer ou de contrôler l'utilisation de l'embryon in vitro créé à partir du matériel reproductif du couple, le droit à la liberté du couple en matière de procréation serait certainement invoqué. De plus, dans les cas où l'embryon n'a pas été créé à partir du matériel reproductif du couple qui voulait l'utiliser, il est probable que le droit du couple à l'autonomie en matière de procréation serait également invoqué si l'État tentait de réglementer ou de contrôler l'utilisation de l'embryon in vitro, indépendamment du fait qu'un des couples, ou les deux, ne seraient pas les parents génétiques de l'embryon in vitro.

<sup>200</sup> 751 A. 2d 613 (N.J. Super. Ct. App. Div. 2000), version modifiée confirmée, 783 A. 2d 707 (N.J. 2001).

<sup>201</sup> *Ibid.* à la p. 717.

<sup>202</sup> *Ibid.*

<sup>203</sup> La « saisie par la Couronne » était prévue dans le paragraphe 50(1) du projet de loi C-13, selon lequel l'inspecteur désigné par la loi pouvait saisir tout matériel, défini comme étant « un embryon ou toute partie de celui-ci, un fœtus ou toute partie de celui-ci ou tout matériel reproductif humain qui existe en dehors du corps d'un être humain, ou tout autre matériel, s'il avait des motifs raisonnables de croire qu'ils avaient servi ou donné lieu à une infraction à la loi en question. En vertu du paragraphe 50(2), l'inspecteur pouvait ordonner que le matériel saisi soit entreposé sur les lieux ou qu'il soit transféré dans un autre lieu approprié.

<sup>204</sup> S.C. 1960, ch. 44, al. 1a).

<sup>205</sup> Pour la dernière décision de la CSC concernant la *Déclaration canadienne des droits*, voir *Authorson c. Canada (Procureur général)*, [2003] CSC 39 (CSC).

<sup>206</sup> Par exemple, une législation qui rend l'implantation obligatoire.

Une dernière question se pose en ce qui concerne les droits des donneurs du matériel reproductif dans les cas où ils ne sont pas les couples receveurs. Comment les litiges entre un donneur de sperme ou une donneuse d'ovules et le couple receveur qui a utilisé le matériel reproductif donné pour créer un embryon in vitro pour son propre usage seraient-ils réglés? Il s'agirait, dans ces cas également, de litiges entre parties privées et, par conséquent, les instruments traditionnels de protection des droits de la personne ne seraient pas directement applicables. Le règlement de ces litiges dépendrait probablement essentiellement du consentement donné par le donneur et de l'entente conclue entre le donneur et le couple receveur, ou plus vraisemblablement entre le donneur et la clinique ou l'établissement médical concerné.

### Conclusion

Dans les litiges concernant le pouvoir de décider du sort des embryons in vitro, il faut manifestement concilier les intérêts des différents donneurs. Cependant, les instruments de protection des droits de la personne, comme la *Charte*, qui régissent les liens entre l'État et ses citoyens, ne seraient pas applicables à des litiges purement privés entre donneurs. Cependant, si l'État intervenait éventuellement dans la réglementation des activités de procréation assistée et dans les litiges subséquents concernant les embryons in vitro, alors les instruments traditionnels de protection des droits de la personne seraient applicables.

La jurisprudence américaine, peu abondante, indique que les intérêts d'une partie de ne pas procréer l'emportent généralement sur les intérêts de l'autre partie de procréer, en l'absence d'une entente, et dans certains cas, même s'il existe une entente. Si un litige survenait au Canada concernant des embryons in vitro, nos tribunaux pourraient s'inspirer du modèle américain pour établir un critère semblable en vue de concilier les intérêts divergents en jeu ou élaborer une approche purement canadienne.

## 2.6.2 Le statut juridique de l'embryon in vitro

En ce qui concerne l'embryon in vitro, la première question à trancher est celle de savoir si celui-ci a des droits ou non. Pour déterminer si les droits de la

l'objet d'une protection spéciale, et 3) l'embryon en tant que personne<sup>207</sup>.

### 2.6.2.1 L'embryon in vitro en tant que propriété

Selon cette approche, l'embryon in vitro est considéré comme la propriété des deux personnes dont le matériel reproductif a été utilisé pour créer l'embryon ou des personnes ou des couples auxquels l'embryon in vitro a été donné à des fins de procréation. Dans le cadre de cette approche, les principes du droit des biens régissent l'utilisation ou le sort de l'embryon in vitro<sup>208</sup>. Essentiellement, l'approche fondée sur le droit des biens reconnaît au donneur de sperme et à la donneuse d'ovules ou au couple receveur l'autorité conjointe de décider du sort de l'embryon in vitro<sup>209</sup>.

Plusieurs rapports traitant des questions éthiques, juridiques et sociales liées à la PA ont rejeté l'application de la notion de propriété aux embryons in vitro. Par exemple, dans le Rapport de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction, la Commission a rejeté l'idée d'utiliser les concepts de la propriété pour déterminer le sort des embryons in vitro. Elle a notamment déclaré ce qui suit dans son rapport :

La Commission est d'avis que les produits de reproduction ne devraient jamais être considérés comme des biens, parce que l'utilisation d'expressions comme « droit de propriété » et « propriété » laisse supposer que les zygotes humains peuvent être considérés comme des objets, ce qui est contraire aux principes de respect de la vie et de la dignité humaines, et de non-commercialisation de la reproduction. Par conséquent, la Commission croit qu'en ce qui a trait aux zygotes humains, les questions

<sup>207</sup> E.A. Pitrolo, « The Birds, The Bees, And the Deep Freeze: Is there International Consensus in the Debate Over Assisted Reproductive Technologies? » (1996) 19 Hous. J. Int'l L. 147 at 200; J.F. Daar, « Regulating Reproductive Technologies: Panacea or Paper Tiger? » (1997) 34 Hous. L. Rev. 609 at 634; S. Fiandaca, « In Vitro Fertilization and Embryos: The Need for International Guidelines » (1998) 8 Alb. L.J. Sci. & Tech. 337 at 360; L. Brandimarte, « Sperm Plus Egg Equals One "Boiled" Debate: Kass v. Kass and The Fate of the Frozen Pre-Zygotes » (2000) 17 N.Y.L. Sch. J. Hum. Rts. 767 at 775; L.B. Andrews, « Regulating Reproductive Technologies » (2000) 21 J. Legal Med. 35.

<sup>208</sup> K.H. Windsor, « Disposition of Cryopreserved Preembryos After Divorce » (2003) 88 Iowa L. Rev. 1001, p. 1010.

<sup>209</sup> *Ibid.*

complexes de droit de regard et d'autorité décisionnelle doivent être envisagées dans un cadre conceptuel qui reconnaît clairement que les zygotes ne sont pas des biens<sup>210</sup>.

La Commission a en outre indiqué que l'idée de considérer les embryons in vitro comme des biens comporte plusieurs inconvénients. Elle a notamment souligné ce qui suit :

Un régime fondé purement sur le droit de la propriété donnerait aux « propriétaires » de zygotes non seulement un droit de regard, mais également toutes les autres prérogatives rattachées au droit de propriété. Par exemple, les propriétaires d'un bien sont généralement autorisés à donner ou à vendre ce bien, à le léguer à leurs héritiers, à le détruire ou à faire des expériences sur lui, à l'entreposer et à partager les profits de la recherche qui se fait sur lui. Ces implications d'un régime s'inspirant purement du droit des biens et de la propriété sont clairement inacceptables<sup>211</sup>.

Fait intéressant, un grand nombre des activités caractéristiques d'un régime fondé purement sur le droit de la propriété mentionnées par la Commission, comme le droit de détruire, d'entreposer, de léguer, ou de donner un embryon in vitro, sont autorisées actuellement dans un grand nombre de pays.

Le rapport Waller, préparé à l'intention de l'État australien de Victoria, indique que [TRADUCTION] « le comité est d'avis que le couple dont l'embryon est conservé n'est pas considéré comme étant le propriétaire ou l'autorité responsable de l'embryon »<sup>212</sup>.

Cet avis est partagé par les auteurs du rapport Demack, commandé par l'État australien de Queensland. Le comité a déclaré que [TRADUCTION] « les donneurs de gamètes ne peuvent être considérés comme ayant un droit de propriété sur les gamètes »<sup>213</sup>.

Enfin, le comité Warnock du R.-U. a souligné ce qui suit concernant l'approche fondée sur le droit de la propriété :

[TRADUCTION]

L'application du concept de la propriété aux embryons humains nous semble peu souhaitable. Nous recommandons l'adoption d'une loi visant à veiller à ce que le droit de la propriété ne puisse être invoqué en ce qui concerne les embryons humains. Cependant, le couple qui conserve un embryon pour son propre usage devrait être considéré comme ayant des droits, quoique assortis de certaines réserves, quant à l'utilisation et à la disposition de l'embryon<sup>214</sup>.

### États-Unis

En général, les tribunaux américains n'approuvent pas l'utilisation d'une approche fondée sur le droit de la propriété pour déterminer le sort des embryons in vitro. Cependant, dans le cadre d'une requête pour rejet présentée dans *York v. Jones*<sup>215</sup>, qui a fini par être réglée hors cour, le tribunal aurait effectivement approuvé cette approche. Dans cette affaire, le couple a subi une procédure de FIV à la clinique défenderesse en Virginie, laquelle a échoué. Le couple a ensuite déménagé en Californie et a tenté de faire transférer son dernier embryon in vitro congelé dans une clinique en Californie. La clinique défenderesse a refusé la demande. Le couple a intenté une action en justice contre la clinique pour rupture de contrat et rétention illicite, motif d'action spécifiquement lié au droit de la propriété. Le couple avait conclu avec la clinique en Virginie une entente de cryoconservation stipulant que la responsabilité de décider du sort de l'embryon appartenait au couple et qu'en cas de divorce, le règlement quant aux biens

<sup>210</sup> *Supra* note 9 à la p. 674.

<sup>211</sup> *Ibid.* à la p. 707.

<sup>212</sup> Victoria, Committee to Consider the Social, Ethical and Legal Issues arising from *In Vitro* Fertilization, (The Waller Committee), Report on the Disposition of Embryos Produced by In Vitro Fertilization, 1984, p. 27.

<sup>213</sup> Queensland, Special Committee (The Demack Report), Report to Enquire into the Laws Relating to Artificial Insemination, In Vitro Fertilization and Other Related Matters, 1984, p. 77.

<sup>214</sup> Royaume-Uni, Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology (The Warnock Committee), Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology, 1984, p. 56.

<sup>215</sup> 717 F. Supp. 421 (U.S. Dist. Ct. Eastern Dist. Virginia 1989).

s'appliquerait aux embryons. L'entente stipulait en outre que la clinique n'entreposerait les embryons in vitro que durant la période pendant laquelle le couple participerait au programme de FIV. Le tribunal a tenu compte du fait que dans l'entente, l'embryon in vitro était systématiquement désigné comme étant la « propriété » du couple et a donc conclu que l'entente constituait un contrat de dépôt entre le couple et la clinique<sup>216</sup>. Étant donné qu'un dépôt donne ouverture à une action pour rétention illicite en cas de refus de la partie concernée de céder le bien exigé, la Cour a refusé la requête pour rejet au motif que le droit d'action était fondé<sup>217</sup>.

Le tribunal a utilisé l'approche fondée sur le droit de la propriété dans *York v. Jones* afin de conférer au donneur de sperme et à la donneuse d'ovules plutôt qu'à un tiers le pouvoir de décider du sort de leur embryon. Toutefois, cette décision n'est d'aucun secours dans des litiges où ce sont le donneur de sperme et la donneuse d'ovules qui divergent d'avis quant au sort de leur embryon in vitro.

Cette approche, fondée sur le droit de la propriété, adoptée dans *York v. Jones*, contraste avec l'approche utilisée dans *Moore v. The Regents of the University of California*<sup>218</sup>, une des causes les plus célèbres concernant droit de propriété sur son corps. Dans cette affaire, la Cour suprême de la Californie devait trancher la question de savoir si M. Moore avait des droits de propriété sur ses substances corporelles, y compris le sperme, les tissus et les organes prélevés par son médecin ou fournis à ce dernier au cours d'un traitement pour la leucémie.

La Cour devait trancher deux questions. Elle devait d'abord déterminer si le médecin avait manqué à son obligation fiduciaire de divulguer tous les renseignements pertinents avant d'obtenir le consentement de M. Moore. Elle devait ensuite déterminer si les défendeurs avaient commis un délit de détournement en s'appropriant un bien appartenant à M. Moore (soit ses cellules) et en le détournant. La Cour n'a eu aucune difficulté à conclure que le médecin avait manqué à son obligation de divulguer tous les renseignements pertinents à M. Moore. Quant à la question du détournement, elle a posé plusieurs difficultés.

Bien que la majorité des juges aient concédé que M. Moore avait peut-être « un certain droit de regard concernant l'utilisation des cellules prélevées »<sup>219</sup>, ils ont conclu que les droits de M. Moore étaient mieux protégés par l'obligation d'obtenir un consentement éclairé avant de procéder à tout acte médical. Soucieux de préserver l'accès à ce matériel à des fins de recherche, la majorité des juges ont conclu que M. Moore ne pouvait plus être considéré comme ayant des droits de « propriété » ou de « possession » à l'égard des cellules dans le contexte de l'allégation de détournement. Ils ont néanmoins souligné qu'il ne fallait pas interpréter leur décision comme « signifiant qu'une personne ne peut jamais invoquer le droit de propriété à l'égard des cellules prélevées, quelles que soient les utilisations visées »<sup>220</sup>.

Il est évident que la question de l'intérêt public a été un facteur important dans cette décision. En particulier, la Cour était manifestement consciente des conséquences négatives potentielles sur l'accès des chercheurs à la matière première nécessaire à des fins de recherche si M. Moore avait eu gain de cause en ce qui concerne le délit de détournement. Les conséquences pour la recherche auraient été désastreuses. Les chercheurs seraient tenus d'obtenir le consentement de l'ancien « propriétaire » du matériel et de conclure éventuellement un contrat avec ce dernier pour pouvoir utiliser ce matériel à des fins de recherche, puis le rémunérer si la recherche donnait des résultats<sup>221</sup>. Par conséquent, la majorité des juges ont conclu qu'il fallait privilégier le recours fondé sur l'obligation du médecin de divulguer les renseignements pertinents pour trancher cette affaire.

Il est évident que l'utilisation d'une approche purement fondée sur le droit de la propriété pour trancher les litiges concernant le sort des embryons in vitro congelés présente maintes difficultés, dont l'application du droit de la famille concernant le partage des biens en ce qui a trait aux embryons in vitro en cas de dissolution d'une union et l'application du droit successoral en cas de décès de l'un des donneurs avant l'implantation. De plus, si l'approche

<sup>216</sup> *Ibid.* à la p. 425.

<sup>217</sup> *Ibid.* à la p. 427.

<sup>218</sup> 271 Cal. Rep. 146 (Cour suprême de la Californie 1990).

<sup>219</sup> *Ibid.* à la p. 158.

<sup>220</sup> *Ibid.* à la p. 160.

<sup>221</sup> *Ibid.* aux p. 154-155.

purement fondée sur le droit de la propriété était acceptée, les embryons in vitro pourraient faire, et feraient fort probablement, l'objet de transactions commerciales.

### 2.6.2.2 L'embryon *in vitro* en tant qu'entité *sui generis*

L'opinion selon laquelle l'embryon in vitro est une entité *sui generis* ou unique découle de la croyance qu'un embryon in vitro est unique et mérite plus de déférence que d'autres tissus ou organes humains, puisqu'il peut éventuellement devenir un être humain. Cependant, étant donné qu'il n'a pas atteint le stade de développement qui fera de lui un être humain, son statut se situe quelque part entre celui du bien et celui de la personne<sup>222</sup>.

Cet avis était partagé par un certain nombre de comités créés pour examiner les questions liées à la PA. Par exemple, la Commission royale du Canada sur les nouvelles techniques de reproduction a déclaré que « les règles juridiques ayant trait aux zygotes ou embryons devraient être conçues de manière à garantir que ces derniers sont traités avec respect en tant que forme de vie humaine potentielle »<sup>223</sup>.

La Commission Waller de Victoria et la Commission de réforme du droit de la Nouvelle-Galles du Sud ont également adopté cette position. La Commission Waller a souligné que bien qu'un embryon in vitro soit une entité unique, il n'est pas une personne<sup>224</sup>. La Commission de réforme du droit de la Nouvelle-Galles du Sud a déclaré [TRADUCTION] « nous acceptons le statut particulier de l'embryon, et reconnaissons que son utilisation – à des fins d'implantation, de conservation ou de recherche devrait faire l'objet d'une considération spéciale »<sup>225</sup>.

Dans le cadre de son examen de la recherche sur les embryons, le comité Warnock du R.-U. a déclaré que [TRADUCTION] « il faudrait conférer un statut particulier à l'embryon humain »<sup>226</sup>.

### Droit international

Le seul instrument international qui fait spécifiquement mention des embryons in vitro est la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine du Conseil de l'Europe, à laquelle le Canada n'est pas partie<sup>227</sup>. Cette Convention comprend une disposition concernant spécifiquement la recherche sur les embryons in vitro, sujet qui

sera étudié plus en détail dans le prochain chapitre.

L'article 18 stipule que :

Lorsque la recherche sur les embryons in vitro est admise par la loi, celle-ci doit assurer une protection adéquate de l'embryon. La constitution d'embryons humains aux fins de recherche est interdite<sup>228</sup>.

L'existence même de cette disposition, et la décision d'insérer cette disposition à la suite d'articles qui traitent de la protection des personnes qui se prêtent à des recherches, doivent être soulignées. On pourrait effectivement alléguer que si les embryons in vitro avaient le statut de personne, une disposition distincte visant à les protéger n'aurait aucune raison d'être. Or, l'inclusion d'une disposition visant spécifiquement à protéger les embryons in vitro laisse supposer que bien que les embryons in vitro ne soient pas des personnes, le fait qu'ils ont le potentiel de devenir des êtres humains leur confère une protection particulière qui n'est pas habituellement conférée aux biens.

### États-Unis

L'affaire *Davis v. Davis*<sup>229</sup>, examinée précédemment, est l'une des principales causes concernant un litige entre d'anciens partenaires quant au sort des embryons in vitro. Lors du procès, le tribunal a conféré aux embryons in vitro le statut de personne et autorisé M<sup>me</sup> Davis à les utiliser pour implantation, conformément à ses intentions à l'époque. La décision du tribunal a été portée en appel, et à la date à laquelle la Cour suprême du Tennessee en a été saisie, le couple avait divorcé et M<sup>me</sup> Davis voulait que les embryons in vitro soient donnés à un couple stérile, alors que M. Davis voulait qu'ils soient détruits.

En l'absence d'une législation ou d'une entente quant au sort des embryons, qui aurait pu la guider, la Cour suprême du Tennessee a examiné le statut juridique d'un embryon in vitro congelé. Elle a conclu que l'embryon

<sup>222</sup> Daar, *supra* note 207 à la p. 634.

<sup>223</sup> *Supra* note 9 à la p. 706.

<sup>224</sup> *Supra* note 212 à la p. 27.

<sup>225</sup> New South Wales, Law Reform Commission, Report 58, Artificial Conception Report 2 – In Vitro Fertilization, (1987), p. 27.

<sup>226</sup> *Supra* note 214 à la p. 63.

<sup>227</sup> *Supra* note 88. Le Canada n'est pas partie à cette Convention.

<sup>228</sup> *Ibid.* à l'article 18.

<sup>229</sup> *Supra* note 193.

in vitro ne devrait pas être considéré comme un bien, pas plus qu'il ne devrait avoir le statut juridique de personne. Les embryons in vitro devraient plutôt être classés dans une catégorie spéciale permettant de [TRADUCTION] « garantir qu'ils sont traités avec respect en tant que forme de vie humaine potentielle »<sup>230</sup>. En ce qui concerne les intérêts du donneur de sperme et de la donneuse d'ovules, la Cour a conclu que ces derniers n'ont pas un « droit de propriété réel » mais plutôt « un intérêt tenant de la nature de la propriété, dans la mesure où ils ont le pouvoir de décider du sort des pré-embryons, dans les limites de l'intérêt public défini par la loi »<sup>231</sup>.

La question des dons de gamètes a été étudiée dans le contexte de la succession d'une personne décédée. Dans *Hecht v. Superior Court of Los Angeles County*<sup>232</sup>, la Cour devait déterminer si la conjointe du défunt (M<sup>me</sup> Hecht) ou ses enfants adultes avaient un droit de regard sur le sperme congelé du défunt. Ce dernier avait déposé du sperme dans une banque de sperme. Il avait conclu une entente selon laquelle, en cas de décès, la banque conserverait son sperme ou le remettrait à son liquidateur, M<sup>me</sup> Hecht ou à son médecin. Dans son testament, le défunt léguait à M<sup>me</sup> Hecht tous les « droits, titres et intérêts » à l'égard du sperme conservé.

Le tribunal successoral a ordonné la destruction du sperme. M<sup>me</sup> Hecht a alors interjeté appel devant la Cour d'appel de la Californie, qui a refusé de se baser sur la décision rendue dans l'affaire *Moore*, où le tribunal avait allégué que la personne décédée n'avait aucun droit de propriété ou de possession à l'égard de son sperme<sup>233</sup>. Le tribunal a plutôt conclu, à la lumière de la décision rendue dans l'affaire *Davis*, que la personne décédée avait un intérêt à l'égard de son sperme conservé, et que bien qu'il ne soit pas visé par [TRADUCTION] « le droit général des biens personnels, le sperme fait partie d'une catégorie intermédiaire qui lui garantit un respect particulier en tant que matériel pouvant contribuer à créer une vie humaine »<sup>234</sup>.

Par conséquent, le tribunal a conclu qu'au moment du décès, le défunt avait un intérêt tenant de la nature de la propriété, de sorte qu'il avait le pouvoir de décider du sort du sperme dans les limites de l'intérêt public défini par la loi<sup>235</sup>. Le tribunal a tiré sa conclusion en se fondant

sur l'opinion de l'American Fertility Society selon laquelle il appartient aux donneurs de décider du sort des gamètes et des produits de conception<sup>236</sup>. Le tribunal s'est également inspiré de la position de l'American Fertility Society quant au sort des embryons in vitro selon laquelle ces derniers doivent être traités avec un respect plus grand que dans le cas des tissus humains mais moins grand que dans le cas des personnes proprement dites<sup>237</sup>.

Trois ans plus tard, M<sup>me</sup> Hecht a dû s'adresser de nouveau à la Cour d'appel afin d'obtenir tout le sperme congelé de son conjoint décédé<sup>238</sup>. Ce litige découlait de l'entente conclue par les parties quant aux biens. La Cour a réaffirmé sa position antérieure selon laquelle le matériel génétique est une catégorie de « bien » particulière et qu'il ne peut faire l'objet d'un partage entre plusieurs parties, ce qui irait à l'encontre des volontés expresses du défunt. Elle a notamment déclaré que [TRADUCTION] « le sperme d'un homme ou les ovules d'une femme ou les embryons d'un couple ne peuvent être assimilés à un lopin de terre, à une somme d'argent ou à une limousine. Les règles qui sont appropriées pour décider de la manière de disposer de ces derniers ne sont pas nécessairement appropriées pour décider du sort des premiers »<sup>239</sup>. Ainsi, l'intention du donneur de sperme, même lorsque celui-ci est décédé, détermine le sort et l'utilisation du sperme<sup>240</sup>.

## France

Les tribunaux français se sont également colletés avec la question du statut juridique du sperme et des embryons in vitro conservés. Dans *Parapalaix c. Centre d'étude et de conservation du sperme*<sup>241</sup>, le tribunal français a défini le sperme comme l'« essence de la vie », qui est rattachée à

<sup>230</sup> *Ibid.* à la p. 596.

<sup>231</sup> *Ibid.* à la p. 597. On utilise souvent l'expression « pré-embryon » lorsque l'embryon a moins de quatorze jours.

<sup>232</sup> 20 Cal. Rptr. 2d 275 (Ct. App. 1993).

<sup>233</sup> *Ibid.* à la p. 279.

<sup>234</sup> *Ibid.* à la p. 281.

<sup>235</sup> *Ibid.* à la p. 283.

<sup>236</sup> *Ibid.* à la p. 282.

<sup>237</sup> *Ibid.* à la p. 282.

<sup>238</sup> *Hecht v. Superior Court*, 59 Cal. Rptr. 2d 222 (Cour d'appel de la Californie 1997).

<sup>239</sup> *Ibid.* à la p. 226.

<sup>240</sup> *Ibid.* aux p. 226 – 227.

<sup>241</sup> *Supra* note 42.



la liberté fondamentale de l'être humain de procréer et de ne pas procréer<sup>242</sup>. En l'occurrence, le tribunal a conclu que l'utilisation du sperme conservé doit être déterminée en fonction des intentions du donneur.

Presque une décennie plus tard, les tribunaux français ont été appelés à trancher la question du statut des embryons in vitro dans l'affaire *M<sup>me</sup> O. c. CECOS*<sup>243</sup>. Dans cette affaire, un couple avait fait conserver des embryons in vitro à l'établissement défendeur. Le mari est décédé avant l'implantation des embryons, et l'établissement a refusé de remettre les embryons à *M<sup>me</sup> O.* pour implantation. Le tribunal de grande instance a maintenu qu'un embryon fécondé [TRADUCTION] « ne peut être considéré comme une entité juridique pour les parents »<sup>244</sup>. Il a même déclaré que les embryons in vitro ne sont pas la propriété conjointe du couple<sup>245</sup>.

Actuellement, la reconnaissance de l'embryon in vitro comme une entité *sui generis* semble être le point de vue le plus généralement admis dans la littérature universitaire. Ce statut intermédiaire entre un bien au sens pur et une personne à proprement parler, selon divers universitaires, confère un juste respect à une entité qui a le potentiel de devenir un être humain<sup>246</sup>.

### 2.6.2.3 L'embryon in vitro en tant que personne

Enfin, certains sont d'avis que l'embryon est une personne juridique à part entière et qu'il jouit du droit inviolable à la vie. Certaines personnes sont d'avis que ce statut s'applique dès le moment de la conception. D'autres estiment qu'il s'applique à un stade donné du développement (p. ex. lorsqu'apparaît la ligne primitive le 15<sup>e</sup> jour).

#### Convention américaine relative aux droits de l'homme

L'Organisation des États américains (OEA) est une organisation internationale créée par les États d'Amérique du Sud et d'Amérique centrale. En 1969, la Conférence sur les droits de la personne de l'OEA a adopté la Convention américaine relative aux droits de l'homme (CARDH)<sup>247</sup>, qui est entrée en vigueur le 18 juillet 1978. Bien que les É.-U. soient membre de l'OEA, ils ont signé mais n'ont pas encore ratifié la CARDH.

L'article 4.1 de la CARDH stipule que :

Toute personne a droit au respect de sa vie. Ce droit doit être protégé par la loi, et en général à partir de la conception. Nul ne peut être privé arbitrairement de la vie.

Cette disposition est importante étant donné qu'il s'agit du seul instrument régional qui prévoit spécifiquement que le droit au respect de la vie doit être protégé à partir de la conception.

#### Australie

Le statut du fœtus en Australie est le même que dans d'autres pays de common law. Dans *Marriage of F. Husband and F. Wife Injunctions*<sup>248</sup>, le tribunal a conclu que [TRADUCTION] « le fœtus n'a pas de personnalité juridique et qu'il ne peut avoir des droits avant de naître et d'exister en dehors du corps de sa mère<sup>249</sup>. Comme au Canada, les tribunaux australiens ont reconnu que le fœtus a un intérêt éventuel à l'égard du droit de la responsabilité délictuelle. Cependant, l'intérêt ne se concrétise qu'après que le fœtus est né vivant<sup>250</sup>.

#### Royaume-Uni

Le sort des embryons in vitro congelés a récemment été traité dans une affaire hautement médiatisée au R.-U.<sup>251</sup>. Deux femmes voulaient utiliser leurs embryons in vitro congelés contre la volonté de leurs anciens partenaires, qui avaient retiré leur consentement à la conservation et à l'utilisation des embryons. L'un des arguments présentés au nom des femmes était que le droit à la vie garanti par l'article 2 de la Convention européenne de sauvegarde des

<sup>242</sup> *Supra* note 43 à la p. 686.

<sup>243</sup> TGI de Rennes, 30 juin 1993, JCP 1994 II 22250, 169.

<sup>244</sup> *Ibid.* à la p. 169.

<sup>245</sup> *Supra* note 43 à la p. 690.

<sup>246</sup> J. Coleman, « Playing God or Playing Scientist: A Constitutional Analysis of State Laws Banning Embryological Procedures » (1996) 27 Pac. L. J. 1331, p. 1343.

<sup>247</sup> Convention américaine relative aux droits de l'homme, 22 novembre 1969, 1144 U.N.T.S. 123 (entrée en vigueur le 8 juillet 1978).

<sup>248</sup> (1989) 13 Fam. L.R. 189 (Fam. Ct. of Australia).

<sup>249</sup> *Ibid.* au par. 31. Cette affaire réitère la thèse avancée dans *Attorney-General ex relation Kerr v. T.* (1983) 1 Qd R 404.

<sup>250</sup> *Watt v. Rama*, (1972) VR 353.

<sup>251</sup> *Evans v. Amicus Healthcare Ltd and others; Hadley v. Midland Fertility Services Ltd and others*, [2003] EWHC 2161 (Fam. Div.).

droits de l'homme et des libertés<sup>252</sup>, était applicable à l'embryon. Bien que les demandeurs aient concédé qu'un embryon in vitro n'est pas un être humain, ils ont allégué qu'il a un « statut particulier » méritant la protection d'un droit « conditionnel » à la vie en vertu de l'article 2<sup>253</sup>. Le tribunal a examiné la jurisprudence du R.-U. traitant du statut juridique du fœtus, laquelle indique que le fœtus, quelle que soit l'étape de son développement, ne peut exister en dehors du corps de sa mère et ne peut donc jouir du droit à la vie. Le tribunal a conclu, à la lumière de cette jurisprudence, que l'embryon in vitro ne peut, lui non plus, être considéré comme une personne<sup>254</sup>. L'embryon in vitro ne peut non plus être considéré comme jouissant d'un droit à la vie ou d'un droit « conditionnel » à la vie<sup>255</sup>.

### États-Unis

Dans *Roe v. Wade*<sup>256</sup>, la Cour suprême des É.-U. a conclu que le terme « personne » contenu dans le quatorzième amendement de la Constitution américaine ne comprend pas la personne qui n'est pas encore née<sup>257</sup>. Cependant, la Cour a effectivement reconnu l'intérêt de l'État à protéger l'enfant non encore né. Elle a donc établi le « critère du trimestre », qui vise à concilier le droit de la mère au respect de la vie privée et l'intérêt de l'État à protéger la vie de l'enfant à naître. Selon ce critère, durant le premier trimestre de la grossesse, l'État ne peut intervenir dans la décision de la femme de se faire avorter. Cependant, au troisième trimestre, l'État peut intervenir très énergiquement pour préserver la vie du fœtus<sup>258</sup>.

En 1992, la Cour suprême des É.-U. a confirmé les principes énoncés dans *Roe v. Wade* dans *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*<sup>259</sup>. Elle a toutefois substitué au critère du trimestre le critère de la viabilité. La Cour a effectivement conclu que l'État a un intérêt continu à protéger la vie, qui commence à partir de la conception et qui devient impérieux au stade où le fœtus est viable. Avant que le fœtus soit viable, l'État peut régir l'avortement dans la mesure où il ne « porte pas indûment atteinte » au droit de la femme de choisir de mettre fin à sa grossesse. Lorsque le fœtus devient viable, l'État peut intervenir plus énergiquement<sup>260</sup>.

Certains États américains ont adopté une législation concernant la PA. Cependant, la Louisiane est le seul État qui considère l'embryon in vitro comme une personne à part

entière. En Louisiane, il existe une loi qui dispose que les embryons in vitro sont des êtres humains biologiques qui doivent être protégés au même titre qu'une « personne juridique »<sup>261</sup>. De plus, en tant que personne juridique, l'embryon in vitro peut poursuivre en justice et être poursuivi en justice. Par conséquent, les embryons in vitro ne sont pas la propriété des médecins, de la clinique de FIV ou des donneurs de gamètes. Toutefois, le médecin ou l'établissement médical qui conserve l'embryon in vitro congelé, sont responsables de le garder en lieu sûr. La loi prévoit également que les embryons in vitro ne doivent pas être détruits intentionnellement et qu'ils devraient être offerts pour adoption si les donneurs renoncent à leurs droits parentaux<sup>262</sup>.

### France

L'affaire *M<sup>me</sup> P. c. La Grave Hôpital*<sup>263</sup> concerne une entente visant la conservation d'un embryon in vitro, conclue entre un couple et l'hôpital défendeur, qui stipulait que les deux parties devaient consentir au préalable à l'implantation. Le mari est décédé, et sa femme a allégué que l'entente devait être écartée étant donné que la vie commence au moment de la conception et que des considérations d'intérêt public favorisaient l'implantation de l'embryon in vitro, une vie conçue. Le tribunal a décidé que la loi française ne considère pas les embryons in vitro congelés comme capables de jouir de droits<sup>264</sup>. Par conséquent, il a ordonné la destruction des embryons.

<sup>252</sup> Adopté dans la U.K. *Human Rights Act 1998*.

<sup>253</sup> *Supra* note 251 au par. 174.

<sup>254</sup> *Ibid.* au par. 178.

<sup>255</sup> *Ibid.*

<sup>256</sup> *Supra* note 52.

<sup>257</sup> *Ibid.* à la p. 158.

<sup>258</sup> *Ibid.* à la p. 163.

<sup>259</sup> 505 U.S. 833 (U.S. S.C. 1992).

<sup>260</sup> En 2000, la Cour suprême des É.-U. a réaffirmé les principes énoncés dans *Roe v. Wade* et *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* dans *Stenberg v. Carhart*. Dans cette affaire, une faible majorité des juges ont conclu que l'interdiction, par l'État, d'obtenir un avortement thérapeutique durant la période de non viabilité porte indûment atteinte au droit de la femme de choisir de mettre fin à sa grossesse.

<sup>261</sup> La. Rev. Stat. Ann. [ss.] 9:121 – 9:133 (1991). Pour une analyse de la législation de la Louisiane, voir : T.S. Jost, « Rights of Embryos and foetus in Private Law » (2002) 50 Am. J. Comp. L. 633.

<sup>262</sup> *Ibid.*

<sup>263</sup> CA Toulouse, 18 août 1994, J.C.P. 1995, II, 224072, 301.

<sup>264</sup> *Supra* note 43 à la p. 690.

## Europe

La Commission européenne des droits de l'homme a traité du droit à la vie du fœtus dans deux affaires. Dans *X. v. U.K.*<sup>265</sup>, le demandeur, un citoyen du R.-U., a tenté d'obtenir une injonction pour empêcher sa femme de se faire avorter. Le tribunal a rejeté sa demande parce qu'une injonction ne peut être accordée que pour protéger un droit légal. Il a déclaré qu'un fœtus n'a pas de droits légaux avant de naître et d'exister en dehors du corps de sa mère. En outre, le père n'avait aucun droit légal, en vertu de la législation du R.-U., d'empêcher la mère de se faire avorter.

Le père a saisi la Commission de l'affaire, alléguant que la législation du R.-U. violait plusieurs articles de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, dont l'article 2, qui protège le droit de « toute personne » à la vie. En ce qui concerne l'expression « toute personne » utilisée dans l'article 2, la Commission a souligné que tant l'usage général de l'expression « toute personne » dans la Convention... que le contexte dans lequel cette expression est utilisée dans l'article 2... tendent à appuyer l'opinion selon laquelle elle ne comprend pas la personne qui n'est pas encore née »<sup>266</sup>.

Quant à la question de savoir si « le droit à la vie » ne s'applique qu'aux personnes déjà nées ou s'il s'applique également au fœtus, la Commission a souligné les trois interprétations possibles : 1) l'article 2 ne vise pas le fœtus; 2) le fœtus jouit du « droit à la vie », sous certaines réserves; ou 3) le fœtus jouit du « droit [absolu] à la vie »<sup>267</sup>.

La Commission a conclu que la reconnaissance du droit absolu du fœtus à la vie irait à l'encontre du but et de l'objet de la Convention<sup>268</sup>. Elle s'est néanmoins abstenue d'indiquer laquelle des deux autres interprétations devait être retenue.

La Commission a été saisie d'une affaire semblable dans *R.H. v. Norway*<sup>269</sup>. Dans cette affaire, la Commission a indiqué que le tribunal constitutionnel de l'Autriche avait conclu que l'article 2 ne protégeait pas les personnes qui ne sont pas encore nées, contrairement au tribunal constitutionnel fédéral d'Allemagne<sup>270</sup>. Dans ce cas également, la Commission a refusé de se prononcer quant à la question de savoir si l'article 2 de la Convention protège

le fœtus, tout en soulignant que [TRADUCTION] « ce pourrait être le cas dans certaines circonstances, malgré les divergences d'opinion importantes des États signataires concernant la question de savoir si, ou dans quelle mesure, l'article 2 protège les personnes qui ne sont pas encore nées<sup>271</sup>.

## Allemagne

L'Allemagne a conféré le statut d'être humain à l'embryon in vitro dans la loi sur la protection de l'embryon<sup>272</sup>.

Dans la Loi, la dignité humaine et le droit à la vie sont garantis à l'embryon humain à partir de la fécondation. Par conséquent, la Loi interdit l'utilisation des embryons in vitro à des fins autres que leur maintien et leur survie<sup>273</sup>.

## Canada

Il n'existe pas de jurisprudence canadienne traitant du statut juridique des embryons in vitro. Étant donné qu'il n'existe pas de législation actuellement réglementant les embryons in vitro, la *Charte* ne s'applique pas. Cependant, si une législation était adoptée, la jurisprudence traitant du statut juridique du fœtus et de la question de savoir si le droit à la vie, garanti par l'art. 7 de la *Charte* s'applique, est un point de départ.

Dans l'arrêt *Borowski c. Procureur général du Canada*<sup>274</sup>, M. Borowski contestait la validité des dispositions du *Code criminel* relatives à l'avortement au motif qu'elles enfreignaient le droit à la vie du fœtus garantis par l'art. 7 de la *Charte*. La Cour d'appel de la Saskatchewan a conclu qu'un fœtus n'est pas une personne en droit. De plus, le

<sup>265</sup> 13 mai 1980, App. No. 8416/78.

<sup>266</sup> *Ibid.* au par. 9.

<sup>267</sup> *Ibid.* au par. 17.

<sup>268</sup> *Ibid.* au par. 21. Voir également B.E. Hernandez, "To Bear or Not to Bear: Reproductive Freedom as an International Human Right" (1991) 17 *Brook. J. Int'l L.* 309, p. 333.

<sup>269</sup> 19 mai 1992, App. No. 17004/90.

<sup>270</sup> *Ibid.* au par. 26.

<sup>271</sup> *Ibid.* au par. 25.

<sup>272</sup> *Loi sur la protection de l'embryon* du 13 décembre 1990.

<sup>273</sup> Goethe-Institut Zentrale, <http://www.goethe.de/kug/buw/fut/thm/en37295.htm> (date de consultation 26 novembre 2003); Pitrolo, *supra* note 207 à la p. 190.

<sup>274</sup> (1987), 39 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 731 (Cour d'appel de la Sask.). L'autorisation d'en appeler devant la CSC a été accordée dans cette affaire, mais la CSC a conclu que la question était purement théorique et que l'appelant n'avait plus qualité pour comparaître. Par conséquent, elle a décidé de ne pas exercer son pouvoir discrétionnaire pour entendre l'affaire.

mot « chacun » dans l'art. 7 et le mot « tous » dans l'art. 15 de la *Charte* ne visent pas le fœtus et, par conséquent, la *Charte* ne s'applique pas.

Dans *R. c. Demers*<sup>275</sup>, le demandeur a été reconnu coupable de plusieurs infractions liées à des protestations dans le cadre de l'*Access to Abortion Services Act* de la C.-B. En plus d'alléguer que la loi en question violait son droit à la liberté d'expression garanti par la *Charte*, M. Demers a fait valoir que le terme « chacun » utilisé dans l'art. 7 visait l'enfant à naître. La Cour d'appel de la C.-B. a examiné la jurisprudence canadienne concernant le statut juridique du fœtus et souligné que [TRADUCTION] « ces décisions ne permettent pas à la Cour de faire droit à l'argument constitutionnel avancé par M. Demers »<sup>276</sup>. La Cour a conclu que le droit à la vie ne s'étend pas au fœtus.

Bien que la CSC n'ait jamais traité directement la question soulevée dans *Borowski* ou *Demers*, elle a examiné les droits du fœtus dans le contexte de la protection de l'enfance et dans le contexte criminel.

Dans *Tremblay c. Daigle*<sup>277</sup>, le statut juridique du fœtus a été examiné dans le contexte de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec. Dans cette affaire, le père d'un enfant à naître a tenté d'empêcher la mère de se faire avorter en demandant une injonction. La CSC a conclu que l'expression « être humain » utilisée dans la *Charte* du Québec ne vise pas le fœtus<sup>278</sup>. Pour pouvoir jouir de droits, l'enfant doit d'abord naître, et naître vivant<sup>279</sup>.

La Cour a en outre eu l'occasion d'examiner le statut juridique du fœtus dans l'arrêt *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. D.F.G.*<sup>280</sup>. Dans cette affaire, la CSC devait déterminer si le droit de la responsabilité délictuelle ou la compétence *parens patriae* pouvaient être invoqués par le tribunal pour ordonner la détention et le traitement d'une femme enceinte afin d'empêcher qu'un préjudice ne soit infligé à l'enfant à naître. La majorité des juges ont fait référence au principe général selon lequel le droit canadien ne reconnaît pas à l'enfant à naître la qualité de personne juridique titulaire de droits<sup>281</sup>. Ce principe est applicable dans « tous les domaines du droit »<sup>282</sup>. La Cour a effectivement reconnu qu'une fois que l'enfant est né, vivant et viable, le droit peut reconnaître

son existence avant la naissance à certaines fins bien précises. Cependant, [TRADUCTION] « tout droit ou intérêt que le fœtus peut avoir demeure virtuel et incomplet jusqu'à la naissance de l'enfant »<sup>283</sup>.

Dans *R. c. Sullivan*<sup>284</sup>, des sages-femmes ont été accusées de négligence criminelle causant la mort de l'enfant d'une femme qu'elles tentaient d'accoucher alors qu'il se trouvait encore dans la filière génitale. La Cour devait déterminer si le fœtus qui se trouvait dans la filière génitale était une personne au sens des dispositions pertinentes du *Code criminel*. La Cour a conclu que le fœtus n'est pas un « être humain » ou une « personne » et, par conséquent, elle n'a pu juger les accusées coupables de l'infraction susmentionnée.

En somme, actuellement au Canada, le droit ne reconnaît pas au fœtus le statut de personne juridique<sup>285</sup>. Par conséquent, le fœtus ne jouit pas des droits de la personne garantis par la *Charte*.

### Analyse

Pour mieux comprendre les questions liées au statut de l'embryon in vitro au Canada, supposons que les composantes fondamentales de la vie humaine se situent le long d'un continuum de développement. Dans le contexte de la PA, le sperme et l'ovule se situent à une extrémité du continuum, la fusion du sperme et de l'ovule produit un embryon in vitro qui existe en dehors de ses géniteurs, puis l'embryon est implanté dans l'utérus, où il devient un fœtus qui ne serait pas viable en dehors du corps de la femme, avant de devenir un fœtus qui serait

<sup>275</sup> [2003] B.C.J. No. 75 (B.C.C.A.) Autorisation d'en appeler devant la CSC refusée [2003] S.C.C.A. No. 103.

<sup>276</sup> *Ibid.* au par. 23.

<sup>277</sup> [1989] 2 R.C.S. 530 (CSC).

<sup>278</sup> *Ibid.* au par. 72.

<sup>279</sup> Voir également M. Shaffer, « Foetal Rights and the Regulation of Abortion » (1994) 39 McGill L.J. 58.

<sup>280</sup> *Supra* note 65.

<sup>281</sup> *Ibid.* au par. 11.

<sup>282</sup> *Ibid.* au par. 11.

<sup>283</sup> *Ibid.* au par. 15.

<sup>284</sup> [1991] 1 R.C.S. 489 (CSC).

<sup>285</sup> Pour un résumé de la jurisprudence concernant les droits du fœtus, voir J.E. Hanigberg, « Power and Procreation: State Interference in Pregnancy » (1991) 23 Ottawa L. Rev. 36.

viable en dehors du corps de la femme, et qui devient, en bout de ligne, un bébé.

Le problème fondamental concernant l'argument selon lequel il faudrait conférer aux embryons in vitro le statut de personne juridique, avec tous les droits juridiques garantis par ce statut, dont le plus important est le droit à la vie, réside dans le fait que ce statut confère à l'embryon in vitro une protection plus grande que celle que les tribunaux canadiens et d'autres tribunaux garantissent au fœtus<sup>286</sup>. Si le statut de personne juridique, et partant, le droit à la vie, était accordé à l'embryon in vitro, on pourrait logiquement alléguer que l'embryon in vitro a le droit d'être implanté. Cependant, en vertu des lois de la plupart des pays, dont le Canada, une femme peut se faire avorter lorsque le fœtus n'est pas viable en dehors de son corps sans vraiment que l'État intervienne.

Dans le contexte canadien, si l'on adhère à l'idée du continuum de développement et à la jurisprudence applicable traitant des diverses étapes qui jalonnent ce continuum, force est de conclure qu'étant donné qu'on ne peut conférer au fœtus non viable le statut de personne juridique, alors on ne peut, non plus, conférer ce statut à l'embryon in vitro<sup>287</sup>.

Par ailleurs, certains commentateurs doutent de la pertinence d'invoquer la jurisprudence traitant du fœtus pour faire des analogies entre l'embryon in vitro et le fœtus<sup>288</sup>. Dans la jurisprudence concernant les droits du fœtus, le fœtus est inextricablement lié à la mère dans des circonstances où les intérêts du fœtus et ceux de la mère sont incompatibles et où il faut privilégier les intérêts d'une partie au détriment de ceux de l'autre. Or, la situation de l'embryon in vitro est différente, celui-ci existant en tant qu'entité distincte de ses géniteurs, et partant, il n'existe pas de conflit d'intérêts imminent. Il reste néanmoins qu'actuellement, l'embryon in vitro ne peut devenir un fœtus, puis un être humain, sans d'abord être implanté dans l'utérus. Bien qu'il n'y ait pas de conflit de droits direct entre l'embryon in vitro et ses géniteurs à cette étape du continuum de développement, lorsque l'embryon in vitro est implanté dans l'utérus, les droits de la femme priment dans la plupart des pays, et ce n'est que lorsque le fœtus progresse vers l'autre extrémité du continuum que

l'intérêt de l'État à l'égard de la vie qui se développe l'emporte.

### Conclusion

Il est évident que la conception de la vie et le continuum de développement jouent un rôle important dans la perception individuelle ou sociale des entités qui évoluent le long de ce continuum. Par exemple, le sperme et les ovules, qui se situent au début du continuum, sont achetés et vendus librement aux États-Unis sans guère soulever d'opposition<sup>289</sup>, contrairement aux embryons in vitro, même s'il n'existe aucune loi interdisant leur vente.

Essentiellement, le désir de protéger la vie qui se développe augmente en parallèle avec le potentiel de vie. La question de savoir si les instruments de protection des droits de la personne auront une incidence sur la protection du potentiel de vie que recèle l'embryon in vitro dépend du statut juridique de ce dernier, de même que de l'adoption d'une législation réglementant les activités liées à la PA en général, et aux embryons in vitro en particulier. La question du statut juridique de l'embryon in vitro reste sans réponse. Cependant, actuellement, l'opinion la plus généralement admise est que l'embryon in vitro est une entité sui generis. Par conséquent, les droits de la personne ne peuvent lui être reconnus.

## 2.7 Autres questions à examiner

Il ne fait aucun doute que les techniques de PA continueront de progresser et de se perfectionner. Il est en outre probable qu'avec l'amélioration de la connaissance du génome humain et de son incidence sur la reproduction, couplée au fait que les taux d'infertilité sont en hausse dans le monde entier, le nombre de personnes et de couples qui devront ou voudront recourir aux techniques de PA augmentera. Cette perspective soulève un certain nombre de questions complexes, dont les suivantes :

- Un enfant a-t-il le droit d'avoir deux parents biologiques de sexe opposé?

<sup>286</sup> Daar, *supra* note 207 à la p. 635.

<sup>287</sup> Windsor, *supra* note 208 à la p. 1009.

<sup>288</sup> Daar, *supra* note 207 à la p. 635.

<sup>289</sup> Veuillez noter que le projet de loi C-13 n'autorise pas l'achat ou la vente de gamètes ou d'embryons in vitro.

- Un enfant a-t-il le droit d'avoir une origine génétique « normale » ou « naturelle »?
- Que signifie « le meilleur intérêt de l'enfant » dans le contexte de la PA?
- Les parents ont-ils le droit de demander qu'un enfant soit conçu à partir de leur propre matériel génétique, même s'il faut, à cette fin, utiliser le matériel génétique provenant de trois parents biologiques?
- Dans quelle mesure l'État peut-il réglementer ces activités?

Ces questions sont multidimensionnelles et exigent une analyse dans une perspective juridique, éthique et sociale. Du point de vue des droits de la personne, nous devons déterminer si les instruments actuels de protection des droits de la personne tiennent dûment compte des questions qui se posent actuellement ou qui pourraient se poser dans l'avenir quant à la PA.

## 2.8 Lacunes dans les instruments actuels de protection des droits de la personne

Actuellement, hormis le règlement adopté dans le cadre de la *Loi sur les aliments et drogues* concernant le traitement et la distribution du sperme<sup>290</sup>, il n'existe pas de législation exhaustive régissant les activités de PA au Canada. Par conséquent, la plupart des activités de PA ne sont pas visées par les droits et libertés garantis par la Charte. Cependant, la législation sur les droits de la personne, comme la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et les diverses lois provinciales régissant les droits de la personne, s'appliquent à certains aspects de la PA, notamment la prestation équitable des services.

De toute évidence, l'inapplicabilité de la Charte à la plupart des activités de PA constitue une lacune majeure sur le plan de la protection des droits de la personne au Canada. Cette lacune sera essentiellement corrigée avec l'adoption d'une législation fédérale réglementant les activités de PA. Cependant, nonobstant l'adoption d'une législation, il faut s'attendre à ce que la PA fasse l'objet de litiges. De plus, l'absence de jurisprudence appliquant les principes des droits de la personne à la PA actuellement ne nous aide pas à déterminer les droits de la personne susceptibles d'intervenir dans ce domaine.

Un autre problème, mentionné dans l'analyse présentée dans ce chapitre, réside dans le fait qu'un grand nombre des droits de la personne protégés au Canada et/ou dans d'autres pays dans le contexte de la PA, comme le droit à l'autonomie en matière de procréation, le droit à la santé et le droit de bénéficier des connaissances scientifiques, ne sont pas bien développés. De plus, il est difficile de faire respecter des droits qui sont garantis en droit international mais qui n'ont pas de pendant en droit national. Même les droits plus développés, comme le droit à l'égalité ou le droit à la sécurité de la personne, n'ont pas encore été appliqués, sinon rarement, dans le contexte de la PA. Cela n'a rien d'étonnant, puisque, en général, les lois ont du retard par rapport aux progrès technologiques.

Il est évident que dans l'avenir immédiat, pour trancher les questions liées aux droits de la personne dans le contexte de la PA, il faudra appliquer la notion traditionnelle de la protection des droits de la personne à des questions ou à des problèmes vraiment « non traditionnels ». Toutefois, des droits ou concepts nouveaux pourraient éventuellement aider à régler les diverses questions qui se poseront. Par exemple, le nouveau concept de dignité humaine jouera sans doute un rôle capital dans le débat national et international futur sur ce sujet.

<sup>290</sup> *Supra* note 3.