



Gouvernement  
du Canada

Government  
of Canada

LE MEILLEUR  
DES **M**ONDES :

Au carrefour de la biotechnologie  
et des droits de la personne

## Chapitre 3

Diagnostic génétique préimplantatoire

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>3.1 Introduction</b>	<b>3-1</b>
<b>3.2 DPI</b>	<b>3-2</b>
<b>3.3 Contexte</b>	<b>3-4</b>
<b>3.4 Questions</b>	<b>3-5</b>
<b>3.5 Question 1 : Le droit de recourir au DPI pour des motifs d'ordre médical</b>	<b>3-6</b>
3.5.1 Instruments internationaux et régionaux	3-6
3.5.2 Le Droit dans d'autres pays et territoires	3-8
3.5.3 Écrits et commentaires scientifiques	3-15
3.5.4 Le Droit au Canada	3-16
3.5.5 Analyse	3-23
<b>3.6 Question 2 : Le droit des parents d'utiliser le DPI pour sélectionner des embryons in vitro en fonction de certains traits génétiques recherchés</b>	<b>3-27</b>
3.6.1 Conclusion	3-31
<b>3.7 Question 3 : L'embryon in vitro</b>	<b>3-32</b>
3.7.1 Le droit à la vie	3-32
3.7.2 Le droit de naître sain d'esprit et de corps	3-32
<b>3.8 Conclusion</b>	<b>3-46</b>



## Diagnostic génétique préimplantatoire

Judy Hunter

### 3.1 Introduction

[TRADUCTION]

Les implications de la technologie génétique dans le temps obligeront les organisations internationales des droits de la personne à réexaminer certaines questions touchant les droits de personne non encore née qui subsistent malgré le débat sur l'avortement<sup>1</sup>.

La capacité des scientifiques à féconder un ovule humain avec du sperme en dehors du corps d'une femme a été saluée comme un exploit technologique qui permettrait aux personnes stériles d'avoir des enfants. Depuis la fin des années 1970, la recherche médicale et scientifique dans ce domaine a porté principalement sur l'amélioration des techniques et technologies de procréation humaine assistée (« PHA »). Le diagnostic génétique préimplantatoire (« DPI »), qui permet la détection d'anomalies génétiques chez l'embryon in vitro, constitue un exemple de développement technologique récent dans ce domaine<sup>2</sup>.

En 1989, le gouvernement du Canada a institué la Commission royale d'enquête sur les nouvelles techniques de reproduction (la « Commission »), qu'il a chargée d'enquêter et de faire rapport sur les développements médicaux et scientifiques actuels et éventuels reliés aux nouvelles techniques de reproduction. Le mandat de la Commission était très large; on lui demandait d'examiner les implications sociales, éthiques, sanitaires, scientifiques, juridiques et économiques de ces technologies<sup>3</sup>.

En 1993, la Commission a présenté son rapport final, intitulé « *Un virage à prendre en douceur : Rapport final de la Commission royale d'enquête sur les nouvelles techniques de reproduction* » (« Rapport final »)<sup>4</sup>. Au sujet du DPI visant l'embryon in vitro<sup>5</sup>, la Commission a conclu :

Le diagnostic préimplantatoire est une méthode expérimentale de diagnostic prénatal liée à la fécondation in vitro...[Les données] indiquent pour le moment que le diagnostic préimplantatoire est une technique difficile, invasive, coûteuse et inefficace, pour laquelle les indications médicales sont très limitées<sup>6</sup>.

- <sup>1</sup> Maha F. Munayyer, « Genetic Testing and Germ-Line Manipulation: Constructing a New Language for International Human Rights », (1997) 12 *Am. U.J. Int'l L. & Pol'y* 687 à la p. 10 (Lexis Nexis).
- <sup>2</sup> Un « embryon in vitro » est un embryon qui a été créé et qui existe dans une boîte de Pétri, c.-à-d. en dehors du corps d'une femme. Un « embryon in utero » ou « in vivo » est un embryon qui a été conçu et qui existe à l'intérieur du corps d'une femme.
- <sup>3</sup> Commission royale d'enquête sur les nouvelles techniques de reproduction : *Un virage à prendre en douceur : Rapport final de la Commission royale d'enquête sur les nouvelles techniques de reproduction*, Ottawa, Ministre des Services gouvernementaux, 1993 à la p. 2.
- <sup>4</sup> Le chapitre 2 du document relatif au projet aborde de manière plus détaillée les travaux de la Commission royale.
- <sup>5</sup> « Fœtus » s'entend d'un être humain non encore né plus de huit semaines après la conception (*Concise Oxford Dictionary*, 10<sup>e</sup> éd.). « Embryon » s'entend d'un être humain non encore né au cours des huit premières semaines suivant la fertilisation ou la conception (*Concise Oxford Dictionary*, 10<sup>e</sup> éd.). « In utero » signifie dans l'utérus ou le ventre de la mère. « In vitro » signifie en-dehors du corps humain et dans une boîte en verre.
- <sup>6</sup> *Supra*, note 3 à la p. 930.

Au sujet du diagnostic prénatal, la Commission a rapporté l'observation suivante faite au cours de ses consultations à l'échelle du Canada :

Au Canada, la plupart des gens sont d'avis que le choix de subir un diagnostic prénatal lorsqu'il y a risque d'affection grave et de se faire avorter si l'affection est diagnostiquée devrait revenir à la femme ou au couple, conformément à ses valeurs et à sa situation<sup>7</sup>.

Les citoyens exprimeraient probablement la même opinion si on les interrogeait sur le droit de parents éventuels de décider de soumettre ou non leurs embryons in vitro à une procédure de DPI en cas de risque de trouble génétique grave, et de choisir uniquement les embryons in vitro exempts de maladie à des fins des reproduction.

Au Canada, l'accès au DPI est actuellement contrôlé par la profession médicale. La décision quant à savoir si un individu ou un couple devrait recourir ou non à la fécondation in vitro et au DPI est une décision d'ordre privé qui est prise par l'individu ou le couple concerné de concert avec son médecin.

Le présent chapitre formule et examine les questions liées aux droits de la personne que soulèvent le DPI d'un embryon in vitro. Le chapitre présente tout d'abord un exposé général au sujet du DPI, une section de mise en contexte qui explique brièvement les aspects scientifiques et techniques de la problématique et une section qui formule les questions pertinentes sur le plan des droits de la personne. Le reste du chapitre se décompose comme suit : (1) règles et principes de Droit international applicables, (2) le Droit dans d'autres pays, (3) le Droit canadien applicable, (4) commentaires scientifiques et autres, (5) analyse, (6) discussion.

### 3.2 DPI

À la fin des années 1980, le DPI a été mis au point et proposé aux parents éventuels au Royaume-Uni<sup>8</sup>. En avril 1990, le Handyside and Hannersmith Hospital du Royaume-Uni annonçait les premières grossesses réalisées

à partir d'embryons préimplantatoires humains ponctionnés<sup>9</sup>.

Le DPI permet de déceler des anomalies génétiques spécifiques et de déterminer le sexe de l'embryon (pour éviter les maladies liées au sexe). Il permet de sélectionner uniquement les embryons in vitro qui ne présentent pas de prédisposition génétique à la maladie (ou une sélection en fonction du sexe pour éviter les maladies liées au sexe) en vue d'un transfert dans le corps de la femme. À l'heure actuelle, la technologie permet seulement de dépister les maladies liées à un seul gène, comme la fibrose kystique. Bien qu'un DPI puisse confirmer la présence d'une anomalie génétique, il ne peut pas prédire dans quelle mesure l'embryon in vitro, s'il était transféré dans l'utérus d'une femme et naissait ensuite vivant, serait touché en tant qu'enfant ou adulte.

L'on pourrait considérer que cette technologie augmente les choix qui s'offrent à des individus qui, autrement, renonceraient à la procréation en raison du risque de transmettre une maladie ou une anomalie génétique à leur progéniture<sup>10</sup>. Avant l'avènement du DPI, lorsqu'une femme était enceinte et qu'un examen prénatal révélait que l'embryon in utero ou le fœtus avait une maladie ou un trouble génétique, les choix s'offrant à la femme ou au couple étaient restreints. La femme ou le couple pouvait choisir soit un « avortement génétique »<sup>11</sup> — qui entraînait souvent un traumatisme physique et émotionnel, de même qu'un sentiment de culpabilité chez le parent<sup>12</sup> —

<sup>7</sup> *Ibid.* à la p. 890.

<sup>8</sup> Anuja Dokras, M.D.Ph.D. (Department of Obstetrics and Gynaecology, Yale University School of Medicine, États-Unis), *Pre-Implantation Genetic Diagnosis*, vol. 1 n° 5 à la p. 1 (<http://www.hygeia.org>).

<sup>9</sup> A.H. Handyside et al., « Biopsy of Human Preimplantation Embryos and Sexing by DNA Amplification », (1998) 18 février *Lancet* 347-49; A.H. Handyside et al., « Pregnancies from Biopsied Human Preimplantation Embryos Sexed by Y-Specific DNA Amplification », (1990) 344 *Nature* 768-70.

<sup>10</sup> Déclaration de principe commune de la Société canadienne de fertilité et d'andrologie et de la Société canadienne des obstétriciens et des gynécologues, intitulée « Considérations déontologiques sur la procréation assistée », (1999) *Journal de la SOGC* 4 à la p. 32.

<sup>11</sup> L'expression « avortement génétique » est employée dans la documentation scientifique pour désigner l'avortement fondé sur des renseignements médicaux relatifs à l'état génétique du fœtus.

<sup>12</sup> Jason Christopher Roberts, « Customizing Conception: A Survey of Preimplantation Genetic Diagnosis and the Resulting Social, Ethical, and Legal Dilemmas », (2002) *Duke L. & Tech. Rev.* À la p. 12.

soit de mener la grossesse à terme et d'avoir éventuellement à élever un enfant gravement malade ou handicapé. Le DPI permet d'examiner l'embryon in vitro et de retenir uniquement les embryons jugés exempts d'une maladie génétique déterminée pour qu'ils soient implantés dans l'utérus dans l'espoir d'une grossesse.

Aujourd'hui, le nombre de centres offrant le DPI augmente avec constance partout dans le monde<sup>13</sup>. En 2000, le consortium du DPI de la European Society of Human Reproduction and Embryology (« ESHRE ») a commencé à recueillir des données statistiques relatives à l'utilisation du DPI auprès d'un ensemble de centres spécialisés dans le traitement de la stérilité répartis partout dans le monde<sup>14</sup>. Les trois rapports publiés par la ESHRE (1999, 2000, 2001) révèlent une croissance constante des recommandations de DPI et des recours à cette procédure<sup>15</sup>.

L'usage croissant du DPI s'explique en partie par le succès du projet du génome humain<sup>16</sup>, de même que par des perfectionnements technologiques qui ont rendu le DPI plus fiable. En outre, des individus et des couples dans certains pays ont commencé à recourir au DPI pour des motifs non médicaux, par exemple afin de sélectionner des embryons in vitro en fonction du sexe pour des raisons d'ordre social ou culturel<sup>17</sup>.

Le plus récent rapport de la ESHRE (2001) indiquait que le DPI est maintenant utilisé pour sélectionner des embryons in vitro qui ont le potentiel de devenir un enfant donneur<sup>18</sup>. Le DPI permet la sélection d'embryons in vitro ayant exactement les traits génétiques requis pour fournir des cellules pouvant être transplantées chez un frère ou une sœur atteint d'une maladie génétique. Une fois que l'enfant donneur est né, des cellules souches peuvent être prélevées de son cordon ombilical ou du placenta (tissus qui seraient normalement jetés) et données pour être transplantées chez le frère ou la sœur.

<sup>13</sup> ESHRE, « Preimplantation Genetic Diagnosis Consortium: Data collection III » (mai 2001) à la p. 233.

<sup>14</sup> *Ibid.* (ESHRE); le 16 février 2004, le docteur Joyce Harper, maître de conférence en génétique et embryologie humaines au UCL Centre for Preimplantation Genetic Diagnosis (Londres, Angleterre) a annoncé qu'elle possédait des renseignements selon lesquels 86 centres à l'échelle de la planète pratiquaient maintenant le DPI ([www.ucl.ac.uk](http://www.ucl.ac.uk)).

<sup>15</sup> ESHRE, « Preimplantation Genetic Diagnosis Consortium: preliminary assessment of data from Jan. 1997 to Sept. 1998 », (1999) 14 *Human Reproduction* n° 12 aux pp. 3138-3148; ESHRE, « Preimplantation Genetic Diagnosis Consortium: Data collection II », (mai 2000), (2000) 15 *Human Reproduction* n° 12 aux pp. 2673-2683; ESHRE « Preimplantation Genetic Diagnosis: Data collection III » (mai 2001), (2002) 17 *Human Reproduction* n° 1 aux pp. 233-246. NOTE : Le Canada ne contribue pas à cette collecte de données, puisque nous ne comptons qu'un seul centre spécialisé dans le traitement de la stérilité qui pratique le DPI.

<sup>16</sup> Le projet du génome humain est un projet de collaboration scientifique à l'échelle mondiale, regroupant une multitude de programmes nationaux et internationaux, qui a débuté au milieu des années 1980 et dont l'objectif consiste à cartographier et à séquencer l'ensemble du génome humain (Allyn L. Taylor, « Globalization and Biotechnology: UNESCO and an International Strategy to Advance Human Rights and Public Health », (1999) 25 *Am. J. L. and Med.* 479 à la p. 5 (Lexis Nexis)) Le projet a pour objet de compiler des renseignements sur les traits génétiques et physiques du génome humain, de cartographier des séquences d'ADN et de comprendre les interactions entre les gènes humains. Le projet a démarré officiellement en 1990 à titre de projet de recherche international visant à découvrir l'ensemble des gènes humains (dont le nombre estimatif se situait alors entre 60 000 et 100 000) et à cartographier les gènes sur chaque chromosome. Le projet aura des répercussions importantes sur le développement des tests génétiques prénatals et préimplantatoires (Alastair T. Iles, « The Human Genome Project: A Challenge to the Human Rights Framework »,

(1996) 9 *Harv. Hum. Rts. J.* 27 aux pp. 2-3 (Lexis Nexis)). Le projet vise à fournir aux chercheurs les renseignements génétiques nécessaires pour repérer les gènes responsables des différents troubles et maladies génétiques. L'on prédit que les efforts, aujourd'hui centrés sur le traitement des maladies, se concentreront éventuellement plutôt sur la prévention des maladies. (Wendy E. Roop, « Not in My Womb: Compelled Prenatal Genetic Testing », (2000) 27 *Hastings Const. L.Q.* 397 aux pp. 2-3 (Lexis Nexis)). Le 26 juin 2000, une première ébauche du génome humain a été présentée lors d'une cérémonie à la Maison blanche. À cette époque, on avait déjà relié plus de 7000 gènes à des chromosomes spécifiques. Le projet a permis d'accroître les connaissances scientifiques relatives aux mutations d'un seul gène qui causent des maladies (notamment des maladies à déclenchement tardif) (Kay Chung, *Designer myths: the science, law and ethics of preimplantation genetic diagnosis* London, Progress Educational Trust, 1999 à la p. 11. En février 2001, deux groupes concurrents (l'un public et l'autre privé) ont publié leurs analyses plus complètes du génome humain. Les deux publications révèlent que l'espèce humaine possède quelque 30 000 gènes (soit seulement 11 000 de plus que le lombric), et non 100 000, comme beaucoup l'avaient prédit (Gerard Magill, PhD « The Ethics Weave in Human Genomics, Embryonic Stem Cell Research, and Therapeutic Cloning: Promoting and Protecting Society's Interests », (2002) 65 *Alb. L. Rev.* 701 à la p. 4 (Lexis Nexis); Southern California Center for Reproductive Medicine, « ART Preimplantation Genetic Diagnosis », novembre 2003 à la p. 2 (<http://www.socalfertility.com/art/PGD.shtml>)).

<sup>17</sup> A. Malpani et D. Modi, « Preimplantation sex selection for family balancing in India », (Avis : European Society of Human Reproduction and Embryology (ESHRE)) à la p. 11.

<sup>18</sup> ESHRE, *supra* note 13 à la p. 234; ces enfants ont été baptisés « enfants sauveurs » (« *saviour children* ») par les médias au Royaume-Uni parce qu'ils ont été sélectionnés parmi plusieurs embryons in vitro sains à des fins de procréation en fonction de leur potentiel à fournir un remède pour un frère ou une sœur existant qui est malade.

### 3.3 Contexte

#### La science

La réalisation d'un DPI sur un embryon in vitro fait appel à plusieurs techniques et procédés différents.

Premièrement, il faut créer un embryon in vitro. Pour ce faire, on fait ingérer à la femme d'importantes doses d'hormones afin d'hyperstimuler ses ovaires de manière à induire la production de plusieurs ovules (œufs) au cours d'un même cycle, plutôt qu'un seul ovule, comme ce serait habituellement le cas au cours d'un cycle normal. Suite à l'hyperstimulation, on extrait autant d'ovules que possible des ovaires de la femme. Ensuite, soit on mélange ces ovules avec le sperme du partenaire de la femme ou d'un donneur dans une boîte de Pétri, soit un spermatozoïde unique est choisi puis injecté dans l'ovule, le tout afin de créer un embryon in vitro<sup>19</sup>.

Deuxièmement, les embryons in vitro ainsi obtenus sont cultivés en laboratoire jusqu'à ce qu'ils atteignent le stade de huit cellules, environ trois jours après la fertilisation. À ce stade, un ou deux blastomères<sup>20</sup> (cellules) sont prélevés sur l'embryon à des fins d'analyse moléculaire. Les blastomères sont des cellules totipotentes, c'est-à-dire des cellules capables de se développer en des cellules de n'importe quel type ou encore en un embryon complet<sup>21</sup>. On estime que le prélèvement de blastomères n'a pas d'incidences négatives sur le développement ultérieur de l'embryon in vitro, qui continue de croître en laboratoire tandis que l'on procède à l'analyse des blastomères (cellules)<sup>22</sup>.

Troisièmement, afin de réaliser l'analyse moléculaire de la cellule, l'on doit extraire l'information génétique du noyau des blastomères isolés. L'on peut obtenir deux types de renseignements génétiques différents, à savoir de l'information chromosomique et de l'information génétique au sens strict (c.-à.-d. de l'information relative aux gènes comme tels). Le plus souvent, c'est de l'information chromosomique que l'on procède à recueillir.

#### Information chromosomique

Le noyau de chaque cellule du corps humain, à l'exception des spermatozoïdes et des ovules (« cellules sexuelles »), contient quarante-six chromosomes. Le noyau des cellules

sexuelles contient vingt-trois chromosomes. Lorsque les noyaux d'un spermatozoïde et d'un ovule fusionnent au cours de la fertilisation, l'embryon qui en résulte compte quarante-six chromosomes : une moitié des chromosomes provient de chacun des parents. Les chromosomes comptent en tout quelque 30 000 gènes<sup>23</sup>, lesquels sont des bandes ou des régions spécifiques d'acide désoxyribonucléique double brin (« ADN »)<sup>24</sup>.

L'utilisation la plus courante du DPI a pour objet d'examiner l'information génétique au niveau chromosomique. Par exemple, certains troubles et maladies sont liés à l'X (tels que l'hémophilie et la dystrophie musculaire de Duchenne), ce qui signifie qu'une femme en santé peut être porteuse de la maladie sur ses chromosomes sexuels, et seuls ses enfants de sexe masculin seront touchés<sup>25</sup>. Dans le cas d'un trouble lié à l'X, au lieu de chercher à dépister des mutations du gène, on détermine le sexe de l'embryon in vitro, et seuls des embryons de sexe féminin sont implantés chez la femme<sup>26</sup>.

La présence de chromosomes additionnels, ou encore l'absence de certains chromosomes, peuvent être révélateurs de plusieurs différentes maladies, comme le

<sup>19</sup> Pour plus de détails, voir le chapitre 2 du document relatif au projet aux sections 2 et 3.

<sup>20</sup> Les « blastomères » sont des cellules totipotentes, c'est-à-dire des cellules capables de se développer en des cellules de n'importe quel type ou encore en un embryon humain complet (comprenant tous ses tissus et tous ses organes) ainsi qu'en la portion fœtale du placenta (« The President's Council on Bioethics, Human Cloning and Human Dignity: An Ethical Inquiry », Washington, 10 juillet 2002 (<http://www.bioethics.gov/reports/cloningreport/fullreport-print.html>); *The Concise Oxford Dictionary*, 10<sup>e</sup> éd.

<sup>21</sup> « The President's Council on Bioethics, Human Cloning and Human Dignity: An Ethical Inquiry » Washington, 10 juillet 2002 (<http://www.bioethics.gov/reports/cloningreport/fullreport-print.html>); *The Concise Oxford Dictionary*, 10<sup>e</sup> éd.

<sup>22</sup> Dokras, *supra* note 8 à la p. 1.

<sup>23</sup> Un gène est une section d'une molécule d'acide désoxyribonucléique qui code ou dirige la production de produits protéiniques utilisés par l'organisme pour construire ou réparer ses différentes composantes, catalyser des réactions métaboliques, ou même réguler l'activité d'autres gènes. Les gènes s'agencent en structures effilées appelées chromosomes. (Anne Lawton, « The Frankenstein Controversy: The Constitutionality of a Federal Ban on Cloning », (1998/99) 87 Ky. L.J. 277 à la p. 3 (Lexis Nexis).

<sup>24</sup> Wendy E. Roop, « Not in my womb: Compelled Prenatal Genetic Testing », (2000) 27 *Hastings Const. L.Q.* 397 aux pp. 2-3 (Lexis Nexis).

<sup>25</sup> Kay Chung, *Designer myths: the science, law and ethics of preimplantation genetic diagnosis*, London, Progress Educational Trust, 1999 aux pp. 10 et 11.

<sup>26</sup> *Ibid.* à la p.11.



syndrome de Down (ou « trisomie 21 »), qui se manifeste lorsque le noyau de la cellule compte trois copies du chromosome 21 au lieu de deux<sup>27</sup>. (Cette anomalie apparaît plus fréquemment à mesure que l'âge de la mère augmente au-delà de 35 ans<sup>28</sup>.)

### Information relative aux gènes

La deuxième forme de DPI, qui est aussi plus complexe, vise à déterminer la présence ou l'absence d'une mutation génétique spécifique sur un des chromosomes situés à l'intérieur du noyau de la cellule. Pour ce qui est des individus ou des couples qui demandent ce type d'information, il peut s'agir de personnes qui sont fertiles mais qui sont peut-être porteuses d'une certaine mutation génétique qui pourrait provoquer une maladie ou un trouble spécifique chez leur progéniture éventuelle. Ces personnes recourent à un DPI dans le but de sélectionner, en vue de leur implantation (dans l'utérus), seuls les embryons in vitro qui ne présentent pas la mutation génétique en question<sup>29</sup>.

Le nombre de maladies que l'on sait causées par la mutation d'un seul gène va s'accroissant à mesure que les scientifiques en apprennent davantage sur la composition du génome humain<sup>30</sup>. À ce jour, les plus courants parmi les tests de dépistage de maladies déterminées par un seul gène concernent la fibrose kystique, la bêta-thalassémie et la maladie de Huntington. Par ailleurs, à mesure que progresseront les connaissances relatives au génome humain, on pourra éventuellement mettre au point des tests de dépistage de maladies qui se développent seulement à l'âge adulte ou de maladies à déclenchement tardif, comme les cancers ayant une composante génétique<sup>31</sup>.

Le directeur du projet du génome humain, Francis Collins, a prédit que d'ici 2010, nous disposerons de tests génétiques permettant diagnostiquer des maladies, de prédire les risques éventuels d'apparition de la plupart des maladies courantes, comme le cancer, les maladies du cœur, les troubles mentaux, et peut-être aussi de détecter la vulnérabilité aux infections. À l'avenir, il deviendra peut-être possible de dépister des maladies multifactorielles, comme l'asthme et les cancers plus complexes<sup>32</sup>.

Il convient cependant de rappeler qu'à l'heure actuelle, les tests génétiques permettent seulement de savoir si un

embryon in vitro présente ou non une prédisposition à une maladie ou un trouble génétique donné, mais non à quel degré cette condition touchera la personne éventuelle<sup>33</sup>.

L'utilisation du DPI ne va pas sans semer la controverse. Pour pouvoir réaliser un DPI, il faut créer et manipuler un embryon in vitro. Comme nous l'avons mentionné précédemment, les deux blastomères qui sont prélevés de l'embryon in vitro sont totipotents, ce qui signifie qu'en théorie, ils pourraient se développer en un embryon complet si on les maintenait dans les conditions idoines. La réalisation d'un DPI sur ces blastomères entraîne leur destruction. Pour ceux qui considèrent que l'embryon est une forme de vie humaine, le DPI soulève des préoccupations d'ordre éthique et moral.

En outre, le DPI permet de sélectionner des embryons que l'on croit exempts de maladies génétiques, ou qui présentent certains traits génétiques souhaitables, pour ensuite les implanter chez une femme, tandis que les autres embryons in vitro seront détruits. Cette forme d'utilisation du DPI suscite des inquiétudes chez beaucoup de gens opposés à la pratique de l'eugénisme<sup>34</sup>.

## 3.4 Questions

Parmi les différentes questions que soulève l'utilisation du DPI, trois d'entre elles ont été retenues pour être examinées dans le présent chapitre. Les deux premières

<sup>27</sup> Southern Calif Centre for Reproductive Medicine, « ART Preimplantation Genetic Diagnosis », novembre 2002 à la p. 2. En ligne : <http://www.socalfertility.com/art/pgd.shtml>.

<sup>28</sup> Commission royale, *supra* note 3 à la p. 847.

<sup>29</sup> Peter Braude (B.Sc., M.A., Ph.D. (directeur clinique du Guy's and St. Thomas' Centre for Preimplantation Genetic Diagnosis, Royaume-Uni)), « An overview of preimplantation genetic diagnosis » (présenté lors de la Journée d'étude sur le diagnostic génétique préimplantatoire (17 mai 2001)) à la p. 1.

<sup>30</sup> *Supra* note 27.

<sup>31</sup> Chung, *supra* note 25 à la p. 11; Trudo Lemmens « Why Regulate New Genetics? », printemps 2004, *Innovate* aux pp. 14-17.

<sup>32</sup> Denise Avard et Bartha Maria Knoppers, « Screening and Children Policy Issues for the New Millennium », ISUMA, automne 2001 à la p. 47.

<sup>33</sup> Munayyer, *supra* note 1 à la p. 3 (Lexis Nexis).

<sup>34</sup> L'« eugénisme » peut être défini comme la science de la reproduction contrôlée visant à accroître l'occurrence de caractéristiques héréditaires désirables au sein d'une population (*Concise Oxford Dictionary*, 10<sup>e</sup> éd.).

questions abordées se posent du point de vue des parents éventuels, tandis que la troisième question se pose du point de vue d'un embryon in vitro.

La première question est celle de savoir si des parents éventuels qui sont susceptibles de transmettre une maladie génétique grave à leur progéniture ont le droit de recourir au DPI pour prendre une décision concernant la procréation. La deuxième question est celle de savoir si des parents éventuels ont le droit de recourir au DPI en vue de sélectionner, à des fins de reproduction, seuls les embryons in vitro qui possèdent certains traits génétiques recherchés, comme un sexe déterminé ou le gène de la surdité. La dernière question est celle de savoir si un l'embryon in vitro a un droit à la vie, et s'il a le droit de naître en bonne santé mentale et physique.

### 3.5 Question 1 : Le droit de recourir au DPI pour des motifs d'ordre médical

Bien que les instruments internationaux et régionaux relatifs aux droits de la personne ne prévoient expressément aucun droit de recourir au DPI ou d'obtenir des renseignements au sujet de son embryon ou de son f etus, ces instruments imposent aux  tats parties certaines obligations qui portent à croire que les femmes, et peut-être aussi les couples, ont le droit à la liberté en matière de reproduction. La liberté en matière de reproduction peut être considérée comme incluant deux droits égaux mais opposés : le droit de se reproduire et le droit de ne pas se reproduire. D'aucuns pourraient soutenir que l'information relative à l'état génétique de ses embryons in vitro est essentielle à l'autonomie d'une personne en matière de reproduction. Cette information peut s'avérer nécessaire pour certaines personnes afin de les aider à prendre leurs décisions en matière de reproduction. Par exemple, si un DPI devaient révéler que les embryons in vitro d'une personne ou d'un couple présentent une anomalie génétique susceptible de faire que l'enfant naisse avec un handicap grave, cette personne ou ce couple choisirait peut-être de ne pas se reproduire.

#### 3.5.1 Instruments internationaux et régionaux

Comme nous l'avons mentionné au chapitre 2, aucun instrument international ne mentionne expressément la

procréation assistée, non plus que le DPI. En revanche, plusieurs instruments internationaux prévoient le droit de « fonder une famille »<sup>35</sup>. Ce droit est prévu dans le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*<sup>36</sup> (« PIDCP »), que le Canada a ratifié. Pour ce qui concerne le droit de fonder une famille prévu au PIDCP, le *Comité des droits de l'homme* (« CDH ») a exposé son interprétation de ce droit dans son Observation générale né 19. Le CDH a écrit que le « droit de fonder une famille implique, en principe, le droit de procréer et de vivre ensemble »<sup>37</sup>.

Le Canada a aussi ratifié la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes<sup>38</sup> (« CEDAW »). Celle-ci oblige les  tats parties à assurer aux femmes l'accès à de l'information et à des conseils relatifs à « la planification de la famille » (Art. 10(1)h)<sup>39</sup>. L'Art. 16(1)e oblige les  tats parties à assurer aux femmes le droit de décider librement du nombre et de l'espacement des naissances et l'accès « aux informations, à l'éducation et aux moyens nécessaires » pour leur permettre d'exercer ces droits<sup>40</sup>. En 1993, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes crée en vertu de la

<sup>35</sup> *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. AG 217 (III), Doc. off. AG NU, 3  sess., Supp. né 13, Doc. A/810 (1948), art. 16; *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, art. 12; *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 U.N.T.S. 171 (entré en vigueur le 23 mars 1976), art. 23.

<sup>36</sup> *Id.*

<sup>37</sup> OG né 19/38 sur l'art. 23 du PIDCP, Doc. NU CCPR/21/Rev.1/Add.2 au par. 5. Voir le chapitre 2 pour une analyse plus approfondie.

<sup>38</sup> *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, Rés. AG 34/180, 34 Doc. off. AG NU Supp. né 46   la p. 193, Doc. NU A/34/46 (entrée en vigueur le 3 septembre 1981).

<sup>39</sup> *Ibid.* — alinéa 10h) :

Les  tats parties prennent toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes afin de leur assurer des droits égaux à ceux des hommes en ce qui concerne l'éducation et, en particulier, pour assurer, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme :

h. L'accès à des renseignements spécifiques d'ordre éducatif tendant à assurer la santé et le bien-être des familles, y compris l'information et des conseils relatifs à la planification de la famille. [C'est nous qui soulignons.]

<sup>40</sup> *Ibid.* — alinéa 16(1)e) :

1. Les  tats parties prennent toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans toutes les questions découlant du mariage et dans les rapports familiaux et, en particulier, assurent, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme :

e. Les mêmes droits de décider librement et en toute connaissance de cause du nombre et de l'espacement des naissances et d'avoir accès aux informations, à l'éducation et aux moyens nécessaires pour leur permettre d'exercer ces droits;

CEDAW (le « Comité ») a adopté la seule interprétation officielle du droit relatif à la planification familiale aux termes de la *Recommandation générale n° 21*<sup>41,42</sup>.

Le Comité a relevé que les responsabilités liées à la grossesse et au fait d'élever des enfants ont des incidences notamment sur le droit des femmes à l'éducation, et que ces responsabilités imposent un fardeau de travail plus grand aux femmes. Pour ces motifs, les femmes ont le droit de décider du nombre et de l'espacement de leurs grossesses<sup>43</sup>. La *Recommandation n° 21* énonçait que la décision d'une femme d'avoir ou de ne pas avoir d'enfants devrait être libre de toute immixtion de la part d'un conjoint, d'un parent, d'un partenaire ou de l'État. Les femmes doivent avoir accès à des renseignements concernant les moyens de contraception et les services de planification de la famille<sup>44</sup>.

L'interprétation du Comité exposée dans la *Recommandation n° 21* conforte l'opinion voulant que les femmes aient un droit à l'autonomie en matière de procréation. Certains auteurs soutiennent que le droit de fonder une famille et l'élément positif du droit à la planification de la famille sont liés au droit d'une personne ou d'un couple d'avoir un enfant et garantissent donc implicitement un droit à la procréation ou à la reproduction<sup>45</sup>.

Au niveau international, cependant, le droit de procréer ou de se reproduire fait l'objet d'interprétations multiples<sup>46</sup>. Pour ce qui est de savoir si un tel droit comprendrait le droit d'obtenir des renseignements concernant l'état du fœtus ou, dans le cas de la procréation assistée, l'état de l'embryon in vitro aux fins de décider de procréer ou non, la question demeure incertaine.

La CEDAW énonce, à l'alinéa 5a) :

Article 5 – Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour :

a) Modifier les schémas et modèles de comportement socio-culturel de l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination des préjugés et des pratiques coutumières, ou de tout autre type, qui sont fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un

ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes;

Le Comité n'a pas formulé de recommandations concernant l'article 5 qui puisse servir à interpréter cette disposition ou à éclairer les États parties quant à la teneur de leurs obligations.

Pour ce qui est des instruments régionaux, la *Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine*<sup>47</sup> du Conseil de l'Europe (la « Convention ») dispose, aux articles 12 et 14

#### Article 12 – Tests génétiques prédictifs

Il ne pourra être procédé à des tests prédictifs de maladies génétiques ou permettant soit d'identifier le sujet comme porteur d'un gène responsable d'une maladie soit de détecter une prédisposition ou une susceptibilité génétique à une maladie *qu'à des fins médicales* ou de recherche médicale, et sous réserve d'un conseil génétique approprié. [C'est nous qui soulignons]

#### Article 14 – Non-sélection du sexe

L'utilisation des techniques d'assistance médicale à la procréation n'est pas admise pour choisir le sexe de l'enfant à naître, sauf en vue d'éviter une maladie héréditaire grave liée au sexe.

<sup>41</sup> *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, *Recommandation générale n° 21*, Égalité dans le mariage et les rapports familiaux (treizième séance, 1992), *Compilation de Commentaires généraux et d'Observations générales adoptés par les organes de suivi des traités des Nations Unies*, Doc. NU HR/GEN/Rev. 1 à la p. 90 (1994).

<sup>42</sup> Maja Kirilova Eriksson, *Reproductive Freedom: In the Context of International Human Rights and Humanitarian Law*, La Haye, Pays-Bas, Kluwer Law International, 2000 à la p. 185.

<sup>43</sup> *Recommandation n° 21*, *supra* note 39 au par. 21.

<sup>44</sup> *Ibid.* au par. 22.

<sup>45</sup> Eriksson, *supra* note 42 à la p. 188; M. Tardu, « Relationships between human rights and population issues » (1990) *Population and Human Rights Nations Unies*, New York à la p. 55; Statens Medicinsk-etiska Rad, *Assisterad befruktning*, Stockholm, 19 avril 1995 à la p. 15; J.A. Frowein et W. Peukert, *Europäische Menschenrechtskonvention*, Kehl 1996 à la p. 424.

<sup>46</sup> Voir le chapitre 2 du document du Projet pour une analyse plus approfondie.

<sup>47</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: Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine* (Oviedo, 4.IV.1997) (Conseil de l'Europe, Série des traités européens, n° 164).

Le Rapport explicatif<sup>48</sup> à la Convention indique, au paragraphe 83, que « [l']article 12, en lui-même, n'entraîne aucune limitation au droit de procéder à des tests diagnostics sur un embryon afin de déterminer si celui-ci est porteur de caractères héréditaires qui entraîneront une grave maladie chez l'enfant à naître »<sup>49</sup>.

Au regard de l'article 14, le Rapport explicatif précise qu'« [...] il n'est pas admis d'utiliser une technique d'assistance médicale à la procréation pour choisir le sexe de l'enfant, sauf s'il s'agit d'éviter une maladie héréditaire grave liée au sexe »<sup>50</sup>. Le paragraphe 94 du Rapport explicatif précise cependant que la « gravité d'une maladie héréditaire liée au sexe est appréciée en Droit interne selon des procédures propres à chaque État »<sup>51</sup>.

Au printemps 1996, le Canada a acquis la qualité d'observateur auprès du Conseil. Bien que le Conseil ait invité les États non membres à adhérer à sa Convention, le Canada ne l'a pas signée. Les articles 12 et 14 pourraient tout de même être invoqués devant un tribunal canadien pour informer celui-ci au sujet de la manière dont les pays européens ont tranché ces questions.

### Conclusion

Les dispositions du PIDCP et de la CEDAW ne pourraient pas servir de fondement à un recours devant un tribunal canadien, mais elles pourraient être citées, de concert avec la Déclaration, pour étayer une certaine interprétation de la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>52</sup> (la « Charte ») ou de dispositions législatives internes. Cette absence de jurisprudence au niveau international concernant le droit de fonder une famille fait qu'il est difficile de prévoir comment ces dispositions seraient interprétées par un tribunal canadien.

### 3.5.2 Le Droit dans d'autres pays et territoires

Les développements qui suivent décrivent brièvement le Droit relatif au DPI aux États-Unis, en Allemagne et au Royaume-Uni. Ces trois pays ont été choisis parce qu'ils offrent des exemples de trois approches distinctes de l'État à l'égard du DPI.

### États-Unis

Aux États-Unis, il n'y a pas de dispositions législatives fédérales concernant le DPI. Les cliniques de fertilité sont libres d'effectuer des DPI dans les limites permises par les lois de chaque état<sup>53</sup>. Seule une poignée d'états ont légiféré expressément au sujet du DPI. Dix des cinquante états interdisent la recherche embryologique, mais six d'entre eux assortissent cette interdiction d'une exception permettant le DPI<sup>54</sup>. Les quatre autres états permettent le DPI uniquement dans les cas où l'on peut démontrer que son utilisation est bénéfique et sans danger pour l'embryon in vitro<sup>55</sup>.

Le degré de contrôle qu'un état exerce sur l'utilisation du DPI est sans doute fonction de la position de cet état quant à la façon de concevoir l'embryon in vitro sur les plans de la morale et du Droit. Tel semble être le cas en Louisiane, un des quatre états qui interdisent le DPI. En effet, la Louisiane reconnaît certains droits à l'embryon in vitro à compter du moment de la conception. En vertu du *Code civil* de la Louisiane, l'embryon in vitro est protégé et réputé être une personne ayant la capacité d'ester en justice, et ce, jusqu'au moment où il est implanté dans l'utérus d'une femme<sup>56</sup>. Le DPI est interdit en Louisiane sauf lorsque l'on peut démontrer que la procédure serait bénéfique et sans danger pour l'embryon in vitro. Chacun de ces deux critères est vraisemblablement impossible à satisfaire, puisque le DPI n'est jamais sans danger pour l'embryon in vitro et, par suite d'un DPI, on laisserait probablement périr tout embryon in vitro présentant une anomalie génétique.

<sup>48</sup> *Rapport explicatif à la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine* (Conseil de l'Europe, Série des traités européens, no 164) (<http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/164.htm>) (ci-après le « Rapport explicatif »).

<sup>49</sup> *Ibid* (Rapport explicatif) au par. 83, page 15.

<sup>50</sup> *Ibid* (Rapport explicatif) au par. 93, page 16.

<sup>51</sup> *Ibid* (Rapport explicatif) au par. 94, page 16.

<sup>52</sup> *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, 1982, ch. 11, *Charte canadienne des droits et libertés*, entrée en vigueur le 17 avril 1982.

<sup>53</sup> Kay Chung, *supra* note 25 à la p. 15.

<sup>54</sup> Timothy Stolzhus Jost, « Rights of Embryo and Fœtus in Private Law », (2002) 50 *Am. J. Comp. L.* 633 à la p. 640; June Coleman, « Playing God or Playing Scientist », (1996) 27 *Pac. L.J.* 1331 à la p. 1354 (les dix états sont : le Massachusetts, le Michigan, le New Hampshire, le Nouveau-Mexique, le Dakota du Nord, le Rhode Island, la Louisiane, le Minnesota, la Pennsylvanie et le Maine) (Lexis Nexis).

<sup>55</sup> *Ibid.* (Coleman) à la p. 11 (Les quatre états qui restreignent la pratique du DPI sont : la Louisiane, le Minnesota, le Maine et la Pennsylvanie) (Lexis Nexis).

<sup>56</sup> Jost, *supra* note 24 à la p. 633. Code civil de la Louisiane § 26 (1988).

La jurisprudence américaine reconnaît aux femmes un droit, garanti par la Constitution, d'interrompre une grossesse jusqu'au stade de la viabilité du fœtus, et ce, au titre des droits à la vie privée et à la liberté garantis par les premier, quatrième, cinquième et quatorzième amendements<sup>57</sup> de la Constitution des États-Unis. Au stade de la viabilité du fœtus, l'intérêt de l'État dans le développement du fœtus peut être assez important pour justifier l'imposition par l'État de restrictions au droit de la femme d'interrompre la grossesse<sup>58</sup>.

Dans le cas de parents éventuels susceptibles de transmettre un trouble ou une maladie génétique grave à leur progéniture, le médecin traitant aurait l'obligation de les aviser des risques et de leur recommander soit un DPI (si les lois de l'état le permettent), soit des tests génétiques prénataux. Les parents éventuels pourraient considérer les renseignements obtenus au moyen de ces tests comme cruciaux pour leur permettre de prendre une décision éclairée en matière de reproduction. Dans les cas où le médecin omettrait d'informer les parents au sujet du risque ou omettrait de les conseiller au sujet des tests génétiques et que les parents donnaient ensuite naissance à un enfant gravement atteint, les parents pourraient peut-être poursuivre le médecin pour négligence. Dans la majorité des cas, il s'agit d'actions en responsabilité civile délictuelle qui sont habituellement désignées comme des « actions fondées sur une naissance préjudiciable » (« *wrongful birth* ») lorsqu'elles sont intentées par les parents ou comme des « actions fondées sur une vie préjudiciable » (« *wrongful life* ») lorsqu'elles sont intentées au nom de l'enfant.

La Cour suprême de la Californie a statué, dans *Turpin c. Sortini*<sup>59</sup> — une action fondée sur une vie préjudiciable — que

[TRADUCTION]

« [...] lorsqu'ils décident d'avoir ou non un tel enfant [handicapé], les parents peuvent à bon droit prendre en considération leurs propres intérêts — ce qu'ils font sans aucun doute —, et l'on présume que les parents prennent aussi en considération les intérêts de leur futur enfant. Par conséquent, lorsqu'un défendeur omet par négligence de diagnostiquer une maladie héréditaire, il cause un préjudice à l'enfant éventuel ainsi qu'aux parents en privant les parents

de renseignements pouvant s'avérer nécessaires pour déterminer s'il est dans l'intérêt de l'enfant de naître avec des déficiences ou de ne pas naître du tout »<sup>60</sup>.

Dans les états qui interdisent l'expérimentation touchant les fœtus, on recense certaines décisions judiciaires qui rattachent à la liberté en matière de reproduction un droit constitutionnel à l'information. Dans l'affaire *Margaret S. c. Treen*<sup>61</sup> (« *Margaret S. II* »), le tribunal était saisi de plusieurs questions relatives à une loi sur l'avortement de l'État de la Louisiane. Une de ces questions était celle de la constitutionnalité de la disposition législative interdisant l'expérimentation touchant les fœtus in utero et in vitro<sup>62</sup>. Les demandeurs alléguaient que la disposition attaquée englobait des techniques qui pouvaient être considérées comme de l'« expérimentation » mais qui pouvaient avoir

<sup>57</sup> « Vie privée » (« *privacy* ») : Bien que la Constitution des États-Unis ne prévoient pas expressément un droit à la vie privée, la Cour a jugé qu'un tel droit découle des premier, quatrième et cinquième amendements (Sklar A Sherwood « Don't Hate Me Because I'm Beautiful... And Intelligent... And Athletic: Constitutional Issues in Genetic Enhancement and the Appropriate Legal Analysis », (2001) 11 *Health Matrix* 633 aux par. 5-6 (Lexis Nexis)). Les tribunaux ont jugé que les droits conférés par cette garantie relative à la vie privée sont des droits fondamentaux. Par exemple, le droit de procréer et le droit de ne pas procréer ont tous deux été dégagés de la garantie relative à la vie privée et sont donc considérés comme fondamentaux. Ces droits sont fondamentaux parce qu'ils relèvent de domaines d'une nature si privée qu'une ingérence injustifiée de la part de l'État est à proscrire; il est difficile pour l'État de limiter ces droits. Les droits fondamentaux jouissent de la plus grande protection en vertu de la loi. Cependant, ils ne sont pas absolus : l'État peut porter atteinte à un droit fondamental, mais seulement pour un motif impérieux et si l'atteinte est la moins restrictive possible. « Liberté » : Le quatorzième amendement étend aux états la clause du cinquième amendement garantissant l'application régulière de la loi (« *due process* ») selon laquelle [TRADUCTION] « [n]ul ne peut être privé de sa vie, de sa liberté ou de ses biens autrement que suivant l'application régulière de la loi ». La clause de la Constitution concernant l'application régulière de la loi comporte une règle de fond, qui prévoit une protection accrue contre l'ingérence de l'État à l'égard des libertés individuelles prévues aux premier et quatorzième amendements. [TRADUCTION] « La liberté évoque plus que l'absence de contrainte physique, mais aussi le droit de l'individu de contracter, de s'adonner à toute forme d'occupation courante de la vie, d'acquérir des connaissances utiles, de se marier, de fonder un foyer et d'élever des enfants [...] et, de manière générale, de jouir de ces privilèges reconnus de longue date [...] comme essentiels à la quête du bonheur par des hommes et [des femmes] libre[s]. » (Kelly M. Plummer « Ending Parents' Unlimited Power to Choose: Legislation is Necessary to Prohibit Parents' Selection of Their Children's Sex and Characteristics », (2003) 47 *St. Louis L.J.* 517 au par. 5 (Lexis Nexis).)

<sup>58</sup> *Roe c. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

<sup>59</sup> *Turpin c. Sortini et al.*, 31 Cal. 3d 220; 643 P.2d 954; 182 Cal. Rptr. 337; 1982 (Cour suprême de la Californie) (Lexis Nexis).

<sup>60</sup> *Ibid.* au par. 10 (Lexis Nexis).

<sup>61</sup> *Margaret S. c. Treen*, 597 F. Supp 636, 673 (E.D. La. 1984) (Cour de district) (QL).

<sup>62</sup> *Ibid.* au par. 31 (QL).

un caractère thérapeutique pour une femme enceinte. En outre, les demandeurs soutenaient que la disposition portait une atteinte inconstitutionnelle au droit du médecin de mener des recherches médicales et scientifiques.

La Cour de district des États-Unis a jugé que l'interdiction relative à l'expérimentation touchant les fœtus, qui était assortie d'importantes sanctions pénales, portait une atteinte inconstitutionnelle au droit d'une femme à l'avortement et portait atteinte aux droits des médecins de participer à des activités de recherche touchant le fœtus<sup>63</sup>. Pour parvenir à ces conclusions, la Cour a affirmé :

[TRADUCTION]

« La décision d'engendrer ou mettre au monde ou non un enfant est au cœur même de cet ensemble de choix protégés par la Constitution reconnu sous le vocable de droit à la vie privée... *La Cour estime que cette loi limite indûment les renseignements médicaux qui peuvent être obtenus par l'expérimentation en ce qu'elle prive les femmes de renseignements concernant la probabilité de difformités fœtales lors de leurs futures grossesses.* Une telle expérimentation, qui pourrait avoir une vertu thérapeutique pour la femme, serait interdite par [cette loi] parce qu'elle ne serait pas thérapeutique pour le fœtus avorté mort. [La loi] porte aussi atteinte au droit de la femme de faire des choix en matière de reproduction sans ingérence excessive de la part de l'État du fait que l'information requise pour pouvoir accroître la précision et la fiabilité de l'amniocentèse et d'autres méthodes de diagnostic prénatal dépend de l'utilisation de tissus fœtaux avortés à des fins d'expérimentation.<sup>64</sup> [C'est nous qui soulignons]

La Cour de district a jugé qu'étant donné que les droits fondamentaux englobent tout le processus entourant l'avortement, l'interdiction relative à l'expérimentation touchant les fœtus, qui pouvait viser les analyses à des fins de diagnostic, violait le droit constitutionnel de la femme de faire des choix en matière de reproduction<sup>65</sup>. L'on peut penser que le droit fondamental de faire des choix en matière de reproduction ne se limite pas exclusivement à une décision concernant l'avortement, mais s'étend aussi aux décisions concernant la grossesse et la contraception<sup>66</sup>.

La décision de la Cour de district a été portée en appel devant la Cour du Cinquième circuit<sup>67</sup>, qui a reproché à la Cour de district d'avoir évité la véritable question constitutionnelle qui se posait, soit la question de savoir si une interdiction législative visant l'expérimentation aurait inévitablement pour effet de limiter les types de tests offerts aux femmes et à leurs médecins, portant ainsi forcément atteinte aux droits fondamentaux de la femme<sup>68</sup>. La Cour du Cinquième circuit a confirmé la décision de la Cour de district, statuant que l'interdiction législative relative à l'expérimentation touchant les fœtus était d'une imprécision inconstitutionnelle<sup>69</sup>.

Dans l'affaire *Jane c. Bangerter*<sup>70</sup> (« *Bangerter* »), la Cour du Dixième circuit était invitée à examiner une loi de l'Utah qui permettait l'expérimentation discrétionnaire visant à acquérir de l'information génétique au sujet de l'embryon ou du fœtus. Un tribunal inférieur avait jugé que la loi était constitutionnelle après avoir interprété de manière restrictive le mot « expérimentation » comme désignant [TRADUCTION] « des tests ou des techniques médicales qui sont conçus uniquement pour accroître les connaissances d'un chercheur et qui ne visent pas à procurer un avantage thérapeutique à la mère ou à l'enfant »<sup>71</sup>.

<sup>63</sup> *Ibid.* au par. 33 (QL). Le droit des médecins d'exercer leur profession, bien qu'il ne soit pas reconnu comme un droit fondamental, jouit néanmoins d'une protection constitutionnelle contre les atteintes arbitraires. La cour a jugé que la « liberté » comprenait [TRADUCTION] « le droit de s'adonner à l'une quelconque des activités courantes de la vie ». La cour a affirmé que « [l]a loi d'un état ne peut refuser à une personne le droit d'exercer son activité (ce qui comprend notamment l'exercice de la profession médicale dans ce cas-ci) à moins qu'il y ait un lien rationnel avec la réalisation d'un objectif légitime du gouvernement... L'intérêt de l'état à protéger la vie du fœtus ne subsiste pas au-delà de la mort du fœtus... Aucune loi de la Louisiane n'interdit l'expérimentation sur un être humain décédé, et, de fait, de telles expérimentations ont lieu lors d'autopsies, lesquelles sont pratiquées régulièrement... En vertu de la loi [de la Louisiane], une mère pourrait donner le corps de son enfant à la science médicale à des fins [d'enseignement, de recherche ou aux fins de l'avancement de la science]... mais la sanction pénale imposée par [cette loi] empêcherait dans les faits le don d'une masse de tissu avorté. Cette loi établit une distinction entre un fœtus mort et une être humain décédé. L'établissement de cette distinction n'a aucun fondement rationnel. »

<sup>64</sup> *Ibid.* au par. 32 (QL).

<sup>65</sup> *Ibid.*; Roberts, *supra* note 12 au par. 10 (Lexis Nexis).

<sup>66</sup> *Supra* note 61 aux pp. 1078-79.

<sup>67</sup> *Margaret S. c. Edwards*, 794 R.2d 994 (5th Cir. 1986) (Cour du Cinquième circuit).

<sup>68</sup> *Ibid.* aux pp. 999-1002.

<sup>69</sup> *Ibid.* à la p. 999.

<sup>70</sup> *Jane L. c. Bangerter*, 61 F.3d 1493 (10<sup>e</sup> Circ. 1995).

<sup>71</sup> *Jane c. Bangerter*, 794 F. Supp. 1528 (D. Utah 1992).

La Cour du Dixième circuit s'est inscrite en faux, statuant que le tribunal inférieur avait « manifestement » réécrit la loi pour tenter d'en préciser la teneur. La Cour a jugé que le mot « avantage » était aussi ambigu, et elle s'est demandée : [TRADUCTION] « si une procédure procurait à une mère des connaissances qui faciliteraient ses grossesses à l'avenir mais qui interrompraient inévitablement sa grossesse en cours, la procédure serait-elle jugée avantageuse pour la mère?<sup>72</sup> » Étant donné qu'elle estimait que la loi attaquée ne donnait pas d'indications claires permettant de distinguer les actes permis et les actes qui constituaient des infractions criminelles, la Cour a statué que cette loi était inconstitutionnelle et invalide<sup>73</sup>.

Dans l'affaire *Lifchez c. Hartigan*<sup>74</sup> (« Lifchez »), la Cour de district de l'Illinois a examiné l'étendue du droit constitutionnel à l'autonomie en matière de procréation. La Cour était saisie de la question de savoir si le par. 6(7) de la loi sur l'avortement de l'Illinois, qui interdisait la vente de fœtus et l'« expérimentation » sur un fœtus à moins que l'« expérience » soit « thérapeutique » pour le fœtus, violait les principes relatifs à l'application régulière de la loi prévus par le quatorzième amendement de la Constitution des États-Unis du fait de son imprécision.

La Cour a jugé que les termes non définis « expérimentation » et « thérapeutique » contenus dans la loi de l'Illinois la rendaient imprécise, entraînant ainsi une atteinte aux droits du demandeur en matière d'application régulière de la loi en vertu de la Constitution. La loi de l'Illinois contenait une disposition visant à exempter la fécondation in vitro. Cependant, la Cour a noté qu'étant donné le libellé imprécis, le DPI pouvait être considéré comme une procédure expérimentale qui n'est pas thérapeutique pour l'embryon in vitro, et qui risquerait donc de déborder le cadre de l'exemption relative à la fécondation in vitro<sup>75</sup>.

En outre, le Cour s'est demandé si la loi de l'Illinois portait atteinte au droit de la femme à la vie privée et à la liberté en matière de procréation, reconnu aux termes de l'arrêt *Roe c. Wade*<sup>76</sup>. La Cour a jugé que le par. 6(7) était inconstitutionnel parce qu'il portait indûment atteinte au droit fondamental d'une femme à la vie privée; en particulier, le droit d'une femme de faire des choix en matière

de procréation sans ingérence de la part du gouvernement ou de l'État<sup>77</sup>.

Au soutien de sa décision, la Cour a cité le passage suivant de la décision *Carey c. Population Services International*<sup>78</sup> :

La décision d'engendrer ou mettre au monde ou non un enfant est au cœur même de cet *ensemble de choix protégés par la Constitution*. Cette décision occupe une place particulièrement importante dans l'histoire du droit à la vie privée, un droit reconnu expressément pour la première fois dans des motifs concluant à l'inconstitutionnalité d'une loi interdisant l'utilisation de contraceptifs... et revendiqué avec le plus de retentissement ces dernières années dans le contexte de la contraception... et de l'avortement<sup>79</sup>. [C'est nous qui soulignons]

La Cour a jugé que le par. 6(7) s'immiscit dans cet [TRADUCTION] « ensemble de choix protégés par la Constitution » qui comprenait des activités telles que le prélèvement de villosités chorales (qui fournit des renseignements sur le fœtus) et le transfert d'embryon (une technique de procréation assistée). La Cour a écrit :

[TRADUCTION]

Le transfert d'embryon est une technique conçue pour permettre à une femme stérile de mettre au monde son propre enfant. Nul besoin d'un grand

<sup>72</sup> *Supra* note 70 à la p. 1502.

<sup>73</sup> *Ibid.*

<sup>74</sup> *Lifchez c. Hartigan*, 1990 U.S. Dist. Lexis 4947 (Cour de district des États-Unis) (Lexis Nexis). Le docteur Lifchez contestait cette loi parce que lui-même ainsi que d'autres médecins de l'Illinois s'inquiétaient de la possibilité que le libellé imprécis de ses dispositions, notamment le par. 6(7), puisse être interprété de manière à s'appliquer aux techniques, telles que l'amniocentèse ou le prélèvement de villosités chorales, appliquées pour obtenir des renseignements sur l'embryon ou le fœtus. Si tel était le cas, les médecins qui appliquaient ces techniques pourraient être accusés en vertu des dispositions pénales de cette loi.

<sup>75</sup> *Ibid.* aux par. 6-7 (Lexis Nexis).

<sup>76</sup> *Roe*, *supra* note 58.

<sup>77</sup> *Lifchez*, *supra* note 74 au par. 15 (Lexis Nexis).

<sup>78</sup> *Carey c. Population Services International*, 431 U.S. 678, 52 L.Ed. 2d 675, 97 S.Ct. 2010 (1977).

<sup>79</sup> *Ibid.* à la p. 685; *Lifchez*, *supra* note 74 au par. 15 (Lexis Nexis).

saut logique pour voir qu'au sein de cet ensemble de choix protégés par la Constitution qui comprend le droit d'avoir accès à des contraceptifs, il faut nécessairement inclure le droit de se soumettre à une intervention médicale susceptible de permettre, plutôt que de prévenir, la grossesse. Le prélèvement de villosités chorales jouit d'une protection analogue. L'ensemble de droits protégés par la Constitution qui comprend le droit d'avorter un fœtus au cours du premier trimestre doit aussi inclure le droit de se soumettre à une intervention conçue pour procurer des renseignements au sujet de ce fœtus qui peut ensuite conduire à la décision d'avorter. Puisque l'État n'a aucun intérêt impérieux suffisant pour justifier qu'il empêche une femme d'interrompre sa grossesse au cours du premier trimestre... il ne peut y avoir aucun intérêt suffisant semblable pour justifier qu'il s'immisce dans ces autres activités protégées au cours du premier trimestre<sup>80</sup>. [C'est nous qui soulignons]

La Cour a conclu que le par. 6(7) était inconstitutionnel du fait qu'il [TRADUCTION] « empiétait sur cette zone protégée de la vie privée »<sup>81</sup>. Dans *Lifchez*, la Cour a affirmé, dans ses développements relatifs aux techniques de procréation assistée, que la décision d'une femme de se soumettre à une procédure déterminée de procréation assistée était un choix personnel et privé fondamental en matière de reproduction dans lequel l'État ne pouvait pas s'immiscer. L'entrave de l'État à l'accès d'une femme à de telles techniques, conçues pour fournir des renseignements nécessaires pour faire un choix en matière de reproduction, restreindrait son droit constitutionnel à la vie privée, tel qu'il a été reconnu dans l'arrêt charnière de la Cour suprême dans *Roe v. Wade* ainsi que dans *Carey v. Population Services International*<sup>82</sup>.

### Sommaire

Dans *Margaret S.* ainsi que dans *Lifchez*, le tribunal s'est prononcé sur des droits liés principalement à des renseignements relatifs à un fœtus ou un embryon in utero. Les tribunaux s'inquiétaient de la possibilité que des restrictions législatives de portée excessive relativement à l'expérimentation touchant le fœtus n'englobent des tests sur les fœtus qui pourraient fournir des renseignements nécessaires pour permettre à une femme de prendre des décisions éclairées en matière de repro-

duction. Dans *Margaret S.*, les tribunaux étaient prêts à étendre le droit fondamental de la femme de prendre des décisions en matière de procréation de manière à inclure le droit à des renseignements obtenus au moyen de tests pratiqués sur le fœtus in utero et in vitro. Les tribunaux étaient d'avis que des tests pratiqués sur le fœtus mort pourraient procurer à la femme des renseignements nécessaires pour lui permettre de prendre des décisions en matière de reproduction à l'avenir. Dans *Lifchez*, la Cour a statué que la technique de procréation assistée consistant au transfert d'un embryon, une technique mise au point pour permettre à une femme stérile de mettre au monde un enfant dont elle serait la mère génétique, relève de « l'ensemble de choix protégés par la Constitution » qui est une des composantes du droit fondamental à l'autonomie en matière de procréation.

Il se pourrait que les tribunaux américains jugent tout aussi importante l'information obtenu au moyen de tests pratiqués sur un embryon in vitro aux fins de la prise de décisions en matière de reproduction par les femmes, et qu'ils situent en conséquence cette information à l'intérieur de la sphère protégée par la Constitution. Au moins un tribunal a jugé que la décision de se soumettre à une procédure de procréation assistée afin de se reproduire est également protégée au titre du droit de la femme à l'autonomie en matière de procréation. Il ne serait pas inconcevable que les tribunaux jugent que la fécondation in vitro et le DPI relèvent tous deux de choix fondamentaux qui méritent une protection constitutionnelle.

### Allemagne

En 1990, l'Allemagne a adopté la *Embryonenschutzgesetz*<sup>83</sup> (Loi sur la protection des embryons, ci-après la « Loi allemande »). Cette loi confère une protection légale à la vie (y compris à l'embryon in vitro) avant la naissance<sup>84</sup>. Certains interprètent cette loi comme conférant des droits de la personne à l'embryon in vitro à compter du moment de la fécondation<sup>85</sup>.

<sup>80</sup> *Lifchez*, supra note 74 au par. 16 (Lexis Nexis).

<sup>81</sup> *Ibid* aux par. 15-16 (Lexis Nexis).

<sup>82</sup> *Ibid* aux par. 15 (Lexis Nexis).

<sup>83</sup> *Embryonenschutzgesetz*, Bundesgesetzblatt, partie I, 19 décembre 1990 aux pp. 2746-2748.

<sup>84</sup> Ecumenical Dialogue, *Biomedicine and Genetic Engineering*, (1998) vol. 2. En ligne : [http://www.ikd.de/dialogue/22396\\_3375.html](http://www.ikd.de/dialogue/22396_3375.html).

<sup>85</sup> Chung, supra note 23 à la p. 15.



La Loi allemande a pour objet de préserver et de protéger les embryons in vitro. La sélection d'un embryon in vitro en fonction du sexe, du handicap ou du typage tissulaire<sup>86</sup> serait interdite en vertu de la Loi. Les seules activités autorisées aux termes de la Loi allemande relativement à l'embryon in vitro sont celles qui sont conçues pour procurer un avantage à l'embryon ou pour assurer sa préservation. Le DPI est interdit en Allemagne, vraisemblablement parce qu'il implique l'identification et la sélection des seuls embryons in vitro « sains », et l'élimination de ceux qui présentent une anomalie génétique.

L'article 3 de la Loi allemande interdit la fécondation d'un ovule au moyen d'un spermatozoïde sélectionné uniquement en fonction de leur chromosome sexuel respectif. La Loi aménage toutefois une exception de manière à permettre la sélection de spermatozoïde uniquement dans le but d'éviter une maladie génétique grave liée au sexe<sup>87</sup>. Certains ont pressé le gouvernement de permettre le DPI, étant donné que la position allemande paraît contradictoire.

En effet, d'une part, l'Allemagne permet de procéder à des tests prénataux sur le fœtus. Si une maladie génétique donnée est décelée chez le fœtus, la femme ou le couple peut opter pour un avortement génétique sans craindre de poursuites de la part de l'État. Bien que l'avortement soit illégal, la Cour constitutionnelle allemande a précisé que si une femme décide de se faire avorter, elle ne sera pas poursuivie en justice pourvu qu'elle consulte un conseiller en grossesses avant l'avortement et qu'elle soit enceinte de moins de 14 semaines au moment de l'avortement<sup>88</sup>.

Et pourtant, d'autre part, la Loi allemande interdit de procéder à des tests DPI sur un embryon in vitro avant la grossesse. Le DPI éliminerait la nécessité d'un avortement génétique en permettant de sélectionner, préalablement au transfert chez la femme, seulement les embryons in vitro qui sont exempts d'une prédisposition génétique à une maladie donnée<sup>89</sup>.

En Allemagne, plusieurs individus et groupes — notamment des groupes de femmes — appuient la Loi allemande, y compris l'interdiction du DPI. Ces groupes craignent que l'utilisation généralisée du DPI pour prévenir les handicaps ne mène à l'émergence d'attitudes

négatives au sein de la société à l'égard des personnes souffrant de maladies chroniques ou des personnes handicapées<sup>90</sup>. La position allemande n'est pas surprenante, étant donné l'eugénisme pratiqué par les nazis en Allemagne avant et pendant la Seconde Guerre mondiale II.

### Royaume-Uni

Le DPI est une activité réglementée en vertu du *Human Fertilisation and Embryology Act* de 1990 du Royaume-Uni<sup>91</sup> (« HFEA », loi sur la fécondation et l'embryologie humaines). Cette loi autorise le DPI lorsqu'un individu ou un couple est susceptible de transmettre une maladie génétique ou lorsqu'une femme est âgée de plus de 35 ans. Les médecins doivent obtenir une autorisation de la Human Fertilisation and Embryology Authority (agence de contrôle de la fécondation et de l'embryologie humaines ou « Autorité ») pour pouvoir créer un embryon in vitro, et d'autres approbations pour pouvoir effectuer un DPI.

La HFEA exige l'obtention d'une licence pour pouvoir se livrer à toute [TRADUCTION] « pratique conçue » pour assurer que des embryons in vitro sont dans un [TRADUCTION] « état convenable pour être placés dans une femme »<sup>92</sup>. Le DPI a été jugé constituer une telle pratique, et toute clinique qui souhaite procéder à un DPI doit donc détenir une licence délivrée par l'Autorité.

<sup>86</sup> Le « typage tissulaire » désigne un test visant à déterminer si des tissus sont immunologiquement compatibles entre eux.

<sup>87</sup> *Supra* note 83.

<sup>88</sup> Eriksson, *supra* note 42 à la p. 289; Questions and Answers about Germany: Health Care, Health Issues and Social Welfare. En ligne : [http://www.germany-info.org/relaunch/info/facts/facts/questions\\_en/he.../healthissues3.htm](http://www.germany-info.org/relaunch/info/facts/facts/questions_en/he.../healthissues3.htm).

<sup>89</sup> Stephan Mueller, Ph.D. (Research Centre Biotechnology & Law, University of Lueneburg, Lueneburg, Germany), « Ethics and the regulation of Preimplantation diagnosis in Germany », (1997) 7 *Eubios Journal of Asian and International Bioethics* 5 à la p. 5. En ligne : <http://www.biol.tsukuba.ac.jp/~macer/EJ71D.html>.

<sup>90</sup> Gabriele Pichlhofer et Sigrid Graumann, Frauen Forum Fortpflanzungsmedizin, Statement ReproKult, *The role of women in biomedical research*. En ligne : [http://www.reprokult.de/posit\\_e.html](http://www.reprokult.de/posit_e.html).

<sup>91</sup> *Human Fertilisation and Embryology Act 1990* (c. 37). En ligne : [http://www.legislation.hmso.gov.uk/acts/acts1990/Ukpga\\_19900037\\_en\\_1.htm](http://www.legislation.hmso.gov.uk/acts/acts1990/Ukpga_19900037_en_1.htm).

<sup>92</sup> *Ibid.* article 1 (annexe 2).

En plus d'une autorisation, la clinique doit obtenir l'approbation de l'Autorité pour pouvoir utiliser le DPI pour analyser ou sélectionner des embryons in vitro en rapport avec une maladie génétique *spécifique*. L'Autorité ne délivre pas de licences autorisant de manière générale à procéder à des DPI relativement à tout trouble ou maladie génétique. Le régime prévoit plutôt une procédure selon laquelle un comité de l'Autorité examine au cas par cas les demandes d'approbation concernant la pratique du DPI relativement à une maladie ou un trouble donné.

L'art. 44 de la HFEA étend le champ d'application de l'art. 1 du *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976* (loi de 1976 sur les déficiences congénitales (responsabilité civile)) aux traitements de l'infertilité. Cela permet aux parents d'enfants nés handicapés au Royaume-Uni de poursuivre les médecins ou les cliniques en raison de leur négligence dans la réalisation d'un DPI ou de leur omission de procéder à un DPI sur un embryon in vitro pour dépister une maladie génétique.

La HFEA interdit l'utilisation du DPI à des fins de sélection du sexe en fonction de considérations d'ordre social. En décembre 2003, l'Autorité a annoncé les résultats de consultations publiques au sujet de la sélection du sexe pour des raisons sociales. Environ 80 % des répondants se sont dits en faveur du maintien de l'interdiction législative<sup>93</sup>.

L'Autorité a décidé de délivrer des licences autorisant la pratique de la fécondation in vitro, du DPI et du typage tissulaire en vue de transférer uniquement les embryons in vitro qui présentent une affinité génétique avec un frère ou une sœur existant atteint d'une maladie grave. La décision de l'Autorité a suscité une certaine controverse, et elle a été contestée par Josephine Quintavalle, agissant pour le compte d'un groupe ayant pour objectif d'attirer l'attention sur les questions éthiques liées à la procréation assistée. Ce groupe prônait notamment le principe du respect absolu de l'embryon humain. Mme Quintavalle a demandé un contrôle judiciaire de la décision de l'Autorité d'autoriser par voie de licences le typage tissulaire pour choisir des embryons parmi plusieurs embryons sains<sup>94</sup>.

Dans *Quintavalle c. Human Fertilisation and Embryology Authority*<sup>95</sup> (« Quintavalle »), la Haute Cour a statué que la phrase [TRADUCTION] « pratique conçue pour assurer que des embryons in vitro sont dans un état convenable pour être placés dans une femme » à l'article 1 (annexe 2) de la HFEA habilitait l'Autorité à délivrer des licences autorisant la pratique du DPI et du typage tissulaire. La Cour a statué que le DPI et le typage tissulaire étaient autorisés en vertu de la HFEA afin de sélectionner, parmi plusieurs embryons sains, un embryon qui soit dans un état convenable à des fins de transfert, c'est-à-dire un embryon ayant des tissus compatibles avec ceux d'un frère ou d'une sœur déjà existant qui est atteint d'une maladie génétique grave<sup>96</sup>.

On peut dire que la Cour a interprété les mots « dans un état convenable » de manière large afin de permettre le DPI et le typage tissulaire. Une interprétation stricte de ces mots aurait peut-être restreint les pratiques autorisées uniquement à celles visant à assurer la santé et la sécurité de l'embryon.

Au Royaume-Uni, les cliniques et les médecins doivent détenir une licence pour pouvoir pratiquer des DPI. Pour pouvoir procéder à un typage tissulaire en vue de créer un embryon in vitro susceptible de devenir un donneur de tissus, ils doivent obtenir l'approbation de l'Autorité. Les approbations sont données uniquement au cas par cas.

### 3.5.2.1 Conclusion

Il ressort de l'examen du Droit en Allemagne, aux États-Unis et au Royaume-Uni, que les lois internes régissant la pratique du DPI reflètent assez fidèlement la conception dominante de l'embryon humain au sein de ces sociétés des points de vue moral et juridique. Dans les ressorts où la majorité considère l'embryon in vitro comme une personne ou un être humain potentiel ayant certains droits, l'État restreint les pratiques de testage et d'expérimentation et/ou confère certains droits légaux à l'embryon

<sup>93</sup> BioNews « HFEA rules out social sex selection » (12 novembre 2003). En ligne : <http://www.bionews.org.uk>.

<sup>94</sup> *Quintavalle c. Human Fertilisation and Embryology Authority* [2003] E.W.J. No. 2533 (England and Wales Court of Appeal (Civil Division)) à la p. 4 (QL). J'ai cru comprendre qu'appel avait été interjeté de cette décision auprès de la Chambre des lords.

<sup>95</sup> *Id.*

<sup>96</sup> *Ibid* à la p. 15.

(Allemagne et Louisiane). Dans d'autres ressorts, où l'embryon in vitro n'est pas considéré comme un être humain, mais plutôt comme un être *sui generis*, c.-à-d. comme méritant un certain respect mais non des droits susceptibles de sanction judiciaire, l'État soit n'impose aucune restriction à l'utilisation du DPI ou en réglemente la pratique plutôt que de l'interdire (Royaume-Uni et la majorité des états américains).

### 3.5.3 Écrits et commentaires scientifiques

Malgré l'absence de jurisprudence concernant le DPI, les commentaires scientifiques sur le sujet ne manquent pas, surtout aux États-Unis.

Pour beaucoup d'experts américains, les choix en matière de procréation relèvent du droit à l'autonomie en matière de procréation protégé par la Constitution au titre du droit à la liberté. Le droit à l'autonomie en matière de procréation est assez large pour englober le droit de choisir de se soumettre à une procédure de procréation assistée, de même que le droit de choisir d'assujettir les embryons in vitro ainsi obtenus à un DPI. L'autonomie en matière de procréation est considérée comme incluant le choix d'avoir des enfants en santé, de même que le droit de ne pas avoir des enfants malades<sup>97</sup>.

Ces experts soutiennent que l'autonomie en matière de procréation comprend le droit d'obtenir et d'utiliser des renseignements génétiques pour faire des choix en matière de reproduction. Si les individus sont libres de décider de procréer ou non, et si des renseignements relatifs à la présence ou à l'absence d'une anomalie génétique sont susceptibles d'influer sur cette décision, il est évident que les parents éventuels devraient être libres d'obtenir et d'utiliser les renseignements génétiques pour étayer leur prise de décision<sup>98</sup>. Ces commentateurs prétendent non pas que le droit d'obtenir de l'information génétique est un droit positif ou qu'il oblige l'État à offrir des tests génétiques, mais plutôt qu'il s'agit d'un droit négatif d'accès à des tests génétiques sans ingérence gouvernementale<sup>99</sup>.

D'autres commentateurs ont soutenu que les parents ont un droit fondamental, découlant du droit naturel, de prendre des décisions concernant le bien-être des enfants

qu'ils élèvent. Au regard de l'intervention génétique, ce droit fondamental permettrait aux parents de protéger la santé et l'intégrité physique de leurs enfants en prenant des décisions cruciales pour leurs enfants à tous les stades de leur développement<sup>100</sup>. Ces commentateurs avancent que ce droit fondamental permettrait aux parents de prendre des décisions, sur la base de renseignements génétiques, en vue d'écarter les maladies incapacitantes au premier stade de la procréation, soit le stade embryonnaire. Ce droit permettrait aux parents de choisir la non-vie, plutôt qu'une vie handicapée, pour leur futur enfant en choisissant de recourir à des tests et en sélectionnant à des fins de transfert seuls les embryons in vitro qui sont libres d'une maladie ou d'un trouble génétique<sup>101</sup>.

Plusieurs experts croient cependant que l'État doit imposer certaines restrictions à l'utilisation du DPI, étant donné les répercussions sociales que pourrait avoir l'utilisation non réglementée de cette technique. Au moins un des commentateurs propose de frapper le DPI d'une interdiction totale, au motif que le DPI mènera à la discrimination au sein de la société contre les personnes nées avec des handicaps<sup>102</sup>.

Les commentateurs qui s'opposent au DPI soutiennent souvent que le rejet d'un embryon au motif de la *possibilité* d'un handicap est discriminatoire, et qu'un tel geste repose sur une mauvaise compréhension de la nature des handicaps qui dévalorise les personnes vivant avec des handicaps<sup>103</sup>. Ces mêmes commentateurs soutiennent en outre que si les maladies et troubles génétiques en viennent à être perçus comme évitables, les tests génétiques, tels que le DPI et la thérapie génétique, risquent de favoriser l'émergence de conceptions sociales étroites

<sup>97</sup> John Robertson, « Genetic Selection of Offspring Characteristics », (1996) 76 *B.U.L. Rev.* 421 à la p. 1.

<sup>98</sup> *Ibid.* à la p. 2.

<sup>99</sup> Megan A. Jellinek, « Disease Prevention and the Genetic Revolution: Defining a Parental Right to Protect the Bodily Integrity of Future Children », (2000) 27 *Hastings Const. L.Q.* 369 à la p. 16 (Lexis Nexis).

<sup>100</sup> *Ibid.* (Jellinek) à la p. 4 (Lexis Nexis); Rebecca Knox, « Preimplantation Genetic Diagnosis: Disease Control or Child Objectification? », (2003) 22 *St. Louis U. Pub. L. Rev.* 435 aux pp. 3-7 (Lexis Nexis).

<sup>101</sup> *Ibid.* (Jellinek).

<sup>102</sup> Jodi Danis, « Sexism and 'The Superfluous Female': Arguments for Regulating Pre-Implantation Sex Selection », (1995) 18 *Harv. Women's L.J.* 219 à la p. 3 (Lexis Nexis).

<sup>103</sup> Jost, *supra* note 54 à la p. 641; Robertson, *supra* note 97.

de la « santé » et de la « normalité », et éventuellement la prédominance de conceptions semblables au sein de la société. Ces normes renforceraient les préjugés actuels contre les personnes handicapées ou les personnes dont les caractéristiques physiques ne correspondent pas à l'idéal culturel<sup>104</sup>.

De telles normes risqueraient aussi de susciter une animosité sociale envers les parents qui permettraient que leurs enfants naissent « défectueux » en dépit de leur connaissance préalable du risque d'une maladie ou d'un trouble génétique. De ce fait, la tendance sociale à l'encouragement de la tolérance à l'égard de la diversité humaine pourrait basculer pour céder la place à l'élaboration de méthodes visant à éviter ou éradiquer la diversité<sup>105</sup>.

Au surplus, le DPI risque d'être utilisé pour identifier des traits génétiques autres que ceux liés à des maladies ou troubles génétiques éventuels, de sorte que cette technique de procréation utile qu'est le DPI pourrait être pervertie au service de visées eugénistes. En prévenant la naissance d'au moins certains enfants touchés d'incapacités héréditaires, l'utilisation du DPI pourrait renforcer les attitudes sociales discriminatoires envers les personnes handicapées en général<sup>106</sup>.

### 3.5.4 Le Droit au Canada

Au Canada, les médecins recommanderaient probablement le DPI lorsque des preuves indiquent que l'individu ou le couple risque de transmettre une maladie génétique grave à sa progéniture, ou lorsque la mère est âgée de plus de 35 ans<sup>107</sup>. À l'heure actuelle, le Canada compte un seul centre qui pratique le DPI. Ce centre est situé à Montréal, au Québec.

#### La Loi sur la procréation assistée

Le 22 avril 2004, certaines parties de la *Loi concernant la procréation assistée et la recherche connexe*<sup>108</sup> (titre abrégé : *Loi sur la protection assistée*; la « LPA ») ont été proclamées en vigueur. Sous le régime de la LPA, certaines utilisations du DPI sont interdites, tandis que d'autres seront encadrées à titre d'activités réglementées. La Loi permet l'utilisation du DPI pour sélectionner uniquement des embryons in vitro d'un sexe déterminé pour des raisons médicales, c'est-à-dire pour prévenir, diagnostiquer ou

traiter des maladies ou des anomalies liées au sexe. En revanche, la Loi interdit l'utilisation du DPI, ainsi que d'autres techniques, pour sélectionner, pour des motifs d'ordre social ou culturel, seulement les embryons d'un sexe déterminé à des fins de reproduction (LPA al. 5(1)e)). Quiconque contrevient à cette interdiction est passible, dépendant du type d'infraction, d'une amende importante et/ou d'une peine d'emprisonnement.

Les dispositions de la LPA relatives aux infractions sont édictées en vertu de la compétence législative fédérale en matière de Droit criminel prévue au par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L'article 60 de la Loi dispose que quiconque est déclaré coupable d'avoir commis un acte interdit est passible, dépendant du type d'infraction, d'une amende maximale de 250 000 \$ ou 500 000 \$ et/ou d'une peine d'emprisonnement maximale de 4 à 10 ans. Quiconque est déclaré coupable d'une contravention à l'un quelconque des règlements pris en vertu de la Loi est passible, dépendant du type d'infraction, d'une amende maximale de 100 000 \$ à 250 000 \$ et/ou d'une peine d'emprisonnement maximale de 2 à 5 ans (article 61).

La LPA confère au gouverneur en conseil de vastes pouvoirs réglementaires, ainsi que le pouvoir de constituer la future Agence canadienne de contrôle de la procréation assistée (« l'Agence »). L'utilisation du DPI, pour d'autres raisons que la sélection du sexe en fonction de considérations sociales, sera fort probablement

<sup>104</sup> Danis, *supra* note 102.

<sup>105</sup> Munayyer, *supra* note 1 à la p. 4 (Lexis Nexis).

<sup>106</sup> Déclaration de principe commune de la Société canadienne de fertilité et d'andrologie et de la Société canadienne des obstétriciens et des gynécologues, intitulée « Considérations déontologiques sur la procréation assistée », (1999) *Journal de la SOGC* 4 aux pp. 33-34.

<sup>107</sup> Les médecins canadiens se tournent actuellement soit vers la Déclaration de principe commune de la Société canadienne de fertilité et d'andrologie et de la Société canadienne des obstétriciens et des gynécologues, intitulée « Considérations déontologiques sur la procréation assistée », (1999) *Journal de la SOGC* 4, soit vers les lignes directrices professionnelles établies par le comité de déontologie de la Société américaine de médecine de la procréation (les « Lignes directrices américaines ») (Ethics Committee of the American Society of Reproductive Medicine, *Sex selection and Preimplantation genetic diagnosis* (1999) 72 (n° 4) *Fertility and Sterility* 595.) pour s'orienter sur le plan déontologique relativement à la prestation de services de DPI.

<sup>108</sup> *Loi concernant la procréation assistée et la recherche connexe*. 3<sup>e</sup> session, 37<sup>e</sup> Parlement, 52-53 Elizabeth II, 2004 (adoptée le 12 mars 2004, certaines dispositions proclamées en vigueur le 22 avril 2004). En ligne : <http://www.parl.gc.ca>.

assujettie à des règlements pris en vertu de la Loi, et les médecins et/ou les cliniques seront fort probablement tenus d'obtenir une autorisation de l'Agence pour pouvoir pratiquer des DPI. En outre, une fois constituée, l'Agence aura le pouvoir d'assortir chaque autorisation de conditions afin d'encadrer encore davantage la pratique du DPI.

### La Charte

L'application de la *Charte* présuppose une action gouvernementale présumée attentatoire à l'un quelconque des droits et libertés garantis à une personne par cet instrument. L'article 7 prévoit les intérêts et les droits les plus susceptibles d'être mis en cause dans une situation où une action étatique empêcherait une femme d'obtenir, au sujet de son embryon in vitro, des renseignements nécessaires pour lui permettre de prendre une décision en matière de procréation.

La démarche analytique établie par les tribunaux pour l'application de l'article 7 se décompose en trois étapes. Premièrement, les tribunaux déterminent si l'État a porté atteinte à l'un des droits prévus à l'article 7, c.-à-d. le droit à la vie, le droit à la liberté et le droit à la sécurité de sa personne. Deuxièmement, les tribunaux cernent et définissent le principe de justice fondamentale applicable. Troisièmement, les tribunaux déterminent si l'atteinte portée par l'État est conforme ou non aux principes de justice fondamentale. Dans l'affirmative, l'action étatique sera jugée constitutionnelle. En revanche, si le tribunal juge que l'action étatique attentatoire n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale, soit il conclura à l'inconstitutionnalité de l'action attaquée, soit il examinera la question de savoir si l'État peut justifier l'atteinte en vertu de l'article premier de la *Charte*.

### Jurisprudence

Au Canada, les tribunaux ont reconnu le droit de la femme à l'autonomie en matière de procréation. Ce droit, comme tous les autres droits, n'est pas absolu. Il peut être limité par l'État au moyen de lois et de règlements. Toute restriction imposée par l'État doit s'accorder avec les principes de justice fondamentale et doit être justifiable. Les arrêts suivants de la Cour suprême traitent de l'autonomie en matière de procréation.

Dans l'affaire *R. c. Morgentaler*<sup>109</sup>, la majorité des juges de la Cour suprême du Canada a invalidé les dispositions attaquées du *Code criminel* fédéral relatives à l'avortement, au motif que ces dispositions restreignaient l'accès d'une femme à l'avortement thérapeutique et violaient ainsi son droit à la sécurité de sa personne garanti par l'art. 7 de la *Charte*. Les juges de la majorité ont statué que le gouvernement ne pouvait pas justifier les dispositions du *Code criminel* en vertu de l'art. 1 de la *Charte*.

L'article 7 de la *Charte* dispose :

Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

L'article premier de la *Charte* énonce :

La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

L'affaire *Morgentaler* a donné lieu à trois jugements distincts de la part des juges de la majorité ainsi qu'à une dissidence. La juge Wilson (rédigeant une des opinions de la majorité uniquement en son nom) a fondé les motifs de sa décision sur les droits à la liberté et à la sécurité de la personne prévus à l'art. 7 de la *Charte*. À son avis, la liberté protégée par l'art. 7 évoque non seulement la liberté physique mais aussi les notions fondamentales de la dignité humaine, de l'autonomie individuelle et de la vie privée.

La juge Wilson a écrit : « un aspect du respect de la dignité humaine sur lequel la *Charte* est fondée est le droit de prendre des décisions personnelles fondamentales sans intervention de l'État. Ce droit constitue une composante

<sup>109</sup> *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30. Il importe cependant de noter que la Cour suprême n'a pas exclu la possibilité que le gouvernement impose des restrictions à l'avortement après que le fœtus a atteint le point de viabilité en dehors de l'utérus.

cruciale du droit à la liberté »<sup>110</sup>. À son avis, l'art. 7 confère aux femmes une marge d'autonomie telle qu'aux premiers stades de la grossesse, la femme a un droit absolu de prendre des décisions personnelles concernant sa grossesse sans intervention de l'État<sup>111</sup>.

Le juge Beetz (rédigeant une des opinions majoritaires en son nom ainsi qu'au nom du juge Estey) et la juge Wilson ont tous deux affirmé, dans des remarques incidentes, que l'intérêt de l'État dans le développement de la vie humaine pouvait devenir supérieur au moment où le fœtus atteignait le point de viabilité, c.-à-d. le stade où le fœtus pouvait survivre en dehors de l'utérus de la mère sans aide artificielle. Les deux juges ont affirmé que la viabilité du fœtus pourrait constituer un fondement pour l'élaboration par l'État de limites législatives valides au droit d'une femme à l'avortement.

La juge Wilson a développé cette idée comme suit :

Je serais d'avis, et je pense que ce point de vue est compatible avec la position prise par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Roe v. Wade*, que la valeur attribuée au fœtus en tant que vie potentielle est directement reliée au stade de son développement au cours de la grossesse. Le fœtus au stade embryonnaire provient d'un ovule nouvellement fécondé; le fœtus totalement développé devient en définitive un nouveau-né [...] en soupesant l'intérêt qu'a l'État à protéger le fœtus en tant que vie potentielle en vertu de l'article premier de la *Charte* et le droit de la femme enceinte en vertu de l'art. 7, un plus grand poids devrait être donné à l'intérêt de l'État dans les derniers stades de la grossesse que dans les premiers.

[...]

Une conception du fœtus fondée sur le stade de développement [...] appuie une approche permissive de l'avortement dans les premiers stades de la grossesse et une approche restrictive dans les derniers stades. *Dans les premiers stades, l'autonomie de la femme serait absolue; sa décision, prise en consultation avec son médecin, de ne pas mener le fœtus à terme serait décisive. L'État n'aurait pas à connaître ses raisons. Ses raisons d'avoir un avortement pourraient toutefois, à*

bon droit, faire l'objet d'une investigation dans les derniers stades de sa grossesse, alors que l'intérêt supérieur qu'a l'État de protéger le fœtus justifierait l'imposition de conditions. [...] Il me semble cependant que ce point pourrait se situer quelque part au cours du second trimestre<sup>112</sup>. [C'est nous qui soulignons]

Selon la juge Wilson, l'intérêt de l'État dans le fœtus ne deviendrait supérieur qu'aux derniers stades de la grossesse, dans le courant du deuxième trimestre, et serait fondé sur la viabilité du fœtus. Cependant, elle a estimé que l'autonomie de la femme serait absolue au cours des premiers stades de la grossesse, lorsque le fœtus en développement existe sous la forme d'un ovule nouvellement fécondé (un embryon).

Depuis l'arrêt *Morgentaler*, les femmes au Canada ont été admises à interrompre une grossesse sans craindre d'encourir des sanctions pénales. Ce droit s'appliquerait tout autant à la conception par voie de procréation sexuelle qu'à celle recourant à des techniques de procréation assistée.

Bien qu'elle ne soulève aucune question relative à la *Charte*, l'affaire *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (Région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*<sup>113</sup> a amené la Cour suprême à formuler des observations relatives à la liberté protégée par la *Charte* à l'article 7. Dans cette affaire, la Cour était saisie de la question de savoir si elle pouvait exercer sa compétence *parens patriae* pour protéger un enfant à naître en ordonnant que la mère soit placée sous garde en raison de sa dépendance aux vapeurs de la colle. La majorité de la Cour suprême a jugé que les tribunaux n'ont pas de compétence *parens patriae* à l'égard d'un enfant à naître et ne peuvent donc pas ordonner le

<sup>110</sup> *Ibid.* au par. 228.

<sup>111</sup> *Ibid.* au par. 258.

<sup>112</sup> *Ibid.* aux par. 257 et 258.

<sup>113</sup> *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (Région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*, [1997] A.C.S. n° 96 (Greffe : 25508) (QL). (Un juge de la Cour supérieure avait jugé que le tribunal pouvait exercer sa compétence *parens patriae* au bénéfice de l'enfant à naître et avait ordonné le placement sous garde de la mère. La Cour d'appel avait jugé que le droit de la responsabilité civile délictuelle dans son état actuel et la compétence *parens patriae* ne pouvaient fonder une telle ordonnance, et elle avait renversé la décision du juge de la Cour supérieure.)

placement sous garde de la mère dans le but d'empêcher qu'un préjudice ne soit causé à un enfant à naître<sup>114</sup>.

La décision de la majorité a été rendue par la juge McLachlin. Dans ses motifs, celle-ci a passé en revue le Droit de la responsabilité civile délictuelle et l'étendue de la compétence *parens patriae* de la cour. La juge McLachlin a affirmé que l'exercice de la compétence *parens patriae* au bénéfice de l'enfant à naître était susceptible de porter atteinte à une gamme étendue de libertés. Cela permettrait au tribunal de prendre des décisions fondamentales pour la femme enceinte, comme choisir son milieu de vie et décider de suivre un traitement médical. La juge a relevé que la compétence *parens patriae* n'avait jamais été invoquée pour permettre à un tribunal de prendre des décisions au nom d'une femme non atteinte d'une déficience mentale, qu'elle soit enceinte ou non. La majorité des juges était d'avis que l'exercice de compétence demandé en l'espèce empiéterait sérieusement sur les droits de la femme<sup>115</sup>.

Depuis l'arrêt *Winnipeg*, d'autres décisions de la Cour suprême sont venues étendre et préciser la portée de la liberté protégée par l'article 7. Dans l'affaire *Godbout c. Longueuil (Ville)*<sup>116</sup> (« *Godbout* »), la Cour suprême était saisie de la question de savoir si un règlement municipal imposant des restrictions sur le lieu de résidence d'un employé de la municipalité portait atteinte au droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la *Charte*. Le juge LaForest a repris les observations formulées par la juge Wilson dans l'arrêt *Morgentaler*, *supra*, concernant la liberté protégée par l'art. 7. Il a affirmé qu'à son avis, la liberté protégée à l'art. 7 confère à l'individu une marge d'autonomie dans la prise de décisions d'importance fondamentale pour sa personne<sup>117</sup>.

Il a affirmé que l'art. 7 s'étend :

[...] au droit à une sphère irréductible d'autonomie personnelle où les individus peuvent prendre des décisions intrinsèquement privées sans intervention de l'État [...] cette sphère d'autonomie [n'est pas] vaste au point d'englober toute décision qu'un individu peut prendre dans la conduite de ses affaires [...] l'autonomie protégée par le droit à la liberté garanti par l'art. 7 ne comprend que les sujets qui peuvent à juste titre être qualifiés de fondamen-

talement ou d'essentiellement personnels et 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>118</sup>.

Les affaires suivantes confirment que les droits protégés par l'article 7 de la *Charte* peuvent être désormais invoqués en dehors du contexte pénal, dans les situations où l'action gouvernementale a des incidences sur le système de justice et son administration. En outre, ces affaires précisent davantage l'étendue de la liberté visées à l'article 7 et l'étendue du droit de tout individu à la sécurité de sa personne en vertu de l'article 7.

Dans l'affaire *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*<sup>119</sup> (« *G.(J.)* »), le juge en chef Lamer, auteur des motifs de la majorité de la Cour, a étendu l'application de l'art. 7, au-delà du contexte pénal, à des situations où l'action gouvernementale a des incidences sur le système de justice et l'administration de la justice. Dans *G.(J.)*, on a jugé que l'art. 7 s'appliquait dans le contexte d'une audience en matière de protection de l'enfance et de garde. La Cour suprême était saisie de la question de savoir si un parent a le droit constitutionnel d'être représenté par un avocat rémunéré par l'État lorsque celui-ci demande au tribunal d'ordonner que la garde de son enfant lui soit retirée.

La majorité a affirmé que les actes par lesquels l'État s'ingère dans le lien parent-enfant ne restreignent pas tous le droit d'un parent à la sécurité de sa personne au sens de la *Charte*. Elle a précisé que seuls les actes de l'État ayant « des répercussions graves et profondes sur l'intégrité psychologique d'une personne » seraient contraires à l'art. 7 : « les répercussions doivent être plus importantes qu'une tension ou une angoisse ordinaires »<sup>120</sup>.

<sup>114</sup> *Ibid.* au par. 2.

<sup>115</sup> *Ibid.* au par. 56.

<sup>116</sup> *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844.

<sup>117</sup> *Ibid.* au par. 65.

<sup>118</sup> *Ibid.* au par. 66.

<sup>119</sup> *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46

<sup>120</sup> Chapitre 2 du document du Projet à la p. 30.

Après avoir conclu que l'action gouvernementale consistant à retirer à l'appelante la garde de son enfant violait le droit de l'appelante à la sécurité de sa personne, la majorité a examiné la question de savoir si cette intervention étatique était conforme aux principes de justice fondamentale<sup>121</sup>. La majorité a affirmé que les principes de justice fondamentale applicables aux audiences portant sur la protection d'un enfant comprenaient à la fois des aspects touchant le fond et des aspects touchant la procédure. L'audience relative à la garde, bien qu'elle ait un caractère administratif plutôt que criminel, demeure une procédure contradictoire. Sans avocat, l'appelante ne pourrait pas participer efficacement à l'audience<sup>122</sup>. La majorité a conclu que l'atteinte potentielle aux droits de l'appelante au titre de l'article 7 n'aurait pas été conforme aux principes de justice fondamentale si l'appelante n'avait pas été représentée par un avocat rémunéré par l'État et que cette atteinte n'aurait pas été justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*<sup>123</sup>.

Dans l'arrêt *Gosselin c. Québec*<sup>124</sup> (« *Gosselin* »), la Cour suprême a limité l'application de l'art. 7 aux situations où l'action étatique a des incidences sur l'administration de la justice. Dans cette affaire, la Cour était saisie de la question de savoir si le droit à la sécurité de la personne prévu à l'article 7 de la *Charte* emporte le droit de recevoir de l'État un certain niveau d'aide sociale<sup>125</sup>. La juge McLachlin, s'exprimant au nom de la majorité, a écrit que « selon le courant jurisprudentiel dominant concernant l'art. 7, cette disposition a pour objet d'empêcher certains types d'atteintes à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, soit celles qui résultent d'une interaction de l'individu avec le système judiciaire et l'administration de la justice »<sup>126</sup>.

La juge en chef a affirmé que l'art. 7 ne protège pas contre toutes les mesures susceptibles de porter atteinte d'une façon ou d'une autre au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité, mais seulement contre celles pouvant être imputées à un acte de l'État accompli dans le cadre de l'administration de la justice. L'administration de la justice ne s'entend pas exclusivement des procédures criminelles. Au contraire, tout un éventail de situations peuvent faire entrer en jeu l'administration de la justice, telles que les procédures en matière de droits de la personne, les droits des parents relativement à un traite-

ment médical imposé par l'État, les droits des parents dans le cadre de procédures judiciaires en matière de garde d'enfant et la liberté de refuser des traitements de la toxicomanie<sup>127</sup>. La juge McLachlin a noté qu'à ce jour, l'article 7 avait été appliqué dans les situations où l'État avait privé des individus du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de leur personne. Elle a affirmé qu'à l'avenir, l'article 7 pourrait éventuellement être interprété comme imposant des obligations positives à l'État. Cependant, étant donné que les faits en l'espèce n'impliquaient aucun acte de l'État entraînant une violation de l'art. 7, la majorité a rejeté l'action de l'appelante<sup>128</sup>.

Dans les affaires *R. c. Malmo-Levine*; *R. c. Caine*<sup>129</sup> (« *Malmo-Levine* »), la Cour suprême était notamment saisie de la question de savoir si les dispositions de la *Loi sur les stupéfiants* fédérale relatives à la possession et au trafic de marijuana violaient l'art. 7 de la *Charte*. Un des appelants prétendait que les dispositions législatives portaient atteinte à son droit à la liberté prévu à l'art. 7. L'autre appelant soutenait que la menace d'emprisonnement que fait peser une déclaration de culpabilité pour possession de marijuana n'était pas conforme aux principes de justice fondamentale<sup>130</sup>.

La Cour a jugé à la majorité que la possibilité d'emprisonnement pour simple possession de marijuana suffisait pour justifier un examen fondé sur l'art. 7. La majorité a affirmé que la portée de la *Charte* ne saurait être élargie pour protéger toute activité qu'une personne choisit de définir comme essentielle à son mode de vie. La *Charte* sert plutôt à protéger les choix fondamentaux participant de l'essence même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l'indépendance individuelles<sup>131</sup>.

<sup>121</sup> *G.(J.) supra* note 119 au par. 18.

<sup>122</sup> *Ibid.* au par. 21.

<sup>123</sup> *Ibid.* au par. 23.

<sup>124</sup> *Gosselin c. Québec*, [2002] 4 R.C.S. 429. En ligne : <http://www.lexum.umontreal.ca>.

<sup>125</sup> *Ibid.* au par. 28.

<sup>126</sup> *Ibid.* au par. 28.

<sup>127</sup> *Ibid.* au par. 29.

<sup>128</sup> *Ibid.* aux par. 29-30.

<sup>129</sup> *R. c. Malmo-Levine*; *R. c. Caine*, [2003] CSC 74. En ligne : <http://www.lexum.umontreal.ca>.

<sup>130</sup> *Ibid.* aux par. 81-82.

<sup>131</sup> *Ibid.* au par. 86.



La majorité a jugé qu'il en va autrement de la possibilité d'emprisonnement : un tel risque met en jeu le droit à la liberté<sup>132</sup>. En pareil cas, les tribunaux se demanderont si le risque de privation de liberté est conforme aux principes de justice fondamentale.

Les appelants convenaient que l'État peut agir pour prévenir les préjudices à autrui sans violer les principes de justice fondamentale. Cependant, ils soutenaient que parce que la marijuana ne cause pas de préjudice, l'État n'avait aucun intérêt à les priver de la liberté de posséder de la marijuana et que, par conséquent, l'atteinte à leur droit à la liberté n'était pas conforme aux principes de justice fondamentale<sup>133</sup>.

La Cour a rejeté l'argument des appelants voulant que le principe fondamental en cause en l'espèce soit le « principe du préjudice ». Elle a plutôt jugé que l'intérêt légitime de l'État en l'espèce était la « prévention des préjudices »<sup>134</sup>. La loi ne sera pas jugée arbitraire ou irrationnelle dès lors que l'État conclut que le préjudice à prévenir n'est pas négligeable ni insignifiant et que la loi n'est pas exagérément disproportionnée à l'intérêt de l'État<sup>135</sup>.

La décision de procréer ou non serait selon toute vraisemblance considérée par les tribunaux comme une décision d'importance fondamentale pour la personne et serait donc protégée contre l'ingérence de l'État en vertu de l'art. 7 de la *Charte*. Les tribunaux jugeraient fort probablement que le choix de se reproduire sexuellement ou de se reproduire en recourant aux techniques de procréation assistée relève de la sphère de décisions personnelles protégée par la *Charte*. Il se pourrait que les tribunaux adoptent l'approche américaine, qui a élargi l'autonomie en matière de procréation de manière à inclure le droit d'obtenir des renseignements médicaux au sujet de produits de conception qui sont jugés nécessaires à la prise de décisions en matière de procréation. En revanche, il se pourrait aussi que les tribunaux canadiens adoptent une approche restrictive et limitent la protection de la *Charte* à la décision de procréer ou de ne pas procréer.

Cette dernière hypothèse paraît cependant peu probable, puisque l'on peut soutenir que les renseignements relatifs au fœtus dans le ventre de la mère sont souvent nécessaires pour permettre aux femmes de faire des choix

en matière de procréation, et il s'ensuit donc que les renseignements relatifs à l'état de l'embryon in vitro sont tout aussi importants pour permettre la prise de décisions autonome par les femmes. En fait, d'aucuns pourraient peut-être avancer des arguments impérieux selon lesquels l'information relative à l'état génétique d'un embryon in vitro est plus importante pour la femme puisqu'elle lui permet de prendre une décision en matière de procréation avant de devenir enceinte et d'éviter ainsi les risques physiques et psychologiques liés à l'avortement.

Les décisions qui suivent sont importantes au regard de l'analyse du droit d'une personne d'avoir accès à une thérapie ou un traitement médical particulier. Dans *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*<sup>136</sup>, la Cour suprême était saisie de la question de savoir si l'alinéa 241b) du *Code criminel* violait les droits de l'appelante à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne (*Charte*, art. 7) en faisant une infraction criminelle du fait pour une autre personne d'aider M<sup>me</sup> Rodriguez à se suicider. L'appelante souffrait de sclérose latérale amyotrophique, une maladie mortelle qui lui ferait éventuellement perdre la capacité de parler, d'avaler, de marcher et de bouger sans assistance<sup>137</sup>.

Au moment où elle ne pourrait plus jouir de la vie, elle voulait qu'un médecin la dote d'un dispositif au moyen duquel elle pourrait mettre fin à ses jours au moment qu'elle choisirait, et ce, sans que le médecin qui lui fournirait cette aide ne s'expose à des poursuites pénales<sup>138</sup>. La majorité a examiné d'autres décisions judiciaires pertinentes, en commençant par *Morgentaler, supra*, et a conclu que la sécurité de la personne englobe : (1) l'autonomie personnelle, c.-à-d. le droit de faire des choix concernant sa propre personne, (2) le contrôle sur son intégrité physique et mentale et (3) la dignité humaine fondamentale, sans ingérence de l'État sous la forme d'interdictions pénales<sup>139</sup>.

<sup>132</sup> *Ibid.* au par. 89.

<sup>133</sup> *Ibid.* aux par. 90-92.

<sup>134</sup> *Ibid.* au par. 130.

<sup>135</sup> *Ibid.* aux par. 133-135.

<sup>136</sup> *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519.

<sup>137</sup> *Ibid.* à la p. 520.

<sup>138</sup> *Id.*

<sup>139</sup> *Ibid.* à la p. 588.

La Cour a noté que dans *Morgentaler, supra*, on avait jugé que la sécurité de la personne comprenait le droit d'accès à un traitement médical bénéfique relativement à une condition qui menace la vie ou la santé sans craindre de sanctions criminelles<sup>140</sup>. Une majorité de cinq juges de la Cour suprême a statué que l'interdiction portait atteinte aux droits de l'appelante à la liberté et à la sécurité de la personne, mais qu'elle ne le faisait pas d'une manière qui violait les principes de justice fondamentale. Ainsi, l'interdiction de l'aide au suicide prévue au *Code criminel* a été jugée constitutionnelle<sup>141</sup>.

Dans *R. c. Parker*<sup>142</sup> ("*Parker*"), la Cour d'appel de l'Ontario était saisie de la question de savoir si les interdictions de la culture et de la possession de marijuana prévues par deux lois fédérales portaient atteinte aux droits de l'intimé à la sécurité de sa personne et à la liberté prévus à l'article 7 de la *Charte*<sup>143</sup>. Parker alléguait que les interdictions avaient des répercussions sur sa santé, et par conséquent, sur ses droits à la sécurité de sa personne et à la liberté.

La Cour d'appel a affirmé que *Morgentaler, supra*, était l'arrêt clé pour ce qui est des rapports entre les traitements médicaux et le Droit criminel. Dans cette affaire, l'ingérence de l'État dans l'intégrité physique et la tension psychologique imposée par l'État, à tout le moins dans le contexte du Droit criminel, constituaient une atteinte à la sécurité de la personne. Cette conception du droit à la sécurité de la personne avait été adoptée dans *Rodriguez, supra*, et dans *G.(J.), supra*<sup>144</sup>.

La Cour d'appel, s'appuyant sur les observations de la Cour suprême dans *Morgentaler* et *Rodriguez*, a jugé que :

[TRADUCTION]

... l'interdiction, au moyen d'une sanction criminelle, de l'accès à des médicaments raisonnablement requis pour traiter une condition médicale qui menace la vie ou la santé constitue une atteinte à la sécurité de la personne... Priver un patient de médicaments en pareilles circonstances, au moyen d'une sanction criminelle, constitue aussi une atteinte grave à l'intégrité physique et à l'intégrité psychologique.<sup>145</sup>

Et plus loin dans le jugement :

[TRADUCTION]

... le droit constitutionnel à la sécurité de la personne doit inclure une certaine protection contre l'ingérence de l'État lorsque la vie ou la santé de la personne est menacée... Une atteinte à la « sécurité de la personne » au sens de l'article 7 présuppose nécessairement une intervention de l'État. Si une règle de Droit criminel empêche une personne d'obtenir un traitement médical convenable lorsque sa vie ou sa santé sont menacées, il y a là une intervention de l'État et cette intervention constitue une atteinte à la sécurité de la personne de cet homme ou de cette femme. *La sécurité de la personne doit inclure le droit d'avoir accès à un traitement médical relativement à une condition médicale qui menace la vie ou la santé constitue une atteinte à la sécurité de la personne sans être passible d'une sanction criminelle.* Si une loi du Parlement force une personne dont la vie ou la santé est menacée à choisir entre, d'une part, la perpétration d'un crime pour obtenir un traitement médical efficace en temps opportun et, d'autre part, un traitement inadéquat ou aucun traitement du tout, il est porté atteinte au droit à la sécurité de la personne<sup>146</sup>. [C'est nous qui soulignons]

### 3.5.4.1 Conclusion

Les arrêts évoqués ci-dessus montrent que les tribunaux considèrent certains choix et décisions individuels comme si fondamentalement personnels qu'ils relèvent d'une sphère personnelle. Ce ne sont pas tous les choix qui jouiront d'une protection; le choix doit se rapporter à un sujet qui, par sa nature même, participe de l'essence

<sup>140</sup> *Ibid.* à la p. 587.

<sup>141</sup> *Ibid.* à la p. 583.

<sup>142</sup> *R. c. Parker* (July 31, 2000). En ligne : <http://www.canlii.org/on/cas/onca/2000/2000onca359.html>.

<sup>143</sup> Le juge de première instance avait statué que les interdictions violaient les droits de l'intimé à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne prévus à l'article 7 de la *Charte* et étaient contraires aux principes de justice fondamentale. Plutôt que de déclarer l'interdiction inopérante, le juge de première instance avait considéré qu'elle incluait une exception visant les personnes qui cultivent ou qui possèdent de la marijuana à leur usage personnel, avec l'approbation d'un médecin.

<sup>144</sup> *Ibid.* au par. 18.

<sup>145</sup> *Ibid.* au par. 20.

<sup>146</sup> *Ibid.* au par. 22.

même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l'indépendance individuelles.

### 3.5.5 Analyse

Il n'y a pas de jurisprudence au Canada concernant la question de savoir si une femme a ou non le droit d'obtenir des renseignements relatifs à la condition médicale ou génétique de son enfant non encore né, encore moins d'obtenir des renseignements relatifs à la condition de son embryon in vitro.

#### La scène internationale

Comme nous l'avons mentionné précédemment, certains instruments internationaux relatifs aux droits de la personne comportent des dispositions qui traitent de la formation et de la planification de la famille et qui ont été interprétées comme reconnaissant aux femmes une certaine autonomie en matière de procréation. Une auteure a affirmé que l'on pouvait dégager un droit international à la liberté en matière de procréation [TRADUCTION] « au moyen d'une analyse traditionnelle des droits de la personne, à partir des traités et chartes internationaux existants »<sup>147</sup>. Selon elle, un droit fondamental à la liberté en matière de procréation peut se fonder sur trois principes fondamentaux du Droit international : la vie privée, l'égalité et la santé<sup>148</sup>.

Il convient de noter que la CEDAW ne limite pas l'autonomie en matière de procréation au droit d'interrompre une grossesse. En effet, cette convention peut s'interpréter comme prévoyant un droit général qui inclut des droits relatifs à la planification familiale, comme le droit de décider du nombre et de l'espacement des grossesses. Ces droits semblent exister indépendamment d'une grossesse. L'on pourrait soutenir que le Droit international à l'autonomie en matière de procréation, qui s'infère de ces instruments, englobe et protège toutes les décisions relatives à la procréation, telles que les décisions relatives à la réalisation de tests génétiques.

Les instruments et les commentaires internationaux pourraient être invoqués pour guider l'interprétation judiciaire de l'étendue de l'autonomie en matière de

procréation au titre du droit à la liberté prévu à l'article 7 de la *Charte* et dans le cadre de toute loi interne.

La Convention du Conseil de l'Europe pourrait aussi être portée à l'attention des tribunaux à titre d'exemple de la façon dont d'autres pays abordent le DPI et l'information génétique. La Convention dispose qu'il peut être procédé à des tests génétiques pour déterminer la présence d'un gène responsable d'une maladie (art. 12). Le Rapport explicatif à la Convention indique que l'article 12 n'entraîne aucune limitation au droit de procéder à des tests diagnostics sur un embryon afin de déterminer si celui-ci est porteur de caractères héréditaires qui entraîneront une grave maladie chez l'enfant à naître.

#### Autres pays et territoires

Les tribunaux se tournent parfois vers la jurisprudence constitutionnelle américaine pour orienter leur interprétation des droits et libertés reconnus et protégés par la *Charte*. Les tribunaux de certains états américains ont élargi le droit constitutionnel à l'autonomie en matière de procréation de manière à inclure le droit d'obtenir des renseignements susceptibles d'aider une femme à prendre une décision en matière de procréation. En outre, il y a au moins un tribunal d'un état américain qui a jugé que le droit constitutionnel à l'autonomie en matière de procréation inclut le droit de choisir de recourir à une technique de procréation assistée pour devenir enceinte.

#### La Charte

Le droit à la liberté prévu à l'article 7 de la *Charte* pourrait être vu comme un des fondements de l'autonomie en matière de procréation au Canada. L'on pourrait soutenir que l'autonomie en matière de procréation comprend à tout le moins deux droits égaux mais opposés : le droit de procréer et le droit de ne pas procréer.

<sup>147</sup> Elizabeth K. Spahn « Reproduction, Rights, and Reality: How Facts and Law Can Work for Women: Waiting for Credentials: Feminist Theories of Enforcement of International Human Rights », (1995) 44 Am. U.L. Rev. 1053 au par. 5 (Lexis Nexis).

<sup>148</sup> *Ibid.* La « liberté » est reconnue comme un droit de la personne sur le plan international depuis 1948 — dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, à l'art. 12, et au par. 8(1) de la *Convention européenne des droits de l'homme* (1950); « égalité » *Charte des Nations Unies*, par. 1(3) et préambule — libertés fondamentales pour tous sans égard au sexe; et « santé » *Déclaration universelle des droits de l'homme*, par. 25(1) (Lexis Nexis).

La juge Wilson était d'avis que la liberté visée à l'article 7 ne concernait pas que la liberté physique; elle englobe aussi les notions de dignité, d'autonomie et de vie privée. La juge Wilson considérait que le droit de prendre certaines décisions personnelles fondamentales sans ingérence de l'État comme une des composantes essentielles de la dignité humaine. Elle concluait que cet aspect du droit à la liberté conférait aux femmes une marge d'autonomie dans la prise de décisions relatives à la procréation, au moins aux premiers stades de la grossesse. En pratique, cela conférait aux femmes le droit de poursuivre leur grossesse et de procréer, ou d'interrompre leur grossesse et de ne pas procréer, au moins aux premiers stades de la grossesse.

Il convient de noter que la juge Wilson n'a pas donné à entendre que les femmes avaient une autonomie illimitée, mais plutôt une marge d'autonomie. La juge Wilson a aussi limité l'autonomie décisionnelle de la femme en matière de procréation aux premiers stades de la grossesse, avant que le fœtus atteigne le point de viabilité. Elle et le juge Beetz (aux motifs duquel a souscrit le juge Estey) considéraient tous deux qu'à un certain stade au cours de la grossesse, l'intérêt de l'État dans le développement du fœtus deviendrait assez important pour justifier l'imposition par l'État de restrictions au droit de la femme.

L'interprétation que la juge Wilson a fait du droit à la liberté prévu à l'article 7 peut être considérée comme compatible avec les articles de la CEDAW qui confèrent aux femmes le droit de décider librement du nombre et de l'espacement de leurs grossesses. Les commentaires du Comité de la CEDAW au sujet de ces articles confortent une telle interprétation. En effet, le Comité y affirme que la décision d'une femme en matière de procréation devait être libre de toute immixtion de la part d'un conjoint, d'un parent ou de l'État.

Les droits liés à l'autonomie en matière de procréation que la juge Wilson a énoncés dans *Morgentaler, supra*, concernaient la femme enceinte. Maintenant que la biotechnologie offre d'autres méthodes de conception, devrait-on étendre l'autonomie en matière de procréation de manière à protéger le processus décisionnel relatif à un embryon in vitro?

### **Les femmes enceintes et les tests génétiques sur l'embryon ou le fœtus**

Il est courant pour les femmes enceintes au Canada de subir des échographies au cours de leur grossesse. Ces tests permettent au médecin de suivre l'évolution de la grossesse et de déceler des anomalies chez le fœtus en développement. Dans le cas des couples ou des femmes qui ont des antécédents de maladie génétique, ou lorsque la femme est âgée de plus de 35 ans, les médecins recommandent régulièrement des tests plus sophistiqués et plus intrusifs, comme le prélèvement de villosités chorales ou l'amniocentèse, afin de déceler la présence de toute anomalie génétique.

Ces tests génétiques sont fondamentalement une affaire privée qui procure des renseignements cruciaux au sujet de la santé de la femme enceinte et du fœtus qu'elle porte. Au Canada, les femmes enceintes ont la possibilité de subir de tels tests sur les conseils de leur médecin. Si les tests révèlent que la santé de la femme est menacée du fait de la grossesse, ou que l'embryon ou le fœtus présente une difformité importante ou porte le gène d'une maladie grave, la femme peut décider librement d'interrompre la grossesse, et ce droit subsiste au-delà du point de viabilité du fœtus.

Si l'État interdisait ce genre de tests génétiques prénataux, l'on pourrait soutenir qu'il porterait atteinte aux droits de la femme à la liberté et à la sécurité de sa personne au sens de l'article 7 de la *Charte*. Le droit d'une femme à la sécurité de sa personne en vertu de l'article 7 protège son intégrité physique et psychologique. Une interdiction faite par l'État pourrait priver la femme de renseignements cruciaux au sujet de l'état de santé et de l'état génétique du fœtus. Dans les cas où une femme sait qu'elle risque de transmettre une maladie génétique grave à son enfant, on pourrait soutenir que l'interdiction porte atteinte à l'intégrité psychologique de cette femme en lui causant une tension et une angoisse profondes et sérieuses. Une telle interdiction porterait aussi atteinte à son droit de prendre une décision relativement à la grossesse. L'on pourrait conclure qu'une telle interdiction porterait atteinte aux droits de la femme à la liberté et à la sécurité de sa personne reconnus et protégés par la *Charte*. Naturellement, il serait loisible aux tribunaux de décider que l'interdiction est conforme aux principes de justice

fondamentale, auquel cas il n'y aurait aucune violation de la *Charte*.

### La femme et ses embryons in vitro

La pertinence des droits de la personne est sans doute plus évidente et plus simple à formuler dans le cas d'une femme enceinte dont le corps est touché par la grossesse. La question n'est peut-être pas aussi claire, cependant, lorsque la grossesse n'a pas encore débuté et que l'embryon existe en dehors du corps de la femme, c.-à-d. in vitro.

*Si l'État refusait aux femmes le droit d'obtenir des renseignements génétiques relatifs à leurs embryons in vitro, cela soulèverait-il des questions liées aux droits de la personne?*

L'on pourrait soutenir qu'une interdiction de l'utilisation du DPI pour obtenir des renseignements nécessaires pour prendre une décision en matière de procréation porterait atteinte au droit d'une femme à la liberté et à la sécurité de sa personne reconnu à l'article 7 de la *Charte*.

La jurisprudence récente de la Cour suprême a établi que le droit à l'autonomie en matière de prise de décisions de nature fondamentalement personnelle, dans le cadre du droit à la liberté, s'étend au-delà de la sphère de la procréation humaine et englobe un vaste éventail de sujets. Les avancées de la biotechnologie et de la procréation assistée permettent désormais à une femme d'obtenir des renseignements relatifs à ses embryons avant d'être enceinte. Par conséquent, l'on pourrait soutenir qu'un droit à la liberté étendu protège les tests médicaux, tels que le DPI, effectués sur un embryon in vitro pour fournir à la femme des renseignements cruciaux nécessaires pour qu'elle puisse prendre une décision en matière de procréation. Ces interventions faites sur l'embryon aux tout premiers stades de son développement pourraient être considérées comme relevant d'un « ensemble de choix protégés par la Constitution »<sup>149</sup>.

La réalisation de tests génétiques sur les embryons in vitro d'une personne en vue de sélectionner uniquement ceux qui paraissent exempts de maladies serait probablement qualifié de sujet fondamentalement personnel participant de l'essence même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l'indépendance individuelles. Cela serait particulièrement vrai si la personne ou le

couple était susceptible de transmettre une maladie génétique à sa progéniture. L'on pourrait soutenir qu'une interdiction de l'utilisation du DPI porterait atteinte au droit d'une femme à la liberté et à la sécurité de sa personne reconnu à l'article 7 de la *Charte*.

*Quel principe de justice fondamentale un tribunal invoquerait-il comme norme au regard de laquelle apprécier l'atteinte que l'État porterait aux droits de la femme au titre de l'article 7?*

Dans *Morgentaler, supra*, la Cour suprême a omis de désigner un principe de justice fondamentale au regard duquel apprécier l'atteinte que l'État porterait au droit de la femme à la liberté. La Cour a plutôt procédé à l'examen de la question de savoir si l'État pouvait justifier cette atteinte en vertu de l'article premier de la *Charte*. Les tribunaux adopteraient probablement la même démarche dans le contexte d'une contestation de la constitutionnalité d'une interdiction du DPI.

*L'État a-t-il un intérêt supérieur dans l'embryon in vitro qui pourrait justifier l'atteinte à un droit fondamental?*

Dans *Morgentaler, supra*, la juge Wilson a noté que le fœtus est une vie potentielle à compter du moment de la conception. Cependant, lorsqu'elle a pondéré l'intérêt de l'État dans la protection du fœtus en tant que vie potentielle en vertu de l'article premier de la *Charte* en regard des droits de la femme au titre de l'article 7, la juge Wilson a jugé que les intérêts de l'État devaient primer aux stades plus avancés de la grossesse. En fait, elle a affirmé qu'aux premiers stades de la grossesse, l'intérêt de l'État dans l'embryon en développement serait inexistant, tandis que le droit de la femme à l'autonomie serait absolu.

En s'appuyant sur l'avis de la juge Wilson selon lequel le fœtus est une vie potentielle à compter du moment de la conception, l'on pourrait soutenir que l'embryon in vitro est une vie potentielle, mais qu'à ce stade, l'embryon in vitro ne saurait être considéré viable (il ne pourrait pas survivre sans moyens artificiels).

L'on pourrait soutenir que l'utilisation du DPI, en tant que procédé diagnostique, ne met pas en cause les mêmes

<sup>149</sup> *Lifchez, supra*, note 74 au par. 15; *Carey, supra*, note 78 à la p. 685.

intérêts supérieurs de l'État que la réalisation de tests diagnostics prénataux sur le fœtus. Si des tests prénataux révélaient la présence chez le fœtus d'un gène lié à une maladie, la femme pourrait décider d'interrompre la grossesse. Si le fœtus avait atteint le point de viabilité, l'État affirmerait peut-être qu'il a un intérêt supérieur dans le fœtus en tant que vie humaine potentielle et viable. Cependant, le DPI est effectué sur un embryon in vitro qui n'est âgé que de deux ou trois jours. Si le DPI décelait la présence chez l'embryon in vitro d'un gène lié à une maladie, la femme pourrait décider de le laisser périr. L'embryon in vitro n'est clairement pas viable; il n'existe que grâce à des dispositifs techniques en laboratoire. Pour que cet embryon puisse devenir viable, il faut qu'une femme consente, d'abord, à ce qu'on l'implante dans son utérus, puis, à le porter en son sein jusqu'au deuxième trimestre de la grossesse.

L'État a peut-être un intérêt dans l'embryon in vitro en tant que vie potentielle, mais puisque l'embryon in vitro n'est pas viable, cet intérêt n'est probablement pas suffisamment important pour justifier que l'État porte atteinte au droit de la femme à l'autonomie en matière de procréation.

L'on pourrait soutenir qu'une interdiction du DPI porterait atteinte au droit de la femme à l'intégrité physique et psychologique. Si l'on refuse à une femme l'accès au DPI pour obtenir des renseignements relatifs à l'état génétique de ses embryons in vitro, c.-à-d. avant la grossesse, ses choix se limiteront à la reproduction sexuée et aux tests prénataux réalisés sur le fœtus lorsqu'elle sera enceinte. Si des tests prénataux indiquent que le fœtus en développement comporte un gène lié à une maladie grave, les choix de la femme se limiteront à l'avortement génétique ou à la possibilité de devoir composer avec un enfant gravement malade ou handicapé. L'on pourrait soutenir que l'interdiction faite par l'État de recourir au DPI causerait à la femme une tension psychologique et une angoisse profondes et sérieuses constituant une atteinte à son droit à la sécurité de sa personne. Une telle interdiction risquerait aussi de porter atteinte à l'intégrité physique de la femme, puisque toute procédure d'avortement comporte invariablement des risques pour l'intégrité physique de la femme. L'on pourrait soutenir que l'État a

refusé à la femme l'accès à ce que l'on pourrait considérer comme une procédure médicale bénéfique, c.-à-d. le DPI.

### 3.5.5.1 Conclusion

Il est difficile de prédire si les dispositions des instruments internationaux et régionaux relatifs aux droits de la personne pourraient être invoquées à l'appui d'une définition large du droit à l'autonomie en matière de procréation en vertu de la *Charte*. Le fait demeure qu'au niveau international, les droits relatifs à la procréation ne sont pas bien définis. On relève cependant certains principes élémentaires du Droit international dont les tribunaux pourraient s'inspirer, comme la vie privée, l'égalité et la santé. Les tribunaux pourraient aussi trouver matière à réflexion dans la jurisprudence américaine relative à l'autonomie en matière de procréation en vertu du *Bill of Rights*.

La Cour suprême a jugé que le droit à la liberté à l'art. 7 de la *Charte* confère une marge d'autonomie qui permet aux individus de prendre des décisions d'une importance personnelle fondamentale sans ingérence de l'État<sup>150</sup>. Une interdiction qui priverait une femme, surtout une femme susceptible de transmettre une maladie génétique à sa progéniture, du droit de choisir une procédure qui lui procurerait des renseignements essentiels pour pouvoir prendre une décision éclairée en matière de procréation porterait vraisemblablement atteinte au droit à la liberté prévu à l'article 7.

Les femmes seraient contraintes de se limiter aux tests prénataux une fois enceintes comme unique source de renseignements pouvant éclairer leur choix en matière de procréation. Les tests prénataux, par exemple l'amniocentèse, sont intrusifs et présentent des dangers tant pour la mère que pour le fœtus, et ils peuvent porter atteinte à l'intégrité physique et psychologique de la femme. L'on pourrait soutenir que l'interdiction du DPI par l'État porterait aussi atteinte au droit de la femme à la sécurité de sa personne au titre de l'article 7. Une femme aurait

<sup>150</sup> *Morgentaler*, supra note 109. La Cour suprême a jugé, dans trois opinions distinctes, que les notions de sécurité de la personne et de liberté (dans les motifs des juges Beetz et Wilson) comprenaient toutes deux le droit d'une personne de prendre des décisions touchant son intégrité physique et psychologique et le droit de prendre des décisions d'une importance fondamentale pour sa personne sans ingérence de l'État.

comme seuls choix soit de recourir à des tests prénataux, soit de ne pas recourir à de tels tests, soit de décider de ne pas procréer.

### 3.6 Question 2 : Le droit des parents d'utiliser le DPI pour sélectionner des embryons in vitro en fonction de certains traits génétiques recherchés

À l'avenir, il pourrait devenir possible pour un parent de sélectionner un embryon in vitro en fonction de certains traits que l'embryon manifesterait lorsqu'il deviendrait un enfant (par exemple, la couleur des cheveux ou des yeux, la taille et l'intelligence). Le droit à l'autonomie en matière de procréation est-il assez étendu pour protéger le choix d'une femme de recourir au DPI pour sélectionner des embryons in vitro en fonction de certains traits génétiques recherchés?

L'analyse qui suit se borne à trois traits génétiques que la science est actuellement capable d'identifier au moyen d'un DPI. Ces traits sont : (1) un gène responsable de la surdité, (2) un sexe recherché et (3) la compatibilité génétique aux fins de dons à un frère ou une sœur atteint d'une maladie constituant un danger de mort.

#### Un gène responsable de la surdité

Si une personne a le droit d'utiliser le DPI pour sélectionner uniquement les embryons in vitro qui sont exempts de maladie, a-t-elle un droit corollaire de recourir au DPI pour sélectionner à des fins de reproduction un embryon in vitro à cause de la présence d'une certaine anomalie génétique? En 2002, le *Journal of Medical Ethics* rapportait qu'un couple de lesbiennes sourdes aux États-Unis avait utilisé le sperme d'un donneur ayant des antécédents familiaux de surdité sur cinq générations à des fins d'auto-insémination dans l'espoir de donner naissance à un enfant sourd<sup>151</sup>.

L'article soulève la question de savoir s'il pourrait y avoir de bonnes raisons de permettre à des couples de sélectionner des embryons en fonction d'un handicap. L'auteur note que le cas mentionné ci-dessus ne soulevait aucune question éthique, puisque le couple avait le droit de se reproduire avec la personne de son choix. Il a choisi

de se reproduire avec un homme qui avait une longue histoire familiale de surdité héréditaire.

Ce n'est pas tout le monde qui conviendrait que cet acte ne soulève aucune considération d'ordre éthique. Le fait que les femmes ont sciemment sélectionné un donneur de sperme ayant une longue histoire familiale de surdité dans l'espoir de créer un enfant sourd pourrait soulever d'importantes questions d'ordre éthique et moral aux yeux de certains.

Julian Savulescu, à l'instar d'autres commentateurs, se demande si une femme ou un couple causent un préjudice quelconque lorsqu'ils prennent une décision semblable. De l'avis d'un commentateur, pour subir un préjudice, il faut que l'enfant soit placé dans une situation pire que celle dans laquelle il se serait retrouvé autrement<sup>152</sup>. Or, si cet enfant n'avait pas été choisi par ces femmes à des fins de reproduction en fonction de sa surdité éventuelle, il ne serait jamais né<sup>153</sup>. L'article mentionne que d'autres couples sourds aimeraient recourir au DPI pour sélectionner un enfant sourd. Pour ces parents éventuels, la surdité n'est pas considérée comme un handicap mais plutôt comme une culture distincte qui accueille à bras ouvert les enfants sourds<sup>154</sup>.

Les tests génétiques visent généralement à offrir aux individus et aux couples la possibilité de sélectionner l'enfant ayant les « meilleures perspectives de vie ». Mais qui décide de ce qui constitue les meilleures perspectives de vie? Les jugements de valeur de qui devraient primer? De l'avis d'au moins un auteur, la liberté en matière de procréation et le respect de l'autonomie sont tels que les jugements de valeurs des parents devraient primer, tant que leur décision ne cause pas de préjudice à l'enfant<sup>155</sup>.

Cependant, tous les commentateurs ne s'accordent pas sur ce point. Certains soutiennent que, puisque de

<sup>151</sup> Julian Savulescu, directeur, Oxford Centre for Applied Ethics, « Deaf lesbians, "designer disability," and the future of medicine », (2002) *Journal of Medical Ethics* 325 à la p. 1 (<http://jme.bmjournals.com>).

<sup>152</sup> Shaun D. Pattinson, « Wrongful Life Actions as a Means of Regulating Use of Genetic and Reproductive Technologies », (1999) 7 *Health L.J.* 19 à la p. 5 (Lexis Nexis).

<sup>153</sup> *Ibid* à la p. 3 (Lexis Nexis).

<sup>154</sup> Savulescu, *supra* note 151 à la p. 2.

<sup>155</sup> *Ibid.* à la p. 4.

nombreux handicaps comportent des désavantages importants, il est contraire à l'éthique de permettre aux parents de choisir sciemment chez l'enfant une caractéristique ou un trait que la société traite comme un handicap ou un désavantage<sup>156</sup>. Cependant, lorsqu'on y regarde de plus près, cet argument est vicié. Les femmes sourdes qui ont choisi de recourir au DPI pour sélectionner parmi leurs embryons in vitro uniquement ceux qui comportaient le gène de la surdité n'étaient pas en train de manipuler le génome de l'embryon de manière à y intégrer le gène de la surdité, mais procédaient plutôt à la sélection, à des fins de procréation, des seuls embryons in vitro qui possédaient déjà le gène de la surdité. Si l'embryon in vitro n'avait pas été sélectionné à des fins de procréation, il n'aurait pas connu la vie. La question demeure : la situation de l'enfant est-elle pire s'il naît sourd ou s'il ne naît tout simplement jamais?

Si l'État interdisait le recours au DPI à de telles fins, cela soulèverait-il des questions sur le plan des droits de la personne? La réponse à cette question dépend beaucoup de l'étendue que les tribunaux reconnaissent à l'autonomie en matière de procréation au titre de l'article 7 de la *Charte*. Si les tribunaux considéraient que l'information obtenue grâce au DPI était essentielle pour permettre aux femmes de prendre une décision en matière de procréation, l'on pourrait alors soutenir que l'interdiction porte atteinte au droit de la femme à la liberté et la sécurité de sa personne au sens de l'article 7.

Une telle interdiction pourrait aussi soulever des questions liées au droit de la personne au titre de l'égalité en vertu de l'article 15 de la *Charte*. Le paragraphe 15(1) dispose :

La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques. [C'est nous qui soulignons]

Les femmes sourdes soutiendraient peut-être que l'interdiction légale de recourir au DPI pour sélectionner des embryons in vitro parce qu'ils présentent une anomalie

génétique donnée, dans ce cas-ci la surdité, opère une distinction fondée sur un des motifs illicites énumérés, à savoir la déficience physique. D'autres femmes au Canada pourraient choisir de recourir au DPI afin de sélectionner, à des fins de procréation, seuls les embryons in vitro qui ne comportent pas le gène de la surdité. D'aucuns pourraient prétendre que l'interdiction légale du DPI porte atteinte à la dignité humaine des femmes sourdes.

Les préoccupations et l'analyse différeraient peut-être considérablement si une femme souhaitait recourir à des manipulations génétiques pour créer la surdité chez un embryon in vitro. L'analyse des questions de droits de la personne reliées aux manipulations génétiques (ou « génie génétique ») déborde le cadre du présent document.

### Un sexe recherché

Le désir d'exercer un certain contrôle sur le sexe de sa progéniture a existé bien avant l'avènement des techniques de reproduction assistée comme le DPI. Cependant, l'utilisation de ces techniques (mises au point pour aider les personnes stériles à procréer) à des fins de sélection du sexe en fonction de considérations sociales soulève chez certains des préoccupations tant morales qu'éthiques<sup>157</sup>.

Au Canada, l'enquête nationale de la Commission royale a notamment révélé, relativement à la sélection du sexe :

... contrairement à ce que l'on observe dans certains autres pays, la vaste majorité des Canadiens n'ont pas de préférence pour un enfant de l'un ou l'autre sexe. De nombreux intervenants... présumaient que les Canadiens avaient un parti pris en faveur des garçons au regard de la composition de la famille; nous avons constaté que cette présomption paraissait sans fondement...<sup>158</sup>

La LPA interdit l'utilisation du DPI pour sélectionner, à des fins de reproduction, les embryons d'un sexe déterminé par simple préférence (al. 5(1)e)). Elle permet en

<sup>156</sup> Rebecca Knox, « Preimplantation Genetic Diagnosis: Disease Control or Child Objectification? », (2003) *St. Louis U. Pub. L. Rev.* 435 aux pp. 6-7 (Lexis Nexis).

<sup>157</sup> Ethics Committee of the American Society of Reproductive Medicine, "Sex Selection and Preimplantation Genetic Diagnosis" (1990) 72 (n° 4) *Fertility and Sterility* 595 à la p. 597.

<sup>158</sup> *Supra* note 3 à la p. 889.



revanche l'utilisation du DPI pour sélectionner des embryons en fonction du sexe dans le but d'éviter une maladie ou un trouble lié au sexe; ce type d'activité sera contrôlé en vertu de la LPA.

Comme nous l'avons mentionné précédemment, au Royaume-Uni, la HFEA interdit la sélection d'embryons in vitro en fonction du sexe pour des motifs non médicaux.

Le comité de déontologie de la société américaine de médecine de la procréation (Ethics Committee of the American Society of Reproductive Medicine, le « Comité ») a établi des normes de pratique à l'intention des médecins et obstétriciens. L'observation de ces normes est volontaire. En 2002, le Comité a reformulé sa position au sujet de l'utilisation du DPI à des fins de sélection du sexe pour des raisons d'ordre social.

Le Comité a recommandé : (a) que les médecins *s'opposent* au recours à la fécondation in vitro et au DPI à des fins de sélection du sexe d'embryons in vitro en fonction de considérations d'ordre social dans le cas d'un aîné; (b) que l'on s'oppose aussi au recours à la fécondation in vitro et au DPI à des fins de sélection du sexe d'embryons in vitro dans le but de diversifier les sexes au sein d'une famille<sup>159</sup>. Le Comité n'est pas allé jusqu'à recommander que de telles pratiques soient interdites par des lois des états ou par une loi fédérale. Cela s'explique peut-être par le fait que le Comité adhère à une interprétation large du droit constitutionnel à l'autonomie en matière de procréation.

Il y a des femmes et des couples qui aimeraient utiliser le DPI pour sélectionner, à des fins de procréation, uniquement les embryons in vitro d'un sexe déterminé. Comme motivations pour sélectionner des embryons en fonction du sexe, des Canadiens, entre autres, évoquent notamment les motifs suivants : assurer une utilité économique au sein de la famille; réaliser un équilibre ou une diversité des sexes parmi les enfants d'une même famille; et déterminer l'ordre des naissances de filles et de garçons<sup>160</sup>. Les tenants de la sélection du sexe en fonction de considérations sociales soutiennent qu'il s'agit d'un prolongement logique du droit de procréer et de l'autonomie en matière de procréation.

Certains soutiennent que la sélection du sexe est un moindre mal à comparer à la solution de rechange consistant à procéder à des tests génétiques sur le fœtus puis à un avortement, et qu'elle est de loin préférable à l'infanticide, qui se pratique encore dans certains pays<sup>161</sup>. Par ailleurs, il y en a qui soutiennent que l'utilisation du DPI à des fins de sélection du sexe peut contribuer à la régulation démographique<sup>162</sup>.

On trouve au moins un commentateur qui a soutenu que la possibilité d'utiliser le DPI pour sélectionner uniquement les embryons in vitro d'un sexe déterminé pourrait constituer un outil valable de planification familiale et de régulation démographique. Si des parents pouvaient sélectionner un enfant de chaque sexe, ils ne continueraient peut-être pas à procréer dans l'espoir d'avoir un enfant d'un sexe déterminé<sup>163</sup>.

Certains commentateurs ont soutenu que la théorie juridique du consentement éclairé en matière de traitement médical pourrait justifier la démarche d'une femme qui demanderait des renseignements au sujet du sexe du fœtus qu'elle porte. Cet argument s'appliquerait peut-être aussi de manière à conférer à la femme un droit légal à l'information concernant le sexe des embryons in vitro qui sont implantés en son sein à des fins de procréation. Certains répliquent à cet argument qu'un tel droit à l'information devrait se limiter aux seuls renseignements qui sont nécessaires pour éclairer un choix fait en fonction de considérations médicales, comme la santé génétique du fœtus<sup>164</sup>.

Les opposants à cette forme d'utilisation du DPI évoquent les préoccupations suivantes : cette pratique entraînera de la discrimination fondée sur le sexe et alimentera des préjugés sexistes au sein de l'ensemble de la société; il est d'une opportunité douteuse d'étendre le contrôle aux caractéristiques non essentielles d'enfants à naître; et l'importance relative de la sélection du sexe doit être

<sup>159</sup> Roberts, *supra* note 12 à la p. 6.

<sup>160</sup> *Supra* note 157.

<sup>161</sup> Rebecca J. Cook, Bernard M. Dickens and Mahmoud F. Fathalla, *Reproductive Health and Human Rights*, New York, Oxford University Press, 2003 à la p. 367.

<sup>162</sup> *Supra* note 157 à la p. 596.

<sup>163</sup> *Ibid.* à la p. 595.

<sup>164</sup> Cook, *supra* note 161 à la p. 367.

appréciée en regard des fardeaux médicaux et financiers qu'elle impose aux parents et de la pression accrue qu'elle exerce sur des ressources médicales limitées<sup>165</sup>. Ces personnes affirment que l'on ne devrait pas étendre les droits à l'autonomie en matière de protection et à la vie privée de manière à reconnaître aux parents le droit de recourir au DPI pour choisir le sexe de leurs enfants. Les tribunaux ne devraient pas considérer ces droits comme fondamentaux, de manière à faire en sorte que l'État puisse interdire et réglementer de telles pratiques. L'État pourrait probablement démontrer qu'une telle interdiction ou réglementation présente un lien rationnel avec un objectif légitime du gouvernement<sup>166</sup>.

En outre, les opposants s'inquiètent de la possibilité que la sélection du sexe en fonction de considérations sociales ne cause un préjudice psychologique à l'enfant choisi en fonction de son sexe parce que cela créerait des attentes élevées à son égard. D'aucuns estiment que cette pratique réduirait l'enfant à un simple produit de consommation. Le sexe n'est pas un critère de sélection acceptable au regard des enfants; les enfants devraient être valorisés pour eux-mêmes, et non sélectionnés et valorisés principalement en raison de leur sexe<sup>167</sup>. En outre, les opposants soutiennent que si cette pratique avait cours à grande échelle, elle pourrait entraîner un changement du ratio global hommes : femmes qui serait préjudiciable à l'avenir de la société<sup>168</sup>.

D'aucuns pourraient soutenir que l'interdiction du DPI à des fins de sélection du sexe pour des motifs non médicaux aux termes de la LPA prive la femme de l'accès à des renseignements qui sont nécessaires pour lui permettre de prendre une décision en matière de procréation, et portent donc atteinte au droit à la liberté et à la sécurité de sa personne qui lui reconnaît l'article 7 de la *Charte*. L'on pourrait cependant opérer une distinction entre l'accès à des renseignements relatifs au sexe de l'embryon et l'accès à des renseignements relatifs à la présence d'un gène responsable d'une maladie chez l'embryon *in vitro*. Il se pourrait que les tribunaux jugent que c'est seulement ce dernier type de renseignements qui constitue un aspect central de la décision d'une personne en matière de procréation et qu'il faut donc protéger. Pour ce qui concerne l'information relative au sexe de l'enfant à naître, les tribunaux pourraient considérer que les

décisions fondées sur ce type d'information relèvent davantage d'un choix de mode de vie<sup>169</sup>, plutôt qu'une décision relative à un sujet qui participe de l'essence même de la dignité et de l'indépendance individuelles.

Les dispositions de la CEDAW et du PIRDPCP concernant le droit de fonder une famille et la planification familiale pourraient guider les tribunaux dans l'interprétation de l'étendue du droit à l'autonomie en matière de reproduction garanti par la *Charte*. Les tribunaux se montreraient peut-être particulièrement sensibles aux dispositions relatives à la discrimination énoncées à l'alinéa 5a) de la CEDAW au moment d'interpréter l'étendue de l'autonomie en matière de procréation, à tout le moins pour ce qui concerne la sélection du sexe en fonction de motifs non médicaux. Les tribunaux jugeraient peut-être qu'une interdiction légale de la sélection du sexe en fonction de considérations sociales ou culturelles est conforme aux principes de justice fondamentale ou peut être justifiée par l'État en vertu de l'article premier de la *Charte*.

### Un enfant donneur

En recourant au DPI et au typage tissulaire, il est possible de sélectionner et de transférer uniquement les embryons *in vitro* qui présentent certains traits requis pour fournir une cellule ou un tissu pouvant être transplanté chez un frère ou une sœur gravement malade, sans pour autant causer de préjudice à l'enfant donneur.

Nous avons déjà mentionné qu'en vertu de la HFEA du Royaume-Uni, les parents peuvent recourir à la

<sup>165</sup> *Supra* note 157 à la p. 596.

<sup>166</sup> Kelly M. Plummer, « Ending Parents' Unlimited Power to Choose: Legislation is Necessary to Prohibit Parents' Selection of Their Children's Sex and Characteristics », (2003) 47 *St. Louis L.J.* 517 à la p. 4 (Lexis Nexis).

<sup>167</sup> *Ibid.* à la p. 15 (Lexis Nexis).

<sup>168</sup> *Supra* note 157 à la p. 596; Susan M. Faust, « Baby Girl or Baby Boy? Now You Can Choose: A Look at New Biology and No Law », (2000) 10 *Alb. L.J. Sci. & Tech.* 281 à la p. 5 — L'auteure cite les résultats d'un récent sondage effectué en Ohio qui porte à croire que la préférence pour les enfants de sexe masculin serait peut-être en déclin. Bien que le sondage tende à confirmer une certaine tendance à des préférences de sexe au regard de l'ordre de naissance des enfants, la majorité des répondants ont affirmé qu'il leur était indifférent que leur premier enfant soit un garçon ou une fille. L'auteure note qu'étant donné que près de 50 % des grossesses aux États-Unis sont non planifiées, il n'y aurait probablement qu'une minorité de couples qui se prévaudraient de la possibilité de choisir le sexe de leur enfant, et cette minorité serait peu susceptible de créer un déséquilibre important dans le ratio hommes : femmes.

<sup>169</sup> *Malmo-Levine, supra*, note 129 au par. 86.

fécondation in vitro ainsi qu'au DPI pour créer un enfant donneur. Le tribunal du Royaume-Uni a jugé que la HFEA habilitait l'Autorité créée en vertu de cette même loi à délivrer des licences autorisant cette procédure. Il convient de noter que l'Autorité examine chaque cas individuellement avant de donner son approbation aux fins d'une procédure spécifique et qu'il y a eu des cas où l'Autorité a refusé de délivrer une licence<sup>170</sup>.

La LPA n'interdit pas l'utilisation du DPI ni le typage tissulaire. En attendant que l'Agence soit créée et soit en mesure de mener ses inspections, seules les cliniques de traitement de l'infertilité qui effectuaient des DPI au cours de l'année précédant l'entrée en vigueur de la LPA peuvent continuer de le faire sans une autorisation de l'Agence. Lorsque l'Agence aura été mise en service, un médecin ou une clinique devront obtenir une autorisation de l'Agence pour pouvoir procéder à des fécondations in vitro, et peut-être une autorisation ou une approbation distincte pour pouvoir procéder à des DPI au moyen de typages tissulaires. La procédure sera fort probablement réglementée en vertu de la Loi.

Certains commentateurs soutiennent qu'il est contraire à l'éthique de créer un enfant en vue d'en faire un donneur éventuel et que cela représente une réification ou chosification immorale de l'enfant. En outre, l'enfant risque de subir un préjudice psychologique lorsqu'il apprendra qu'il a été créé et choisi afin de sauver un frère ou une sœur<sup>171</sup>.

D'autres experts soulignent que de tout temps, des couples qui se reproduisent ont été animés par des motivations personnelles, dont plusieurs pourraient être considérées comme égoïstes (par exemple, avoir de la compagnie, avoir quelqu'un pour s'occuper d'une entreprise, avoir un « bâton de vieillesse »). La création d'un enfant dans le but de sauver un frère ou une sœur existant n'est pas plus préjudiciable sur le plan psychologique pour un enfant que d'autres motifs plus courants de procréation. De nombreux parents ont conçu un deuxième enfant par des moyens naturels dans l'espoir que cet enfant aurait de tissus compatibles avec ceux d'un premier enfant qui était malade. L'utilisation de la fécondation in vitro et du DPI pour créer un tel enfant pourrait être vu simplement comme ayant pour effet d'éliminer beaucoup d'incertitude et d'angoisse pour ces parents<sup>172</sup>.

Il est intéressant de noter que le tribunal anglais dans *Quintavalle, supra*, a interprété la HFEA de manière large pour conclure que l'Autorité créée en vertu de cette loi avait le pouvoir d'autoriser la création d'un enfant donneur. Le tribunal anglais n'a pas fondé sa décision sur le droit des parents à l'autonomie en matière de procréation, mais plutôt sur son interprétation de la HFEA selon les principes ordinaires de l'interprétation des lois.

Il serait concevable d'arguer qu'une interdiction de l'utilisation du DPI en vue d'obtenir des renseignements permettant de sélectionner un embryon in vitro pour en faire un enfant donneur éventuel touche davantage qu'une simple décision relative à un choix de mode de vie, car cette interdiction priverait la femme de renseignements cruciaux aux fins de la prise d'une décision liée à la procréation. Non seulement l'interdiction porterait-elle atteinte au droit de la femme à la liberté et à la sécurité de sa personne garantis par l'article 7, mais on pourrait soutenir qu'elle porte aussi atteinte au droit du frère ou de la sœur malade à la vie et la sécurité de sa personne en vertu de l'article 7. L'interdiction légale priverait le frère ou la sœur existant de l'accès à un traitement médical bénéfique, p. ex. une greffe de cellules souches histocompatibles prélevés chez l'enfant donneur, pour traiter une condition peut-être constitutive d'un danger de mort.

### 3.6.1 Conclusion

Dans les cas où l'interdiction s'accompagne de dispositions créant des infractions assorties de la possibilité d'une peine d'emprisonnement, les droits prévus à l'article 7 sont en jeu. Dans le contexte de la création d'un enfant donneur, l'interdiction du DPI toucherait les intérêts et les droits de la personne de la femme et du frère ou de la sœur malade. Le frère ou la sœur pourrait soutenir que si l'État empêche sa mère d'obtenir les renseignements dont elle a besoin pour choisir, à des fins de procréation, un embryon qui deviendra un enfant donneur, cette interdiction porte atteinte au droit de ce

<sup>170</sup> RG Edwards (Editor), Reproductive BioMedicine Online, « Ethics of preimplantation diagnosis: recordings from the International Symposium on Preimplantation Genetics » 2002 à la p. 3. En ligne : <http://www.rbmonline.com>.

<sup>171</sup> Knox, *supra* note 156 aux pp. 8-9.

<sup>172</sup> *Ibid.* à la p. 8

frère ou cette sœur à la vie et à la sécurité de sa personne aux termes de l'article 7 de la *Charte*.

Pour ce qui concerne la sélection du sexe en fonction de considérations non médicales, il se pourrait que les tribunaux considèrent que ces renseignements ne constituent pas un aspect central ou sont dénués de pertinence au regard d'une décision concernant la procréation. En revanche, il se pourrait que les tribunaux considèrent que les renseignements relatifs soit à la présence d'un gène responsable d'une maladie ou à une compatibilité génétique avec un frère ou une sœur constituent un aspect central du processus décisionnel en matière de procréation. Une interdiction légale de l'accès à ce dernier type de renseignement aux fins de la prise de décisions en matière de procréation pourrait porter atteinte au droit d'une femme à la liberté et à la sécurité de sa personne garanti par la *Charte*.

Si les tribunaux décident de s'inspirer d'instruments internationaux relatifs aux droits de la personne, comme la CEDAW et le PIRDCP, ils choisiront peut-être d'étendre l'autonomie en matière de procréation protégée par l'article 7 de la *Charte* de manière à englober le droit d'obtenir certains renseignements essentiels pour faire un choix concernant la procréation, sans ingérence de l'État. Les tribunaux pourraient prendre en considération la jurisprudence constitutionnelle américaine, comme ils le font de temps à autre lorsqu'ils interprètent les droits prévus par la *Charte*, pour guider leur interprétation de l'autonomie en matière de procréation.

### 3.7 Question 3 : L'embryon in vitro

#### 3.7.1 Le droit à la vie

Aucune loi au Canada ne garantit le droit à la vie à l'embryon ou au fœtus<sup>173</sup>. Au Canada, comme dans la plupart des pays occidentaux, selon la conception prédominante, la situation juridique de l'embryon est *sui generis*. L'embryon mérite un certain respect, mais non les droits subjectifs qui se rattachent à la personnalité juridique. L'embryon ou le fœtus n'est pas assimilé à l'enfant pour plusieurs raisons, notamment l'absence de sentience et de conscience de son individualité.

La Cour suprême a jugé que l'embryon in vitro et le fœtus ne sont pas des personnes en Droit et ne possèdent donc

aucun droit. Cependant, à compter du moment où un fœtus naît vivant, ses droits se cristallisent et, à certaines fins (notamment aux fins du Droit de la responsabilité civile délictuelle) le Droit peut admettre que l'enfant existait avant la naissance. Étant donné que l'embryon in vitro et le fœtus n'ont aucun droit, on ne leur reconnaît pas le droit à la vie. Cependant, l'intérêt de l'État dans le fœtus en tant qu'être humain potentiel peut croître à mesure que le fœtus se développe dans l'utérus. À compter du moment où le fœtus est viable en dehors de l'utérus, probablement à un certain moment au cours du second trimestre de la grossesse, l'État pourra justifier dans certaines circonstances l'édiction de lois visant à protéger ce fœtus (*Morgentaler, supra*).

D'après la jurisprudence actuelle, les tribunaux jugeraient probablement que l'embryon in vitro existant en dehors du corps d'une femme est dépourvu de la personnalité juridique, à l'instar de l'embryon in utero et du fœtus, et ne possède donc aucun droit tant qu'il ne naît pas vivant. Les tribunaux jugeraient probablement que l'embryon in vitro n'a pas de droit à la vie<sup>174</sup>.

#### 3.7.2 Le droit de naître sain d'esprit et de corps

La common law reconnaît-elle à l'enfant le droit de naître sain d'esprit et de corps? Les parents ont-ils une obligation éthique et légale corrélative de donner naissance uniquement à des enfants au génome sain? Si un tel droit existe en common law, pourrait-il devenir un droit fondamental de la personne?

##### 3.7.2.1 Instruments internationaux et régionaux

En 1991, le Canada a ratifié la *Convention relative aux droits de l'enfant* (« CRE »)<sup>175</sup> des Nations Unies<sup>176</sup>. La CRE établit un ensemble de droits et de mesures de protection importants au profit de l'enfant.

<sup>173</sup> Voir le chapitre 2 pour une analyse plus approfondie.

<sup>174</sup> Pour une analyse approfondie de l'approche internationale, et de l'approche du Canada et d'autres pays et territoires à l'égard du droit d'un embryon in vitro à la vie, voir le chapitre 2 du document du Projet aux pp. 40 à 44.

<sup>175</sup> Nations Unies, *Convention relative aux droits de l'enfant*, Rés. A.G. 44/25, annexe, 44 Doc. off. AG NU Supp. n° 49 à la p. 167, Doc. NU A/44/49 (entrée en vigueur le 2 septembre 1990).

<sup>176</sup> Catherine Covell et R. Brian Howe, *The Challenge of Children's Rights for Canada*, Waterloo, Wilfrid Laurier University Press, 2001 à la p. 15.

Les paragraphes 24(1) et (2) de la CRE énoncent :

#### Article 24

1. Les États parties reconnaissent *le droit de l'enfant de jouir du meilleur état de santé possible* et de bénéficier de services médicaux et de rééducation. Ils s'efforcent de garantir qu'aucun enfant ne soit privé du droit d'avoir accès à ces services.
2. Les États parties s'efforcent d'assurer la réalisation intégrale du droit susmentionné et, en particulier, prennent les mesures appropriées pour :
  - a. Réduire la mortalité parmi les nourrissons et les enfants;
  - b. Assurer à tous les enfants l'assistance médicale et les soins de santé nécessaires, l'accent étant mis sur le développement des soins de santé primaires;
  - c. *Lutter contre la maladie* et la malnutrition, y compris dans le cadre de soins de santé primaires, *grâce notamment à l'utilisation de techniques aisément disponibles* et à la fourniture d'aliments nutritifs et d'eau potable, compte tenu des dangers et des risques de pollution du milieu naturel;
  - d. Assurer *aux mères des soins prénatals et postnatals appropriés*;
  - e. Faire en sorte que tous les groupes de la société, en particulier les parents et les enfants, reçoivent une information sur la santé et la nutrition de l'enfant, les avantages de l'allaitement au sein, l'hygiène et la salubrité de l'environnement et la prévention des accidents, et bénéficient d'une aide leur permettant de mettre à profit cette information;
  - f. Développer *les soins de santé préventifs*, les conseils aux parents et l'éducation et les services en matière de planification familiale. [C'est nous qui soulignons.]

Il est intéressant de noter que le préambule de la CRE énonce que « [...] l'enfant, en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle, a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux, notamment d'une protection juridique appropriée, *avant* comme après la naissance »<sup>177</sup>. [C'est nous qui soulignons.]

L'article premier CRE dispose que le mot « enfant », au sens de cette convention « s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable »<sup>178</sup>. Les *Travaux préparatoires* à la CRE indiquent que dans son libellé initial, l'article premier définissait l'enfant comme [traduction] « [...] tout être humain depuis le moment de sa naissance jusqu'à l'âge de 18 ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la loi de son État »<sup>179</sup>.

Les *Travaux préparatoires* indiquaient également que la définition ou le concept d'enfant avait suscité beaucoup de débats au cours de la troisième séance du Groupe de travail. Certains délégués soutenaient qu'une telle définition serait contraire au Droit de leur État, selon lequel l'enfance débute au moment de la conception. D'autres délégués proposaient, dans le but d'éviter les conflits, que l'on abandonne toute mention du point de départ de l'enfance à l'article premier, et que l'on choisisse plutôt un libellé qui serait compatible avec les différents régimes juridiques internes en cause<sup>180</sup>.

Le libellé actuel de l'article pourrait permettre aux pays qui considèrent que l'enfance commence au moment de la conception d'interpréter les droits prévus à la CRE à des fins internes comme s'appliquant à compter du moment de la conception. Les *Travaux préparatoires*<sup>181</sup> indiquent que l'alinéa 24(2)(d) a été modifié à l'instigation du représentant du Royaume-Uni de manière à énoncer « assurer aux mères et à leurs enfants des soins prénatals et postnatals appropriés »<sup>182</sup> La même disposition a par la suite été modifiée à l'instigation du représentant des

<sup>177</sup> *Supra* note 175 (préambule).

<sup>178</sup> *Ibid.* à l'article 1.

<sup>179</sup> Sharon Detrick, dir., *The United Nations Convention on the Rights of the Child: A Guide to the Travaux Préparatoires*, Pays-Bas, Martinus Nijhoff Publishers, 1992 à la p. 115.

<sup>180</sup> *Ibid.* à la p. 115.

<sup>181</sup> *Ibid.* aux pp. 343 et 359.

États-Unis par la suppression des mots « leurs enfants », de manière à ce qu'elle énonce « assurer aux mères des soins prénatals et postnatals appropriés »<sup>183</sup>. La proposition américaine de modification a sans doute été motivée par le désir d'éviter les conflits entre les droits d'un embryon ou d'un fœtus et ceux de la femme enceinte.

### 3.7.2.2 Le Droit dans d'autres pays et territoires

Dans les pays et territoires de common law, lorsqu'elles ne sont pas interdites par une loi, différentes actions en responsabilité civile délictuelle peuvent être intentées par des enfants ou par des parents ayant subi un préjudice avant la naissance ou lors de celle-ci, dépendant des intérêts touchés (ceux de l'enfant ou du parent). Parmi ces causes d'action en responsabilité civile délictuelle, on retrouve notamment : les délits antérieurs à la conception (« *preconception torts* »), le délit de naissance préjudiciable (« *tort of wrongful birth* ») et le délit de vie préjudiciable (« *tort of wrongful life* »). Un « délit antérieur à la conception » est commis lorsqu'un enfant, né vivant, subit un préjudice avant sa naissance ou au cours de celle-ci par suite du comportement délictueux, avant la conception, d'une personne qui n'est pas le père ou la mère de l'enfant<sup>184</sup>. Des parents peuvent intenter une action fondée sur une « naissance préjudiciable » en cas de naissance d'un enfant non planifié<sup>185</sup>. Un tel recours se fonde sur l'atteinte au droit des parents de contrôler leur propre reproduction qui découle du comportement délictueux d'autrui<sup>186</sup>. L'action fondée sur une vie préjudiciable repose sur la prétention, formulée par une personne avec une déficience physique ou mentale prévisible, selon laquelle, n'eut été du comportement délictueux de la partie défenderesse, cette personne n'aurait pas été conçue ou ne serait pas née<sup>187</sup>.

La présente section porte sur l'état actuel de l'action fondée sur une « vie préjudiciable » et sur la question de savoir s'il existe un droit de naître sain d'esprit et de corps.

#### Les États-Unis

Le 1<sup>er</sup> avril 2004, le président Bush a mis en vigueur par sa signature le *Unborn Victims of Violence Act of 2004* (loi de 2004 sur les victimes non nées d'actes de violence)<sup>188</sup>. Cette loi dispose notamment que toute personne qui, sciemment, tue ou tente de tuer un enfant in utero (dans le ventre de la mère), sera sanctionné comme s'il avait tué ou

tenté de tuer un être humain<sup>189</sup>. Cependant, la loi précise que les personnes suivantes ne peuvent être poursuivies : la personne qui pratique un avortement auquel la femme enceinte a consenti, la personne qui fournit des soins médicaux à la femme enceinte ou à son enfant en gestation, et la femme enceinte (amendement à l'article 119a).

Bien qu'il n'existe aucune loi fédérale ni aucune loi d'aucun état américain qui confère à l'enfant le droit de naître sain d'esprit et de corps, il existe un courant jurisprudentiel de plus en plus étoffé qui reconnaît le droit d'un enfant de poursuivre ses parents ainsi que des tiers au titre de délits prénatals et antérieurs à la conception et, dans environ trois états américains, au titre du délit de vie préjudiciable. Dans une action fondée sur une vie préjudiciable, l'enfant qui se porte demandeur allègue habituellement que si le défendeur avait averti la mère en temps opportun du risque d'anomalie congénitale, la mère aurait choisi de ne pas concevoir l'enfant, ou si l'on allègue que la négligence est survenue après la conception, la mère aurait choisi d'avorter l'embryon ou le fœtus. Nul ne prétend que le défendeur a causé la déficience de l'enfant. On affirme plutôt que, n'eut été de l'omission du défendeur, l'enfant ne serait pas né et se serait vu épargner une vie d'incapacité physique ou mentale, de douleur et de souffrance<sup>190</sup>. À ce jour, seule une poignée d'états américains ont admis cette cause d'action.

Les tribunaux américains ont commencé à admettre des actions en responsabilité civile fondées sur des délits antérieurs à la conception au nom de l'enfant dans les années 1970<sup>191</sup>. Dans ces affaires, les tribunaux ont essentiellement reconnu un devoir de prudence et de diligence

<sup>182</sup> *Ibid.* à la p. 357.

<sup>183</sup> *Id.*

<sup>184</sup> Elizabeth F. Collins, « An Overview and Analysis: Prenatal Torts, Preconception Torts, Wrongful Life, Wrongful Death, and Wrongful Birth: Time For a New Framework », (1984) 22 *J. Family Law* 677 aux pp. 677-78.

<sup>185</sup> *Ibid.* à la p. 678.

<sup>186</sup> *Id.*

<sup>187</sup> Bernard M. Dickens, « Wrongful birth and life, wrongful death before birth, and wrongful law », dans Sheila A. M. McLean, dir., *Legal Issues in Human Reproduction*, Aldershot (Angleterre), Gower Publishing Company Limited, 1989 à la p. 83.

<sup>188</sup> *The Unborn Victims of Violence Act of 2004*, chapitre 90(a) — Protection of Unborn Children, art. 1841. En ligne : <http://news.findlaw.com>.

<sup>189</sup> *Ibid.* à l'al. 1841(2)(e)

envers les futures personnes<sup>192</sup>. Les tribunaux qui ont refusé de reconnaître un tel devoir se fondent généralement sur l'avis que les répercussions de ce devoir sur le plan des politiques sont d'une ampleur telle que la décision d'étendre ainsi la responsabilité civile délictuelle doit être laissée au législateur<sup>193</sup>.

Les actions en responsabilité civile fondées sur des délits antérieurs à la conception se présentent le plus souvent dans le contexte de la responsabilité professionnelle médicale. Par exemple, dans *Bergstreser c. Mitchell*<sup>194</sup>, la Cour de circuit du Missouri a ordonné que l'enfant demandeur soit indemnisé des préjudices qu'il avait subis par suite de la négligence dont avait preuve un médecin lorsqu'il avait procédé à une intervention chirurgicale sur la mère du demandeur avant l'époque de la conception du demandeur. L'intervention chirurgicale négligente du médecin sur la mère avait causé des préjudices à l'enfant non encore conçu.

Des recours en responsabilité civile fondés sur des délits antérieurs à la conception ont également été admis dans les domaines de l'immunisation contre la rubéole, des produits pharmaceutiques, des accidents d'automobile et des substances toxiques. Un commentateur a exprimé l'avis que l'avènement de techniques de procréation assistée, de même que la faisabilité de la thérapie génétique antérieure à la conception, allaient sans doute donner lieu à une augmentation du nombre d'actions en responsabilité civile fondées sur des délits antérieurs à la conception découlant de ces activités<sup>195</sup>.

En outre, un corpus jurisprudentiel croissant en common law admet l'action d'un enfant en dommages-intérêts pour vie préjudiciable sur la base du droit de l'enfant de naître sain d'esprit et de corps. L'affaire *Baby X* (« *In the Matter of Baby X* »)<sup>196</sup> concernait une action en responsabilité civile délictuelle intentée par l'enfant contre sa mère pour négligence prénatale parce que cette dernière avait consommé régulièrement des stupéfiants au cours de sa grossesse. L'enfant avait souffert de sevrage de drogue après la naissance. La Cour d'appel du Michigan a affirmé :

[TRADUCTION]

Bien que l'on ne considère pas de manière générale la personnalité juridique au fœtus... les fœtus se sont

vu conférer des droits dans certaines circonstances bien précises... Cette reconnaissance limitée d'un enfant en gestation comme enfant proprement dit est indiquée lorsqu'il en va de l'intérêt supérieur de l'enfant. *Puisqu'un enfant a le droit de venir au monde sain de corps et d'esprit... nous croyons qu'il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant que nous examinions tout comportement antérieur à la naissance qui a une incidence sur ce droit*<sup>197</sup>. [C'est nous qui soulignons.]

La Cour a jugé que le comportement de la mère avant la naissance constituait un motif suffisant pour permettre au tribunal des successions d'exercer sa compétence et d'ordonner la tenue d'une audience relative à la garde. Dans cette affaire, la Cour a fondé sa décision sur l'intérêt supérieur de l'enfant et sur le droit de l'enfant de naître sain d'esprit et de corps<sup>198</sup>.

Dans *Turpin c. Sortini*<sup>199</sup>, une fillette née sourde poursuivait les médecins de sa mère au motif que ceux-ci auraient omis de diagnostiquer la surdité héréditaire de sa sœur à temps pour permettre à sa mère de décider de ne pas la concevoir. La fillette réclamait des dommages-intérêts pour avoir été [TRADUCTION] « privée du droit fondamental d'un enfant de naître sous forme d'être humain complet et fonctionnel sans surdité totale »<sup>200</sup>. Malgré le fait qu'à l'origine, c'était la sœur de la demanderesse qui était « créancière » des obligations du médecin, la Cour suprême de la Californie a fait droit au recours de la fillette demanderesse et lui a accordé des dommages-intérêts visant à défrayer les dépenses extraordinaires qu'elle devrait engager tout au long de sa vie pour obtenir un enseignement et une formation spécialisées ainsi que

<sup>190</sup> Philip H. Osborne, *The Law of Torts*, 2<sup>e</sup> éd., 2003, D. Human Reproduction à la p.2 (QL).

<sup>191</sup> Matthew Browne « Preconception Tort Law in an Era of Assisted Reproduction: Applying a Nexus Test for Duty », (2001) 69 *Fordham L. Rev.* 2555 à la p. 1 (Lexis Nexis).

<sup>192</sup> *Ibid.* à la p. 1 (Lexis Nexis).

<sup>193</sup> *Ibid.* à la p. 4 (Lexis Nexis).

<sup>194</sup> *Bergstreser c. Mitchell*, 577 F.2d 22(8<sup>e</sup> cir. 1978).

<sup>195</sup> Browne, *supra* note 191 à la p. 21 (Lexis Nexis).

<sup>196</sup> *In the Matter of Baby X*, 97 Mich. App. 111; 293 N.W.2d 736 (C.A. Mich. 1980) (Lexis Nexis).

<sup>197</sup> *Ibid.* à la p. 2 (Lexis Nexis).

<sup>198</sup> *Ibid.* à la p.3 (Lexis Nexis).

<sup>199</sup> *Turpin c. Sortini*, 31 Cal.3d 220; 643 D.2d 954 (C. supr. Cal. 1982) (Lexis Nexis).

<sup>200</sup> *Ibid.* à la p. 8.

des appareils auditifs, mais elle a refusé de lui accorder des dommages-intérêts généraux<sup>201</sup>.

#### La Cour a affirmé :

[TRADUCTION]

...si, à la lumière de l'état des connaissances médicales, il était possible de traiter un fœtus pour corriger ou atténuer le trouble héréditaire en question. En pareilles circonstances, Joy [la demanderesse] pourrait soutenir à bon droit que si le défendeur n'avait pas omis par négligence de diagnostiquer le problème héréditaire, on aurait pu la traiter in utero et elle aurait pu naître en santé ou avec une déficience moindre. De telles percées médicales rendraient ainsi la présente affaire semblable aux causes relatives aux préjudices prénataux...<sup>202</sup>.

Dans *Curlender c. Bio-Science Laboratories*<sup>203</sup>, un enfant poursuivait un laboratoire d'analyses médicales et un médecin sur le fondement d'une vie préjudiciable parce que l'enfant était né avec la maladie de Tay-Sachs (une maladie génétique héréditaire pouvant entraîner la mort). Les parents poursuivaient également au motif que le défendeur avait fait preuve de négligence dans la réalisation de leurs analyses sanguines, avec comme conséquence qu'ils avaient obtenu des renseignements « inexacts » au sujet du risque de transmission d'une maladie génétique à leur progéniture, ce qui avait mené à la naissance d'un enfant déficient mental ayant de graves problèmes de santé et une espérance de vie de quatre ans<sup>204</sup>.

La Cour d'appel de la Californie a accordé des dommages-intérêts à l'enfant au titre de la douleur et des souffrances et de toute perte pécuniaire spéciale pouvant résulter de sa condition déficiente. La Cour a cité et approuvé une autre décision relative à une action fondée sur une vie préjudiciable dans laquelle la cour avait affirmé :

[TRADUCTION]

... la jurisprudence doit marcher de pair avec les développements technologiques et les changements économiques et sociaux. L'abolition de l'interdiction légale de l'avortement... a été motivée notamment par

la considération de politique publique qui confère aux parents éventuels le droit, sous réserve de certaines restrictions imposées par la loi et la jurisprudence, de ne pas avoir un enfant. Ce droit s'étend aux situations où l'on peut déterminer avec une certitude médicale raisonnable que l'enfant naîtrait difforme. L'atteinte à ce droit peut être aussi considérée comme une atteinte délictueuse au *droit fondamental d'un enfant de naître sous la forme d'un être humain fonctionnel*.<sup>205</sup> [C'est nous qui soulignons.]

Dans *Grodin c. Grodin*<sup>206</sup>, un enfant poursuivait à la fois sa mère et le médecin de cette dernière. Il poursuivait sa mère au motif qu'elle aurait omis par négligence d'obtenir des soins prénataux adéquats. Elle avait omis de demander un test de grossesse à son médecin et avait omis de lui mentionner qu'elle prenait un médicament, la tétracycline, qui avait entraîné la décoloration des dents de l'enfant. La Cour d'appel du Michigan a reconnu le droit de l'enfant de « venir au monde sain d'esprit et de corps », et elle a statué que la mère pouvait être tenue responsable de ces manquements s'ils étaient jugés déraisonnables au regard de l'importance du risque<sup>207</sup>.

#### L'Allemagne

En Allemagne, l'embryon in vitro et l'embryon in utero jouissent tous deux de certains droits à compter du moment de la conception. La *Embryonenschutzgesetz* (loi sur la protection des embryons, la « Loi allemande ») permet seulement les activités touchant l'embryon qui visent à en assurer la préservation ou la protection. L'avortement, bien qu'il soit illégal en Allemagne, a été autorisé par la Cour constitutionnelle allemande jusqu'à la quatorzième semaine de gestation, mais seulement après que la femme a consulté un conseiller en grossesses<sup>208</sup>.

<sup>201</sup> Penelope Watson, « *Edwards c. Blomely; Harriton c. Stephens; Waller c. James: Wrongful Life Actions in Australia* », (2002) 26 *Melbourne U. L.R.* 736 à la p. 7 (Lexis Nexis).

<sup>202</sup> *Turpin*, supra note 199 à la p. 8.

<sup>203</sup> *Curlender c. Bio-Science Laboratories*, 106 Cal.App.3d 811; 165 Cal. Rptr. 477 (C.A. Cal. 1980) (Lexis Nexis).

<sup>204</sup> *Ibid.* à la p. 3.

<sup>205</sup> *Ibid.* à la p. 7, citant *Park c. Chessin* (1977) 60 App. Div.2d 80 [400 N.Y.S. 2d 110].

<sup>206</sup> *Grodin c. Grodin*, 301 N.W.2d 869 (C.A. Mich. 1980) (Lexis Nexis).

<sup>207</sup> *Ibid.* aux pp. 870 et 871.

<sup>208</sup> Questions and Answers about Germany, « Health Care, Health Issues and Social Welfare », (2001) à la p. 1. En ligne : [http://www.germany-info.org/relauncy/info/facts/facts/questions\\_en/he.../healthissues3.htm](http://www.germany-info.org/relauncy/info/facts/facts/questions_en/he.../healthissues3.htm).



Malgré le régime législatif allemand qui protège l'embryon in vitro et lui confère des droits, il est peu probable que l'Allemagne admette le DPI et les thérapies génétiques visant à améliorer les chances de vie ou la santé d'un embryon in vitro. La position de l'Allemagne peut paraître contradictoire. Elle est cependant compréhensible, étant donné l'inquiétude de ce qu'une autorisation du DPI et des manipulations et altérations génétiques n'entraîne un mouvement eugéniste qui rappellerait certaines pages sombres de l'histoire de l'Allemagne avant et pendant la Seconde Guerre mondiale.

### Le Royaume-Uni

En 1976, le Royaume-Uni a adopté le *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976* (« CDA », loi sur les déficiences congénitales (responsabilité civile)) qui posait certaines limites aux droits de l'enfant né handicapé d'intenter des poursuites fondées sur la négligence par suite de préjudices survenus avant la naissance. Cette loi exonère la mère de responsabilité civile délictuelle fondée sur sa négligence avant la naissance envers ses enfants qui naissent vivants. Cependant, cette exemption ne s'applique pas à la négligence envers un enfant à naître qui survient par suite d'un manquement de la part de la mère à son devoir général de prudence et de diligence alors qu'elle conduit un véhicule motorisé.

L'affaire *McKay et al. c. Essex Area Health Authority et al.*<sup>209</sup> (« McKay ») a été la première cause relative à une action fondée sur une « vie préjudiciable » au Royaume-Uni et dans le Commonwealth britannique. Dans cette affaire, la jeune demanderesse était née avec une déficience grave parce que sa mère avait contracté la rubéole durant les premiers stades de la grossesse. L'enfant avait intenté une action fondée sur une « vie préjudiciable » contre le médecin et la régie régionale de la santé d'Essex.

La Cour a conclu, en s'appuyant notamment sur un rapport de la U.K. Law Commission (commission du Droit du Royaume-Uni), que la CDA de 1976 privait tout enfant né après l'entrée en vigueur de cette loi de toute cause d'action fondée sur une « vie préjudiciable »<sup>210</sup>. Puisqu'il s'agissait de la première cause dans laquelle un tribunal au Royaume-Uni ou dans le Commonwealth était saisi d'une action semblable, la Cour a exposé d'autres motifs justifiant le rejet de l'action.

Les trois juges de la Cour se sont tous entendus sur le dispositif du jugement, mais chacun a rédigé ses propres motifs. Les motifs les plus souvent cités sont ceux de lord Stephenson. Celui-ci a affirmé que le médecin avait l'obligation d'aviser la mère de son droit de se faire avorter après avoir contracté la rubéole. Cependant, le médecin n'avait aucune obligation semblable envers l'enfant. De l'avis de lord Stephenson, l'imposition d'une telle obligation [TRADUCTION] « constituerait une nouvelle atteinte au caractère sacré de la vie humaine qui serait contraire à l'ordre public. Cela impliquerait que l'on considère que la vie d'un enfant handicapé a non seulement une valeur inférieure à celle de la vie d'un enfant normal, mais une valeur à ce point inférieure qu'elle ne méritait pas d'être préservée »<sup>211</sup>.

En outre, lord Stephenson a jugé qu'il était impossible d'accorder des dommages-intérêts dans une action fondée sur une vie préjudiciable. Il a écrit :

[TRADUCTION]

L'exercice consistant à évaluer la perte d'espérance de mort obligerait à porter un jugement de valeur où un facteur crucial est complètement hors de portée de la connaissance humaine, et un tel jugement, à supposer qu'il soit seulement possible de le porter, ne pourrait l'être qu'en fonction des croyances personnelles du juge qui aurait le malheur de tenter d'accomplir une telle tâche. Si la difficulté d'évaluer les dommages constitue une mauvaise raison de refuser la tâche, l'impossibilité de les évaluer en constitue une bonne... Je serais d'avis que par principe il n'y a aucune cause d'action<sup>212</sup>.

L'arrêt *McKay* est considéré par de nombreux tribunaux dans les pays et territoires de common law comme l'arrêt de principe en matière de vie préjudiciable.

En 1990, le Royaume-Uni a adopté le *Human Fertilisation and Embryology Act* (« HFEA », loi sur la fécondation et

<sup>209</sup> *McKay et al. c. Essex Area Health Authority et al.* [1982] Q B 1166 (Court of Appeal) (Lexis Nexis).

<sup>210</sup> *Ibid.* aux pp. 3 et 8.

<sup>211</sup> *Ibid.* à la p. 10.

<sup>212</sup> *Ibid.* à la p. 11.

l'embryologie humaines). L'article 44 de la HFEA modifie la *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976* (« CDA », loi sur les déficiences congénitales (responsabilité civile)) en étendant la responsabilité de manière à englober les techniques de procréation assistée. L'article 44 a modifié la CDA par l'ajout du paragraphe suivant au début de l'article 1 :

[TRADUCTION]

1A. (1) Dans tous les cas où –

- a. un enfant porté par une femme par suite de l'implantation en elle d'un embryon ou de spermatozoïdes et d'ovules ou par suite de son insémination artificielle naît handicapé,
- b. le handicap résulte d'un acte ou d'une omission au cours de la sélection ou de la conservation ou l'utilisation en dehors du corps, de l'embryon qu'elle porte ou des gamètes utilisées pour provoquer la création d'un embryon,
- c. la personne est tenue en vertu du présent article de répondre à l'enfant relativement à cet acte ou omission,

les handicaps de l'enfant sont réputés constituer des dommages découlant de l'acte fautif de cette personne, et ils confèrent en conséquence un droit d'action à l'enfant.

Certains commentateurs ont donné à entendre qu'avec l'adoption de cette modification, le Parlement britannique avait ouvert la porte aux recours fondés sur une vie préjudiciable intentés par les enfants nés avec une déficience ou un handicap évitables. En effet, cette nouvelle disposition permettrait [TRADUCTION] « les actions intentées par un enfant sur le fondement d'une négligence dans les sélection de l'embryon, et donc les actions fondées sur une "vie préjudiciable" »<sup>213</sup>. Selon ces commentateurs, cette modification permettrait à un enfant, créé grâce à des techniques de procréation assistée et né avec un handicap, de poursuivre la personne responsable en dommages-intérêts si le handicap découlait directement d'un acte ou d'une omission survenu à l'occasion de la

sélection, de la conservation ou de l'utilisation de l'embryon in vitro. Les actes et omissions reprochables pourraient inclure le défaut de procéder à un DPI et le défaut de sélectionner, à des fins de transfert, seuls les embryons in vitro exempts d'une maladie génétique donnée. Cela serait particulièrement vrai dans les cas où le père et la mère biologiques, ou l'un d'entre eux, avaient des antécédents familiaux relativement à cette maladie.

À ce jour, une seule action a été intentée en vertu des dispositions modifiées de la CDA, et elle s'est conclue par un règlement hors cour. Dans l'affaire *Heath c. Bromley Health Authority*<sup>214</sup>, les parents d'enfants nés avec des déficiences avaient poursuivi la régie régionale de la santé de Bromley au nom de leurs enfants au titre des préjudices subis par suite de leur naissance prématurée. Les parents alléguaient que la négligence imputable à la régie régionale dans la fourniture des traitements préalables à la conception et dans le suivi de la mère lors des traitements de fertilité en 1992 était la cause des naissances prématurées. La régie régionale savait que la mère portait plusieurs fœtus, mais elle avait omis d'informer les parents au sujet des risques liés aux grossesses multiples et de les mettre en garde contre ces risques.

L'affaire a finalement été réglée hors cour. Le juge Leveson a approuvé le règlement à l'égard de tous les chefs de responsabilité. La régie régionale de Bromley a admis avoir manqué à son devoir envers les parents au chapitre de leur alléguation de conception préjudiciable. Par ailleurs, bien que la régie régionale ait accepté de régler le litige l'opposant aux enfants, elle n'a pas admis sa responsabilité à leur égard.

### 3.7.2.3 Écrits et commentaires scientifiques

Les développements qui suivent s'appuient principalement sur des écrits et des commentaires provenant des États-Unis. La jurisprudence américaine est la plus évoluée en ce qui concerne les délits civils contre un enfant à naître ou contre un enfant non encore conçu.

<sup>213</sup> Shaun D. Pattison, « Wrongful Life Action as a Means of Regulating Use of Genetic and Reproductive Technologies », (1999) 7 *Health L.J.* 19-32 à la p. 11 (Lexis Nexis); I. Kennedy et Grubb, *Medical Law: Text with Materials*, 2<sup>e</sup> éd., Londres, Butterworths, 1994 à la p. 977.

<sup>214</sup> *Heath c. Bromley Health Authority* (inédit, Haute Cour (2001)).

En outre, contrairement à ce qui prévaut dans les autres ressorts de common law, les actions fondées sur une vie préjudiciable ont été admises dans plusieurs états américains. Ces développements judiciaires ont suscité la controverse et une abondance de commentaires.

Certains auteurs américains ont donné à entendre que l'enfant était peut-être en train d'acquérir le droit de naître exempt de maladies génétiques. Ils ont avancé que ce droit « émergent » pourrait susciter beaucoup de débats, étant donné le caractère limité des ressources en matière de soins de santé et une opinion de plus en plus répandue au sein de la population voulant que les individus aient, envers la société, la responsabilité de prendre des mesures préventives dans leur vie privée de manière à ne pas imposer un fardeau excessif au trésor public<sup>215</sup>.

D'autres commentateurs ont soutenu que les femmes auraient peut-être l'obligation de se soumettre à une procédure de dépistage prénatal lorsque l'on sait qu'elles risquent de transmettre une maladie génétique à leur enfant. À mesure que les analyses et procédures de dépistage de ce genre deviendront moins risquées et moins intrusives (ce qui est à prévoir) et de plus en plus accessibles, le gouvernement songera peut-être à rendre obligatoire les tests de dépistage d'anomalies génétiques graves. Il y a au moins un commentateur américain qui soutient qu'une telle mesure gouvernementale pourrait résister à une contestation fondée sur la Constitution américaine<sup>216</sup>.

Pour pouvoir primer les droits constitutionnels à la liberté et à la vie privée, il faudrait que l'intérêt de l'État soit jugé impérieux. D'aucuns ont affirmé que tel serait le cas lorsque les analyses procureraient à la femme les renseignements « nécessaires » aux fins de décider d'interrompre volontairement sa grossesse, ou de se préparer à la naissance d'un enfant en vue de maximiser le bien-être de celui-ci<sup>217</sup>.

Par ailleurs, certains ont donné à entendre qu'il existait peut-être un « droit du fœtus sous condition suspensive ». Ce droit serait conféré uniquement au fœtus dont la mère ou les parents auraient l'intention de l'amener jusqu'à terme, et il protégerait uniquement un tel fœtus. Certains tribunaux américains ont décrit ce droit comme le droit de naître « sain d'esprit et de corps » ou « sans déficiences ».

Certains commentateurs américains ont soutenu que lorsque l'on combine ce droit avec à la volonté croissante de la société d'examiner les comportements antérieurs à la naissance, la conception de plus en plus répandue chez les médecins selon laquelle le fœtus est un patient à part entière, indépendamment de la mère, et une norme de prudence et de diligence émergente qui favorise le dépistage anténatal, l'on peut considérer que le droit en question s'étend aux décisions des parents et des médecins en ce qui touche la génétique<sup>218</sup>. D'autres ont avancé que l'émergence du droit à un esprit et un corps sains pourrait être motivée par un désir de prévenir la souffrance humaine. Selon certaines des personnes qui militent en faveur d'un tel droit, celui-ci aurait pour effet d'assurer que les enfants ne souffrent pas inutilement à cause d'une déficience grave ou d'une maladie génétique potentiellement mortelle<sup>219</sup>.

Pendant, certains commentateurs ont exprimé de sérieuses préoccupations au sujet du nouveau droit de naître sain d'esprit et de corps. Une reconnaissance généralisée de ce droit au profit de l'embryon ou du fœtus porterait certainement atteinte au droit de la femme à la liberté et à la vie privée, surtout si l'État devait tenter d'imposer un dépistage génétique obligatoire.

Le dépistage anténatal et le DPI<sup>220</sup> impliquent tous deux des interventions chirurgicales intrusives pratiquées sur le corps de la femme; un tel dépistage obligatoire constituerait donc une atteinte de l'État à la liberté et à l'intégrité physique de la femme. En outre, du fait de leur caractère obligatoire, les tests supprimeraient l'exigence d'un consentement libre et éclairé de la part de la femme, une exigence essentielle relativement à tout traitement médical quel qu'il soit.

<sup>215</sup> Lois Shepherd, « Protecting Parents' Freedom to Have Children with Genetic Differences », 1995 *U. ILL. L. Rev.* 761 à la p. 3 (Lexis Nexis).

<sup>216</sup> *Ibid.* à la p. 8 citant John A. Robertson « Procreative Liberty and the Control of Conception, Pregnancy and Childbirth », (1983) 69 *Va. L. Rev.* 405 à la p. 425.

<sup>217</sup> Shepherd, *supra* note 215 à la p. 8.

<sup>218</sup> *Ibid.* à la p. 4.

<sup>219</sup> *Ibid.* à la p. 9.

<sup>220</sup> Pour procéder à un DPI, il faut que les embryons existent en dehors du corps de la femme, c.-à-d. in vitro. Pour féconder les ovules de la femme en dehors de son corps, il faut les prélever au moyen d'une procédure intrusive à l'intérieur de son corps.

On retrouve de nombreux opposants au droit de naître sain d'esprit et de corps au sein du mouvement pro-vie aux États-Unis<sup>221</sup>. Le droit de naître sain d'esprit et de corps est invoqué le plus souvent par un enfant qui tente une action fondée sur une vie préjudiciable. Les groupes pro-vie considèrent que les actions fondées sur une vie préjudiciable méconnaissent le caractère sacré de la vie humaine et encouragent les médecins à pratiquer des avortements<sup>222</sup>.

Un universitaire canadien, Bernard Dickens, a affirmé que les tribunaux traitent les actions fondées sur une vie préjudiciable d'une manière étonnamment similaire à leur approche initiale à l'égard des actions fondées sur une naissance préjudiciable. Cet auteur signale que les tribunaux ont d'abord hésité à admettre les actions fondées sur une naissance préjudiciable, en invoquant précisément les arguments sur lesquels ils s'appuient aujourd'hui pour rejeter les actions fondées sur une vie préjudiciable. Cependant, Dickens souligne que les tribunaux sont de moins en moins enclins de nos jours à affirmer que, sur le plan du Droit, la vie, même si elle s'accompagne des déficiences les plus graves et les plus incapacitantes, est toujours préférable à la non-existence<sup>223</sup>.

Selon Dickens, le discours sur le caractère sacré de la vie et sur l'objectif symbolique ou d'ordre public du Droit qui doit célébrer la vie fait fi de la dure réalité de la vie pour bon nombre de personnes gravement handicapées. Dickens opine que cette réalité peut s'avérer particulièrement dure aux États-Unis, où les modestes services de santé publics ne répondent pas adéquatement aux besoins de tous les citoyens. Il a souligné que même au Canada, les régimes d'assurance-maladie provinciaux fonctionnent par subrogation et les provinces sont souvent pressées de recouvrer les coûts de soins additionnels au moyen d'actions en justice<sup>224</sup>.

En outre, Dickens a affirmé que la résistance judiciaire aux actions fondées sur une vie préjudiciable révèle une « insistance réactionnaire » sur l'idée voulant que la naissance humaine soit toujours bénéfique. Selon Dickens, le Droit pourrait préserver son intégrité et son aptitude à réaliser la justice sociale en reconnaissant les demandes fondées sur la douleur, les souffrances et les coûts financiers attribuables à la négligence d'autrui<sup>225</sup>. Cela pourrait se faire par exemple si l'on admettait que l'enfant né avec

une maladie génétique évitable puisse tenter une action fondée sur une vie préjudiciable.

Certains experts américains ont cependant soutenu que tout fœtus a le droit de ne pas faire l'objet de manipulations génétiques : le fœtus a le droit de venir au monde sans avoir été touché par les priorités et les désirs génétiques de ses prédécesseurs<sup>226</sup>. Ces auteurs affirment que ce droit découle du droit à la sécurité de la personne garanti dans divers instruments internationaux, comme la DUDH et le PIRDCP<sup>227</sup>.

Le discours relatif aux droits présuppose que leurs titulaires sont en mesure de revendiquer, d'exercer et de faire respecter leurs droits. Or, tout cela est difficile lorsque l'on n'est pas encore un membre de la société humaine<sup>228</sup>. Le problème de la non-existence n'a pas empêché cependant la multiplication des recours aux États-Unis fondés sur des préjudices causés avant la conception ou la naissance de l'enfant.

Certains ont avancé que, puisque la fécondation in vitro sépare l'embryon de l'utérus de la femme, on peut considérer l'embryon in vitro comme une unité distincte possédant des droits qui lui sont propres, indépendamment de la mère<sup>229</sup>. Si tel était le cas, pourrait-on soutenir que l'embryon in vitro possède le droit fondamental de naître sain d'esprit et de corps? Un tel droit pourrait en obliger d'autres soit à procéder à un DPI en vue de sélectionner, à des fins de transfert, seul les embryons qui semble exempts de maladie potentiellement mortelle ou incapacitante ou encore à soumettre l'embryon à des thérapies génétiques ou autres de manière à faire en sorte qu'il devienne un être humain en santé.

<sup>221</sup> Dickens, *supra* note 187 à la p. 80.

<sup>222</sup> *Ibid.* à la p. 81.

<sup>223</sup> *Ibid.* aux pp. 92-3.

<sup>224</sup> *Ibid.* à la p. 95.

<sup>225</sup> *Ibid.* à la p. 107.

<sup>226</sup> Munayyer, *supra* note 1 à la p. 10 (Lexis Nexis); Hendricks et Nowak, « Western European Case Study: The Impact of Technology on Human Rights », *Global Case Studies* 243, C.G. Weeramantry, dir., 1993, à la p. 272; Recommandation 934 du Conseil de l'Europe sur le génie génétique, Ass. parl. eur., 22<sup>e</sup> sess., documents n<sup>os</sup> 4832-33 (1982) (reconnaissant le droit d'hériter d'un génome qui n'a pas été modifié artificiellement), reproduit dans Rogers et de Bousingen, *Bioethics in Europe*, 1995 à la p. 303.

<sup>227</sup> *Ibid.* (Munayyer) à la p. 10.

<sup>228</sup> *Ibid.* à la p. 11.

<sup>229</sup> Roberts, *supra* note 12 à la p. 10 (Lexis Nexis).

Il est permis de penser qu'un tel droit ne porterait pas atteinte au droit de la mère, puisque l'embryon in vitro est en dehors de son corps. L'on pourrait toujours engager un avocat chargé de défendre les intérêts de l'embryon in vitro, comme on le fait aujourd'hui dans le cas des enfants qui intentent des poursuites fondées sur des préjudices causés avant la naissance ou avant la conception ou encore sur une vie préjudiciable.

### 3.7.2.4 Le Droit au Canada

Le Droit au Canada ne reconnaît pas les droits du fœtus ou de l'embryon jusqu'à ce qu'ils naissent vivant, bien que certains causes récentes, notamment *Petkovic (Litigation Guardian of) c. Olupona*<sup>230</sup> et *McDonald-Wright (Litigation Guardian of) c. O'Herlihy*<sup>231</sup>, semblent indiquer que cette approche pourrait être en voie de changer. Dans *Winnipeg, supra*, la Cour avait évoqué les principes généraux selon lesquels, en Droit canadien, le fœtus n'est pas reconnu comme une personne susceptible de posséder des droits. Cependant, une fois que l'enfant est né vivant, le Droit peut reconnaître que l'enfant existait avant sa naissance à certaines fins, c.-à-d. qu'un tribunal peut admettre en rétrospective une existence antérieure à la naissance<sup>232</sup>.

En 1972, la Haute Cour de l'Ontario a jugé, dans l'affaire *Duval et al. c. Seguin et al.*<sup>233</sup> (« *Duval* »), que le conducteur d'un véhicule automobile avait une obligation de prudence et de diligence envers un fœtus, et que cette obligation conférait un droit d'action à l'enfant dès qu'il naissait vivant. Dans sa décision, la Cour a fait l'historique des droits du fœtus en common law et a noté qu'à certaines fins, notamment aux fins du droit de propriété, on reconnaissait depuis longtemps des droits au fœtus<sup>234</sup>.

La Cour a examiné la jurisprudence américaine et a noté que jusqu'à il y vingt-cinq ans, la majorité des décisions étaient défavorables aux recours en dommages-intérêts intentés par l'enfant au titre de préjudices anténataux. Selon la Cour, les motifs le plus souvent invoqués pour refuser un tel droit de recours à l'enfant étaient la difficulté d'établir le lien de causalité, le risque appréciable de témoignages extravagants et de fraude et la crainte que l'admissibilité de ces recours ne provoque un déluge de litiges et invite à la spéculation et aux abus<sup>235</sup>. Cependant, la Cour a affirmé que l'on observait maintenant la situation inverse<sup>236</sup>. Par exemple, dans *Sinkler c. Kneale*<sup>237</sup>, la

Cour suprême de la Pennsylvanie a jugé qu'un enfant pouvait exercer un recours fondé sur des dommages subis alors qu'il était un fœtus âgé d'un mois.

En outre, la Cour de l'Ontario a cité l'arrêt *Montreal Tramways Co. c. Léveillé*<sup>238</sup> (« *Montreal* »), rendu par la Cour suprême en 1933 en vertu du Droit civil québécois. Dans *Montreal*, la Cour avait tenu la partie défenderesse responsable des dommages subis par l'enfant en gestation ou in utero<sup>239</sup>. En Droit civil, le fœtus était considéré comme vivant lorsque cela était à son avantage<sup>240</sup>.

Le juge Lamont, s'exprimant au nom de la majorité Cour de l'Ontario, dans *Duval*, a affirmé :

[TRADUCTION]

... nous n'avons relevé aucune décision finale (ou tout au plus une seule) ayant fait droit à l'action intentée par un enfant sur le fondement d'un préjudice anténatal. La rareté des jugements est loin d'être déterminante, et elle s'explique peut-être dans une large mesure par l'inévitable difficulté ou impossibilité d'établir l'existence d'un lien de causalité entre la faute reprochée et le préjudice chez l'enfant. Cependant, grâce aux progrès de la médecine, ce qui aurait pu constituer une difficulté insurmontable dans le passé pourrait désormais être jugé prouvable<sup>241</sup>.

On a signalé que l'arrêt *Duval* avait attiré l'attention sur la question de la responsabilité et de l'enfant à naître et sur la tendance à l'expansion du droit en matière de

<sup>230</sup> *Petkovic (Litigation Guardian of) c. Olupona*, [2002] J.O. n° 1269 (Cour supérieure de justice de l'Ontario) (QL).

<sup>231</sup> *McDonald-Wright (Litigation Guardian of) c. O'Herlihy*, [2005] J.O. n° 135 (Cour supérieure de justice de l'Ontario).

<sup>232</sup> Voir l'analyse plus détaillée dans *Winnipeg supra* note 92 à la p. 19 et au chapitre 2 à la p. 48.

<sup>233</sup> *Duval et al. c. Seguin et al.* [1972] 2 O.R. 686-703 (Cour de justice de l'Ontario) (Lexis Nexis); conf. par (1974), 1 O.R. (2d) 482 (C.A. Ont.).

<sup>234</sup> *Ibid.* à la p. 7.

<sup>235</sup> *Ibid.* aux pp. 7-9.

<sup>236</sup> *Ibid.* à la p. 8.

<sup>237</sup> *Sinkler c. Kneale* (1960), 164 A. 2d 93.

<sup>238</sup> *Montreal Tramways Co. c. Léveillé*, [1933] R.C.S. 456.

<sup>239</sup> *Duval, supra* note 233 à la p. 7 (Lexis Nexis).

<sup>240</sup> *Ibid.* à la p. 7.

<sup>241</sup> *Ibid.* à la p. 9.

négligence<sup>242</sup>. Les tribunaux se sont montrés réfractaires aux actions fondées sur une naissance préjudiciable dans lesquelles la mère réclamait des dommages-intérêts au titre la naissance non désirée d'un enfant en santé<sup>243</sup>. Dans les cas où l'enfant était né avec des déficiences, les réactions des tribunaux ont été mitigées<sup>244</sup>.

L'arrêt *Dobson (Tuteur à l'instance de) c. Dobson*<sup>245</sup> (« *Dobson* ») a établi qu'une mère n'a pas d'obligation de diligence envers son enfant à naître. La majorité de la Cour suprême a exprimé la crainte que la reconnaissance d'une telle obligation dans cette affaire ne mène à l'extension de cette obligation au-delà de la conduite de véhicules automobiles et ne conduise à un examen et une appréciation judiciaires de toutes les activités maternelles susceptibles de présenter un danger pour le fœtus, par exemple le fait de demeurer au travail ou encore le fait d'exécuter des tâches ménagères avec insouciance<sup>246</sup>. Les juges minoritaires dans *Dobson* auraient admis l'existence d'une obligation en l'espèce, c.-à-d. l'obligation de conduire prudemment, parce qu'un conducteur a déjà une telle obligation envers les tiers<sup>247</sup>.

Les tribunaux canadiens ont traditionnellement refusé d'admettre l'existence d'un recours fondé sur une vie préjudiciable. Par exemple, dans *Lacroix (Guardian of) c. Dominique*<sup>248</sup> (« *Lacroix* »), la Cour d'appel du Manitoba était saisie de la question de savoir si le juge de première instance avait eu raison de rejeter l'action de l'enfant fondée sur une vie préjudiciable. La Cour a repris les motifs du jugement dans *McKay, supra*, et a jugé qu'une telle cause d'action n'était pas admise au Canada<sup>249</sup>. En 2001, la Cour suprême a refusé la demande de pourvoi.

Le jugement dans l'affaire *Petkovic (Litigation guardian of) c. Olupona*<sup>250</sup> (« *Petkovic* ») laisse entrevoir une petite brèche dans la résistance des tribunaux. La Cour supérieure de justice de l'Ontario était saisie d'une demande de radiation d'une action fondée sur une vie préjudiciable intentée par un demandeur mineur au motif qu'elle ne révélait aucune cause d'action valable. Les défendeurs s'appuyaient notamment sur le fait que la Cour suprême avait refusé la demande de pourvoi dans *Lacroix* pour soutenir qu'il était désormais établi en Droit au Canada qu'une action fondée sur une vie préjudiciable est irrecevable<sup>251</sup>.

À cette prétention, la Cour a répondu :

[TRADUCTION]

Le fait que la Cour suprême ait refusé la demande de pourvoi dans *Lacroix* n'a pas pour effet, à mon avis, de trancher la question pour l'ensemble du pays même si cette demande de pourvoi soulevait une question d'un intérêt considérable et universel. Il ne s'ensuit pas que la cour a fait sienne la décision de la Cour d'appel du Manitoba... un demande de pourvoi peut être refusée pour toutes sortes de raisons... [L]a décision de la Cour d'appel du Manitoba de rejeter l'action fondée sur une vie préjudiciable repose, sans analyse, sur les motifs de la Cour d'appel anglaise dans *McKay c. Essex Area Health Authority*... Or, lorsqu'on examine cette décision de plus près, celle-ci semble traduire l'ordre public anglais de l'époque et le régime législatif alors applicable en matière de protection des fœtus viables.

[...]

En outre, je ne suis pas convaincu que la notion de « caractère sacré de la vie » qui semble sous-tendre au moins en partie les motifs d'un des membres du tribunal dans *McKay* demeure aussi sacro-sainte aujourd'hui qu'elle semblait l'être à l'époque de cette décision... À mon avis, la question de l'existence d'une cause d'action fondée sur une vie préjudiciable n'est pas claire, évidente et indiscutable, surtout plaidée comme elle l'est en l'espèce<sup>252</sup>.

<sup>242</sup> Osborne, *supra* note 190 à la p. 1 (QL).

<sup>243</sup> Jocelyn Downie, Timothy Caulfield et Colleen Flood, *Canadian Health Law and Policy*, Markham, Ontario, Butterworths, 2002 à la p. 361.

<sup>244</sup> *Ibid.*

<sup>245</sup> *Dobson (Litigation Guardian of) c. Dobson*, [1999] 2 S.C.R. à la p. 753. En ligne : <http://www.lexum.umontreal.ca>.

<sup>246</sup> *Ibid.* à la p. 13.

<sup>247</sup> *Ibid.* à la p. 25.

<sup>248</sup> *Lacroix (Guardian of) c. Dominique*, 2001, C.A. Man. En ligne : <http://www.Canlii.org/mb/cas/mbsca/2001mbca122.html>; autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée [2001] A.C.S.C. no 477.

<sup>249</sup> *Ibid.* à la p. 7.

<sup>250</sup> *Petkovic, supra*, note 230 (QL).

<sup>251</sup> *Ibid.* à la p. 2.

<sup>252</sup> *Ibid.*

La cour a rejeté la requête des parties défenderesses en rejet de l'action de l'enfant, qu'elle a jugée recevable<sup>253</sup>. En appel, la Cour divisionnaire de l'Ontario<sup>254</sup> a cité la décision du juge Sharpe dans deux affaires de vie préjudiciable inédites datant de 1997, où le juge avait écrit :

[TRADUCTION]

À mon avis, l'ordonnance indiquée... consiste à permettre l'instruction de l'action fondée sur une « vie préjudiciable ». Il s'agit d'un domaine du Droit qui évolue. La question n'a pas été examinée en profondeur par les tribunaux canadiens. Ce n'est que récemment que les tribunaux canadiens ont admis la recevabilité des actions des parents fondées sur une « naissance préjudiciable »... De façon plus générale, le régime législatif relatif à l'avortement a subi d'importantes modifications qui ont entraîné un élargissement du pouvoir décisionnel des parents<sup>255</sup>.

La Cour divisionnaire a jugé que le tribunal inférieur avait tranché la question correctement lorsqu'il avait permis l'instruction de l'action. Le juge Epstein a affirmé :

[TRADUCTION]

Il devrait appartenir au juge du procès de déterminer, à la lumière de l'ensemble du dossier, si le demandeur devrait obtenir une réparation. C'est ainsi que la common law évolue sur les points de Droit nouveau, où la cour a créé une nouvelle cause d'action là où l'on n'en avait reconnu aucune auparavant.

Il y a quelques années la vie préjudiciable n'était pas considérée comme une cause d'action, et l'est maintenant. Le procureur des demandeurs affirme que le Droit dans ce domaine est clairement dans un état fluide... Je suis d'avis que dans ce domaine complexe, un dossier de procès pourrait s'avérer utile pour le tribunal d'appel<sup>256</sup>.

La Cour a rejeté la requête des défendeurs pour autorisation d'interjeter appel de la décision du tribunal inférieur et a autorisé la continuation de l'action de l'enfant. À l'occasion de cette décision, la Cour a affirmé : [TRADUCTION] « ...il n'y aucune raison de douter de la justesse

des principes appliqués par le savant juge des requêtes dans l'exercice de sa discrétion »<sup>257</sup>.

En 2005, les tribunaux de l'Ontario ont été saisis une fois de plus d'un recours intenté par un enfant sur le fondement d'une vie préjudiciable. L'affaire *McDonald-Wright (Litigation Guardian of) c. O'Herlihy*<sup>258</sup> ressemble à bien des égards à l'affaire *Petkovic, supra*. La Cour supérieure de justice de l'Ontario devait statuer sur une requête en irrecevabilité d'une action intentée par l'enfant lésé, Beau McDonald-Wright, contre les défendeurs sur le fondement d'une vie préjudiciable<sup>259</sup>. La juge Lax a affirmé que l'existence d'un recours en responsabilité civile délictuelle fondé sur une vie préjudiciable est une question de Droit qui n'est pas encore tout à fait réglée en Ontario ni au Canada, et elle a donc jugé que [TRADUCTION] « [c]ette action devrait être instruite »<sup>260</sup>. Pour arriver à cette conclusion, la juge Lax s'est appuyée notamment sur les propos de la juge Wilson dans l'arrêt *Hunt c. Carey* :

Ce n'est pas parce qu'un acte de procédure révèle [TRADUCTION] « une question de droit contestable, difficile ou importante » que l'on peut radier certaines parties de la déclaration. Certes, j'irais jusqu'à dire que, lorsqu'une déclaration révèle une question de droit difficile et importante, il peut fort bien être capital que l'action puisse suivre son cours. Ce n'est que de cette façon que nous pouvons nous assurer que la common law en général, et le droit en matière de responsabilité civile en particulier, vont continuer à évoluer pour répondre aux contestations judiciaires qui se présentent dans notre société industrielle moderne<sup>261</sup>.

L'importance d'admettre une cause d'action fondée sur une vie préjudiciable au Canada résiderait dans le fait que, comme ce fut le cas aux États-Unis, les tribunaux

<sup>253</sup> *Ibid.* à la p. 3.

<sup>254</sup> *Petkovic c. Olupona*, [2002] J.O. n° 3411 (C. div. Ont.) (QL).

<sup>255</sup> *Ibid.* à la p. 2.

<sup>256</sup> *Ibid.* à la p. 4.

<sup>257</sup> *Ibid.* à la p. 4. Nous n'avons trouvé aucune autre décision rendue dans l'affaire *Petkovic*. Il se peut que la cause ait été réglée hors cour et que le jugement entérinant ce règlement soit inédit.

<sup>258</sup> *McDonald-Wright, supra* note 231(QL).

<sup>259</sup> *Ibid.* au par. 1.

<sup>260</sup> *Ibid.* au par. 16.

<sup>261</sup> *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 599 au par. 49.

devront peut-être s'exprimer un jour ou l'autre avec la question de savoir si la common law confère à l'enfant le droit de naître sain d'esprit et de corps.

### 3.7.2.5 Analyse

L'analyse qui suit aborde un domaine controversé, et elle se borne aux développements observés aux États-Unis. Nous y examinerons la question de savoir si le droit de naître sain d'esprit et de corps, qui émerge actuellement en common law, et ce, sur le fondement de principes de responsabilité civile délictuelle, pourrait éventuellement se muer en un droit fondamental de la personne.

Dans le passé, il n'existait aucune procédure scientifique ou médicale permettant de diagnostiquer une maladie génétique chez un embryon in utero, un fœtus ou un embryon in vitro. Aujourd'hui, si un médecin ou une clinique omet d'informer des parents à risque au sujet des tests de dépistage génétique, tels le DPI ou l'amniocentèse, les enfants qui naissent avec une maladie potentiellement mortelle peuvent réclamer des dommages-intérêts dans certains états américains sur le fondement d'une vie préjudiciable et d'un droit reconnu en common law de naître sain d'esprit et de corps. Dans d'autres états, l'action de l'enfant fondée sur une vie préjudiciable serait rejetée. Cependant, il demeurerait probablement loisible aux parents de poursuivre le médecin pour délit causé à l'enfant à naître relativement aux dommages survenus avant ou après la naissance, mais après la conception de l'enfant<sup>262</sup>, dépendant des faits générateurs de la cause.

Il n'est pas impossible qu'avec les progrès rapides de la biotechnologie, la société et les tribunaux doivent éventuellement revoir certains concepts plus traditionnels en matière de droits de la personne et peut-être en créer de nouveaux.

Une des solutions envisageables serait d'étendre le droit de l'enfant de naître sain d'esprit et de corps de manière à ce que ce droit s'applique en dehors du contexte de la responsabilité civile délictuelle. Pourrait-on fonder un tel droit sur les garanties constitutionnelles de liberté et de sécurité de la personne? Pourrait-on restreindre ce droit de manière à ce qu'il s'applique uniquement aux embryons in vitro sélectionnés à des fins de reproduction?

Le droit existerait uniquement entre le moment de la création de l'embryon in vitro et le moment de son implantation chez la femme. Une fois l'embryon transféré, les droits de la femme et ceux de l'embryon in utero devraient être conciliés (cette approche s'apparenterait à celle adoptée par la Louisiane, en vertu de son code civil, où l'embryon in vitro possède des droits seulement avant le transfert).

Le droit à l'autonomie en matière de procréation, d'apparition récente, a été dégagé des garanties constitutionnelles de liberté et de vie privée, qui tirent leur origine des premier, quatrième et cinquième amendements de la Constitution des États-Unis. Les tribunaux considèrent tous les droits reconnus au titre de la garantie de vie privée comme fondamentaux parce qu'ils relèvent de domaines de nature personnelle où l'on ne tolère guère l'ingérence injustifiée de l'État. Les droits fondamentaux sont ceux qui jouissent de la plus grande protection en vertu de la loi.

Les États-Unis ont signé la *Convention relative aux droits de l'enfant* (« CRE ») des Nations Unies, mais ils ne l'ont pas ratifiée. Les tribunaux pourraient s'appuyer sur les droits prévus à la CRE comme guides d'interprétation pour l'application de la Constitution américaine et de la législation interne. Le paragraphe 24(1) énonce que les États parties reconnaissent le droit de l'enfant de jouir du meilleur état de santé possible. Ce droit pourrait être invoqué au soutien de l'argument voulant que les enfants aient le droit de naître dans le meilleur état de santé possible. Ce droit pourrait inclure et protéger l'accès des parents à des méthodes de dépistage génétique, telles le DPI, sans ingérence de l'État, pour assurer autant que possible que l'enfant naîtra sans une maladie génétique déterminée. L'on pourrait soutenir que l'État ne devrait pas refuser l'accès à des techniques rapidement et facilement utilisables permettant de contribuer à faire en sorte que l'enfant à naître jouisse du meilleur état de santé possible. Cependant, étant donné que ces instruments internationaux ne traitent que des enfants, il n'est pas certain que l'on pourrait les interpréter de manière à ce qu'ils s'appliquent à un enfant éventuel existant sous la forme d'un embryon in vitro.

<sup>262</sup> Collins, *supra* à la note 184.



Un tel droit constituerait un droit négatif vis-à-vis de l'État. Le droit imposerait à l'État l'obligation de ne pas entraver l'accès des parents au DPI employé dans le but de faire en sorte que l'embryon in vitro sélectionné ait, une fois devenu un enfant, la possibilité de jouir du meilleur état de santé possible.

Même si l'obligation de l'État existerait envers une personne éventuelle, cette approche s'accorde avec celle déjà adoptée par les tribunaux dans le cadre des actions fondées sur des délits antérieurs à la conception, où le médecin, lorsqu'il traite une femme, a aussi une obligation de diligence envers tout enfant éventuel. L'obligation de l'État serait due à l'enfant éventuel, existant sous forme d'embryon in vitro, tandis que le droit de l'enfant se cristalliserait seulement après qu'il serait né vivant. Cette approche s'apparenterait aussi à celle adoptée par les tribunaux dans le cadre des actions fondées sur des délits anténataux. Les tribunaux reconnaissent l'existence de l'enfant avant sa naissance uniquement aux fins de permettre l'exercice de recours en dommages-intérêts en responsabilité civile délictuelle. Au surplus, les tribunaux examinent généralement la question de savoir si une telle approche est dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

Une fois que l'enfant est né vivant, l'on pourrait demander aux tribunaux de revenir sur l'époque où l'enfant était un embryon in vitro à seul fin d'autoriser un recours contre l'État au motif d'une entrave à l'accès des parents à des renseignements nécessaires pour permettre une santé optimale. Cette approche s'accorderait avec la règle établie de longue date en common law selon laquelle des droits ne sont accordés à un fœtus non encore né seulement après qu'il est né vivant. Le droit de l'enfant serait un droit négatif, en ce sens que l'enfant a le droit de naître sain d'esprit et de corps, sans ingérence de l'État.

En supposant que le droit de naître sain d'esprit et de corps découle d'un ou plusieurs des amendements à la Constitution américaine, l'État pourrait tout de même restreindre ce droit. Il pourrait porter atteinte à ce droit, mais uniquement lorsque l'État a ce que les tribunaux américains appellent un « motif impérieux » (« *compelling reason* »).

### 3.7.2.6 Conclusion

Malgré les indications provenant des États-Unis selon lesquelles le droit de naître sain d'esprit et de corps est un droit en voie d'émergence en common law, ce droit a seulement été reconnu dans trois états américains, et seulement dans le contexte des actions civiles fondées sur une vie préjudiciable. À ce jour, les tribunaux canadiens n'ont pas voulu admettre la recevabilité des actions fondées sur une vie préjudiciable, bien que certaines décisions émanant de tribunaux inférieurs portent à croire que cela pourrait changer. En outre, les tribunaux canadiens n'ont pas encore été saisis de la question de savoir s'il existe en common law un droit de naître sain d'esprit et de corps.

Au Royaume-Uni des modifications législatives récentes semblent avoir ouvert la porte aux actions fondées sur une vie préjudiciable, à tout le moins dans le contexte des techniques de reproduction assistée. À mesure que la technologie progresse et que les tests de dépistage d'anomalies génétiques deviennent plus accessibles et moins intrusifs, les tribunaux commenceront peut-être à admettre les recours fondés sur le droit de naître sain d'esprit et de corps. Avec le temps, un tel droit pourrait éventuellement se muer en un droit ou une norme à caractère fondamental. Il deviendrait plus difficile pour l'État d'interdire l'accès à des tests, notamment le DPI, ainsi qu'aux thérapies génétiques mises au point pour supprimer les précurseurs d'une maladie héréditaire chez l'embryon in vitro. Ce droit négatif permettrait à l'enfant de contester l'interdiction faite par l'État au motif qu'elle porterait atteinte au droit fondamental de naître dans un état de santé optimal — sain d'esprit et de corps — afin de pouvoir jouir du meilleur état de santé possible.

Il serait prématuré de tenter de prédire si un tel droit accéderait au rang de droit protégé par la *Charte* au Canada. Il demeure extrêmement difficile de trouver un consensus au sein de la société quant à la façon de concevoir l'embryon in vitro sur les plans de la morale et du Droit. La même difficulté se présente aussi au niveau international, et cette difficulté compliquerait probablement toute tentative de formuler une norme ou un droit semblable au profit de l'embryon in vitro en Droit international.

En outre, tout droit exprès de procéder à des dépistages génétiques devrait nécessairement être pondéré en regard des droits de la femme en ce qui touche l'autonomie en matière de procréation. Pour le moment, la question est confinée dans une large mesure aux États-Unis, et elle est peu susceptible de surgir ailleurs dans le monde d'ici à ce que les techniques de reproduction, notamment le DPI et la thérapie génétique, deviennent relativement simples et abordables et soient considérées comme une intervention acceptable du point de vue culturel.

### 3.8 Conclusion

Bien que les tribunaux aient eu l'occasion de discuter des droits des fœtus dans le contexte des litiges civils et — dans une certaine mesure — dans les causes relatives à l'avortement, les tribunaux ne se sont pas prononcés sur la question de savoir quels droits la common law confère, le cas échéant, à l'embryon in vitro, un être qui existe en dehors du corps de la femme. Le perfectionnement des techniques de procréation assistée, en particulier les diagnostics génétiques antérieurs à la conception et les diagnostics génétiques in vitro, pourrait obliger les tribunaux à examiner cette question dans un proche avenir. L'absence de jurisprudence à l'heure actuelle à ce jour constitue une lacune dans le cadre actuel des droits de la personne.

Les tribunaux au Canada ont réglé en partie la question du droit à l'autonomie en matière de procréation, bien que cette question ne soit pas particulièrement claire ni réglée en Droit international. Le droit à la liberté, enchâssé à l'article 7 de la *Charte*, emporte le droit de prendre des décisions personnelles fondamentales sans ingérence de l'État (sauf si une telle ingérence est jugée conforme aux principes de justice fondamentale).

Les tribunaux ont statué que les femmes au Canada jouissent, au titre du droit à la liberté prévu à l'article 7, d'une marge d'autonomie dans la prise de décisions personnelles concernant la procréation. En particulier, les femmes ont le droit absolu de se faire avorter au cours des premiers stades de la grossesse. Ce droit à l'autonomie en matière de reproduction serait probablement considéré comme protégeant la décision d'une femme de recourir à des techniques de procréation assistée. En outre, l'on pourrait soutenir que le droit de la femme à l'autonomie en matière de procréation comprend le droit de ne pas être privée de renseignements médicaux au sujet de ses embryons in vitro qui sont « nécessaires » pour lui permettre de prendre une décision en matière de procréation.

Maintenant que certaines des dispositions de la *Loi sur la procréation assistée* sont en vigueur, la *Charte* s'appliquera à certaines des activités évoquées au présent chapitre. L'on peut s'attendre à ce que des litiges surgissent entre des individus et l'État en rapport avec certaines activités interdites. Les tribunaux canadiens seront appelés, pour la première fois, à trancher ces questions, et ils ne manqueront pas de prendre en considération les droits et principes énoncés dans divers instruments internationaux. Le défi pour les tribunaux consistera à trancher ces questions avec un regard tourné vers l'avenir, en tenant compte des intérêts sociétaux plus généraux ainsi que des droits de la personne. La nature pluraliste du Canada, où différentes communautés et différents individus peuvent avoir des opinions divergentes sur les plans de la morale et de l'éthique, et les voies nouvelles inconnues et inexplorées ouvertes par ces nouvelles techniques, se conjugueront pour faire de cette tâche un défi de taille.