

**CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES
LOIS AU CANADA**

SECTION CIVILE

PROCRÉATION ASSISTÉE

**Rapport du groupe de travail mixte
de la CHLC et du CCHF**

Veuillez noter que les idées et conclusions formulées dans ce document, ainsi que toute terminologie législative proposée et tout commentaire ou recommandations, n'ont pas été adoptés par la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada. Ils ne reflètent pas nécessairement le point de vue de la Conférence et de ses participants.

Québec

Août 2008

PROCRÉATION ASSISTÉE

Rapport du groupe de travail

Août 2008

Mise en contexte

[1] En 2007, le groupe de travail sur l'accès à la justice familiale du Comité de coordination des hauts fonctionnaires (CCHF) a demandé à la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada (CHLC) de mettre sur pied un groupe de travail mixte en vue de présenter des mesures législatives uniformes régissant les progrès réalisés dans le domaine de la procréation assistée. À la conférence de l'an dernier, un projet conjoint a été proposé puis choisi comme l'une des nouvelles initiatives à entreprendre par la CHLC. Il a été convenu de mettre sur pied un groupe de travail formé de membres de la CHLC et de membres du Groupe de travail sur l'accès à la justice familiale du CCHF.

Groupe de travail mixte de la CHLC et du CCHF

[2] En décembre 2007, la CHLC a formé un groupe de travail mixte avec les membres du Groupe de travail sur l'accès à la justice familiale du CCHF, à la demande de ce dernier. Le groupe de travail mixte de la CHLC et du CCHF est coprésidé par Betty Ann Pottruff, c.r., (CCHF, Saskatchewan) et Elizabeth Strange (CHLC, Nouveau-Brunswick). Les autres membres sont David Nurse (CHLC, Nouvelle-Écosse), John Booth (CCHF, Alberta), Jill Dempster (CCHF, Colombie-Britannique), Miranda Gass Donnelly (CCHF, Ontario), Lisa Hitch (CCHF, gouvernement fédéral) et Hoori Hamboyan (CCHF, gouvernement fédéral).

[3] Janis Cooper (CHLC, Territoires du Nord-Ouest), qui faisait partie du groupe de travail, était responsable de rédiger la version anglaise de la loi, mais elle a récemment quitté son poste et n'est donc plus membre du groupe.

[4] Depuis la mise sur pied du groupe de travail mixte, des téléconférences ont été tenues tous les mois. Ces téléconférences visaient principalement à passer le mandat du groupe en revue, à examiner le rapport du CCHF sur l'accès à la justice familiale, à discuter des directives, à décider quels intervenants il faut consulter et à quel moment, à s'entendre sur la façon de procéder concernant la rédaction législative, soit rédiger une loi distincte ou modifier la *Loi uniforme sur le statut de l'enfant*, ainsi qu'à passer en revue les versions préliminaires.

[5] Les membres du groupe de travail ont convenu de modifier la version actuelle de la *Loi uniforme sur le statut de l'enfant*. Il en a été décidé ainsi principalement parce que cette loi traite directement de questions liées à la procréation médicalement assistée. La rédaction d'une nouvelle loi créerait ainsi des chevauchements et pourrait porter à confusion.

[6] Jusqu'à présent, sept versions préliminaires anglaises des modifications ont été révisées. Un nouveau rédacteur anglophone et un nouveau rédacteur francophone ont récemment été mandatés pour poursuivre le processus de rédaction législative. Parallèlement à la rédaction, on consulte les représentants de l'Agence canadienne de contrôle de la procréation assistée et les registraires de l'état civil afin de recueillir leurs commentaires sur toute question pouvant avoir des répercussions sur les modifications proposées.

[7] Le rapport qui suit est composé principalement de sections d'un document préparé par le Groupe de travail sur l'accès à la justice familiale du CCHF qui a été présenté aux sous-ministres de la Justice et adopté par ces derniers en octobre 2007. Il sert de cadre stratégique du Groupe de travail mixte de la CHLC et du CCHF.

Rapport du groupe de travail sur l'accès à la justice familiale du CCHF

[8] Les progrès dans les techniques de PA ont rendu la détermination de la relation juridique parent-enfant plus compliquée dans certains cas. La plupart des lois sur le statut de l'enfant au pays se fondent sur une réalité historique antérieure à l'avènement de la plupart des techniques de PA, de sorte qu'elles fournissent peu d'orientations aux tribunaux en cas de contestation. Par conséquent, on demande aux juges de rendre des décisions dans un vide politique. Si l'on ne corrige pas cette situation, le droit risque fort d'évoluer de façon plus ou moins aléatoire au fil des décisions judiciaires, au sein de chaque ressort, et sans aucune uniformité entre les différents ressorts. Du point de vue de l'enfant, il est permis de penser que l'absence d'uniformité des droits liés au statut de l'enfant pourrait être foncièrement inconstitutionnelle, puisque l'acte d'enregistrement de la naissance est un document de base duquel découlent la citoyenneté et le droit de participer à la société.

[9] Des modifications aux lois dans ce domaine prendraient acte des réalités liées à la PA en clarifiant la relation dans ces cas. Comme dans le cas de toutes les questions stratégiques touchant le droit de la famille, les modifications visant à clarifier le droit devront corriger toute iniquité fondamentale qui subsiste à l'endroit des couples homosexuels et de leurs enfants. Au Canada, si les couples homosexuels sont maintenant reconnus en droit, il se peut tout de même que les enfants nés de ces couples soient encore traités différemment au plan de l'enregistrement de leur naissance. Bien que ces différences reflètent souvent les objets historiques de la procédure d'enregistrement des naissances, il est nécessaire d'instaurer des mesures d'adaptation pour reconnaître des droits équivalents aux parents et aux enfants dans ces situations.

[10] Étant donné que les lois sur la filiation et l'enregistrement des naissances sont les marqueurs sociaux de la filiation légale, les couples homosexuels ont institué de nombreux recours en justice pour assurer leur inclusion dans cet élément fondamental de la formation de la famille. Dans plusieurs ressorts, ces deux régimes législatifs ont déjà fait l'objet de contestations fondées sur la *Charte*, et ces contestations ne feront que continuer si les gouvernements tardent à réagir.

PROCRÉATION ASSISTÉE

[11] Les couples hétérosexuels qui ont recours à des techniques de PA n'ont pas eu les mêmes difficultés à enregistrer la naissance de leurs enfants. Cependant, étant donné que l'enregistrement ne détermine pas la filiation en droit, en l'absence d'une disposition législative spécifique réglant des questions comme le statut légal des futurs parents et des tiers donneurs de forces génétiques par rapport à l'enfant, ces personnes sont confrontées à la même incertitude juridique que les couples homosexuels en ce qui a trait au statut légal de la relation parent-enfant.

Définir les questions stratégiques

[12] Deux questions stratégiques connexes doivent être résolues :

- qui sont les parents légaux de l'enfant au moment de la naissance;
- quelles personnes ont le droit d'être inscrites à titre de parents de l'enfant.

[13] À première vue, ces questions semblent identiques; toutefois, il existe une différence considérable selon le système juridique des provinces ou territoires concernés. Dans l'ensemble, les provinces et les territoires disposent de lois sur le statut de l'enfant qui définissent qui sont les parents de l'enfant. En outre, les lois sur les statistiques de l'état civil des provinces et territoires contiennent des dispositions relatives à l'enregistrement de la naissance qui exigent et autorisent l'enregistrement de la filiation. Une interaction considérable existe entre ces deux types de mesures législatives. Par exemple, une personne de sexe masculin qui certifie l'enregistrement de la naissance est présumée être le père de l'enfant dans de nombreuses lois sur le statut de l'enfant et, de même, une personne qui reçoit une ordonnance en reconnaissance de paternité en vertu d'une loi sur le statut de l'enfant est généralement autorisée à modifier l'enregistrement de la naissance.

[14] Depuis 2001, le droit de l'enregistrement des naissances a évolué de manière considérable, principalement par suite de contestations judiciaires accueillies à l'encontre des régimes d'enregistrement en vigueur. Cependant, la question du statut de l'enfant – qui sont les parents de l'enfant à la naissance – a donné lieu à moins de litiges, et elle est moins bien comprise du public.¹

[15] Pour s'adapter à la réalité des parents homosexuels, et parfois en réponse à des contestations portées devant les tribunaux, certains ressorts ont modifié leur processus d'enregistrement sans modifier leur régime relatif au statut de l'enfant. Cette façon de procéder fait en sorte que la constatation de l'enregistrement repousse le processus d'élaboration de politiques sur le statut de l'enfant, et c'est pourquoi certains membres du groupe de travail la remettent en question. Comme le statut de l'enfant est un statut juridique, et l'enregistrement est dans une large mesure le reflet de ce statut, il est important que la définition de la filiation précède les travaux de politiques visant à modifier les lois sur les statistiques de l'état civil.

Aperçu des principes adoptés par le Groupe de travail

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

[16] Respecter les obligations du Canada au titre de la *Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant*, notamment :

- protéger l'enfant contre la discrimination;
- reconnaître l'intérêt supérieur de l'enfant en tant que considération primordiale;
- assurer la protection du statut de la relation parent-enfant dès la naissance.

[17] La marchandisation des enfants et des capacités reproductives devrait être évitée.

[18] L'égalité du traitement réservé aux enfants, quelle que soit la façon dont ils ont été conçus, devrait être favorisée.

[19] Le fait que les femmes et les hommes ont chacun leur propre rôle à jouer dans la reproduction, ce qui pourrait mériter à la femme qui accouche un traitement distinct, devrait être reconnu.

[20] Le concept énoncé dans le *Code civil du Québec* et dans la common law et selon lequel un enfant ne peut avoir plus de deux parents légaux, mais que d'autres adultes peuvent assumer un rôle parental de par leurs actions et leur relation avec l'enfant ou les parents de l'enfant, devrait être accepté et maintenu en vigueur. ²

L'approche recommandée

[21] Les indicateurs potentiels de la filiation sont l'acte de naissance (l'accouchement), l'ADN et l'intention du parent. Le droit actuel de la filiation dans la plupart des ressorts de common law se fonde sur des présomptions biologiques. La filiation commence par l'acte de naissance; la mère qui donne naissance est le parent légal de l'enfant, et un homme qui est engagé dans une relation conjugale avec la mère donnant naissance est présumé être le père. Cette approche à l'égard de la filiation ne fonctionne pas toujours bien dans le contexte de la PA. Par conséquent, on empêche certaines personnes qui ont fondé des familles en ayant recours à la PA d'acquérir de plein droit le statut de parent au moment de la naissance de l'enfant.

[22] Le défi lié à l'élaboration d'un régime de détermination de la filiation qui tient compte à la fois de la conception naturelle et de la PA consiste à établir un équilibre entre trois indicateurs potentiels de filiation de la manière qui tient le mieux compte des principes énoncés ci-dessus. Les approches sont les suivantes : reconnaître le lien avec la mère donnant naissance; placer le modèle de la procréation naturelle et de la PA sur un pied d'égalité de sorte que les deux processus soient traités de la même façon autant que possible; et envisager une approche fondée sur l'intention, où l'on reconnaît comme parents ceux qui ont l'intention d'être parents, qu'il y ait ou non un lien génétique. Dans tous les cas, les personnes qui sont laissées à l'écart de la détermination de la filiation au

PROCRÉATION ASSISTÉE

moment de la naissance mais qui souhaitent être désignées comme parents après la naissance auront des recours judiciaires et/ou administratifs.

[23] Le GTPA recommande un régime de détermination de la filiation qui utilise un modèle qui place, autant que possible, sur un pied d'égalité la procréation naturelle et la procréation assistée.

Statut parental à la naissance :

[24] La mère qui donne naissance est la mère légale de l'enfant au moment de la naissance. Ce principe s'applique que l'enfant soit conçu au moyen de l'ovule de la mère qui donne naissance ou de l'ovule d'une donneuse.

[25] À moins d'une disposition législative (comme une présomption) contraire, le père génétique et la mère qui donne naissance sont les parents de l'enfant.

[26] Il y a deux moyens par lesquels la mère qui donne naissance peut renoncer à son statut parental et une autre personne peut acquérir un statut parental : l'adoption et la maternité par substitution. Les approches fondées sur la maternité par substitution sont décrites plus loin.

Présomption relative à l'« autre » parent :

[27] Dans tous les cas sauf les cas de maternité par substitution, le statut parental de l'autre parent sera présumé à partir de la relation conjugale de cette personne, au moment de la conception ou de la naissance, avec la mère qui donne naissance. Cette présomption s'applique qu'il y ait ou non un lien génétique entre la mère donnant naissance ou l'autre parent et l'enfant (c.-à-d. dans les cas où l'ovule et le sperme ont tous deux été donnés par des tiers). Cette approche est source de stabilité pour l'enfant et permet de traiter la conception naturelle et la conception assistée sur un pied d'égalité.

[28] La mère qui donne naissance et la personne avec qui elle a une relation conjugale, qu'elle soit du même sexe ou du sexe opposé, peuvent inscrire conjointement la naissance de leur enfant auprès du registre de l'état civil en s'y désignant comme les parents de l'enfant. Ils n'ont pas à s'adresser au tribunal pour obtenir une déclaration de filiation.

[29] Dans les cas de conception naturelle, les pères continueront de pouvoir se prévaloir des présomptions de filiation actuelles. Les présomptions peuvent être repoussées si l'on démontre, selon la prépondérance des probabilités, que le père présumé n'est pas le père de l'enfant. À l'heure actuelle, cela se fait souvent au moyen d'une preuve génétique démontrant qu'il n'y a aucun lien génétique entre le père présumé et l'enfant.

[30] Dans les cas de PA (à l'exclusion des cas de maternité par substitution), les personnes qui ont une relation conjugale avec la mère donnant naissance peuvent également se prévaloir des présomptions de filiation, qu'elles soient du même sexe ou du sexe opposé. Cependant, puisque l'enfant n'est pas conçu de façon naturelle, la preuve de

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

l'absence de lien génétique entre le parent présumé et l'enfant ne repoussera pas la présomption de filiation. Pour repousser la présomption, le parent présumé devra démontrer, selon la prépondérance des probabilités, soit qu'il n'a pas consenti à être le parent de l'enfant, soit qu'il a retiré son consentement avant la conception.

[31] Au besoin, les tribunaux demeureront habilités à prononcer des déclarations de filiation, soit pour confirmer ou repousser la présomption de filiation, soit pour établir une filiation dans des situations où une présomption ne s'applique pas ou est contestée.

Droits des tiers :

[32] Dans tous les cas, les tiers donneurs de forces génétiques n'ont aucun droit ou responsabilité parental, sauf disposition législative expresse contraire. Ce principe se fonde sur le fait qu'en règle générale, les tiers donneurs n'ont pas l'intention d'être les parents de l'enfant.

La maternité par substitution :

[33] Les conventions de mère porteuse sont inexécutives.

[34] Le GTPA convient que dans tous les cas la mère porteuse sera inscrite comme la mère ayant donné naissance à l'enfant et le consentement de la mère porteuse à renoncer à sa qualité de parent devra être obtenu après la naissance de l'enfant avant que les futurs parents puissent être inscrits à titre de parents de l'enfant. Si la mère porteuse consent à renoncer à sa qualité de parent, aucune présomption ne s'appliquera en faveur de son époux ou de son conjoint parce que la maternité par substitution fait exception à la règle présomptive.

[35] Les provinces et les territoires peuvent choisir d'exiger ou non que les futurs parents qui sont parties à des conventions de mère porteuse obtiennent une déclaration du tribunal avant d'être admis à s'inscrire comme parents de l'enfant au registre de l'état civil. Cette décision dépendra de la façon dont la province ou le territoire conçoit le rôle du tribunal et de l'État au regard de l'« intérêt supérieur de l'enfant » dans ces circonstances et s'il y a lieu de considérer ces situations comme assimilables à l'adoption ou non.

Autres options envisageables à l'égard la maternité par substitution

[36] Deux options sont considérées afin de déterminer qui seront les parents d'un enfant né après un recours à la maternité de substitution.

1. La première option est axée sur le lien génétique de l'enfant avec au moins l'un des parents éventuels et sur l'intention de cette personne d'être parent. Suivant cette option, la filiation dans les cas de maternité par substitution serait déterminée en obtenant des forces génétiques d'au moins un des deux futurs parents aux fins de la conception de l'enfant. La loi permettrait

PROCRÉATION ASSISTÉE

au parent génétique et à l'époux ou au conjoint de ce parent de demander une déclaration de filiation dans un contexte de maternité par substitution. Si la mère porteuse consent à cette demande - consentement qui pourrait seulement être donné après la naissance de l'enfant -, le tribunal pourrait prononcer une déclaration de filiation en faveur du parent génétique et de son époux ou conjoint. Lorsque la mère porteuse consent à la déclaration, aucune présomption ne s'appliquera en faveur de son époux ou de son conjoint parce que la maternité par substitution fait exception à la règle présomptive. (Une province ou un territoire pourrait choisir de permettre le transfert de filiation par voie administrative au moyen d'un processus d'enregistrement plutôt que d'exiger une déclaration judiciaire.)

Dans le cadre de cette option, lorsqu'il n'y a aucun lien génétique entre au moins un des futurs parents et l'enfant, les futurs parents doivent déposer une demande d'adoption de l'enfant.

2. Cette option va plus loin que l'option 1 parce qu'elle n'exige pas que les futurs parents déposent une demande d'adoption de l'enfant lorsque ni l'un ni l'autre n'a de lien génétique avec l'enfant. Elle prévoit le même processus que dans toutes les situations de maternité par substitution, qu'il y ait ou non un lien génétique. L'approche se fonde sur une distinction entre l'adoption et la maternité par substitution fondée sur le moment où se forme l'intention d'être parent de cet enfant. Dans les situations de maternité par substitution l'intention des futurs parents de devenir parents et l'intention de la mère porteuse de renoncer à la qualité de parent naissent toutes deux avant la conception.

Conclusion

[37] Le CCHF – Justice familiale recommande ce régime aux ressorts de common law comme la meilleure réponse aux principes adoptés pour orienter nos travaux. Il répond à la plupart des questions qui se posent actuellement devant les tribunaux canadiens.

[38] Ce régime ne modifie pas le droit relatif à la détermination de la filiation des enfants nés à la suite d'une conception naturelle. Dans toute la mesure du possible, il traite les enfants et les parents de la même façon, que les enfants soient nés par suite d'une conception naturelle ou du recours à une technique de PA. Il assure que la relation juridique parent-enfant est claire dès la naissance, permettant ainsi l'attribution des droits et des responsabilités, et il protège les enfants contre la discrimination fondée sur la façon dont ils ont été conçus. La plupart des mêmes présomptions s'appliqueront, de sorte que l'on trouvera bien souvent deux personnes ayant le statut de parent ou pouvant l'acquérir. Le régime reconnaît la PA recourant aux dons de sperme et aux dons d'ovules et les traite tous deux de la même manière.

[39] Le régime évite que l'on puisse traiter les enfants et les capacités reproductrices comme des biens, par exemple en ne reconnaissant pas aux conventions de mère porteuse un caractère exécutoire et en laissant aux différentes administrations le choix de la nature de l'examen exigé pour que de telles conventions soient reconnues. Le régime comprend deux options pour les cas de maternité par substitution. La première option offre un moyen efficace de déterminer la filiation dans le cadre de conventions de mère porteuse lorsqu'il existe un lien génétique entre un des futurs parents et l'enfant. Cela s'applique non seulement aux couples hétérosexuels qui ne peuvent pas avoir recours à la conception naturelle ou à d'autres moyens de PA mais aussi aux couples homosexuels masculins et féminins et aux hommes et aux femmes célibataires. La deuxième option offre un moyen d'étendre le régime de manière à déterminer la filiation dans les situations de maternité par substitution lorsqu'aucun des futurs parents n'a de liens génétiques avec l'enfant, si la province ou le territoire souhaite s'engager dans cette voie.

[40] Le régime protège la mère porteuse de deux façons : à titre de mère donnant naissance, son consentement est requis pour permettre le transfert de la qualité de parent aux futurs parents, et puisque les conventions de mère porteuse sont inexécutoires, ses droits sont pondérés en regard des droits des futurs parents.

[41] En outre le régime permet aux provinces et aux territoires de choisir le mode de reconnaissance de la qualité de parent dans les contextes de maternité par substitution – soit directement par simple enregistrement, soit par obtention d'une ordonnance judiciaire ensuite enregistrée.

[42] Le régime protège aussi les tiers donneurs qui ne souhaitent pas être parents en prévoyant que leur don ne crée aucun droit à leur profit ni aucune obligation à leur charge, sauf si la loi en dispose autrement.

Prochaines mesures

[43] Le groupe de travail s'attend à ce que la rédaction se poursuive. Une fois que les résultats de la consultation auront été passés en revue, un rapport final sur l'initiative, un projet de loi final et des commentaires seront préparés afin d'être pris en considération à l'assemblée annuelle de 2009. Afin d'atteindre ces objectifs, le groupe de travail continuera à tenir ses téléconférences habituelles et se réunira au besoin.

¹ Sauf en Alberta, où le gouvernement a modifié sa loi relative au statut de l'enfant de manière à tenir compte du recours à la PA. À la suite d'une contestation fondée sur la *Charte* en Alberta le statut de parent de plein droit s'applique maintenant aux époux et aux conjoints homosexuels dans certaines circonstances. Voir *Fraess v. Alberta* [2005] A.J. No. 1665 (Q.B.).

² Cette politique est passée en revue à la suite d'une décision de la Cour d'appel de l'Ontario décrétant qu'un enfant peut avoir trois parents légaux. Voir *A.A. c. B.B.* (2007), 220, O.A.C. 115.