

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

## **SECTION DU DROIT CIVIL**

### **PROCRÉATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE**

#### **RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL MIXTE DE LA CHLC ET DU CCHF**

*Veillez noter que les idées et conclusions formulées dans ce document, ainsi que toute terminologie législative proposée et tout commentaire ou recommandations, n'ont peut-être 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. Veuillez consulter les résolutions concernant ce thème qui ont été adoptées par la Conférence lors de la réunion annuelle.*

**Ottawa, Ontario  
Du 9 au 13 août 2009**

## Table des matières

|                                                                                                                                                         |           |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>I. QUEL EST LE CONTEXTE DANS LEQUEL NOUS DEVONS CHERCHER À COMPRENDRE ET À ÉTUDIER LES QUESTIONS JURIDIQUES QUI DÉCOULENT DE LA FILIATION? .....</b> | <b>2</b>  |
| A. RECOURS ACCRU À LA PMA COMME MOYEN DE FONDER UNE FAMILLE.....                                                                                        | 2         |
| B. INCERTITUDE ET DIFFICULTÉS JURIDIQUES CROISSANTES .....                                                                                              | 4         |
| <b>II. CONTEXTE DU PRÉSENT RAPPORT.....</b>                                                                                                             | <b>5</b>  |
| <b>III. DÉFINIR LES QUESTIONS DE PRINCIPE .....</b>                                                                                                     | <b>6</b>  |
| A. POURQUOI LA FILIATION EST-ELLE IMPORTANTE? .....                                                                                                     | 6         |
| B. INTÉRÊT SUPÉRIEUR DE L'ENFANT .....                                                                                                                  | 8         |
| C. PRINCIPES DIRECTEURS .....                                                                                                                           | 8         |
| D. ÉVOLUTION DU DROIT .....                                                                                                                             | 9         |
| <b>IV. DÉMARCHE RECOMMANDÉE.....</b>                                                                                                                    | <b>10</b> |
| <b>V. MESURES LÉGISLATIVES QUI POURRAIENT ÊTRE TOUCHÉES PAR DES DÉCISIONS SUR DES QUESTIONS DE PRINCIPE EN MATIÈRE DE FILIATION .....</b>               | <b>18</b> |
| <b>VI. RÉSUMÉ DU PROJET DE LOI UNIFORME.....</b>                                                                                                        | <b>23</b> |

## PROCRÉATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE

**I. Quel est le contexte dans lequel nous devons chercher à comprendre et à étudier les questions juridiques qui découlent de la filiation?**

[1] Les techniques de procréation médicalement assistée (PMA) procurent aux couples de sexe opposé qui sont aux prises avec des problèmes de fertilité<sup>1</sup> de nouveaux moyens de devenir parents en ayant recours à des gamètes de donneurs ou à l'implantation d'embryons ou en permettant à une femme incapable de mener une grossesse à terme de faire appel à une mère gestatrice.<sup>2</sup>

[2] Même si la majorité des personnes qui ont accès aux techniques de procréation médicalement assistée vivent une relation hétérosexuelle, il est intéressant de constater que ces nouvelles méthodes de reproduction ont également donné la possibilité aux couples de même sexe et aux personnes seules d'avoir des enfants.<sup>3</sup>

[3] De nombreuses questions se posent quand on étudie la PMA :

- Comment établir la filiation?
- Comment réglementer le recours à la PMA pour favoriser les intérêts des parents potentiels et des enfants?
- Comment tenir compte du recours à la PMA dans le registre des naissances?
- Comment appliquer les normes internationales pour écarter les pratiques dangereuses et contraires à l'éthique qui menacent la sécurité des parents potentiels et des enfants, y compris le matériel génétique dont les risques pour la santé n'ont pas été adéquatement analysés?
- Comment fournir une formation adéquate aux donneurs pour des raisons de santé ou d'antécédents sociaux?

[4] Toutefois, malgré l'intérêt que présentent ces questions, le problème dont il est question dans le présent document consiste à trouver le moyen d'établir la situation juridique respective des parents et des enfants, autrement dit la filiation.

**A. Recours accru à la PMA comme moyen de fonder une famille**

[5] L'infertilité est un obstacle réel pour de nombreux Canadiens qui désirent fonder une famille. Selon les évaluations, le taux d'infertilité oscillerait entre 7 et 8,5 % au Canada.<sup>4</sup> Cela signifie que plus d'un quart de million de couples sont touchés au Canada.<sup>5</sup> La demande de services de PMA pourrait augmenter parce que les couples ont tendance à se prévaloir plus rapidement des traitements contre l'infertilité après avoir attendu un âge plus avancé pour procréer, parce que les gens sont plus à l'aise de demander un traitement, parce que les coûts diminuent<sup>6</sup> et parce que moins d'enfants sont offerts à l'adoption. Il est bien établi que la fertilité chez la femme diminue après l'âge de 30 ans. Cependant, les causes de l'infertilité sont multiples, tant chez l'homme que chez la femme. Il arrive même fréquemment que l'infertilité d'un couple puisse être imputée à plus d'un facteur.

## CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

[6] Cela étant dit, il est inquiétant de constater que le manque d'accès à un vaste éventail de donneurs limite le recours à la PMA. Certains se préoccupent également de l'incertitude juridique qui caractérise la situation du donneur en ce qui concerne ses obligations et ses droits à l'égard de l'enfant engendré ou qui règne dans les droits et les mesures de protection réciproques des donneurs, des réceptrices et des enfants, y compris au plan des renseignements pertinents.<sup>7</sup>

[7] Il existe essentiellement deux sortes de traitements de PMA :

- l'insémination artificielle, c'est-à-dire l'insémination sans rapports sexuels qui entraîne la fécondation à l'intérieur du corps de la femme;
- la fécondation in vitro (FIV), c'est-à-dire la fécondation en dehors du corps de la femme.

[8] De plus, pendant la FIV, il est possible de créer davantage d'embryons qu'il n'en faut dans l'immédiat et de les cryoconserver pour les transférer ultérieurement dans le corps de la femme. Cette intervention s'appelle le transfert d'embryon congelé (TEC).

[9] Beaucoup de gens se servent de la FIV ou du TEC pour fonder leur famille au Canada, selon des données recueillies chaque année par la Société canadienne de fertilité et d'andrologie. En 2007, plus de 13 000 cycles de traitement ont été réalisés par les cliniques de fertilité canadiennes, ce qui représente une augmentation de 10,7 % par rapport à 2006. Les enfants nés à la suite de traitements de FIV et de TEC représentent environ 1 % de toutes les naissances au Canada. En effet, sur un total de 354 617<sup>8</sup> naissances vivantes en 2006, 3 530 enfants sont nés à la suite de cycles (et de grossesses) commencés en 2005.

[10] La grande majorité des traitements de FIV et de TEC est réalisée à l'aide des gamètes (ovules et spermatozoïdes) des futurs parents, et la gestation de l'embryon se fait dans le corps de la future mère. On utilise des gamètes donnés dans un nombre relativement peu élevé de traitements. Le matériel reproductif donné peut être des spermatozoïdes, un ovule, un embryon, un utérus (maternité de substitution) ou une combinaison de ceux-ci. Parmi tous les traitements de FIV à l'issue desquels la future mère a mené la grossesse (2 909 enfants),<sup>9</sup> 92 % des bébés (2 675) avaient été engendrés à l'aide d'un l'ovule et de spermatozoïdes des futurs parents, et 8 % des enfants (234) étaient issus de gamètes donnés.<sup>10</sup>

[11] La maternité de substitution est rare avec la FIV ou le TEC. Sur les 3 530 naissances à la suite de cycles de traitement de FIV ou de TEC commencés en 2005, seulement 38 enfants sont nés de mères porteuses (1,1 % de toutes les naissances à la suite d'une FIV ou d'un TEC), comparativement à 3 492 enfants menés à terme par les femmes qui désiraient en être mères. Parmi les 38 enfants nés d'une mère porteuse, 19 ont été engendrés à partir d'un ovule et de spermatozoïdes des futurs parents. Dans les 19 autres cas, il y a eu don soit d'un ovule, soit de spermatozoïdes, mais aucun enfant né d'une mère porteuse n'était issu d'un ovule et de spermatozoïdes donnés (c.-à-d. sans lien génétique ou biologique avec l'un ou l'autre de ses futurs parents).

[12] On estime que l'insémination artificielle est pratiquée beaucoup plus fréquemment que la FIV, parce qu'il est relativement facile d'y avoir recours et parce qu'elle coûte moins cher.<sup>11</sup>

## PROCRÉATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE

Selon une enquête réalisée en 1991 par la Commission royale sur les nouvelles technologies de reproduction, entre 4 et 15 fois plus d'enfants seraient nés d'une insémination artificielle que d'une FIV.<sup>12</sup> Il est difficile de compiler des statistiques sur l'insémination artificielle, à cause du vaste éventail de praticiens (médecins généralistes, obstétriciens, gynécologues) qui offrent ces traitements. En ce qui concerne l'utilisation de sperme donné dans les techniques d'insémination artificielle, aucune évaluation n'a encore été faite au Canada quant au nombre ou à la proportion des traitements d'insémination artificielle qui font appel à des spermatozoïdes donnés. On peut supposer que la proportion des traitements d'insémination artificielle à l'aide de spermatozoïdes donnés est importante. En effet, les couples de sexe opposé dont les gamètes sont viables et compatibles peuvent obtenir une fécondation naturelle à la suite de rapports sexuels, au lieu de faire appel à l'insémination, tandis que les couples de lesbiennes et les femmes seules ont besoin d'avoir accès à des spermatozoïdes donnés.

[13] Étant donné que les chiffres ci-dessus tiennent compte uniquement des renseignements sur les techniques de PMA canadiennes, ils sous-estiment vraisemblablement le nombre d'enfants canadiens nés de techniques de PMA pratiquées à l'étranger. En effet, les Canadiens peuvent aussi fréquenter des cliniques de PMA aux États-Unis, au Mexique, en Europe, en Inde, en Asie et en Amérique latine. Il n'existe actuellement aucun moyen de faire le suivi de ces traitements.

### ***B. Incertitude et difficultés juridiques croissantes***

[14] En raison des progrès accomplis dans le domaine de la PMA, il est plus compliqué de déterminer la relation juridique qui existe entre un parent et un enfant dans certains cas. La législation en vigueur laisse à désirer, parce que les notions qui la sous-tendent ne tiennent pas compte des techniques de PMA, ce qui entraîne des contestations judiciaires et ce qui oblige les juges à statuer en l'absence de repères juridiques.<sup>13</sup> Si on ne remédie pas à cette situation, on risque énormément de voir le droit évoluer de façon incohérente au cas par cas. Du point de vue des enfants, il est permis de penser que toute incompatibilité touchant leur situation juridique serait intrinsèquement inconstitutionnelle, étant donné que l'acte de naissance est un document fondamental qui attribue la citoyenneté et qui confère le droit de participer à la société. De plus, la différence de traitement entre les familles est source d'injustice pour les cellules familiales non traditionnelles.

[15] Des changements au droit en la matière permettraient de tenir compte des réalités de la PMA en en faisant la lumière sur la relation qui existe entre les parents et l'enfant dans ces cas. Ces changements devront remédier à toute injustice fondamentale qui subsiste pour les couples de même sexe et leurs enfants, ils devront tenir compte de l'égalité des sexes et ils devront être adaptés aux enfants qui sont nés dans différents contextes familiaux. Par exemple, même si la loi canadienne reconnaît les unions entre conjoints du même sexe, il est possible qu'on traite différemment les couples de même sexe désireux d'enregistrer la naissance de leurs enfants. Même si les différences de traitement sont souvent la manifestation des objets historiques de la démarche d'enregistrement des naissances, il faudra faire des accommodements pour accorder des droits égaux aux parents et aux enfants qui se trouvent dans ces situations.

## CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

[16] Étant donné que le droit de la filiation et l'enregistrement des naissances sont les marqueurs sociaux de la filiation juridique, les couples de même sexe ont intenté de nombreux recours devant les tribunaux pour pouvoir se prévaloir de ces éléments indispensables à la constitution d'une famille. De nombreuses juridictions canadiennes ont été saisies de contestations fondées sur la *Charte* envers ces deux cadres législatifs. Ces contestations vont continuer si les législatures tardent à réagir.

[17] Les couples de sexe opposé qui ont recours à la PMA ne sont pas aux prises avec les mêmes difficultés quand vient le moment d'enregistrer la naissance de leurs enfants. Mais ils font face au même flou juridique que les couples de même sexe lorsqu'ils veulent établir la filiation d'un enfant conçu à l'aide de matériel génétique donné par un tiers.

[18] De plus en plus de gens exigent que leur qualité de parent soit reconnue lors de l'enregistrement de la naissance. L'enregistrement est le moyen de documenter toutes les naissances qui ont lieu dans une province ou un territoire donné. Cette démarche remplit deux fonctions aussi importantes l'une que l'autre : elle permet de recueillir des renseignements (des données sur la mère et l'enfant) pour la surveillance médicale et elle constitue une source d'information qui sert à délivrer la preuve du statut juridique d'une personne (le nom, l'âge, la citoyenneté et la filiation juridique). Les registres des statistiques de l'état civil ont fait l'objet de contestations fondées sur les droits de la personne et les droits garantis par la *Charte* dans des cas où il était question de déterminer qui avait le droit d'être inscrit comme père ou mère à la suite du recours à la PMA. Certaines des questions en litige dans ces affaires ont des répercussions sur la filiation, d'autres sur l'enregistrement et sur les besoins d'information.

[19] Étant donné que le présent document traite uniquement de la filiation, nous n'aborderons pas les questions qui portent sur le type de dossiers d'enregistrement qui doivent être tenus par les autorités des statistiques de l'état civil. Il faudra peut-être peaufiner le *Uniform Vital Statistics Act* pour déterminer comment compiler adéquatement les renseignements nécessaires dans les cas où la PMA a été utilisée afin d'en assurer la surveillance médicale et pour bien tenir compte des besoins d'information ainsi que des attentes des donneurs, des réceptrices et des enfants nés de la PMA.

## II. Contexte du présent rapport

[20] En 2002, le CCHF sur la justice familiale a mis sur pied un groupe de travail dans le but d'étudier les questions qui se rapportent à l'établissement de la filiation et à l'enregistrement de la naissance des enfants nés de la PMA. Même si à l'origine, il était surtout question de modifier le *Uniform Child Status Act*, le groupe de travail du CCHF est venu à la conclusion qu'il ne serait pas possible de se contenter de retoucher cette loi uniforme sans étudier en profondeur les questions de principe qui la sous-tendent. C'est la raison pour laquelle en 2005, le groupe de travail du CCHF a entrepris un examen approfondi des principes fondamentaux et a pris connaissance de nombreux rapports à ce sujet.<sup>14</sup> En 2006-2007, le groupe de travail du CCHF a mis au point les grands principes.

## PROCRÉATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE

[21] En 2007, les ministres et les sous-ministres fédéraux, provinciaux et territoriaux responsables de la justice ont approuvé les principes et la démarche proposés par le groupe de travail du CCHF et ont ordonné de mettre sur pied un groupe de travail mixte de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada et du CCHF sur la justice familiale. Cela a été fait au cours de l'automne 2007, et les membres du nouveau groupe de travail se sont réunis par téléphone et en personne pour étudier les mesures législatives uniformes en vigueur, les propositions et les principes entérinés par les ministres ainsi que pour énoncer des principes de rédaction et pour régler les problèmes en vue de l'élaboration d'une nouvelle loi uniforme.

[22] De plus, des représentants du groupe de travail ont tenu des consultations sur les questions que suscitent le nombre de parents, les parents multiples ainsi que la conception post mortem auprès de représentants du Conseil de la statistique de l'état civil du Canada et de Procréation assistée Canada les 12 et 13 juin 2008 à Ottawa, de représentants de Procréation assistée Canada, de la Société de fertilité et d'andrologie et de la Société des obstétriciens et gynécologues du Canada le 20 février 2009, de représentants de l'ABC qui sont spécialistes du droit de la famille, des testaments et des successions ainsi que des questions qui concernent les couples de même sexe et de lesbiennes en février, mars et avril 2009, et de juristes du milieu universitaire en mars 2009.

### III. Définir les questions de principe

#### A. *Pourquoi la filiation est-elle importante?*

[23] Il faut répondre aux deux questions de principe connexes suivantes :

- Légalement, qui sont les parents d'un enfant au moment de sa naissance?
- Qui a le droit de se faire inscrire au registre en tant que parent d'un enfant?

[24] Ces questions peuvent sembler identiques, mais elles sont très différentes l'une de l'autre. En règle générale, les provinces et territoires de common law ont adopté des mesures législatives sur le statut des enfants, et ce sont celles-ci qui déterminent qui sont les parents d'un enfant.

[25] Les lois sur les statistiques de l'état civil contiennent en outre des dispositions sur l'enregistrement des naissances qui exigent et permettent de procéder à l'acte administratif qui consiste à consigner la filiation. Il y a une interaction importante entre ces deux types de mesures législatives. À titre d'exemple, plusieurs lois sur le statut de l'enfance présument que l'homme qui certifie l'enregistrement d'une naissance est le père. Dans le même ordre d'idées, une personne qui reçoit une déclaration de filiation en vertu d'une loi sur le statut des enfants est généralement autorisée à modifier l'enregistrement de la naissance.

[26] Pour tenir compte de la situation des parents de même sexe et pour faire face aux contestations devant les tribunaux, certaines administrations ont changé leurs formalités d'enregistrement sans modifier leur loi sur les droits de l'enfance. En procédant de cette façon, elles acceptent que l'acte administratif de l'enregistrement de la naissance serve de moteur à l'élaboration des principes qui touchent la situation juridique des enfants. Étant donné que la

## CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

qualité d'enfant est un statut juridique et que l'enregistrement est une manifestation de ce statut, l'élaboration des grands principes qui régiront la façon d'établir la filiation doit précéder le travail de modification des lois sur les statistiques de l'état civil ou coïncider avec celui-ci.

[27] Pour les besoins de ce débat, il est important de ne pas confondre la question du statut des parents et celle de leurs rôles et de leurs responsabilités. Le droit de la famille des provinces et des territoires reconnaît que des personnes autres que les parents peuvent avoir des responsabilités ou un rôle envers les enfants, selon la relation qu'ils ont avec eux et en fonction de leur intérêt supérieur. Même si une personne n'est pas reconnue comme parent au sens de la loi, elle peut néanmoins exercer un certain rôle parental dans la vie d'un enfant si elle a un intérêt suffisant en vertu des régimes applicables à la garde ou aux droits de visite ou si elle lui tient lieu de père ou de mère.

### Filiation juridique

[28] Le rapport rendu public en 2005 par la Law Reform Commission de la Nouvelle-Zélande sur la filiation juridique fait ressortir l'objet de la réforme :

[TRADUCTION] La condition de parent impose aux adultes des responsabilités et des obligations de nature juridique envers les enfants qu'ils ont mis au monde. Le « statut » ou les pouvoirs et les droits dont est assortie la condition de parent ne sont pas des « avantages », mais ils sont plutôt des moyens qui permettent aux parents de s'acquitter de leurs responsabilités à l'égard de leurs enfants afin de leur fournir la sécurité et la protection dont ils ont besoin en tant que membres vulnérables de notre société. Pour exercer l'ensemble de leurs responsabilités parentales, les adultes concernés doivent jouir de tous les pouvoirs et de tous les droits que confère la condition de parent.<sup>15</sup>

[29] Un chapitre de ce rapport est consacré à un examen approfondi de la condition juridique de parent et de son importance. En voici un extrait pertinent :

[TRADUCTION] Il faut faire la différence entre un parent « légal » et un parent dans le sens qu'on attribue généralement à ce mot lorsqu'il est employé pour décrire le lien génétique, biologique ou social qui existe entre une personne et son enfant. À l'heure actuelle, un enfant peut avoir seulement deux parents génétiques, c'est-à-dire une mère génétique et un père génétique, et le droit n'a jamais reconnu plus de deux parents juridiques à un enfant. Mais depuis l'arrivée des techniques de maternité de substitution, un enfant peut avoir trois « parents biologiques », et les récents progrès technologiques donnent à penser qu'il sera bientôt possible pour un enfant d'avoir deux mères génétiques en plus d'une mère génitrice et d'un père biologique.<sup>16</sup>

### Enregistrement

[30] Le droit de l'enregistrement des naissances a évolué depuis 2001, surtout en raison du fait que les régimes d'enregistrement en vigueur ont été contestés avec succès. Toutefois, la question

## PROCRÉATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE

du statut de l'enfant (qui sont les parents d'un enfant à sa naissance?) n'a pas souvent été portée devant les tribunaux et est moins bien comprise par la population.<sup>17</sup>

### **B. Intérêt supérieur de l'enfant**

[31] Le débat au sujet de la filiation juridique et les questions particulièrement intéressantes que soulèvent les méthodes de PMA doivent être abordés en tenant compte du fait que la PMA a pour but ultime de donner la vie à un enfant. C'est donc l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit primer.

[32] En 2008, un débat à propos de la PMA a eu lieu dans le cadre de l'émission radiophonique *Ideas* de la CBC. Il a donné l'occasion à des enfants nés de la PMA de faire connaître leurs préoccupations et les intérêts. Les enfants conçus par PMA veulent être parties prenantes au dialogue et à l'élaboration des lois et des grands principes. Il faut reconnaître et protéger les droits de l'enfant dans le recours à ces techniques, tant avant qu'après la naissance. Il faut tenir compte du fait que l'enfant peut avoir besoin de renseignements sur ses parents génétiques et sur ses frères et sœurs.

[33] L'un des enfants conçus par PMA qui participaient à l'émission de CBC a déclaré qu'il était nécessaire de prendre en considération le point de vue de l'enfant, ne serait-ce qu'à propos du terme « donneur » :

[TRADUCTION] *Le mot « donneur » suppose un don, une chose dont je me départis et que je ne reverrai plus jamais. Je pense qu'on parle parfois du « don de la vie » quand on compare avec le don d'organe. Un rein ne se soucie pas vraiment que je sois là ou non. Le don de la vie n'est pas un cadeau aux parents qui reçoivent le matériel reproductif. C'est le cadeau de la vie à l'enfant. Mais contrairement aux globules ou aux reins, l'enfant peut se demander à qui il est apparenté. On maquille notre réalité quand on emploie ces mots. Je pense que nous devons utiliser des mots qui traduisent fidèlement la réalité du point de vue de l'enfant, c'est-à-dire la raison précise pour laquelle on a eu recours à une technique de procréation assistée. Pourquoi donc faisons-nous abstraction du point de vue de l'enfant dans notre discours, dans nos lois, dans notre contrat, dans nos échanges quotidiens, comme si l'enfant était un détail, plutôt que le but ultime de toutes ces démarches?*<sup>18</sup>

### **C. Principes directeurs**

[34] Les ministres et les sous-ministres responsables de la justice ont approuvé les principes suivants afin d'encadrer le travail d'élaboration des politiques sur la PMA. Le groupe de travail s'est inspiré de ces principes pour expliquer et pour aider à évaluer les pistes de solution en vue de la réforme envisagée ainsi que la démarche recommandée.

## CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

- Remplir les obligations du Canada en vertu de la *Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant*, notamment :
  - o protéger les enfants contre la discrimination;
  - o reconnaître que l'intérêt supérieur de l'enfant est une considération primordiale;
  - o faire en sorte de protéger la relation entre un enfant et ses parents dès la naissance;<sup>19</sup>
- Empêcher la réification des enfants et des fonctions reproductrices;<sup>20</sup>
- Promouvoir le traitement égal des enfants, sans égard à la façon dont ils ont été conçus;<sup>21</sup>
- Prendre acte du fait que les femmes et les hommes jouent un rôle distinct dans la procréation, ce qui peut justifier un traitement distinct pour les femmes qui donnent naissance;
- En tenant compte du fait qu'un enfant a généralement au plus deux parents au sens de la loi, il peut être justifié dans des situations particulières de reconnaître d'autres parents légaux (ajouté par le groupe de travail cette année après modification du principe précédent reposant sur les deux parents légaux);
- Favoriser une filiation claire et certaine entre les parents et l'enfant dès que possible dans la vie de l'enfant (ajouté par le groupe de travail cette année).

#### **D. Évolution du droit**

[35] À l'heure actuelle, la législation provinciale en vigueur en matière de filiation reconnaît généralement la mère naturelle comme mère, même dans les situations de maternité de substitution, et elle établit l'identité de l'autre parent en se fondant sur des présomptions. Les mêmes présomptions jouent dans les cas où la PMA a été utilisée avant une naissance naturelle. On a pratiquement toujours reconnu qu'un enfant avait au plus deux parents juridiques, mais que d'autres adultes pouvaient aussi jouer le rôle de parent à cause de leurs actes et des liens qui les unissent à l'enfant ou à un parent de l'enfant.

[36] Dans l'affaire *A.A. v. B.B.* (voir l'étude de la jurisprudence à l'annexe A ci-jointe), la Cour d'appel de l'Ontario a reconnu qu'un enfant pouvait légalement avoir deux mères et un père. Cette affaire, que certains ont interprétée comme une réorganisation fondamentale des droits parentaux, est également perçue comme s'inscrivant dans l'évolution de la jurisprudence sur les nouvelles méthodes de procréation et sur le rôle parental et comme étant fondée sur l'exercice de la compétence *parens patriæ* des tribunaux.<sup>22</sup> L'affaire ne met pas en cause l'orientation sexuelle des parents, mais plutôt l'exercice de la compétence *parens patriæ* et la doctrine de l'intérêt supérieur de l'enfant.<sup>23</sup> La cour est intervenue pour combler une lacune législative apparente.

[37] Un tribunal de la Nouvelle-Zélande est arrivé à un résultat différent dans l'affaire *P. v. K.*,<sup>24</sup> dans laquelle le donneur avait fait don de spermatozoïdes à un couple de lesbiennes sur la

## PROCRÉATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE

foi d'une entente écrite selon laquelle il pourrait jouer un rôle dans la vie de l'enfant, notamment en exerçant des droits de visite. Le donneur a demandé d'être déclaré « parent » en vertu des dispositions législatives qui lui auraient conféré des droits de tutelle et de visite. En fin de compte, la cour a statué qu'il n'était pas un « parent », mais bien un donneur. Cependant, elle a établi qu'il pouvait exercer des droits de « tutelle » avec les mères lesbiennes. La cour a tenu compte de l'entente entre les parties, de l'intérêt supérieur de l'enfant et du droit qu'a l'enfant de connaître ses parents en vertu de la *Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant*.

[38] Voici comment la Law Commission de la Nouvelle-Zélande a terminé l'étude de cette question :

[TRADUCTION] En terminant, les tribunaux étrangers ont dénoué de différentes façons les difficultés avec lesquelles sont aux prises les familles fondées par insémination du sperme d'un donneur connu. Dans tous les cas, les tribunaux sont forcés d'appliquer des régimes législatifs qui ne tiennent pas compte du lien juridique de parenté d'un partenaire du même sexe ou d'un donneur connu qui s'est entendu avec les mères pour agir comme parent légal de l'enfant.<sup>25</sup>

[39] Mais les problèmes vont bien au-delà de la présence de trois parents et mettent en cause une panoplie croissante de matériel biologique. À titre d'exemple, il a été proposé récemment au Royaume-Uni de transférer le noyau d'un ovule dans un ovule d'une donneuse avec les spermatozoïdes du donneur, ce qui signifierait que l'enfant aurait trois parents génétiques.<sup>26</sup> Si on tient compte de la possibilité que les partenaires des donneurs en cause deviennent parents, l'enfant pourrait aboutir avec six parents. En outre, si les personnes qui sont génétiquement apparentées à l'enfant et leurs partenaires n'ont pas l'intention d'exercer leur rôle de parent, mais désirent plutôt donner l'enfant à un autre couple, l'enfant pourrait avoir huit parents.

### IV Démarche recommandée

[40] Les indicateurs possibles de la filiation sont le certificat de naissance, la génétique et l'intention de devenir parent. Dans la plupart des provinces et des territoires de common law, le droit de la filiation repose sur des présomptions biologiques. La filiation commence avec l'acte de naissance. La mère biologique est le parent légal de l'enfant, et l'homme qui a une relation conjugale avec la mère biologique est présumé en être le père. Cette façon d'envisager la filiation ne donne pas toujours de bons résultats dans le contexte de la PMA. Elle a pour effet d'empêcher certaines personnes qui ont fondé une famille en ayant recours à la PMA d'acquérir automatiquement la qualité de parent par l'action de la loi à la naissance de leur enfant.

[41] Le défi que présente l'élaboration d'un régime qui permet d'établir la filiation et qui tient compte de la procréation naturelle et de la PMA consiste à concilier ces trois indicateurs possibles de filiation de façon à tenir compte le mieux possible des principes directeurs.

[42] On recommande l'approche suivante : reconnaître le lien avec la mère biologique, mettre sur un pied d'égalité le modèle de la procréation naturelle et celui de la procréation assistée afin qu'ils soient traités de la même façon dans la mesure du possible et considérer l'intention de ceux et celles qui prévoient être parents. Mais en tout état de cause, les personnes qui ne sont pas

## CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

prises en considération dans l'établissement de la filiation à la naissance et qui désirent être reconnues comme parents après la naissance pourront toujours s'adresser aux tribunaux.

### Qualité de parent à la naissance

1. La mère biologique est la mère légale de l'enfant au moment de sa naissance.

[43] Cette règle s'applique, peu importe que l'enfant soit conçu d'un ovule de la mère biologique ou d'un ovule d'une donneuse. Elle procure de la stabilité à l'enfant et elle traite de façon identique la procréation naturelle et la procréation assistée. Elle remplit le critère du paragraphe 7(1) de la *Convention des Nations Unies*, en vertu duquel l'enfant a, dès sa naissance, le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents. Elle est également compatible avec la façon dont les mères sont traitées en vertu des mesures législatives sur les statistiques de l'état civil en ce qui concerne la PMA et la procréation naturelle.

2. À moins d'une disposition contraire de la loi (comme une présomption), le père génétique et la mère naturelle sont les parents de l'enfant.

[44] Cette règle est également compatible avec le droit en vigueur, et des exceptions seront énoncées dans la loi uniforme pour tenir compte du donneur qui participe à la démarche de PMA ainsi que de la maternité de substitution.

### Changer le statut de la mère naturelle

3. Il y a deux moyens pour une mère naturelle de renoncer à sa qualité de parent en faveur d'une autre personne : l'adoption et la maternité de substitution.

[45] Les techniques de maternité de substitution sont décrites ci-dessous. Le statut de la mère naturelle est reconnu en raison de son lien biologique avec l'enfant. De plus, il peut y avoir un attachement affectif entre la mère naturelle et l'enfant.<sup>27</sup>

### Présomption quant à « l'autre » parent

4. L'autre parent est présumé avoir la qualité de parent s'il a une relation conjugale avec la mère naturelle au moment de la conception ou de la naissance, sauf si l'enfant est né d'une mère porteuse ou si la présomption est réfutée.

[46] Cette présomption agit sans égard à l'existence d'un lien génétique entre la mère naturelle ou l'autre parent et l'enfant. Cette façon de procéder procure de la stabilité à l'enfant et traite de façon identique la procréation naturelle et la procréation assistée. Étant donné que l'enfant n'est pas conçu naturellement, la preuve de l'absence d'un lien génétique entre le parent présumé et l'enfant ne suffit pas à réfuter la présomption de filiation. Pour réfuter la présomption, le parent présumé devra prouver, par prépondérance de probabilités, qu'il n'a pas consenti à être le parent de l'enfant ou qu'il a retiré son consentement à le devenir avant la

## PROCRÉATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE

conception. Si le parent qui tente de réfuter la présomption a donné l'ovule ou les spermatozoïdes, il aura de la difficulté à établir qu'il n'a pas consenti.

[47] Cette façon de procéder est semblable au droit du Québec<sup>28</sup> et de certains États australiens.

[48] Cela signifie que la mère naturelle et la personne avec laquelle elle partage une relation conjugale, qu'elle soit du même sexe ou de sexe opposé, devraient être en mesure d'inscrire ensemble la naissance de l'enfant au registre des statistiques de l'état civil. Dans un régime qui est fondé sur des présomptions, il devrait être simple d'enregistrer une naissance et les parents ne devraient pas avoir à se présenter devant les tribunaux pour obtenir une déclaration de filiation. Il sera peut-être nécessaire de modifier les dispositions législatives sur les statistiques de l'état civil pour tenir compte des nouvelles règles en matière de filiation.

5. En cas de procréation naturelle, le père devrait continuer de bénéficier des présomptions de filiation actuelles.

[49] Les présomptions peuvent être réfutées en prouvant par prépondérance de probabilités que le père présumé n'est pas le père de l'enfant. À l'heure actuelle, cette preuve est souvent faite au moyen d'une analyse de l'ADN qui vise à établir qu'il n'existe aucun lien génétique entre le père présumé et l'enfant.

### Rôle du tribunal

6. Au besoin, les tribunaux continueront d'être en mesure d'établir la filiation en cas de contestation. En présence de plusieurs parents, si les personnes répondent aux critères de la loi, elles devraient pouvoir obtenir une déclaration de filiation, à moins que celle-ci soit contraire à l'ordre public.

[50] Les tribunaux peuvent retenir ou réfuter une présomption de filiation lorsqu'elle est remise en question ou lorsque les circonstances n'y donnent pas ouverture. En énonçant clairement ce que la loi exige des parties avant la procréation, on dissipera le flou qui règne au sujet de la qualité de parent.

### Tiers donneurs

7. Dans tous les cas, les tiers donneurs de matériel génétique n'auront pas de droit ni de responsabilité en tant que parents, à moins d'une disposition législative expresse à l'effet contraire.

[51] Cette règle est justifiée par le fait qu'un tiers donneur n'a généralement pas l'intention d'être le parent de l'enfant. Il est important de faire la lumière sur le rôle du donneur pour abattre tous les obstacles qui empêchent les dons altruistes et pour établir clairement pour le donneur, l'enfant et les « parents » quels sont le statut et les responsabilités du donneur en vertu de la loi.<sup>29</sup> Bien sûr, le donneur pourra toujours avantager l'enfant de son plein gré.

## CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

Maternité de substitution

8. Les contrats de mère porteuse ne sont pas susceptibles d'exécution.
  - o Dans tous les cas, c'est la mère porteuse qui sera inscrite comme mère naturelle de l'enfant. Le consentement de la mère porteuse à renoncer à sa filiation devra être obtenu après la naissance de l'enfant pour que les futurs parents puissent être inscrits comme parents de l'enfant. Si la mère porteuse consent à renoncer à sa filiation, aucune présomption ne jouerait en faveur de son conjoint ou de son partenaire conjugal, parce que la maternité de substitution déroge à la règle de la présomption.
  - o Les futurs parents qui ont recours à la maternité de substitution seront tenus d'obtenir une déclaration judiciaire pour être reconnus comme parents légaux de l'enfant.

[52] Le groupe de travail est d'avis qu'il ne serait pas compatible avec l'ordre public ni avec l'exercice de la compétence *parens patriæ* prédominante des tribunaux de permettre que les contrats de mère porteuse soient susceptibles d'exécution. À ce sujet, voir l'arrêt *Jane Doe v. Alberta*,<sup>30</sup> qui traite du fait que le tribunal n'est pas lié par une entente intervenue entre les parties.

[53] Le groupe de travail a étudié deux solutions pour déterminer la filiation des enfants nés d'une mère porteuse. À la majorité, le groupe de travail recommande d'adopter une démarche fondée sur un lien génétique avec au moins un des futurs parents et sur l'intention de ceux-ci de devenir parents.

[54] Avec cette méthode, la filiation dans un cas de maternité de substitution serait établie en fonction de l'apport de matériel génétique par au moins un des futurs parents en vue de la conception de l'enfant. Les dispositions législatives permettraient au parent génétique et à son conjoint ou partenaire conjugal de demander une déclaration de filiation. Si la mère porteuse acquiesce à la demande après la naissance de l'enfant, le tribunal pourrait prononcer une déclaration de filiation en faveur du parent génétique et de son conjoint ou partenaire conjugal. Si la mère porteuse consent à la déclaration, aucune présomption ne jouerait en faveur de son conjoint ou partenaire conjugal, parce que la maternité de substitution déroge à la règle de la présomption. Même si au départ, le groupe de travail du CCHF a envisagé de laisser les administrations décider s'il fallait prévoir un mécanisme de surveillance judiciaire ou un processus administratif, les membres de ce groupe de travail ont conclu que la démarche de déclaration judiciaire rend le processus digne de confiance (les provinces et territoires pourront décider que le transfert de la filiation se fera de façon administrative au moyen d'un processus d'enregistrement, au lieu d'exiger qu'une demande soit présentée aux tribunaux).

[55] Une autre solution qui n'a pas été retenue après examen aurait permis la maternité de substitution sans lien génétique entre au moins un des futurs parents et l'enfant. Cette technique suscite des inquiétudes, parce qu'elle est de nature à contourner les dispositions d'ordre public en matière d'adoption et parce qu'elle est incompatible avec la nécessité de protéger l'intérêt

## PROCRÉATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE

supérieur de l'enfant. On pourrait certes faire valoir que cette méthode se distingue de l'adoption en raison du fait que les futurs parents manifestent leur intention de devenir parents avant la conception de l'enfant, mais cette distinction paraît ténue.

[56] Aux États-Unis, les pratiques varient d'un État à l'autre en ce qui concerne le statut des mères porteuses, et ce manque de cohérence a été critiqué. Apparemment, l'American Bar Association aurait commencé à rédiger une loi type afin d'établir un régime juridique pour réglementer les services de maternité de substitution.<sup>31</sup> Au Royaume-Uni, les parents génétiques peuvent s'adresser aux tribunaux pour se faire déclarer parents légaux d'un enfant né d'une mère porteuse.<sup>32</sup> Cette ordonnance doit être demandée dans les six mois qui suivent la naissance.

### Plusieurs parents

9. Même si, en règle générale, un enfant a au plus deux parents, dans les situations particulières où :

- o les parties auront conclu une entente avant la conception dans laquelle elles auront énoncé leur intention, elles auront déclaré un lien génétique ou biologique avec au moins un des futurs parents et elles auront manifesté l'intention que chacune d'entre elles ait la qualité de parent;
- o toutes les parties auront obtenu un avis juridique avant de conclure l'entente;
- o des mesures seront prises pour officialiser la filiation peu de temps après la naissance de l'enfant;

le tribunal devra, sur demande, prononcer une déclaration de filiation qui donnera acte à l'entente, sauf si elle est contraire à l'ordre public.

[57] Les cas de parents multiples mettent plus fréquemment en cause des couples de même sexe dont l'un des conjoints est donneur et désire devenir parent légal. Moins fréquemment, il s'agit d'une femme qui porte un enfant à terme pour le compte des futurs parents et qui désire continuer d'avoir la qualité juridique de parent, même après avoir remis l'enfant aux parents.

[58] Dans ces cas, il faut surtout se soucier de certitude et de clarté (1) dans l'intérêt supérieur de l'enfant, (2) pour les parents potentiels, (3) pour le donneur au plan de la filiation et (4) pour dissiper toute équivoque à l'égard des responsabilités et du statut juridiques en matière de successions, de prestations, de soutien, etc. Même s'il faudrait reconnaître les ententes de cette nature, les parties devraient être tenues de remplir certaines attentes et de respecter certaines restrictions. Peut-être faudrait-il un examen et une déclaration judiciaires pour établir un changement dans la filiation – comme ce qui est proposé pour les contrats de mère porteuse – afin de s'assurer que toutes les exigences de la loi ont été remplies et que l'entente est dans l'intérêt public. Par exemple, une entente qui viserait à limiter ou à supprimer l'obligation qu'a un « parent » proposé de subvenir aux besoins de l'enfant serait contraire à l'intérêt public et à l'intérêt supérieur de l'enfant.

## CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

[59] La démarche que nous proposons d'adopter ici est inspirée de la recommandation de la Law Commission de la Nouvelle-Zélande, laquelle permet à un donneur connu de décider de devenir parent<sup>33</sup> s'il satisfait certains critères et s'il franchit les deux étapes d'une démarche qui exige le consentement avant la conception ou la naissance et une approbation finale une fois qu'il est établi que le donneur est le parent génétique. La Commission suggère que les parties soient tenues de consulter au sujet des questions que suscite la famille qu'elles envisagent de former. Elles devraient également déclarer sous serment que le donneur sera parent génétique et parent légal. Les trois parties devraient également faire la preuve qu'elles ont chacune reçu un avis juridique indépendant.<sup>34</sup> La Victorian Law Reform Commission a recommandé un modèle semblable à celui de la Nouvelle-Zélande.<sup>35</sup>

[60] Millbank est également en faveur d'une démarche de déclaration volontaire dans les cas de parents multiples. Elle propose un moyen de reconnaître comme parent la partenaire conjugale lesbienne de la mère naturelle. Le donneur de sperme n'est pas le père, mais des parents additionnels pourront être reconnus avec le consentement de la mère naturelle et de la « co-mère ».<sup>36</sup>

[61] Kelly admet que<sup>37</sup> dans certaines situations, la personne qui a fait don de l'ovule ou des spermatozoïdes voudra jouer le rôle de parent avec la mère naturelle et sa ou son partenaire. Les cas de parents multiples sont certes rares, mais elle suggère de les reconnaître si les futurs parents ont consenti avant la conception à ce que le donneur (et son ou sa partenaire) exerce le rôle de parent. Un enfant pourrait ainsi avoir quatre parents. Toutefois, elle fait les mises en garde suivantes : la reconnaissance juridique d'une famille qui compte trois ou quatre parents ne devrait être possible que si la famille des deux mères est d'abord reconnue, étant donné que la reconnaissance juridique de plus de deux parents pourrait menacer la sécurité de la famille lesbienne. En effet, dans une telle situation, les tribunaux pourraient être tentés de traiter les donneurs de la même façon que les autres « pères », peu importe s'ils jouent un rôle minime dans la vie de l'enfant. Elle laisse entendre que peu de familles lesbiennes compte un troisième parent actif, c'est-à-dire le donneur. Elle soutient également que la reconnaissance de parents à l'extérieur du modèle biparental ne devrait pas remettre en question les présomptions de filiation en faveur de coparents non biologiques lesbiens.

[62] Pendant qu'il rédigeait le présent document, le groupe de travail a également reçu un avis stratégique qui recommandait une démarche de déclaration volontaire comprenant une entente claire avant la conception et une demande finale aux tribunaux après la naissance de l'enfant. Les personnes que nous avons consultées au sujet du modèle présupposant un maximum de deux parents et la possibilité de parents additionnels étaient également en faveur. Le groupe de travail est d'avis que la démarche proposée crée à toutes fins utiles une présomption selon laquelle un enfant a au plus deux parents, sous réserve de critères clairs et d'une déclaration judiciaire qui reconnaît des parents additionnels.

## PROCRÉATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE

### Questions d'ordre posthume

#### Reconnaissance posthume de la filiation

10. La nouvelle législation sur la filiation devrait :

- o permettre la reconnaissance posthume de la mère biologique, du père biologique ou d'un autre parent si l'analyse de l'ADN ou une autre preuve établit l'existence d'un lien génétique ou d'une filiation dans des circonstances qui répondent à l'une des présomptions de filiation prévues par la *Loi*;
- o permettre d'appliquer le droit actuel pour déterminer les droits d'un enfant dans cette situation en matière de successions non testamentaires, de prestations, de recours pour les personnes à charge, etc.

[63] La loi uniforme actuelle traite de la situation d'une personne (l'enfant) qui demande la reconnaissance de son lien de filiation après le décès de l'autre personne (le parent). Elle est incomplète en raison du fait qu'elle porte uniquement sur la filiation paternelle, et non sur la filiation maternelle, et qu'elle ne tient pas compte des enfants nés d'une technique de PMA dans des circonstances qui répondent à l'une des présomptions prévues par la *Loi*.

[64] Les droits que conférerait cette reconnaissance seraient généralement assujettis aux lois applicables aux personnes à charge, aux successions ab intestat et aux testaments. Dans ces cas, nous présumons que la personne existe et qu'elle peut ou non se prévaloir des prestations qu'elle demande au moment du décès de l'autre. Cette situation est différente de la procréation post mortem, car la conception de l'enfant peut avoir lieu après le décès du donneur.

#### Procréation post mortem<sup>38</sup>

11. Un enfant devrait être reconnu comme la fille ou le fils d'une personne décédée s'il a été conçu à l'aide d'une technique de PMA après le décès de celle-ci et si le futur parent :

- o a consenti sans équivoque à ce que du matériel reproductif soit utilisé pour concevoir un ou des enfants post mortem;
- o a déclaré sans équivoque que les enfants en question doivent ou ne doivent pas être considérés comme ses descendants pour les besoins du droit successoral ou d'autres prestations afin que les gens puissent organiser leurs affaires de façon à clarifier la situation pour les personnes à charge vivantes;
- o a pris des mesures dans un délai prescrit pour que l'enfant ait droit à sa succession ou à d'autres prestations, sous réserve de toute prorogation accordée par le tribunal dans des circonstances exceptionnelles, ou a procédé à une répartition de fonds en tenant compte d'un enfant futur.

## CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

[65] Même s'il peut y avoir des motifs valables au plan social pour permettre qu'un enfant né à l'aide d'une technique de PMA après le décès d'un parent soit reconnu comme l'enfant de celui-ci, il faut trouver le moyen de rendre la situation claire et certaine pour l'enfant ainsi que pour tous les autres enfants et les personnes à charge du futur parent.

[66] L'examen de la jurisprudence et de la législation étrangères donne à penser que le matériel reproductif ne devrait pas être considéré comme un simple bien, que l'intention du donneur quant à l'utilisation du matériel génétique doit être sans équivoque et que le matériel doit être utilisé dans des circonstances appropriées. Certains font valoir que les enjeux sociaux et moraux que soulève la procréation post mortem vont au-delà des droits des auteurs et touchent les intérêts et le mieux-être des enfants que la pratique a permis de concevoir.

[67] Dans la plupart des cas de PMA au Canada, la personne décédée devra avoir consenti à devenir parent ou à agir comme parent de l'enfant, comme l'exige actuellement la réglementation canadienne sur la PMA.<sup>39</sup>

[68] À l'heure actuelle, le droit canadien ne prévoit aucun délai pour l'utilisation du matériel génétique. Dans le contexte de la procréation post mortem, cette situation pourrait avoir des conséquences sur les successions et sur d'autres droits, compte tenu de questions comme la règle interdisant les dévolutions perpétuelles qui, en common law, invalide des droits qui deviendront acquis à un moment éloigné dans le futur (par exemple, la vie en cours plus 21 ans). Certaines administrations ont légiféré pour renverser cette règle au moyen de dispositions législatives modernes.<sup>40</sup> Voir le débat au sujet des successions ab intestat pour un examen plus approfondi de la façon de remédier à ces conséquences.

[69] Au Royaume-Uni, la filiation posthume peut être reconnue, mais un enfant posthume ne peut pas bénéficier des avantages que lui conférerait le statut d'enfant de père décédé.<sup>41</sup> Cette façon de procéder semble ne pas tenir compte de l'intention expresse des parties et ne pas être dans l'intérêt supérieur de l'enfant à naître. Il est donc recommandé que la loi uniforme permette de reconnaître la qualité de parent et de tenir compte des conséquences de ce statut, notamment en matière de successions, avec certaines restrictions pour dissiper tout doute et pour protéger les droits des enfants et des personnes à charge vivants, dans la mesure où la démarche proposée est suivie. Ces dispositions seraient semblables à celles que l'on trouve dans les mesures législatives sur l'aide aux personnes à charge qui impartissent des délais pour présenter des demandes à la succession de la personne décédée.<sup>42</sup>

[70] En vertu de ce régime législatif, si l'enfant était conçu d'une façon différente de la démarche reconnue, les parties pourraient quand même régler certaines questions de gré à gré en trouvant un autre moyen de subvenir aux besoins d'un enfant futur.

### Implantation par erreur

12. Les règles et les présomptions de filiation s'appliqueraient dans ces cas, mais la filiation pourrait être changée au moyen d'une ordonnance du tribunal portant adoption ou déclaration de filiation s'il est établi que cela serait dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

## PROCRÉATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE

[71] Les implantations par erreur sont relativement rares, mais il faudrait faire la lumière sur le statut de l'enfant, des parents et des donneurs afin de dissiper tout doute pour l'enfant et pour les autres parties. Dans le rapport qu'elle a présenté en 2005, la Law Commission de la Nouvelle-Zélande a recommandé<sup>43</sup> que le *Status of Children Act* soit modifié afin de prévoir les cas d'embryon implanté par erreur, d'ovule fécondé par erreur ou d'insémination par erreur. La Commission a avancé que le tribunal pourrait avoir le pouvoir de rendre des ordonnances octroyant ou révoquant la filiation légale de quiconque au sein d'un groupe d'adultes qui ont le droit d'exercer le rôle de parent auprès de l'enfant à naître, s'il en va de l'intérêt supérieur de l'enfant et compte tenu des critères établis.

## V. Mesures législatives qui pourraient être touchées par des décisions sur des questions de principe en matière de filiation

[72] Même si le groupe de travail n'a pas été invité à se pencher sur des questions législatives autres que la filiation, il est devenu évident pendant nos délibérations que d'autres mesures législatives allaient être touchées ou pourraient être nécessaires pour régler des questions juridiques découlant de la filiation, compte tenu des recommandations qui sont formulées dans le présent document de travail sur la filiation. Nous donnons quelques exemples ci-dessous. Toutefois, les administrations qui voudront adopter une loi inspirée du projet de loi uniforme devront passer en revue attentivement toutes leurs lois qui ont une incidence sur les droits des enfants et des familles.

[73] **Tissus humains** – Y a-t-il incompatibilité entre les mesures législatives provinciales et territoriales en vigueur sur les tissus humains et la *Loi sur la procréation assistée* du Canada? Les termes « tissus » et « transplantation » peuvent être interprétés de façon suffisamment large pour englober le prélèvement d'ovules, de spermatozoïdes ou d'embryons du corps humain avant ou après le décès. À titre d'exemple, voici la définition de ces deux termes dans le *Human Tissue Gift Act*<sup>44</sup> de la Saskatchewan :

(c) « **tissus** » désigne notamment un organe, mais ne comprend pas la peau, les os, le sang, les fractions sanguines ni les autres tissus qui se remplacent par un processus naturel de régénération;

(d) « **transplantation** » désigne, dans sa forme nominale, l'enlèvement de tissus d'un corps humain avant ou après le décès et leur implantation dans un corps humain vivant, et il a un sens idoine dans ses autres formes. [TRADUCTION]

[74] Les lignes directrices australiennes donnent à penser que le prélèvement de gamètes ou de spermatozoïdes après le décès est assujéti à la loi.

[75] **Successions ab intestat** – En novembre 2008, la Commission manitobaine de réforme du droit a publié un rapport qui traite des questions relatives aux droits des enfants nés après le décès d'un parent.<sup>45</sup>

## CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

[76] Les successions non testamentaires au Manitoba sont régies par la *Loi sur les successions ab intestat*.<sup>46</sup>

[77] Dans le rapport<sup>47</sup> :

Selon la définition du paragraphe 1(1) de la *Loi*, le terme « descendant » désigne « tous les descendants en ligne directe d'une personne jusqu'à la dernière génération ». Étant donné qu'il est apparenté biologiquement à la personne, on pourrait donc conclure qu'un enfant conçu post mortem est un « descendant en ligne directe », mais la *Loi* précise ce qui suit :

1(3) Les parents de l'intestat conçus avant son décès et nés vivants après celui-ci héritent comme s'ils étaient nés du vivant de l'intestat.

La *Loi* est cependant muette au sujet des parents qui sont conçus et qui sont nés après le décès de l'intestat. La *Loi* fait également mention des « successeurs survivants » dans d'autres dispositions.

Dans deux affaires connexes qui ont été instruites aux États-Unis, on a plaidé, au nom d'enfants conçus post mortem, que le libellé des lois sur les successions en vigueur dans les États en question qui était semblable à celui de la loi manitobaine pouvait être interprété de façon à inclure ces enfants dans la définition de « descendants » ou de « successeurs survivants ».

Dans l'affaire *Finley v. Astrue*,<sup>48</sup> une veuve a fait valoir que son enfant né à la suite d'une FIV avait droit à la succession ab intestat hypothétique de son époux même s'il était né après le décès de celui-ci, parce qu'il avait été conçu de son vivant. Elle plaidait que la conception coïncidait avec la fécondation, qui avait eu lieu dans une boîte de Petri pendant que son époux était encore en vie. Les embryons congelés avaient été décongelés et avaient été implantés dans son utérus onze mois après le décès de son époux. L'enfant est né en mars 2003, mais le père est décédé en juillet 2001. Le tribunal a statué que le législateur de l'État de l'Arkansas ne pouvait pas avoir eu l'intention d'inclure la technique de la FIV dans la définition de la conception lorsqu'il a adopté sa loi sur les successions ab intestat [qui comprend une disposition presque identique au paragraphe 1(3) de la loi manitobaine] en 1969, étant donné que cette technique était inconnue à cette époque-là. Le tribunal a donc établi que la conception était réputée avoir eu lieu au moment de l'implantation de l'embryon. À son avis, définir la procréation comme l'avait fait la mère de façon à conférer aux enfants conçus après le décès du père un droit à l'égard de la succession ab intestat de celui-ci mettrait en cause des questions d'ordre public qui sont l'apanage du législateur.

On pourrait également faire remarquer que si le tribunal avait fait droit à l'interprétation proposée, les enfants conçus post mortem à l'aide de la FIV pourraient bénéficier d'une succession ab intestat, mais pas ceux qui seraient nés

## PROCRÉATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE

par insémination artificielle. Voilà certes un exemple de traitement différencié indésirable en vertu de la loi.

Dans l'affaire *Khabbaz v. Commissioner, Social Security Administration*,<sup>49</sup> on plaidait qu'une enfant conçue post mortem par insémination artificielle des spermatozoïdes cryoconservés de son père et née deux ans après le décès de celui-ci était une « descendante survivante » pour les besoins de sa succession ab intestat hypothétique. Le tribunal du New Hampshire a statué que le sens usuel du mot « survivant » est « qui demeure en vie ou en existence ». Pour que l'enfant soit demeurée en vie ou en existence après le décès de son père, il aurait nécessairement fallu qu'elle soit « vivante » ou « en existence » au moment de son décès, ce qu'elle n'était pas.

[78] Cette jurisprudence ne lierait pas évidemment les tribunaux du Manitoba. Par conséquent, il semble que la loi ne s'applique pas à l'enfant né à l'aide d'une technique de PMA après le décès d'un parent.<sup>50</sup>

[79] Les conséquences d'une naissance posthume ne se limitent pas aux testaments et aux successions, elles se répercutent également sur les assurances et les autres prestations. Par exemple, des prestations de sécurité sociale ont été réclamées et accordées dans une affaire où il s'agissait de déterminer qui avait droit à une indemnisation en tant qu'enfant à charge d'un travailleur décédé au travail. Les décisions les plus récentes qui ont été rendues aux États-Unis n'ont pas accordé le droit aux prestations de ces régimes.<sup>51</sup>

[80] La décision dans l'affaire *Woodward v. Commissioner of Social Security*<sup>52</sup> peut nous être très utile en raison de l'analyse minutieuse qu'elle contient. Elle mettait en cause des jumeaux nés deux ans après le décès de leur père par insémination artificielle du sperme cryoconservé de celui-ci. La Supreme Judicial Court du Massachusetts s'est penchée sur leur demande de prestations de sécurité sociale.<sup>53</sup>

[81] Le tribunal a fait remarquer que les positions des deux parties en cause étaient diamétralement opposées. Selon le représentant des jumeaux, dès qu'un lien biologique était prouvé, les enfants conçus post mortem devaient toujours jouir de droits à l'égard de la succession ab intestat, alors que la Sécurité sociale était d'avis que ces enfants ne devaient jamais être habiles à exercer ces droits. Aux yeux du tribunal, ni l'une ni l'autre de ces positions n'était défendable.

[82] La disposition pertinente de la loi sur les successions non testamentaires de l'État édictait simplement que [TRADUCTION] « les enfants posthumes sont réputés avoir été vivants au décès de leur parent,<sup>54</sup> et elle était en vigueur depuis 165 ans. Elle ne faisait aucune distinction entre les enfants posthumes conçus avant et après le décès. Par conséquent, le tribunal ne s'est pas senti contraint par le libellé de la loi et il a statué que les enfants conçus post mortem devaient avoir des droits en matière de successions ab intestat, mais avec certaines restrictions. Ils ne devraient être systématiquement admis à succéder du simple fait de l'existence d'un lien biologique, mais la preuve de ce lien devrait être le premier critère à remplir par tout requérant. Il serait ainsi possible de prévenir les réclamations frauduleuses contre une succession, parce que

## CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

les mesures législatives sur les successions non testamentaires ont pour objet de transmettre le patrimoine aux époux, aux conjoints de fait et aux parents par le sang.

[83] Le tribunal a précisé qu'il fallait prendre en considération et concilier trois grands enjeux : l'intérêt supérieur des enfants, la bonne administration des successions et les droits de procréation des parents génétiques.<sup>55</sup>

[84] La Law Reform Commission de la Nouvelle-Galles du Sud, en Australie, a recommandé que les enfants conçus post mortem n'aient aucun droit à l'égard d'une succession ab intestat.<sup>56</sup> Cette exclusion a apparemment pour but d'éliminer les délais dans le règlement des successions et de simplifier celui-ci.

[85] En Floride, un enfant conçu post mortem peut hériter d'un parent décédé seulement si celui-ci a testé en sa faveur de façon à faire part de son intention et à faire en sorte que les personnes chargées de l'administration de sa succession soient au courant des difficultés potentielles.<sup>57</sup> La Californie a adopté des règles détaillées afin d'accorder des droits en matière de successions ab intestat aux enfants conçus post mortem. Ces règles exigent un consentement écrit, un avis écrit à la succession de la disponibilité du matériel génétique du défunt et un délai dans la répartition de la totalité ou d'une part de la succession.<sup>58</sup>

[86] Les solutions envisageables sont donc les suivantes :

- Édicter expressément que les enfants conçus post mortem ne peuvent pas être bénéficiaires d'une succession ab intestat pour dissiper toute incertitude. Par contre, dans les cas où le défunt aurait expressément légué des biens à un enfant posthume, cette solution ne répondrait pas aux besoins en matière de politiques ni à l'impératif de cohérence, et elle empêcherait de mettre à exécution l'intention du testateur.
- Permettre aux enfants conçus post mortem de recevoir une part des biens successoraux non répartis. Mais cette solution pourrait provoquer une répartition hâtive ou exagérément tardive pour faire face aux conséquences d'une naissance posthume. Elle pourrait s'appliquer aux successions non testamentaires et testamentaires si la part de l'enfant à naître est sans équivoque.
- Adopter des dispositions détaillées qui permettraient à l'enfant d'être bénéficiaire d'une succession ab intestat ou d'un testament, comme l'a fait la Californie. Cette façon de procéder exigerait que le parent ait clairement consenti à devenir parent et à ce que l'enfant soit bénéficiaire, que la conception et la naissance aient lieu dans un délai prescrit, qu'on fasse la preuve de la naissance et du lien génétique avec le parent décédé et qu'on donne un avis aux parties intéressées. En outre, elle pourrait prévoir qu'une part de la succession devrait être répartie et qu'une autre part devrait être retenue de façon à ne pas causer de préjudice aux personnes vivantes qui pourraient avoir besoin du soutien financier du défunt et qui ne devraient pas être pénalisées.

### **Aide aux personnes à charge**

[87] Dans son projet, la Commission manitobaine de réforme du droit propose de traiter de façon semblable les droits successoraux et les droits à l'aide aux personnes à charge dont jouissent les enfants conçus post mortem.<sup>59</sup>

[88] En particulier, la Commission a recommandé que la *Loi sur l'aide aux personnes à charge*<sup>60</sup> soit modifiée afin d'inclure dans la définition du mot « enfant » un enfant conçu et né vivant après le décès d'un parent aux conditions suivantes :

- les enfants conçus post mortem devront avoir été conçus dans les deux ans de la délivrance des lettres d'homologation du testament ou des lettres d'administration;
- sous réserve du pouvoir discrétionnaire du tribunal de proroger le délai imparti pour donner avis, l'utilisateur potentiel devra donner un avis écrit, dans les six mois de la délivrance des lettres d'homologation du testament ou des lettres d'administration, au représentant personnel de la succession et aux personnes dont les droits dans la succession pourraient être touchés afin de leur indiquer qu'il existe du matériel gamétique pour les besoins de la procréation post mortem;
- la preuve du lien biologique entre l'enfant conçu post mortem et le parent décédé devra être faite;
- le parent décédé devra avoir consenti dans un écrit daté et revêtu de sa signature à ce que le matériel gamétique soit utilisé pour les besoins de la procréation post mortem et à ce que tout enfant conçu post mortem puisse bénéficier de l'aide aux personnes à charge.<sup>61</sup>

**Testaments et successions** – Il sera peut-être nécessaire d'apporter certaines modifications pour imposer au testateur et à l'avocat une obligation de diligence raisonnable de sorte qu'ils soient tenus d'aborder la question de possibles enfants posthumes ou de sorte que l'avocat soit tenu de s'informer de la possibilité qu'il existe des enfants posthumes afin de dissiper tout doute quant aux intentions du testateur.

**Statistiques de l'état civil** – Non seulement les lois sur les statistiques de l'état civil devront-elles être compatibles avec la nouvelle législation sur la filiation, mais elles devront aussi faire en sorte que les renseignements contenus dans les registres des naissances soient pertinents. En cas de recours à une technique de PMA, faudrait-il inclure des renseignements pour que l'enfant puisse consulter le registre de Procréation assistée Canada ou pour qu'il soit en mesure de s'informer sur l'état de santé du donneur, d'entreprendre des démarches pour trouver ses frères et sœurs ou d'éviter de se marier avec une personne qui est liée à lui par le sang?

**Loi sur la procréation assistée du Canada** – Cette loi devrait être étoffée du point de vue de la conservation des dossiers. À l'heure actuelle, les mesures législatives sur la PMA contiennent peu de dispositions sur les critères et les pouvoirs en matière d'information. Au fur et à mesure

## CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

que la PMA deviendra un moyen courant de fonder une famille, il faudra peut-être se demander à nouveau quels dossiers sont de nature à répondre aux besoins des médecins, des donneurs, des donataires et des enfants. À titre d'exemple, lorsqu'un enfant a besoin de renseignements pour savoir si le donneur a connu des ennuis de santé après le don, on ne dispose actuellement d'aucun moyen pour retrouver cette information.

## VI. Résumé du projet de loi uniforme

[89] Le *Uniform Child Status Act* actuel a été adopté en 1992 par la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada. Après un examen, il a été établi que la loi avait besoin d'être retouchée au plan grammatical et d'être mise à jour pour intégrer la terminologie des nouvelles techniques de PMA et pour tenir compte de l'évolution de la cellule familiale. Il est donc recommandé d'abroger la loi actuelle et de la remplacer par une nouvelle loi uniforme qui :

- i. contiendra de nouvelles définitions, comme « procréation assistée » et « mère naturelle »;
- ii. reprendra la disposition actuelle sur les mariages nuls et annulables;
- iii. décrira le champ d'application du statut de parent sous le régime de la loi;]
- iv. statuera exclusivement pour l'avenir;
- v. édictera des règles de filiation qui:
  - s'appliqueront à la mère naturelle et au père présumé qui n'ont pas eu recours à la procréation assistée;
  - s'appliqueront à la mère naturelle et à son ou sa partenaire qui ont eu recours à la procréation assistée ou lorsque la personne a été déclarée parent;
  - permettront que des parents additionnels soient déclarés s'il y a eu recours à la procréation assistée;
  - énonceront que l'adoption change la filiation conformément au droit de la province ou du territoire;
  - permettront de changer la filiation au moyen d'une ordonnance déclaratoire dans les cas de maternité de substitution;
  - prévoiront que les liens de parenté seront établis en fonction des liens susmentionnés;
  - préciseront qu'aucune distinction ne devra être faite entre la situation d'un enfant né d'un mariage et celle d'un enfant né hors mariage (la loi uniforme actuelle est muette au sujet des points 2, 3 et 5 ci-dessus);
- vi. conservera les présomptions de paternité génétique à l'égard des enfants nés sans recours à la procréation assistée, mais précisera que ces présomptions ne s'appliquent pas dans les cas de procréation assistée (contenu de l'article 9 de la loi uniforme actuelle);

## PROCRÉATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE

- vii. énoncera les présomptions en cas de procréation assistée afin de tenir compte de la situation du partenaire marié ou faisant vie commune avec la mère naturelle au moment de la conception ou de la naissance de l'enfant et de la personne qui a consenti à devenir parent (le consentement présumé par la vie commune est sous-entendu, mais cette présomption ne s'applique pas dans les cas de maternité de substitution lorsque la mère naturelle renonce à ses droits);
- viii. permettra que des déclarations soient faites sur demande au tribunal ou de l'initiative de celui-ci statuant qu'une personne est ou n'est pas le parent d'un enfant (aucune demande ne sera recevable après l'adoption);
- ix. prescrira qu'une personne ne devient pas parent par le simple don de spermatozoïdes ou d'un ovule, mais fera exception pour les personnes qui fournissent du matériel génétique pour leurs propres besoins;
- x. traitera de la maternité de substitution d'abord en prescrivant que les contrats de mère porteuse ne sont pas susceptibles d'exécution, puis en indiquant la façon de déterminer la filiation dans les cas de maternité de substitution lorsque la mère porteuse renonce à sa qualité de parent en faveur des futurs parents (elle impartira un délai précis après la naissance pour présenter une demande d'ordonnance déclaratoire et elle précisera qu'au moins un des futurs parents devra être lié génétiquement à l'enfant et que l'enfant sera réputé être l'enfant des futurs parents sur jugement déclaratoire du tribunal);
- xi. traitera des cas où la mère porteuse désire continuer d'être parente légale avec les futurs parents (une demande devra être présentée dans le délai imparti après la naissance);
- xii. permettra de reconnaître un parent additionnel dans les situations qui mettent en cause un donneur, la mère naturelle et son ou sa partenaire, à condition que toutes les parties y consentent avant la conception, qu'un lien génétique soit établi avec un futur parent et que le donneur accepte de devenir parent (toutes les parties devront obtenir un avis juridique avant de conclure l'entente et la demande devra être présentée dans le délai imparti après la naissance);
- xiii. permettra au tribunal de prononcer une déclaration de filiation si les critères susmentionnés ont été remplis, sauf si elle est contraire à l'intérêt public;
- xiv. traitera des analyses sanguines et génétiques visant à établir la paternité, des conséquences d'un refus, etc.; traitera des nouveaux éléments de preuve et des effets d'une nouvelle ordonnance.

## Annexe A – Examen de la jurisprudence

### **Présomption de filiation**

*C.(P.) v. L.(S.)*, 2005 SKQB 502, 273 Sask. R. 127, 262 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 157 (CBR Sask.) – La présomption de l'article 45 de la *Loi sur le droit de l'enfance*, une présomption de paternité en faveur de la personne qui fait vie commune avec la mère au moment de la naissance, n'accordait aucun droit parental, car elle était réfutable et elle avait une simple nature probante. La demande fondée sur la *Charte* visant à faire bénéficier de cette présomption une femme qui faisait vie commune avec la mère au moment de la naissance de l'enfant n'est pas un recours admissible en vertu de la *Charte*, étant donné que le tribunal ne peut pas influencer sur les principes fondamentaux de la biologie qui sont à la base des présomptions simplement par souci d'assurer un traitement égal en vertu de la loi.

### **Déclaration ou reconnaissance de filiation**

*Fraess v. Alberta*, 2005 ABQB 889, 278 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 187, 23 R.F.L. (6<sup>th</sup>) 101 (CBR Alb.) – La qualité de parent est automatiquement reconnue au conjoint du même sexe dans certaines circonstances.

*Gill v. British Columbia (Ministry of Health)*, 2001 CarswellBC 3164, [2001] BCHRT n° 34 – Deux lesbiennes voulaient être inscrites comme parents dans les statistiques de l'état civil – Le refus équivaut à une distinction fondée sur l'orientation sexuelle et l'état matrimonial et à de la discrimination fondée sur les mêmes motifs envers les enfants, car il les prive du droit d'avoir les noms de leurs deux parents inscrits au registre des naissances.

*Rutherford. v. Ontario (Deputy Registrar General)* (2006), 270 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 90, 81 O.R. (3<sup>rd</sup>) 81, 30 R.F.L. (6<sup>th</sup>) 25 (CSJ Ont.) – On a refusé d'inscrire comme partenaires de la mère naturelle dans les statistiques de l'état civil plusieurs lesbiennes dont les enfants avaient été conçus par insémination du sperme d'un donneur anonyme – Le juge a statué que les dispositions sur l'enregistrement des naissances de la *Loi sur les statistiques de l'état civil* étaient nulles, parce qu'elles étaient discriminatoires envers les coparents en raison de leur sexe, ce qui est contraire à la *Charte*.

*A.A. v. B.B.*, (2007) ONCA 2 (CanLII); demande d'autorisation d'appel à la CSC rejetée : 2007 CSC 40, [2007] 3 R.C.S. 124 (Cour d'appel de l'Ontario) – Exerçant sa compétence *parens patriæ*, la cour a statué qu'elle pouvait déclarer qu'un enfant avait trois parents en se basant sur l'intérêt supérieur de l'enfant. La CSC a refusé d'accorder l'autorisation d'appel et a statué que la décision de la Cour d'appel de l'Ontario était fondée uniquement sur la compétence *parens patriæ* des tribunaux (juge Lebel).

*D.(K.G.) v. P.(C.A.)*, [2004] O.J. n° 3508 [QL], 2004 CarswellOnt 8819 (CSJ Ont.) – Le père génétique d'un enfant né par fécondation in vitro en vertu d'un contrat de mère porteuse au terme duquel la mère naturelle et son époux s'étaient engagés à ne pas être reconnus comme parents de

## PROCRÉATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE

l'enfant a demandé une ordonnance dans le but d'être déclaré l'unique parent de celui-ci. La mère naturelle n'était pas liée génétiquement à l'enfant (l'ovule d'une donneuse anonyme avait été utilisé), et elle avait accepté de ne pas être déclarée mère de l'enfant. Le tribunal a statué que le père génétique devait être inscrit au registre comme parent unique.

*Ontario Birth Registration No. 88-05-045846, Re*, [1990] O.J. No. 608 [QL], 1990 CarswellOnt 3834 (CP Ont.) – Les parties avaient conclu une entente en vertu de laquelle la mère naturelle s'était engagée à porter un enfant conçu par insémination artificielle à l'aide du sperme de l'époux de sa mère (c.-à-d. le beau-père de la mère naturelle). Toutes les parties s'étaient également engagées à acquiescer à une ordonnance d'adoption, par laquelle la mère et le beau-père de la mère naturelle allaient être déclarés les parents légaux de l'enfant et allaient obtenir la garde de celui-ci. Après la naissance, la mère et le beau-père de la mère naturelle ont demandé une ordonnance d'adoption, mais la mère naturelle s'y est opposée et a refusé de reconnaître que son beau-père était le père de l'enfant, pour les besoins de l'enregistrement de la naissance. Le tribunal a statué que la demande d'adoption devait être accordée, car les circonstances donnaient à penser que l'adoption serait dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

*Zegota v. Zegota-Rzegocinski* (1995), 10 R.F.L. (4<sup>th</sup>) 384, [1995] O.J. No. 204 [QL], 1995 CarswellOnt 75 (DG Ont.) – Enfant conçu par PMA (sperme d'un donneur) avec le consentement des deux parties. Le divorce a été accordé avant la naissance de l'enfant. Une ordonnance a été rendue pour modifier l'acte de naissance afin d'y indiquer que l'ex-époux était le père de l'enfant et afin de changer le nom de famille de l'enfant pour y ajouter celui du père. L'ex-épouse voulait faire enlever le nom de son ex-époux de l'acte de naissance. Le tribunal a statué en faveur de l'ex-époux, et celui-ci a obtenu des droits de visite abondants avec l'enfant et l'accès sans restrictions à ses dossiers scolaires et médicaux.

*R.(J.) v. H.(L.)*, [2002] O.J. No. 3998 [QL], 2002 CarswellOnt 3445 (CSJ Ont.) – Les parties avaient conclu un contrat de mère porteuse qui a abouti à la naissance de jumeaux. La preuve provenant de l'analyse de l'ADN a confirmé que J.R. et J.K. étaient la mère et le père génétiques des jumeaux. Après la naissance des enfants, la mère naturelle, L.H., et son époux, G.H., ont acquiescé à une demande adressée au tribunal dans le but de faire déclarer que J.R. et J.K. étaient les parents des jumeaux. Le tribunal a fait droit à la demande.

Rupture à la suite d'un contrat tripartite : *C.(M.A.) v. K.(M.)*, 2009 ONCJ 18 (CJ Ont.) – Les trois parents avaient conclu une entente pour donner naissance à un enfant et pour l'adopter. Ils prévoyaient fonder une famille triparentale, comme le permet l'arrêt *A.(A.) c. B.(B.)* (susmentionné), et ils désiraient obtenir une adoption tripartite. À la suite de la rupture de la relation avec le père biologique, les femmes ont limité son accès à l'enfant et elles ont demandé d'adopter l'enfant sans le consentement du père. Le tribunal ne le leur a pas permis. Voici comment la juge s'est exprimée au sujet de l'intérêt supérieur de l'enfant, aux paragraphes 36 et 37 de sa décision :

[TRADUCTION] *Notre tribunal voit toutes sortes de structures familiales. En l'absence d'une disposition législative contraire expresse, la famille nucléaire qui se compose de deux parents et d'un enfant ne bénéficie d'aucune préférence particulière quand le tribunal se penche sur l'intérêt supérieur de l'enfant. En*

## CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

*fait, un enfant peut avoir plus ou moins de deux parents, au sens du droit de la famille.*

*Deuxièmement, il est bien établi en droit que lorsqu'il s'agit de l'intérêt supérieur d'un enfant, le tribunal n'a pas à se demander quel genre de famille les parents désirent. Il doit tenir compte uniquement de l'intérêt de l'enfant.*

*D.(M.) v. L.(L.)* (2008), 90 O.R. (3<sup>rd</sup>) 127, 52 R.F.L. (6<sup>th</sup>) 122 (CSJ Ont.) – Les demandeurs M.D. et J.D. ont conclu un contrat de maternité de substitution avec des amis, L.L. et I.L., étant donné que M.D. était incapable d'avoir des enfants. Les demandeurs désiraient être inscrits au registre à titre de parents, et ils ont demandé au tribunal de prononcer une déclaration de filiation en leur faveur. Les demandeurs ont été déclarés parents, car la filiation n'est pas établie uniquement en fonction de critères génétiques. En effet, la définition de la filiation sous le régime de la *Loi portant réforme du droit de l'enfance* n'était pas fondée exclusivement sur le lien biologique. Le tribunal ne s'est pas prononcé sur la validité du contrat de maternité de substitution. Dans une affaire antérieure, *R.(J.) v. H.(L.)* (susmentionnée), une telle déclaration avait aussi été accordée sur consentement et le tribunal avait déclaré que l'enfant avait plus d'une mère. Dans l'affaire *O'Driscoll v. McLeod* (1986), 10 BCLR (2d) 108 (CSCB), le tribunal avait compétence pour prononcer des déclarations de paternité exécutoires. Dans ce cas aussi, la mère porteuse avait consenti.

*C.(J.) v. Manitoba*, 2000 MBQB 173, 151 Man. R. (2<sup>nd</sup>) 268, 12 R.F.L. (5<sup>th</sup>) 274 (CBR Man.) – Les parents génétiques ont demandé une déclaration afin d'obliger le personnel de l'hôpital présent à la naissance de remplir les documents attestant que les demandeurs étaient les parents naturels et légaux des enfants mis au monde par la mère porteuse. Le tribunal s'en est remis à la *Loi sur les statistiques de l'état civil* et il a statué qu'en vertu de celle-ci, la « mère » était la personne qui avait donné naissance. Il a conclu que le législateur avait disposé sans équivoque qu'une déclaration de paternité ou de non-paternité aurait pu être prononcée avant la naissance de l'enfant. Le tribunal a ajouté qu'une ordonnance similaire ne pouvait pas être rendue à l'égard de la maternité, et il a refusé de faire droit à la demande.

Au paragraphe 45 de sa décision dans l'affaire *C.(M.A.) v. K.(M.)* susmentionnée, la Cour de justice de l'Ontario a insisté sur le principe consacré selon lequel il n'était pas lié par les stipulations d'un contrat familial dans les causes de garde et de droits de visite. Dans la décision *Ligate v. Richardson* (1997), 34 OR (3d) 423, par. 59, le juge Moldaver a cité l'arrêt *Woodhouse v. Woodhouse* (1996), 29 OR (3d) 417 (CA Ont.) et a réitéré le principe bien établi selon lequel les ententes de séparation ne lient pas les tribunaux, parce que ce sont les intérêts des enfants, et non ceux des parents, qui sont en cause, comme a statué la Cour suprême dans les arrêts *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670 (CSC), et *Droit de la famille – 1150*, [1993] 4 R.C.S. 141 (CSC). Il a ajouté qu'il placer les stipulations de l'entente dans le contexte de l'ensemble des faits et des circonstances anciens et nouveaux pour déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant.

## PROCRÉATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE

## Responsabilité parentale

Un tribunal australien a ordonné à une mère porteuse de payer une pension alimentaire pour enfant – Article paru le 25 janvier 2009.

*Rose v. Secretary of State for Health and Human Fertilization and Embryology Authority* [2002] EWHC 1593 (Admin), [2002] 2 Fam Law Rep. 962 (H.C.J. – Q.B. Div.) – Dans cette affaire anglaise, une femme née à la suite d'un don de sperme s'est adressée au tribunal pour qu'on lui divulgue de l'information au sujet de son père génétique. Voir aussi l'article par Hilary Young intitulé *In Search of Identity, Reconciling the Interests of Gamete Donors and Their Offspring in the Disclosure of Identifying Information About the Donor*, qui est tiré d'un document de travail présenté à l'occasion de l'International Conference on New Reproductive and Genetic Technologies, qui a eu lieu à Nanaimo, en Colombie-Britannique, le 26 mai 2007.

<sup>1</sup> Gunby, J., F. Bissonnette et C. Librach. « Assisted reproductive technologies in Canada: 2005 results from the Canadian Assisted Reproductive Technologies Register », (2008) 91 *Fertility and Sterility*, 1721. Selon cette étude, le recours à un traitement de PMA est le plus souvent justifié par l'infertilité de l'homme ou par celle de la femme.

<sup>2</sup> Dans le présent document, la conception qui a lieu à la suite de rapports sexuels entre un homme et une femme qui sont les parents biologiques de l'enfant est appelée la « procréation naturelle » et la conception qui a lieu sans rapports sexuels est appelée la « procréation médicalement assistée » ou la « reproduction assistée ». Les auteurs sont conscients que certaines personnes peuvent se sentir mal à l'aise de dire qu'une forme de reproduction est « naturelle », mais cette expression a été retenue pour abréger et simplifier la terminologie utilisée dans le document. Si elles le désirent, les administrations pourront employer des termes moins controversés dans leurs communications publiques et dans le libellé des mesures législatives qu'elles adopteront.

<sup>3</sup> On estime que des couples de même sexe sont en cause dans 30 % des cas. De plus, la méthode la plus couramment employée par les couples de lesbiennes et par les femmes seules pour concevoir un enfant serait apparemment la reproduction assistée au moyen de spermatozoïdes d'un donneur anonyme. Kelly, Fiona. « Nuclear Norms or Fluid Families? Incorporating Lesbian and Gay Parents and their Children into Canadian Family Law » (2004) 21 *Revue canadienne de droit familial*, 133-178.

<sup>4</sup> Norris, Sonya, *Reproductive Infertility: Prevalence, Causes, Trends and Treatments*, PRB 00-32E, Ottawa, Service d'information et de recherche parlementaires, Bibliothèque du Parlement, Ottawa, 2 janvier 2001.

<sup>5</sup> *Ibid.* (couples incapables de procréer au bout de deux ans).

<sup>6</sup> Ross, Lori E., Leah S. Steele et Rachel Epstein. « Lesbian and bisexual women's recommendations for improving the provision of assisted reproductive technology services » (2006) 86 *Fertility and Sterility*, 735. (Le coût approximatif des services de don de sperme en vue de l'insémination varie de 700 à 950 \$CAN par cycle à Toronto.)

<sup>7</sup> Ross, Lori E., Leah S. Steele et Rachel Epstein. « Service Use and Gaps in Services for Lesbian and Bisexual Women During Donor Insemination, Pregnancy, and the Postpartum Period » (2006) *JOGC* 505. (Cet article traite du choix limité qui s'offre aux femmes qui ne sont pas de race blanche ou dont le partenaire n'est pas de race blanche et qui désirent avoir un enfant ayant des antécédents ethniques et culturels particuliers. Les auteures mentionnent aussi le nombre restreint de cas de consentement à la communication de l'identité du donneur et les problèmes que peuvent connaître les personnes qui ont recours à la PMA).

<sup>8</sup> Statistique Canada, *Naissances 2006* (statistiques) – N° 84F0210X au catalogue.

<sup>9</sup> Les naissances par FIV comprennent 2 909 des 3 492 enfants nés à la suite d'une FIV et d'un TEC, mais les 583 enfants nés à l'issue d'un TEC ne sont pas inclus dans l'analyse, parce qu'on ne recueille pas de données sur la provenance du sperme utilisé dans les traitements de TEC (données de 2005 du Canadian Assisted Human Reproductive Technology Register de la SCFA).

<sup>10</sup> La SCFA ne recueille pas de données permettant de déterminer si les partenaires sont du même sexe ou de sexe opposé, mais tous les couples qui n'ont pas besoin de gamètes donnés sont manifestement hétérosexuels. Des gamètes donnés peuvent être utilisés par des partenaires de sexe opposé ou du même sexe ou par des femmes seules (correspondance de Procréation assistée Canada).

<sup>11</sup> Ross, Lori E., Leah S. Steele et Rachel Epstein. « Service Use and Gaps in Services for Lesbian and Bisexual Women During Donor Insemination, Pregnancy, and the Postpartum Period » (2006) *JOGC* 505. (Le coût estimatif des services reliés au don de sperme pour l'insémination artificielle varie de 700 à 950 \$ le cycle à Toronto, comparativement à 6 000 \$ pour un cycle de base de FIV, en plus de 3 500 \$ pour les médicaments : voir [http://www.ivfcanada.com/services/fees/general\\_fee\\_schedule.cfm](http://www.ivfcanada.com/services/fees/general_fee_schedule.cfm)).

<sup>12</sup> Canada, Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction, *Une virage à prendre en douceur : rapport final de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction*, vol. 1, Ottawa, Groupe Communications Canada, 1993, p. 435.

<sup>13</sup> À l'exception du *Code civil* du Québec et du *Family Law Act* de l'Alberta.

<sup>14</sup> Le groupe de travail a étudié le *Uniform Child Status Act* de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada (avril 1992), la *Loi sur la procréation médicalement assistée* du Canada (L.C. 2004, ch. 2) et le rapport du Comité permanent de la santé (*ibid.*), il a préparé un tableau qui résume les dispositions pertinentes des mesures législatives provinciales et territoriales,

## CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

il a pris connaissance de la jurisprudence canadienne en la matière, il a examiné le rapport 88 de la Law Commission de la Nouvelle-Zélande qui s'intitule *New Issues in Legal Parenthood*, Wellington, Nouvelle-Zélande, Law Commission, 2005 ([http://www.lawcom.govt.nz/UploadFiles/Publications/Publication\\_91\\_315\\_R88.pdf](http://www.lawcom.govt.nz/UploadFiles/Publications/Publication_91_315_R88.pdf)), et il a tenu compte du rapport préparé pour le gouvernement de l'Alberta par la professeure Christine Davies, c.r., qui s'intitule *Parentage and Artificial Reproductive Technology* (2006) et qui a été mis à la disposition du groupe de travail.

<sup>15</sup> *Ibid.*, Nouvelle-Zélande Law Commission, p. 14, par. 2.19.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 15, par. 3.2.

<sup>17</sup> L'Alberta fait exception, car la province a modifié sa législation sur le statut des enfants pour tenir compte de la PMA. Les contestations fondées sur la *Charte* en Alberta ont permis à des conjoints et à des partenaires du même sexe d'acquérir automatiquement la condition de parent dans certaines circonstances. Voir l'arrêt *Fraess v. Alberta*, 2005 ABQB 889, 278 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 187, 23 R.F.L. (6<sup>e</sup>) 101 (CBR Alb.).

<sup>18</sup> Kennedy, Paul. « Brave New Family – Part 1 », *Ideas*, CBC Radio One, 18 février 2008.

<sup>19</sup> Paragraphe 2(1) : « (...) à respecter les droits qui sont énoncés (...) et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune »; par. 2(2) : « (...) prennent toutes les mesures appropriées pour que l'enfant soit effectivement protégé contre toutes formes de discrimination (...) »; par. 3(1) : « dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale »; par. 3(2) : « les États parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, compte tenu des droits et des devoirs de ses parents (...), et ils prennent à cette fin toutes les mesures législatives et administratives appropriées »; art. 5 : « les États parties respectent la responsabilité, le droit et le devoir qu'ont les parents (...) »; par. 18(1) : « les États parties s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement (...) »; par. 7(1) : « l'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux »; par. 9(1) : « les États parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant »; art. 34 : « les États parties s'engagent à protéger l'enfant contre toutes les formes d'exploitation sexuelle (...) »; art. 32 : « (...) le droit de l'enfant d'être protégé contre l'exploitation économique (...) ».

<sup>20</sup> Principe semblable à la position de la Commission royale sur les nouvelles technologies de reproduction, *supra*, note 12.

<sup>21</sup> Par exemple, en common law, les droits et les responsabilités des parents sont inaliénables et incessibles par contrat (cf. : Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on Human Artificial Reproduction and Related Matters*, vol. I, Toronto, Ontario, ministère du procureur général, 1985, p. 99). De plus, un enfant a généralement deux parents, et la mère naturelle est généralement reconnue comme sa mère, sauf en cas d'adoption, et l'identité du « père » est établie au moyen d'une présomption, d'une déclaration ou d'une ordonnance d'un tribunal.

<sup>22</sup> Nicole LaViolette, « Dad, Mom – and Mom: The Ontario Court of Appeal's Decision in *A.A. v. B.B.* », (2008) 86 R. du B. can. 665.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 667.

<sup>24</sup> [2003] 2 NZLR 787.

<sup>25</sup> *Supra*, note 14, p. 65, par. 6.50

<sup>26</sup> *Supra*, note 24, p. 8.

<sup>27</sup> Rice, J. et Madeleine McNiece. « The experience of Australian relinquishing mothers in open adoption: Contact, grief and psychological adjustment », document de recherche présenté à la deuxième conférence internationale de recherches sur l'adoption, Norwich, Royaume-Uni, du 17 au 21 juillet 2006 (inédit) – <http://www.uea.ac.uk/swp/icar2/pdfs/rice66.pdf>.

<sup>28</sup> *Code civil* du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 538 à 542.

<sup>29</sup> *Supra*, note 7. Les femmes font face à une situation incertaine quant aux droits parentaux des familles homosexuelles, par exemple si un donneur connu présente ultérieurement une demande de garde ou de droits de visite. C'est cette incertitude qui incite les femmes à signer un contrat avec le donneur avant l'insémination.

<sup>30</sup> 2007 ABCA 50, [2007] 4 W.W.R. 12, 278 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 1.

<sup>31</sup> [www.azstarnet.com/sn/news/292312.php](http://www.azstarnet.com/sn/news/292312.php).

<sup>32</sup> *Human Fertilization and Embryology Act 1990* (Royaume-Uni), 1990, ch. 37, art. 30.

<sup>33</sup> *Supra*, note 14, p. 66-67.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 69.

<sup>35</sup> Victorian Law Reform Commission, *Assisted Reproductive Technology and Adoption: Position Paper Two: Parentage*, juillet 2005, Melbourne, Australie, Victorian Law Reform Commission, 2005.

<sup>36</sup> Millbank, Jenni, « The Limits of Functional Family; Lesbian Mother Litigation in the Era of the Eternal Biological Family », (2008) 22 Int'l J.L. Pol'y & Fam. 149.

<sup>37</sup> *Supra*, note 3.

<sup>38</sup> Ce chapitre traite des cas suivants :

- l'enfant est conçu après le décès de la personne à l'aide de matériel génétique fourni elle avant son décès;
- l'enfant est conçu après le décès de la personne à l'aide de matériel génétique obtenu d'elle après son décès;

## PROCRÉATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE

- l'embryon in vitro est créé avant ou après le décès de la personne à l'aide de matériel génétique obtenu d'elle avant son décès (p. ex. : des embryons cryoconservés) et implanté après son décès.

Le mot « conception » n'est peut-être pas approprié au plan strict lorsqu'on parle de l'utilisation d'embryons in vitro, mais il est employé au sens général en l'occurrence.

<sup>39</sup> Il convient de signaler que la législation canadienne sur la PMA est actuellement contestée devant la Cour suprême du Canada.

<sup>40</sup> En Ontario, la *Loi sur les dévolutions perpétuelles de 1966*, L.O. 1966, ch. 113; en Alberta, *The Perpetuities Act*, L.A. 1972, ch. 121; en Colombie-Britannique, *The Perpetuities Act*, L.C.-B. 1975, ch. 53; au Manitoba, la *Loi sur les dispositions à titre perpétuel et la capitalisation*, L.R.M. 1982-83-84, ch. 43.

<sup>41</sup> *The Human Fertilisation and Embryology Act 2008*, qui est entré en vigueur en avril 2009, contient une disposition, aux paragraphes 48(3) et (4), qui limite la reconnaissance du parent à des fins autres que la filiation sous le régime de cette loi.

<sup>42</sup> À titre d'exemple, consulter la *Loi de 1996 sur l'aide aux personnes à charge*, chapitre D-25.01 des lois de la Saskatchewan de 1996, dont l'article 4 limite à six mois le délai imparti pour présenter une demande, à compter de la délivrance des lettres d'homologation du testament ou des lettres d'administration.

<sup>43</sup> *Supra*, note 14, p. xxvii.

<sup>44</sup> RSS 1978, ch. H-15.

<sup>45</sup> Manitoba, Commission manitobaine de réforme du droit, *Posthumously Conceived Children: Intestate Succession and Dependents Relief; The Intestate Succession Act: Sections 1(3), 6(1), 4(5), 4(6) and 5*, rapport n° 118, Winnipeg, Commission manitobaine de réforme du droit, novembre 2008.

<sup>46</sup> C.P.L.M. ch. I85.

<sup>47</sup> *Supra*, note 45, p. 4-6.

<sup>48</sup> 372 Ark. 103 (Sup. Ct. 2008) [*Finley*].

<sup>49</sup> 930 A.2d 1180 (N.H. Sup. Ct. 2007) [*Khabbaz*].

<sup>50</sup> *Supra*, note 45, p. 6.

<sup>51</sup> *Finley v. Astrue, supra*, et *Khabbaz v. Commissioner, Social Security Administration, supra*. Mais dans l'affaire *Gillett-Netting v. Barnhard*, 371 F. 3d 593 (9<sup>th</sup> cuir. 2004), des prestations d'aide sociale ont été accordées en Arizona.

<sup>52</sup> 760 N.E.2d 257 (Mass. Sup. Jud. Ct. 2002) [*Woodward*].

<sup>53</sup> D'entrée de jeu, le tribunal a affirmé qu'il n'existait aucune raison de principe pour ne pas appliquer ses conclusions également aux enfants nés après avoir été conçus post mortem à l'aide des gamètes d'une femme décédée.

<sup>54</sup> M.G.L. ch. 190, § 8.

<sup>55</sup> *Supra*, note 51.

<sup>56</sup> NSW Law Reform Commission, *Uniform succession laws: intestacy*, rapport n° 116, avril 2007.

<sup>57</sup> *Supra*, note 45, p. 12. (Flor. Stat. § 742.17(4))

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 14. (Cal. Prob. Code § 249.5)

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>60</sup> C.P.L.M. ch. D37.

<sup>61</sup> *Supra*, note 45, p. 31-32.