

QUAND LA MÉDECINE INTERVIENT DANS LA GENÈSE DE LA CONCEPTION, QUE FAIT LE DROIT?*

par MICHÈLE RIVET**

“Il saute aux yeux que le premier coup susceptible d’être porté à la famille au cours des prochaines décennies viendra des nouvelles méthodes de reproduction... Les progrès de la science et de la technologie, ou même tout simplement ceux de la biologie de la reproduction risquent à une échéance très rapprochée de réduire en miettes toutes les idées conventionnelles sur la famille...” A. TOFFLER, le Choc du Futur, Denöel, 1971, à la p. 235.

Depuis plusieurs années déjà, les juristes s’interrogent sur l’un des principaux problèmes juridiques de la famille: la correspondance exacte entre le droit et la biologie en matière de filiation¹. S’il n’est en effet guère difficile d’établir la filiation maternelle d’un enfant, il en va différemment de sa filiation paternelle.

* Cette conférence sur le thème “corps humain, personnalité juridique et famille” traite de la question de l’insémination artificielle longuement évoquée dans le Projet provisoire du Rapporteur général, Marcel RIGAUX, Procureur général émérite auprès de la Cour d’appel de Liège. L’auteur y aborde l’aspect familial, les autres facettes, corps humain et personnalité juridique, faisant l’objet d’une conférence distincte.

** Avocat, professeur à la Faculté de Droit de l’Université Laval.

1. L’une des meilleures études qu’il nous ait été donné de lire sur le sujet est la thèse de Marie-Joséphine GEBLER, *Le droit français de la filiation et la vérité*, Paris, L.G.D.J., 1970, 475 pp.

Le droit québécois, de tradition civiliste, en édictant la présomption de paternité du mari de la femme², qu'il réglemente très sévèrement, rend très difficile l'adéquation entre la paternité biologique et la paternité au sens du droit. Il est vrai par ailleurs que le *Code civil* québécois permet librement la reconnaissance naturelle qu'elle soit adultérine ou naturelle simple³. Cependant, le problème n'est pas pour autant résolu...⁴ et reste presque entier.

Mais, déjà avons-nous pris conscience de cette difficulté du droit et tentons-nous d'y remédier, qu'une autre surgit plus complexe encore puisqu'elle intervient dans la structure même de la conception et en défait jusqu'aux fondements biologiques. Déjà avons-nous quelques difficultés à donner à l'enfant comme père et mère l'homme et la femme qui l'ont fait, que nous devons nous interroger sur ce qu'il advient lorsque le processus de la fécon-

2. Il s'agit des articles 218 et suivants du *Code civil*; le Projet de l'Office de Revision du Code civil sur le droit de la famille, en date du 31 mai 1974, modifie substantiellement tout le droit de la filiation. Il maintient cependant la présomption de paternité à l'article 109:

"L'enfant né pendant le mariage ou dans les trois cents jours après sa dissolution ou son annulation, est présumé avoir pour père le mari de sa mère.

Toutefois, cette présomption est écartée lorsque l'enfant naît plus de trois cents jours après le jugement prononçant la séparation de corps, sauf s'il y a réconciliation."

mais élargit l'action en désaveu en l'ouvrant à la mère à l'article 116:

"Le mari peut désavouer l'enfant de sa femme. La mère peut aussi contester la paternité de son mari."

3. On s'interroge sur la valeur de la reconnaissance adultérine *a matre* en l'absence d'un désaveu de paternité. Certains auteurs (dont M. Jean PINEAU, *Traité élémentaire en droit de la famille*, 1972, p. 96 et *La situation juridique des enfants nés hors mariage* (1973) *Thémis* 209, à la p. 219) estiment que la reconnaissance adultérine *a matre* ou *a patre* est valide. Nous pensons pour notre part, fidèle à la tradition jurisprudentielle amorcée par l'arrêt *Guérin v. Moisan*, (1941) 71 B.R. 111, que cette reconnaissance est sans valeur et que la contestation de la paternité ne peut pas être possible, comme on l'a fait dans l'arrêt *Leruite v. Latreille*, (1973) C.S. 314, lorsque le titre et la possession d'état ne sont pas conformes puisque l'article 231 C.c., qui en serait le fondement, est au chapitre de la "preuve de la filiation légitime"; car qui dit preuve de filiation légitime dit preuve de la maternité vu que, en filiation légitime, la paternité se présume. Quoiqu'il en soit, le contentieux québécois de la filiation témoigne farouchement des difficultés du hiatus qui existe entre le droit et la biologie.
4. Sur les ambiguïtés de ce contentieux on pourra consulter A.F. BISSON, *Les embarras du contentieux de la filiation*, (1974) 34 R. du B., 377. Ce problème n'a d'ailleurs pas été adéquatement résolu par l'Office de Revision du Code civil. Voir notre texte: *La première tranche du rapport de l'O.R.C.C. sur le droit de la famille*, qui sera publié dans le vol. 16, 1975 des Cahiers de Droit (texte écrit en collaboration).

dation de la femme est modifié, soit parce que le sperme est déposé sans qu'il y ait relations sexuelles, c'est l'insémination artificielle, soit parce que la fécondation elle-même ne se fait pas entièrement dans l'utérus de la femme qui a produit l'ovule, c'est la fécondation *in vitro*.

La question est loin d'être purement académique. En 1964, une étude américaine⁵ a démontré que plusieurs milliers d'enfants vivants avaient été conçus grâce à l'insémination artificielle aux États-Unis, que dès 1790, cette technique était sporadiquement pratiquée, et qu'en 1884, un médecin anglais pratiqua avec succès la première insémination artificielle grâce au sperme d'un donneur qui n'était pas le mari. A l'heure actuelle⁶, il semble que chaque année, plus de 2,000 enfants naissent des suites d'une telle technique de conception⁷.

Nous n'avons malheureusement pu obtenir aucun chiffre pour le Canada. Une rapide enquête maison nous démontre qu'au Québec, l'insémination artificielle se pratique sur une échelle beaucoup plus réduite proportionnellement au chiffre de la population. Quelques hôpitaux ont une clinique de fertilité où l'insémination artificielle est utilisée; dans le milieu francophone, nous pouvons noter un hôpital au sujet duquel nous avons obtenu quelques chiffres: une centaine de patientes auraient, depuis le début, enfanté des suites de l'insémination artificielle⁸.

5. W.J. FINEGOLD, *Artificial Insemination*, 1964, C.C. Thomas, Springfield Illinois, 121 p., aux pages 56 et suivantes. Il avance le chiffre de 250,000.

6. Un certain nombre de monographies et d'articles de périodiques ont dressé un historique de l'insémination artificielle ou ont brossé un état de la question. Parmi ceux que nous avons consultés, nous pouvons noter entre autres: FINEGOLD, *op. cit.*, note 5; N. WEINSTOCK, *Artificial Insemination, the Problem and the Solution*, 1965, *The Family L. Q.* 369; W.T. WEINSTOCK, *The Dawning of the Brave New World - Legal, Ethical and Social Issues of Eugenics*, (1971) *Law Forum* 189; M. REVILLARD, *Legal Aspects of Artificial Insemination and Embryo Transfer in French Law*, (1974) 23 *Int. and Comp. L. Q.* 382; M.S. FRANKEL, *Artificial Insemination: The Medical Profession and Public Policy*, (1974) *Conn. Med.* 476; E.L. SAGALL, *Artificial Insemination*, (jan.-feb. 1973) *Trial*, 59; etc. . .

7. M.S. FRANKEL, *loc. cit.*, note 6, 476; E.L. SAGALL, *loc. cit.*, note 6, 59, est plus optimiste: "about 10,000 children are thought to be conceived through donor insemination yearly, and several hundred thousand persons so conceived are believed to be living today."

8. Il s'agit du Centre Hospitalier de l'Université Laval où la Consultation de fertilité est dirigée par Jacques E. RIOUX, Ph.D. que nous tenons à remercier pour les renseignements qu'il nous a fournis. Cette consultation de fertilité qui fonctionne depuis environ deux ans peut recevoir une vingtaine de patientes pour fins d'insémination artificielle. Comme il semble, d'une manière générale et à partir des chiffres du CHUL et d'autres hôpitaux, qu'une grossesse s'ensuit dans environ 60 à 75% des cas, qu'aucune patiente au CHUL n'est inséminée durant une période de

Quant à la fécondation *in vitro*, il semble pour l'instant qu'on en soit encore au stade expérimental; mais dès à présent, certaines questions juridiques se posent. Aussi nous croyons qu'il n'est pas nécessairement prématuré d'en soulever quelques-unes dès maintenant⁹. C'est ce que nous ferons très rapidement en deuxième partie.

Les États-Unis, davantage sensibilisés à ces problèmes ne manqueront pas de nous influencer tout au long de cette étude. Les positions de la médecine américaine¹⁰, mais aussi les réactions du droit - les réponses des juges et des législateurs - y seront intégrées. Sans prétendre faire une analyse comparative, nous pensons cependant que ces éléments "américains" pourront nous aider à cerner les problèmes et à indiquer des voies d'avenir possibles.

PREMIÈRE PARTIE

1. L'insémination artificielle

La fécondation d'une femme à la suite d'une insémination artificielle soulève de nombreuses questions juridiques. On conçoit aisément qu'elles seront différentes selon que la femme est inséminée avec le sperme du mari ou avec celui d'un donneur tiers. Mais, avant d'élaborer sur les conséquences juridiques pour les différentes personnes concernées par l'acte: la femme, le mari, l'enfant qui naît d'une telle procréation et le médecin "instrumentant", nous aimerions esquisser un court tableau de quelques données médicales en la matière; par la suite, nous dresserons une liste des questions juridiques qui se soulèvent et nous terminerons en indiquant quelques voies d'avenir pour le droit en ce domaine.

plus de 6 mois, et qu'à la fin de ces 6 mois, 75% des femmes sont enceintes, on en vient donc au chiffre d'une centaine de patientes qui, après avoir été inséminées artificiellement au CHUL, ont donné naissance à un bébé. Par ailleurs, quelque deux ou trois hôpitaux anglophones de Montréal ainsi qu'un hôpital francophone utiliseraient ce procédé, mais nous n'avons malheureusement aucune donnée à leur sujet.

9. Sur cette question disons dès maintenant qu'on pourra lire avec profit R.G. EDWARDS, *Fertilization of Human Eggs in Vitro: Morals, Ethics and the Law*, (1974) 49 Quart. Rev. of Biol. 3 à 26, qui indique à la fin une bibliographie de près de deux cent monographies et articles de périodiques; M. REVILLARD, *loc. cit.*, note 6, aux pp. 392 et suivantes.

10. Mais peut-on parler de frontières quand on traite de science?

1.1 Quelques données de la science et de la médecine

“Si, au terme de l’investigation complète d’un couple, on arrive au diagnostic de stérilité féminine, le couple doit accepter une vie familiale sans enfant ou faire appel à l’adoption. Or, on sait combien difficile est l’adoption à cause du manque d’enfants disponibles. Ceci semble être le résultat de plusieurs facteurs dont l’importance est assez difficile à évaluer: il est certain qu’une contraception mieux connue, plus efficace et mieux employée, de même que l’accessibilité plus facile à l’avortement diminuent le nombre d’enfants non désirés éventuellement cédés à l’adoption. Par contre, si la stérilité est imputable au mari, en plus de l’adoption, il existe l’alternative de l’insémination”¹¹.

Il semble juste de dire que le corps médical, du moins au Québec, perçoit l’insémination artificielle¹² comme un palliatif à l’adoption sur laquelle elle présente d’ailleurs une nette supériorité¹³. C’est donc après un examen médical complet et en présence d’une stérilité du mari que le médecin décide d’une insémination artificielle.

11. J.E. RIOUX, D. CLOUTIER, J. MAILHOT, J.P. VALET, *Insémination artificielle et utilisation d’une banque de spermes à la consultation de fertilité du CHUL*, (1974) 103 Union Médicale Canadienne 477.

12. Certains médecins préfèrent d’ailleurs utiliser le terme insémination thérapeutique qui distingue davantage l’homme de l’animal. Nous avons assez souvent retrouvé cette expression dans la littérature médicale américaine.

13. J.E. RIOUX, *loc. cit.*, note 11, 478:

a) L’héritage génétique d’un enfant adopté est le plus souvent inconnu, alors que celui de l’enfant de l’insémination artificielle par donneur est de 50% celui du couple. Le 50% inconnu est le résultat d’une recherche et d’un choix judicieux.

b) L’adoption commande des démarches légales impliquant un avocat, des travailleurs sociaux, des médecins... et surtout une longue attente. L’enfant doit en être informé et le choc émotionnel qui en résulte est bien connu. Dans l’insémination artificielle, le secret est absolu et l’enfant n’est jamais informé.

c) L’adoption est un fait public. Le couple est connu comme stérile. Dans l’insémination artificielle, la femme devient enceinte, et le mari stérile, sachant que le secret est bien gardé, en retire une certaine fierté, ce qui ne manque pas de le revaloriser.

d) Le bébé adopté, quoique désiré, arrive subitement, sans préparatif dans la famille. A la suite d’insémination, le couple se prépare au cours de la grossesse à la venue de leur enfant, le mari se prend au jeu et oublie qu’il n’est pas véritablement le père.

e) Le bébé conçu par insémination artificielle, ressemble beaucoup à ses parents, puisque le donneur est choisi d’après les caractéristiques physiques du mari et que sa mère est véritable. Si tel est le cas, dans l’adoption, c’est un pur hasard.

Il faut distinguer deux hypothèses très différentes selon que le sperme d'un mari est injecté (AIH) ou selon qu'il s'agit du sperme d'un tiers (AID)¹⁴. Il est évident que l'insémination artificielle avec le sperme du mari soulève moins de difficultés; mais c'est une possibilité qui ne peut être utilisée qu'à partir de très rares indications¹⁵. C'est donc d'un donneur tiers qu'il s'agit dans la très grande majorité des cas (AID). Le médecin doit alors trouver un donneur¹⁶ et, par la suite, inséminer la femme.

Plusieurs questions se posent au médecin qui procède à une telle insémination. Les unes relèvent de l'éthique; les autres de la science. Parmi les questions d'éthique, l'une d'elles à trait à la rémunération du donneur. Peut-il s'agir pour ce dernier de lucre? On sait, en effet, que le *Code civil* permet la vente d'une partie du corps si celle-ci est susceptible de régénération¹⁷. La pratique

f) Dans l'adoption, quelle que soit la valeur des procédures légales, le couple craint toujours l'apparition de la mère réclamant son enfant à la suite d'une indiscretion.

g) Si un couple désire plusieurs enfants, l'insémination artificielle assure une certaine homogénéité à la progéniture, puisque la mère est la même. Toutes les combinaisons sont possibles dans l'adoption.

h) Finalement, l'insémination artificielle peut vraiment satisfaire les désirs les plus profonds de maternité de la femme, puisqu'elle porte elle-même son enfant."

14. L'insémination artificielle (AI) se divise en trois grandes catégories: (AIH) insémination artificielle homogène provenant du mari; (AID) insémination artificielle provenant d'un donneur tiers; (AIHD) insémination artificielle provenant à la fois du sperme du mari et du sperme d'un donneur tiers; nous ne retiendrons que deux hypothèses puisque la troisième peut être assimilée à la première. M.S. FRANKEL, *Artificial Insemination: The Medical Profession and Public Policy*, (1974) Conn. Med. 476; vid. W.J. FINEGOLD, *op. cit.*, note 5, 12 à 49.

15. J.E. RIOUX, *loc. cit.*, note 11, 477, en énumère les différentes hypothèses.

16. J.E. RIOUX, *ibid.*, 480, décrit la façon dont il opère:

"La première étape consiste à trouver un donneur compatible. Nous recherchons les principales caractéristiques physiques du mari. Cette fiche est alors placée dans un dossier confidentiel qui servira au moment de la sélection du donneur. Celui-ci de son côté doit remplir le même type de fiche à laquelle s'ajoute en surplus un questionnaire serré sur ses antécédents héréditaires. Cette fiche du donneur est conservée dans un endroit distinct de celle du couple receveur, par un personnel différent de sorte que l'anonymat demeure total. Le médecin insémineur pourra faire la demande de sperme d'un donneur compatible inconnu. D'autre part le personnel en relation avec le donneur ignorera l'identité du receveur. La technique d'insémination est simple. L'échantillon de sperme est déposé dans le canal cervical à l'aide d'une aiguille mousse et malléable qui ne dépassera jamais l'orifice interne du col..."

17. L'article 20 C.c. stipule en effet:

"Le majeur peut consentir par écrit à l'aliénation entre vifs d'une partie de

médicale actuelle tend à rembourser au donneur les dépenses encourues: manque à gagner au travail, frais de déplacement, etc. . . Ces dépenses ne sont d'ailleurs pas remboursées par la Régie de l'Assurance hospitalisation mais sont chargées à la cliente¹⁸.

L'organisation de banques de sperme soulève aussi des questions qui sont en même temps d'éthique et de science. L'utilisation du sperme frais pose en effet des difficultés pratiques sérieuses puisqu'à un ou deux jours d'avis, c'est-à-dire en période ovulatoire, il faut trouver un donneur qui réunisse les caractéristiques exigées. Aussi, les savants ont-ils pensé à constituer des banques de sperme congelé qu'il suffit de réchauffer lorsqu'il doit être utilisé. C'est ainsi que fonctionne l'équipe du CHUL. Le fonctionnement de banques de sperme ne risque-t-il pas d'engendrer encore plus que dans l'hypothèse précédente, le mercantilisme? Par ailleurs, peut-on être scientifiquement certains que les éjaculats ainsi congelés posséderont encore toutes les caractéristiques exigées lorsqu'ils seront ramenés à la température normale?¹⁹ On voit ici toutes les questions de responsabilité médicale qui se soulèvent et sur lesquelles nous reviendrons dans un second paragraphe.

À l'heure actuelle, cette question semble présenter peu de difficultés au Québec, compte tenu du nombre somme toute restreint d'éjaculats congelés et des possibilités d'autant plus faciles de contrôle de la valeur du sperme²⁰. Mais il en est différemment aux

son corps ou à se soumettre à une expérimentation, pourvu que le risque couru ne soit pas hors de proportion avec le bienfait qu'on peut en espérer.

Le mineur, doué de discernement, le peut également avec le consentement du titulaire de l'autorité paternelle et d'un juge de la Cour supérieure à condition qu'il n'en résulte pas un risque sérieux pour sa santé.

L'aliénation doit être gratuite à moins que son objet ne soit une partie du corps susceptible de régénération.

Le consentement doit être donné par écrit: il peut être pareillement révoqué."

18. Seul l'acte médical lui-même est remboursé par la Régie de l'assurance maladie du Québec; *vid.*, *Loi de l'assurance maladie*, 1970, L.Q., chap. 37 et amendements.
19. J.E. RIOUX, *loc. cit.*, note 11, 478: "La triade essentielle d'un bon spermogramme se compose de: 1) la concentration des spermatozoïdes, 2) leur motilité et leur progression et enfin, 3) leur morphologie en tenant compte du pourcentage des différentes formes. A notre avis, le volume et la viscosité ont une importance moindre."
20. J.E. RIOUX, *loc. cit.*, note 11, 482: "Cette étude nous a permis de constater que certains échantillons de sperme récupèrent très bien après congélation alors que d'autres perdent presque toute valeur. Il est impossible de savoir à l'avance si un sperme sera bon ou pas après congélation. C'est pourquoi nous doutons fortement

États-Unis²¹ ou l'insémination artificielle est pratiquée par l'entreprise privée²².

1.2 Le droit face à l'insémination artificielle

A côté de l'abondance de la littérature médicale américaine, force nous est de constater les graves faiblesses de la doctrine juridique canadienne sur l'insémination artificielle²³; les différents médias juridiques américains sont plus volubiles, sans aucun doute à cause du plus grand nombre de litiges qui ont été tranchés par les tribunaux. Nous tenterons donc rapidement d'identifier les différents problèmes juridiques que pose l'insémination artificielle dans le contexte actuel du Québec, en faisant constamment référence aux litiges survenus chez nos voisins du sud. En effet, si la doctrine canadienne est peu bavarde, les tribunaux pour leur part n'ont encore à peu près jamais eu à se prononcer sur la question; quant aux législateurs, fédéral comme provinciaux, ils attendent. . .

Il faut distinguer deux ordres de problèmes: les relations au sein de la famille, les conséquences juridiques à l'égard du donneur tiers et du médecin.

1.2.1 Les relations au sein de la famille

Le problème est double selon que l'on étudie les rapports entre les conjoints ou les relations de ceux-ci avec l'enfant né à la suite d'une insémination artificielle.

de la valeur scientifique de certaines banques commerciales de spermes qui congèlent les éjaculats avant la vasectomie et affirment qu'ils conservent leur pouvoir fécondant en banque sans même avoir fait des essais de récupération préliminaires."

21. Parmi les études publiées aux États-Unis sur la question on peut citer: E.T. TYLER, *The Clinical Use of Frozen Semen Banks*, (1973) 24 Fert. and Ster. 413; J.K. SHERMAN, *Synopsis of the Use of Frozen Human Semen since 1964: State of the Art of Human Semen Banking*, (1973) 24 Fert. and Ster. 397; A.J. SHERWOOD, *Some Legal Implications of Frozen Semen Banks* (1972) 8 J. of Reprod. med. 190.
22. Ce qui peut donner lieu à certains abus, *ibid.*
23. L'ensemble de la doctrine canadienne ne dépasse sûrement pas une dizaine d'articles. Ceux qu'il nous a été donné de lire, par ordre chronologique: G.P.R. TALLIN, *Artificial Insemination*, (1956) 34 C.B.R. 1, 166, 628; H.A. HUBBARD, *Artificial Insemination: A Reply to Dean TALLIN*, (1956) 34 C.B.R. 425; K.R.M. HENNESSY, *Artificial Insemination*, (1967) 10 C.B.S. 514; G.R.B. WHITEHEAD, *Artificial Insemination and the Law*, (1967) 15 Chitty's L. J. 218; S. LANG *Does Artificial Insemination Constitute Adultery*, (1966) 2 Man. L.J. 87.

1.2.1.1 Les relations entre les conjoints

Entre les conjoints, certaines difficultés peuvent surgir de l'AID. Compte tenu qu'un bon nombre de femmes inséminées sont mariées²⁴, et que la semence provient le plus souvent d'un donateur tiers²⁵, la question mérite d'être étudiée. La femme qui se fait inséminer artificiellement commet-elle l'adultère et y a-t-il alors motif de divorce²⁶ ou de séparation de corps²⁷ lorsque le sperme provient d'un tiers (AID)?

Il semble que nous devons discriminer selon que le mari a consenti ou non à l'insémination. Advenant que nous considérons que cette insémination artificielle constitue un adultère, le consentement du mari serait sûrement de la connivence et constituerait une fin de non recevoir au divorce comme à la séparation de corps²⁸. Mais si le mari n'a pas donné son consentement? L'hypothèse n'est que théorique au Québec puisque le consentement du mari est exigé par écrit. Moins théorique est celle cependant d'un consentement non juridiquement valable soit parce que vicié ou donné par une personne aliénée. S'agit-il alors d'adultère?

La question s'est posée devant les tribunaux une fois en droit canadien²⁹ et à quelques reprises en droit américain³⁰; les auteurs

24. A Québec, le Dr. J.E. RIOUX nous a indiqué, compte tenu du nombre élevé de demandes, qu'il ne pratiquait pour l'instant l'insémination artificielle qu'auprès de femmes mariées. Il semble en être de même en France: M. REVILLARD, *loc. cit.*, note 6, 388.

25. *Supra*, note 15.

26. L'article 3(a) de la *Loi sur le divorce*, S.R.C. 1970, ch. D-8., reconnaît l'adultère comme premier motif de divorce.

27. L'article 189 C.c. considère l'adultère comme premier motif donnant ouverture à la séparation de corps.

28. La connivence est en effet une fin de non-recevoir aux termes de la *Loi sur le divorce* (art. 9(1) (c)). Cependant, elle est discrétionnaire car le juge peut néanmoins décider de prononcer le divorce.

29. *Orford v. Orford*, (1921) 40 O.L.R. 15; 58 D.L.R. 25 (Ont. S.C.): "In my judgment the essence of the offense of adultery consists not in the moral turpitude of the act of sexual intercourse, but in the voluntary surrender to another person of the reproductive powers or faculties of the guilty person: and any submission of these powers to the service or enjoyment of any person than the husband or the wife comes within the definition of adultery."

30. *Doornbos v. Doornbos*, no 54-S-14891, Super. Ct., Cook Cty, Ill., (1954) 23 U.S. L.W. 2308, appel rejeté pour des motifs de procédure 12 Ill., App. 2d 473, 139 N.E.2d 844 (1956) (AID constitue un adultère); *Hoch v. Hoch*, no 44-C-8307, Cir. Ct., Cook, Cty., Ill., (1945) (AID ne constitue pas un adultère); un arrêt de la Cour suprême de la Californie, *People v. Sorenson*, 68 Cal. 2d 280, 66 Cal. Repr. 7 (1968) a donné le point de vue le plus juste sur la question...: "Since the

canadiens se sont d'ailleurs déjà fortement opposés sur ce point³¹. Que décider? Si l'orgasme n'a absolument rien à faire pour déterminer s'il y a adultère, nous pensons cependant qu'il faut un minimum de pénétration pour qu'il y ait adultère: "The essence of the offence of adultery is the voluntary surrender of the reproductive organs to other than the spouses³²". Aussi, à notre sens, et nous rejoignons là un certain courant doctrinal³³, l'insémination artificielle sans le consentement du mari ne constitue pas un adultère mais constitue en soi une offense matrimoniale qui devrait être sanctionnée en elle-même, qu'il s'agisse d'ailleurs d'AID ou d'AIH.

Mais quelle forme doit prendre le consentement? Pour fins de preuve, il est évidemment préférable qu'il soit écrit³⁴. Pourrait-il valablement être donné par un mineur? Devrait-on respecter par analogie les règles générales du *Code civil*?

Nous pensons qu'en l'absence de législations spéciales, il faut appliquer les règles du droit commun. Quelles sont-elles? En l'occurrence, l'article 20 du *Code civil* permet au mineur doué de discernement, pourvu qu'il ait le consentement du titulaire de l'autorité paternelle et d'un juge de la Cour supérieure, de donner ou même de vendre une partie de son corps si elle est susceptible de régénération³⁵. De même la *Loi de la Protection de la Santé publique*³⁶ permet à un mineur de plus de 14 ans de recevoir les

doctor may be a woman or the husband himself may administer the insemination by a syringe, this is patently absurd; to consider it an act of adultery with the donor, who at the time of insemination may be a thousand miles away or may even be dead, is equally absurd." Pour une critique des décisions américaines sur la question, on consultera avec profit: B.J. DAVIES, *A Man who Consents to the Heterologous Artificial Insemination of his Wife is the Child's Father whose Permission is Required for the Adoption of the Child by Another*, (1974) 23 Buff. L.R. 548; R.E. WANGARD, *Artificial Insemination and the Law*, (1968) Law Forum 203.

31. TALLIN, *loc. cit.*, note 23 et HUBBARD, *loc. cit.*, note 23.
32. *Obiter dictum* dans *Orford, v. Orford, supra*, note 29.
33. R.E. WANGARD, *loc. cit.*, note 30, 207; M. DA COSTA, *Divorce in Studies in Canadian Family Law*, 1972, vol. 1, 360 aux pages 427-429.
34. Entre autres, en droit français M. REVILLARD, *loc. cit.*, note 6, 386.
35. *Vid.* aussi *Loi de l'adoption*, L.Q. 1969, ch. 64 qui édicte, à toutes fins pratiques, que l'adoption ne peut avoir lieu que par des majeurs puisqu'il doit y avoir une différence de dix-huit ans entre l'adopté et l'adoptant, art. 3, et que la majorité est au Québec fixée à dix-huit ans, art. 246 C.civ.
36. *Loi de la protection de la santé publique*, 1972 L.Q., chap. 42, édicte à son art. 36, qu'un médecin peut fournir des soins à un mineur âgé de 14 ans et plus sans le consentement du titulaire de l'autorité paternelle pourvu qu'il soit averti si l'hébergement est prolongé ou si les traitements dépassent douze heures.

soins médicaux que requiert son état, sans le consentement des parents. Mais ces règles au sujet de la minorité sont évoquées d'une manière toute théorique pour l'instant puisque l'insémination ne se pratique que sur des femmes mariées et que le mariage confère de plein droit l'émancipation (art. 314 C.c.).

1.2.1.2 Les relations entre le mari et l'enfant inséminé

Plus enchevêtrées encore sont les relations entre les parents et l'enfant à la suite d'une insémination artificielle. Dans l'hypothèse bien sûr où le donneur est un tiers, l'enfant est-il légitime? Advenant un divorce, s'agit-il d'un enfant³⁷ dont l'entretien incombera au mari? Cet enfant peut-il succéder?

Les lois canadiennes ou québécoises sont muettes sur la question et les tribunaux n'ont jamais eu à intervenir. Aux États-Unis, des législations ont été adoptées dans quelques états³⁸, et la ju-

37. L'art. 2 de la *Loi sur le divorce, supra*, note 26, définit l'enfant:

"enfant" des conjoints comprend toute personne pour qui les conjoints agissent *in loco parentis* ainsi que toute personne dont le père ou la mère est l'un des conjoints et pour qui l'autre conjoint agit *in loco parentis*;

"Enfant du mariage" désigne tout enfant des conjoints qui, à l'époque pertinente,

a) est âgé de moins de seize ans, ou

b) est âgé de seize ans ou plus et qui est à la charge des conjoints mais ne peut, à cause de maladie ou d'invalidité ou pour une autre cause, cesser d'être à leur charge ou se procurer de lui-même les nécessités de la vie;"

38. Quelques états américains ont légiféré et trois d'entre eux ont édicté une loi compréhensive: Oklahoma, Okla. Stat. Ann. tit. 10 SS551-553; Arizona, Arz. Rev. Stat. Ann. S14-206; Georgie, Ga. Code Ann. SS74-101.1 ont édicté:

OKALHOMA "551. The technique of heterologous artificial insemination may be performed in this State by persons duly authorized to practice medicine at the request and with the consent in writing of the husband and wife desiring the utilization of such technique for the purpose of conceiving a child or children.

552. Any child or children born as the result thereof shall be considered at law in all respects the same as a naturally conceived legitimate child of the husband and wife so requesting and consenting to the use of such technique."

KANSAS "Any child or children heretofore or hereafter born as the result of heterologous artificial insemination shall be considered at law in all respects the same as a naturally conceived child of the husband and wife so requesting and consenting to the use of such technique.

GEORGIA "All children born within wedlock, or within the usual period of gestation thereafter, who have been conceived by the means of artificial insemination, are irrebuttably presumed legitimate if both the husband and

risprudence s'est à quelques reprises prononcée sur la question³⁹.

En ce qui concerne la légitimité de l'enfant, disons que le droit québécois édicte que le mari de la mère est le père de l'enfant conçu pendant le mariage; les cas de désaveu sont très strictement réglementés⁴⁰ et ont été interprétés plus restrictivement encore par la jurisprudence⁴¹. Aussi, même la preuve d'une insémination artificielle avec le sperme d'un donneur tiers ne suffirait pas à renverser cette présomption. Il en irait donc de même d'une insémination avec le sperme du mari dans l'hypothèse où ce dernier aurait refusé de donner son consentement où dont le consentement serait nul.

Nous pensons donc que l'enfant étant légitime, le père devrait consentir à l'adoption de son enfant mineur⁴². Cet enfant pourrait donc hériter. Toutefois, dans la mesure où la présomption de paternité pourrait être librement combattue, dans la même mesure, il

wife consent in writing to the use and administration of artificial insemination."

Par ailleurs, le procédé lui-même n'a jamais été réglementé sauf dans le Code de la santé de l'État de New York, *New York City Health Code* 5.112 qui indique qu'il ne peut être pratiqué que par un médecin. Enfin, disons que la Californie modifiait en 1969 l'article 216 de son Code civil qui stipule maintenant qu'un enfant est légitime lorsqu'il est conçu par insémination artificielle si le mari donne son consentement par écrit lorsque cette naissance survient durant le mariage ou avant les 300 jours après sa dissolution.

39. Notamment certaines décisions ont soutenu que cet enfant est illégitime *Gursky, v. Gursky*, 39 Misc. 2d 1083, 2Y2 N.Y.S. 2d 406 (Sup. Ct. 1963); mais la tendance est plutôt à faire de cet enfant un enfant légitime: *In the Matter of the Adoption of an Anonymous*, 74 Misc. 2d 99, 345 N.Y.S. 2d 430 (Sur. Ct. 1973); *People v. Sorensen*, *supra*, note 30; *Strnad v. Strnad*, 190 Misc. 786, 78 N.Y.S. 2d 390 (Sup. Ct. 1948).

40. Les articles 219 et 220 du *Code civil* stipulent:

art. 219 "Le mari ne peut désavouer cet enfant même pour cause d'adultère, à moins que la naissance ne lui en ait été cachée; auquel cas il est admis à proposer tous les faits propres à justifier qu'il n'est pas le père."

art. 220 "Le mari ne peut non plus désavouer l'enfant, en opposant son impuissance naturelle ou accidentelle survenue avant le mariage. Le désaveu lui est cependant permis si, pendant tout le temps où l'enfant peut légalement être présumé avoir été conçu, le mari était, par cause d'impuissance survenue depuis le mariage, par l'éloignement, ou par suite de tout autre empêchement, dans l'impossibilité physique de se rencontrer avec sa femme."

41. Ainsi, constamment, la jurisprudence a refusé d'étendre la portée de ces textes.

42. La *Loi de l'Adoption*, *supra*, note 35, stipule en effet à son art. 3 que le parent doit consentir à l'adoption de son enfant légitime mineur.

y aurait lieu de s'interroger et de légiférer spécifiquement sur le sort de cet enfant, surtout si l'on veut faire coïncider vérité juridique et vérité biologique. Nous y reviendrons plus loin.

Le droit américain est sur ce problème beaucoup plus ambigu. Certains arrêts affirment que l'enfant AID est illégitime puisqu'il n'a pas été fait par le mari de la mère et ce, malgré que le consentement du mari ait été donné⁴³. Mais dans un arrêt tout récent en date du 26 juin 1973, après avoir fait une analyse exhaustive de la jurisprudence, la Surrogate's Court de l'État de New York a décidé qu'un tel enfant est légitime:

"An AID child is not "begotten" by a father who is not the husband; the donor is anonymous; the wife does not have sexual intercourse or commit adultery with him; if there is any "begetting" it is by the doctor who in this specialty is often a woman. . . it is determined that a child born of consensual AID during a valid marriage is a legitimate child"⁴⁴.

Cette décision a été très favorablement indiquée⁴⁵.

Mais qu'en est-il de l'entretien de cet enfant aux yeux de la *Loi canadienne sur le divorce*, dans l'hypothèse où le mari n'accepterait pas un tel enfant AID, et pour qui il n'agirait donc pas "*in loco parentis*"?

Des cas un peu analogues se sont présentés en droit américain: il a été décidé notamment dans l'affaire *People v. Sorensen*⁴⁶:

"A reasonable man, who because of his inability to procreate, actually participates and consents to his wife artificial insemination in the hope that a child will be produced whom they will treat as their own, knows that such behaving carries with it the legal responsibilities of fatherhood and criminal responsibility for non-support".

43. Notamment l'arrêt *Gurski v. Gurski*, *supra*, note 39.

44. *In re the Adoption of an Anonymous*, *supra*, note 39, 434.

45. B.J. DAVIES, *loc. cit.* note 30. Cette décision correspond d'ailleurs aux attentes des spécialistes en ce domaine - Vid. H.D. KRAUSE *Illegitimacy: Law and Social Policy*, 1971, the Bobbs-Merrill Co. Inc., 379 p. aux pages 19 et 243.

46. *People v. Sorensen*, *supra*, note 30, 285; cet arrêt a été longuement et favorablement critiqué par R.E. WANGARD, *loc. cit.*, note 30 et B.J. DAVIES, *loc. cit.* note 30 et repris dans l'arrêt *In re the Adoption of an Anonymous*, *supra*, note 39.

Même dissociée de la légitimité comme c'était le cas dans cette affaire, la responsabilité du mari qui a consenti à l'insémination artificielle reste entière et ce consentement est un signe qu'il a voulu faire sien cet enfant et qu'il est par conséquent tenu de son entretien.

Nous pensons qu'une règle similaire devrait être suivie en droit canadien en présence d'un consentement du mari. *A contrario*, le mari ne serait donc pas tenu d'entretenir l'enfant lorsqu'il n'aurait pas donné ce consentement et qu'il n'aurait pas accepté cet enfant "*in loco parentis*".

1.2.2 Les relations avec les autres personnes impliquées par le procédé

Nous entendons par "autres personnes impliquées par le procédé" essentiellement le médecin qui pratique l'insémination et le donneur.

Quant au médecin, il doit d'abord entourer l'insémination artificielle qu'il pratique des mêmes qualités de prudence et de diligence que pour tout acte médical. Aussi, doit-il s'assurer que le donneur n'a aucune maladie transmissible, que le sperme est de bonne qualité, etc. .⁴⁷ Par ailleurs, il est tenu par le secret professionnel et les auteurs affirment unanimement que le donneur ne doit jamais être connu des parents:

"It is always that the recipient and her husband must remain anonymous to the donor and unless required by court order, the identity of the donor should be known only to the physician. Paternity should always be reported on the hospitals records and on the birth certificate as deriving from the legal husband and never from the donor even though the latter is the true biologic father. Disclosure by the physician of the fact of artificial insemination or of the identity of the parties without written permission from all concerned, in absence of court order, not only would violate Codes of medical ethics, but could lead to legal actions for breach of contracts"⁴⁸.

47. R.E. WANGARD, *loc. cit.* note 33, 224; M. REVILLARD, *loc. cit.* note 6, 388.

48. E.L. SAGAU, *loc. cit.* note 6, 62.

Cette assertion nous apparaît parfaitement exacte et l'obligation la plus forte qui pèse sur le médecin est sans aucun doute celle d'assurer le secret intégral de tout le processus. Même le consentement mutuel de tous les intéressés ne doit pas être suffisant pour déroger à cette obligation.

Le médecin doit se protéger en exigeant le consentement écrit de la femme et de son mari par un acte où le contenu de l'obligation au secret est précisé. Qu'arrive-t-il si le médecin n'obtient pas le consentement du mari⁴⁹? Pourrait-il y avoir une action pour aliénation d'affection⁵⁰ ou une action d'une quelconque nature délictuelle? Nous en doutons. A toutes fins pratiques cependant, le consentement écrit du mari est une garantie indispensable pour le médecin. Quant au consentement de la femme, sa présence éviterait possiblement des plaintes qui pourraient être portées en droit criminel comme des voies de fait ou le viol⁵¹.

Le médecin est-il tenu au delà de ces obligations? Est-il tenu d'assurer le "produit fini", *i.e.* le bébé? Nous pensons que non. A moins d'une négligence (exemple, choix d'un donneur de qui naîtrait un enfant difforme) nous ne voyons pas pourquoi, comment, ou de quoi, le médecin pourrait être tenu responsable⁵². De toutes façons, dans l'hypothèse où une poursuite serait intentée, à moins d'une faute de prudence, peu d'experts pourraient venir témoigner et faire des affirmations catégoriques, compte tenu de l'état de la science.

49. Qu'il s'agisse d'ailleurs d'AID ou d'AIH bien que, dans cette dernière hypothèse, le sperme du mari entre les mains du médecin permet d'établir une présomption *juris tantum* que le mari a consenti.

50. L'action en aliénation d'affection n'est pas très souvent accueillie par les tribunaux.

51. Le *Code criminel*, 1970 S.R.C., c. 34 sanctionne très sérieusement le viol (à l'art. 143), le rapt (art. 248) et les voies de faits (art. 245). Le médecin ne pourrait-il pas, en l'absence du consentement de la femme être accusé de l'un de ces actes?

52. Dans le même sens M. REVILLARD, *loc. cit.* note 6, 389:

"Even with A.I.H., the doctor's responsibility does not go beyond the intervention itself. Thus, a couple cannot reproach the doctor for a difficult pregnancy or the birth of an abnormal child. But what is the doctor's responsibility in A.I.D. if a child is born with hereditary taints attributable to the donor selected by practitioner? We say "attributable": the proof would be intrinsically impossible to make, the donor being anonymous".

Nous ne sommes pas parfaitement d'accord avec cette dernière phrase. En présence d'une malformation évidente et rare, la femme ne pourrait-elle pas intenter une action contre le médecin et obtenir que la Cour ordonne que le donneur soit identifié?

Disons en terminant que le rôle du médecin est loin d'être présentement défini et ses obligations parfaitement précisées à l'heure actuelle⁵³. C'est l'éthique médicale seule qui a servi de point d'appui. Les règles de l'anonymat sont rigoureuses pour chacune des personnes impliquées y compris le donneur. Afin de se protéger, il semble que le médecin devrait dans tous les cas faire signer au donneur une formule dans laquelle il s'engage à n'entreprendre aucune démarche afin de savoir ce qu'il advient de ses éjaculats. En effet, si le donneur et les parents se connaissaient, celui-ci pourrait intenter une action en recherche de paternité⁵⁴ et demander la garde de l'enfant, ou être poursuivi pour paiement d'une pension alimentaire à titre d'entretien⁵⁵.

53. E.L. SAGALL, *loc. cit.*, note 6, 63 mentionne une série d'obligations qui devraient être imposées au médecin:

"First, the physician should make certain by reasonable testing that the procedure is medically indicated for the couple who have requested conception by this method. As a first step, he must satisfy himself that infertility derives from the husband and that it is likely to be permanent.

Second, the physician should establish by proper evaluation that the couple requesting artificial insemination are emotionally stable and psychologically suited for this type of parenthood, particularly the implications of the fact that there will be in the household a child whose very presence constantly will attest to both husband and wife the inability of the husband for biologic fatherhood.

Third, the physician must use all reasonable precaution in selecting the donor with thorough medical, psychologic and social screening to exclude a donor with potentially transmittable undesirable traits, features or defects.

Fourth, the physician must under no circumstances, except by court order, reveal the fact of artificial insemination or the identity of the donor or of the couple to each other or to other persons.

Fifth, the physician must utilize freshly donated sperm or frozen semen which has been prepared and stored according to currently accepted methods with the source properly identified.

Sixth, the insemination procedure must be performed by the physician in accord with currently accepted techniques.

Seventh, full and valid consent and release should be obtained in writing from all parties involved. Each consent must be an "informed consent" - particularly on the part of the prospective parents, who should be apprised fully about the potential psychologic and legal implications and the possibility of the birth of a defective child."

54. Cette action aurait quelque chance de succès si par exemple l'enfant n'a pas un titre de naissance et une possession d'état conforme (art. 231 C.civ.); cf. *Leruite v. Latreille*, *supra*, note 3 et aussi ce que nous en pensons.

55. *Ibid.*

1.2 Perspectives d'avenir pour le droit

Face à toutes ces questions, que doit faire le droit? Doit-on légiférer sur l'insémination artificielle par un projet de loi spécial qui traite de tous les aspects? Qui définisse l'insémination artificielle (notamment par des articles relatifs au secret, au consentement écrit de toutes les parties)? Qui détermine les droits et les devoirs de l'enfant, de la mère, du mari, du donneur tiers? Qui détermine la responsabilité du médecin?

Aux États-Unis, certains auteurs estiment que la meilleure façon de protéger tous les intéressés est d'agir par voie de législation⁵⁶. Mais il semble qu'un fort courant s'oppose à l'adoption de telles lois qui ont été présentées dans plus d'une dizaine d'états⁵⁷.

Que devrait faire le législateur québécois?

Disons d'abord qu'il est indéniable qu'un projet de loi global sur la question serait de juridiction provinciale à cause notamment de l'article 92(13) de L'A.A.N.B.⁵⁸, à l'exception des dispositions

56. R.E. WANGARD, *loc. cit.*, note 30, 229:

"Despite past failures, legislation remains the most desirable solution to the problems engendered by artificial insemination. Ideally, a statute should legitimize a child born through AID, and define as nearly as possible the extent of the husband's obligation in relation to it. As AID begins to enjoy even greater usage the problems discussed in connection with the non-consensual AID child might very well grow proportionally. Therefore, a prudent legislature considering passage of a statute regulating AID should include a provision delineating the requirement of consent, especially by the husband, as a prerequisite to performing the insemination. In relation to this, the legislature might do well to consider whether it is desirable, or necessary, to expressly prohibit the use of non-consensual AID, perhaps enforcing this enactment by imposing a monetary penalty on the doctor when he does not require the husband's written consent and perhaps even allowing the husband to bring a civil suit against the doctor. Finally, the states might consider amending their divorce and adultery statutes to specifically define adultery in terms of sexual intercourse involving penetration in order to forestall actions under them based on the use of AID. If non-consensual AID is to be grounds for divorce, the legislatures might enact a specific provision permitting it if, in the legislator's judgment, the existing cruelty grounds are insufficient for that purpose. In an attempt to stimulate answers to the legal problems raised by AID, and consideration of possible solutions, the author submits the following legislative proposal."

Et l'auteur propose même un projet de texte de loi.

57. R.E. WANGARD, *loc. cit.* note 33, 228.

58. Qui accorde aux provinces compétence exclusive en matière de propriété et de droits civils.

relatives au divorce qui elles, seraient soumises au Parlement central⁵⁹. Mais jusqu'où le législateur devrait-il réglementer l'acte médical? L'hypothèse la plus large tendrait à réunir dans un même projet de loi les problèmes de légitimité, de capacité et des droits et devoirs de chacune des parties (donneur, mari, femme), de confidentialité des dossiers, d'assurance avec la possibilité pour l'assureur de consulter les dossiers de l'hôpital, etc. . . En fait, il s'agirait d'une loi globale. Par ailleurs, le législateur pourrait intervenir sur les points les plus névralgiques et laisser la pratique médicale mieux s'établir avant d'intervenir.

C'est ce que la Californie a fait lorsqu'elle a modifié en 1969 un article de son *Code civil* pour accorder la présomption de légitimité à l'enfant inséminé artificiellement⁶⁰. C'est un peu à l'heure actuelle ce que suggère l'Office de Revision du Code civil dans son rapport sur le Droit de la Famille⁶¹ qui propose un article sur l'insémination artificielle, au chapitre de la filiation⁶². Nous pensons que cet article est insatisfaisant: d'une part, parce que l'enfant pourra être désavoué lorsque le mari n'aura pas donné son consentement alors que tout un courant doctrinal veut que cet enfant soit légitime, que le consentement ait été donné ou non, mais ce courant pénalise cependant très fortement le médecin qui n'a pas demandé les consentements requis⁶³; d'autre part, parce que l'O.R.C.C. n'inclut pas nommément l'insémination artificielle sans le consentement du mari comme délit créant une présomption d'impossibilité de faire vie commune⁶⁴ et donnant ouverture au divorce.

59. C'est l'art. 91 (26) qui confère une telle compétence au pouvoir central.

60. *Supra*, note 38.

61. *Supra* note 2.

62. Il s'agit de l'art. 122 qui indique:

"Le désaveu ou la contestation de paternité n'est pas recevable si l'enfant a été conçu par insémination artificielle soit des oeuvres du mari, soit des oeuvres d'un tiers du consentement des époux."

Notons que l'enfant est mieux protégé avec les textes actuels du Code qu'avec ce texte tel que proposé; *supra*, notes 2 et 3.

63. Voir notamment une étude de B. BLUMAN en date d'août 1974 "*Background Paper in Artificial Insemination - Legal Relationship's and the A.I.D. Child under Existing and Proposed B.C. Legislation*" préparée pour the Family and Children's Law Commission of B.C. et les références citées; *a contrario* R.E. WANGARD, *loc. cit.*, note 33, 229; également H.D. KRAUSE, *op. cit.*, note 45, 243.

64. On lira à ce sujet les notes explicatives à l'art. 78 du Rapport de l'O.R.C.C. *op. cit.*, note 2.

Si nous ne sommes pas d'accord avec les articles eux-mêmes, nous croyons cependant que la démarche est bonne qui consiste à régler la question la plus urgente, celle de la légitimité. Pour le reste, nous pensons qu'il serait prématuré de présenter une loi globale et qu'il vaut mieux pour quelques années encore, laisser la question à l'éthique médicale et laisser l'insémination devenir davantage une réalité.

DEUXIÈME PARTIE

2. La fécondation *in vitro*

Pour le juriste habitué à des données centenaires, ce problème de la fécondation *in vitro* relève de la science fiction. Et pourtant, les chercheurs poursuivent leurs expériences en ce domaine et le jour n'est sûrement pas loin où la science proclamera que des enfants sont nés des suites d'une fécondation *in vitro*. Voyons donc quelques données de la médecine pour ensuite souligner quelques-uns des problèmes juridiques qui se soulèvent. Nous ne pensons pas pour l'instant qu'une intervention législative soit appropriée.

2.1 Quelques données médicales

Le Dr. J.E. Rioux du CHUL⁶⁵, que nous rencontrons en avril dernier (1975), nous signalait que la fécondation *in vitro* soulève des problèmes scientifiques beaucoup plus complexes que l'insémination artificielle.

Par fécondation *in vitro*, on entend la fécondation de l'ovule de la femme en dehors de l'utérus et sa réinsertion postérieure dans celui-ci. On conçoit aisément qu'en autant que le problème juridique de la filiation est concerné, il n'y aura aucune difficulté lorsque la fécondation se fera à partir de l'ovule de la femme et du sperme du mari, que les problèmes seront similaires à ceux de l'insémination artificielle lorsque le sperme proviendra du mari et l'ovule d'une tierce personne et qu'enfin ils seront beaucoup plus complexes lorsque l'ovule fécondé sera réinséré dans l'utérus d'une tierce personne. Mais nous y reviendrons plus loin.

65. *Supra*, son texte, note 11.

Les savants, à l'heure actuelle, poursuivent leurs recherches qui aboutiront sûrement à des expériences réussies de fécondation *in vitro* chez l'homme⁶⁶. Mais ils s'interrogent également sur toutes les questions morales et les problèmes d'éthique soulevés par les expériences de fécondation *in vitro*⁶⁷. C'est tout le problème de l'expérimentation sur l'homme qui se pose ici, problème d'ailleurs dont s'est occupé le Ministère américain de la santé et du bien-être depuis quelques années déjà⁶⁸. Jusqu'où le médecin peut-il expérimenter sur l'oeuf fécondé? Ne peut-il pas aussi modifier toute la génétique humaine⁶⁹? Question fondamentale s'il en est une.

66. Nos recherches à la bibliothèque de médecine nous ont permis de relever un nombre impressionnant d'articles de doctrine consacrés à cette question. Parmi ceux-ci, nous notons pour le lecteur curieux: C. THIBAUT, *La fécondation in vitro*, (1971) Concours médical 6695; D.G. WHITTINGHAM, *Embryo Bank's in the Future of Developmental Genetics*, (1974) Genetics 395; B.G. BRACKETT, *Mammalian Fertilization in Vitro* (1973) 32 Federation proceedings 2065; K.G. GOULD, *Application of in Vitro Fertilization* (1973) 32 Federation proceedings 2069. Il semble qu'en laboratoire, on ait à l'heure actuelle aux États-Unis réalisé un certain nombre d'expériences concluantes.

67. Notamment un excellent texte R.G. EDWARDS, *Fertilization of Human Eggs in Vitro: Morals, Ethics and the Law*, *loc. cit.*, note 9. Ce texte très fouillé contient à la fin une bibliographie impressionnante.

68. Le ministère américain de la Santé proposait d'ailleurs en 1973 la formation d'une commission de contrôle de l'éthique dans chacun de ces bureaux "to provide rigorous review of ethical issues in research involving human subjects by people whose interests are not solely those of the scientific community". Cette commission devrait entre autre surveiller les expérimentations de fécondation *in vitro*: *Protection of Human Subjects: Problems and Procedures*, 38 Fed. Reg. 221 (nov. 16, 1973). *Vid.* La déclaration de l'Association médicale américaine au sujet de l'expérimentation sur des humains, (1973) 37 Conn. Med. 365.

69. Certaines de ces questions sont très bien étudiées par R.G. EDWARDS, *loc. cit.*, note 9, 8-16; également L.R. KASS *Babies by Means of in Vitro Fertilization: Unethical Experiments on the Unborn* (1974) *The New England Journal*, 18 nov. 1174 qui tente de déterminer quand, aux yeux de la médecine, le foetus devient un être humain, (à la p. 1177). Il en vient à la conclusion que l'expérimentation sur les êtres humains et notamment sur le foetus devrait être réglementée à travers les étapes suivantes:

"The first would be a profession-wide, self-imposed moratorium on attempts to produce new human children by means of *in vitro* fertilization and embryo transfer (and by other new procedures), at least until such time as the safety of the procedures can be assessed and assured.

The second would be initiation of critical, prospective studies in primates and other mammals to assess the "normality" of the young produced by artificial means.

The third would be establishment of intraprofessional bodies and forums to discuss and to evaluate critically work in mammalian and especially in human reproduction. Reports by such responsible professional groups could help to prevent the creation of inflated hopes and fears.

2.2 . . . et quelques problèmes juridiques

Mais tentons plutôt de circonscrire le débat et de souligner quelques problèmes juridiques que soulève la fécondation *in vitro*. Nous verrons d'abord ceux relatifs à l'établissement de la filiation puis ceux relatifs à la responsabilité du médecin laissant de côté l'étude du moment où le fœtus devient personne et des droits de cette dernière⁷⁰.

Nous avons précédemment énuméré les trois hypothèses⁷¹.

La première concerne le cas d'un ovule fécondé *in vitro* par le sperme du mari. Les problèmes juridiques qui se soulèvent sont sensiblement les mêmes que dans le cas d'une insémination artificielle AIH. Nous n'avons pas à insister. Dans ce cas, le médecin est tenu d'une obligation de moyen, prudence et diligence et ne peut évidemment pas être tenu responsable comme tel d'une absence de résultat, à moins qu'il y ait eu négligence.

Dans la deuxième hypothèse, il s'agit d'un oeuf fécondé *in vitro* par le sperme d'un donneur tiers et replacé par la suite dans l'utérus de la femme qui a produit l'ovule. Ce sont alors les règles de l'insémination artificielle AID qui s'appliquent *mutatis mutandis*⁷². Mais qu'en est-il si l'ovule ne provient pas de celle dans qui l'oeuf fécondé sera réintroduit? Qui sera la mère? en présence d'un titre et d'une possession d'état conforme, aucune preuve ne pourra être admise pour démontrer que celle qui a donné naissance à l'enfant n'est pas la mère⁷³. Qu'arrive-t-il si le titre et la possession ne sont pas conformes? pourrait-on soutenir avec quelques chances de succès que la mère n'est pas celle qui a porté l'enfant mais plutôt celle de qui provient l'ovule, advenant que le secret médical n'ait pas été respecté? Le droit actuel ne nous donne aucune réponse et lorsque la fécondation *in vitro* sera opérationnelle, il y aura sans doute lieu d'édicter qu'à la suite d'une fécondation *in vitro*, est la mère celle qui porte l'enfant.

Enfin, troisième hypothèse, beaucoup plus complexe: une femme ne peut elle-même porter l'enfant: son ovule serait donc fécondé *in vitro* par le sperme du mari et déposé dans l'utérus

70. Cette étude constitue la première partie du rapport.

71. Qui sont d'ailleurs très bien discutées par M. REVILLARD, *loc. cit.*, note 6, 392.

72. *Supra*, parag. 1.2.1.2.

73. Art. 231 C. civ.

d'une tierce personne qui enfantera⁷⁴; qui est la mère? Aux yeux de la loi actuelle, avons-nous déjà dit, c'est celle qui donne naissance à l'enfant⁷⁵. Un écrit à l'effet que la "porteuse" cédera l'enfant à la naissance ne risquerait-il pas d'être contraire à l'ordre public puisqu'il pourrait conduire à défier les règles de l'adoption⁷⁶? Et le mari de cette femme "porteuse" serait-il présumé être le père? La solution à ce problème consisterait sans doute à partir des règles actuelles de l'adoption en les modifiant pour couvrir cette nouvelle situation⁷⁷.

Le médecin qui pratiquerait (ou pratiquera) la fécondation *in vitro* serait (ou sera), il nous semble, tenu d'obligations similaires à celles du praticien qui fait une insémination artificielle: confidentialité, consentement de tous les intéressés, obligation de prudence, diligence, sécurité; son rôle est somme toute le même, bien que plus délicat sans doute encore.

* * *

Nous avons tenté de cerner ou de définir quelques-uns des problèmes juridiques soulevés par des nouvelles méthodes de conception. Nous pensons, nous l'avons d'ailleurs déjà dit au cours de ce texte, qu'une intervention législative globale sur ces questions serait peut-être prématurée à ce stade au Québec.

Cependant, nous devons dès à présent nous interroger sur les conséquences auxquelles de telles expérimentations peuvent aboutir. Ne pourrait-on pas ainsi en arriver à un eugénisme positif, à partir de banques de sperme et d'ovules de sujets choisis pour leur

74. La littérature médicale ou juridique de langue anglaise utilise le terme "hostess".

75. La filiation maternelle implique la double preuve qu'une femme a accouché (accouchement) et que l'enfant qui recherche une filiation est bien celui dont la femme a accouché (identité).

76. M. REVILLARD, *loc. cit.*, note 6, 395 pose le problème en ces termes, mais n'apporte aucune solution.

77. L.O. SCHROEBDER, *New Life: Person or Property?* (1974) *Am. J. of Psychiatry* 541, à la p. 543.

intelligence⁷⁸? Signalons ainsi que le fait R.G. Edwards⁷⁹, que si des expériences sont faites en ce domaine, l'eugénisme positif ne pourrait pas être largement pratiqué à l'heure actuelle:

“after a period of premature excitement about the health and imminence of genetic engineering, its application now appears to be more distant and its value lies in supplying genes, perhaps by viral transfer, to people carrying mutants or in the cure of cancer”.

Dans un avenir rapproché, il semble que seul le sexe de l'enfant pourra être prédéterminé⁸⁰ à partir d'expériences sur un ovule.

Mais déjà la constitution de banques de sperme ne peut-elle pas servir les fins d'un certain eugénisme? Le Dr. Rioux⁸¹ nous indiquait qu'il choisissait des donneurs qui aient le plus possible les caractéristiques du père, à partir très souvent d'étudiants en médecine. Mais qui empêcherait une clinique ou un médecin de choisir un donneur très intelligent ou possédant certaines caractéristiques bien déterminées⁸²?

Quels sont les buts que doivent poursuivre l'insémination artificielle et la fécondation *in vitro*? Il semble très généralement admis qu'il s'agit de soigner l'infertilité⁸³, ce qui ne soulève pas ici de protestations. Mais doit-il s'agir seulement d'infertilité de couples mariés? ⁸⁴ Nous ne le pensons pas. Devrait-on dépasser le

78. Pour une étude intéressante sur “L'eugénisme positif” on consultera M.P. GOLDING, *Ethical Issues in Biological Engineering*, (1968) U.C.L.A. Rev. 443, aux pages 463 à 471; il y fait une critique du texte de HUXLEY, *Eugenics in Evolutionary Perspective* (1962) 54 *Eugenics Rev.* 123. A la fin de cette étude, il affirme:

“It is appropriate to call attention to the profound consequences that programs of positive eugenics would have. It would be bound, for example, to alter the institution of the family. Now this institution is already undergoing change, but it is hardly clear what these changes are, whether they are changes for the better. The adoption of this method is certain to have a profound impact on the conditions of life in the community of the future. I do not share Huxley's confidence that these changes are bound to the beneficent”.

79. R.G. EDWARDS, *loc. cit.*, note 12.

80. *Ibid.*; trop d'impondérables existent encore dans les implications de la fécondation *in vitro*: risques d'ailleurs de tous ordres: L.R. KASS, note 69, 1176.

81. J.E. RIOUX, note 11.

82. Sans être cependant certain que ces caractéristiques se transmettraient au foetus.

83. L.R. KASS, *loc. cit.*, note 69, 1176; R.G. EDWARDS, *loc. cit.*, note 1.

84. Dans la mesure bien sûr où la fécondation *in vitro* serait opérationnelle; quand à l'insémination artificielle, on pourra répondre qu'elle n'a qu'à changer de partenaire.

couple non marié? Une jeune fille désireuse d'avoir un bébé ne devrait-elle pas avoir le droit d'être fécondée *in vitro*⁸⁵? Un couple non marié mais ayant une certaine stabilité ne devrait-il pas pouvoir avoir recours à de telles techniques?

Nous sommes convaincus que ce sont là de très importantes questions d'éthique auxquelles des recherches multidisciplinaires intensives se devraient d'être consacrées⁸⁶.

85. La clinique du Dr. J.E. Rioux à Québec s'adresse exclusivement aux couples mariés ce qui s'explique par le nombre restreint de patientes qui peuvent être suivies à la fois.

86. "What then is the responsibility of the biologist? ... he is not responsible for the legal or ethical problems raised by his results, except insofar as all members of the community have such responsibility; however, he has a duty to inform society of his results, and to use his specialist knowledge to point out their possible implications": A. MACLAREN, A.S. PARKES *Legal and other Aspects of Artificial Insemination by Donor (AID) and Embryo Transfer*, (1973) 5 J. Biosoc. Scio. 205, à la p. 206.