



BIBLIOTHÈQUE *du* PARLEMENT

LIBRARY *of* PARLIAMENT

ÉTUDE GÉNÉRALE



Statut juridique fédéral de la procréation assistée au Canada

Publication n° 2011-82-F
Le 6 septembre 2011

Sonya Norris
Marlisa Tiedemann

Division des affaires sociales
Service d'information et de recherche parlementaires

Statut juridique fédéral de la procréation assistée au Canada
(Étude générale)

La présente publication est aussi affichée en versions HTML et PDF sur IntraParl (l'intranet parlementaire) et sur le site Web du Parlement du Canada.

Dans la version électronique, les notes de fin de document contiennent des hyperliens intégrés vers certaines des sources mentionnées.

This publication is also available in English.

Les ***études générales*** de la Bibliothèque du Parlement présentent et analysent de façon objective et impartiale diverses questions d'actualité sous différents rapports. Elles sont préparées par le Service d'information et de recherche parlementaires de la Bibliothèque, qui effectue des recherches et fournit des informations et des analyses aux parlementaires ainsi qu'aux comités du Sénat et de la Chambre des communes et aux associations parlementaires.

TABLE DES MATIÈRES

1	INTRODUCTION.....	1
2	CONTEXTE.....	1
2.1	Apparition de nouvelles techniques de reproduction au Canada	1
2.2	La Commission Baird.....	2
2.3	Réponses initiales du gouvernement fédéral.....	2
2.4	Lignes directrices concernant la recherche	3
2.5	<i>Loi sur la procréation assistée</i> du Canada	4
3	CONTESTATION DE LA VALIDITÉ DE CERTAINES DISPOSITIONS DE LA <i>LOI SUR LA PROCRÉATION ASSISTÉE</i>	5
3.1	Décision de la Cour d'appel du Québec	5
3.1.1	Répartition des pouvoirs législatifs.....	6
3.1.1.1	Compétence provinciale en matière de santé	6
3.1.1.2	Compétence en matière de droit pénal et compétence du Parlement dans le domaine de la santé	6
3.1.2	Objet et effets de la <i>Loi sur la procréation assistée</i>	7
3.2	Décision de la Cour suprême du Canada.....	7
3.2.1	Motifs de la juge en chef McLachlin (avec l'accord des juges Binnie, Fish et Charron).....	7
3.2.2	Motifs des juges LeBel et Deschamps (avec l'accord des juges Abella et Rothstein)	9
3.2.3	Motifs du juge Cromwell	10
3.3	Commentaire au sujet de la décision de la Cour suprême du Canada	10
	ANNEXE – CHRONOLOGIE DES MESURES LIÉES À LA RÉGLEMENTATION DE LA PROCRÉATION ASSISTÉE AU CANADA	

STATUT JURIDIQUE FÉDÉRAL DE LA PROCRÉATION ASSISTÉE AU CANADA

1 INTRODUCTION

La naissance, en Angleterre, du tout premier « bébé-éprouvette », fruit de la fécondation in vitro d'un ovule humain et de l'implantation de l'embryon qui en est résulté dans l'utérus d'une femme, remonte à 1978. Cette naissance, aboutissement de décennies de recherches en clinique et en laboratoire, a aussi eu pour effet de focaliser l'attention sur un nouveau domaine de l'éthique médicale, les multiples progrès technologiques et leurs conséquences sur la génétique soulevant de nouvelles questions et faisant apparaître de nouvelles responsabilités déontologiques.

Le présent document donne un aperçu des nombreuses mesures qui ont été prises au Canada afin d'établir un cadre législatif et réglementaire en ce qui concerne les techniques de reproduction et les recherches connexes. Il y est question de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction, des premières tentatives en matière de législation et de la *Loi sur la procréation assistée*, en vigueur depuis 2004, et de la liste des actes interdits qu'elle comporte. Enfin, la contestation constitutionnelle de la loi par le procureur général du Québec, qui est allée jusqu'à la Cour suprême du Canada, est examinée. Il n'est pas question, cependant, de la réglementation provinciale des activités relatives à la procréation assistée.

2 CONTEXTE

2.1 APPARITION DE NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION AU CANADA

La naissance du tout premier bébé issu de la fécondation in vitro (FIV) a marqué le début d'une nouvelle ère pour la science médicale. L'expression « nouvelles techniques de reproduction » (NTR) visait alors un nombre croissant de techniques de manipulation de la biologie de la reproduction humaine. Les couples aux prises avec des problèmes de fécondité ont commencé à comprendre qu'ils pouvaient, outre l'adoption, se tourner vers les NTR pour fonder une famille. La FIV et l'insémination artificielle, pratiquée depuis nombre d'années, permettaient également aux personnes sans partenaire et aux couples homosexuels de concevoir et de porter leurs enfants biologiques¹. La pratique s'est également étendue au recours aux mères porteuses.

Bien des intervenants soulignent que les NTR soulèvent des questions éthiques qui doivent être examinées soigneusement. D'autres soutiennent que le droit à l'autonomie dans les choix de procréation épargne à la société de devoir se pencher sur certaines de ces difficultés ainsi perçues sur le plan de l'éthique². Du point de vue de la santé, certains rappellent que l'on ne connaît pas les effets à long terme des NTR et qu'il faut faire preuve de circonspection à cet égard, en s'appuyant sur la recherche³.

2.2 LA COMMISSION BAIRD

En octobre 1989, devant ces préoccupations et ces pressions grandissantes d'organisations féminines, de groupes religieux, de groupes professionnels médicaux et juridiques, de chercheurs et de groupes de défense des NTR, le gouvernement fédéral a nommé la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction. Il lui a confié pour mandat de réaliser une étude approfondie et de rendre compte de l'évolution de la science médicale relativement aux nouvelles techniques de reproduction, ainsi que de leurs conséquences sociales, morales, juridiques et économiques et de leurs répercussions sur la santé et la recherche⁴.

La Commission, que présidait la D^{re} Patricia Baird, a tenu des audiences publiques dans tout le pays et reçu des mémoires de nombreux intervenants et parties intéressées. En novembre 1993, elle a présenté au gouverneur général son rapport final intitulé *Un virage à prendre en douceur*. Elle y recommandait d'interdire plusieurs actes par la voie législative et de créer un cadre réglementaire afin de garantir une utilisation sécuritaire, éthique et responsable des NTR. Dans son rapport, la Commission recommandait également la création d'une commission nationale sur les techniques de reproduction chargée de définir et d'appliquer une politique sur les NTR dans l'intérêt public national. Enfin, elle y expliquait de façon très détaillée comment mettre en œuvre ces principales recommandations⁵.

2.3 RÉPONSES INITIALES DU GOUVERNEMENT FÉDÉRAL

En juillet 1995, en guise de réponse préliminaire au rapport de la Commission Baird, le ministre de la Santé a annoncé un moratoire volontaire⁶ concernant neuf pratiques indiquées dans le rapport. Ce moratoire, décrit comme la première étape dans l'élaboration d'interdictions législatives, demandait au corps médical et aux chercheurs de s'abstenir de recourir aux pratiques suivantes :

- le clonage d'embryons humains;
- la commercialisation de la maternité de substitution ou des contrats de mère porteuse;
- l'achat et vente d'ovules, de sperme et d'embryons;
- le don d'ovules en échange de services de fécondation in vitro;
- la modification des cellules germinales (transmissible aux générations suivantes);
- l'ectogenèse (création d'un utérus artificiel);
- le choix du sexe à des fins non médicales;
- la création d'hybrides animal-humain;
- le prélèvement d'ovules sur des fœtus ou des cadavres en vue de dons, d'une fécondation ou de recherches.

En 1996, le ministre de la Santé a déposé le projet de loi C-47 : Loi concernant les techniques de reproduction humaine et les opérations commerciales liées à la

reproduction humaine (titre abrégé : « Loi sur les techniques de reproduction humaine et de manipulation génétique »). Ce projet de loi était décrit comme la première de deux étapes d'un processus législatif. Un deuxième projet de loi, portant sur le cadre réglementaire plus général et restreignant diverses autres pratiques, devait être déposé par la suite, mais ce n'a pas été le cas.

Le projet de loi C-47 est mort au *Feuilleton* en avril 1997, à la dissolution de la 35^e législature. Il proposait d'interdire les pratiques déjà bannies dans le cadre du moratoire et d'autres encore⁷, à savoir :

- le transfert d'embryons entre l'espèce humaine et d'autres espèces;
- la recherche sur des embryons humains au-delà de 14 jours après la conception;
- la création d'embryons aux seules fins de la recherche;
- l'utilisation, sans le consentement des donneurs, de sperme, d'ovules ou d'embryons humains à des fins de procréation assistée ou pour la recherche médicale;
- l'offre de services prohibés et le paiement de ceux-ci.

2.4 LIGNES DIRECTRICES CONCERNANT LA RECHERCHE

L'avènement de la technologie permettant de créer artificiellement des embryons en laboratoire a suscité une controverse au sujet de l'utilisation de ces embryons à des fins de recherche. Le débat sur la recherche sur les embryons humains porte généralement sur l'utilisation d'embryons excédentaires, c'est-à-dire d'embryons destinés à être éliminés lorsqu'ils ne sont plus nécessaires pour une fécondation *in vitro*. De nombreux scientifiques soutiennent que ces embryons ne sont pas produits *spécifiquement* aux fins de la recherche. D'autres soulignent toutefois qu'il est très facile de produire des embryons en « surnombre » pour la procréation assistée, en ayant l'intention qu'il en reste beaucoup pour la recherche.

Les embryons sont, entre autres, une source de cellules souches dans la recherche, c'est-à-dire de cellules indifférenciées qui peuvent devenir des cellules spécialisées. Les cellules souches pluripotentes peuvent, en théorie, devenir n'importe quel type de cellule : nerveuse, sanguine, hépatique, etc. On sait que les cellules souches prélevées sur des embryons sont pluripotentes, alors que celles qui proviennent d'adultes, de fœtus et du sang du cordon ombilical peuvent se différencier et devenir certains types de cellules seulement. L'intérêt de la recherche dans ce domaine tient à la possibilité d'obtenir, à partir des cellules souches, n'importe quel tissu ou organe transplantable pour la prévention, le traitement ou la guérison de plusieurs troubles.

Au cours de cette même période, les trois organismes de financement de la recherche au Canada⁸ ont défini un ensemble de normes éthiques pour la recherche sur les êtres humains. L'*Énoncé de politique des trois conseils : Éthique de la recherche avec des êtres humains*, publié en 1998, contenait des lignes directrices pour la recherche utilisant des embryons et autre matériel reproductif. Les *Lignes directrices en matière de recherche sur les cellules souches pluripotentes humaines*, publiées en 2002 par les Instituts de recherche en santé du Canada (IRSC), qui ont succédé

au Conseil de recherches médicales en 1999-2000, étaient plus détaillées et plus claires dans ce domaine. Ces lignes directrices, qui sont régulièrement mises à jour, régissent la recherche sur les cellules souches adultes ou embryonnaires financée par les IRSC⁹.

2.5 LOI SUR LA PROCRÉATION ASSISTÉE DU CANADA

À la fin des années 1990, le ministère de la Santé fédéral (Santé Canada) a publié un aperçu et des documents de travail sur les techniques de reproduction et de manipulation génétique, et a proposé des mesures de surveillance législative et réglementaire. En mai 2001, après des consultations publiques, le ministre de la Santé a déposé à la Chambre des communes un projet de loi sur la procréation assistée et invité le Comité permanent de la santé à mener une étude approfondie et à recommander tout changement nécessaire, y compris relativement à la création d'un organisme de réglementation chargé de mettre en œuvre la loi et la future réglementation, de suivre l'évolution du dossier et de conseiller le Ministre sur des modifications futures.

Le Comité de la santé a formulé 33 recommandations¹⁰, dont bon nombre ont été intégrées dans la réponse du gouvernement, à savoir le projet de loi C-56 : Loi concernant la procréation assistée, déposé en 2002. Ce projet de loi prévoyait la création d'un cadre législatif et réglementaire sur lequel s'appuyer pour régler les questions concernant non seulement la procréation assistée, mais également la recherche avec des embryons humains produits artificiellement (embryons in vitro). Il interdisait aussi un certain nombre de pratiques et prévoyait un cadre de délivrance d'autorisations pour les activités réglementées. En raison des prorogations de la 37^e législature, ce projet de loi a été déposé à deux autres reprises, toujours à l'étape à laquelle il se trouvait la fois précédente et sous la même forme¹¹. Le 29 mars 2004, la *Loi sur la procréation assistée* (LPA)¹² a reçu la sanction royale et, le 22 avril, la plupart des interdictions énumérées dans la nouvelle loi (art. 5 à 7 et 9) sont entrées en vigueur. En 2006 était créé l'organisme responsable de l'application de la LPA, l'Agence canadienne de contrôle de la procréation assistée.

Santé Canada a créé le Bureau de mise en œuvre de la procréation assistée, chargé de rédiger le règlement pris en vertu de la LPA. Cependant, peu de mesures réglementaires ont été prises à ce jour. Le Bureau a indiqué que des consultations publiques auraient lieu sur différents aspects de la réglementation, et qu'elles comprendraient des séances d'information technique sur la LPA, des ateliers sur certains sujets et des consultations officielles. Parmi les questions soumises à la consultation du public figurent le consentement éclairé, les services de counselling et le remboursement des dépenses¹³. De ce nombre, seule la réglementation du consentement (art. 8) a été mise en application (en 2007).

Beaucoup d'autres sujets n'ont pas encore fait l'objet de consultations, comme les pratiques cliniques et les pratiques en laboratoire, la recherche sur les embryons, les renseignements médicaux, l'information que doit communiquer l'Agence (p. ex. les résultats globaux des techniques de procréation assistée, les orientations stratégiques, les ententes d'exécution et l'information concernant les questions de sécurité relatives aux pratiques de procréation assistée), le cadre d'inspection

et de contrôle d'application, la délivrance d'autorisations et le diagnostic génétique préimplantatoire.

En 2008, le gouvernement du Canada a fait appel devant la Cour suprême du Canada d'une décision de la Cour d'appel du Québec relative à la constitutionnalité de la LPA. Santé Canada a alors indiqué qu'il ne procéderait pas à la publication préalable d'autres projets de règlement tant que la question ne serait pas réglée¹⁴. Cette contestation constitutionnelle est examinée ci-dessous.

3 CONTESTATION DE LA VALIDITÉ DE CERTAINES DISPOSITIONS DE LA LOI SUR LA PROCRÉATION ASSISTÉE

Pendant l'étude du projet de loi C-6 et de celui qui l'a précédé, c'est-à-dire le projet de loi C-13, le gouvernement du Québec a fait savoir qu'il était d'avis que certains articles empiétaient sur la compétence législative des provinces. Après que le projet de loi a eu reçu la sanction royale, le procureur général du Québec a soumis à la Cour d'appel du Québec une question constitutionnelle contestant la validité de certaines dispositions de la LPA¹⁵.

Au départ, seuls étaient contestés les articles 8 à 12 de la LPA, jugés *ultra vires* (excédant la compétence législative du Parlement). Ensuite sont venus s'y ajouter les articles 13 à 19, 40 à 53, 60, 61 et 68. Le procureur général du Québec n'a jamais soutenu que l'article 5 (qui interdit, entre autres, la création de clones humains et d'embryons in vitro à des fins autres que la création d'êtres humains), l'article 6 (qui interdit la rétribution des mères porteuses et restreint par ailleurs la maternité de substitution) ou l'article 7 (qui interdit notamment l'achat de gamètes, ainsi que l'achat et la vente d'embryons in vitro) portaient sur des points dépassant les compétences du Parlement. La décision de la Cour d'appel du Québec a finalement été examinée par la Cour suprême du Canada. Voici un résumé de ces deux décisions.

3.1 DÉCISION DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Le 19 juin 2008, la Cour d'appel du Québec a répondu à la question constitutionnelle que lui avait soumise le procureur général du Québec. Dans leur avis, les trois juges de la Cour conviennent que les dispositions en question ne sont pas du ressort du Parlement. Avant d'arriver à cette conclusion, ils décrivent l'analyse nécessaire pour déterminer si l'adoption d'une loi est valide et si cette loi respecte la répartition des pouvoirs prévue par la *Loi constitutionnelle de 1867*. D'abord, il faut déterminer la caractéristique dominante (le caractère véritable) de la loi ou de la disposition, ce qui suppose d'en examiner l'objet et les effets juridiques. Ensuite, il faut déterminer quels sont le ou les pouvoirs constitutionnels qui se rattachent le plus à cette caractéristique.

Avant de commencer son analyse constitutionnelle des dispositions contestées, la Cour s'est penchée sur la répartition des pouvoirs législatifs en général et sur leur lien avec la santé.

3.1.1 RÉPARTITION DES POUVOIRS LÉGISLATIFS

La Cour souligne que la détermination du chef de compétence auquel une loi ou une disposition se rattache n'est pas une science exacte et que le fait qu'une loi ou une disposition empiète sur un domaine ne relevant pas de la compétence de l'organe législatif ne signifie par forcément que cette loi ou cette disposition est invalide. En pareil cas, la Cour doit déterminer si la loi ou la disposition s'inscrit dans un régime législatif valide et si elle y est suffisamment intégrée. En outre, comme les catégories de sujets établis dans la *Loi constitutionnelle de 1867* ne sont pas des « compartiments étanches », il se peut qu'un ordre de gouvernement adopte valablement une loi sur un aspect d'un sujet (comme la santé) et qu'un autre en adopte tout aussi valablement une autre sur un autre aspect du même sujet.

3.1.1.1 COMPÉTENCE PROVINCIALE EN MATIÈRE DE SANTÉ

La Cour relève quatre chefs de compétence contenus dans les articles 92 et 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* sur lesquels asseoir la compétence des provinces en matière de soins de santé. Ces dispositions sont les suivantes :

- le paragraphe 92(7) – pouvoir exclusif des législatures provinciales concernant l'établissement, l'entretien et l'administration des hôpitaux, asiles, institutions et hospices de charité dans la province, autres que les hôpitaux de marine;
- les paragraphes 92(13) et 92(16) – ensemble, ces dispositions font que « les aspects civils de la pratique médicale et les rapports patient-médecin relèvent des législatures provinciales auxquelles on a aussi reconnu le pouvoir de mettre sur pied et de gérer un système hospitalier ainsi qu'un régime d'assurance-maladie et d'assurance-hospitalisation¹⁶ »;
- l'article 93 – compétence provinciale exclusive dans le domaine de l'éducation, sans restriction concernant la nature et la portée de ce domaine au Québec.

3.1.1.2 COMPÉTENCE EN MATIÈRE DE DROIT PÉNAL ET COMPÉTENCE DU PARLEMENT DANS LE DOMAINE DE LA SANTÉ

Le Parlement peut adopter des lois portant sur certains aspects de la santé, en exerçant son pouvoir général d'adopter des lois pour la paix, l'ordre ainsi que le bon gouvernement, son pouvoir général de dépenser et sa compétence en matière de droit pénal. C'est sur cette dernière que le procureur général du Canada s'appuie pour établir le fondement de la LPA.

La Cour décrit de la façon suivante ce qui constitue un crime :

Un crime est [...] un acte que la loi défend parce qu'il constitue un mal ou qu'il a un effet nuisible ou indésirable pour le public. Il s'agit de supprimer le mal ou de sauvegarder les intérêts menacés par l'effet nuisible ou indésirable de l'acte défendu. L'interdiction doit viser un objectif public légitime relatif au droit criminel¹⁷.

Il peut y avoir des exceptions aux interdictions qui seront définies dans les règlements, et le fait de créer des exceptions ne signifie pas forcément que le Parlement

cherche à réglementer une sphère de compétence provinciale. En revanche, « [l]’exemption doit permettre la dérogation à l’interdiction générale et non constituer le fondement de la législation en cause [...] c’est la différence entre une loi de nature criminelle et une loi de nature réglementaire¹⁸ ».

3.1.2 OBJET ET EFFETS DE LA *LOI SUR LA PROCRÉATION ASSISTÉE*

Après avoir examiné le contexte de la LPA, la Cour conclut qu’elle ne résulte pas de l’exercice légitime de la compétence du Parlement en matière de droit pénal :

La question n’est pas celle de savoir si la *Loi* est la meilleure ou la pire, si elle atteint ses objectifs ou non, mais si elle vise un objet de droit criminel. Or, en l’espèce, sauf pour les actes totalement interdits, le dossier ne révèle aucun « mal » à réprimer. Il établit plutôt une volonté de contrôler une activité médicale, tant dans son aspect clinique que dans le cadre de la recherche parce que cela favoriserait une uniformité jugée souhaitable. La pertinence d’une législation unique pour tout le Canada en vue de réglementer une activité admise et reconnue n’est pas un objectif attributif de compétence en droit criminel¹⁹.

3.2 DÉCISION DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA

Le procureur général du Canada a fait appel de la décision de la Cour d’appel du Québec devant la Cour suprême du Canada. L’appel a été entendu le 24 avril 2009, mais les motifs de jugement n’ont pas été communiqués avant le 22 décembre 2010. La Cour était divisée comme suit : quatre juges étaient d’avis que les dispositions contestées de la LPA étaient toutes valides, quatre juges concluaient que les dispositions contestées excédaient toutes la compétence du Parlement au motif qu’elles ne résultaient pas de l’exercice légitime du pouvoir fédéral en matière de droit pénal, et un juge concluait que certaines dispositions contestées étaient valides et d’autres *ultra vires*. Les motifs donnés reposaient tous sur une analyse du caractère véritable des dispositions contestées semblable à celle faite par la Cour d’appel du Québec. Voici un résumé de chacun des motifs de jugement.

3.2.1 MOTIFS DE LA JUGE EN CHEF MCLACHLIN (AVEC L’ACCORD DES JUGES BINNIE, FISH ET CHARRON)

La juge en chef McLachlin formule la question de la façon suivante :

Peut-on à juste titre prétendre [...] que la *Loi sur la procréation assistée* réprime des pratiques susceptibles de contrevenir à la morale, de créer des maux pour la santé publique ou de compromettre la sécurité de personnes? S’agit-il plutôt [...] d’une loi visant à promouvoir des pratiques médicales bénéfiques associées à la procréation assistée²⁰?

La juge en chef indique que l’objet de la LPA est d’interdire des actes répréhensibles et qu’elle « autorise incidemment des pratiques bénéfiques par voie réglementaire, mais cela ne la rend pas inconstitutionnelle²¹ ». Au sujet des effets de la LPA, elle convient que celle-ci a des répercussions sur la réglementation de la recherche et de la pratique médicales, mais qu’il ne s’agit pas de son effet principal. Elle conclut que

le caractère véritable de la LPA tient à l'interdiction d'activités néfastes liées à la procréation assistée.

La juge en chef se demande ensuite si la LPA satisfait aux exigences d'une règle de droit pénal valide, à savoir si elle prévoit une interdiction appuyée par une sanction et si elle a un objet de droit pénal²². Elle déclare que la LPA satisfait aux deux premiers critères et décrit l'objet de droit pénal :

La procréation assistée soulève d'importantes préoccupations d'ordre moral. La création de la vie humaine et les procédés par lesquels celle-ci est modifiée ou supprimée, ainsi que les répercussions pour les personnes en cause, participent de la morale. Le Parlement a grandement intérêt à ce que les règles éthiques fondamentales régissent la création et la destruction de la vie, de même que les répercussions de celles-ci sur, par exemple, les donneurs et les mères. Considérée globalement, la *Loi* vise à prévenir la détérioration importante du tissu social, et ce, en interdisant les pratiques qui tendent à dévaloriser la vie humaine et à avilir les personnes qui y recourent. Il s'agit d'un objectif légitime du droit criminel prenant appui sur des considérations qui revêtent une importance fondamentale pour notre société.

Il y a chevauchement entre souci moral et souci sanitaire. Rappelons que le droit criminel peut légitimement viser le mal pour la santé publique que constitue l'acte ou l'activité qui a un effet nuisible ou indésirable sur la santé publique. La question est celle de savoir si le risque auquel sont exposés les donneurs de spermatozoïdes ou d'ovules, les mères porteuses et les personnes issues du recours aux techniques de procréation assistée tombe sous le coup de ce principe [...] On conçoit aisément le préjudice corporel et psychologique susceptible d'être infligé aux personnes touchées. La manière dont on y recourt peut faire en sorte que les techniques de procréation assistée entraînent la vie ou la mort, la santé ou la maladie. Le recours abusif à ces techniques crée un risque sanitaire pour la population et peut légitimement être considéré comme un mal pour la santé publique auquel peut s'attaquer le droit criminel²³.

La juge en chef conclut que les interdictions prévues aux articles 8 à 13 relèvent bien du droit pénal.

S'agissant des dispositions administratives contenues dans le reste de la LPA, la juge en chef conclut :

- Les articles 14 à 19, qui établissent un système de gestion de l'information, sont « étroitement liés aux interdictions prévues aux articles 5 à 13. Ces interdictions sont utiles en ce qu'elles comblent une lacune en réglant les problèmes pratiques inhérents au fonctionnement du régime législatif²⁴. »
- Les articles 40 à 44, qui ont pour objet la délivrance d'autorisations pour l'exercice d'activités réglementées, sont :

directement lié[s] [...] au fait d'interdire l'activité préjudiciable et immorale et de prévoir une exception pour l'activité bénéfique. Le régime d'autorisation contribue à faire en sorte que l'interdiction sélective vise l'activité moralement répréhensible, et ce, d'une manière suffisamment souple pour permettre l'adaptation à de nouvelles circonstances. Il y parvient en limitant et en encadrant le recours aux techniques associées à la reproduction artificielle de la vie humaine. Dans ce contexte, autoriser une activité ou non

revient à distinguer le bien du mal, et non à promouvoir ou à favoriser les aspects bénéfiques de la procréation assistée²⁵.

- Les articles 45 à 53, qui ont trait à l'inspection et au contrôle d'application de la LPA, « font partie du régime que le Parlement établit pour interdire l'utilisation immorale et potentiellement préjudiciable du matériel reproductif humain [...] Sans les dispositions sur l'inspection et le contrôle d'application, les interdictions [...] seraient sans effet²⁶. »
- Les articles 60 et 61, qui portent sur des infractions et prévoient des peines, « prévoient seulement les sanctions pénales nécessaires à l'application de règles de droit criminel. À l'instar des dispositions pénales du *Code criminel* du Canada, [ils] sont valides²⁷. »

3.2.2 MOTIFS DES JUGES LeBEL ET DESCHAMPS (AVEC L'ACCORD DES JUGES ABELLA ET ROTHSTEIN)

Les juges LeBel et Deschamps laissent entendre que la juge en chef aurait dû se concentrer sur le caractère véritable des dispositions contestées et non sur le caractère véritable de la LPA dans son ensemble. Dans leur analyse du caractère véritable, ils examinent le contexte qui a mené à l'adoption de la LPA :

Il est clair que la Commission Baird visait, d'une part, à dénoncer et interdire certains actes parce que, selon elle, leur caractère répréhensible faisait consensus. D'autre part, elle souhaitait l'encadrement de l'aide à la procréation et de la recherche connexe afin d'établir des normes uniformes pour l'ensemble du Canada. On constate donc que la distinction établie dans la LPA entre actes interdits et activités réglementées correspond bien à ces deux catégories distinctes d'actes ou d'activités pour lesquels la Commission Baird recommandait autant d'approches différenciées visant des objectifs différents²⁸.

Les juges LeBel et Deschamps concluent que l'objet des dispositions contestées « était l'établissement de normes impératives nationales en matière de procréation assistée²⁹ » et que ces dispositions auraient « une incidence importante sur la pratique médicale³⁰ ». Selon eux, le caractère véritable des dispositions contestées est « la réglementation de la procréation assistée en tant que service de santé³¹ ».

Ils ne partagent pas le point de vue de la juge en chef sur les activités réglementées :

Le dossier ne fait état d'aucun élément qui assimilerait les activités réglementées à des actes répréhensibles ou présentant des risques graves pour la morale, la sécurité ou la santé publique. Comme nous le relevons précédemment, en adoptant la recommandation du Rapport Baird concernant les activités réglementées, le but du Parlement était d'établir des normes nationales pour régir la procréation assistée. Il ne s'agissait donc pas de protéger les personnes susceptibles de recourir à celle-ci au motif qu'elle est néfaste en soi. La procréation assistée n'était pas alors un mal qu'il convenait de réprimer, et elle ne l'est pas non plus aujourd'hui. En réalité, il s'agit d'un domaine en plein essor de la pratique médicale et de la recherche qui, comme l'énonce le Parlement à l'art. 2 de la LPA, comporte des avantages pour de nombreux Canadiens et Canadiennes³².

Les juges LeBel et Deschamps concluent que « la volonté du Parlement [était] de légiférer sur une matière qui ne relève pas de sa compétence³³ » et que, sauf dans la mesure où les articles 60 et 61 se rapportent à des dispositions qui ne sont pas contestées, les dispositions contestées excèdent la compétence du Parlement.

3.2.3 MOTIFS DU JUGE CROMWELL

Selon le juge Cromwell, il s'agit de « savoir si le pouvoir du Parlement de légiférer en droit criminel l'autorise à réglementer presque toutes les facettes de la recherche et de l'activité clinique liées à la procréation assistée³⁴ ». Répondant par la négative à cette question, il abonde dans le sens de la juge en chef, selon qui les interdictions prévues aux articles 8, 9 et 12 « eu égard à leur objet et à leur effet, interdisent des activités néfastes liées à la procréation assistée et [...] relèvent traditionnellement de la compétence législative fédérale en matière de droit criminel³⁵ ». Il est cependant d'accord avec les juges LeBel et Deschamps, qui considèrent que les dispositions suivantes excèdent la compétence législative du Parlement : article 10 (interdiction d'utiliser du matériel reproductif et des embryons in vitro, sauf en conformité avec les règlements et avec une autorisation), article 11 (interdiction de combiner une partie ou une proportion du génome humain, sauf en conformité avec les règlements et avec une autorisation), article 13 (interdiction d'exercer une activité réglementée dans un établissement donné sauf en conformité avec une autorisation), articles 14 à 18 (protection des renseignements personnels et accès à l'information), paragraphes 40(2) à 40(5) (Agence canadienne de contrôle de la procréation assistée) et paragraphes 44(2) et (3) (inspecteurs assumant la direction d'établissements et les frais engagés).

3.3 COMMENTAIRE AU SUJET DE LA DÉCISION DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA

Il y a relativement peu de commentaires sur l'incidence possible de la décision de la Cour suprême du Canada sur la procréation assistée au Canada³⁶. Dès que la Cour a eu fait connaître sa décision, le cabinet du ministre de la Santé fédéral a fait savoir qu'« on prendrait le temps nécessaire pour examiner la décision³⁷ ». Selon une universitaire, l'utilité de cette décision pour déterminer la validité de toute future loi fédérale sur la santé reposant sur le droit pénal est restreinte par 1) l'absence de grande décision majoritaire, et 2) l'analyse quelque peu limitée de la « délimitation de frontières plus nettes entre les régimes législatifs fédéraux et les secteurs sous réglementation provinciale tels que l'exercice de la médecine, la santé et la recherche³⁸ ».

NOTES

1. Pour des renseignements de base sur les techniques de reproduction, voir Sonya Norris, [Infertilité : Prévalence, causes, tendances et traitements](#), publication n° 00-32F, Ottawa, Service d'information et de recherche parlementaires, Bibliothèque du Parlement, 2001.
2. Voir, par exemple, Chambre des communes, Comité permanent de la santé, [Témoignages](#), 26 novembre 2001, 1355.

3. Voir, par exemple, Chambre des communes, Comité permanent de la santé, [Témoignages](#), 23 octobre 2001, 1125.
4. Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction, *Un virage à prendre en douceur*, rapport final, Ottawa, 1993, vol. 1, p. 2.
5. *Ibid.*, p. 1022 et 1023.
6. Santé Canada, *Vie saine*, « [Une chronologie de la Loi sur la procréation assistée](#) ».
7. Nancy Miller Chenier et Marilyn Pilon, *Projet de loi C-47 : Loi sur les techniques de reproduction humaine et de manipulation génétique*, publication n° LS-269F, Ottawa, Service d'information et de recherche parlementaires, Bibliothèque du Parlement, 28 avril 1997.
8. Les trois organismes étaient le Conseil de recherches médicales, le Conseil de recherches en sciences naturelles et en génie et le Conseil de recherches en sciences humaines.
9. Voir Instituts de recherche en santé du Canada, [Lignes directrices en matière de recherche sur les cellules souches pluripotentes humaines](#), 30 juin 2010.
10. Chambre des communes, Comité permanent de la santé, *Assistance à la procréation : Bâtir la famille*, décembre 2001.
11. Il s'agissait des projets de loi C-13 et C-6, respectivement.
12. Pour une description complète de la *Loi sur la procréation assistée*, voir Monique Hébert, Nancy Miller Chenier et Sonya Norris, [Projet de loi C-6 : Loi sur la procréation assistée](#), publication n° LS-466F, Ottawa, Service d'information et de recherche parlementaires, Bibliothèque du Parlement, 17 février 2004.
13. Voir Santé Canada, *Vie saine*, « [Participation du public](#) ».
14. Santé Canada, *Vie saine*, « [Interruption de la publication du projet de règlement sur la procréation assistée jusqu'à ce que l'avis de la Cour suprême soit connu](#) ».
15. L'article premier de la *Loi sur les renvois à la Cour d'appel*, L.R.Q., ch. R-23, est ainsi libellé : « Le gouvernement peut soumettre à la Cour d'appel, pour audition et examen, toutes questions quelconques qu'il juge à propos, et, sur ce, la Cour les entend et les examine. » L'art. 5 de cette même loi dispose que « [l]a Cour transmet au gouvernement, pour son information, son opinion certifiée sur les questions ainsi soumises, en donnant ses raisons à l'appui de son opinion, de la même manière que dans le cas des jugements rendus sur appel porté devant cette cour ». Bien que les réponses de la Cour aux questions posées sur un renvoi soient considérées comme des avis consultatifs, de nombreux auteurs pensent que les avis sur les renvois sont en fait traités comme des jugements ayant force obligatoire. Voir, par exemple, Gerald Rubin, « [The Nature, Use and Effect of Reference Cases in Canadian Constitutional Law](#) », *McGill Law Journal*, vol. 6, n° 3, 1959-1960, p. 168 à 190.
16. *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, 2008 CarswellQue 9848, par. 72, [2008], 298 D.L.R. (4^e) 712 (C.A.Q.)
17. *Ibid.*, par. 97.
18. *Ibid.*, par. 102.
19. *Ibid.*, par. 137.
20. [Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée](#), 2010 CSC 61, par. 21.
21. *Ibid.*, par. 30.
22. *Ibid.*, par. 36.
23. *Ibid.*, par. 61.

24. *Ibid.*, par. 146.
25. *Ibid.*, par. 149.
26. *Ibid.*, par. 150.
27. *Ibid.*, par. 155.
28. *Ibid.*, par. 206.
29. *Ibid.*, par. 226.
30. *Ibid.*
31. *Ibid.*, par. 227.
32. *Ibid.*, par. 251.
33. *Ibid.*, par. 280.
34. *Ibid.*, par. 283.
35. *Ibid.*, par. 291.
36. Des chercheurs ont formulé des commentaires au sujet de l'analyse constitutionnelle appliquée à cette décision, mais cette analyse dépasse la portée du présent document. Voir, par exemple, Mark Carter, « Federalism Analysis and the Charter », *Saskatchewan Law Review*, vol. 74, n° 5, 2011; Dwight Newman, « Changing Division of Powers Doctrine and the Emergent Principle of Subsidiarity », *Saskatchewan Law Review*, vol. 74, n° 21, 2011; John D. Whyte, « Federalism and Moral Regulation: A Comment on Reference Re *Assisted Human Reproduction Act* », *Saskatchewan Law Review*, vol. 74, n° 45, 2011.
37. Presse canadienne, « Provinces Win Control of In-Vitro Fertilization », *Lethbridge Herald*, 23 décembre 2010 [TRADUCTION].
38. Barbara von Tigerstrom, « Federal Health Legislation and the *Assisted Human Reproduction Act* Reference », *Saskatchewan Law Review*, vol. 74, n° 33, 2011 [TRADUCTION].

ANNEXE – CHRONOLOGIE DES MESURES LIÉES À LA RÉGLEMENTATION DE LA PROCRÉATION ASSISTÉE AU CANADA

- 1989** Le gouvernement fédéral crée la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction.
- 1993** La Commission royale publie son rapport final intitulé *Un virage à prendre en douceur*.
- 1995** Le ministre de la Santé annonce un moratoire volontaire sur certaines activités précisées par la Commission; un comité consultatif est par la suite mis sur pied pour veiller à ce que les chercheurs et les professionnels de la santé respectent ce moratoire.
- 1996** Santé Canada met en application des mesures réglementaires pour le traitement et la distribution du sperme destiné à la procréation assistée, en vertu de la *Loi sur les aliments et drogues*.
- 1996-1997** Le ministre de la Santé dépose le projet de loi C-47 : Loi sur les techniques de reproduction humaine et de manipulation génétique, proposant d'interdire plusieurs pratiques. Ce projet de loi est mort au *Feuilleton* à la dissolution de la 35^e législature.
- 1997** Santé Canada publie un document de discussion intitulé *Nouvelles techniques de reproduction : Fixer des limites et protéger la santé*, qui propose un cadre réglementaire pour l'utilisation des techniques de reproduction et de manipulation génétique.
- 1998** Les trois conseils de recherches du Canada, soit le Conseil de recherches médicales, le Conseil de recherches en sciences naturelles et en génie et le Conseil de recherches en sciences humaines, produisent l'*Énoncé de politique des trois conseils : Éthique de la recherche avec des êtres humains*.
- 2001** Le ministre de la Santé demande que le Comité permanent de la santé de la Chambre des communes étudie les *Propositions relatives au projet de loi régissant l'assistance à la procréation* présentées par le gouvernement du Canada et qu'il formule des recommandations au sujet de l'avant-projet de loi. Le Comité formule plusieurs recommandations et demande au gouvernement de présenter un projet de loi dans les plus brefs délais.
- 2002** Les Instituts de recherche en santé du Canada (IRSC), qui constituent le principal organisme de financement de la recherche dans le domaine de la santé au Canada, publient les *Lignes directrices pour la recherche financée par les IRSC sur les cellules souches*, qui régissent la recherche sur les cellules souches autant adultes qu'embryonnaires. La version la plus récente de ces lignes directrices, régulièrement révisées, remonte à juin 2010.

Le ministre de la Santé dépose le projet de loi C-56 : Loi concernant la procréation assistée, qui propose d'interdire un certain nombre d'activités et plusieurs autres encore, à moins qu'une autorisation ne soit délivrée à leur égard. Le projet de loi C-56 proposait également l'établissement d'un organisme de réglementation chargé de la délivrance des autorisations, de la surveillance et de l'application de la loi. Ce projet de loi est mort au *Feuilleton* à la prorogation de la 1^{re} session de la 37^e législature.

Le projet de loi est présenté sous un nouveau numéro (C-13 : Loi concernant la procréation assistée) à la même étape du processus législatif où il se trouvait lorsque la session précédente a été prorogée. Il en est à la 2^e lecture au Sénat lorsqu'il meurt au *Feuilleton* à la prorogation de la 2^e session de la 37^e législature.

- 2003** Le projet de loi est présenté sous un nouveau numéro (C-6 : Loi concernant la procréation assistée) à la même étape du processus législatif où il se trouvait lorsque la session a été prorogée.
- 2004** Le projet de loi C-6 reçoit la sanction royale en mars 2004.
- Le gouvernement du Québec dépose à la Cour d'appel du Québec un renvoi contestant la validité constitutionnelle de certains articles de la *Loi sur la procréation assistée*.
- 2006** L'Agence canadienne de contrôle de la procréation assistée est créée.
- 2008** La Cour d'appel du Québec rend son jugement, à savoir que les dispositions contestées excèdent la compétence fédérale en matière de droit pénal et qu'elles sont donc inconstitutionnelles.
- 2009** Le gouvernement du Canada fait appel de l'avis de la Cour d'appel du Québec et, en avril 2009, la Cour suprême du Canada connaît le renvoi.
- 2010** En décembre, la Cour suprême du Canada statue (4-4-1) que certaines dispositions contestées sont constitutionnelles et d'autres pas.