



REVUE JURIDIQUE THÉMIS

de l'Université de Montréal

NUMÉRO SPÉCIAL

Les fictions en droit civil

Propos introductifs

Les fictions, réalité incontournable
du droit civil

Arnaud Tellier-Marcil, Shana Chaffai-Parent,
Laura Rizko

Notion et fonctions des fictions

Guillaume Wicker

Les contrats fictifs

Simulation et parénèse :
mauvaises fictions contractuelles?

André Bélanger

Les personnes fictives

Les sociétés contractuelles :
de la fiction de la personnalité juridique au
débat sur le patrimoine d'affectation

Benjamin Lehaire

Les liens parentaux fictifs

Les liens parentaux en droit québécois :
quelle place pour la fiction biologique à l'aube
d'une réforme du droit de la famille?

Michelle Giroux, Clémence Bensa, Vanessa Gruben

Les preuves fictives

La présomption de vérité découlant d'une
décision antérieure : réalité ou fiction?

Guillaume Laganère

L'erreur (manifeste et déterminante)
est humaine

Shana Chaffai-Parent

Le langage fictif

Faire du Code civil une loi à la portée de tous :
une question de mots?

Mélanie Samson

Langage, langage du droit et traduction :
matières à fiction?

Jean-Claude Gémar

Les liens parentaux en droit québécois : quelle place pour la fiction biologique à l'aube d'une réforme du droit de la famille ?

*Michelle GIROUX, Clémence BENSA
et Vanessa GRUBEN**

**Parental Ties in Quebec Law:
Biological Fictions at the Dawn of Family Law Reform ?**

Los vínculos de parentesco en el derecho quebequense: ¿qué lugar para la ficción biológica en los albores de la reforma del derecho de familia?

Os laços parentais no Direito quebequense: qual o lugar para a ficção biológica no limiar de uma reforma do Direito de Família?

魁北克法律上的亲子关系：家庭法改革之际如何处理生物学拟制？

* Michelle Giroux est professeure titulaire à la Faculté de droit, Section de droit civil de l'Université d'Ottawa. Clémence Bensa est chercheure postdoctorale à l'Université d'Ottawa et sa recherche est financée par le Partenariat CRSH Séparation parentale – recomposition familiale dirigé par Marie-Christine Saint-Jacques, professeure à l'Université Laval. Vanessa Gruben est professeure à la Faculté de droit, Section de common law de l'Université d'Ottawa. Les auteures remercient les organisateur.rices du cycle de conférences « Les fictions, réalité incontournable du droit civil », de la Chaire Jean-Louis Baudouin de l'Université de Montréal, auquel elles ont participé sur le thème des liens parentaux fictifs, le 23 février 2021, et qui est à l'origine du présent texte. Elles remercient également les professeures Louise Langevin et Stefanie Carsley, respectivement de l'Université Laval et de l'Université d'Ottawa, pour leurs commentaires précieux lors de la relecture de ce texte ainsi que les évaluateur.s.trice.s anonymes.

Résumé

En dépit de nombreuses évolutions permettant une prise en compte de plus en plus large des différentes réalités familiales vécues au Québec, le droit civil québécois reste attaché à la fiction biologique dans son approche des liens de filiation, notamment en ce qui touche à la question de l'hétéronormativité. Ainsi, la fiction reste présente dans la filiation par le sang qui se construit sur le schéma procréatif traditionnel. Au-delà, et de manière plus étonnante, la fiction n'est pas totalement absente des régimes de filiation qui ne se fondent pas sur le sang, tels que la filiation par procréation assistée qui se voit parfois limitée par des considérations relevant de la reproduction sexuée. À cet égard, les réformes ne sont pas abouties et la résurgence de la fiction biologique dans un modèle qui n'est pas fondé sur l'hétéronormativité entraîne de la confusion.

Plus encore, la fiction biologique semble constituer un frein puissant à l'admission de la pluriparenté en droit civil québécois. Sur cette question, les réticences du législateur se traduisent tout à la fois par un refus de reconnaître une pluralité de parents juridiques dès la naissance d'un enfant et par une ferme volonté de limiter ce rôle à un maximum de deux parents, et ce, peu importe la réalité vécue par l'enfant (adoption de l'enfant plus âgé, recomposition parentale, etc.). Or, en la matière, de nombreuses voix s'élèvent pour tenter de faire reconnaître le vécu des familles en construisant un cadre juridique suffisamment souple pour permettre de prendre en considération les différents modèles familiaux.

Abstract

Despite numerous developments allowing for an increasingly broad consideration of the different family realities experienced in Quebec, Quebec civil law remains attached to biological fiction in its approach to filiation, particularly with regard to the question of heteronormativity. Fiction remains present in the filiation by blood which is built on the traditional procreative scheme. Beyond that, and more surprisingly, fiction is not completely absent from filiation regimes that are not based on blood, such as filiation of children born of assisted procreation which is sometimes limited by considerations relating to heterosexual reproduction. In this regard, reforms are not complete and the resurgence of biological fiction in a model that is not based on heteronormativity is causing confusion.

Moreover, biological fiction seems to constitute a powerful obstacle to the admission of multi-parenthood in Quebec civil law. On this question, the reluctance of the legislator implies both a refusal to recognize a plurality of legal parents from the birth of a child and a firm desire to limit this role to a maximum of two parents, regardless of the reality experienced by the child (adoption of the older child, parental recomposition, etc.). However, in this area, many voices are raised to have the reality of all families recognized by a sufficiently flexible legal framework to allow the different family models to be taken into account.

Resumen

A pesar de las numerosas evoluciones que permiten una consideración cada vez más amplia de las diferentes realidades familiares vividas en Quebec, el derecho civil quebequense sigue apegado a la ficción biológica en su enfoque de los vínculos de filiación, particularmente en lo que respecta a la cuestión de la heteronormatividad. Así, la ficción sigue presente en la filiación por consanguinidad que se construye sobre el esquema de procreación tradicional. Más allá de eso, y lo que es más sorprendente, la ficción no está totalmente ausente de los regímenes de filiación que no se basan en la consanguinidad, tales como la paternidad por procreación asistida, que a veces está limitada por consideraciones relacionadas con la reproducción sexual. En este sentido, las reformas no se han llevado a cabo y el resurgimiento de la ficción biológica en un modelo que no se basa en la heteronormatividad genera confusión.

Además, la ficción biológica parece constituir un poderoso obstáculo para la admisión de la paternidad múltiple en el derecho civil quebequense. Sobre este tema, las reticencias del legislador se reflejan en una negativa a reconocer una pluralidad de padres legales desde el nacimiento de un hijo por un firme deseo de limitar este rol a un máximo de dos padres, y esto, independientemente de la realidad vivida por el niño (adopción de un niño mayor, recomposición parental, etc.). Ahora bien, en este ámbito, muchas voces se alzan en un intento por hacer reconocer lo vivido por las familias mediante la construcción de un marco legal suficientemente flexible que permita tomar en consideración los diferentes modelos familiares.

Resumo

Apesar das inúmeras evoluções que conduzem a dar-se conta cada vez mais das diferentes realidades familiares vivenciadas no Quebec, o Direito Civil quebequense permanece preso à ficção biológica na sua abordagem dos laços de filiação, notadamente no que toca à questão da heteronormatividade. Assim, a ficção segue presente na filiação pelo sangue, que se constrói sobre o esquema procriativo tradicional. Além disso, e de maneira mais surpreendente, a ficção não está inteiramente ausente nos regimes de filiação que não se baseiam sobre o sangue, tais como aqueles por reprodução assistida, que se vê às vezes limitada por considerações concernentes à reprodução sexual. Quanto a isto, as reformas não foram bem sucedidas e produz confusão a ressurgência da ficção biológica em um modelo que não está baseado sobre a heteronormatividade.

Mais ainda, a ficção biológica parece constituir um freio potente à admissão da pluriparentalidade no Direito Civil quebequense. Sobre a questão, as reticências do legislador se traduzem ao mesmo tempo como uma recusa em reconhecer uma pluralidade de pais jurídicos desde o nascimento de uma criança e por uma firme vontade de limitar esse papel ao máximo de dois pais, pouco importando a realidade vivida pela criança (adoção de criança mais velha, recomposição parental, etc.). Ora, na matéria, numerosas vozes se levantaram para tentar fazer reconhecer a experiência vivida pelas famílias e construir um quadro jurídico suficientemente flexível para levar em consideração os diferentes modelos familiares.

摘要

尽管魁北克千差万别的家庭现实受到法律发展越来越广泛的关注，但魁北克民法在亲子关系特别是涉及“规范他人行为”问题方面依然沿用生物学拟制。因此，拟制存在于血亲之中，而血亲是按照传统的生育系统建立的。在这之外，更出乎意料的是，在不以血缘为基础的亲子关系确认制度里也存在拟制，比如基于人工辅助生殖的亲子关系就受到关于异性生殖的某系因素的限制。在这方面，改革尚未到头，在非基于“规范他人行为”模式中的生物学拟制的复兴会给人造成混淆。

此外，生物学拟制似乎是魁北克民法接受多重亲子关系 (pluriparenté) 的绊脚石。关于这个问题，立法者的迟疑不仅表现为拒绝承认小孩出生后有多个法律意义上的父母，还表现为坚决把父母的最大人数限定为两个，无论小孩在现实中的情况如何（收养年龄大的小孩，父母重组等）。然而，就这一点而言，已有众多的声音要求承认现代家庭的实际情况，要求制定足够灵活的法律框架以顾及各种各样的家庭模式。

Plan de l'article

Introduction	711
I. Le détachement de la fiction biologique: la remise en question de l'hétéronormativité	713
A. Le détachement de la fiction biologique: la reconnaissance d'une filiation fondée sur la volonté.....	716
B. Un détachement inaboutti: le maintien de certaines traces de la fiction biologique dans la nouvelle filiation.....	726
II. L'attachement à la fiction biologique: le refus de la pluriparenté	729
A. L'attachement à la fiction biologique: le maintien de la biparenté	730
B. Un attachement questionné: pluriparenté ou pluriparentalité?	740
Conclusion	747

En droit, la fiction est un mécanisme permettant de prendre pour vraie une chose qui ne l'est pas¹. Les fictions juridiques ont donné lieu à de nombreuses études² et se rencontrent dans de nombreux domaines du droit. En droit de la famille, l'adoption en est un exemple bien connu. Ce mécanisme permet de considérer l'enfant adopté comme issu de la personne ou du couple adoptant. Ainsi, il permet à des personnes qui ne sont pas les parents biologiques d'un enfant d'être considérées comme telles par le droit. Ce faisant, l'adoption éclaire sur ce que le droit considère comme « vrai », à savoir que les parents juridiques d'un enfant sont, ou devraient être, ses parents biologiques.

Sans prétendre à une analyse rigoureuse de la fiction juridique, nous retiendrons qu'en matière familiale elle construit les rapports de filiation sur la réalité biologique. Cet attachement à la biologie remonte au Moyen-Âge, où le droit suivait un courant naturaliste sous l'influence de la culture judéo-chrétienne³. Celle-ci a distingué les liens familiaux construits dans le cadre du mariage des autres modèles familiaux, qui étaient moralement moins acceptables⁴.

¹ Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, éd. abrégée, Montréal, Wilson & Lafleur, 2016, à la p. 175, définit l'adjectif « fictif, ive » comme suit : « Qui n'existe qu'en apparence, qui ne correspond pas à la réalité » ; et le nom « fiction » ainsi : « Procédé par lequel le législateur suppose l'existence d'un fait ou d'une situation juridique différents de la réalité afin de pouvoir en tirer les conséquences juridiques ». Voir aussi Anne-Marie SAVARD, « La nature des fictions juridiques au sein du nouveau mode de filiation unisexuée au Québec : un retour aux sources? », (2005) 47 *C. de D.* 377, 383, qui précise que la fiction est la « certitude du faux ».

² Voir notamment Guillaume WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, 1997 ; Lon L. FULLER, *Legal fictions*, Stanford, Stanford University Press, 1967.

³ Il est intéressant de rappeler que la fiction en droit de la famille n'a pas toujours été calquée sur le modèle charnel. Ainsi, et à titre d'exemple, l'adoption sous l'Empire romain ne reproduisait pas la réalité biologique mais avait pour but de désigner un successeur et l'adopté pouvait être plus âgé que l'adoptant. Voir A.-M. SAVARD, préc., note 1, 387 et 388.

⁴ Régine TREMBLAY, « Surrogates in Quebec: The Good, the Bad and the Foreigner », (2015) 27 *Canadian Journal of Women and the Law* 94, 108-109 ; Marie-France BUREAU, « L'union civile et les nouvelles règles de filiation : tout le monde à bord pour redéfinir la parentalité » dans Pierre-Claude LAFOND et Brigitte LEFEBVRE (dir.), *L'union civile. Nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au XXème siècle. Actes du colloque du Groupe de réflexion en droit privé*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 385 ; Alexandra RIVEST-BEAUREGARD, *L'autorité parentale en droit québécois : quelle place*

Le vécu des familles, mû par le développement des technologies, l'évolution des mœurs et la montée des libertés individuelles, remet en question l'attachement du droit civil à la biologie dans la construction des liens familiaux en mettant en lumière la différence entre réalité biologique et liens juridiques. Même s'il s'agit de systèmes juridiques différents, la comparaison avec la common law des provinces canadiennes, dont certaines ont déjà réformé leur droit de la famille pour prendre en compte les transformations de la famille que le Québec connaît également, reste pertinente. La comparaison peut enrichir la réflexion sur l'adaptation du droit qui s'impose. La création d'un lien juridique ancre un individu dans une famille, une société, un état, un moment. Le droit donne une personnalité juridique à un individu et lui permet d'exister sur la scène juridique. En ce sens, le droit crée lui-même une réalité, qui, en ce qui concerne les liens familiaux, n'a pas nécessairement à être calquée sur la réalité biologique. Le concept juridique de père, de mère ou de parent est différent de celui de géniteur ou génitrice. Le droit est une construction sociale et la famille, telle qu'elle est juridiquement reconnue, l'est aussi.

L'invitation à s'interroger sur la fiction dans les liens parentaux, dans le cadre du cycle de conférences de la Chaire Jean-Louis Baudouin, a offert l'occasion de réfléchir à la place de la fiction biologique dans l'organisation des liens parents-enfant et ce texte est le fruit de notre réflexion sur le sujet.

Malgré l'évolution du droit, la filiation est, au Québec, encore « déterminée par des concepts tels que le sang, la biologie, et le statut conjugal des parents »⁵ et le droit civil québécois éprouve des difficultés à encadrer les transformations de la famille contemporaine. Le droit de la famille n'a pas été réformé globalement depuis très longtemps et le législateur ou le politique se sent désarmé devant l'ampleur de la tâche⁶. Les liens parents-enfant sont encore très largement influencés par les catégories juridiques traditionnelles et, parce qu'ils reposent sur l'idée de procréation charnelle, ils se sont notamment construits autour de deux concepts, qui sont les

pour la volonté de ses titulaires?, mémoire de maîtrise, Sherbrooke, Faculté de droit, Université de Sherbrooke, 2020.

⁵ M.-F. BUREAU, préc., note 4, à la p. 386.

⁶ Cet article a été rédigé et évalué avant la présentation de la *Loi portant réforme du droit de la famille en matière de filiation et modifiant le Code civil en matière de droits de la personnalité et d'état civil*, projet de loi n° 2 (présentation – 21 octobre 2021), 2^e sess., 42^e légis. (Qc). Il n'en analyse pas les modifications proposées.

conséquences directes de la fiction biologique. Le premier est celui d'hétéronormativité (I), qui repose sur l'idée que la filiation doit être bisexuée, traduction juridique de l'exigence d'altérité sexuelle en matière de procréation. Le second découle naturellement du premier en ce qu'il repose sur la biparenté en excluant la pluriparenté (II). Ce texte propose une analyse du droit sous le prisme de la fiction biologique pour tenter une meilleure articulation et adaptation des liens parents-enfant au sein des familles québécoises d'aujourd'hui.

I. Le détachement de la fiction biologique : la remise en question de l'hétéronormativité

La question de la filiation renvoie évidemment aux contraintes biologiques expliquant qu'un enfant ne peut être conçu que par la rencontre de gamètes masculins et féminins. Sur cette contrainte biologique, le droit civil québécois a originellement construit son droit de la filiation en concevant deux lignes de parenté, l'une maternelle et l'autre paternelle. Ce modèle de famille traditionnelle, fondé sur le mythe de l'engendrement ou de la reproduction⁷, repose sur l'idée d'altérité sexuelle ou de différence de sexe⁸.

Si les couples hétérosexuels répondent à l'exigence d'altérité sexuelle, ils peuvent rencontrer des difficultés à procréer et peuvent avoir recours aux forces procréatives d'un tiers pour concevoir un enfant (don de gamètes, fécondation *in vitro*, etc.). Ce recours à la procréation assistée ne met pourtant pas à mal la fiction biologique. En effet, les couples hétérosexuels

⁷ A.-M. SAVARD, préc., note 1, 390; Frédéric DUSSAULT, « Les nouvelles règles de filiation au Québec : les enjeux normatifs sur l'institution de la filiation », dans Pierre-Claude LAFOND et Brigitte LEFEBVRE (dir.), *L'union civile. Nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au XX^e siècle. Actes du colloque du Groupe de réflexion en droit privé*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 313, aux p. 316-317; Dominique FENOUILLET, « Du mythe de l'engendrement au mythe de la volonté. Adoption, procréation et filiation à l'épreuve de la toute-puissance du sujet », dans René SEVE (dir.), *La famille en mutation*, coll. Archives de philosophie du droit, Paris, Dalloz, 2014.

⁸ Renée JOYAL, « La filiation homoparentale, rupture symbolique et saut dans l'inconnu. Quelques réflexions à la lumière de l'évolution récente du droit de la filiation », dans Pierre-Claude LAFOND et Brigitte LEFEBVRE (dir.), *L'union civile. Nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au XX^e siècle. Actes du colloque du Groupe de réflexion en droit privé*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 307, à la p. 312 : « [L]a famille telle qu'elle se dessine avec [...] l'avènement de la filiation homoparentale, semble s'éloigner de l'idée de parenté, de lignée. »

peuvent masquer cette intervention extérieure, sauf lorsqu'ils ont recours à une convention de gestation ou de procréation pour autrui⁹, car ils sont, du moins en théorie, en capacité de concevoir un enfant à eux deux, ce qui permet à la fiction de perdurer.

La situation est différente pour les couples de même sexe, les personnes célibataires ou les couples hétérosexuels ayant recours à une convention de gestation ou de procréation pour autrui, qui ne peuvent masquer la nécessité de recourir à une intervention extérieure pour concevoir un enfant. Leur infertilité ne permet pas à la fiction biologique de perdurer¹⁰. Ce sont ces situations qui sont, de ce fait, entrées en friction avec les catégories juridiques traditionnelles et demandent une évolution du droit pour une meilleure prise en compte des réalités vécues par ces familles¹¹.

Dans toutes les hypothèses, lorsqu'un couple ou un individu a recours à la procréation assistée¹² faisant intervenir un ou plusieurs tiers dans la

⁹ Le choix des mots pour nommer le phénomène et les différent.es intervenant.es n'est pas facile à faire. Nous sommes conscientes que la terminologie utilisée peut être imparfaite. Pour une analyse détaillée des enjeux liés à cette question, voir notamment Louise LANGEVIN, *Le droit à l'autonomie procréative des femmes: entre liberté et contrainte*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2020, p. 200 et suiv. (section 5.1). Pendant la grossesse, nous reconnaissons l'importance de l'autonomie reproductive dans le contexte des ententes de procréation ou gestation pour autrui. Nous sommes conscientes de la complexité et de l'absence de neutralité dans le choix des termes utilisés.

¹⁰ D'un point de vue terminologique, une distinction est à opérer entre la stérilité et l'infertilité. La première est comprise comme une impossibilité définitive et incurable de procréer, tandis que la seconde fait référence à une difficulté à concevoir. La fertilité est la potentialité de concevoir, tandis que la stérilité est l'impossibilité de le faire. C'est le concept d'infertilité qui est principalement utilisé aujourd'hui dans le vocabulaire de la procréation assistée, bien que ces deux notions soient liées. En effet, une personne stérile fera de son couple un couple infertile. L'infertilité est ainsi entendue d'une « *difficulté à concevoir un enfant après un an de relations sexuelles régulières, sans contraception et avec le même partenaire* » : Doris CHATEAUNEUF, « *Projet familiale, infertilité et désir d'enfant : usages et expériences de la procréation médicalement assistée en contexte québécois* », (2011) 15 *Enfances, Familles Générations* 61, 63.

¹¹ Comme l'expriment Jean PINEAU et Marie PRATTE, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 670, par. 421 : « Le procédé [la procréation assistée] masque ainsi la stérilité et déjoue les conséquences de la solitude ou de l'homosexualité. Le droit ne pouvait évidemment rester indifférent à cette légère "supercherie"; il était essentiel qu'il fournisse les balises nécessaires à la détermination de la filiation de l'enfant ainsi conçu ».

¹² En 1991, le *Code civil du Québec* prévoyait une section sur la procréation médicalement assistée dans le chapitre de la filiation par le sang. La *Loi instituant l'union civile*

conception d'un enfant, se posent de nombreuses questions que le droit peine à solutionner. Ainsi en présence d'une pluralité de parents potentiels, tels que le couple d'intention, les géniteurs, les donneurs de gamètes, la femme porteuse ayant ou non fourni ses ovules, les parents de naissance (en cas d'adoption), qu'en est-il de la question de la filiation, de la répartition des droits et obligations parentaux ou encore de la question du droit aux origines?

Le recours à la procréation assistée témoigne du glissement du fondement de la famille qui passe de la procréation à la volonté¹³ en dissociant reproduction et sexualité. Comme l'expriment Jean Pineau et Marie Pratte :

[...] en permettant de faire abstraction de la réalité biologique et en fondant la filiation juridique sur l'unique désir de devenir père ou mère, on allait, [...], ouvrir la voie à un important bouleversement. En effet, [...], si l'insémination artificielle permet à un homme stérile de devenir père, pourquoi ne donnerait-elle pas aussi à une femme homosexuelle la chance de devenir mère de l'enfant de sa conjointe? Pourquoi cette femme serait-elle obligée d'adopter l'enfant de sa partenaire alors que si elle était un homme, elle n'y serait pas tenue? Si le désir d'enfant permet de fonder une filiation, pourquoi ne pas appliquer ce principe aux couples d'homosexuelles?¹⁴

Ainsi, le parent social est mis en avant: « [l]e "vrai" parent n'est plus obligatoirement celui qui fait l'enfant, mais celui ou celle qui l'a voulu, l'élève et lui transmet sa mémoire familiale »¹⁵.

La première des conséquences d'une parenté construite autour d'une fiction biologique, à savoir son caractère bisexué, est ainsi directement touchée par les évolutions du modèle familial. Au Québec, le droit civil a largement pris en compte cette évolution, en créant un mode d'établissement de la filiation par procréation assistée. Cette réforme a permis au droit civil

et établissant de nouvelles règles de filiation, LQ 2002, c. 6 (ci-après: « Loi de 2002 ») a supprimé cette section et a introduit un chapitre sur la procréation assistée. Ce terme englobe toutes les formes d'aide à la procréation (à l'exception des conventions de procréation ou de gestation pour autrui), qu'elles soient ou non médicales. L'apport de forces génétiques par relation sexuelle en fait dorénavant partie.

¹³ J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 11, p. 671, par. 421; D. FENOUILLET, préc., note 7, p. 63 et 64.

¹⁴ J. PINEAU et M. PRATTE, *id.*

¹⁵ Anne CADORET, « L'homoparentalité, construction d'une nouvelle figure familiale », (2000) 24 *Anthropologie et Sociétés* 39, 50.

de faire un pas supplémentaire vers le détachement de la fiction biologique en matière de parenté (A). Pourtant, bien que cette réforme soit significative et permette une meilleure prise en compte des réalités vécues par les familles non traditionnelles, la fiction n'est pas totalement absente des régimes de filiation qui ne se fondent pas sur le sang, tels que la filiation par procréation assistée qui se voit parfois limitée par des considérations relevant de la reproduction sexuée. À cet égard, les réformes ne sont pas abouties et la résurgence de la fiction biologique dans un modèle qui n'est pas fondé sur la reproduction sexuée entraîne de la confusion (B).

A. Le détachement de la fiction biologique : la reconnaissance d'une filiation fondée sur la volonté

Le droit civil québécois n'a jamais limité son droit de la filiation à la traduction de la réalité biologique, même si la filiation par le sang s'en rapprochait et si l'évolution technologique liée aux tests d'ADN a confirmé cette volonté de tendre vers la réalité biologique¹⁶. Le droit de la famille avait déjà accepté l'idée que la filiation pouvait ne pas être fondée sur la biologie en permettant le recours à l'adoption. Bien qu'il soit sans conteste une fiction juridique en droit de la famille¹⁷, ce mode de filiation demeure imprégné de fiction biologique tant « l'adoption moderne se présente [...] comme un calque de la filiation par le sang »¹⁸. Ainsi, de nombreuses conditions permettant de recourir à l'adoption donnent à ce lien juridique une apparence de procréation naturelle¹⁹. À titre d'exemple, le fait que l'adoption était jusqu'à récemment principalement réservée aux couples mariés et hétérosexuels souligne l'importance de l'apparence de procréation. De la même façon, le fait d'imposer un écart d'âge entre l'adoptant et l'adopté est fondé sur l'idée de reproduction de la nature.

Au Québec, dès 2002, la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*²⁰ a non seulement permis explicitement l'adoption homoparentale, mais a également ouvert la possibilité d'établir la filiation homoparentale par procréation assistée aux couples de femmes et aux

¹⁶ J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 11, p. 597, par. 392-1.

¹⁷ Carmen LAVALLÉE, *L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption. Regard sur le droit français et le droit québécois*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, p. 9.

¹⁸ R. JOYAL, préc., note 8, à la p. 311.

¹⁹ F. DUSSAULT, préc., note 7, à la p. 318.

²⁰ Loi de 2002, préc., note 12.

femmes seules. L'adoption de cette loi constitue une avancée cruciale dans la prise en compte d'autres modèles familiaux par le droit²¹ qui n'a pu se réaliser qu'en acceptant de se détacher de la fiction biologique, et mettant en place une « filiation déssexualisée »²² qui s'éloigne de l'hétéronormativité comme norme de référence en droit de la famille.

Dès 1980, le droit québécois s'était distancié de la réalité biologique pour les couples hétérosexuels. L'article 586 C.c.Q. (1980), « aujourd'hui abrogé, prévoyait l'irrecevabilité des recours en désaveu ou en contestation de paternité lorsqu'un enfant était conçu du consentement des époux par insémination artificielle [...] »²³. En 2002, le droit s'éloigne davantage de l'hétéronormativité en permettant la filiation par procréation assistée aux parents de même sexe²⁴. Le législateur en profite pour élargir l'accès à d'autres techniques de procréation que l'insémination artificielle, sous réserve des

²¹ Cependant, comme le souligne Alain Roy, plusieurs « projets parentaux » sont encore ignorés par le droit : « Le premier [projet parental] est celui d'un homme seul ou d'un couple gai. On connaît bien le motif de cette première limite : les conventions de gestation ou de procréation pour le compte d'autrui sont nulles de nullité absolue. Le deuxième projet ignoré par la loi est celui des deux personnes qui sollicitent l'intervention d'un tiers donneur ou géniteur, mais qui ne forment pas un couple. Quant au troisième, il renvoie au projet que forment plus de deux personnes, avec ou sans l'intervention d'un tiers. » Alain ROY, « Revue de la jurisprudence 2018 en droit de la famille. Quel droit pour les familles d'aujourd'hui et de demain? », (2019) 121 *R. du N.* 1, 13 (notes omises). Sur ce dernier point, voir pour comparaison avec le Québec cette décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique : *British Columbia Birth Registration No. 2018-XX-XX5815*, 2021 BCSC 767. Voir *infra*, II. B.

²² Benoît MOORE, « Les enfants du nouveau siècle [Libres propos sur la réforme de la filiation] », dans S.F.C.B.Q., vol. 176, *Développements récents en droit familial* (2002), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 75, à la p. 78.

²³ Michelle GIROUX, « Filiation de l'enfant né d'une procréation assistée », dans Juris-Classeur Québec, coll. « Droit civil », *Personnes et famille* (n° 1), fasc. 30, Montréal, LexisNexis, 2010, par. 1.

²⁴ Comme l'expriment notamment Suzanne PHILIPS-NOOTENS et Carmen LAVALLÉE, « De l'état inaliénable à l'instrumentalisation : la filiation en question », dans Pierre-Claude LAFOND et Brigitte LEFEBVRE (dir.), *L'union civile. Nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au XXème siècle. Actes du colloque du Groupe de réflexion en droit privé*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 337, à la p. 339 : « En permettant l'inscription à l'acte de naissance, mode de preuve privilégié de la filiation, en lieu et place d'un père et d'une mère, de deux mères ou de deux pères lorsque les « parents » sont de même sexe, [la Loi de 2002] consacre une rupture avec la réalité biologique dont le droit essayait jusque-là, tant bien que mal, de préserver l'apparence » (notes omises) ; Robert LECKEY, « Where the Parents are of the Same Sex: Quebec's Reforms to Filiation », (2009) 23 *Int J Law Policy Family* 62.

conventions de gestation ou de procréation pour le compte d'autrui. De plus, l'article 538.2 C.c.Q. précise alors expressément que « [l]'apport de forces génétiques au projet parental d'autrui ne peut fonder aucun lien de filiation entre l'auteur de l'apport et l'enfant qui en est issu » ; par conséquent, la réclamation forcée est impossible en pareille situation.

Le droit civil québécois prend donc pleinement en compte le contexte particulier d'une naissance où plus de deux personnes sont impliquées dans une conception et où il convient de dissocier les filiations biologique ou génétique (qui a fourni ses gamètes/son patrimoine génétique?), gestationnelle (qui a porté l'enfant?) et sociale (qui a voulu l'enfant et qui s'en occupe concrètement?). Le Code civil québécois détermine dans ces circonstances les personnes qui seront désignées parents juridiques de l'enfant né par procréation assistée. Il est à noter que cette réforme fêtera l'année prochaine ses vingt ans, et en cela, le droit québécois aura été précurseur pour avoir pris en compte cette évolution sociale plus rapidement que de nombreuses sociétés occidentales.

Par ailleurs, bien que la réforme de 2002 ait permis la reconnaissance directe de la filiation homoparentale²⁵, les familles homoparentales qui existaient avant 2002 ont été, dans les faits, laissées pour compte, ce que la grande majorité des auteurs de doctrine québécoise s'était empressée de signaler²⁶. En effet, les familles homoparentales qui existaient avant 2002 éprouvaient des difficultés sur le plan de l'exercice de l'autorité parentale pour le parent de fait qui s'occupait de l'enfant que son conjoint avait eu dans le cadre d'une union hétérosexuelle, en faisant appel à un ami ou en ayant recours à la procréation médicalement assistée²⁷. Aujourd'hui, malgré l'adoption de la loi de 2002, l'aménagement de l'autorité parentale au quotidien demeure un enjeu non résolu par le droit, la délégation totale de l'autorité parentale étant impossible²⁸, à moins de pouvoir procéder par l'adoption de l'enfant du conjoint²⁹. Dans cette hypothèse, le seul processus possible à ce jour est de recourir à l'adoption plénière, qui rompt le lien

²⁵ Voir les art. 538 et 115 C.c.Q.

²⁶ Voir notamment S. PHILIPS-NOOTENS et C. LAVALLÉE, préc., note 24, notamment aux p. 347-350; R. JOYAL, préc., note 8, p. 307.

²⁷ Marie PRATTE, « La filiation réinventée: l'enfant menacé? », (2003) 33-4 R.G.D. 541, 600.

²⁸ Nous y reviendrons à la partie II. Par exemple, *Droit de la famille – 3444*, [2000] R.J.Q. 2533 (C.A.).

²⁹ Art. 555 et 543 C.c.Q.

de filiation de l'enfant avec l'autre parent d'origine et les autres membres de cette lignée parentale, dont les grands-parents³⁰.

Finalement, la réforme de 2002 n'est pas allée jusqu'à remettre en cause la nullité absolue des conventions de procréation ou de gestation pour le compte d'autrui³¹. Ainsi, le recours à une femme porteuse pour mener à bien un projet parental ne donne pas ouverture aux règles de la filiation par procréation assistée. Au moment de l'inclusion de l'article 541 dans le nouveau Code civil du Québec en 1991, ces ententes étaient considérées comme nulles de nullité absolue parce qu'elles portaient atteinte au principe de non-commercialisation du corps humain – celui de la femme –, à l'indisponibilité de l'état des personnes et *in abstracto* au principe de l'intérêt de l'enfant³². Cet article permet également le respect de la maxime *mater semper certa est* qui affirme que la femme qui accouche est la mère de l'enfant³³. La logique législative québécoise de 1991 a pour conséquence d'empêcher *a priori* les couples d'hommes d'accéder à la procréation, même si ce ne sont pas les seuls à avoir recours à cette pratique. Ces éléments témoignent d'un attachement certain à la réalité biologique, même si d'autres facteurs peuvent expliquer une telle approche.

Cette restriction n'a pas empêché la pratique de la maternité pour autrui d'avoir cours³⁴. Des parents d'intention ont sollicité les tribunaux pour établir un lien de filiation avec leur enfant, né des suites d'une telle convention³⁵. Le recours à l'adoption s'est avéré le moyen le plus efficace

³⁰ Voir les articles 577 et 577.1 C.c.Q.

³¹ Art. 541 C.c.Q.

³² Voir notamment Michelle GIROUX, « L'encadrement de la maternité de substitution au Québec et la protection de l'intérêt de l'enfant », (1997) 28 *R.G.D.* 544, 537; Michelle GIROUX, « Le recours controversé à l'adoption pour établir la filiation de l'enfant né d'une mère porteuse : entre ordre public contractuel et intérêt de l'enfant », (2011) 70 *R. du B.* 509, 531; Louise LANGEVIN, « Réponse jurisprudentielle à la pratique des mères porteuses au Québec : une difficile réconciliation », (2010) 26 *Can. J. Fam. L.* 171, 177.

³³ Voir notamment Michelle GIROUX, « Le recours controversé à l'adoption pour établir la filiation de l'enfant né d'une mère porteuse : entre ordre public contractuel et intérêt de l'enfant », préc., note 32, 522-523; M. GIROUX, préc., note 23, par. 4; Andréanne MALACKET, « Maternité de substitution : quelle filiation pour l'enfant à naître? », (2015) 117 *R. du N.* 229, 238.

³⁴ La pratique serait même à la hausse, voir L. LANGEVIN, préc., note 9, à la p. 199, par. 245.

³⁵ Plusieurs décisions ont été rapportées sur le prononcé ou non de l'adoption d'enfants nés d'une convention de procréation ou de gestation pour le compte d'autrui. Pour

pour permettre à ces parents d'être reconnus comme les parents légaux de l'enfant ainsi conçu. Après une certaine hésitation des tribunaux de première instance³⁶, la Cour d'appel a reconnu que, faute d'un meilleur moyen pour établir la filiation de l'enfant, l'adoption devait être prononcée à l'égard de la mère d'intention si on obtenait un consentement spécial³⁷ de la femme porteuse et du père d'intention, et ce malgré la nullité des conventions prévue à l'article 541 du Code civil³⁸. Les juges québécois ont aménagé « de la façon la moins insatisfaisante » dans les circonstances le droit au vécu des familles au nom de l'intérêt de l'enfant *in concreto*³⁹.

une énumération de ces dernières, voir notamment M. GIROUX, préc., note 23, par. 5 et 6; R. TREMBLAY, préc., note 4; Stefanie CARSLY, « Reconciving Quebec's Laws on Surrogate Motherhood », (2018) 96 *Can. Bar Rev.* 120, notamment 129.

³⁶ Voir notamment *Adoption – 091*, 2009 QCCQ 628. Les juges de première instance se sentent atteints dans leurs valeurs professionnelles entre l'ordre public dicté par la loi et l'intérêt de l'enfant en matière d'adoption et appellent à une réforme du droit, Michelle GIROUX et Jérôme COURDURIÈS, *Le recours transnational à la reproduction assistée avec don. Perspective franco-québécoise et comparaison internationale*, Rapport final Mission droit et justice, 2017, notamment à la p. 207. Il en est de même des juges français, voir Martine GROSS, Laurence BRUNET et Michelle GIROUX, « Les juges français et la gestation pour autrui », dans Isabel CÔTÉ, Kevin LAVOIE et Jérôme COURDURIÈS (dir.), *Perspectives internationales sur la gestation pour autrui. Expériences des personnes concernées et contextes d'action*, Québec, Presses Universitaires du Québec, 2018, p. 273.

³⁷ L'adoption par consentement spécial ne peut avoir lieu qu'à l'égard des personnes expressément mentionnées à l'article 555 C.c.Q. et comprend l'adoption de l'enfant du conjoint.

³⁸ *Adoption – 161*, 2016 QCCA 16 (motifs de la j. St-Pierre, auxquels souscrivent les j. Hilton et Bouchard); *Adoption 1445*, 2014 QCCA 1162 (motifs du j. Morrisette, auxquels souscrivent les j. Lévesque et Savard); On peut y voir un repli de l'ordre public, M. GIROUX et J. COURDURIÈS, préc., note 36, notamment à la p. 90; M. GIROUX, « Le recours controversé à l'adoption pour établir la filiation de l'enfant né d'une mère porteuse: entre ordre public contractuel et intérêt de l'enfant », préc., note 32; M. GIROUX, « L'encadrement de la maternité de substitution au Québec et la protection de l'intérêt de l'enfant », préc., note 32, 539; A. MALACKET, préc., note 33; Anne-Marie SAVARD, « L'établissement de la filiation à la suite d'une gestation pour autrui: le recours à l'adoption par consentement spécial en droit québécois constitue-t-il le moyen le plus approprié? », dans Christelle LANDHEER-CIESLAK et Louise LANGEVIN (dir.), *La personne humaine: entre autonomie et vulnérabilité. Mélanges en l'honneur d'Édith Deleury*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015, p. 589; L. LANGEVIN, préc., note 9.

³⁹ Voir *Adoption 1445*, préc., note 38 (motifs du j. Morrisette, auxquels souscrivent les j. Lévesque et Savard). Voir aussi Benoit MOORE, « Maternité de substitution et filiation en droit québécois », dans *Liber amicorum. Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Paris, Dalloz, 2013, p. 859.

En 2015, le rapport du Comité consultatif sur le droit de la famille a recommandé l'abolition de la nullité des conventions de gestation ou de procréation pour autrui et l'encadrement de la pratique, sans recours à l'adoption⁴⁰. Inspiré par la législation de la Colombie-Britannique, le Comité consultatif recommande que la convention entre les parties puisse servir à l'établissement de la filiation selon la voie administrative, de façon beaucoup moins contraignante que par adoption, à condition d'avoir eu une rencontre avec un.e juriste et un.e professionnel.le capable d'expliquer les conséquences psychosociales du recours à une telle convention⁴¹. À défaut, le recours au tribunal s'imposerait⁴². C'est une option législative intéressante que de faciliter l'établissement de la filiation dans ce contexte, sans avoir à recourir systématiquement aux tribunaux, que l'Ontario a depuis également suivie⁴³.

En Ontario, les tribunaux se sont les premiers détachés de l'hétéro-normativité en redéfinissant la notion de « mère » et de « père », puis en adaptant l'enregistrement des naissances et les certificats de naissance dans le but de reconnaître de manière plus juste la filiation de l'enfant. Des couples de même sexe ayant recours à un donneur de sperme ou d'ovules ou à une mère porteuse ont notamment déposé une demande devant les tribunaux pour permettre soit l'adoption de l'enfant, soit une déclaration de filiation fondée sur le consentement de la ou des personnes concernées. Dans plusieurs affaires, l'ensemble des parties étaient consentantes, mais la procédure était coûteuse et relevait en fin de compte de la discrétion du juge saisi de l'affaire⁴⁴.

Une réforme législative a finalement eu lieu en Ontario, en plusieurs étapes. La première modification a été apportée par la *Loi sur les statistiques de l'état civil*⁴⁵ qui définit les exigences relatives aux mentions de « mère » et de « père » sur le certificat de naissance. Les dispositions en question ont

⁴⁰ COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, Alain ROY (prés.), *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Montréal, Éditions Thémis, 2015 (ci-après : « le Comité consultatif »).

⁴¹ *Id.*

⁴² *Id.*

⁴³ *Loi de 2016 sur l'égalité de toutes les familles (modifiant des lois en ce qui concerne la filiation et les enregistrements connexes)*, L.O. 2016, c.23 (Projet de loi 28) (ci-après : « Loi de 2016 sur l'égalité de toutes les familles »).

⁴⁴ Voir notamment *JR c. LH*, [2002] OJ n° 3998 (Q/L).

⁴⁵ *Loi sur les statistiques de l'état civil*, L.R.O. 1990, c.V.4.

été remises en cause dans l'affaire *Rutherford*⁴⁶, qui a été portée devant les tribunaux par des mères lesbiennes ayant fait valoir qu'elles étaient inconstitutionnelles parce qu'elles ne reconnaissaient pas la composition de leur famille. La Cour leur a donné raison et a estimé que ces dispositions⁴⁷ étaient discriminatoires à l'égard des parents non biologiques de même sexe en couple, par opposition aux parents non biologiques de sexe opposé, et qu'elles contrevenaient donc à l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴⁸. La Cour a suspendu la prise d'effet de sa déclaration d'invalidité pour une durée d'un an et, pendant cette période, l'Assemblée législative a modifié les dispositions de la *Loi sur les statistiques de l'état civil*, qui permettent désormais à « deux parents » d'un même enfant d'enregistrer sa naissance.

Une seconde réforme, plus systémique, a été par la suite entreprise afin de prendre en considération notamment les familles qui faisaient appel à un tiers pour la reproduction ainsi que les projets parentaux conçus à plus de deux personnes. Ces individus étaient encore obligés de s'adresser aux tribunaux pour que leur parenté soit déclarée et reconnue. C'est dans ce contexte que la *Loi sur l'égalité de toutes les familles*⁴⁹ a été adoptée en Ontario. Ce texte s'écarte notamment de l'hétéronormativité d'un point de vue symbolique en préférant le terme « parent » à l'expression « père ou mère »⁵⁰.

Au Québec, bien qu'on permette l'inscription de deux parents de même sexe à l'état civil, tant en matière d'adoption qu'en matière de procréation assistée, des traces de la fiction biologique sont présentes dans le Code

⁴⁶ *Rutherford v Ontario (Deputy Registrar General)*, (2006) 81 OR (3d) 81 (Sup Ct).

⁴⁷ *Loi sur les statistiques de l'état civil*, préc., note 45.

⁴⁸ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.U., c. 11)].

⁴⁹ Loi de 2016 sur l'égalité de toutes les familles, préc., note 43.

⁵⁰ Ce détachement de la fiction biologique n'est cependant pas totalement abouti dans la mesure où certaines lois continuent d'utiliser l'expression « père ou mère » dans leur version française. Voir par exemple la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3. Dans son paragraphe 1(1), cette loi ne procède pas à la traduction textuelle de « parent » comme en anglais, mais utilise le terme « père ou mère ». La Loi de 2016 sur l'égalité de toutes les familles précise néanmoins, dans son paragraphe 1(5) qu'« [a]ux fins de l'interprétation de la version française de toute loi ou de tout règlement, sauf intention contraire manifeste, les termes “père” et “mère”, employés ensemble, de manière conjonctive ou disjonctive, relativement à un enfant, visent le parent ou les parents de l'enfant, comme il est énoncé à la présente partie. »

civil. En effet, au moment de la réforme de 2002, le législateur n'a pas souhaité modifier les articles du Code civil qui utilisent les termes « père » et « mère »⁵¹. Il a préféré adopter l'article 539.1 C.c.Q qui présente une règle se voulant interprétative, mais qui perpétue un attachement à l'hétéronormativité en associant la femme qui accouche à la lignée maternelle et l'autre mère, à la lignée paternelle. Or, il n'est pas impossible que ce choix de technique législative soit remis en cause à la suite du jugement *Center for Gender Advocacy*⁵². Le droit québécois devra être ajusté dans le sens d'un plus grand détachement de la fiction biologique d'un point de vue symbolique, la Cour supérieure ayant suspendu la déclaration d'invalidité de plusieurs articles du Code civil jusqu'en décembre 2021. Ainsi, les articles 111, 115, 116 C.c.Q. sont notamment considérés comme portant atteinte aux droits fondamentaux parce qu'ils obligent les parents non binaires à s'identifier comme père ou comme mère et non comme parent sur les différents documents d'état civil⁵³. De plus, l'article 132 C.c.Q. devra être interprété de façon à permettre à un parent trans de pouvoir modifier l'acte de naissance de son enfant né avant la transition⁵⁴.

Ainsi, malgré la prise en compte de la volonté en matière de filiation et du détachement de la biologie comme fondement principal de la filiation, l'accès à un statut parental n'est pas encore universel, car la binarité sexuelle mise en place par le droit se révèle inefficace à prendre en compte la réalité des personnes trans et non binaires.

Au-delà, l'application des règles de la filiation par procréation assistée n'est pas toujours fluide⁵⁵. La décision *Droit de la famille – 21281* du 9 mars 2021⁵⁶ procure un exemple de la difficulté d'articulation entre le système de la filiation par le sang et celui de la filiation par procréation assistée. Dans cette affaire, la défenderesse, âgée de 24 ans, apprend qu'elle souffre d'endométriose sévère et doit subir une intervention chirurgicale pour procéder à l'ablation des ovaires. Elle fait part à sa compagne, la demanderesse, de son souhait d'avoir un enfant. Cette dernière, âgée de 46 ans et

⁵¹ Voir notamment les articles 226 et 679 C.c.Q., respectivement en matière de tutelle et de succession.

⁵² *Center for Gender Advocacy c. Attorney General of Quebec*, 2021 QCCS 191.

⁵³ *Id.*, par. 185 et 338.

⁵⁴ *Id.*, par. 320 et 342.

⁵⁵ La décision *Droit de la famille – 18968*, 2018 QCCS 1900 (*J.M. c. G.R et C.L*) l'illustre bien.

⁵⁶ *Droit de la famille – 21281*, 2021 QCCS 766.

mère de deux adolescents, affirme devant la juge qu'elle est en désaccord avec ce projet. La défenderesse maintient son projet et choisit un ami de longue date pour y participer, sans qu'il soit déclaré père de l'enfant. La demanderesse est présente lors de la conception de l'enfant. Peu après, la défenderesse apprend qu'elle est enceinte. Les deux femmes se marient quelques mois plus tard et préparent ensemble l'arrivée de l'enfant. La demanderesse est présente à l'accouchement et prend un congé parental à la suite de la naissance. La défenderesse inscrit l'enfant aux registres de la province et elles sont, elle-même et sa conjointe, désignées comme les mères de l'enfant dans l'acte de naissance de celui-ci. Après la naissance, la demanderesse s'implique dans le soin de l'enfant, sa conjointe étant très fatiguée et diagnostiquée avec une masse au cerveau. Peu à peu, leur relation s'effrite, les deux femmes se séparent et la demanderesse dépose une demande introductive d'instance en divorce en juillet 2012. Elle dépose également une demande en contestation de maternité à l'égard de l'enfant en février 2013.

La mère demanderesse soutient qu'elle n'a pas consenti à l'inscription de l'enfant au registre de l'état civil de la province et qu'il n'existe pas de possession d'état conforme à l'acte de naissance. La défenderesse soutient, quant à elle, qu'il y a eu un projet parental commun avant la conception et qu'il y a, après la naissance de l'enfant, possession d'état conforme au titre de naissance. Elle soutient de plus que la demande en désaveu est prescrite.

Dans son jugement, la juge laisse entendre qu'il y a un projet parental entre les deux mères, sans le dire clairement. Les faits présentés dans la décision manquent de clarté et un positionnement explicite sur l'existence ou non d'un projet parental n'aurait sans doute pas été vain.

En théorie, si la juge considérait qu'il existait un projet parental au sens du *Code civil du Québec*⁵⁷, ce qu'elle semble faire, elle devait appliquer les règles issues du régime de la filiation par procréation assistée. Ce n'est qu'à titre subsidiaire que la juge aurait pu appliquer les règles de la filiation par le sang, si elle considérait que le projet parental ne remplissait pas les conditions prévues à l'article 538 du Code civil du Québec ou si la demanderesse parvenait à démontrer que l'enfant n'était pas né d'un projet

⁵⁷ Voir l'article 538 C.c.Q. qui se lit comme suit: « Le projet parental avec assistance à la procréation existe dès lors qu'une personne seule ou des conjoints ont décidé, afin d'avoir un enfant, de recourir aux forces génétiques d'une personne qui n'est pas partie au projet parental. »

parental ou qu'il n'était pas issu de la procréation assistée, comme le prévoit l'article 539 C.c.Q.

Cependant, sans se positionner sur une raison qui permettrait d'invalider le projet, ou de ne pas l'appliquer, la juge se sert de l'article 525 du C.c.Q. sur la présomption de paternité, relatif à la filiation par le sang, alors que, si elle considère qu'il y a projet parental (et qu'elle ne le remet pas en question), elle aurait dû appliquer l'article 538.3 C.c.Q. qui prévoit la présomption de parenté en matière de filiation par procréation assistée.

La juge parvient à la conclusion que l'action en désaveu de la demanderesse ne peut aboutir et que la filiation de l'enfant ne peut être remise en cause, ce qui semble être la solution adéquate en l'espèce, mais le raisonnement permettant d'y arriver ne convainc pas, la juge faisant référence aux dispositions de la filiation par le sang et non à celles de la filiation par procréation assistée. Dans les deux hypothèses cependant, les deux mères étant mariées au moment de la naissance de l'enfant, la présomption (de paternité en ce qui concerne la filiation par le sang et de parenté en matière de filiation par procréation assistée) à l'égard de la demanderesse entraîne un délai de déchéance qui empêche de pouvoir remettre en cause la filiation de l'enfant au-delà d'un an à compter du jour où la présomption prend effet.

L'articulation des règles de la filiation par procréation assistée et de celles de la filiation par le sang soulève encore de nombreuses difficultés et la confusion qui en découle est dommageable à la cohérence du droit et à la distinction entre les différents systèmes de filiation. Une des solutions pour clarifier l'articulation de ces règles pourrait être d'exiger que le projet parental soit formalisé⁵⁸, ce qui faciliterait possiblement l'application d'un régime ou d'un autre.

La délicate articulation des différents régimes en matière de filiation n'est pas la seule source de confusion. En effet, bien que la réforme de 2002

⁵⁸ Cette question ne fait pas consensus dans la doctrine. Voir notamment Régine TREMBLAY « Quebec's filiation regime, The *Roy Report's* recommendations, and the "interest of the child" », (2018) 31 *Canadian Journal of Family Law* 199, 212; Robert LECKEY « Lesbian Parental Projects in Word and Deed », (2011) 45 *R.J.T.* 315. Certains auteurs ont demandé à ce que le législateur intervienne afin d'exiger la rédaction d'un acte notarié en pareille hypothèse: Alain ROY, « Famille », (2005) 107 *R. du N.* 1, 12-13; M. PRATTE, préc., note 27, 565.

marque un très net détachement de la fiction biologique, elle n'est pas parvenue à s'extraire totalement de considérations liées à cette fiction qui se réinvite au sein même des nouvelles filiations, ce qui introduit de l'incohérence à l'intérieur même du régime.

B. Un détachement inabouti: le maintien de certaines traces de la fiction biologique dans la nouvelle filiation

L'ouverture du droit de la filiation à des hypothèses se détachant de la fiction reproductive constitue à n'en pas douter une évolution, mais celle-ci semble inachevée. En effet, alors même que le législateur s'est distancié de l'hétéronormativité, de nombreux relents de l'exigence d'altérité sexuelle au sein du couple parental réapparaissent pour limiter les règles en matière de filiation, ce qui entraîne de la confusion.

Un premier exemple de l'attachement à la biologie en droit de la famille est l'adage *mater semper certa est*, qui précise que la femme qui accouche est la mère de l'enfant. Ainsi, dans le cadre d'une entente de gestation ou de procréation pour autrui, la mère sera la femme qui accouche et non la mère d'intention qui a désiré l'enfant⁵⁹.

S'il est envisageable de concevoir que cette règle perdure en droit civil québécois en raison de la nullité absolue des conventions de gestation ou de procréation pour autrui⁶⁰, il est intéressant de noter qu'en Ontario, où de telles ententes sont légalement admises, l'adage *mater semper certa est* continue d'être utilisé. La *Loi sur l'égalité de toutes les familles*⁶¹ a établi un cadre légal dans lequel l'intention est la condition fondamentale pour établir la parenté. Pour ce faire, les parties sont libres de conclure des ententes de préconception⁶² et des conventions de gestation pour autrui.

⁵⁹ Marie-France BUREAU et Edith GUILHERMONT, « Maternité, gestation et liberté: réflexions sur la prohibition de la gestation pour autrui en droit québécois », (2011) 4-2 *R.D. & Santé McGill* 45; A.-M. SAVARD, préc., note 38, p. 589.

⁶⁰ Art. 541 C.c.Q.

⁶¹ Loi de 2016 sur l'égalité de toutes les familles, préc., note 43.

⁶² La Loi permet à un parent biologique de conclure avec une ou plusieurs personnes une entente de préconception par laquelle ils ou elles s'engagent à être, ensemble, les parents d'un enfant à naître. Les ententes de préconception doivent être conclues avant la conception de l'enfant et ne peuvent prévoir de gestation ou de procréation pour autrui, ce qui implique qu'au moins l'une des parties à la convention sera génétiquement liée à l'enfant. Les autres parties (qui peuvent être au maximum de trois), ne doivent pas

En ce qui a trait à ces dernières, la *Loi sur l'égalité de toutes les familles* prévoit deux étapes concernant le consentement des parties. La première consiste en la conclusion d'une convention de gestation pour autrui. L'entente stipulera que la mère porteuse accepte de ne pas être un parent de l'enfant à naître et que l'autre partie ou chacune des autres parties acceptent respectivement d'être un parent de l'enfant en question⁶³. Pour être valable, l'entente doit être conclue avant la conception et après que la mère porteuse et le ou les futurs parents aient reçu un avis juridique indépendant. De plus, ce type d'entente ne peut impliquer plus de quatre futurs parents, sauf accord du tribunal, et l'enfant doit être conçu par procréation assistée⁶⁴, c'est-à-dire hors relation sexuelle⁶⁵. La seconde étape du consentement est constituée par l'obligation pour la mère porteuse de fournir un consentement écrit à la cession de son droit à la filiation de l'enfant après un délai de sept jours suivant la naissance de ce dernier. Pendant la période intérimaire, la mère porteuse et le ou les parents partagent les droits et les responsabilités parentaux à l'égard de l'enfant⁶⁶.

Au Québec, le Comité consultatif s'éloigne de l'hétéronormativité en recommandant l'encadrement de la maternité de substitution, mais conserve l'attachement à l'adage *mater semper certa est*. Si la mère porteuse refuse de donner suite au projet parental et garde l'enfant, peu importe que le scénario de la voie administrative ou celui de la voie judiciaire trouve application⁶⁷, cela provoque la caducité du projet parental. Les règles de la filiation par le sang serviront alors à déterminer la filiation de l'enfant. Les propositions du rapport du Comité consultatif lui donnent toujours le dernier mot et par le fait même restent attachées à la fiction biologique⁶⁸.

nécessairement être génétiquement liées à l'enfant ni entretenir avec une autre partie une relation conjugale. De plus, si l'enfant est conçu par relation sexuelle, la personne qui a fourni le sperme doit également être partie à la convention (art. 9(2)(c) de la Loi). Il n'est pas nécessaire pour la cour d'approuver l'entente de préconception. Il n'y a qu'une seule exigence formelle à respecter, et c'est que l'entente soit écrite.

⁶³ Loi de 2016 sur l'égalité de toutes les familles, préc., note 43, art. 10.

⁶⁴ *Id.*, art. 10(2).

⁶⁵ *Id.*, art. 1(1) qui définit la procréation assistée comme la « [p]rocréation résultant d'une méthode de conception autre que la relation sexuelle ».

⁶⁶ *Id.*, art. 10(5).

⁶⁷ Voir *supra*, I. A.

⁶⁸ COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, préc., note 40, p. 175 et 176.

La loi ontarienne s'éloigne davantage de cet adage. Si la mère porteuse refuse de remettre l'enfant aux parents d'intention, le tribunal devra décider à qui l'enfant sera confié, dans le respect de son intérêt⁶⁹. Cette façon de faire assure un mécanisme plus souple pour gérer les conflits potentiels, tout en s'éloignant de la fiction juridique, même si elle nécessite un recours au tribunal pour assurer la prise en compte de l'intérêt de l'enfant.

Au Québec, la filiation par procréation assistée est fondée sur un projet parental et permet à un couple hétérosexuel ou à un couple de femmes d'établir vis-à-vis de l'enfant un double lien de filiation dès la naissance de celui-ci. Dans cette hypothèse, le législateur s'est volontairement détaché du modèle charnel de la filiation pour fonder celle-ci sur la volonté. Dans cette situation, le géniteur de l'enfant est un tiers vis-à-vis du projet parental et renonce à être le père juridique de cet enfant. Pourtant, alors même que le Code se détache de manière claire et volontaire d'une filiation fondée sur le lien biologique, il crée une règle pouvant remettre en cause l'entièreté du projet parental et, par conséquent, la filiation de l'enfant né de celui-ci. En effet, l'article 538.2 al. 2 du C.c.Q.⁷⁰ offre au donneur un an pour réclamer sa paternité lorsque l'enfant a été conçu par relation sexuelle⁷¹. Dans ces circonstances, on reconnaît les droits d'un père biologique même lorsqu'il est un donneur, et on fait primer ces droits sur ceux du parent non biologique qui aurait un titre suivant l'article 115 C.c.Q. :

⁶⁹ Loi de 2016 sur l'égalité de toutes les familles, préc., note 43, art. 10(6) à 10(8). Le paragraphe 10(8) énonce que « [l']intérêt véritable de l'enfant est le critère prépondérant » dont le juge tient compte au moment de trancher la question de sa filiation.

⁷⁰ « Cependant, lorsque l'apport de forces génétiques se fait par relation sexuelle, un lien de filiation peut être établi, dans l'année qui suit la naissance, entre l'auteur de l'apport et l'enfant. Pendant cette période, le conjoint de la femme qui a donné naissance à l'enfant ne peut, pour s'opposer à cette demande, invoquer une possession d'état conforme au titre. »

⁷¹ La Cour supérieure du Québec a retenu une conception très stricte des relations sexuelles et considère que l'utilisation d'une seringue pour recueillir le sperme et l'injecter dans le corps de la femme ne constitue pas une relation sexuelle au sens de 538.2, al. 2 C.c.Q. Sur la distinction voir notamment *F. P. c. P. C.*, 2005 CanLII 5637 (QC CS), par. 14; voir également *L.B. c. Li.Ba.*, 2006 QCCS 591, confirmée en appel par *Droit de la famille – 07527*, 2007 QCCA 362; J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 11, n° 434, p. 698; M. GIROUX, préc., note 23, par. 24. En considérant que seules les relations charnelles au sens strict peuvent faire obstacle au projet parental, le droit reste attaché à la fiction biologique, alors que l'interprétation restrictive de relation sexuelle du juge va davantage dans le sens du détachement vis-à-vis de la fiction.

Le législateur ne va pas, dans cette hypothèse, jusqu'à oser interdire l'établissement d'un lien de filiation entre l'enfant et ce géniteur en chair et en os, comme il le fait à l'égard du donneur de gamètes anonyme de l'insémination artificielle. Si l'homme se découvre plus tard une vocation à la paternité, il peut, dans l'année qui suit la naissance de l'enfant et en supposant qu'il soit au courant de celle-ci, faire établir sa véritable parenté avec l'enfant. Le sang, que confirmera la vérité de la preuve génétique, reprend sa préséance sur la fiction, la volonté du père prévaut sur le projet parental de la femme et de son conjoint ou de sa conjointe, et ce dernier ou cette dernière ne peut s'y opposer.⁷²

Ainsi, durant la première année de vie de l'enfant, même si une filiation est établie en faveur du parent non biologique et que ce dernier exerce également une possession d'état, il sera possible pour le donneur de revendiquer sa filiation. Le Comité consultatif suggère de supprimer cette possibilité en interdisant « toute action visant à établir une filiation entre l'enfant et l'auteur de l'apport des forces génétiques au projet parental d'autrui, peu importe la forme qu'aura empruntée son assistance à la procréation »⁷³.

Si la réforme de 2002 remettant en question l'hétéronormativité comme seul fondement de la filiation n'est pas totalement aboutie, elle a eu pour conséquence de faire ressortir le questionnement autour de la pluriparenté et de la pluriparentalité.

II. L'attachement à la fiction biologique: le refus de la pluriparenté

Au-delà d'une filiation hétéroparentale, la filiation construite sur une fiction biologique crée nécessairement un modèle de famille biparentale. En effet, biologiquement, la conception d'un enfant impose la rencontre de deux individus de sexe opposé.

Le droit civil a admis dans un premier temps qu'un enfant puisse n'avoir qu'un parent, situation qui serait la conséquence d'un accident de la vie, notamment dans l'hypothèse où le second parent décède ou celle où aucune reconnaissance n'est faite. Dans un second temps, on a admis la possibilité que l'enfant n'ait dès l'origine qu'un parent, qu'il s'agisse d'ouvrir l'adoption

⁷² S. PHILIPS-NOOTENS et C. LAVALLÉE, préc., note 24, à la p. 343.

⁷³ COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, préc., note 40, recommandation 3.19.

à une personne célibataire ou le recours à la procréation assistée aux femmes célibataires⁷⁴.

Cependant, l'actualité interroge l'autre côté du spectre de la biparenté et le débat se cristallise autour de la pluriparenté ou, à tout le moins, de la reconnaissance de la pluriparentalité en droit. Ces interrogations accompagnent en effet les mutations familiales au sein desquelles les figures parentales et les potentiels parents peuvent se multiplier. Ainsi, dès l'origine, la conception d'un enfant peut impliquer plus de deux personnes, notamment lorsque celle-ci intervient dans un contexte de procréation assistée ou de gestation ou de procréation pour autrui. En outre, les conditions et habitudes de vie induisent de plus en plus souvent un morcellement et une multiplication des structures familiales auxquelles un même individu appartient, alors qu'avant, la famille avait une structure plus nucléaire. À cet égard, la recomposition familiale pose avec beaucoup d'acuité la question de la place accordée par le droit aux adultes gravitant autour de l'enfant et représentant pour lui des nouvelles figures familiales.

Finale­ment, ces nouveaux modèles familiaux remettent en question les catégories traditionnelles du droit et le sens de ce qu'est faire famille. Comment peut-on aujourd'hui définir la famille ou encore ce qu'est un parent sans s'interroger sur la manière de prendre en compte les différents adultes significatifs de la vie d'un enfant? Aujourd'hui, le droit civil québécois reste attaché à la fiction juridique et refuse de s'ouvrir à la pluriparenté (A). Pourtant, les mutations familiales et les évolutions juridiques au Canada incitent à réfléchir à un encadrement des liens entre un enfant et un adulte significatif. Il serait pertinent, dans cette optique, de se détacher de la fiction juridique suffisamment pour accorder une place à ces adultes, au nom de l'intérêt de l'enfant (B).

A. L'attachement à la fiction biologique : le maintien de la biparenté

Si le droit québécois de la filiation d'un enfant s'est distancié de la nécessité de l'hétéronormativité, il a encore du mal à s'extraire de la biparenté. Le droit civil québécois est profondément attaché à l'idée qu'un enfant ne peut avoir que deux parents au plus. En apparaissant réticent à permettre

⁷⁴ Art. 538 C.c.Q.

à plusieurs parents de graviter autour d'un enfant, le droit crée une distorsion entre le vécu de nombreuses familles et leur encadrement juridique.

Ainsi, le droit civil québécois ne connaît pas d'autre forme d'adoption que l'adoption plénière⁷⁵. Celle-ci a comme principale caractéristique de rompre définitivement et irrémédiablement les liens entre l'enfant et sa famille d'origine, cette rupture allant jusqu'au secret des origines de l'enfant. De ce fait, l'enfant ne peut avoir que deux parents au maximum et aucune filiation additive n'est prévue par le Code civil québécois.

L'adoption ne peut être prononcée que dans l'intérêt de l'enfant⁷⁶. Or, force est de constater que l'appréciation de cette notion à contenu variable peut évoluer, notamment sous l'influence des sciences sociales. Ainsi, il est possible de se demander si la rupture irrévocable de l'enfant avec sa famille d'origine va nécessairement dans son intérêt, notamment lorsqu'il est déjà grand ou s'il est autochtone⁷⁷. En effet, s'il existe des « liens, réels ou symboliques », entre l'enfant et sa famille d'origine, le tribunal peut hésiter à déclarer ce dernier admissible à l'adoption⁷⁸.

L'*Avant-projet de loi sur l'adoption* et le *Projet de loi 81* proposaient d'adoindre à l'adoption substitutive qu'est l'adoption plénière une adoption additive, l'adoption sans rupture de lien de filiation⁷⁹. Ces textes, rédigés à la suite du rapport du Groupe de travail sur l'adoption⁸⁰, publié en

⁷⁵ Art. 577 et 577.1 C.c.Q.

⁷⁶ Art. 543 C.c.Q.

⁷⁷ Robert LECKEY, « L'adoption coutumière autochtone en droit civil québécois », (2018) 59 *C. de D.* 973.

⁷⁸ Françoise-Romaine OUELLETTE et Carmen LAVALLÉE, « La réforme proposée du régime québécois de l'adoption et le rejet des parentés plurielles », (2015) 60 *R.D. McGill* 295, 306.

⁷⁹ QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale (Avant-projet de loi)*, 1^{re} sess., 39^e légis. (Qc.), 2009; QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Projet de loi 81 Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*, 2^e sess., 39^e légis. (Qc.), 2012. Ces projets n'ont jamais été adoptés.

⁸⁰ GROUPE DE TRAVAIL INTERMINISTÉRIEL SUR LE RÉGIME QUÉBÉCOIS DE L'ADOPTION, Carmen LAVALLÉE (prés.), *Pour une adoption québécoise à la mesure de chaque enfant*, 2007, en ligne: <https://www.justice.gouv.qc.ca/fileadmin/user_upload/contenu/documents/Fr_francais_/centredoc/rapports/couple-famille/adoption-rap.pdf> (consulté le 20 mai 2021). Cette idée vient d'être réitérée dans le rapport de la Commission Laurent: COMMISSION SPÉCIALE SUR LES DROITS DES ENFANTS ET LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, Régine LAURENT (prés.), *Instaurer une société bienveillante pour nos enfants et nos jeunes*,

2007, constituent les exemples les plus aboutis en matière de reconnaissance de pluriparentalité.

Pourtant, la réforme de l'adoption de 2017 a refusé de sortir du modèle de la biparenté. Dans le cadre de cette réforme, on a certes introduit une nouvelle variante de l'adoption, l'adoption avec reconnaissance de liens préexistants, mais sans réellement préserver la filiation précédente, sous réserve de l'adoption coutumière autochtone qui peut préserver le lien d'origine⁸¹. Ce mécanisme facilite le maintien de la communication avec les parents biologiques et la connaissance des origines, mais n'en demeure pas moins une adoption plénière qui rompt les liens de filiation entre l'enfant et sa famille d'origine ainsi que l'obligation alimentaire qui en découle⁸².

La possibilité de reconnaître une adoption sans rupture de lien, aux côtés de l'adoption plénière, refait surface dans le rapport de la Commission spéciale sur les droits des enfants et la protection de la jeunesse, déposé en avril 2021, sous le vocable d'adoption simple⁸³. Tout en précisant que l'idée de la reconnaissance de la pluriparenté est plus présente aujourd'hui, il en recommande l'introduction en droit civil québécois: « Nous croyons que l'adoption simple pourrait mieux répondre à la réalité des enfants plus âgés ayant un lien préétabli avec leurs parents biologiques. Le choix du mode d'adoption (simple ou plénière) devra s'effectuer en fonction de l'intérêt de l'enfant »⁸⁴.

Sur le plan des origines, la réforme de 2017 en matière d'adoption a sans conteste facilité les retrouvailles et l'accès aux origines de l'enfant adopté, mais sans pour autant lui reconnaître un véritable droit à la connaissance de ses origines. En effet, l'accès aux origines demeure subordonné à l'approbation des parents d'origine, qui peuvent opposer leur veto, par un refus à la communication de leur identité ou un refus au contact⁸⁵.

2021, p. 202-204, en ligne: <https://www.csdepj.gouv.qc.ca/fileadmin/Fichiers_clients/Rapport_final_3_mai_2021/2021_CSDEPJ_Rapport_version_finale_numerique.pdf> (consulté le 20 mai 2021).

⁸¹ Carmen LAVALLÉE et Françoise-Romaine OUELLETTE, *Comprendre la filiation et la parenté à travers le prisme de l'adoption*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2020, notamment p. 8 et 9.

⁸² Art. 577 et 577.1 C.c.Q.

⁸³ COMMISSION SPÉCIALE SUR LES DROITS DES ENFANTS ET LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, préc., note 80, p. 202 à 204.

⁸⁴ *Id.*, p. 204.

⁸⁵ Voir notamment l'art. 583, al. 3 C.c.Q.

Quant aux enfants conçus par procréation assistée, ils n'ont pas accès à leurs origines⁸⁶. Ce secret sur les origines de l'enfant rappelle l'attachement à la fiction biologique, même si depuis 2002, l'altérité sexuelle pour devenir parent est en partie disparue avec la possibilité pour deux femmes de devenir mères de leur enfant conçu par procréation assistée par déclaration directe à l'état civil.

Le Comité consultatif recommande la reconnaissance d'un droit fondamental à la connaissance des origines dans la *Charte des droits et libertés de la personne*⁸⁷. Il préconise également l'organisation « d'un régime juridique régissant le nouveau droit de l'enfant à la connaissance de ses origines » dans le *Code civil du Québec*⁸⁸. En matière d'adoption, le principe du secret des origines a été renversé en 2017⁸⁹ au profit d'un principe de transparence, mais les parents d'origine peuvent néanmoins enregistrer un veto de communication, empêchant l'enfant d'accéder à ses origines. Comme le rapport suggère d'adopter un système similaire en matière de procréation médicalement assistée, le donneur de gamètes pourrait, à l'instar du parent d'origine, avoir le dernier mot et ainsi rendre impossible pour l'enfant l'accès à ses origines. En revanche, le Comité consultatif recommande de maintenir une distinction entre adoption et procréation médicalement assistée en ce qui concerne l'obtention des informations facilitant le contact avec l'enfant devenu majeur⁹⁰; le parent d'origine continuerait d'y avoir accès, alors que le donneur de gamètes en serait privé⁹¹.

Au-delà, le législateur s'interroge depuis quelques années sur la manière de prendre en compte la recomposition familiale, car ce phénomène, bien

⁸⁶ Voir l'article 542 C.c.Q. qui maintient le principe du secret des origines. Voir notamment aussi Michelle GIROUX et Mariana DE LORENZI, « Putting the Child First: A Necessary Step in the Recognition of the Right to Identity in Canadian Law », (2011) 27-1 *C.J.F.L.* 53; Carmen LAVALLÉE et Michelle GIROUX, « Le droit de l'enfant québécois à la connaissance de ses origines évalué à l'aune de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant », (2013) 72 *R. du B.* 147.

⁸⁷ *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ c. C-12; COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, préc., note 40, recommandation 3.33.

⁸⁸ COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, *id.*, recommandations 3.33.1 et suiv.

⁸⁹ *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et de communication de renseignements*, L.Q. 2017, c. 12.

⁹⁰ Art. 583 C.c.Q.

⁹¹ COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, préc., note 40, recommandation 3.33.4.

qu'il soit très ancien, émane aujourd'hui de causes nouvelles. Autrefois, la principale explication de l'existence des familles recomposées tenait au décès de l'un des conjoints et la recomposition permettait de recréer un couple parental qui avait été amputé de l'un de ses membres. À l'inverse, la famille recomposée d'aujourd'hui se forme le plus souvent à la suite de la séparation du couple parental, le nouveau conjoint de l'un ou l'autre des parents venant s'ajouter au paysage parental maintenu. Ainsi, la recomposition est passée d'une logique de substitution des figures parentales à une multiplication de celles-ci⁹². Ce nouveau paradigme pose la question de la prise en compte et du rôle du beau-parent aux côtés des parents de l'enfant.

L'urgence de prendre en compte ces nouveaux enjeux se fait plus pressante car les hypothèses de recomposition familiale concernent un nombre accru de familles⁹³. La recomposition familiale s'inscrit de plus dans un mouvement très perceptible de morcellement croissant de la vie des individus qui vont connaître, plus qu'avant, plusieurs réalités familiales⁹⁴. Les

⁹² Catherine CASTAGNER GIROUX, Céline LE BOURDAIS et Philippe PACAUT, « La séparation parentale et la recomposition familiale. Esquisse des tendances démographiques au Québec », dans Marie-Christine SAINT-JACQUES, Annick ST-AMAND, Caroline ROBITAILLE et Sylvie LÉVESQUE (dir.), *Séparation parentale, recomposition familiale : enjeux contemporains*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2016, p. 11, à la p. 28. Voir également Dominique GOUBAU et Martin CHABOT, « Recomposition familiale et multiparentalité : un exemple du difficile arrimage du droit à la famille contemporaine », (2019) 59 *C. de D.* 889, 893 et 894; F.-R. OUELLETTE et C. LAVALLÉE préc., note 78.

⁹³ Les enquêtes en sciences sociales ont en effet établi que le nombre de personnes vivant au sein de familles recomposées avait significativement augmenté depuis les années 1970. En 2016, presque 13 % des enfants vivaient dans une famille recomposée au Québec. STATISTIQUE CANADA, « Portrait de la vie familiale des enfants au Canada en 2016 », 2016, en ligne : <<https://www12.statcan.gc.ca/census-recensement/2016/as-sa/98-200-x/2016006/98-200-x2016006-fra.pdf>> (consulté le 20 mai 2021). Ce pourcentage était le même en 2011, voir C. CASTAGNER GIROUX, C. LE BOURDAIS et P. PACAUT, préc., note 92, à la p. 19.

⁹⁴ À titre d'exemple, les enquêtes en sciences sociales démontrent que « près de la moitié (46 %) des unions libres formées dans les années 1990 avaient mené à une séparation dix ans après le début de la vie commune, comparativement à 38 % de celles formées pendant les années 1970 » : C. CASTAGNER GIROUX, C. LE BOURDAIS et P. PACAUT, préc., note 92, à la p. 28. Voir également Valérie MARTIN, Céline LE BOURDAIS et Évelyne LAPIERRE-ADAMCYK, « Stepfamily instability in Canada – The impact of family composition and union type », (2011) 23 *Journal of Family Research* 196; Heather JUBY, Nicole MARCIL-GRATTON et Céline LE BOURDAIS, « Une nouvelle étape de la vie

enfants vivent également la séparation de leurs parents de plus en plus tôt, ce qui explique qu'ils sont davantage susceptibles de faire l'expérience d'une recomposition⁹⁵ qui peut prendre de nombreuses formes⁹⁶.

La complexité de la recomposition familiale illustre de manière éclairante la difficulté que le droit éprouve à prendre en compte cette forme familiale et à proposer un encadrement adéquat, notamment en ce qui a trait à la place du beau-parent. Ce dernier demeure un tiers à l'égard de son beau-fils ou de sa belle-fille⁹⁷, le droit québécois ne reconnaissant pas la parenté psychologique ou comme en common law, la relation *in loco parentis*.

De manière paradoxale, aucune règle ne vient encadrer le rôle du beau-parent pendant la vie commune, mais certains droits ou obligations

familiale: la naissance d'un enfant en famille recomposée», dans *Statistique Canada, Rapport sur l'état de la population 2000*, Ottawa, Statistique Canada, 2001, p. 177.

⁹⁵ Ainsi, cinq ans après la séparation, «les deux tiers [des enfants] avaient une figure paternelle ou maternelle supplémentaire»: Étude menée en 2005 sur des enfants québécois nés entre 1983 et 1996, Heather JUBY, Céline LE BOURDAIS et Nicole MARCIL-GRATTON, *Et la vie continue: expansion du réseau familial après la séparation des parents, Rapport de recherche soumis à la Section de la famille, des enfants et des adolescents du ministère de la Justice du Canada*, Montréal, 2005, p. 8, en ligne: <<http://publications.gc.ca/collections/Collection/J3-2-2004-9F.pdf>> (consulté le 20 mai 2021). Voir également, C. CASTAGNER GIROUX, C. LE BOURDAIS et P. PACAUT, préc., note 92, à la p. 29; Hélène DESROSIERS et Micha SIMARD, «Diversité et mouvance familiale durant la petite enfance», Québec, Institut de la statistique du Québec, Étude longitudinale du développement des enfants du Québec (ELDEQ 1998-2010). De la naissance à 6 ans, vol. 4, n° 4.

⁹⁶ Voir notamment Marie-Christine SAINT-JACQUES et Sylvie DRAPEAU, «Dans quel type de familles grandiront les enfants québécois en 2020?», dans Gilles PRONOVOST, Chantale DUMONT et Isabelle BITAUDEAU (dir.), *La famille à l'horizon 2020*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2008, p. 101. Pour des données plus récentes en cours de collecte, voir l'Enquête longitudinale auprès des parents séparés et recomposés du Québec, dans le cadre du Partenariat CRSH séparation parentale recomposition familiale, dirigé par Marie-Christine Saint-Jacques, Université Laval: UNIVERSITÉ LAVAL, *Enquête longitudinale auprès des parents séparés et recomposés du Québec*, en ligne: <<https://enquete.arucfamille.ulaval.ca/>> (consulté le 20 mai 2021).

⁹⁷ La prise en compte de cette réalité par le droit civil n'est pas totalement inexistante car plusieurs lois ont une incidence sur le lien entre le beau-parent et l'enfant de son conjoint. Cependant, ces différents textes n'offrent qu'une prise en compte partielle du beau-parent, ce qui conduit à un manque de clarté et de cohérence de son statut. Voir à ce sujet l'article de D. Goubau et M. Chabot qui présente notamment un portrait des lois qui touchent au statut du beau-parent: D. GOUBAU et M. CHABOT, préc., note 92.

peuvent surgir à la séparation du couple⁹⁸. En effet, la *Loi sur le divorce*⁹⁹ encadre la beau-parentalité, lorsque les conjoints étaient mariés. Cette dernière admet la possibilité que l'époux qui divorce ait, s'il a pris en charge l'enfant de son conjoint, des droits de garde ou d'accès, ou une obligation alimentaire, à l'égard de celui-ci.

Des critères additionnels ont été définis par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Chartier c. Chartier*¹⁰⁰. En Ontario, cette conception de la

⁹⁸ Voir notamment Claire BERNARD, « Le statut juridique de la famille recomposée et l'intérêt de l'enfant », (1999) 33 R.J.T. 343, 370; Benoît MOORE, « La notion de "parent psychologique" et le Code civil du Québec », (2001) 103 R. du N. 115.

⁹⁹ *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.), art. 2(2), qui prévoit la définition d'enfant à charge et reconnaît la relation *in loco parentis* dans le contexte du divorce. La récente réforme de cette loi prévoit une liste de facteurs à considérer pour déterminer l'intérêt de l'enfant dont la prise en considération de « la nature et [de] la solidité [des] rapports [...avec] toute personne ayant un rôle important dans sa vie », voir l'art. 16(3)b) modifié par la *Loi modifiant la Loi sur le divorce, la Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales et la Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions et apportant des modifications corrélatives à une autre loi*, L.C. 2019, c. 16.

¹⁰⁰ *Chartier c. Chartier*, [1999] 1 R.C.S. 242, par. 39: « La question de savoir si une personne tient lieu de parent doit être tranchée à la lumière de l'ensemble des facteurs pertinents, examinés objectivement. Ce qu'il faut déterminer, c'est la nature du lien. La *Loi sur le divorce* ne fait aucune allusion à une quelconque expression formelle de la volonté. L'accent mis sur le caractère volontaire et sur l'intention dans Carignan était inspiré de l'approche de common law analysée précédemment. Il s'agissait d'une erreur. Le tribunal doit déterminer la nature du lien en examinant un certain nombre de facteurs, dont l'intention. L'intention ne s'exprime pas seulement de manière explicite. Le tribunal doit aussi déduire l'intention des actes accomplis et tenir compte du fait que même les intentions exprimées peuvent parfois changer. Le fait même de fonder une nouvelle famille constitue un facteur clé appuyant la conclusion que le beau parent considère l'enfant comme un membre de sa famille, c'est-à-dire comme un enfant à charge. Parmi les facteurs à examiner pour établir l'existence du lien parental, signalons les points suivants: L'enfant participe-t-il à la vie de la famille élargie au même titre qu'un enfant biologique? La personne contribue-t-elle financièrement à l'entretien de l'enfant (selon ses moyens)? La personne se charge-t-elle de la discipline de la même façon qu'un parent le ferait? La personne se présente-t-elle aux yeux de l'enfant, de la famille et des tiers, de façon implicite ou explicite, comme étant responsable à titre de parent de l'enfant? L'enfant a-t-il des rapports avec le parent biologique absent et de quelle nature sont-ils? [...] ».

Toutefois, il est intéressant de noter que la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Chartier*, prend en considération l'absence de lien entre l'enfant et son parent biologique dans son appréciation des liens entre l'enfant et son beau-parent. Ainsi, la reconnaissance d'une parenté psychologique semble, dans une certaine mesure, soumise à une logique de biparenté. Dans cette affaire, la Cour suprême retenait en partie, pour

définition de « parent », en matière de pension alimentaire pour enfants, entraîne couramment la reconnaissance de plus de deux parents, tant biologiques que sociaux¹⁰¹. À l'inverse, la Cour d'appel du Québec a été réticente à intégrer les enseignements de l'arrêt *Chartier* en droit civil québécois¹⁰² et souligne que le droit civil québécois ne connaît pas la notion *in loco parentis*. Dans cette décision, le juge Brossard considère que ce concept introduit par la *Loi sur le divorce* est une « mesure exceptionnelle [...] qui [...] doit être interprétée comme toute exception, c'est-à-dire de façon restrictive et non de façon libérale »¹⁰³. En 2007, dans un *obiter dictum*, le juge Dalphond avait considéré que la parenté *in loco parentis* pouvait être comprise dans l'article 32 du Code civil et l'article 39 de la *Charte des droits et libertés de la personne*¹⁰⁴.

Lors d'une séparation, qu'elle ait lieu dans le cadre d'un divorce ou non, le droit québécois permet au beau-parent, au même titre que les tiers vis-à-vis de l'enfant, de se voir attribuer la garde de l'enfant si l'intérêt de ce dernier le commande et sans que son parent n'ait à être déchu de l'autorité parentale, comme la Cour suprême du Canada l'a rappelé en 1987¹⁰⁵ et comme il est prévu à l'article 605 C.c.Q. Quant à l'obligation alimentaire, elle est toujours restreinte aux conjoints mariés ou unis civilement et aux enfants issus du couple¹⁰⁶.

Le Comité consultatif sur le droit de la famille prend acte de la réalité de la relation entre un enfant et son beau-parent lorsqu'il agit *in loco parentis*. L'introduction de cette notion de common law en droit civil constituerait un pas en avant vers la reconnaissance de la beau-parentalité. Le

considérer que M. Chartier tenait lieu de père à son ancienne belle-fille, Jessica, qu'il était « le seul père que Jessica ait connu » (par. 46).

¹⁰¹ Loi de 2016 sur l'égalité de toutes les familles, préc., note 43. Pour la reconnaissance en droit ontarien, voir la *Loi sur le droit de la famille*, qui a retenu une définition large du terme « parent » en matière de pension alimentaire à l'égard des enfants en considérant qu'il s'agit de « la personne qui a manifesté l'intention bien arrêtée de traiter un enfant comme s'il s'agissait d'un enfant de sa famille » (*Loi sur le droit de la famille*, préc., note 50, art. 1(1)).

¹⁰² V.A. c. S.F., [2001] R.J.Q. 36 (C.A.).

¹⁰³ *Id.*, par. 14.

¹⁰⁴ *Droit de la famille – 072895*, 2007 QCCA 1640. Voir également *Droit de la famille – 102247*, 2010 QCCA 1561. Sur ces questions, voir aussi D. GOUBAU et M. CHABOT, préc., note 92.

¹⁰⁵ C.(G.) c. V.-F.(T.), [1987] 2 R.C.S. 244.

¹⁰⁶ Art. 585 C.c.Q.

Comité consultatif recommande notamment d'imposer au beau-parent une obligation alimentaire et de lui permettre de revendiquer la garde de l'enfant, non plus comme un tiers, mais « aux mêmes conditions que celles qui s'appliquent au parent »¹⁰⁷. De la même manière, il propose d'accorder l'exercice de l'autorité parentale au beau-parent ayant obtenu la garde exclusive ou partagée de l'enfant¹⁰⁸. Si ces recommandations permettent une meilleure prise en compte de la réalité familiale vécue par l'enfant, il n'en demeure pas moins qu'elles s'inscrivent uniquement dans l'hypothèse où l'un des parents est absent¹⁰⁹. Ainsi, ces recommandations visent seulement le « beau-parent de remplacement »¹¹⁰ et consacrent encore l'idée qu'un enfant ne peut avoir plus de deux parents. Tout en étant prêt à permettre une délégation de l'autorité parentale au beau-parent lorsque son conjoint exerce seul l'autorité parentale (par exemple, en cas de décès ou de déchéance de l'autre parent de l'enfant), le Comité consultatif refuse, par attachement à l'indisponibilité de l'autorité parentale, de reconnaître plus de droits dans tous les autres cas de recomposition, qui continuent de poser problème dans les faits¹¹¹.

La réforme des règles juridiques portant sur l'adoption de 2017¹¹² a retenu un nouveau mécanisme, celui de la tutelle supplétive¹¹³. Selon l'article 199.1 C.c.Q., un des parents d'un enfant mineur peut déléguer ou partager les charges de tuteur légal et de titulaire de l'autorité parentale avec une personne qu'il désigne, lorsqu'il est impossible pour les parents ou pour l'un d'eux de les exercer pleinement. Ce texte permet notamment au tribunal de désigner le conjoint du parent comme tuteur à la demande du

¹⁰⁷ COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, préc., note 40, recommandation 4.3.

¹⁰⁸ *Id.*, recommandation 4.4.

¹⁰⁹ Ceci correspond à une « parentalité de substitution » et non à une « parentalité d'addition » et « n'implique pas nécessairement celle d'une véritable multiparentalité », D. GOUBAU et M. CHABOT, préc., note 92, à la p. 894.

¹¹⁰ COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, préc., note 40, recommandations 4.3 et 4.4.

¹¹¹ *Id.*, p. 312; D. GOUBAU et M. CHABOT, préc., note 92, p. 913.

¹¹² Voir *supra*, II. A.

¹¹³ Pour plus de détails sur ce nouveau mécanisme, voir notamment Dominique GOUBAU avec la collab. de Anne-Marie SAVARD, *Le droit des personnes physiques*, 6^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2019, par. 553 et suiv.; A. RIVEST-BEAUREGARD, préc., note 4, p. 93 et suiv.

parent. Cette délégation ou ce partage pourrait être ordonné par le tribunal en dépit du refus de l'autre parent, si l'intérêt de l'enfant l'exige¹¹⁴.

Malgré tout, ce mécanisme ne procure pas d'occasion d'exercer l'autorité parentale à plusieurs. On veut éviter qu'en accordant plus de droits au beau-parent, on vienne forcer la démission du parent de son autorité parentale¹¹⁵, mais en limitant, tel que le prévoit l'article 199.6 C.c.Q., l'application de la tutelle supplétive aux situations où le parent n'est pas en mesure d'exercer pleinement son autorité parentale, on refuse d'en aménager l'exercice à plusieurs. Cela illustre encore une fois l'attachement du droit civil à la biparenté et aux catégories traditionnelles. De plus en plus, la recomposition familiale interpelle le pouvoir politique afin de permettre un aménagement de la pluriparentalité, ce que certains auteurs appellent de leurs vœux :

Il est plus que temps de réfléchir à des solutions juridiques plus souples, mieux adaptées aux différentes situations et qui permettraient au nouveau conjoint de disposer des pouvoirs nécessaires pour agir auprès de l'enfant sans priver le parent biologique de sa propre autorité sur lui. En d'autres mots, pourquoi ne pas prévoir, par exemple, la possibilité de faire entériner par le Tribunal une entente de délégation de l'autorité parentale entre le parent et son nouveau conjoint, de manière à la rendre opposable aux tiers? Une telle mesure pourrait s'appliquer indistinctement aux couples homosexuels et aux couples hétérosexuels.¹¹⁶

La volonté devrait aujourd'hui pouvoir justifier une délégation de l'autorité parentale quitte à porter davantage atteinte à son indisponibilité, comme la volonté en matière de filiation a porté atteinte à l'indisponibilité de l'état des personnes. Il faudrait dans ce contexte prévoir l'encadrement des conditions d'exercice de la volonté au nom des droits et de l'intérêt de l'enfant, sans nécessairement laisser le dernier mot aux parents¹¹⁷ au nom

¹¹⁴ Art. 199.3 C.c.Q.

¹¹⁵ D. GOUBAU et M. CHABOT, préc., note 92.

¹¹⁶ S. PHILIPS-NOOTENS et C. LAVALLÉE, préc., note 24, notamment aux p. 348-350. Voir également Allison HARVISON YOUNG, « This child does have two (or more) fathers. Stepparents and support obligations », (2000) 45 *R.D. McGill* 108.

¹¹⁷ Dans cette hypothèse, comme dans tant d'autres, le recours au tribunal pourrait être envisagé afin que le juge puisse s'assurer que l'aménagement proposé favorise l'intérêt de l'enfant.

du principe de l'indisponibilité de l'autorité parentale¹¹⁸. Dans cette hypothèse, un tel repli de l'ordre public en matière familiale servirait à adapter le droit au vécu des familles contemporaines.

B. Un attachement questionné : pluriparenté ou pluriparentalité ?

Parvenir à faire évoluer le droit de la famille n'est pas une tâche aisée tant les mutations en la matière s'harmonisent mal avec les catégories classiques du droit. Les nouvelles familles, en se détachant de la fiction biologique, peuvent éprouver des difficultés à voir le droit les encadrer de façon pertinente. De la même manière, les juges peuvent considérer qu'ils n'ont pas la possibilité de fournir une réponse juridique adaptée à la situation qui se présente à eux, en raison de l'état de la législation. La décision *Droit de la famille – 191677* [décision des trois parents] l'illustre bien¹¹⁹. Dans ce jugement, un enfant, qui avait pour parents les deux femmes d'un couple, avait été conçu grâce à l'apport des forces génétiques d'un donneur aussi impliqué dans sa vie. À la suite de la transition d'une des mères et de la séparation du couple parental, l'homme ayant fourni ses gamètes réclame sa paternité à l'égard de l'enfant. Dans la décision de première instance, le juge Morrison décide de substituer le nom du père biologique à celui du parent trans dans l'acte de naissance de l'enfant. Il précise que le litige pose la question de la pluriparentalité, tout en exposant que le droit civil ne permet pas à un enfant d'avoir plus de deux parents, ce qui fait plutôt référence à la pluriparenté. À l'appui de ses réflexions, il cite le Comité consultatif¹²⁰. Ce dernier procède à la distinction entre pluriparenté et pluriparentalité en estimant que « [f]aute de données permettant de conclure qu'il est dans l'intérêt de l'enfant d'avoir plus de deux parents, le cadre juridique devra maintenir le principe de la biparenté ; le cas échéant, rien n'empêchera toutefois la mère porteuse et les parents d'intention de recourir

¹¹⁸ Sur l'aménagement du droit lors de l'exercice de la volonté en matière d'autorité parentale, voir A. RIVEST-BEAUREGARD, préc., note 4, p. 107 et suiv.

¹¹⁹ *Droit de la famille – 191677*, 2019 QCCA 1386, infirmant *Droit de la famille – 18968*, préc., note 55.

¹²⁰ *Droit de la famille – 18968*, *id.*. Au paragraphe 30, le juge écrit : « Dans son rapport publié en 2015, le Comité conclut que le “cadre juridique devra maintenir le principe de la biparentalité”, et ce, à cause d’une “faute de données permettant de conclure qu’il est dans l’intérêt de l’enfant d’avoir plus de deux parents”. » Ainsi, il confond pluriparentalité et pluriparenté.

aux dispositions prévues au chapitre de l'autorité parentale pour se partager certaines responsabilités parentales »¹²¹. Or, il faut opérer une distinction entre pluriparentalité et pluriparenté, ce que le juge d'appel fera de manière étoffée et didactique. Pour sa part, le juge Morrison renvoie la question de l'ouverture de la pluriparenté au législateur¹²². Ainsi, le juge de première instance considère que, dans le cas d'espèce, il serait dans l'intérêt de l'enfant que des liens de droit puissent être créés avec les trois adultes qui s'occupent de lui depuis sa naissance, à savoir sa mère, son père et le donneur de gamètes¹²³.

En appel de cette décision des trois parents¹²⁴, le juge Kasirer infirme la décision et rétablit la filiation à l'égard de l'homme trans considérant que l'enfant est issu d'un projet parental entre ce dernier et l'autre mère et que le père biologique n'a pas déclaré sa paternité à l'état civil et se trouve désormais à l'extérieur du délai d'un an pour pouvoir réclamer sa paternité¹²⁵. De plus, le juge d'appel considère qu'il n'est pas nécessaire d'ouvrir la parenté à plus de deux personnes¹²⁶ car la notion de parentalité en droit québécois permet de reconnaître d'autres figures familiales présentes dans la vie d'un enfant et de leur accorder des droits et des devoirs. Le juge Kasirer, admettant pour les besoins de la discussion que la triparenté n'est pas reconnue en droit québécois, considère que cela n'empêche pas la triparentalité d'être reconnue¹²⁷.

Le juge Kasirer expose longuement la différence qui existe entre les concepts de parenté et de parentalité¹²⁸. Une telle présentation n'est pas

¹²¹ COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, préc., note 40, p. 171.

¹²² *Droit de la famille – 18968*, préc., note 55, par. 41 et au par. 42 : « Cela dit, ce cas illustre l'utilité de moderniser la situation québécoise quant à la triparentalité. Le Tribunal invite le gouvernement québécois à réfléchir de nouveau à la reconnaissance de la triparentalité ou de la pluriparentalité, et ce, pour le meilleur intérêt des enfants mineurs comme X. »

¹²³ *Id.*, par. 25 et suiv. Voir les par. 41 à 43 concernant les commentaires du juge quant à l'état actuel du droit sur la pluriparentalité.

¹²⁴ *Droit de la famille – 191677*, préc., note 119.

¹²⁵ Art. 538.2, al. 2 C.c.Q.; *id.*, par. 92.

¹²⁶ Le juge Kasirer admet cependant que, si la question de la pluriparenté devait être tranchée, il n'appartiendrait pas aux juges de le faire : *Droit de la famille – 191677*, préc., note 119, par. 68.

¹²⁷ *Id.*, par 17.

¹²⁸ *Id.*, par. 99 et suiv.

inutile, tant ces deux notions sont difficiles à définir¹²⁹. Le juge rappelle qu'en droit, la parenté est fondée sur le lien de filiation alors que la parentalité consiste en « l'exercice des fonctions se rattachant notamment à l'autorité parentale »¹³⁰. Il poursuit en rappelant que la pluriparentalité n'est pas uniquement le fait des parents, mais peut également être celui des autres personnes qui gravitent autour de l'enfant.

À cet égard, les droits fondamentaux ont aidé à prendre en compte les interactions réelles entre les individus en s'affranchissant d'une lecture purement juridique de la famille pour en privilégier une approche plus globale. Ainsi, les rapports familiaux peuvent également être appréhendés en s'intéressant aux liens biologiques entre les individus ou en se basant sur le comportement des membres de la famille et donc sur les fonctions qu'ils remplissent les uns vis-à-vis des autres¹³¹. Il est alors intéressant de distinguer engendrement (lien biologique), filiation (lien juridique fondé parfois sur le biologique, mais également sur la volonté) et parentalité (lien socioaffectif qui s'exerce à l'extérieur de tout lien filial)¹³². Ces trois

¹²⁹ D'ailleurs, les sociologues et les anthropologues ne s'entendent pas toujours sur le sens de parenté et de parentalité et les juristes utilisent une terminologie différente de la leur. Voir notamment Chantal COLLARD, « Pluriparentalité et pluriparenté: regard anthropologique sur le droit de l'adoption et de la procréation assistée au Québec », (2011) 14 *Enfances, Familles, Génération* 9.

¹³⁰ *Droit de la famille – 191677*, préc., note 119, par. 18.

¹³¹ Dans sa thèse de doctorat, Clémence Bensa analyse comment les juges de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour suprême du Canada appréhendent les problématiques et les enjeux familiaux. Se détachant du seul lien juridique pour saisir l'entière des enjeux d'un contentieux familial, les juges européens et canadiens prennent aussi en considération les liens biologiques et/ou fonctionnels entre deux individus. Ainsi, ils utilisent un mécanisme qui s'articule autour de la dichotomie entre la famille structurelle (qui comprend un versant juridique: la famille structurelle juridique qui reconnaît les liens juridiques entre deux individus, et un versant biologique: la famille structurelle biologique qui explore les liens biologiques entre deux personnes) et la famille fonctionnelle (qui prend en compte les comportements des membres d'une famille les uns vis-à-vis des autres). Clémence Bensa, *Famille structurelle, famille fonctionnelle. Réflexion sur le travail prétorien d'adaptation de la notion de famille à travers la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour suprême du Canada*, thèse de doctorat, Québec, Toulouse, Université Laval et Université Toulouse I Capitole, 2018.

¹³² Laurence BRUNET et Jehanne SOSSON, « L'engendrement à plusieurs en droit comparé: quand le droit peine à distinguer filiation, origines et parentalité », dans Hugues FULCHIRON et Jehanne SOSSON (dir.), *Parenté, Filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 31.

éléments constituent une forme de pluralité de normativité autour de la personne¹³³.

La prise en compte par les juges de ces différentes facettes de la famille permet une meilleure appréhension de la réalité vécue par les individus. Elle est également, et très clairement, un facteur d'évolution du droit de la famille en ce qu'elle interroge les catégories juridiques traditionnelles et de ce fait, l'attachement du droit à la fiction biologique.

Bien que la décision du juge Kasirer nous semble juridiquement fondée, il ne faut pas minimiser l'importance de l'accord entre les trois protagonistes quant à l'implication de chacun dans la vie de l'enfant¹³⁴. Si cela n'avait pas été le cas, l'accès du père biologique à l'enfant aurait pu être impossible en pratique et difficile à obtenir auprès d'un tribunal, qui aurait pu considérer qu'il n'était pas dans l'intérêt de l'enfant que le père biologique ait des contacts avec lui. Si la prise en compte d'une parentalité en dehors du lien de filiation est possible, elle ne donne pas encore, en droit civil québécois, un véritable statut à l'adulte concerné, qui reste, selon la loi, un tiers.

Au Québec, le Comité consultatif a rejeté la pluriparenté parce qu'une telle possibilité n'était pas dans l'intérêt de l'enfant :

[...] En fait, tout porte à croire que les États qui ont entrepris ce virage ont d'abord voulu répondre aux besoins et aux attentes des adultes. [...] Aux yeux du Comité, c'est au moyen de la parentalité, et non pas de la filiation, qu'il faut apporter réponse aux attentes légitimes des parties.¹³⁵

À l'inverse, en Ontario, la législation a évolué vers la reconnaissance de la pluriparenté. Avant l'adoption de la Loi sur l'égalité de toutes les familles¹³⁶, qui l'a permise, la législation ontarienne ne comprenait aucune disposition relative aux familles composées de plus de deux parents. Une famille multiparentale a soulevé cet enjeu devant la Cour d'appel de

¹³³ Daniel GUTMANN, *Le sentiment d'identité. Étude de droit des personnes et de la famille*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, 2000.

¹³⁴ Un notaire a été consulté avant la conception de l'enfant, dit-on dans le jugement, pour « comprendre la situation d'un point de vue légal ». Il aurait recommandé aux parties de signer un contrat, ce qu'elles ont fait après que R devienne enceinte, *Droit de la famille – 191677*, préc., note 119, par. 33.

¹³⁵ COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, préc., note 40, p. 165 et 166.

¹³⁶ Loi de 2016 sur l'égalité de toutes les familles, préc., note 43.

l'Ontario dans l'affaire *AA c. BB et CC* en 2007¹³⁷. Dans cette affaire, un couple de femmes a conçu un enfant avec l'aide d'un ami, tout en estimant qu'il était dans l'intérêt de l'enfant que le donneur conserve une relation parentale avec ce dernier. La compagne de la mère, soutenue dans sa démarche par les parents biologiques, a présenté au juge une requête demandant d'établir sa filiation en rendant une ordonnance déclaratoire précisant qu'elle était un parent de l'enfant, au même titre que sa conjointe et que le père biologique. Les parties ont fait valoir qu'il y avait une lacune dans la loi, laquelle ne reconnaissant que deux parents. Elles ont donc demandé au tribunal de déclarer que l'enfant avait comme parents le couple de femmes et le père biologique.

Utilisant sa compétence *parens patriae*¹³⁸, notion de common law aux contours flous permettant de combler un vide juridique, la Cour d'appel a estimé que l'impossibilité pour les enfants issus de familles de plus de deux parents de voir leurs relations parentales reconnues par le droit les privait de l'égalité de statut garantie par la *Loi portant sur la réforme du droit de l'enfance* [LRDE]¹³⁹. La Cour d'appel a statué que : « rien dans le contexte législatif de la LRDE ne suggère que l'Assemblée législative ait délibérément choisi d'exclure les enfants de mères lesbiennes, les privant ainsi des avantages de l'égalité de statut accordée aux autres enfants en vertu de la *Loi* »¹⁴⁰. En conséquence, la Cour a déclaré que le couple et le père biologique étaient les trois parents de l'enfant.

L'exercice de la compétence *parens patriae*, bien que représentant une avancée, n'a finalement pas été considéré comme répondant aux besoins des familles de l'Ontario. En conséquence, d'autres contestations judiciaires ont suivi¹⁴¹ et l'Ontario a adopté la *Loi sur l'égalité de toutes les familles*¹⁴², qui a permis de reconnaître les réalités vécues par les familles composées de plus de deux parents, qui n'étaient pas reflétées dans les cadres législatifs existants.

¹³⁷ *A.A. c. B.B.*, 2007 ONCA 2.

¹³⁸ Sur cette notion, voir notamment Michel MORIN, « La compétence *parens patriae* et le droit privé québécois : un emprunt inutile, un affront à l'histoire », (1990) 50-5 *R. du B.* 827.

¹³⁹ *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, L.R.O. 1990, chap. C.12.

¹⁴⁰ *A.A. c. B.B.*, préc., note 137, par. 38 [notre traduction].

¹⁴¹ *Grand c. (Ontario) Attorney General*, 2016 ONCS 3434.

¹⁴² *Loi de 2016 sur l'égalité de toutes les familles*, préc., note 43.

Ces familles ont également été reconnues dans d'autres provinces en vertu de la compétence *parens patriae*. Le cas le plus notable est la décision *Reference re: Children's Law Act (Nfld & Lab)*¹⁴³. La législation en matière de filiation dans la province de Terre-Neuve-et-Labrador se limite à la reconnaissance de deux parents. Dans le cas en question, le tribunal a exercé sa compétence *parens patriae* pour reconnaître la parenté de trois adultes entretenant une relation polyamoureuse ayant accueilli un enfant issu de cette relation¹⁴⁴. Plus récemment, la Cour supérieure de la Colombie-Britannique a exercé sa compétence *parens patriae* pour ordonner que les trois membres d'une union polyamoureuse soient déclarés parents d'un enfant¹⁴⁵. Malgré les modifications apportées à la *Loi sur le droit de la famille*¹⁴⁶ de la Colombie-Britannique afin de reconnaître les familles multiparentales, cette dernière ne traitait pas des hypothèses de pluriparenté dans lesquelles l'enfant n'était pas conçu par procréation assistée. En l'espèce, l'enfant n'était pas issu de la procréation assistée et, par conséquent, la loi présumait que le partenaire masculin était le père biologique et ne prévoyait pas de mécanisme permettant d'inclure le troisième parent sur l'acte de naissance.

Une intervention législative peut avoir comme conséquence de contenir la liberté d'interprétation ou l'action du juge. La loi que l'Ontario a adoptée en matière de pluriparenté offre une reconnaissance plus grande des nouveaux modèles familiaux. Cependant, en encadrant l'accès à la pluriparenté, elle laisse nécessairement de côté certains schémas familiaux. Cela est bien illustré par le cas de Bakht et Collins. Cette dernière, qui était l'amie de la mère, Bakht, mais qui n'avait jamais été ni son épouse ni sa conjointe de fait, a uni ses efforts à ceux de Bakht pour élever avec succès le fils de cette dernière qui souffre de handicaps multiples et complexes¹⁴⁷. Désirant voir leur famille reconnue par le droit, elles ont toutes deux saisi le tribunal. La Cour a rendu un jugement déclarant Collins parent de l'enfant,

¹⁴³ *Reference re: Children's Law Act (Nfld & Lab)*, 2018 NLSC 71.

¹⁴⁴ Pour une analyse du polyamour en droit québécois, voir: Michaël LESSARD, « Les amoureux sur les bancs publics : le traitement juridique du polyamour en droit québécois », (2019) 32-1 *Rev. can. D. fam.* 1.

¹⁴⁵ Sur ce dernier point, voir pour comparaison avec le Québec cette décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique: *British Columbia Birth Registration No.* préc., note 21.

¹⁴⁶ *Family Law Act*, SBC 2011, c. 25.

¹⁴⁷ Natasha BAKHT et Lynda COLLINS, « Are You My Mother? Parentage in a Nonconjugal family », (2018) 31-1 *Can. J. Fam. L.* 105.

sans remettre en cause la filiation de Bakht. Ce jugement a été rendu avant la sanction royale de la *Loi sur l'égalité de toutes les familles*¹⁴⁸. Bakht et Collins ont exprimé des craintes concernant le fait que cette nouvelle loi pourrait ne plus permettre la reconnaissance d'un tel scénario parce que l'intention de parentalité a été établie après la naissance de l'enfant¹⁴⁹.

Tant en common law qu'en droit civil, une certaine souplesse semble nécessaire pour garantir la reconnaissance de la diversité des familles sur le plan juridique. Comme le note Robert Leckey, «les règles en vigueur ne saisiront jamais la grande diversité de la vie, mais le pouvoir discrétionnaire des juges peut contribuer à réduire l'écart entre celles-ci (pour ce qui est des frais et des inconvénients relatifs aux procédures judiciaires)»¹⁵⁰. Le cas de Bakht et Collins en constitue un bon exemple.

Une manière de penser l'appréhension de la variabilité et de la complexité de la famille par le droit serait alors d'imaginer un encadrement souple des relations familiales, par exemple en reconnaissant d'autres statuts en marge des liens classiques de filiation pour des adultes impliqués dans la vie d'un enfant. Une condition préalable à une réflexion sur les liens familiaux est de s'éloigner des dogmes, tels que l'imitation du modèle procréatif à tout prix ou la résistance du droit à la reconnaissance de plus de deux parents, qui n'ont plus de réel ancrage dans la société et qui ne permettent pas de penser en dehors des catégories actuelles. Par ailleurs, si les règles sont plus souples, le corolaire est alors de laisser au juge une ample latitude pour apprécier la réalité du lien familial. Cette souplesse implique nécessairement d'accepter que le juge ait un pouvoir d'appréciation important et, par conséquent, que les règles soient plus floues, moins définies, même si cette approche peut parfois être délicate à mettre en œuvre pour les juges.

¹⁴⁸ Loi de 2016 sur l'égalité de toutes les familles, préc., note 43.

¹⁴⁹ N. BAKHT et L. COLLINS, préc., note 147. Un extrait intéressant du texte de Robert Leckey se lit comme suit : «Arguably, once the legislature has acted, judges should moderate their inventiveness in recognizing new forms of family. In other words, the judicial role may be different in a legislatively neglected field than in on recently tilled.» Robert LECKEY, «One Parent, Three Parents: Judges and Ontario's All Families Are Equal Act, 2016», (2019) 33 *Int J Law Policy Family* 298, 312.

¹⁵⁰ *Id.*, 311 [notre traduction].



L'attachement à la fiction biologique en droit de la famille rend difficile la prise en compte réelle du vécu des familles contemporaines et la réforme qui s'annonce sera l'occasion de discuter de la place de celle-ci. Celle-ci devra, pour saisir toute la complexité des diverses réalités familiales, prévoir des consultations auprès des familles et des experts. Cette complexité impose d'aborder les enjeux dans leur ensemble, en se gardant de retenir une approche trop sectorielle, qui empêcherait un réaménagement cohérent du droit.

Le choix de se détacher de la fiction appartiendra ultimement au législateur. À cet égard, la reconnaissance de la pluriparenté dans la loi ontarienne permettra d'évaluer l'intérêt des justiciables pour ce modèle familial et de mieux saisir les effets de cette pratique sur les enfants. Dans le cadre de sa réforme du droit de la famille, le législateur québécois pourrait aller jusqu'à reconnaître la pluriparenté à l'instar de l'Ontario ou à tout le moins, offrir un statut juridique aux personnes occupant une place significative dans la vie de l'enfant. Dans tous les cas, il devra se garder de réintroduire de la fiction là où il a estimé que le fondement de la parenté n'avait plus à être calqué sur la réalité biologique :

Sortir de [la] dichotomie nature/contre nature permettrait [...] de concevoir que la procréation est toujours naturelle même au terme de manipulations alors que les dispositions juridiques sur la parentalité et la filiation sont de l'ordre du construit et du politique. [...] Les bénéfiques et l'encadrement social et juridique offerts par l'État, surtout lorsqu'il est question des enfants, ne devraient pas dépendre du rapport conjugal ou sexuel des parents.¹⁵¹

De nouveaux schémas familiaux voient le jour grâce aux avancées technologiques en matière de procréation assistée qui ont proposé d'autres façons de devenir parent ou parce que certaines pratiques sociales se sont imposées, parfois malgré les interdictions ou au nom des droits fondamentaux de la personne. Plusieurs personnes gravitent ainsi autour de

¹⁵¹ En faisant référence aux travaux de Flora LEROY-FORGEOT, « Nature et contre/nature en matière d'homoparentalité », dans Martine GROSS (dir.), *Homoparentalités, état des lieux: Parentés et différence des sexes*, Paris, ESF, 2002, p. 151-152, M.-F. BUREAU avait très vite fait ce constat dans l'article suivant : « L'union civile et les nouvelles règles de filiation : tout le monde à bord pour redéfinir la parentalité », préc., note 4, notamment aux p. 396 et 398.

l'enfant, soit au moment de sa conception, s'il a été conçu par procréation assistée ou à l'aide d'une convention de gestation ou de procréation pour autrui, soit au cours de son enfance, si la séparation de ses parents a entraîné une recomposition de la famille, ce qui est de plus en plus fréquent¹⁵². Dans toutes ces hypothèses, c'est l'attachement à la fiction biologique et plus précisément à l'hétéronormativité et à la biparenté qui semble entraver l'adaptation du droit.

La place grandissante de la volonté en droit de la famille et l'affaiblissement concomitant de l'ordre public en la matière¹⁵³ amènent à s'interroger sur les limites à ne pas franchir en droit de la famille. Il semble, à cet égard, que certaines restrictions doivent être maintenues face à l'évolution des techniques scientifiques, en matière de procréation assistée notamment¹⁵⁴. De plus, si des solutions plus souples peuvent être proposées, il faut maintenir un cadre juridique minimal pour assurer plus de sécurité juridique¹⁵⁵. Celui-ci permettrait de trancher tant les litiges positifs – qui imposent de déterminer les droits des adultes à l'égard d'un enfant lorsque ces derniers sont plusieurs à vouloir s'en occuper – que les conflits négatifs – qui apparaissent lorsqu'aucun adulte n'accepte de prendre en charge un enfant¹⁵⁶.

Face à des situations qui ne sont pas expressément prises en compte par le droit, il n'est pas rare que le juge tente d'adapter les mécanismes

¹⁵² Voir *supra*, II. A.

¹⁵³ *Adoption 1445*, préc., note 39; M. GIROUX et J. COURDURIÈS, préc., note 36, notamment p. 90; L. LANGEVIN, préc., note 9, notamment p. 240.

¹⁵⁴ À titre d'exemple, certaines techniques telles que le clonage ou la transgénèse et certaines pratiques telles que les inséminations *post mortem* ou la sélection du sexe d'un enfant sont interdites ou encadrées par la législation: *Loi sur la procréation assistée*, L.C. 2004, c. 2; *Loi sur les activités cliniques et de recherches en matière de procréation assistée*, L.Q. 2009, c. 30.

¹⁵⁵ S. CARSLEY, préc., note 35, 139, 153 et 156.

¹⁵⁶ À titre d'exemple, en matière de gestation pour autrui, un conflit positif peut naître du refus de la mère porteuse de se conformer à la convention et de remettre l'enfant aux parents d'intention. À l'inverse, un conflit négatif existe lorsque ni la mère porteuse ni les parents d'intention ne consentent à prendre en charge le nouveau-né, notamment si celui-ci se trouve dans une situation de handicap. Il faudra alors déterminer qui est responsable financièrement de l'enfant et qui (ou quelle institution) le prendra en charge en pratique. Voir notamment C. BENSA, préc., note 131, par. 44, 180 et 181; Renée JOYAL, « Parents, enfants, conjoints : à la recherche d'un sens », (2009) 50 *C. de D.* 361, par. 16; R. TREMBLAY, préc., note 4, 110.

juridiques existants à de nouveaux schémas familiaux. L'exemple le plus éloquent à cet égard est celui de l'utilisation de l'adoption pour établir un lien de filiation entre la mère d'intention et son enfant né d'une convention de gestation ou de procréation pour autrui. Les règles de l'adoption n'étaient pas initialement prévues pour de telles hypothèses et les juges ont utilisé cette fiction d'une manière élastique. Il est alors possible de se demander si un tel usage ne dénature pas l'institution de l'adoption¹⁵⁷. Alors que les juges québécois étaient davantage liés par le Code civil, sans accès à la doctrine *parens patriae*, contrairement aux tribunaux de common law, ils ont tout de même réussi à adapter le droit au vécu des familles en utilisant le principe de l'intérêt de l'enfant pour prononcer l'adoption malgré la nullité des conventions de gestation ou de procréation pour autrui.

Ultimement, ces adaptations jurisprudentielles sont le signe que le législateur peine à prendre en considération le caractère multiple et variable de la famille. Ces différents adultes impliqués dans la vie de l'enfant ont des rôles variés, mais pas moins importants ou significatifs pour ce dernier. Il serait possible de s'interroger sur la manière dont chacun contribue au développement de l'enfant ou à son identité, en fournissant l'aspect biologique, en l'élevant après l'avoir désiré sans pour autant être lié biologiquement à lui, en prenant part à son éducation alors que l'enfant est déjà grand, etc. Ainsi, les différents statuts pourraient être repensés du point de vue de l'enfant, en tenant compte de l'apport des adultes présents dans sa vie.

¹⁵⁷ Voir notamment Michelle GIROUX, « Les conventions de procréation ou de gestation pour autrui au Québec: entre solution jurisprudentielle et réforme du droit », dans Véronique BOILET, Marta ROCA I ESCODA et Estelle DE LUZE (dir.), *La gestation pour autrui. Approches juridiques internationales*, Limal, Anthémis, 2018, p. 125, à la p. 138.