



REVUE JURIDIQUE THÉMIS

de l'Université de Montréal

Section thématique : le droit des marchés publics

Introduction

Marie-Hélène Dufour, Gabriel Jobidon,
Nicholas Jobidon, Derek McKee et Antoine Pellerin

Les piliers du droit des marchés publics québécois

Nicholas Jobidon

Le système de plaintes de l'Autorité des marchés publics et les
exigences des accords de libre-échange en matière de recours internes

Derek McKee

L'appel d'offres en droit civil québécois et en
common law canadienne

Catherine Valcke

Réflexions sur les fondements de l'obligation de coopération
en droit de la construction au Québec

Marie-Hélène Dufour

L'histoire mouvementée du droit comparé au Québec

Pierre-Gabriel Jobin

Les fondements de la filiation en droit québécois :
triomphe de la réalité biologique ou de la volonté?

Andréanne Malacket

Les modifications et les codifications dont a fait l'objet
la Constitution du Canada : une liaison dangereuse

Danielle Pinard

Les incertitudes de la participation citoyenne face
au droit : le cas de la commission délibérative
du Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale

Mao Lin et Jacques Commaille



Les fondements de la filiation en droit québécois : triomphe de la réalité biologique ou de la volonté ?

Andréanne MALACKET

**The Foundations of Filiation in Québec Civil Law:
Triumph of Biological Reality or Will?**

**Los fundamentos de la filiación en el derecho de Quebec:
¿el triunfo de la realidad biológica o de la voluntad?**

**Os fundamentos da filiação no direito quebequense:
triunfo da realidade biológica ou da vontade?**

魁北克民法有关亲子关系的依据：生物现实抑或意志之胜利？

Résumé

Ce texte explore les fondements biologique et volontariste de la filiation à l'aune de la récente réforme du droit de la famille québécoise. Il s'interroge sur la place conférée au fondement biologique en matière de filiation par la reconnaissance ou par le

Abstract

This text examines the biological and voluntarist approaches to filiation in the light of the recent reform to Québec family law. It questions the place afforded to the biological basis in matters of filiation by acknowledgement or by blood, as well

* LL.D., professeure agrégée à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. Ce texte reprend le contenu d'une conférence présentée à l'Université Jean-Moulin Lyon III le 19 octobre 2023 lors du colloque intitulé « Regards croisés sur l'actualité du droit de la famille », organisé à l'occasion des journées Lyon-Québec 2023 de l'Association Henri Capitant. Une version similaire mais plus courte de ce texte a ainsi été publiée dans la revue française Lexbase : Andréanne MALACKET, « Les fondements du droit de la filiation en territoire civiliste canadien : perspectives québécoises », Actes du colloque « Regards croisés sur l'actualité du droit de la famille », *Revue Lexbase Droit privé* (France), n° 990, 4 juillet 2024.

sang, de même que sur l'importance du fondement volontariste lorsque l'enfant est issu d'une procréation impliquant la contribution d'un tiers. Il examine en outre les deux cas particuliers que constituent la filiation de l'enfant issu d'une procréation assistée *post mortem* et la filiation de celui né à la suite d'une agression sexuelle.

Resumen

Este artículo explora los fundamentos biológicos y voluntarista de la filiación, a la luz de la reciente reforma del derecho de familia en Quebec. Se examina la posición otorgada al fundamento biológico en los casos de filiación por reconocimiento o por consanguinidad, así como la importancia del fundamento voluntarista cuando la procreación del hijo involucra la intervención de un tercero. También se examinan los dos casos especiales de filiación de los hijos concebidos mediante procreación asistida *post mortem* y la filiación de aquellos nacidos como resultado de una agresión sexual.

as the significance of the voluntarist approach when a child is born from a procreation involving the contribution of a third person. The text also examines two specific sets of new rules, namely those that apply to a child born as a result of *post mortem* procreation and those that apply to a child born as a result of sexual assault.

Resumo

Este texto explora os fundamentos biológico e voluntarista da filiação à luz da recente reforma do direito de família quebequense. Ele se interroga sobre o lugar conferido ao fundamento biológico em matéria de filiação pelo reconhecimento ou pelo sangue, assim como sobre a importância do fundamento voluntarista quando a criança provém de reprodução que implica a contribuição de uma terceira pessoa. Examina também os dois casos particulares que constituem a filiação da criança proveniente da reprodução assistida *post mortem* e a filiação daquele nascido após uma agressão sexual.

摘要

本文根据魁北克家庭法的最新改革，探讨了亲子关系的生物学进路和意志主义进路。它质疑了在通过承认或通过血缘关系问题上生物学依据的地位，以及当孩子如果是第三方参与生育的结果时意志依据的重要性。文中还探讨了两套具体的新规则，即适用于死后辅助生育出生的孩子的亲子关系和适用于性侵犯所生子女的亲子关系的规则。

Plan de l'article

Introduction.....	647
I. Régime général : la filiation par la reconnaissance ou par le sang, une place de choix pour le fondement biologique?	649
A. L'ombre de la volonté: de quelques brèches à la primauté du fondement biologique.....	650
B. La réalité biologique: un socle avéré en matière de filiation par le sang	657
II. Régime d'exception : la filiation des enfants issus d'une procréation impliquant la contribution d'un tiers, une apothéose pour le fondement volontariste?.....	661
A. Première manifestation : utilisation du matériel reproductif d'un tiers.....	661
B. Seconde manifestation : utilisation du corps d'autrui.....	664
III. Cas particuliers : la procréation assistée <i>post mortem</i> et la filiation de l'enfant issu d'une agression sexuelle, entre biologie et volonté?	671
Conclusion.....	675

Le droit de la filiation a récemment fait peau neuve au Québec. En effet, la *Loi portant sur la réforme du droit de la famille en matière de filiation et visant la protection des enfants nés à la suite d'une agression sexuelle et des personnes victimes de cette agression ainsi que les droits des mères porteuses et des enfants issus d'un projet de grossesse pour autrui*¹ a été sanctionnée le 6 juin 2023. Elle marque une réforme attendue depuis fort longtemps². Si certaines règles du droit de la filiation québécois ont été reconduites, beaucoup ont été modifiées en profondeur, voire abrogées ou créées de toutes pièces.

C'est donc le droit tel que codifié lors des grandes réformes précédentes qui a été revu³. L'entrée en vigueur de la *Loi 12* fut d'ailleurs immédiate pour la plupart des dispositions, sauf quelques réserves précisées dans les dispositions transitoires⁴. La *Loi 12* scellait en cela le premier volet de la réforme québécoise du droit de la famille, un second volet consacré à la conjugalité s'étant ajouté en juin 2024⁵. La *Loi 12* parachevait en outre la

¹ *Loi portant sur la réforme du droit de la famille en matière de filiation et visant la protection des enfants nés à la suite d'une agression sexuelle et des personnes victimes de cette agression ainsi que les droits des mères porteuses et des enfants issus d'un projet de grossesse pour autrui*, L.Q. 2023, c. 13 (ci-après « *Loi 12* »).

² On se rappellera ici que la réforme du droit de la famille québécois constitue une réponse à l'arrêt rendu en 2013 par la Cour suprême du Canada dans l'affaire connue sous la dénomination « *Éric c. Lola* » : *Québec (Procureur général) c. A.*, 2013 CSC 5. En effet, cet arrêt, qui valida *in extremis* la politique législative québécoise en matière de droit privé de la conjugalité, est à l'origine de la création du Comité consultatif sur le droit de la famille, chargé d'effectuer des recommandations en vue d'une réforme globale du droit de la famille. Ce Comité a déposé un rapport contenant 82 recommandations en 2015, sur lequel se fonde la présente réforme : 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.

³ La dernière grande réforme du droit de la famille remontait à 1980 : *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39. Il faut toutefois noter que certaines modifications à la pièce furent effectuées au cours des années, notamment l'introduction du patrimoine familial (régime impératif de partage des biens entre époux) en 1989 et l'avènement de l'union civile (mode de conjugalité ayant les mêmes effets que le mariage) et de la filiation homoparentale en 2002 : *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L.Q. 1989, c. 55 ; *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, c. 6.

⁴ *Loi 12*, préc., note 1, art. 86.

⁵ *Loi portant sur la réforme du droit de la famille et instituant le régime d'union parentale*, L.Q. 2024, c. 22 (ci-après « *Loi 56* »). Les dispositions de cette loi modifiant le *Code civil*

*Loi portant sur la 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*⁶, qui faute de temps avant le déclenchement des élections provinciales de l'automne 2022, avait dû être amputée de la vaste majorité de ses dispositions en matière de droit de la filiation afin d'être adoptée avant la fin de la session parlementaire, en juin 2022⁷.

C'est donc humblement, et sachant que les règles n'ont pas encore eu le bénéfice de l'usage, que j'examine ce qui compose le nouveau droit de la filiation au Québec. En effet, qu'est-ce qui caractérise la *Loi 12* au regard de ses fondements? Marque-t-elle le triomphe de la volonté et de la réalité vécue, ou préserve-t-elle l'importance de la réalité biologique? La réponse à cette question n'est pas simple. Certes, le fondement volontariste y est affirmé avec une certaine vigueur. Plusieurs exemples l'illustrent: redéfinition de la possession d'état⁸, encadrement de la gestation pour autrui (GPA)⁹, règles particulières pour la filiation de l'enfant issu d'une agression sexuelle¹⁰. Il en va de même du fondement social, qui est préservé au regard de la notion de verrou de filiation¹¹ et privilégie la réalité socio-affective de l'enfant, laquelle peut se rapprocher tant du fondement volontariste que biologique de la filiation. En ce sens, la réalité biologique continue aussi de loger au cœur des règles de la filiation par le sang. Elle est même imprimée en toutes lettres pour la première fois dans le *Code civil du Québec* en ce qui concerne la filiation maternelle¹².

du Québec et portant sur le nouveau régime d'union parentale sont entrées en vigueur le 30 juin 2025.

⁶ *Loi portant sur la 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*, L.Q. 2022, c. 22 (ci-après «*Loi 2*»).

⁷ En effet, la *Loi 2* concerne essentiellement les droits de la personnalité et l'état civil, en particulier au regard des droits des personnes trans et de la réforme conséquente du droit des personnes physiques, codifié au Livre 1 «Des personnes» du *Code civil du Québec*. Elle ne modifie donc en substance que quelques dispositions du Livre 2 «De la famille» du *Code civil du Québec*; voir: Andréanne MALACKET, «La réforme du droit de la filiation au Québec: entre réponses et développements (in)attendus», RJPF 2022.7-8.36.

⁸ Art. 524, 538.1 al. 2 et 3 et 542.19 al. 3 C.c.Q.

⁹ Art. 541.1 et suiv. C.c.Q.

¹⁰ Art. 542.22 et 542.24 C.c.Q.

¹¹ Art. 542.19 al. 1 et 2 C.c.Q.

¹² Art. 523 al. 1 et 538.1 al. 1. C.c.Q.

J'aborderai donc principalement comment se déclinent, dans la loi d'aujourd'hui, les deux fondements qui généralement font concurrence, à savoir les fondements biologique et volontariste de la filiation. Pour ce faire, j'examinerai d'abord, après une brève remarque générale sur les termes « filiation de naissance », les règles de la filiation par la reconnaissance ou par le sang (I), pour poursuivre sur les règles relatives aux enfants issus d'une procréation impliquant la contribution d'un tiers (II). Je terminerai mon exposé avec une réflexion sur deux cas particuliers : celui de la filiation de l'enfant issu d'une procréation assistée *post mortem* et celui qui concerne l'enfant né d'une agression sexuelle (III).

I. Régime général : la filiation par la reconnaissance ou par le sang, une place de choix pour le fondement biologique ?

Tout d'abord, il importe de préciser que dans la *Loi 12*, les régimes de filiation par le sang et de filiation des enfants nés d'une procréation assistée ne font plus l'objet de deux chapitres distincts dans le *Code civil du Québec*, comme c'était le cas auparavant¹³. En effet, les règles entourant la filiation des enfants nés d'un projet parental impliquant la contribution d'un tiers – autrefois la filiation des enfants nés d'une procréation assistée – sont jointes à celles de la filiation par la reconnaissance ou par le sang, sous un chapitre commun – le chapitre II – désormais intitulé « De la filiation de naissance ». Après une disposition générale qui à elle seule fait office de première section, ce nouveau chapitre se subdivise ensuite en deux sections subséquentes : « Section II – De la filiation par la reconnaissance ou par le sang » et « Section III – De la filiation des enfants issus d'une procréation impliquant la contribution d'un tiers ».

À sa face même, le législateur semble ainsi marquer un point tournant en présentant désormais le droit de la filiation sous un format dualiste, plus spécialement comme étant biologique, « par le sang », d'un côté, et volontariste, « contribution d'un tiers », de l'autre. Or, on verra que les choses ne sont pas si simples : si la volonté, la « reconnaissance », teinte en effet le

¹³ Il s'agissait du « Chapitre I.1 – De la filiation des enfants nés d'une procréation assistée » (art. 538-542 C.c.Q.), qui faisait suite au « Chapitre I – De la filiation par le sang » (art. 523-537 C.c.Q.), tous deux contenus au titre 2 « De la filiation » du Livre 2 « De la famille ».

fondement biologique, la biologie teinte elle aussi le fondement volontariste, plus spécialement au regard d'un troisième fondement – le fondement social que traduit le verrou de filiation¹⁴, qui fait correspondre la filiation légale de l'enfant tantôt à une filiation « par le sang », tantôt à une filiation établie avec des personnes qui partagent avec lui, en principe volontairement, un lien de cœur. La rubrique qui suit s'attardera à la première possibilité, soit celle qui forme l'essence du régime général : la filiation établie par le sang.

A. L'ombre de la volonté : de quelques brèches à la primauté du fondement biologique

D'entrée de jeu, je souligne que le vocabulaire qui est maintenant utilisé par le législateur québécois au regard du régime général, soit celui qui comprend les règles entourant la procréation charnelle¹⁵, n'est plus le même. En effet, jusqu'en juin 2023, de telles règles étaient bel et bien désignées en référence à ce qu'on nommait la « filiation par le sang ». Cela n'est plus vrai. Il faut maintenant parler de « filiation par la reconnaissance ou par le sang »¹⁶.

Pourtant, l'on sait bien que la reconnaissance n'est pas toujours le reflet de la réalité biologique, même si c'est ce vers quoi elle tend *a priori*. En ce sens, un homme qui n'est pas le père biologique d'un enfant pourrait tout à fait le reconnaître comme le sien dans la déclaration de naissance, et ainsi voir son nom porté à l'acte de naissance dressé par le directeur de l'état civil. Et c'est ce nom qui y restera en l'absence de contestation d'état.

¹⁴ Art. 542.19 C.c.Q.; j'y reviendrai plus bas.

¹⁵ L'expression « procréation charnelle » ou « filiation charnelle », tirée notamment du droit français et largement utilisée en Europe, est étrangère au droit québécois, qui historiquement, avant la réforme de 1980, retenait plutôt les termes « filiation des enfants légitimes ou conçus pendant le mariage » par opposition à la filiation des « enfants naturels »; depuis la réforme du droit de la famille de 1980, on utilise plutôt l'expression « filiation par le sang », et plus récemment, « filiation par la reconnaissance ou par le sang ». Au sujet des droits européens en matière de procréation charnelle, voir par exemple : Jacqueline POUSSON-PETIT, « Les volontés individuelles et le droit de la filiation charnelle dans les droits européens », dans Marc NICOD (dir.), *De la volonté individuelle*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2009, p. 57. En droit français, voir le traité suivant : Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, *Droit de la famille*, 8^e éd., coll. « Droit civil », Paris, L.G.D.J., 2023, p. 491 et suiv.

¹⁶ Je conserve néanmoins à plusieurs endroits dans ce texte les termes, plus courts, « filiation par le sang ».

Si l'ancien titre « De la filiation par le sang » occultait officiellement cette possibilité, ne la rendant possible qu'officieusement par le « jeu simulé » des parties en présence, le titre « filiation par la reconnaissance ou par le sang » chapeautant les nouvelles dispositions pertinentes est à l'effet contraire. Il prend clairement acte de la possibilité qu'une filiation par le sang n'en soit pas vraiment une, et que par exemple, l'homme qui se déclare père de l'enfant auquel sa conjointe donne naissance ne partage pas avec lui des liens de sang¹⁷. J'identifie donc là une première brèche quant à la prééminence du fondement biologique en matière de filiation par le sang, avec pour gagnant le fondement volontariste, alors qu'une filiation déclarée pourrait n'être fondée que sur des liens de cœur, même lorsque le régime général s'applique et qu'il n'est pas question d'une procréation assistée.

Seconde brèche : la redéfinition, dans la *Loi 12*, du concept de possession d'état en matière de filiation par le sang. En droit québécois, la possession d'état se définit au regard de trois critères traditionnels, à savoir le *nomen*, le *tractatus* et la *fama*. Elle doit au surplus être constante. En matière de filiation par le sang, on a toujours considéré que la *fama* devait s'évaluer au regard de la conviction que l'entourage et les tiers entretiennent quant à la paternité biologique réelle du père d'un enfant. Si les doutes isolés de certaines personnes ne pouvaient faire échec à ce que le critère de la *fama* soit rempli, la connaissance des tiers selon laquelle l'homme qui se présentait comme le père n'était en fait pas son père biologique y faisait échec¹⁸. Il fallait donc que le scénario officiel de paternité biologique, par le sang, soit cru par l'entourage et vécu publiquement par le père et son enfant pour pouvoir conclure à possession d'état, en admettant évidemment la rencontre

¹⁷ Sans compter que la personne qui donne naissance à l'enfant – généralement la mère – peut déclarer pour le compte de l'autre, son conjoint, qu'il en est le parent (art. 114 C.c.Q.), et ce, compte tenu de l'existence d'une présomption de parenté pour les naissances survenues pendant l'union ou dans les 300 jours de sa fin (art. 525 C.c.Q.), laquelle présomption est désormais applicable aux couples en union de fait, en sus des couples mariés ou unis civilement. Une filiation par le sang peut donc être voulue par le second parent – le père ou le parent qui n'accouche pas – ou encore être voulue par la personne qui accouche – la mère –, sans que l'autre parent sache qu'il ne partage en réalité aucun lien de sang avec l'enfant. En somme, à l'égard du second parent (le père ou celui qui n'accouche pas), la classique « filiation par le sang » peut n'être qu'une *filiation par le sang* (partage de liens de sang sans reconnaissance via déclaration de naissance), qu'une *filiation par la reconnaissance* (absence de liens de sang mais reconnaissance via déclaration de naissance), ou encore une *filiation par le sang et par la reconnaissance* (partage de liens de sang et reconnaissance via déclaration de naissance).

¹⁸ Voir à ce sujet l'arrêt de principe *Droit de la famille* – 09358, 2009 QCCA 332.

des autres critères que sont le *tractatus* et la constance¹⁹. La Cour d'appel du Québec avait en ce sens précisé, dans l'arrêt *Droit de la famille – 17536*²⁰, que la simple paternité psychologique n'était pas suffisante :

Définir le critère de la commune renommée de la façon suggérée par l'appelant reviendrait, à la lumière des faits de l'espèce, à faire de la possession d'état un mode de filiation liée à la seule parentalité psychologique, c'est-à-dire à la seule volonté de l'appelant de vouloir et de jouer le rôle de parent à l'égard de l'enfant. Dans l'état actuel du droit, le Code civil du Québec ne reconnaît pas une telle notion comme étant, à elle seule, attributive d'une filiation par le sang.²¹

La *Loi 12* opère, à ce sujet, un changement à 180 degrés qui se reflète dans le nouveau libellé de l'article 524 C.c.Q., qui définit la notion de possession d'état. Dorénavant, le critère de la *fama* ne supposera plus, même en matière de filiation par la reconnaissance et par le sang, que les tiers soient convaincus de la véritable paternité biologique de l'homme qui agit comme le père de l'enfant. En d'autres termes, la possession d'état ne devra plus s'évaluer en fonction d'« une réunion suffisante de faits qui indiquent les rapports de filiation entre l'enfant et les personnes dont on le dit issu »²². À mon avis, c'est donc dire qu'au regard du régime général, la *fama* devra à présent s'établir, comme en matière de procréation assistée, en fonction de la perception qu'entretiennent les tiers et l'entourage quant à l'existence d'une relation parentale, vécue publiquement et au vu et au su de tous, entre l'enfant et son père. Aussi, l'article 524 C.c.Q. prévoit désormais que « [l]a possession constante d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui indiquent les rapports de filiation entre l'enfant et la personne qui se conduit à son égard comme son parent »²³. Le législateur ne réfère plus, comme auparavant, aux « rapports de filiation entre l'enfant et les personnes dont on le dit issu ». C'est d'ailleurs ce qui semble conduire certains collègues à affirmer que le critère de la « fama » est aujourd'hui simplement disparu. En ce

¹⁹ Le critère du *nomen* est devenu facultatif compte tenu que l'enfant, au Québec, peut recevoir le nom de son père, le nom de sa mère ou encore une partie du nom de chacun d'entre eux, pour un total d'au plus deux noms : art. 51 C.c.Q. Voir notamment à ce sujet les remarques du professeur Roy : Alain Roy, *La filiation. Principes et fondements. Traité de droit de la famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2024, n° 44, p. 41.

²⁰ *Droit de la famille – 17536*, 2017 QCCA 432.

²¹ *Id.*, par. 5.

²² Mes soulignements. Je reprends ici l'ancien libellé de l'article 524 C.c.Q.

²³ Mes soulignements.

sens, dans son récent traité sur le droit de la famille, le professeur Alain Roy écrit :

Donnant suite à la recommandation du CCDF, le législateur a profité de la réforme de 2022-2023 pour abandonner le critère de la réputation ou de la commune renommée (*fama*). La possession constante d'état n'exige donc plus la démonstration d'une croyance sociale selon laquelle l'enfant est bel et bien « issu » du prétendu parent. Que l'entourage sache pertinemment qu'il n'en est pas le géniteur, et que celui-ci ne se représente pas publiquement comme tel, n'a plus aucune importance.²⁴

Je ne partage pas cette interprétation. À mon avis, s'il est vrai que la possession constante d'état n'exige plus la démonstration d'une croyance selon laquelle l'enfant est issu de son prétendu parent, et s'il est aussi vrai que le prétendu parent n'a plus à se présenter publiquement comme le géniteur, le critère de la commune renommée n'en disparaît pas pour autant. Il est tout simplement modulé en fonction d'une nouvelle réalité : celle qui admette maintenant haut et fort, sans simulacre, qu'une filiation par le sang et par la reconnaissance pourra, en certains scénarios et si elle n'est pas contestée, n'impliquer en fait qu'une reconnaissance, en l'absence de tout lien de sang.

En effet, pour reprendre les termes du nouvel article 524 C.c.Q., est essentielle une réunion suffisante de faits indiquant les rapports de filiation entre un enfant et une personne qui se conduit à son égard comme un parent. Or, cette conduite, cet état, me semble naturellement exiger d'être publiquement vécu comme tel, au vu et au su de tous. Le vocable choisi n'est d'ailleurs pas neutre : une possession d'état implique bel et bien une *possession* ; or peut-on vraiment parler d'une possession valable si elle n'est pas publique ?

En droit, pour fonder l'existence d'un droit, la possession paraît en effet généralement devoir être publique. Par exemple, c'est le cas en droit des biens, où elle doit être paisible, continue, publique et non équivoque pour fonder la reconnaissance d'un droit de propriété au regard de la prescription acquisitive²⁵. C'est aussi le cas en droit matrimonial, où la possession d'état d'époux supplée aux défauts de forme de l'acte de mariage et permet

²⁴ A. Roy, préc., note 19, n° 43, p. 39 et 40.

²⁵ Art. 922, 2911 C.c.Q.

d'en prouver l'existence²⁶. Or, cette possession d'état implique « de vivre *publiquement* comme mari et femme, de porter le titre d'époux et d'*afficher* toutes les apparences propres au mariage »²⁷. Posséder clandestinement un état d'époux n'est ainsi pas suffisant. Pourquoi devrait-il en être autrement pour la possession d'état en matière de filiation ? À mon sens, la possession d'état entendue au sens du nouvel article 524 C.c.Q., si elle n'implique plus de prétendre en l'existence d'un lien de sang – en d'autres termes, de se représenter publiquement comme géniteur –, exige à tout le moins encore de prétendre en l'existence d'un rôle de parent. Or prétendre clandestinement à un tel rôle, dans son salon, sans n'être vu ou reconnu par quiconque, pour indiquer un rapport de filiation, me semble vouloir ne rien dire. Parce que dans les faits, on ne ferait là que *traiter* l'enfant comme tel, sans pour autant le *reconnaître ou l'afficher* comme tel, ce qui me semble étranger, encore aujourd'hui, à ce que constitue intrinsèquement la notion de possession. D'ailleurs, cette position que je fais mienne n'altère en rien le fondement volontariste autour duquel s'articule désormais la possession d'état²⁸, et plus largement, qui teinte aujourd'hui la filiation par le sang, comme je le mentionnais plus haut.

Aussi, dans le même ordre d'idées, une troisième brèche quant à la prééminence du fondement biologique en matière de filiation par le sang, qui n'est celle-là pas nouvelle, se matérialise encore aujourd'hui au travers du verrou de filiation²⁹. Le droit n'a ici pas été modifié, mais simplement reconduit. L'ancien article 530 C.c.Q. devient le nouvel article 542.19 al. 1 et 2 C.c.Q. et prévoit qu'en présence d'un acte de naissance conforme à une possession d'état constante, la filiation d'un enfant devient inattaquable.

²⁶ Art. 379 C.c.Q.

²⁷ Mes italiques. Gérard TRUDEL, *Traité de droit civil du Québec*, t. 1, Montréal, Wilson & Lafleur, 1942, p. 454; Jean PINEAU et Marie PRATTE, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 96.

²⁸ Le professeur Roy tourne pour sa part l'argument dans le sens contraire; pour lui, l'abandon du critère de la *fama* « témoigne du fondement volontariste autour duquel s'articule désormais la possession constante d'état » : A. ROY, préc., note 19, n° 43, p. 40. Si je ne partage pas totalement les moyens pour en venir à cette conclusion, j'en partage évidemment la fin, soit la conclusion en elle-même : la possession d'état n'est plus une affaire de sang, même en matière de « filiation par le sang ».

²⁹ À ce sujet, le professeur Roy écrit, dans son récent traité, que « l'ultime fondement que représente la réalité biologique sera neutralisé si la filiation est consignée dans l'acte de naissance de l'enfant avec l'homme à l'endroit duquel une possession constante d'état peut être constatée » : A. ROY, préc., note 19, n° 75, p. 66.

C'est donc dire ceci : lorsque la possession d'état est acquise à l'égard du père ou du second parent, ce qui se produit 24 mois après la naissance de l'enfant en droit québécois³⁰, la filiation se verrouille si l'acte de naissance désigne aussi comme parent ce même père ou second parent. Même si plus tard, une preuve d'ADN démontrait que le père n'est en fait pas biologiquement apparenté à l'enfant, la filiation de l'enfant ne pourra plus être contestée, et une filiation contraire ne pourra pas plus être réclamée, par qui que ce soit, enfant, géniteur et père y compris. Le verrou de filiation consacre donc l'importance accordée aux relations socio-affectives qui peuvent, au fil du temps, se développer entre un enfant et son parent, et ce, au détriment de la réalité biologique. C'est donc ici le triomphe de la réalité vécue, mais aussi du fondement volontariste dans l'hypothèse d'une possession d'état volontaire (plutôt qu'involontaire³¹), c'est-à-dire lorsque le père de l'enfant savait pertinemment ne pas être biologiquement apparenté à lui, acceptant cependant de voir inscrit son nom sur l'acte de naissance et de laisser s'établir une possession d'état.

Enfin, une quatrième brèche ressort à mon avis de l'élargissement du champ d'application de la présomption de paternité. Longtemps considérée comme mode de preuve extrajudiciaire de la filiation par excellence, la présomption de paternité, bien que maintenue, connaît un recul considérable au Québec dans les années 1980, avec la grande réforme du droit de la famille québécois qui s'opère alors³². Elle ne sera désormais plus considérée hiérarchiquement supérieure à l'acte de naissance comme preuve de la filiation paternelle. La raison en est fort simple : le législateur abolissait alors les distinctions qui persistaient entre enfants légitimes et illégitimes³³.

³⁰ Depuis l'adoption de la *Loi 12*, le nouveau libellé de l'article 524 C.c.Q. fixe la constance à un minimum de 24 mois, sauf circonstances exceptionnelles. Auparavant, compte tenu que l'article 524 C.c.Q. n'imposait aucune durée précise, la jurisprudence avait établi que le critère de la constance était satisfait lorsque sa durée oscillait entre 16 et 24 mois. À ce sujet, voir l'arrêt de principe *Droit de la famille – 737*, [1990] R.J.Q. 85 (C.A.), où la Cour d'appel avait précisé que 16 mois étaient suffisants pour rencontrer le critère de la constance. En 2020, la Cour d'appel du Québec avait même tranché qu'une possession d'état de 15 mois et 23 jours devait être considérée comme étant constante : *Droit de la famille – 20572*, 2020 QCCA 585.

³¹ Au sujet de la théorie de la possession d'état involontaire, rejetée par la Cour d'appel du Québec, voir notamment l'arrêt de principe suivant : *Droit de la famille – 3544*, J.E. 2000-508 (C.A.).

³² *Supra*, note 3.

³³ Le nouveau paradigme de l'égalité des filiations était alors énoncé à l'article 594 C.c.Q. (1980), lequel figure à l'article 522 C.c.Q. depuis 1994 : « Tous les enfants dont la filiation

Avec l'actuelle réforme du droit de la famille, la présomption de paternité connaît une nouvelle progression, et ce, au profit de l'enfant né pendant l'union de fait de ses parents. En effet, la présomption de paternité s'était historiquement toujours appliquée en contexte de mariage³⁴. Depuis l'adoption de la *Loi 2* en 2022, elle est étendue, à l'article 525 C.c.Q. tel que remanié, à l'enfant qui naît pendant l'union de fait de ses parents ou dans les 300 jours de la fin de l'union de fait. Le champ d'application de la présomption est en cela calqué sur la situation telle qu'elle est en mariage. Or le devoir de fidélité, codifié à l'article 392 C.c.Q. au chapitre des effets du mariage, et sur lequel se fonde la présomption de paternité en matière de filiation par le sang, n'est pas applicable aux conjoints de fait. On peut ainsi certainement y voir un affaiblissement de la cohérence interne du droit de la filiation par le sang – celle qui découle en principe d'une procréation charnelle –, qui s'opère au détriment potentiel de la réalité biologique. Parce qu'en effet, si les conjoints de fait ne sont pas tenus au devoir de fidélité, l'enfant conçu ou né pendant leur union peut tout à fait avoir pour père ou second parent une personne qui n'est pas le conjoint de la mère, ce qui n'est *techniquement* pas possible dans le cas en mariage vu le devoir de fidélité. La présomption s'étendant maintenant au conjoint de fait de la mère, l'importance, en filigrane, du fondement volontariste de la filiation n'y est probablement pas étranger³⁵, la présomption de paternité étant de toute façon susceptible d'être renversée par une preuve contraire si les parties concernées ne s'en accommodent pas. D'ailleurs, j'ajouterais que cette réalité va de pair avec le fait que la présomption de paternité est également applicable aux couples de même sexe depuis 2002³⁶, même si on sait les faits à la base de la fiction impossibles dans un tel cas. Elle est également conséquente avec l'élargissement récent de l'article 114 C.c.Q., au chapitre des actes d'état civil, aux conjoints de fait, l'un ou l'autre pouvant désormais, depuis la *Loi 2*,

est établie ont les mêmes droits et les mêmes obligations, quelles que soient les circonstances de leur naissance.»

³⁴ Ou depuis 2002, d'union civile.

³⁵ À ce sujet, le professeur Roy associe la présomption de paternité au fondement volontariste, plus précisément à ce qu'il nomme la «volonté présumée». Plus largement, il associe d'ailleurs chacun des trois modes d'établissement de la filiation par la reconnaissance ou par le sang au fondement volontariste: la volonté expresse (on pourrait dire déclarée) pour la reconnaissance, la volonté tacite (on pourrait dire implicite) pour la possession d'état et la volonté présumée pour la présomption de paternité: A. ROY, préc., note 19, n° 52, p. 48.

³⁶ Art. 538.3 C.c.Q., applicable en matière de filiation par procréation assistée et calqué sur l'article 525 C.c.Q., applicable en matière de filiation par le sang.

déclarer la naissance, et la filiation, d'un enfant pour le compte de l'autre, comme c'était déjà le cas en mariage.

En définitive, ces quatre brèches exposées, peut-on pour autant conclure que le fondement volontariste triomphe désormais, même en présence d'une filiation par le sang ? L'affirmative pourrait ici paraître sensée : c'est ce que j'ai fait ressortir au cours des développements précédents. La réponse appelle toutefois davantage de nuances. Si le fondement volontariste occupe une place de plus en plus affirmée dans le droit de la filiation québécois – j'en ai présenté certaines manifestations –, la réalité biologique demeure le socle sur lequel les règles sont construites. Il s'agit d'ailleurs d'un socle dont le législateur québécois n'a pas manqué de nous rappeler l'existence, et l'importance, dans le cadre de l'actuelle réforme du droit de la famille. C'est ce que j'examine ci-après.

B. La réalité biologique : un socle avéré en matière de filiation par le sang

D'abord, le nouveau droit de la filiation québécois imprime noir sur blanc un principe vieux comme la terre, et qui lui est et lui a toujours été cher, celui voulant qu'en matière de filiation par le sang, la mère de l'enfant est toujours certaine : *mater semper certa est* ou *mater est quam gestatio demonstrat*. C'est en effet ce que le nouveau libellé de l'article 523 C.c.Q., applicable en matière de filiation par la reconnaissance ou par le sang, précise en toutes lettres : « La filiation de l'enfant s'établit à l'égard de la mère ou du parent par le fait de lui avoir donné naissance [...] ». ³⁷

L'importance du fondement biologique de la filiation, en l'occurrence maternelle, y trône ici comme une certitude ³⁸. Cette impression noire sur

³⁷ Le professeur A. ROY, préc., note 19, n° 25, p. 26, écrit en ce sens :

Mater est quam gestatio demonstrat – « La mère est celle que l'accouchement désigne ». Cette maxime latine est, depuis la réforme de 1980, implicitement consacrée à l'article 111 C.c.Q. [...] qui oblige l'accoucheur à identifier la « mère » sur le constat de naissance destiné au directeur de l'état civil. Contrairement à la filiation paternelle, la filiation maternelle n'est donc sujette à aucun doute et ne souffre d'aucune ambiguïté : *Mater semper certa est* – « l'identité de la mère est certaine ». Comme le lui proposait le CCDF, le législateur a profité de la réforme pour énoncer ce principe au Titre deuxième sur la filiation, précisément à l'article 523 C.c.Q.

³⁸ L'importance du fondement biologique à l'égard du principe *mater semper certa est* coulait évidemment de source bien avant la réforme de la Loi 12. En ce sens, voir les

blanc n'a rien d'anodin. Elle est la réponse, claire et sans appel, du législateur québécois face à une brèche qui s'était créée dans la jurisprudence de la Cour d'appel du Québec, plus spécialement dans l'affaire *Adoption – 161*³⁹, en 2016. Dans cet arrêt, le plus haut tribunal de la province avait ébranlé, probablement sans le vouloir, le fondement biologique de la filiation maternelle dans une affaire de gestation pour autrui⁴⁰. Il avait alors estimé que le nom de la femme qui avait donné naissance à l'enfant n'avait pas forcément à être déclaré ou à se retrouver sur l'acte de naissance, allant jusqu'à écrire « que personne ne s'étonne d'une mention "père non déclaré" à un acte de naissance d'un enfant, pourquoi en serait-il autrement à la vue d'une mention similaire au sujet de la mère, comme c'est ici le cas ? »⁴¹ Je précise ici que le droit québécois ne connaît pas l'accouchement sous X, contrairement à certaines juridictions de tradition civiliste⁴². Une telle affirmation ne saurait donc tenir en réalité, sauf en présence d'un accouchement clandestin suivi d'un abandon de l'enfant, ce qui paraît peu vraisemblable. La codification du principe *mater semper certa est* fait désormais échec à ce genre d'affirmation qui, bien qu'elle puisse éventuellement se justifier en matière de gestation pour autrui, semble imprudente lorsqu'exprimée sans balises suffisantes, étant dès lors susceptible d'être érigée en principe.

Ainsi, dans le nouveau droit de la filiation, le *Code civil du Québec* prévoit expressément que l'accouchement fonde la filiation maternelle, ce qui doit se refléter dans le constat de naissance de l'enfant, sans égard à la déclaration de naissance que pourrait faire ou ne pas faire la mère. En guise de corollaire, je signale que la mère ou la personne qui donne naissance à l'enfant⁴³ se voit désormais, avec l'adoption de la *Loi 12*, imposer une obligation de déclarer la naissance⁴⁴. Quant au directeur de l'état civil, il sera alors de

réflexions suivantes : Michelle GIROUX, Clémence BENZA et Vanessa GRUBEN, « Les liens parentaux en droit québécois : quelle place pour la fiction biologique à l'aube d'une réforme du droit de la famille ? », (2021) 55-3 *R.J.T.U.M.* 705, 726.

³⁹ *Adoption – 161*, 2016 QCCA 16.

⁴⁰ Pour une critique de cet arrêt, voir : Andréanne MALACKET, « Maternité de substitution : quelle filiation pour l'enfant à naître ? », (2015) 117-2 *R. du N.* 229.

⁴¹ *Adoption – 161*, préc., note 39, par. 59.

⁴² Par exemple, la France connaît l'accouchement sous X : art. 326 C. civ.

⁴³ Le *Code civil du Québec* utilise désormais « mère ou personne qui a donné naissance » en écho à la réalité des personnes trans, non binaires et de toutes celles qui ne s'identifient pas à la notion de « sexe » ou de « genre ». Pour simplifier, je fais souvent référence à la mère.

⁴⁴ L'article 113.1 C.c.Q., de droit nouveau, édicte : « La mère ou la personne qui a donné naissance à l'enfant doit, sous réserve des règles de filiation d'un enfant issu d'un pro-

son devoir d'inscrire la filiation maternelle de l'enfant à son acte de naissance au regard de la femme ou de la personne qui lui a donné naissance⁴⁵.

En second lieu, autre manifestation, nouvelle, de l'importance que continue d'avoir la réalité biologique en matière de filiation par le sang : la règle voulant qu'en présence de possessions d'état exercées simultanément par deux pères en puissance, leurs possessions d'état sont considérées inexistantes, le verrou de filiation s'avérant ainsi inapplicable. Aussi, en cas de contestation, la préférence devra être accordée au lien biologique, par le jeu des articles 524 al. 2 et 542.19 al. 3 C.c.Q., de droit nouveau. Ces articles prévoient en ce sens :

524. La possession constante d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui indiquent les rapports de filiation entre l'enfant et la personne qui se conduit à son égard comme son parent. Pour que la possession soit constante, une telle conduite doit commencer à la naissance de l'enfant et se poursuivre sur une période minimale de 24 mois, sauf circonstances exceptionnelles.

La possession constante d'état ne peut s'établir dans les cas où elle est exercée par plus d'une personne simultanément.

[...]

542.19 Nul ne peut réclamer une filiation contraire à celle que lui donnent son acte de naissance et la possession constante d'état conforme à cet acte.

Sauf disposition contraire de la loi, nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession constante d'état conforme à son acte de naissance.

Lorsque la possession constante d'état ne peut être établie parce qu'elle est exercée par plus d'une personne simultanément, la personne qui a un lien biologique avec l'enfant a préséance. [...] [Mes soulignements.]

Il faut savoir que la codification de cette règle n'a rien de farfelu. À nouveau, elle est une réponse aux développements jurisprudentiels récents en matière de possession d'état. Dans un arrêt divisé rendu en 2018 – l'arrêt *Droit de la famille – 181478*⁴⁶, la majorité de la Cour d'appel, sous la plume du juge Ruel, avait considéré, dans un contexte où la mère de l'enfant menait une double vie dans deux villages différents, que seul l'un des deux hommes

jet parental impliquant une grossesse pour autrui, déclarer la filiation de l'enfant à son égard.»

⁴⁵ Voir : art. 108, 109 et 110 C.c.Q.

⁴⁶ *Droit de la famille – 181478*, 2018 QCCA 1120, requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée (C.S. Can., 10 janvier 2019, n° 38318).

pouvait revendiquer une possession d'état à l'égard de l'enfant. À son avis, alors que la possession d'état du conjoint de la mère était constante et exercée publiquement au vu et au su de tous, la possession d'état de l'amant était au mieux équivoque et exercée non publiquement, le critère de la *fama* posant ici problème. Au contraire, la minorité, sous la plume de la juge Dutil, avait estimé que la possession d'état était exercée simultanément par les deux hommes⁴⁷. Partant, aucun verrou de filiation ne pouvait être revendiqué par l'un ou l'autre, le lien biologique devant prévaloir. Le législateur, dans la *Loi 12*, donne en partie raison à la minorité : tout en établissant que dans un tel cas, aucune possession d'état ne pourra s'établir, il fait sienne la conclusion de la juge Dutil en favorisant celui qui dans un tel scénario possède un lien de sang avec l'enfant, réaffirmant là l'importance de la réalité biologique en matière de procréation charnelle.

Enfin, le nouvel article 542.32 C.c.Q. prévoit que les actions en réclamation et en contestation d'état sont désormais imprescriptibles. En matière de filiation par le sang, l'imprescriptibilité vient ainsi soutenir ce sur quoi se sont construites les règles, soit la réalité biologique, puisque l'enfant qui n'a pas une possession d'état conforme à son acte de naissance ne pourra plus, en aucun cas de figure, se voir opposer un délai de prescription aux fins du rejet d'une action en contestation ou en réclamation d'état, comme c'était le cas auparavant⁴⁸.

Aussi, au vu des illustrations précédentes, on peut ainsi certainement conclure que le fondement biologique, loin de s'éteindre dans le nouveau

⁴⁷ Étrangement, dans cet arrêt, ni la majorité ni la minorité ne soulève le fait que la possession d'état de l'amant avait débuté trois mois après la naissance de l'enfant, ce qui en soi posait un problème et aurait pu permettre de disposer du pourvoi sans traiter de l'existence – ou de la non-existence – de possessions d'état simultanées. En effet, il est établi, maintenant comme avant la réforme, que la possession d'état doit commencer à la naissance ou de façon contemporaine à la naissance pour satisfaire au critère de la constance. La Cour d'appel en avait d'ailleurs traité dans des arrêts rendus avant la réforme, notamment *Droit de la famille – 142296*, 2014 QCCA 1724. Cela dit, l'état du droit n'était peut-être pas parfaitement clair à ce sujet au vu de certaines décisions rendues par les tribunaux. Si tant est que le droit était flou, on ne peut plus en dire autant depuis l'entrée en vigueur de la *Loi 12*, alors que le nouvel article 524 C.c.Q. précise formellement que la possession d'état doit commencer à la naissance pour être constante. Voir à ce sujet : A. ROY, préc., note 19, n° 45, p. 42.

⁴⁸ L'enfant devait faire un recours en contestation ou en réclamation d'état, selon le cas (anciens articles 531 al. 1 et 532 al. 1 et 2 C.c.Q.), lesquels étaient alors assujettis à la prescription trentenaire (ancien article 536 C.c.Q.).

droit de la filiation québécois, y trouve toujours une place de choix, logeant encore au cœur des règles en matière de filiation par la reconnaissance et par le sang. D'ailleurs, les trois manifestations sur lesquelles je fonde cette affirmation se déclinent de façon tout à fait similaire en matière de filiation des enfants issus d'une procréation impliquant la contribution d'un tiers, notamment au chapitre du projet parental impliquant l'utilisation du matériel génétique d'un tiers. C'est donc dire que même là où la procréation est assistée, et découle de la volonté des parents d'intention de former un projet parental en ayant recours aux gamètes d'un ou de deux tiers, le fondement biologique demeure omniprésent. Le fondement volontariste y trouve toutefois un terreau plus que fertile. C'est ce sur quoi je m'attarde dans la prochaine section.

II. Régime d'exception : la filiation des enfants issus d'une procréation impliquant la contribution d'un tiers, une apothéose pour le fondement volontariste ?

Le régime d'exception concerne les scénarios, de plus en plus courants, où le ou les parents d'intention d'un enfant ont dû recourir à la contribution d'un tiers pour concrétiser leur désir d'enfant, plutôt qu'à une procréation où ils auraient été les seules parties impliquées. Les règles alors applicables afin d'établir une filiation avec l'enfant sont codifiées dans une section particulière du Code civil, à la suite de celles concernant la filiation par la reconnaissance ou par le sang, et visent deux possibles scénarios : celui où le matériel reproductif d'un tiers est utilisé, et celui où le corps d'un tiers est utilisé. La volonté y occupe une place de choix⁴⁹.

A. Première manifestation : utilisation du matériel reproductif d'un tiers

La première manifestation concerne le cas où les gamètes d'un ou de deux tiers sont utilisées pour concevoir l'enfant, porté par sa mère⁵⁰, là où

⁴⁹ À ce sujet, les professeurs Giroux, Bensa et Gruben écrivent que « [l]e recours à la procréation assistée témoigne du glissement du fondement de la famille qui passe de la procréation à la volonté en dissociant reproduction et sexualité » : M. GIROUX, C. BENSA et V. GRUBEN, préc., note 38, 715.

⁵⁰ Les cas de procréation assistée endogène – c'est-à-dire ceux où l'enfant est conçu par procréation assistée au moyen du matériel génétique de ses deux parents et est porté

évidemment, le projet parental des parents d'intention, qui propulse le fondement volontariste, fait figure de proue. Dans un tel cas, les règles qui figuraient déjà au *Code civil du Québec* sont en l'essence reconduites ou précisées par la *Loi 12*, sauf une exception notoire : celle concernant la procréation amicalement assistée. En effet, en présence d'une procréation amicalement assistée, soit d'une procréation assistée par la voie de relations sexuelles avec un tiers-géniteur – possible en droit québécois –, le tiers-géniteur ne pourra plus revendiquer sa filiation auprès de l'enfant dans l'année de la naissance, comme c'était le cas auparavant. De fait, jusqu'en juin 2023, le tiers-géniteur était traité différemment du tiers donneur agissant dans le cadre d'une procréation médicalement ou artisanalement assistée⁵¹. On sacralisait ainsi en quelque sorte la relation sexuelle qu'avait le tiers avec l'une des parties au projet parental en lui conférant des effets qu'un acte de procréation assistée sans contact charnel n'emporte pas. Au contraire, en nouveau droit de la filiation, il n'y aura plus aucune distinction quant aux droits des parties en cause, quel que ce soit le mode d'assistance à la procréation utilisé⁵².

En ce sens, selon le nouveau libellé de l'article 538.2 C.c.Q., aucun lien de filiation ne pourra être établi entre le donneur et l'enfant, y compris en matière de procréation amicalement assistée. Seule la volonté des parents d'intention de former un projet parental jouera donc un rôle lorsque le tiers est bel et bien un donneur, ce qui impose, particulièrement en matière de procréation amicalement ou artisanalement assistée⁵³, que l'instrumentali-

par sa mère – sont assujettis aux dispositions relatives à la filiation par la reconnaissance ou par le sang.

⁵¹ Au Québec, la procréation artisanalement assistée réfère aux cas d'insémination-maison ou artisanales, par exemple lorsqu'une femme s'inséminerait elle-même du sperme d'un donneur au moyen d'une seringue achetée en pharmacie et dans le confort de son foyer.

⁵² Il semble que le but du législateur n'était pas tant de sacraliser la relation sexuelle que de protéger les droits du tiers-géniteur utilisé à son insu dans le cadre du projet parental d'autrui. L'interprétation jurisprudentielle donnée aux dispositions en cause par les tribunaux fut toutefois différente. Voir à ce sujet : A. ROY, préc., note 19, n^{os} 182 et 183, p. 159 et 160; Brigitte LEFEBVRE, « Projet de loi 84 : quelques considérations sur les nouvelles dispositions en matière de filiation et sur la notion de conjoint », (2002) 2 C.P. du N. 3, 11-12.

⁵³ En effet, en matière de procréation médicalement assistée, vu le contexte dans lequel se déroule le don de gamètes, on voit mal qu'un donneur ne sache pas qu'en vérité, il agit à ce titre.

sation dont il est l'objet soit consciente et acceptée⁵⁴. En d'autres termes, le fondement volontariste, sur lequel se base le projet parental avec assistance à la procréation, fait ici davantage encore figure de proue, son importance étant réaffirmée au détriment du fondement biologique, qui soutenait la place singulière auparavant accordée au tiers-géniteur. Le nouvel article 538.2 C.c.Q. ne laisse planer aucun doute :

538.2. [abrogé] 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.

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. [Mes soulignements.]

538.2 [nouveau] L'enfant issu d'un projet parental impliquant l'utilisation du matériel reproductif d'un tiers ne peut réclamer une filiation à l'égard du tiers qui a fourni son matériel reproductif aux fins du projet. Pareillement, ce dernier ne peut réclamer une filiation à l'égard de l'enfant.

Cela dit, depuis l'adoption de la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*⁵⁵ en 2002, le fondement volontariste occupait déjà une place de choix dans le régime québécois entourant l'établissement de la filiation des enfants nés d'une procréation impliquant la contribution d'un tiers, lequel n'est plus fondé sur le « mythe de l'engendrement ». À cette époque, le régime fait l'objet d'une profonde transformation puisqu'on admettra désormais, du fait de l'existence d'un projet parental, la possibilité

⁵⁴ La jurisprudence québécoise est constante : un donneur ne peut être qualifié ainsi que s'il sait qu'il fait don de ses gamètes et qu'il accepte d'agir à ce titre ; en d'autres termes, l'instrumentalisation du tiers, du donneur, doit être consciente. Le « tiers » qui n'aurait qu'une simple relation sexuelle avec une femme qui par la suite deviendrait enceinte et donnerait naissance à un enfant n'est pas un tiers-donneur agissant dans le cadre du projet parental d'autrui. Il n'est qu'un homme avec qui une femme a eu une relation sexuelle et qui partant, devra assumer ses obligations à ce titre. Voir la décision de principe *F.P. c. P.C.*, [2005] R.D.F. 268 (C.S.). Depuis juin 2023, ce principe est codifié dans le nouveau libellé de l'article 538 al. 1 C.c.Q. : « Le projet parental impliquant l'utilisation du matériel reproductif d'un tiers est formé dès lors qu'une personne seule ou des conjoints ont décidé, afin d'avoir un enfant, de recourir au matériel reproductif d'une personne qui n'est pas partie au projet parental et qui accepte que son matériel serve à cette fin. » [Mes soulignements.]

⁵⁵ Préc., note 3 (ci-après « *Loi 84* »).

d'établir une filiation homoparentale entre un enfant né d'une procréation impliquant la contribution d'un tiers et ses parents de même sexe, mariés ou pas⁵⁶. *De facto*, cette filiation ne pouvait toutefois qu'être bimaternelle puisqu'aux termes des règles applicables, la gestation pour autrui – méthode de procréation assistée indiquée pour les conjoints de même sexe masculins – était encore proscrite⁵⁷.

La *Loi 12* change ici à nouveau la donne. Elle va encore plus loin et abroge l'article 541 C.c.Q., qui prévoyait que les conventions de gestation pour autrui sont nulles de nullité absolue, pour le remplacer par un cadre législatif complet admettant la validité de tels contrats. C'est ce sur quoi je m'attarde à présent.

B. Seconde manifestation : utilisation du corps d'autrui

Dans le nouveau droit de la filiation québécois, on compte 37 nouvelles dispositions – les articles 541.1 à 541.37 C.c.Q. – qui non seulement admettent la gestation pour autrui⁵⁸, mais prévoient aussi les droits et devoirs de la femme porteuse⁵⁹, de l'enfant et des parents d'intention ainsi que les étapes à suivre afin d'établir la filiation de l'enfant ainsi conçu. La *Loi 12* pousse en cela à son paroxysme le fondement volontariste de la filiation en défiant, juridiquement, ce que la biologie emportait jusqu'à maintenant tout naturellement : le fait qu'une femme qui accouche est forcément la mère de l'enfant. Le paradoxe est tel que tout en étant formellement intégrée dans le Code civil en matière de filiation par la reconnaissance et par le

⁵⁶ À ce sujet, voir notamment : Benoît MOORE, « Les enfants du nouveau siècle (libres propos sur la réforme de la filiation) », dans S.F.P.B.Q., vol. 176, *Développements récents en droit familial* (2002), Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 75 ; Marie PRATTE, « La filiation réinventée : l'enfant menacé ? », (2003) 33 *R.G.D.* 541 ; Alain ROY, « Les couples de même sexe en droit québécois », (2005) 35 *R.G.D.* 161.

⁵⁷ L'article 541 C.c.Q. emportait la nullité absolue des conventions de gestation pour autrui dans les termes suivants : « Toute convention par laquelle une femme s'engage à procréer ou à porter un enfant pour le compte d'autrui est nulle de nullité absolue. » Depuis l'entrée en vigueur de la *Loi 84* en 2002, il est toutefois acquis, en droit québécois, que deux conjoints de même sexe – lesbiens ou gais – peuvent adopter ensemble un enfant.

⁵⁸ Le législateur utilise les termes « grossesse pour autrui » plutôt que « gestation pour autrui ». Il s'agit là de la même réalité, que je désignerai sous l'acronyme « GPA ».

⁵⁹ Toujours en écho aux réalités des personnes trans et non binaires, le Code civil utilise le vocabulaire « femme » ou « personne » qui porte un enfant pour le compte d'autrui.

sang, la maxime *mater semper certa est*, par l'encadrement de la GPA, vole simultanément en éclats. La *Loi 12* opère ainsi une véritable révolution en droit de la filiation québécois, laquelle révolution offre la possibilité aux familles québécoises intéressées par la gestation pour autrui⁶⁰ de se tourner vers un régime et des solutions locales considérées éthiques, de façon à décourager le tourisme procréatif⁶¹ vers des juridictions peu respectueuses des droits de la femme et de l'enfant⁶².

Il faut toutefois noter que la GPA n'a rien de nouveau. Depuis l'arrêt rendu en 2014 par la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Adoption – 1445*⁶³, il était devenu possible⁶⁴, pour le second parent d'intention – en particulier

⁶⁰ La grossesse pour autrui peut en être une de « convenance ». Aucune condition relative à l'infertilité des parents d'intention n'est prévue. Les couples ayant recours à la GPA peuvent être de même sexe, de sexe différent, ne pas s'identifier à la notion de sexe, être mariés, unis civilement ou unis de fait. En bref, du moment qu'il s'agisse d'un couple de deux personnes, toutes les configurations conjugales sont possibles.

⁶¹ Pour une réflexion éclairante sur cet enjeu, voir : Harith AL-DABBAGH, « La réception au Québec des gestations pour autrui délocalisées : La filiation post-tourisme procréatif en mal d'institution », (2022) 34-2 *Can. J. Fam. L.* 2.

⁶² En ce sens, on note que selon le nouveau régime, les parents d'intention faisant appel à une femme porteuse non domiciliée au Québec seront assujettis à des conditions encore plus strictes. La femme porteuse devra ainsi être domiciliée dans un état étranger qui est désigné par le gouvernement, alors que seul un État étranger « où les règles et les pratiques en matière de grossesse pour autrui ne contreviennent pas à l'ordre public et assurent l'intérêt de l'enfant [...] ainsi que la sécurité et l'intégrité des autres personnes impliquées » pourra être ainsi désigné : art. 541.31 C.c.Q. Au moment d'écrire ces lignes, seules les autres provinces canadiennes, à l'exception de Terre-Neuve et Labrador et du Nouveau-Brunswick, ont été ainsi désignées : *Décret 843-2024 concernant la désignation des États étrangers où les règles et les pratiques en matière de grossesse répondent aux exigences prévues à l'article 541.31 du Code civil*, (2024) 156 G.O. II, 3046.

⁶³ *Adoption – 1445*, 2014 QCCA 1162.

⁶⁴ Auparavant, deux courants jurisprudentiels s'étaient développés dans la jurisprudence de la Cour du Québec, qui détient la compétence exclusive de statuer, en première instance, sur les dossiers d'adoption (art. 37 C.p.c.). Selon le courant majoritaire, il était possible de permettre l'établissement de la filiation de l'enfant né d'une GPA avec son second parent d'intention en recourant à la procédure d'adoption par consentement spécial, dans la mesure où les conditions prévues à l'article 555 C.c.Q. étaient satisfaites. Selon le courant minoritaire, il était impossible de permettre l'établissement de filiation de l'enfant né d'une GPA avec son second parent d'intention en recourant à la procédure d'adoption par consentement spécial puisqu'on contournait ainsi une règle d'ordre public, qui frappait de nullité absolue les conventions de gestation pour autrui, en permettant de faire indirectement ce qu'il n'était pas permis de faire directement.

la mère d'intention ou le copère d'intention – d'établir une filiation avec l'enfant conçu par GPA en recourant à la procédure d'adoption par consentement spécial⁶⁵. Bien que la GPA ne fût alors pas reconnue par le législateur québécois, elle n'était (et n'est toujours pas) pas illégale en droit canadien. Seuls la rémunération de la femme porteuse, la rémunération d'un intermédiaire ou encore l'achat de gamètes sont pénalement sanctionnés par la *Loi sur la procréation assistée*⁶⁶. Aussi, les tribunaux québécois acceptaient d'utiliser la voie de contournement de l'adoption pour valider *a posteriori* la filiation des enfants issus d'une GPA à l'égard de leur second parent d'intention, à condition que la mère porteuse et le premier parent d'intention (père de l'enfant) y aient consenti, la filiation étant *a priori* établie envers eux en vertu des règles ordinaires de la filiation par le sang. Selon la Cour d'appel, il s'agissait là de la « solution la moins insatisfaisante » et qui « sert le mieux l'intérêt de l'enfant »⁶⁷.

Désormais, il ne sera plus permis d'avoir recours au mécanisme de l'adoption en matière de GPA⁶⁸, le législateur ayant prévu deux nouvelles voies de passage pour établir la filiation d'un enfant né dans un tel contexte :

Dans l'arrêt *Adoption – 1445*, la Cour d'appel du Québec a mis fin à cette controverse en statuant en faveur du courant majoritaire.

⁶⁵ À ce sujet, l'article 555 C.c.Q. prévoit : « Le consentement à l'adoption peut être général ou spécial. Le consentement spécial ne peut être donné qu'en faveur d'un ascendant de l'enfant, d'un parent en ligne collatérale jusqu'au troisième degré ou du conjoint de cet ascendant ou parent ; il peut également être donné en faveur du conjoint du père ou de la mère ou de l'un ou l'autre des parents. Cependant, lorsqu'il s'agit de conjoints de fait, ces derniers doivent cohabiter depuis au moins trois ans. » Il est à noter que depuis 2014, l'article 555 C.c.Q. est demeuré au même effet, sauf pour une modification de forme qui n'a en rien changé le fond de la disposition. Voir aussi le texte suivant, où la professeure Campbell traite du mécanisme alors mis de l'avant : Angela CAMPBELL, « Do Children's "Best Interests" Matter When Tracing Their Filiation in Quebec Law ? », (2023) 64-1 C. de D. 51, 64-68.

⁶⁶ *Loi sur la procréation assistée*, L.C. 2004, c. 2, art. 6 et 7. Il s'agit d'une loi fédérale applicable dans l'ensemble des provinces et territoires canadiens, dont le Québec. En effet, bien que les provinces détiennent la compétence de légiférer sur les matières relevant de la propriété et des droits civils, dont la GPA, c'est le gouvernement central qui détient la compétence de légiférer en matière de droit criminel : *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), art. 91(27) et 92(13). La constitutionnalité des dispositions de la *Loi sur la procréation assistée* se rapportant au droit criminel a ainsi été validée dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, [2010] 3 R.C.S. 457.

⁶⁷ *Adoption – 1445*, préc., note 63, par. 66.

⁶⁸ C'est ce que prévoit en toutes lettres la *Loi 12*, préc., note 1, art. 67 : « Est irrecevable toute demande d'ordonnance de placement en vue d'une adoption sur consentement

une voie dite « légale » ou administrative, qui implique simplement pour les parents d'intention de faire une déclaration de la naissance auprès du DEC selon les règles usuelles⁶⁹, et une voie dite « judiciaire », qui suppose de saisir le tribunal dans les 60 jours de la naissance pour faire modifier la filiation de l'enfant à la faveur des parents d'intention⁷⁰. Dans les deux cas, des dispositions générales devront toutefois être respectées⁷¹.

Ces conditions « générales » sont édictées aux nouveaux articles 541.1 à 541.9 C.c.Q. Ainsi, le projet parental impliquant une GPA est celui de conjoints ou d'une personne seule domiciliés au Québec⁷² depuis au moins un an⁷³. La GPA est admise si la femme porteuse a au moins 21 ans et que le projet parental impliquant le recours à une gestation pour autrui est formé avant la conception⁷⁴. Si la femme porteuse est apparentée à l'un des parents d'intention, il ne doit y avoir aucune combinaison de son matériel génétique avec celui du parent d'intention qui est son parent en ligne directe ou en ligne collatérale au 2^e degré⁷⁵. La convention de GPA devra évidemment être conclue à titre gratuit⁷⁶, seul le remboursement ou le paiement de certains frais déterminés par règlement⁷⁷ ainsi qu'une indemnisation pour perte de revenus de travail étant possibles. Le législateur québécois n'avait ici guère de choix, devant suivre ce que le législateur fédéral, qui détient la compétence en matière pénale, prévoit dans la *Loi sur la procréation assistée*⁷⁸.

spécial ayant pour objet de mener à terme un projet de grossesse pour autrui si la grossesse a débuté après le 5 juin 2023. »

⁶⁹ Art. 541.11-541.19 C.c.Q.

⁷⁰ Art. 541.20-541.25 C.c.Q.

⁷¹ Au sujet du nouveau régime entourant la filiation des enfants nés d'une GPA dans son ensemble, voir les développements exhaustifs du professeur Roy: A. ROY, préc., note 19, p. 162-256. Voir aussi: Stefanie CARSLY, « Reforming Quebec's Surrogacy Laws », (2023) 53-1 R.G.D. 5.

⁷² Art. 541.1 C.c.Q.

⁷³ Art. 541.7 C.c.Q.

⁷⁴ Art. 541.2 C.c.Q.

⁷⁵ *Id.*

⁷⁶ Art. 541.3 C.c.Q.

⁷⁷ Ce règlement, entré en vigueur le 6 mars 2024, est le suivant: *Règlement relatif aux projets parentaux impliquant une grossesse pour autrui dans le cadre desquels les parties à la convention sont domiciliées au Québec*, (2024) D.242-2024 (G.O. II).

⁷⁸ Préc., note 66.

Par ailleurs, c'est seulement à la suite de la naissance de l'enfant, et pas avant, que la femme porteuse pourra consentir à ce que son lien de filiation avec l'enfant soit réputé n'avoir jamais existé⁷⁹, cette condition n'étant pas susceptible de renonciation par contrat⁸⁰. Une fois ce consentement donné, le lien de filiation entre la femme porteuse et l'enfant sera réputé n'avoir jamais existé, au bénéfice des parents d'intention. Il s'agit là d'une présomption irréfragable : aucune réclamation d'état ne sera plus possible pour demander l'établissement d'un lien de filiation entre l'enfant et la femme porteuse⁸¹. C'est là où le fondement volontariste atteint, comme je le mentionnais plus tôt, son paroxysme. Puisque c'est la volonté de toutes les parties au contrat, puisque les parents d'intention l'ont voulu en amont, et que la femme porteuse l'a souhaité en aval, celle qui a accouché de l'enfant ne sera pas considérée ou désignée mère de celui-ci.

Si cela m'apparaît être un juste équilibre entre les droits des parents d'intention, qui bénéficient d'une certaine forme de protection après consentement, et des droits de la femme porteuse, préservés pendant la grossesse et immédiatement à la suite de la naissance, il n'en reste pas moins que le fondement biologique, s'il cède le pas au profit du fondement volontariste, hantera les parties. Parce qu'en effet, si la femme porteuse refuse de donner son consentement, le fondement biologique – qu'on l'entende dans un sens génétique ou strictement gestationnel – reprendra ses droits. C'est donc dire que la femme porteuse pourra décider de garder l'enfant, peu importe qu'il soit ou non génétiquement apparenté à elle, à l'un ou l'autre des parents d'intention ou à un donneur ou une donneuse de gamètes. C'est sans doute là le plus grand paradoxe des règles québécoises portant sur la GPA, mais c'est un paradoxe dont on peut s'enorgueillir.

⁷⁹ Art. 541.4 C.c.Q.

⁸⁰ Art. 541.5 C.c.Q.

⁸¹ Art. 541.6 C.c.Q., dont le libellé est le suivant : « L'enfant ne peut réclamer une filiation à l'égard de la femme ou de la personne qui lui a donné naissance dans le cadre d'un projet parental impliquant une grossesse pour autrui auquel elle a contribué. Pareillement, celle-ci ne peut, une fois que son consentement à ce que la filiation de l'enfant soit établie exclusivement à l'égard de la personne seule ou des deux conjoints ayant formé le projet parental a été donné ou est réputé avoir été donné, réclamer un lien de filiation à l'égard de l'enfant. » Il coule de source que pour que le consentement de la femme porteuse ait un tel effet, les autres conditions générales de la GPA devront avoir été respectées.

En effet, le *Code civil du Québec* rappelle dans des termes on ne peut plus clairs que la femme, ici porteuse mais quand même titulaire de droits, pourra décider d'avorter ou de mettre fin unilatéralement à la convention de GPA en tout temps avant la naissance de l'enfant⁸². En cette triste époque – je réfère ici au renversement du précédent *Roe v. Wade*⁸³ par la Cour suprême des États-Unis en 2022⁸⁴ – il convient de s'en réjouir. Le droit à l'autonomie procréative de la femme, reconnu depuis 1988 au Canada⁸⁵, doit être jalousement préservé et c'est ce que le législateur québécois souligne à grands traits. La femme porteuse pourra en outre, dans le même sens, refuser de consentir après la naissance à l'anéantissement de son lien de filiation avec l'enfant⁸⁶, sa filiation s'en trouvant alors établie aux termes des règles usuelles de la filiation par la reconnaissance ou par le sang, c'est-à-dire avec la mère porteuse et au plus un parent d'intention, selon le cas⁸⁷.

Cela dit, je le mentionnais plus tôt, pour que la filiation de l'enfant puisse s'établir aux termes des règles régissant le projet parental impliquant une GPA, deux voies de passage sont prévues par le législateur – légale et judiciaire. Quant à la voie légale, elle est avantageuse puisqu'elle a pour effet d'entraîner l'établissement de la filiation entre l'enfant et ses parents d'intention de manière irréfragable, sans besoin de recourir au tribunal et en ne faisant que déclarer la naissance au directeur de l'état civil selon les règles

⁸² Art. 541.8 C.c.Q., qui énonce : « Seule la femme ou la personne qui a accepté de donner naissance à un enfant dans le cadre d'un projet parental impliquant une grossesse pour autrui peut, en tout temps avant la naissance de l'enfant, mettre fin unilatéralement à la convention de grossesse pour autrui [...]. En cas d'interruption de grossesse, il est mis fin à la convention de grossesse pour autrui sans autre formalité. »

⁸³ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

⁸⁴ *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, dans lequel la Cour suprême du Canada a déclaré inopérant l'article 251 du *Code criminel canadien*, qui criminalisait l'avortement (sauf pour l'avortement dit « thérapeutique » depuis 1969). L'infraction a été officiellement abrogée en 2019 par l'entrée en vigueur de la *Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents et d'autres lois et apportant des modifications corrélatives à certaines lois*, L.C. 2019, c. 25, art. 111.

⁸⁵ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. 215 (2022).

⁸⁶ Art. 541.9 C.c.Q. Le consentement de la femme porteuse doit être donné dans les formes prévues par le Code civil, soit par acte notarié en minute, par acte sous seing privé en présence de deux témoins désintéressés ou par déclaration judiciaire dont il est donné acte.

⁸⁷ C'est l'article 541.20 C.c.Q. qui trouverait alors application et qui édicte les règles de filiation applicables.

usuelles⁸⁸. Pour que la voie légale puisse être utilisée, des conditions préalables supplémentaires doivent toutefois être respectées. D'abord, avant le début de la grossesse, les parties (femme porteuse et parents d'intention) devront rencontrer séparément un professionnel habilité à les informer sur les implications psychosociales du projet et sur les questions éthiques qu'il soulève⁸⁹. À la suite de cette rencontre d'information, une attestation leur sera remise et une convention de gestation pour autrui devra être conclue par acte notarié en minute, toujours avant la grossesse⁹⁰. Quant au consentement de la femme porteuse, il devra être donné dans une fenêtre de temps précise, soit entre le 8^e et le 30^e jour de la naissance⁹¹, après quoi la filiation sera réputée être établie entre l'enfant et ses parents d'intention⁹². La volonté solennelle des parties, ici formalisée au moyen de l'implication de professionnels du milieu de la santé et juridique et de délais précis à respecter, fait encore figure de proue.

Quant à la voie judiciaire, elle pourra être utilisée dans toutes les situations où la voie légale échouerait en cours de route – par exemple si la mère porteuse ne consent pas dans le délai imparti mais se ravise rapidement et consent peu après le 30^e jour. Elle devra aussi être utilisée lorsqu'en amont, la voie légale ne peut être empruntée parce que les conditions préalables à son utilisation ne sont pas respectées⁹³ – je pense notamment aux cas où il n'y a pas eu de rencontre d'information, où la convention n'est pas notariée ou ne contient pas ce qui est prévu.

Dans de telles situations, la filiation de l'enfant sera toutefois établie, à tout le moins temporairement, aux termes des règles de la filiation par le sang et par la reconnaissance, dont notamment avec la femme porteuse en vertu de la maxime *semper certa est*, codifiée à l'article 523 C.c.Q. Je le soulignais, le fondement biologique n'est donc jamais complètement écarté. Les parties devront alors s'adresser au tribunal dans un délai de 60 jours, sauf circonstances exceptionnelles, afin de faire modifier la filiation de l'enfant.

⁸⁸ Art. 541.16 C.c.Q.

⁸⁹ Art. 541.11 C.c.Q.

⁹⁰ Art. 541.12 C.c.Q.

⁹¹ Art. 541.15 C.c.Q.

⁹² Art. 541.16 C.c.Q.

⁹³ Ce sont les hypothèses envisagées à l'article 541.20 C.c.Q.: «Lorsqu'une condition préalable permettant l'établissement légal de la filiation de l'enfant n'est pas respectée, la filiation de l'enfant est établie conformément aux règles de la filiation par la reconnaissance ou par le sang. [...]»

Le tribunal devra à son tour s'assurer du respect des dispositions générales en lien avec la grossesse pour autrui⁹⁴. Si cela n'est pas le cas, il devra rejeter la demande et prononcer la nullité du projet parental impliquant une GPA. Autrement, il confirmera la validité du projet et pourra modifier la filiation de l'enfant en conséquence⁹⁵ : c'est là où le fondement volontariste reprendra en l'occurrence ses droits.

En somme, bien que le fondement volontariste soit ici à nouveau favorisé – n'est-ce pas là d'ailleurs l'essence même d'une procréation dite « assistée » ? –, on constate que le droit de la filiation québécois, même quand il concerne la filiation des enfants issus d'une procréation impliquant la contribution d'un tiers⁹⁶, oscille constamment entre volonté et biologie. Est-ce à dire qu'un fondement est préférable à l'autre ? Je ne le crois pas. Peut-on y voir le triomphe de la vérité biologique, ou au contraire, l'apothéose du fondement volontariste ? La réponse m'apparaît évidente : comme Janus⁹⁷, le droit de la filiation est un personnage à deux visages. En effet, si on se convainc que la réalité « vécue » de l'enfant participe parfois de l'un ou de l'autre, son fondement sera au minimum dualiste. J'en apporte une dernière illustration en exposant brièvement les deux cas particuliers que représentent la procréation assistée *post mortem* et la filiation de l'enfant issu d'une agression sexuelle.

III. Cas particuliers : la procréation assistée *post mortem* et la filiation de l'enfant issu d'une agression sexuelle, entre biologie et volonté ?

Un dernier enjeu qu'emporte la réforme québécoise du droit de la filiation mérite attention : celui des réalités particulières que soulèvent la filiation de l'enfant né d'une procréation assistée *post mortem* et de l'enfant issu d'une agression sexuelle. Les fondements biologique et volontariste s'y

⁹⁴ J'en discute ci-haut.

⁹⁵ Art. 541.21 C.c.Q.

⁹⁶ J'omets volontairement de traiter des implications singulières qu'emportent le décès, l'inaptitude ou la disparition de l'une ou l'autre des parties à la GPA. Je ne traite pas plus des situations où la femme porteuse est domiciliée à l'extérieur du Québec, lesquelles sont régies par une série de règles particulières inspirées du cadre de l'adoption internationale. À ce dernier sujet, le lecteur aura avantage à consulter à nouveau le traité du professeur Roy : A. Roy, préc., note 19, p. 256-272.

⁹⁷ Dieu de la mythologie romaine.

affrontent à nouveau : le combat est nul, la victoire de l'un ou l'autre, irréalisable.

D'abord, quant à la filiation de l'enfant né d'une procréation assistée *post mortem*, elle concerne le statut de l'enfant conçu au moyen d'un embryon implanté dans le sein de sa mère après le décès du père ou de son autre parent. Jusqu'en juin 2022, le *Code civil du Québec* ne contenait aucune disposition qui s'appliquait de façon expresse à ce cas de figure. Dans un tel contexte, quelles règles suivre quant à la filiation de l'enfant ? Quant à ses droits successoraux ?

Il s'agit de questions fondamentales auxquelles la Cour d'appel du Québec répondit partiellement en 2017 dans l'arrêt *Droit de la famille – 171644*⁹⁸. Dans cette affaire, l'enfant était né 493 jours après le décès de son père. Bien que l'existence d'un lien de paternité biologique entre l'enfant et son père ne fût pas remise en cause, la filiation était contestée au motif que le *Code civil du Québec* ne permettait pas d'établir une filiation *post mortem*, entre un enfant et son parent décédé avant que sa mère ne devienne enceinte de lui. La Cour d'appel trancha que la mort n'était pas un empêchement à l'établissement de la filiation et que partant, la filiation de l'enfant pouvait s'établir aux termes du régime de droit commun, en vertu des règles de la filiation par le sang, avec le père biologique prédécédé⁹⁹. Elle refusa toutefois de déterminer si l'enfant pouvait, en l'espèce, se prévaloir de son droit de succession *ab intestat* à l'égard de son père, estimant que la question n'avait pas à être tranchée dans le cadre spécifique du pourvoi¹⁰⁰.

C'est avec cet arrêt en tête que le législateur codifia la solution retenue par le plus haut tribunal de la province en juin 2022 dans la *Loi 2*¹⁰¹, réaffirmant à nouveau le principe en juin 2023 dans la *Loi 12*, pour fins de renumérotation¹⁰². De fait, le nouvel article 542.31 C.c.Q. prévoit que le tribunal peut établir la filiation entre l'enfant et son parent décédé avant la réalisation de l'activité de procréation assistée s'il lui est démontré que ce parent était partie au projet parental au moment de son décès, et que l'en-

⁹⁸ 2017 QCCA 1088.

⁹⁹ *Id.*, par. 32-35.

¹⁰⁰ *Id.*, par 8-10.

¹⁰¹ Préc., note 6.

¹⁰² En 2022, la *Loi 2* introduit ainsi l'article 535.2 C.c.Q., abrogé en 2023 dans la *Loi 12* pour devenir l'article 542.31 C.c.Q.

fant a été conçu avec le matériel reproductif de ce parent¹⁰³. C'est là l'importance qu'on accorde au fondement biologique. Cela dit, le législateur pousse la logique plus loin en étendant la solution au cas où l'enfant est issu d'un embryon conçu au moyen des gamètes d'un donneur, dans la mesure où le parent prédécédé avait accepté de recourir au matériel reproductif de ce donneur. Le fondement volontariste n'est donc ici pas bien loin¹⁰⁴.

Cela dit, et c'est regrettable, le législateur ne va pas jusqu'au bout de ses ambitions dans un cas comme dans l'autre. En effet, il refuse de reconnaître des droits successoraux *ab intestat* à l'enfant né dans de telles circonstances. Pour ce faire, il définit, dans le nouvel article 34.1 C.c.Q., ce qu'est un enfant conçu mais non encore né au moment du décès de son parent. En l'occurrence, pour être considéré comme tel, la femme doit être enceinte de l'enfant¹⁰⁵, ce qui ne vise pas, par définition, l'enfant issu d'une procréation assistée *post mortem*. Le législateur désarticule ainsi ce qui jusqu'à hier, était considéré comme un effet *sine qua non* de la filiation : l'existence, pour l'enfant, d'un droit de succession légale à l'égard de ses père et mère. Aussi, j'y vois un choix législatif fort malhabile, qui a en quelque sorte pour effet de marquer le retour de l'enfant illégitime, jadis privé de ses droits successoraux en raison des circonstances de sa naissance. L'état actuel du droit québécois est d'autant regrettable qu'il est susceptible, à l'intérieur d'une même fratrie, de priver un enfant de droits que l'on reconnaît pourtant à ses frères et sœurs. Au surplus, il fait complètement fi du fondement des affections présumées¹⁰⁶, qui aurait dû conduire le législateur à conclure que le parent

¹⁰³ Il y a présomption que le parent prédécédé était partie au projet parental s'il était le conjoint du parent survivant au moment du décès, et si l'enfant est issu d'un transfert d'embryon créé avant le décès : art. 542.31 al. 2 C.c.Q.

¹⁰⁴ Au sujet de la filiation de l'enfant né d'une procréation assistée *post mortem*, voir l'exposé suivant : A. ROY, préc., note 19, p. 102-105.

¹⁰⁵ Selon les termes exacts de l'article 34.1 C.c.Q., « [p]our qu'un enfant soit considéré comme conçu mais non encore né aux fins de la loi, la mère ou la personne qui donnera naissance doit être enceinte de cet enfant ».

¹⁰⁶ Les affections présumées sont celles qu'on peut raisonnablement prêter à un défunt-type placé dans les mêmes circonstances, et sur la base desquelles les règles de dévolution légale sont normalement édictées. Voir notamment : Germain BRIÈRE, *Précis du droit des successions*, coll. « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 1988, n° 183, p. 133 ; Jacques BEAULNE, *Droit des successions*, coll. « Bleue », 5^e éd. par C. MORIN, Montréal, Wilson & Lafleur, 2016, n° 452, p. 151. Je traite en outre abondamment de ce fondement dans le texte suivant : Andréanne MALACKET, « La vocation successorale *ab intestat* du conjoint survivant au Québec : de Paris à Péroudeau, d'étranger à héritier, les affections présumées mises à l'épreuve du temps », (2023) 57-1 R.J.T.U.M. 49.

décédé aurait vraisemblablement souhaité avantager cet enfant eût-il pu exprimer ses volontés en temps utile. Une solution mitoyenne, qui aurait permis d'éviter de prolonger indûment la liquidation d'une succession confrontée à cette situation, aurait ainsi pu être privilégiée, notamment en permettant la réclamation du droit de succession *ab intestat* seulement lorsque l'implantation de l'embryon a lieu dans un court délai – par exemple un, deux ou trois ans – après le décès du parent.

Dans un ordre d'idées similaire, le législateur adopte la même posture d'incohérence en lien avec les dispositions de droit nouveau concernant la filiation de l'enfant issu d'une agression sexuelle, qui découlent de la *Loi 12*. Dans un tel cas, l'enfant – généralement représenté par son tuteur s'il est mineur¹⁰⁷ – a désormais le droit de s'opposer à l'établissement d'un lien de filiation avec l'auteur de l'agression¹⁰⁸. Pour les filiations déjà établies, l'enfant peut contester cette filiation au seul motif qu'il est né d'une agression sexuelle commise par son père, que ce lien de filiation soit ou non considéré comme incontestable selon les règles ordinaires de la filiation par le sang – c'est-à-dire qu'il y ait ou non verrou de filiation¹⁰⁹. Dans ce cas, le tribunal fera droit à la contestation si elle est dans l'intérêt de l'enfant. C'est, évidemment, le fondement volontariste qui ici, triomphe. La volonté est toutefois négative : elle ne permet pas d'établir une filiation ou d'empêcher de contester une filiation, mais elle a plutôt pour effet de l'exclure¹¹⁰.

Or, même en l'absence de lien de filiation avec l'enfant né de l'agression, l'agresseur devra verser à la victime une contribution financière à titre de soutien alimentaire pour subvenir aux besoins de l'enfant jusqu'à ce qu'il atteigne une autonomie suffisante¹¹¹. On voit donc là apparaître un droit qui se rapproche drôlement du devoir d'entretien des père et mère, titulaires de l'autorité parentale, et de l'obligation alimentaire que se doivent les parents

¹⁰⁷ Il pourrait toutefois, selon le cas, être autorisé par le tribunal à intenter seul l'action : art. 159 C.c.Q.

¹⁰⁸ Art. 542.24 C.c.Q.

¹⁰⁹ Art. 542.22 C.c.Q.

¹¹⁰ Au sujet des nouvelles règles entourant la filiation de l'enfant né d'une agression sexuelle, voir : A. Roy, préc., note 19, p. 76-87. Sur l'enjeu que posait les règles applicables à une telle situation avant la réforme emportée par la *Loi 12*, voir : Alain Roy, « La filiation de l'enfant du viol et le mariage forcé : variations sur un même thème ou déclinaisons familiales d'un véritable fléau social », (2023) 124 R. du N. 1, 3-14.

¹¹¹ Art. 542.33 et suiv. C.c.Q.

en ligne directe au premier degré¹¹². L'enfant pourra également faire valoir ses droits aux fins de la dévolution légale, voire testamentaire, de la succession de l'agresseur, ainsi que de la dévolution de la succession d'un parent de l'agresseur¹¹³. Aussi, c'est sur les liens du sang – sur la biologie et certainement pas sur la volonté – que se fonde le législateur pour justifier cette entorse aux règles usuelles, qui en l'absence d'un lien de filiation entre l'enfant et l'agresseur, auraient normalement privé l'enfant de son droit à des aliments et de sa vocation successorale. Pourtant, c'est ce même droit qu'un an plus tôt, on a nié à l'enfant issu d'une procréation assistée *post mortem*, qui bien que gratifié d'un lien de filiation, est lui privé de son droit d'hériter et de réclamer des aliments à la succession de son parent prédécédé.

En somme, les nouvelles règles que pose la réforme du droit de la famille à l'égard des réalités particulières de l'enfant né d'une procréation assistée *post mortem* et de l'enfant issu d'une agression sexuelle mettent à nouveau en lumière le tiraillement qui s'opère entre les fondements biologique et volontariste de la filiation. La filiation n'est plus que biologique. On le sait depuis longtemps : la volonté est fermement enracinée. Mais la filiation ne sera pas pour autant pure affaire de volonté.



De ce tour d'horizon ressort l'importance de la réforme introduite par le législateur québécois en matière de droit de la filiation en 2022 et 2023. Si le fondement biologique demeure et résiste, même là où on ne l'attend pas, la volonté prend, elle, de plus en plus de place. En ce sens, bien que certaines dispositions soient simplement reconduites, plusieurs sont abrogées ou profondément remaniées, voire réinventées à l'aune des transformations conjugales et familiales qui marquent notre époque. C'est en effet ce qui ressort de mon analyse des dispositions relatives à la filiation par la reconnaissance et par le sang, ainsi que de la filiation des enfants issus d'une procréation impliquant la contribution d'un tiers. C'est aussi ce qu'illustrent parfaitement les règles de droit nouveau entourant la procréation assistée *post mortem* et la filiation de l'enfant issu d'une agression sexuelle. Peut-on toutefois affirmer que la volonté triomphe aux dépens de la réalité biologique ?

¹¹² Voir les articles 598 et 599 C.c.Q. au sujet de l'autorité parentale, et 585 C.c.Q. au sujet du droit aux aliments.

¹¹³ Art. 658.1 et 742.1 C.c.Q.

Ou que la réalité biologique supplante le fondement volontariste? La réponse est négative. Il faut toutefois admettre que la volonté est un puissant vecteur de changement.

On aurait d'ailleurs pu espérer que cette même volonté fasse office de catalyseur dans le second volet de la réforme du droit de la famille, consacré aux enjeux sensibles de la conjugalité. Alors que la *Loi 56*¹¹⁴ a été adoptée en juin 2024, on doit constater que cela n'aura pas tout à fait été le cas. En effet, cette loi marque au Québec l'avènement d'un tout nouveau régime d'union parentale, qui opère un équilibre délicat entre les droits et les devoirs des conjoints de fait qui sont parents d'un même enfant, entre autonomie de la volonté et devoir de protection. Au premier coup d'œil, on constate toutefois que les dispositions relatives au mariage demeurent intouchées. Peut-on s'attendre à ce que dans une hypothétique troisième phase de la réforme, le législateur prenne davantage en compte la notion de volonté chez les conjoints mariés, notamment au moment de les assujettir à un régime de partage de biens? Je le souhaite, mais la question demeure sans réponse.

¹¹⁴ Préc., note 5.