

**LE DROIT DE LA FAMILLE –
UNE DÉCENNIE D’EFFERVESCENCE
LÉGISLATIVE**

Alain ROY*

| | | |
|-----|--|-----|
| I- | La conjugalité. | 219 |
| | A. L’union civile | 220 |
| | B. Le notaire célébrant. | 227 |
| II- | La parenté | 232 |
| | A. L’obligation alimentaire des grands-parents. | 233 |
| | B. Le prélèvement de substances corporelles dans les actions relatives à la filiation | 240 |
| | C. La filiation homoparentale | 248 |
| | Conclusion. | 268 |

* Docteur en droit, professeur à la Faculté de droit de l’Université de Montréal et chercheur associé à la Chaire du notariat. L’auteur tient à remercier son collègue, le professeur Adrian Popovici, pour ses précieux commentaires. Évidemment, les opinions exprimées dans le présent texte n’engagent que son auteur. La recherche est à jour au 1^{er} mai 2003.

Dans toutes les sociétés de droit latin, le Code civil constitue l'une des pièces législatives les plus remarquables. Les dispositions qui en meublent le contenu se distinguent généralement par leur quantité impressionnante, mais également et surtout, par l'esprit qui s'en dégage. Sous des apparences techniques parfois rébarbatives, les livres, chapitres et sections qui le composent témoignent des valeurs fondamentales auxquelles la société dans son ensemble demeure profondément attachée.

Si ces valeurs se caractérisent par leur stabilité, elles n'en sont pas pour autant stagnantes. Le passage du temps transforme invariablement les bases de la société. Comme les autres législations, le Code civil doit y faire écho. Au-delà des révisions sectorielles et des ajustements ponctuels qui permettront d'en assurer la mise à jour, tout Code civil doit inévitablement, au cours de son existence, faire l'objet de réformes globales.

La réforme d'un Code civil représente un défi de taille. Le nombre d'années de recherches, de réflexions et de consultations qu'une telle opération requiert frappe l'imaginaire. Ainsi, au Québec, les travaux préparatoires à la réforme du Code civil se sont déroulés sur une période de plus de 35 ans. En vigueur depuis le 1^{er} janvier 1994, le nouveau *Code civil du Québec* puise effectivement ses origines dans une loi adoptée en 1955¹. Dans l'histoire de la province, aucune autre législation n'aura nécessité un si vaste chantier.

Devant l'ampleur du travail accompli, on peut comprendre l'intérêt d'esquisser, de temps à autre, un bilan des modifications apportées². À cet égard, le dixième anniversaire du *Code civil du Québec* fournit à l'ensemble des juristes l'occasion d'une réflexion approfondie. De 1994 à ce jour, le nouveau Code a évolué de différentes manières. Certaines dispositions ont été soumises à

1. *Loi concernant la révision du Code civil*, L.Q. 1954-1955, c. 47.

2. Ainsi, à peine un an après l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, un premier ouvrage-bilan paraissait : Gil RÉMILLARD (dir.), *Le nouveau Code civil du Québec : un bilan*, Montréal, Éditions Wilson & Lafleur, 1995.

l'interprétation des tribunaux; d'autres ont été retouchées ou retranchées par le législateur. Enfin, de nouvelles dispositions se sont progressivement ajoutées, en réponse aux besoins sociaux exprimés au cours des dernières années.

Le présent article est consacré au droit de la famille, tel que délimité par le Livre deuxième du Code civil. Ce Livre ne peut toutefois revendiquer qu'un faible lien de parenté avec la réforme de 1994. Jugée prioritaire par le gouvernement, la réforme du droit de la famille a véritablement eu lieu au début des années 80, aux termes de la loi 89³. Ainsi, le législateur de 1994 s'est-il contenté de reconduire, sous une nouvelle numérotation, l'essentiel des dispositions adoptées 14 ans plus tôt. En comparaison aux autres Livres, le Livre deuxième fait donc « figure d'ancêtre »⁴.

Quoi qu'il en soit, le droit de la famille des dix dernières années est bien assez riche en développements législatifs pour meubler les pages d'un article et, incidemment, permettre à son auteur de préserver l'unité d'un numéro spécial de la *Revue du notariat* consacré au 10^e anniversaire du Code civil. Certaines des modifications récemment apportées par le législateur au Livre deuxième figurent d'ailleurs parmi les plus déterminantes de l'histoire du Code civil, toutes matières confondues.

Le droit de la famille recoupe deux thèmes, à la fois distincts et complémentaires : la conjugalité (I) et la parenté (II). J'aborderai chacun de ces thèmes, en dégagant les principaux axes de réaménagements législatifs dont ils ont fait l'objet au cours de la dernière décennie. Compte tenu du cadre général dans lequel s'inscrit cette recension, je n'entends pas analyser dans le moindre détail le contenu des nouvelles règles, mais en brosser un portrait d'ensemble. Je n'entends pas davantage m'attarder aux décisions jurisprudentielles rendues en matière familiale, si ce n'est de façon accessoire. Bien qu'une recension des principaux jugements prononcés ces dernières années eut été fort intéressante, les changements législatifs postérieurs à la réforme de 1994 sont d'une telle importance qu'on ne saurait leur consacrer moins de pages que n'en contient ce court article.

3. *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39.

4. Monique OUELLETTE, « Livre deuxième : De la famille », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, t. 1, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 151.

I- LA CONJUGALITÉ

Fortement imprégné des valeurs judéo-chrétiennes qui ont forgé l'histoire de la province, le législateur québécois a longtemps conçu la conjugalité en référence au seul modèle matrimonial. Autrefois considérée contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, l'union de fait est demeurée à l'index jusqu'au 2 avril 1981, date à laquelle la réforme du droit de la famille entrait en vigueur⁵. Conscient de l'augmentation grandissante du nombre de couples en union de fait, le législateur abrogeait alors les dernières limites à la liberté contractuelle des « concubins »⁶, sans pour autant reconnaître d'effets civils à leur relation, comme le lui avait pourtant proposé l'Office de révision du Code civil quelques années plus tôt⁷.

En 1994, le législateur s'est cantonné dans ses positions traditionnelles, en reconduisant le monopole juridique du mariage⁸. En agissant ainsi, le législateur n'entendait nullement condamner

-
5. *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39, art. 80 (proclamation publiée à (1981) 113 G.O. II, 769). Voir également Jean PINEAU, *La famille. Droit applicable au lendemain de la loi 89*, Montréal, P.U.M., 1982, Avant-propos.
 6. *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39, art. 35, abrogeant l'article 768 C.c.B.C., lequel marquait implicitement l'illicéité de l'union de fait : « Les donations entre vifs faites par le donateur à celui ou à celle avec qui il a vécu en concubinage, et à ses enfants incestueux ou adultérins sont limitées à des aliments. Cette prohibition ne s'applique pas aux donations faites par contrat de mariage intervenu entre les concubinaires. [...] »
 7. Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, Québec, 1977, Livre II, Titre II, Chapitre I, art. 49.
 8. Il faut cependant noter que, entre-temps, le législateur s'est efforcé d'étendre aux conjoints de fait les mêmes bénéfices sociaux que ceux déjà reconnus aux époux, ainsi que les mêmes avantages et fardeaux fiscaux. Voir l'énumération des législations sociales présentée par Dominique GOUBAU, Ghislain OTIS et David ROBITAILLE, « La spécificité patrimoniale de l'union de fait : Le libre choix et ses "dommages collatéraux" », (2003) 44 *C. de D.* 3, 10, note 11, En matière fiscale, voir précisément : *Loi modifiant la Loi sur les impôts, la Loi sur la taxe de vente du Québec et d'autres dispositions législatives d'ordre fiscal*, L.Q. 1994, c. 22, art. 44 et *Loi modifiant la Loi sur les impôts, la Loi sur la taxe de vente du Québec et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1995, c. 1, art. 13. Les conjoints de fait de même sexe seront quant à eux intégrés au corpus législatif en 1999, aux termes de la *Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant les conjoints de fait*, L.Q. 1999, c. 14. Au fédéral, voir : *Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations*, L.C. 2000, c. 12. Sur le sujet, voir Brigitte LEFEBVRE, « L'évolution de la notion de conjoint en droit québécois », dans Pierre-Claude LAFOND et Brigitte LEFEBVRE (dir.), *L'union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21^e siècle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 3, 14 et s.

la vie conjugale hors mariage, mais respecter la volonté de ceux qui, en n'adhérant pas au statut matrimonial, souhaitent présumément se soustraire aux conséquences juridiques en résultant⁹.

Dix ans plus tard, le Livre deuxième du Code civil présente une facture renouvelée. Si l'union de fait demeure toujours en marge du droit¹⁰, le mariage n'est plus, quant à lui, l'unique façon d'intégrer l'ordre légal. L'union civile permet désormais aux conjoints non mariés, quelle que soit leur orientation sexuelle, de bénéficier d'un statut juridique semblable à celui que procure le mariage (A). En outre, les greffiers de la Cour supérieure et les ministres du culte ne sont plus les seules personnes habilitées à conférer, à titre d'officiers célébrants, des effets civils à l'union conjugale, les notaires et certains élus municipaux s'étant vu octroyer les mêmes prérogatives (B).

A. L'union civile

À l'occasion de la réforme de 1994, le législateur s'est permis d'exprimer en toutes lettres une règle qui, du moins à l'époque, lui paraissait découler de la nature des choses. Cette règle, dont seul le Parlement fédéral aurait pu modifier la teneur en vertu des compétences législatives que lui reconnaît la Constitution

9. Ainsi, l'ex-ministre de la Justice Serge Ménard déclarait récemment : « Lorsque le législateur a révisé le droit de la famille, tant en 1980 qu'en 1991, il s'est interrogé sur l'opportunité de prévoir des conséquences civiles aux unions de fait. S'il s'est abstenu de le faire, c'est par respect pour la volonté des conjoints : quand ils ne se marient pas, c'est qu'ils ne veulent pas se soumettre au régime légal du mariage » : Propos rapportés dans Martha BAILEY, *Le mariage et les unions libres*, étude publiée sur le site Internet de la Commission du droit du Canada, en ligne à <www.cdc.gc.ca>.

10. Notons toutefois que le Code civil reconnaît expressément certaines prérogatives aux conjoints de fait. Il en est ainsi en matière d'adoption (depuis la réforme de 1994 : voir art. 555 et 579 C.c.Q.); de droit au maintien dans les lieux loués (depuis 1980 : voir art. 1938 C.c.Q., reprenant le principe autrefois énoncés aux articles 1657.2 et 1657.3 C.c.B.C.); et de reprise de logement dans un immeuble détenu en copropriété indivise (depuis 1987 : voir art. 1958 C.c.Q., reprenant le principe autrefois énoncé à l'article 1659, al. 2 C.c.B.C.). Voir aussi l'article 540 C.c.Q. introduit lors de la réforme de 1994 qui consacre la responsabilité des conjoints de fait en matière de procréation assistée (autrefois procréation « médicalement » assistée. Voir *infra*, p. 254. Depuis le 24 juin 2002, les conjoints de fait bénéficient également d'un statut privilégié en matière de consentement aux soins : art. 15 C.c.Q., tel que modifié aux termes de l'article 1 de la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, c. 6.

canadienne en matière matrimoniale¹¹, énonçait la nécessité d'un consentement au mariage « entre un homme et une femme »¹².

Depuis le 24 juin 2002, le Code civil ne contient plus cette mention¹³. Sensible aux aspirations égalitaires des couples de même sexe, le législateur a fait marche arrière et retiré la précision ajoutée en 1994. Par ce retrait purement symbolique, le Québec entendait non seulement respecter ses limites constitutionnelles, il souhaitait également et surtout témoigner de son appui à la communauté homosexuelle qui poursuit aujourd'hui ses revendications auprès des autorités fédérales afin d'obtenir la reconnaissance du mariage gai¹⁴.

11. Les conditions de fond du mariage relèvent effectivement de la compétence du législateur fédéral : *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3, art. 91(26). Le Parlement a d'ailleurs, en 2000, précisé formellement l'exigence d'un consentement au mariage entre un homme et une femme dans la *Loi visant à harmoniser le droit fédéral avec le droit civil de la province de Québec et modifiant certaines lois pour que chaque version linguistique tienne compte du droit civil et de la common law*, L.C. 2001, c. 4, art. 5. Voir également les précisions faites dans la *Loi visant la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations*, L.C. 2000, c. 12, art. 1.1. En common law, l'exigence découle traditionnellement de l'affaire *Hyde c. Hyde*, [1866] L.R. 1 P. & D. 130 et d'arrêts subséquents, dont *Corbett c. Corbett*, [1970] 2 All E.R. 22, 48 (Pr. Division). Au sujet du partage des compétences constitutionnelles en matière de mariage, voir Michel MORIN, « La longue marche vers l'égalité des conjoints de même sexe », dans Pierre-Claude LAFOND et Brigitte LEFEBVRE, (dir.), *L'union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21^e siècle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 63, 85 à 88. Voir également, dans le même ouvrage, Hugo CYR, *La conjugalité dans tous ses états : La validité constitutionnelle de l'« union civile » sous l'angle du partage des compétences constitutionnelles*, p. 193, 200 et s.
12. Art. 365 C.c.Q., tel qu'adopté aux termes du Projet de loi 125 (L.Q. 1991, c. 64).
13. Art. 365 C.c.Q., tel que modifié aux termes de l'article 22 de la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation* (L.Q. 2002, c. 6).
14. Voir *Journal des débats*, Commission permanente des institutions, 15 mai 2002, en ligne à <www.assnat.qc.ca/fra/Publications/debats/journal/ci/020221.htm>. Au moment de mettre sous presse, le ministre fédéral de la Justice annonçait le renvoi d'un avant-projet de loi sur le mariage et la reconnaissance juridique des unions de conjoints de même sexe devant la Cour suprême du Canada. L'avant-projet de loi propose une définition « inclusive » du mariage : « Le mariage est, sur le plan civil, l'union légitime de deux personnes, à l'exclusion de toute autre personne ». L'avant-projet porte également sur la question de la liberté de religion : « La présente loi est sans effet sur la liberté des autorités religieuses de refuser de procéder à des mariages non conformes à leurs croyances religieuses ». Une fois que la Cour suprême aura statué sur la conformité de l'avant-projet de loi (eu égard aux prescriptions de la constitution canadienne), un projet de loi sera déposé à la Chambre des communes et débattu dans le cadre du processus législatif habituel. Il fera ensuite l'objet d'un vote libre en Chambre, pour être finalement soumis au Sénat : Voir (à suivre...)

Au-delà des gestes symboliques et sans attendre l'intervention de son homologue fédéral, le législateur québécois a, par la même occasion, intégré au Livre deuxième sur la famille le Titre Premier, 1, intitulé « De l'union civile »¹⁵. En procédant ainsi, le Québec souhaitait instaurer, au bénéfice des couples de même sexe, un statut civil et juridique équivalent à celui auquel les couples hétérosexuels peuvent traditionnellement adhérer par le mariage¹⁶. Faute de pouvoir modifier les conditions d'accessibilité au mariage, le législateur québécois s'est donc rallié à l'idée d'établir une structure de partenariat civil parallèle aux cadres existants¹⁷. Craignant sans doute les effets « ghettoïsants » d'un statut strictement réservé aux couples de même sexe, le législateur a cependant décidé, à la suggestion des personnes et organismes consultés en commission parlementaire, d'en ouvrir l'accès à tous les couples, indépendamment de leur orientation sexuelle¹⁸. Les couples hétérosexuels désireux d'assujettir leurs rapports mutuels à l'emprise

(...suite)

- MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *Le ministre de la Justice annonce un renvoi devant la Cour suprême du Canada*, Communiqué, Ottawa, 17 juillet 2003. Selon toute vraisemblance, l'avant-projet fédéral fait suite aux décisions de certains tribunaux canadiens ayant déclaré, au cours des derniers mois, l'exclusion des couples de même sexe de la définition du mariage civil contraire au droit à l'égalité garanti par l'article 15(1) de la *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]). Voir *Hendrick c. P.G.*, [2002] R.J.Q. 2506 (C.S.) (Québec); *Halpern c. Canada attorney general*, (2003) C.A.O. Docket : C39172 et C39174 (Ontario) et *Egale Canada inc. c. Canada (Attorney General of)*, 2003 B.C.J. No. 994 (Colombie-Britannique). Sur la question du mariage des conjoints de même sexe, voir Michel MORIN, « La longue marche vers l'égalité des conjoints de même sexe », dans Pierre-Claude LAFOND et Brigitte LEFEBVRE, (dir.), *L'union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21^e siècle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 63, 88 à 91.
15. *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, c. 6, art. 27.
 16. Comme le mariage, l'union civile entraîne la création d'un acte d'état civil consigné au registre de l'état civil : art. 521.5 et 121.1 à 121.3 C.c.Q.
 17. Selon des données publiées par l'Institut de la statistique du Québec, 149 couples de même sexe avaient, en date du 21 janvier 2003, contracté une union civile. De ce nombre, 82 étaient formés de deux hommes et 67 de deux femmes. Voir Louis DUCHESNE, « Les premiers conjoints en union civile de 2002 », *Bulletin – Données sociodémographiques en bref*, vol. 7, n^o 2, Québec, Institut de la Statistique du Québec, février 2003, p. 4. Pour une étude comparative des régimes de partenariat civil établis aux termes des législations française, belge, néo-écossaise et vermontoise, voir Alain ROY, « Le partenariat civil, d'un continent à l'autre », *R.I.D.C.* 2002.3.759.
 18. Pour un plaidoyer en faveur d'une telle ouverture, voir Alain ROY, « Partenariat civil et couples de même sexe : la réponse du Québec », (2001) 35 *R.J.T.* 663, 671-678.

du droit peuvent donc, depuis juin 2002, opter entre le mariage et l'union civile¹⁹.

L'union civile doit être contractée publiquement devant un célébrant compétent à célébrer les mariages et en présence de deux témoins²⁰. Les règles qui régissent la célébration du mariage s'appliquent en tout point à la célébration de l'union civile, compte tenu des adaptations nécessaires²¹. Comme l'explique très justement le professeur Kasirer, « [l]'État cherche visiblement à faire respecter [le] caractère solennel de la cérémonie, en imitant, au civil, la valeur sûre du rituel des mariés [...] »²². Les effets de l'union civile sont également calqués sur ceux applicables en matière matrimoniale, le législateur ayant choisi d'importer l'essentiel du corpus législatif régissant les rapports entre époux, sans toutefois s'interroger sur la rationalité d'une telle adéquation²³. Ainsi, l'ensemble des dispositions relatives à la protection des meubles et de la résidence familiale, à la contribution aux charges du ménage, au patrimoine familial et aux régimes matrimoniaux s'applique aux conjoints civils, de la même manière qu'aux époux²⁴.

-
19. Selon des données publiées par l'Institut de la statistique du Québec, seulement 10 couples hétérosexuels s'étaient, en date du 21 janvier 2003, prévalus de la nouvelle option. Voir Louis DUCHESNE, « Les premiers conjoints en union civile de 2002 », *Bulletin – Données sociodémographiques en bref*, vol. 7, n° 2, Québec, Institut de la statistique du Québec, février 2003, p. 4.
 20. Art. 521.2 C.c.Q. Au sujet des célébrants du mariage, voir *infra*, p. 227 et s.
 21. Art. 521.3, al. 2 C.c.Q. et *Règles sur la célébration du mariage civil ou de l'union civile*, (2003) 135 G.O. II, 1506-1511.
 22. Nicholas KASIRER, « Convoler en justes noces », dans Pierre-Claude LAFOND et Brigitte LEFEBVRE (dir.), *L'union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21^e siècle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 29, 31. Sur la fonction et la valeur normative du rituel du mariage, voir l'excellente analyse du professeur Kasirer, p. 35 et s.
 23. Pour une critique du choix d'instaurer, en matière d'union civile, un régime juridique quasi identique à celui qui découle du mariage, voir Alain ROY, « Le régime juridique de l'union civile : Entre symbolisme et anachronisme », dans Pierre-Claude LAFOND et Brigitte LEFEBVRE (dir.), *L'union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21^e siècle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 165.
 24. Art. 521.6 C.c.Q. Mentionnons aussi que les époux et les conjoints civils peuvent prétendre à des droits successoraux similaires : art. 653 C.c.Q. Voir également l'article 61.1 de la *Loi d'interprétation* (L.R.Q., c. 1-16) dont le premier alinéa définit ainsi le terme « conjoint » : « Sont des conjoints les personnes liées par un mariage ou par une union civile ». Sur la portée de cette nouvelle disposition, voir 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, 19 et s.

En somme, outre le caractère « désésexualisé » de l'union civile, seules trois différences distinguent véritablement le mariage du statut nouvellement aménagé. La première concerne le seuil d'âge des conjoints. En vertu du droit fédéral, l'âge minimal pour contracter mariage est établi à 16 ans²⁵. Plus exigeant, le Code civil ne permet l'union civile qu'entre personnes ayant atteint l'âge de 18 ans²⁶. La deuxième différence concerne les liens de parenté pouvant exister entre les conjoints. Le mariage est prohibé entre ascendant et descendant par consanguinité ou par adoption, à quelque degré que ce soit²⁷. Les frère et sœur, de même que les demi-frère et demi-sœur, ne peuvent davantage se marier l'un à l'autre sauf, dans ce dernier cas, s'ils ne sont unis que par des liens d'adoption²⁸. Le Code civil prévoit les mêmes prohibitions en matière d'union civile²⁹, sans toutefois reproduire l'exception du droit fédéral à l'égard des demi-frères et demi-sœurs par adoption³⁰.

La troisième différence, beaucoup plus fondamentale, concerne les modes de dissolution. Alors que les époux doivent impérativement solliciter l'intervention du tribunal afin d'obtenir un jugement de divorce et de sceller définitivement le sort des conséquences accessoires en découlant³¹, les conjoints civils sans

25. *Loi visant à harmoniser le droit fédéral avec le droit civil de la province de Québec et modifiant certaines lois pour que chaque version linguistique tienne compte du droit civil et de la common law*, L.C. 2001, c. 4, art. 6.

26. Art. 521.1 C.c.Q. Le professeur Morin explique cette exigence par l'article 159 du *Code criminel* (L.R.C. (1985), c. C-46), « [...] aux termes duquel les relations sexuelles annales constituent un acte criminel si l'un des partenaires est âgé de moins de 18 ans, à moins qu'ils ne soient mariés et qu'ils n'aient tous les deux consenti à cette relation ». Bien que cette disposition ait déjà été déclarée inconstitutionnelle par certains tribunaux, le Parlement n'en a pas pour autant changé le libellé : Michel MORIN, « La longue marche vers l'égalité des conjoints de même sexe », dans Pierre-Claude LAFOND et Brigitte LEFEBVRE, (dir.), *L'union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21^e siècle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 63, 92.

27. *Loi concernant le droit interdisant le mariage entre personnes apparentées*, L.C. 1990, c. 46, art. 2(2)a).

28. *Ibid.*, art. 2(2)b) et 2(2)c).

29. En fait, l'article 521.1 C.c.Q. ne traite que des « frère » et « sœur », sans aborder précisément le cas des demi-frères et demi-sœurs. Ces derniers sont toutefois inclus dans l'expression « frère et sœur », étant, selon le cas, des frères consanguins ou utérins. Voir d'ailleurs, art. 670 et 676 C.c.Q.

30. Art. 521.1 C.c.Q.

31. *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), c. 3 (2^e suppl.), art. 3(1), 4(1) et 8(1). Voir, sur le sujet, Alain ROY, « Déjudiciarisation et divorce consensuel : perspectives socio-juridiques », dans Nicholas KASIRER et Pierre NOREAU (dir.), *Sources et instruments de justice en droit privé*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 287.

enfant ont, quant à eux, la possibilité de consentir mutuellement à la dissolution de leur union dans une déclaration notariée, pourvu qu'ils en règlent toutes les conséquences dans un contrat de transaction, également notarié³². À compter de la date à laquelle ils ont été reçus, les deux documents ont, « sans autre formalité, les effets d'un jugement de dissolution de l'union civile »³³.

En accordant de tels effets à l'acte notarié, le législateur a-t-il voulu lui conférer force exécutoire³⁴ ? Si tel est le cas, la réforme de l'union civile porte en elle-même les germes d'une autre réforme, non moins révolutionnaire ! Voyant là l'ultime moyen de déjudiciariser les rapports sociaux, les notaires québécois revendiquent depuis fort longtemps le pouvoir de conférer la force exécutoire à leurs actes, à l'instar de leurs homologues étrangers³⁵.

Les propos d'un auteur semblent appuyer pareille interprétation. Ainsi, selon le notaire Lefrançois, le défaut d'une partie de respecter la transaction permettrait au créancier d'agir « sans avoir à intenter une procédure en justice au préalable »³⁶. Je ne partage pas cet avis. La force exécutoire d'un acte notarié ne peut être envisagée à la lumière d'une disposition isolée, quels qu'en soient les termes. Si le législateur avait voulu doter la transaction notariée d'un tel attribut, il aurait pris soin d'établir, dans le moindre détail, les modalités procédurales applicables à l'exécution forcée³⁷. La force exécutoire, rappelons-le, opère une inversion du contentieux³⁸. En cas de manquement, c'est le débiteur de l'obligation et

32. Art. 521.12 à 521.16 C.c.Q.

33. Art. 521.16 C.c.Q.

34. En vérité, la problématique soulevée par cette question ne concerne que la transaction. La déclaration n'est qu'un simple constat signé par les parties et ne renferme aucune obligation. Les parties ne font qu'y exprimer leur consentement mutuel à la dissolution, sans plus. On ne peut donc concevoir l'exécution forcée d'une telle déclaration. Tout autre est le cas de la transaction qui contient en elle-même les obligations liées au règlement de la rupture, lesquelles seront évidemment susceptibles d'exécution forcée, du moins en principe.

35. Voir CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Le contrat notarié avec force exécutoire. Une solution à l'encombrement du système judiciaire québécois*, Montréal, 1996.

36. Guy LEFRANÇOIS, « La dissolution de l'union civile », (2003) 2 *C.P. du N.* 31, 59.

37. Voir Jacques BEAULNE, « La force exécutoire de l'acte notarié », (1996) 2 *C.P. du N.* 1, 12-13.

38. Georges DE LEVAL, « L'inversion du contentieux », dans Nicholas KASIRER et Pierre NOREAU (dir.), *Sources et instruments de justice en droit privé*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 433.

non le créancier qui se voit contraint de saisir le tribunal. Sommé de respecter son engagement aux termes d'un constat de défaut délivré par un huissier à la demande du créancier, le débiteur dispose d'un certain délai pour saisir le tribunal et invoquer des moyens de défense³⁹. À défaut, l'exécution forcée de l'obligation peut avoir lieu, sans autre formalité.

Si le contrat de transaction intervenu en matière d'union civile est effectivement pourvu de la force exécutoire, comment pourra-t-on en assurer la mise en œuvre, faute d'infrastructure procédurale ? Sur quelle base le huissier pourra-t-il émettre le constat de défaut ? De quels délais le débiteur disposera-t-il pour saisir le tribunal ? L'absence de cadre législatif justifie le rejet de l'interprétation suggérée, aussi séduisante soit-elle pour la communauté notariale. En somme, l'État ne saurait reconnaître de force exécutoire à un acte notarié, sans prévoir du même coup la procédure d'exécution qu'une telle attribution suppose.

Comment doit-on alors interpréter la disposition législative octroyant à la déclaration commune et à la transaction les « effets d'un jugement » ? À mon avis, les termes utilisés traduisent simplement l'intention du législateur de soustraire à l'approbation du tribunal les stipulations convenues par les conjoints civils. Ainsi, la signature de l'entente en scellera le sort, sans que le tribunal ne puisse par la suite en réévaluer la teneur, comme il est autorisé à le faire en matière de divorce et de séparation de corps⁴⁰.

39. Au Québec, les tenants de l'octroi de la force exécutoire recommandent que ce soit le notaire et non le huissier qui soit habilité à délivrer le constat de défaut : Jacques BEAULNE, « La force exécutoire de l'acte notarié », (1996) 2 *C.P. du N.* 1, 5. Pour une critique de cette proposition, voir Catherine VALCKE, « Le contrat en tant qu'instrument de justice privée : possibilités et limites », dans Nicholas KASIRER et Pierre NOREAU (dir.), *Sources et instruments de justice en droit privé*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 39, 64-67.

40. Voir article 495 C.c.Q. et article 822 C.p.c. et s. (dans le cas d'une requête conjointe). Voir également *Loi sur le divorce*, art. 15.2(4)c (en ce qui concerne l'obligation alimentaire entre ex-conjoints). Voir également *Droit de la famille* – 3536, [2000] R.D.F. 340 (C.S.). Pour un exposé complet sur la portée exacte des différentes dispositions contenues à la convention des époux et sur le pouvoir qu'est à même d'exercer le tribunal sur chacune d'elles, voir Jean-Pierre SENÉCAL, « La validité et la portée des conventions matrimoniales de rupture », (1992) 2 *C.P. du N.* 131 et Ginette PICHÉ, « Le juge et le notaire peuvent-ils s'entendre avec le nouveau Code civil », dans Pierre CIOTOLA (textes réunis par), *Le notariat de l'an 2000 : défis et perspectives*, Les Journées Maximilien Caron, Montréal, Éditions Thémis, 1997, p. 162, 164-165.

En outre, en assimilant la déclaration et la transaction notariées à un jugement, le législateur désirait sans doute en faciliter le traitement sur le plan administratif. Le directeur de l'état civil, le percepteur des pensions alimentaires, le fisc et tous les autres intervenants intéressés par l'état civil des individus et par le règlement des conséquences de leur rupture conjugale devront aborder la déclaration et la transaction notariées avec autant de considération qu'un jugement de dissolution.

Bien que limitée dans sa portée, la dissolution devant notaire n'en est pas moins fondamentale. En reconnaissant au seul consentement des conjoints le pouvoir de dissoudre conventionnellement l'union civile, sans autre condition que l'absence d'enfant, le législateur québécois intègre au droit québécois une forme de « divorce » consensuel et administratif. Cette innovation législative est révélatrice d'une profonde évolution dans la conception du couple et des personnes qui le composent. En excluant la possibilité d'une révision judiciaire du règlement intervenu, l'État aborde les conjoints civils comme des êtres égaux, pleinement capables de convenir d'ententes finales et engageantes, en dépit du contexte émotif qui préside généralement à la rupture de leur relation. Ainsi, les caractéristiques propres à la relation conjugale et la dynamique particulière qui animent les rapports intimes ne justifieraient plus, en soi, le maintien d'une tutelle judiciaire⁴¹.

B. Le notaire célébrant

Le droit québécois a longtemps envisagé le mariage sous un angle essentiellement religieux⁴². Ainsi, les prêtres, pasteurs, rabbins et autres officiers religieux étaient autrefois les seules personnes habilitées par l'État à célébrer le mariage⁴³. Vu leurs

41. Pour une réflexion socio-juridique sur la question, voir Alain ROY, « Déjudiciarisation et divorce consensuel : perspectives socio-juridiques », dans Nicholas KASIRER et Pierre NOREAU (dir.), *Sources et instruments de justice en droit privé*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 287 et Alain ROY, *Le contrat de mariage réinventé. Perspectives socio-juridiques pour une réforme*, Montréal, Éditions Thémis, 2002.

42. « Il n'est pas exagéré de prétendre que, sauf rares exceptions, les règles civiles du mariage au Québec en 1866 étaient le reflet des règles du droit canon de l'époque » : Jean-Louis BAUDOIN, « L'influence religieuse sur le droit civil du Québec », (1984) 15 R.G.D. 563, 566-567.

43. Selon l'article 129 C.c.B.C., étaient compétents à célébrer les mariages « [...] tous prêtres, curés, ministres et autres fonctionnaires autorisés par la loi à tenir et garder registres de l'état civil ». Or, selon l'article 44 C.c.B.C., les (à suivre...)

doubles prérogatives, les officiers religieux unissaient donc les époux à la fois devant l'Église et l'État.

Ce n'est qu'en 1969 que le mariage proprement civil fut institué. Sans retirer les prérogatives déjà accordées aux officiers religieux aux termes du Code civil et de lois privées⁴⁴, l'État permit alors aux protonotaires et aux protonotaires adjoints de la Cour supérieure de célébrer le mariage, indépendamment de toute considération religieuse⁴⁵. Dès lors, les couples n'appartenant pas à l'une ou l'autre des confessions religieuses reconnues purent se marier, dans un cadre exclusivement laïque.

Lors de la réforme de 1994, le législateur apporta certains réajustements aux règles de célébration. La terminologie employée fut d'abord revue pour refléter le remplacement, dans le *Code de procédure civile*, de l'appellation « protonotaires et protonotaires adjoints » par celle de « greffiers et greffiers adjoints »⁴⁶. Plus fondamentalement, le législateur élargit le cercle des célébrants religieux en autorisant le ministre responsable de l'état civil⁴⁷ à conférer à *tout ministre du culte* le pouvoir de célébrer le mariage, à la condition que sa religion le lui permette, que le ressort dans lequel il exerce son ministère soit situé, en tout ou en partie, au Québec et que l'existence, les rites et les cérémonies de sa confession aient un caractère de permanence⁴⁸.

(...suite)

registres étaient « [...] tenus par les curés, vicaires, prêtres ou ministres desservant ces églises, congrégations ou sociétés religieuses, ou par tout autre fonctionnaire à ce autorisé ».

44. Benoît MOORE, « Le droit dans la famille et les minorités », à paraître dans (2003) *R.D.U.S.*, note 24. Voir également Anne-Marie BILODEAU, « Quelques aspects de l'influence religieuse sur le droit de la personne et de la famille au Québec », (1984) 15 *R.G.D.* 573, 579.
45. *Loi concernant le mariage civil*, S.Q. 1968, c. 82. La compétence des protonotaires et protonotaires adjoints devait toutefois s'exercer à l'intérieur des limites territoriales du district judiciaire pour lequel ils avaient été préalablement désignés.
46. Voir article 366 C.c.Q. et *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, c. 57, art. 420 prévoyant « [...] le remplacement du mot « protonotaire » par le mot « greffier » partout où il se trouve [dans le *Code de procédure civile*] ».
47. Entre 1994 et 1996, l'autorisation devait être donnée par le ministre de la Justice. Voir *Loi sur le ministère des Relations avec les citoyens et de l'immigration et modifiant d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1996, c. 21, art. 28.
48. Art. 366 C.c.Q. Depuis juin 2002, les ministres du culte sont également tenus de célébrer le mariage « [...] dans des lieux conformes à ces rites ou aux règles prescrites par le ministre de la Justice [...] » : *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, c. 6, art. 23.

Sans doute pour éviter les allégations de discrimination dont on aurait pu autrement l'accabler, le ministre a appliqué avec beaucoup de souplesse les conditions prescrites par le nouveau Code civil. Ainsi, les gourous de plusieurs sectes religieuses détiennent aujourd'hui le privilège de célébrer des mariages suivant la loi. Qui plus est, certaines personnes ont profité de l'ouverture gouvernementale pour mettre en place des sociétés religieuses dont la principale fonction, sinon l'unique, est d'offrir un service de célébration de mariage, limousine, salle de réception et buffet inclus ! Le service proposé a d'ailleurs toutes les apparences d'un mariage civil, la référence au caractère religieux n'apparaissant qu'à titre accessoire. Comble de paradoxe, certaines de ces sociétés affirment leur vocation essentiellement *œcuménique*, libre de toute dénomination religieuse particulière⁴⁹ ! Bref, on vous offre un mariage foncièrement laïque, mais dans un décor plus romantique et plus convivial que la salle du palais de justice dédiée aux véritables mariages civils⁵⁰.

Dans cette perspective, on ne peut qu'approuver les modifications apportées au Code civil en juin 2002 pour permettre à d'autres que les greffiers et greffiers adjoints de la Cour supérieure de célébrer le mariage civil et l'union civile⁵¹, sans les contraintes de

49. Voir, par exemple, les renseignements publiés sur le site <www.fsev.net/site/francais/site2.html>. Voir aussi les observations de Benoît MOORE, dans « Le droit dans la famille et les minorités », à paraître dans (2003) *R.D.U.S.*

50. Notons que les *Règles sur la célébration du mariage civil ou de l'union civile* (publiées à (2003) 135 G.O. II, 1506-1511), permettent qu'une célébration ait lieu, à certaines conditions, à l'endroit où le futur époux/conjoint se trouve lorsque celui-ci est dans l'impossibilité physique de se déplacer, laquelle impossibilité doit être attestée par un certificat médical (art. 4) ou au pénitencier où est incarcéré l'un des futurs époux/conjoints (art. 5). Notons également qu'avant le 27 mars 2003, la célébration par le greffier ou le greffier adjoint pouvait être tenue dans un lieu accessible au public et aménagé à cette fin dans un des endroits suivants : le Manoir Richelieu à Pointe-au-Pic (district judiciaire de Charlevoix); à l'Hôtel de Ville de Boucherville (district judiciaire de Longueuil); au Jardin botanique de Montréal (district judiciaire de Montréal); au Domaine Cataract à Sillery (district judiciaire de Québec) et aux Jardins de Métis à Grand-Métis (district judiciaire de Rimouski) : *Règles sur la célébration du mariage civil*, édictées par l'arrêté n° 1440 (publié à (1994) 126 G.O. II, 4282), art. 5.1.

51. Il faut cependant noter que, depuis 1999, « [s]ont [...] compétentes pour célébrer les mariages sur le territoire défini dans une entente conclue entre le gouvernement et une communauté mohawk les personnes désignées par le ministre de la Justice et la communauté » : *Loi permettant la mise en œuvre d'ententes avec les communautés Mohawk*, L.Q. 1999, c. 53, art. 20.

temps et de lieux imposées aux officiers de justice⁵². Ainsi, sont désormais autorisés à agir à titre de célébrants les « notaires habilités par la loi à recevoir des actes notariés »⁵³, de même que toute autre personne désignée par le ministre de la Justice, notamment des maires, d'autres membres des conseils municipaux ou des conseils d'arrondissements et des fonctionnaires municipaux, pourvu, quant à ces derniers, qu'ils agissent sur le territoire indiqué dans l'acte qui les désigne⁵⁴.

En attribuant aux maires et aux autres élus ou officiers municipaux le pouvoir de célébrer le mariage (et l'union civile), le législateur s'inspire du droit français et, plus généralement, du droit civil en vigueur dans un grand nombre de pays⁵⁵. L'inclusion des notaires au rang des célébrants compétents s'avère plus inusitée, bien qu'elle puisse aisément se justifier par le statut d'officier public que le droit québécois leur reconnaît⁵⁶. Mais comment expliquer la limitation juridictionnelle aux seuls notaires « habilités par la loi à recevoir des actes notariés » ? N'y a-t-il pas là matière à pléonasme ? Tous les notaires québécois sont de plein droit habilités à recevoir des actes notariés. Il n'y a, au Québec, qu'un seul tableau de notaires. Les prérogatives que chacun d'eux est appelé à exercer ne font l'objet d'aucune modulation, sous réserve de quelques exceptions réglementaires⁵⁷ et des limitations que le

52. Selon les articles 2 et 3 des *Règles sur la célébration du mariage civil ou de l'union civile* (publiées à (2003) 135 G.O. II, 1506-1511), lorsque le mariage ou l'union civile est célébré par un notaire ou par une personne autre que le greffier ou le greffier adjoint de la Cour supérieure, la cérémonie peut avoir lieu dans un endroit aménagé à cette fin et convenu entre les futurs conjoints et le célébrant. Cet endroit doit toutefois respecter le caractère solennel de la cérémonie. Le mariage ou l'union civile célébré ailleurs que dans un palais de justice peut l'être tous les jours, peu importe qu'il s'agisse d'un dimanche ou d'un jour férié, pour autant qu'il ait lieu entre 9 h et 22 h.

53. Art. 366 C.c.Q., tel que modifié aux termes de l'article 23 de la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, c. 6.

54. *Ibid.*

55. Voir C. civ. fr., art. 34, 39, 75 et 165. Voir également C. gén. coll. territ. [L. 96-142 du 21 févr. 1996, JO. 24 févr.] art. 2, 2122-32. Voir enfin Jean CARBONNIER, *Droit civil (t. 2) – La famille, l'enfant, le couple*, 21^e édition refondue, Paris, P.U.F., 2002, p. 451.

56. Il semble que l'Équateur reconnaisse un tel pouvoir aux notaires : Maria DARHA et Louise LORTIE, « Voyage à Quito en Équateur », (1994) 3, n^o 2 *Entracte* 8.

57. Ces exceptions relèvent des processus d'accréditation que doit respecter le notaire qui souhaite agir à titre de médiateur familial ou qui entend exercer le rôle quasi-judiciaire que lui confèrent les articles 863.4 C.p.c. et s. en matière de protection des majeurs inaptes. Ces procédures d'accréditation se justifient (à suivre...)

Comité administratif de l'ordre professionnel peut imposer, notamment en raison de considérations de nature déontologique⁵⁸.

Soit, certains notaires ne reçoivent pas d'actes notariés dans le cadre de leur pratique, n'étant pas assurés par le Fonds d'assurance responsabilité de l'Ordre pour agir à titre d'officier public. Mais jusqu'à nouvel ordre, le Fonds d'assurance n'est pas une source de loi ! Les notaires de toute catégorie d'assurance demeurent habilités par la *loi* à recevoir des actes notariés. S'ils agissent sans être dûment assurés, ils ne pourront compter sur la protection de l'assureur en cas de faute professionnelle, mais les actes qu'ils auront pu recevoir n'en seront pas moins valides⁵⁹. Bref, c'est l'inscription au tableau de l'Ordre qui fonde la compétence notariale et non l'appartenance à une classe d'assurance.

Aussi incongrue soit-elle sur le plan des principes, la limitation dont le législateur souhaitait manifestement assortir la nouvelle compétence notariale invite à la réflexion. L'État serait-il réticent à aborder indistinctement tous les membres de l'Ordre, sans égard aux fonctions qu'ils remplissent dans les faits ? Certains notaires, faut-il le rappeler, n'exercent pas principalement leur profession à titre d'officier public. Leur titre professionnel porte en lui-même l'habilitation, mais se déploie dans un univers qui n'appartient pas au notariat classique et qui, dans certains cas, s'avère peu compatible avec les devoirs inhérents au statut d'officier public. Pensons simplement au notaire qui exerce sa profession à titre de courtier immobilier, d'agent négociateur ou de conseiller juridique au sein d'un contentieux d'entreprise⁶⁰.

(...suite)

par les habilités particulières et la formation de pointe que nécessite l'exercice de telles fonctions. Voir *Règlement sur les conditions de l'accréditation des notaires en matière d'ouverture ou de révision d'un régime de protection et de mandat donné par une personne en prévision de son inaptitude*, R.R.Q. 1981, c. C-25, r. 1.01 et *Règlement sur la médiation familiale*, R.R.Q. 1981, c. C-25, r. 2.1.

58. *Loi sur le notariat*, L.Q. 2000, c. 44, art. 12 et 27 et s.

59. Des sanctions déontologiques pourraient également être imposées au notaire concerné, puisque celui-ci se sera rendu coupable d'un manquement réglementaire : *Règlement sur la souscription au Fonds d'assurance-responsabilité professionnelle de la Chambre des notaires du Québec*, R.R.Q. 1981, c. C-26, r. 19.3, art. 1.

60. *Loi sur le notariat*, L.Q., c. 44, art. 10. Voir également, sur le sujet, Alain ROY, *Déontologie et procédure notariales*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 15, n° 38.

L'incapacité du législateur de cibler les notaires dont les actes professionnels reposent sur l'impartialité propre aux officiers publics pourrait peut-être, à l'avenir, refroidir sa propension à consolider et élargir leurs prérogatives. Faudrait-il, dans cette perspective, envisager la création, au tableau de l'Ordre, d'une catégorie de notaires exerçant exclusivement leur profession à titre d'officier public ? Ainsi cloisonné, le statut d'officier public pourrait bénéficier d'une reconnaissance accrue du législateur. Un véritable notariat d'État, inspiré du modèle européen, pourrait éventuellement en émerger. L'analyse d'une telle proposition mérite sans doute réflexion, mais dépasse largement le cadre du présent article.

II- LA PARENTÉ

S'il fallait trouver un emblème thématique au Québec d'antan, la « famille » s'imposerait d'emblée. En effet, jusqu'au début des années 1950, le tissu social du Québec était, pour l'essentiel, constitué de fibres familiales. Dans une société essentiellement rurale, fortement influencée par le clergé catholique, la famille figurait au centre de toutes les préoccupations sociales.

Par des moyens qui peuvent aujourd'hui sembler condamnables ou discutables, le *Code civil du Bas Canada* cherchait à préserver la stabilité et la solidarité familiales nécessaires au bon fonctionnement de la société. L'autorité concentrée entre les mains du mari et du père⁶¹, la discrimination dont faisait l'objet les enfants dits naturels⁶² et l'obligation alimentaire liant tous les ascendants et descendants⁶³ constituaient quelques-uns des remparts législatifs derrière lesquels la famille pouvait évoluer et assurer sa survie.

Lors de la réforme de 1980, le législateur procéda à d'importants réaménagements pour adapter le droit aux nouvelles valeurs familiales. L'ensemble des dispositions relatives aux enfants fut donc revu à la lumière du principe fondamental que représente l'égalité. Égalité des enfants entre eux, sans égard aux circonstances de leur naissance⁶⁴; égalité des parents dans l'exercice de

61. Art. 174 C.c.B.C. et s. et 243 et s.

62. Art. 237 C.c.B.C. et s.

63. Art. 166 C.c.B.C.

64. Art. 594 C.c.Q., tel qu'introduit aux termes de la *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39. Le même principe se retrouve aujourd'hui à l'article 522 C.c.Q. Certaines dispositions du Code
(à suivre...)

l'autorité parentale, sans égard à leur statut conjugal⁶⁵. En 1994, le législateur profita de la réforme du Code civil dans son ensemble pour retoucher quelques-unes des dispositions adoptées 14 ans plus tôt. Comme l'écrit la professeure Ouellette, « aucune réforme de la réforme » n'eut cependant lieu à cette occasion⁶⁶.

Les années qui suivront seront, quant à elles, très riches en changements fondamentaux. Si le principe d'égalité représente toujours la pierre angulaire du droit des enfants, certaines dispositions ont depuis fait l'objet de modifications qui, bien que peu nombreuses, traduisent une évolution déterminante des valeurs et des conceptions familiales. Ainsi, le législateur a-t-il successivement supprimé les derniers vestiges de la famille élargie en abrogeant l'obligation alimentaire des grands-parents (A), reconnu la primauté du droit à la filiation sur le droit à l'intégrité, en confiant au tribunal le pouvoir d'ordonner le prélèvement de substances corporelles dans le cadre d'actions relatives à la filiation (B) et reconstruit le cadre juridique de la filiation en marge de la réalité biologique, en permettant l'établissement d'un lien de parenté entre un enfant et deux parents du même sexe (C).

A. L'obligation alimentaire des grands-parents

Dès son entrée en vigueur, en 1866, le *Code civil du Bas Canada* prévoyait une obligation alimentaire entre parents en ligne

(...suite)

civil actuel semblent toutefois présenter certaines incompatibilités avec ce principe : Alain ROY, « Le régime juridique de l'union civile : Entre symbolisme et anachronisme », dans Pierre-Claude LAFOND et Brigitte LEFEBVRE (dir.), *L'union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21^e siècle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 165, 171-172.

65. Art. 441 et 648 C.c.Q., tels qu'introduits aux termes de la *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39. Le même principe se retrouve aujourd'hui aux articles 392 et 600 C.c.Q.

66. Monique OUELLETTE, « Livre deuxième : De la famille », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, t. 1, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 170. Parmi les réaménagements les plus « marquants », on notera le regroupement des règles relatives à la procréation médicalement assistée au sein d'une section distincte (Section III du chapitre portant sur la filiation par le sang) et l'ajout de certaines règles de droit substantif, soit les articles 540 C.c.Q. (sur la responsabilité potentielle du conjoint de fait qui ne reconnaît pas l'enfant né d'une procréation médicalement assistée, à laquelle il a pourtant consenti), 541 C.c.Q. (sur la nullité des conventions de procréation et de gestation pour le compte d'autrui) et 542 C.c.Q. (sur le principe de confidentialité des renseignements nominatifs relatifs à la procréation médicalement assistée).

ascendante et descendante, à quelque degré que ce soit⁶⁷, et entre alliés en ligne ascendante et descendante au premier degré⁶⁸.

En obligeant ces parents et alliés l'un envers l'autre, le Code civil se voulait le reflet d'une solidarité intergénérationnelle quasi vitale⁶⁹. Au siècle dernier, rappelons-le, grands-parents, parents, enfants, petits-enfants et leurs conjoints respectifs mangeaient à la même table et partageaient souvent le même toit⁷⁰. Privée des ressources de l'État, la famille traditionnelle n'était pas qu'une simple cellule sociale, mais une véritable unité de production économique. Dans cette perspective, la famille devait « pourvoir à tous les besoins du groupe familial »⁷¹, entendu dans un sens large.

Avec l'urbanisation et l'industrialisation, la structure familiale s'est considérablement modifiée. La famille élargie, comme modèle dominant, a graduellement cédé sa place à la famille nucléaire. Or, la famille nucléaire se définit par son autonomie⁷². Les membres de la famille ainsi réduite ne comptent plus sur l'ensemble des ascendants pour assurer leur subsistance, mais sur l'activité économique du père et de la mère⁷³.

67. Art. 166 et 168 C.c.B.C. L'obligation alimentaire liant les parents en ligne directe remonterait à l'Antiquité : BARREAU DU QUÉBEC, *Mémoire sur les pensions alimentaires versées aux petits-enfants*, Montréal, mars 1996, p. 3-4.

68. Art. 167-168 C.c.B.C. L'obligation entre alliés cessait cependant en cas de remariage de la belle-mère et lorsque celui des deux époux qui produisait l'affinité et les enfants de son union avec l'autre époux décédait. Voir Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 1, Éditions Théorêt, Montréal, 1895, p. 483-486.

69. « La parenté est source de droits et d'obligations très divers; l'obligation alimentaire est l'une des conséquences juridiques de la solidarité familiale » : Monique OUELLETTE, *Droit des personnes et de la famille*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1980, p. 322. « L'obligation alimentaire dite " alimentaire " [...] [repose] sur l'idée de solidarité entre parents » : Jean PINEAU, *La famille. Droit applicable au lendemain de la loi 89*, Montréal, P.U.M., 1982, p. 262, n^o 314.

70. Alain ROY, *Le contrat de mariage réinventé. Perspectives socio-juridiques pour une réforme*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 189-193 et Marie-Thérèse LACOURSE, *Famille et société*, 2^e éd., Montréal, Éditions Chenelière/McGraw-Hill, 1990, p. 62.

71. Marie-Thérèse LACOURSE, *Famille et société*, 2^e éd., Montréal, Éditions Chenelière/McGraw-Hill, 1990, p. 50.

72. Jocelyne VALOIS, *Sociologie de la famille au Québec*, édition mise à jour, Anjou, Éditions CEC, 1998, p. 36-37.

73. L'idéologie de l'indépendance serait particulièrement prégnante au Québec. Sur le sujet, voir Solange LEFEBVRE, « Échanges et solidarités entre générations : un apport à la stabilité familiale », dans CONSEIL DE LA FAMILLE, *Recueil de réflexions sur la stabilité des couples-parents*, Québec, Gouvernement du Québec, 1996, p. 157, 164.

Le législateur québécois n'a réagi à ces changements sociaux que tardivement. Ce n'est qu'en 1980, lors de la réforme du droit de la famille, qu'il a abrogé l'obligation alimentaire entre gendres, belles-filles et beaux-parents⁷⁴. Seize ans plus tard, soit le 17 juin 1996, le législateur intervenait de nouveau, cette fois pour circonscrire l'obligation alimentaire entre ascendants et descendants autour des seuls parents au premier degré⁷⁵. Les circonstances particulières ayant amené le législateur à supprimer l'obligation alimentaire liant les grands-parents à leurs petits-enfants méritent d'être rappelées⁷⁶.

Alors que les recours exercés contre les grands-parents étaient demeurés, depuis 1866, très exceptionnels, on put assister, dans les années précédant l'intervention législative, à une recrudescence de poursuites⁷⁷. Exacerbé par les médias, le sentiment d'injustice ressenti par les grands-parents condamnés à payer une pension alimentaire à leurs petits-enfants déclancha une mobilisation sans précédent des groupes d'ainés. Ceux-ci se concertèrent non seulement pour critiquer les décisions judiciaires ayant fait droit aux poursuites intentées, mais également pour revendiquer la suppression de l'obligation alimentaire imposée aux grands-parents par le Code civil.

Sensible aux pressions exercées, le ministre de la Justice procéda, dès le mois de mars 1996, à une consultation populaire⁷⁸.

74. *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39, art. 14.

75. *Loi modifiant le Code civil en matière d'obligation alimentaire*, L.Q. 1996, c. 28.

76. En fait, le législateur a abrogé l'obligation alimentaire réciproque entre ascendants et descendants au deuxième degré et à tout autre degré subséquent. Toutefois, la décision du législateur a été prise en référence quasi exclusive à l'obligation alimentaire des grands-parents envers leurs petits-enfants.

77. Certains ont expliqué l'augmentation soudaine des recours intentés contre les grands-parents par l'attitude de certains fonctionnaires responsables des demandes d'aide sociale. Ceux-ci, semble-t-il, refusaient depuis quelque temps de faire droit aux requêtes présentées, tant et aussi longtemps que le demandeur n'avait pas épuisé tous ses recours alimentaires, y compris contre ses grands-parents, le cas échéant. Voir les remarques formulées en commission parlementaire par le critique de l'Opposition en matière de Justice, Monsieur Thomas MULCAIR dans *Journal des débats*, Commission permanente des institutions, 35^e législature, 2^e session, Cahier n^o 30, 12 juin 1996, p. 1-8.

78. Il semble qu'environ 500 personnes aient participé aux séances de consultation tenues à Montréal, à Québec, en Abitibi, en Outaouais et dans la région de la Côte Nord : *Journal des débats*, Commission permanente des institutions, 35^e législature, 2^e session, Cahier n^o 30, 12 juin 1996, p. 1-8.

Deux options furent alors soumises à la discussion : « supprimer le caractère légal de l'obligation alimentaire entre les grands-parents et les petits-enfants ou maintenir cette obligation, quitte à atténuer la portée de l'obligation et à bien affirmer son caractère complémentaire »⁷⁹. Quelques mois plus tard, l'Assemblée nationale décidait de retenir la première option⁸⁰. Évoquant l'évolution des structures familiales, le ministre de la Justice déclara, séance tenante :

Aujourd'hui, [...], la famille n'est plus ce qu'elle était, comme on l'a connue il y a 100 ans, ou 80, ou 50 ans même. La famille n'est plus ce qu'elle était, cette cellule où, du grand-père jusqu'en bas de l'échelle, il y avait une vie commune souvent dans une même résidence ou sur un même terrain, [...] c'est devenu quelque chose qui est très différent.⁸¹

L'évolution des structures décrites par le ministre est indéniable, mais justifiait-elle l'abrogation pure et simple de l'obligation alimentaire liant grands-parents et petits-enfants ? Qu'il me soit permis d'en douter. L'effacement de la famille élargie au profit de la famille nucléaire n'a pas éliminé la solidarité intergénérationnelle, elle ne l'a que transformée. Les grands-parents ne partagent peut-être plus le même toit que leurs petits-enfants, mais ils font, aujourd'hui comme autrefois, figures de soutien. Qui plus est, selon certaines études, les « nouveaux » grands-parents occuperaient une place encore plus importante que par le passé :

[...] les jeunes grands-parents font preuve d'un investissement massif et d'une ampleur inédite auprès des petits-enfants. [...]. Cet investissement massif est un des résultats notables de notre enquête : la comparaison des réponses obtenues auprès des trois générations enquêtées montre que la garde des petits-enfants était moins lar-

79. MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *L'obligation alimentaire entre les grands-parents et leurs petits-enfants*, sommaire du document de consultation, 16 novembre 1996, en ligne à <www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/obliga.htm>.

80. L'adoption du principe a eu lieu le 3 juin 1996, mais le projet de loi en tant que tel (Projet de loi n° 25) a été adopté le 17 juin suivant. La loi est finalement entrée en vigueur le 20 juin 1996. Voir *Loi modifiant le Code civil en matière d'obligation alimentaire*, L.Q. 1996, c. 28, art. 3. En vertu de l'article 2 de la Loi, l'abolition de l'obligation alimentaire entre parents autres que du premier degré a été appliquée aux instances en cours. Quant aux débiteurs alimentaires qui étaient assujettis à l'obligation de payer des aliments à un parent autre que du premier degré en vertu d'un jugement prononcé avant le 20 juin 1996, leur obligation s'est éteinte le 30 septembre 1996.

81. *Journal des débats*, Assemblée nationale du Québec, 35^e législature, 2^e session, Cahier n° 38, 14 juin 1996, p. 2277-2281.

gement répandue autrefois. La présence importante des grands-parents s'avère aujourd'hui plus forte que pour les deux générations précédentes.⁸²

D'ailleurs, depuis la réforme de 1980, le législateur lui-même reconnaît l'importance des rapports intergénérationnels. Au chapitre de l'autorité parentale, le Code civil interdit expressément au père et mère de faire obstacle, sans motif grave, aux relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents, sous peine de voir le tribunal intervenir pour en fixer les modalités d'exercice⁸³.

Bref, on ne peut prétendre à la disparition des liens grands-parents/petits-enfants. Ces liens se déploient aujourd'hui dans un autre univers physique et psychologique, mais ils ne se sont pas pour autant altérés. En abrogeant l'obligation alimentaire les unissant l'un à l'autre, l'État s'est donc fait l'auteur d'un faux signal. Le resserrement des critères législatifs donnant lieu à l'obligation alimentaire des grands-parents se serait sans doute avéré plus conforme aux changements sociaux. Une telle opération aurait peut-être permis d'atteindre un juste point d'équilibre entre les aspirations autonomistes de la famille nucléaire, d'une part, et l'interdépendance intergénérationnelle, d'autre part.

82. Claudine ATTIAS-DONFUT, « Nouvelle génération de grands-parents et mutations familiales », dans Marie SIMARD et Jacques ALARY, *Comprendre la famille – Actes du 5^e symposium québécois de recherche sur la famille*, Sainte-Foy, Presses de l'Université du Québec, 2000, p. 11 à 16. Sur le sujet, voir également Solange LEFEBVRE, « Échanges et solidarités entre générations : un apport à la stabilité familiale », dans CONSEIL DE LA FAMILLE, *Recueil de réflexions sur la stabilité des couples-parents*, Québec, Gouvernement du Québec, 1996, p. 157 et Dominique GOUBAU, « Obligations et droits des grands-parents en droit de la famille québécois », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Le droit des aînés (1992)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 21, 23-26.

83. Art. 611 C.c.Q. Le professeur Goubau écrit d'ailleurs : « À une époque où, comme nous l'avons vu, la notion de famille est réduite à la famille nucléaire, c'est-à-dire la cellule parents-enfants, le législateur québécois a donné une nouvelle dimension au cercle familial en y introduisant les grands-parents. Il n'est pas exagéré de dire que l'article 659 C.c.Q. [aujourd'hui art. 611] bouleverse le cadre que le droit réservait jusqu'à ce jour à la famille » : Dominique GOUBAU, « Obligations et droits des grands-parents en droit de la famille québécois », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Le droit des aînés (1992)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 21 à 34. Pour une analyse des décisions jurisprudentielles rendues de 1990 à 2001 sur la base de cette disposition, voir Dominique GOUBAU, « Relations grands-parents et petits-enfants : le juste équilibre entre l'intérêt et l'intrusion », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit familial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 67, 74 et s.

Mis à part quelques cas isolés, la jurisprudence rendue dans les années 80 et 90 posait d'ailleurs d'importantes balises au fardeau des grands-parents. Ainsi, on reconnaissait généralement le caractère subsidiaire de leur obligation. Ceux-ci ne pouvaient être appelés qu'en cas d'insuffisance des ressources financières et matérielles des parents⁸⁴. Certains juges considéraient également « l'effet palliatif du filet social », en obligeant les petits-enfants à réclamer, au préalable, toutes les prestations d'assistance sociale susceptibles d'améliorer leur situation économique⁸⁵. En outre, l'obligation ne pouvait servir qu'à pourvoir aux seuls besoins essentiels des petits-enfants, sans plus⁸⁶. Enfin, les tribunaux se montraient particulièrement sensibles aux moyens dont disposaient les grands-parents, rejetant toute demande alimentaire susceptible de mettre en péril une sécurité financière durement gagnée⁸⁷. Pour rassurer les uns et les autres, le législateur aurait donc pu circonscrire la portée de l'obligation alimentaire des grands-parents à la lumière des enseignements jurisprudentiels et aménager un environnement procédural propice au règlement amiable des conflits susceptibles de déchirer les protagonistes⁸⁸.

84. Voir *Droit de la famille - 1244*, [1989] R.D.F. 300 (C.S.); *Droit de la famille - 2379*, [1996] R.J.Q. 686 (C.S.). Voir également Dominique GOUBAU, « Obligations et droits des grands-parents en droit de la famille québécois », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Le droit des aînés (1992)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 21 à 29.

85. « De même, toute assistance obtenue par le biais des lois sociales réduit l'obligation alimentaire des grands-parents à l'égard de leurs petits-enfants, comme des parents à l'égard de leur enfant qui a cessé d'être à leur charge, puisque cette assistance diminue d'autant l'état d'indigence qui pourrait fonder le recours. À la différence du recours entre époux ou pour un enfant à charge contre le parent responsable, l'indigence du créancier alimentaire doit s'apprécier en tenant compte de l'effet palliatif du filet social » : *Droit de la famille - 2379*, [1996] R.J.Q. 686 (C.S.). Voir également *Droit de la famille - 2308*, [1996] R.J.Q. 77 (C.S.), où il s'agissait de prêts étudiants.

86. Voir *Droit de la famille - 2379*, [1996] R.J.Q. 686 (C.S.) et *Droit de la famille - 2308*, [1996] R.J.Q. 77 (C.S.). Voir cependant *Maranda c. Proteau-Brassard*, [1974] C.S. 40 et *Lévesque c. Darveau*, [1976] C.A. 706.

87. *Lyne Giroux c. Yvon de Champlain et Yolande Caron de Champlain*, C.S. Québec, n° 200-04-001314-952, 16 février 1996, j. L. Guertin, cité dans BARREAU DU QUÉBEC, *Mémoire sur les pensions alimentaires versées aux petits-enfants*, Montréal, mars 1996, p. 15. Voir aussi *Droit de la famille - 2276*, [1995] R.D.F. 697 (C.S.).

88. Plusieurs intervenants proposèrent d'ailleurs (mais en vain) l'instauration d'un mécanisme de médiation familiale obligatoire. Voir, par exemple, CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *L'obligation alimentaire entre les grands-parents et leurs petits-enfants*, Montréal, mars 1996, p. 25 et s.; BARREAU DU QUÉBEC, *Mémoire sur les pensions alimentaires versées aux petits-enfants*, Montréal, mars 1996, p. 20 et CONSEIL DE LA FAMILLE, *Avis conjoint sur* (à suivre...)

Lors des consultations populaires, les groupes d'ainés évoquèrent également le spectre des familles éclatées. Coupés de leurs propres enfants, de leur ex-bru ou de leur ex-gendre, certains grands-parents témoignèrent de leur isolement. On peut facilement comprendre le drame vécu par ceux et celles qui furent poursuivis par des petits-enfants qu'ils n'avaient pas vus depuis nombre d'années ou dont ils ignoraient jusqu'alors l'existence. Là réside d'ailleurs l'argument le plus déterminant invoqué par les groupes d'ainés à l'appui de leurs revendications⁸⁹.

Ici encore, la justesse du tir législatif apparaît douteuse. On aurait pu contourner la difficulté en conditionnant l'obligation alimentaire des grands-parents à la préexistence d'une relation significative avec le petit-enfant concerné. Ainsi, les grands-parents n'auraient pu être interpellés en justice que pour assurer le maintien d'une solidarité préexistante⁹⁰. La prise en compte des liens factuels entre le débiteur et le créancier alimentaires n'aurait pas été un précédent, le principe de l'obligation alimentaire *in loco parentis* prévu en matière de divorce étant fondé sur le rapport ayant existé, durant le mariage, entre l'époux du parent et l'enfant de ce dernier⁹¹.

En somme, l'abrogation de l'obligation alimentaire des grands-parents et petits-enfants ne se justifiait pas à la lumière des seules restructurations vécues par la famille au cours des dernières

(...suite)

l'obligation alimentaire entre les grands-parents et leurs petits-enfants, Québec, mars 1996, p. 11. Voir également les observations du professeur Dominique GOUBAU, « Relations grands-parents et petits-enfants : le juste équilibre entre l'intérêt et l'intrusion », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit familial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 67, 99.

89. Voir d'ailleurs CONSEIL DE LA FAMILLE, *Avis conjoint sur l'obligation alimentaire entre les grands-parents et leurs petits-enfants (La réflexion particulière du conseil de la famille relative à l'obligation alimentaire entre les grands-parents et leurs petits-enfants en vertu de l'article 585 du Code civil)*, Québec, mars 1996, p. 18.

90. Dans son mémoire, la Chambre des notaires opinait en faveur du maintien de l'obligation alimentaire des grands-parents, mais s'opposait à l'idée d'inclure, au rang des facteurs d'attribution, « les liens qui unissent les parties », craignant qu'un tel facteur n'envenime la situation familiale en multipliant les règlements de compte judiciaires : CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *L'obligation alimentaire entre les grands-parents et leurs petits-enfants*, Montréal, mars 1996, p. 23.

91. *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), c. 3 (2^e suppl.), art. 2(1). Sur l'application de cette règle, voir *Chartier c. Chartier*, [1999] 1 R.C.S. 242.

décennies. En choisissant cette option, l'État a symboliquement consacré l'étanchéité entre les générations⁹², sans même s'être donné la peine de revoir la portée d'une obligation qui, de temps immémoriaux, contribuait à la construction de l'identité familiale des individus, qu'ils soient parents, enfants, grands-parents ou petits-enfants⁹³.

On peut également reprocher au législateur d'avoir négligé le caractère réciproque de l'obligation alimentaire en cause⁹⁴. En acceptant d'en supprimer l'existence, le législateur a sans doute servi la cause des aînés qui souhaitaient protéger leurs ressources, mais a oublié de protéger les intérêts des autres qui, sans moyen, auraient pu en être les bénéficiaires

B. Le prélèvement de substances corporelles dans les actions relatives à la filiation

La filiation est certainement l'un des domaines du droit où les progrès réalisés dans le domaine de la génétique ont eu le plus d'impacts⁹⁵. Si, autrefois, la preuve fournie au soutien d'une action en revendication ou en contestation de filiation⁹⁶ ne relevait que des faits et des circonstances⁹⁷, elle prend désormais appui sur des bases scientifiques plus que probantes. En effet, l'analyse

92. Voir CONSEIL DE LA FAMILLE, *Avis conjoint sur l'obligation alimentaire entre les grands-parents et leurs petits-enfants (La réflexion particulière du conseil de la famille relative à l'obligation alimentaire entre les grands-parents et leurs petits-enfants en vertu de l'article 585 du Code civil)*, Québec, mars 1996, p. 17 et 22.

93. Dominique GOUBAU, « Obligations et droits des grands-parents en droit de la famille québécois », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Le droit des aînés (1992)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 21, 26.

94. Voir d'ailleurs CONSEIL DE LA FAMILLE, *Avis conjoint sur l'obligation alimentaire entre les grands-parents et leurs petits-enfants (La réflexion particulière du conseil permanent de la jeunesse relative à l'obligation alimentaire entre les grands-parents et leurs petits-enfants en vertu de l'article 585 du Code civil)*, Québec, mars 1996, p. 26.

95. Évidemment, l'autre domaine du droit où les bénéfices de la génétique ont été mis à profit est le droit criminel. Voir d'ailleurs, articles 487.04 et s. C.cr. et Sophie COUTURE, « Test d'identité par l'ADN – éliminer l'incertitude », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Congrès annuel du Barreau du Québec (1994)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 315, 321.

96. Je réfère ici aux actions en réclamation et/ou contestation d'état prévues aux articles 531 et 532 et s. C.c.Q., de même qu'aux actions en désaveu de paternité et en contestation de paternité prévues au second alinéa de l'article 531 C.c.Q.

97. L'article 533 C.c.Q. énonce la règle suivant laquelle la preuve de la filiation peut se faire par tous moyens, en précisant toutefois que les témoignages ne sont admissibles que s'il y a commencement de preuve, ou lorsque les présomptions (à suivre...)

comparative d'échantillons d'ADN⁹⁸ provenant d'un cheveu ou d'un frottis de salive prélevé chez l'enfant et la personne dont on le prétend issu permet, depuis quelques années, de confirmer ou de réfuter l'existence d'un lien biologique entre eux, avec une certitude quasi absolue⁹⁹.

Aussi concluante soit-elle, l'expertise génétique a toutefois été accueillie par les tribunaux avec beaucoup de circonspection. Soucieux d'assurer le respect du droit à l'inviolabilité de la personne humaine¹⁰⁰, les premiers juges appelés à se prononcer sur la problématique se sont gardés d'ordonner le prélèvement de cheveu ou de salive chez l'une ou l'autre des parties en cause, sans s'être assurés d'un consentement préalable¹⁰¹. Paradoxalement, ces mêmes tribunaux se sont majoritairement permis d'interpréter tout refus non motivé à l'encontre de son auteur, présumant qu'une telle décision ne pouvait servir qu'à camoufler une vérité non désirée¹⁰².

(...suite)

ou indices résultant de faits déjà clairement établis sont assez graves pour en déterminer l'inclusion. Selon l'article 535 C.c.Q., tous les moyens de preuve sont admissibles pour s'opposer à une action relative à la filiation.

98. Pour un exposé scientifique sur le test d'ADN, voir Sophie COUTURE, « Le recours au test d'ADN en droit familial : Comment ? et pourquoi ? », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Congrès annuel du Barreau du Québec (1998)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 411, 413.
99. Selon les experts, l'exclusion de la paternité par preuve d'ADN est sûre à 100 %. Quant à l'inclusion de paternité, la preuve serait fiable à 99,8 % : Alexandra OBADIA, « L'incidence des tests d'ADN sur le droit québécois de la filiation », (2000) 45 *R.D. McGill* 483, 487 et Bartha KNOPPERS et al., « L'apport des technologies de l'ADN en droit familial : Aspects techniques et juridiques », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Congrès annuel du Barreau du Québec (1997)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 329.
100. *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]), art. 7; *Charte des droits et libertés de la personne* (L.R.Q., c. C-12), art. 1, et art. 3 et 10 C.c.Q.
101. En fait, les tribunaux ont appliqué, en matière de prélèvement de cheveux ou de salive, les mêmes principes que ceux retenus en matière de prélèvement sanguin, assimilant l'un comme l'autre à une atteinte au droit à l'intégrité. Quant au respect du refus de se soumettre à un prélèvement sanguin, voir *Droit de la famille - 206*, [1986] R.J.Q. 2038 (C.A.); *Droit de la famille - 1059*, [1990] R.D.F. 385 (C.A.) et *Droit de la famille - 1859*, [1993] R.J.Q. 2303 (C.A.). Quant au respect du refus de se soumettre à un prélèvement de cheveux ou de salive, voir *Droit de la famille - 2579*, [1997] R.D.F. 94 (C.S.); *Droit de la famille - 3353*, B.E. 99BE-790 (C.S.). Voir également les opinions émises dans *Droit de la famille - 2796*, [1997] R.J.Q. 2834 (C.S.); *Droit de la famille - 2552*, [1996] R.D.F. 889 (C.S.) et *L. c. S.*, [1999] R.J.Q. 2927 (C.S.).
102. « Lorsque, sans explication ni justification, même subjective, celui qui aurait tout intérêt à se soumettre à une épreuve banale qui, dans la mesure où elle serait déterminante, ne pourrait que le disculper, au risque de le faire simple-
(à suivre...)

Lors de la réforme de 1994, le législateur n'a pas cru bon faire contrepoids à la jurisprudence ou, à l'inverse, en confirmer le bien fondé, choisissant plutôt de ne pas intervenir expressément sur la question. Ce silence allait provoquer, quelques années plus tard, l'ouverture d'une importante brèche jurisprudentielle. En 2001, la Cour d'appel confirmait un jugement de première instance aux termes duquel un homme recherché en paternité s'était vu imposer l'obligation de se soumettre à un prélèvement de cheveu ou de salive¹⁰³.

Selon la Cour d'appel, la retenue manifestée par le législateur en 1994 témoigne d'une volonté implicite d'accorder au tribunaux « [...] le soin de prendre les mesures appropriées pour protéger l'intérêt de l'enfant [...] », en fonction des circonstances particulières de chaque affaire¹⁰⁴. Il faut donc, prétendit la Cour d'appel, apprécier le droit à l'inviolabilité de la personne humaine auquel un prélèvement de substances corporelles porte incontestablement

(...suite)

ment suspect, qu'il est déjà, s'y refuse, le simple sens commun, au-delà de toute disposition de la loi, impose une inférence, et interdire, en principe, qu'on la tire, reviendrait à rendre le sens commun illégal » : *Droit de la famille - 1059*, [1990] R.D.F. 385, 391 (C.A.) (j. Proulx dissident). Dans le même sens, voir *Droit de la famille - 2418*, [1996] R.D.F. 443 (C.A.); *Droit de la famille - 1859*, [1993] R.J.Q. 2303 (C.A.) et *Droit de la famille - 2192*, [1995] R.D.F. 196 (C.A.). Voir cependant *Droit de la famille - 2552*, [1996] R.D.F. 889 (C.S.) où le tribunal a clairement laissé entendre que le refus n'est pas, à lui seul, déterminant, mais doit être considéré comme un élément de preuve parmi les autres.

103. *A.P. c. L.D.*, [2001] R.J.Q. 16 (C.A.) (j. Proulx dissident), confirmant ainsi la décision de la juge Pierrette Rayle, répertoriée à *Droit de la famille - 3453*, [1999] R.J.Q. 2968 (C.S.). La permission d'appel - qui avait d'abord été accordée par la Cour suprême le 6 septembre 2001 - a été retirée le 4 novembre 2002. Par ailleurs, notons que dans une décision non rapportée prononcée quelques années plus tôt, le juge Fréchette avait passé outre à la décision de la mère qui s'opposait à ce que son enfant fasse l'objet d'un prélèvement et, incidemment, avait réclamé la désignation d'un tuteur *ad hoc*. Ce dernier avait donné son consentement au prélèvement, estimant qu'une telle opération servait l'intérêt de l'enfant. Suivant la recommandation du tuteur *ad hoc*, le juge avait finalement ordonné le prélèvement : *Boivin c. Robert*, C.S. Sherbrooke, n° 450-04-002467-982, reproduit dans Suzanne PILON, « La jurisprudence marquante de la dernière année en droit familial », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit familial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 205, 239-253.

104. *P. c. L.D.*, [2001] R.J.Q. 16 (C.A.). Qui plus est, la lecture combinée des articles 33, 533 et 2858 C.c.Q. et 414 C.p.c. conférerait, selon la Cour d'appel, une habilitation législative implicite. Au contraire, le juge Proulx, dissident, émit l'opinion suivant laquelle le silence du législateur atteste de sa volonté « [...] d'exclure ce moyen de preuve en droit de la filiation ».

atteinte¹⁰⁵, à l'aune des droits de l'enfant et des progrès scientifiques¹⁰⁶. Compte tenu du degré d'invasion tout à fait minime que suppose l'intervention nécessaire au prélèvement d'un cheveu ou d'un échantillon de salive, le droit à la filiation, conclut la Cour, doit prévaloir sur le droit à l'intégrité¹⁰⁷.

Le 13 juin 2002, le législateur codifiait la décision de la Cour d'appel par l'ajout de l'article 535.1 au Code civil¹⁰⁸, coupant court aux tergiversations jurisprudentielles qu'aurait pu engendrer la dissidence de l'un des magistrats¹⁰⁹ :

535.1 Le tribunal saisi d'une action relative à la filiation peut, à la demande d'un intéressé, ordonner qu'il soit procédé à une analyse

-
105. La Cour d'appel confirme donc, sans autre nuance, qu'un prélèvement de substances corporelles, aussi peu intrusif soit-il, constitue une atteinte au droit à l'intégrité reconnu par les Chartes et le Code civil. Cette interprétation me semble se distinguer de celle retenue par la Cour suprême dans l'arrêt *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211 où, au nom de la Cour, la juge L'Heureux-Dubé écrivait, au n° 97 : « Le sens courant du mot " intégrité " laisse sous-entendre que l'atteinte à ce droit doit laisser des marques, des séquelles qui, sans nécessairement être physiques ou permanentes, dépassent un certain seuil. L'atteinte doit affecter de façon plus que fugace l'équilibre physique, psychologique ou émotif de la victime. D'ailleurs, l'objectif de l'article 1 [de la Charte canadienne], tel que formulé, le rapproche plutôt d'une garantie d'inviolabilité de la personne et, par conséquent, d'une protection à l'endroit des conséquences définitives de la violation ». Pour d'autres observations sur les concepts d'intégrité et d'inviolabilité, voir Adrian POPOVICI, *La couleur du mandat*, Montréal, Éditions Thémis, 1995, p. XXXV.
106. Notons que l'article 7 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* reconnaît le droit d'un enfant de connaître ses parents : « L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux » : Voir Rés. AG 44/25, Doc. Off. AG NU, 44^e sess., supp. n° 49, Doc. NU A/44/49 (1989) 167.
107. Dans le but d'assurer le caractère exécutoire de l'ordonnance prononcée en première instance, la Cour d'appel ordonna toutefois le retour du dossier à la Cour supérieure afin qu'on en précise les modalités « [...] relatives à la désignation de l'expert, à la date et au lieu où l'expertise [serait] tenue et à la confidentialité devant entourer les résultats du test d'ADN » : *A.P. c. L.D.*, [2001] R.J.Q. 16 (C.A.).
108. *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 2002, c. 19, art. 5. La loi est entrée en vigueur le jour de son adoption.
109. Voir d'ailleurs *J.-M.F. c. C.J.R.*, [2001] R.D.F. 757, 759 (C.S.) où, postérieurement à l'arrêt de la Cour d'appel, le juge Blanchet écrit : « Dans cette importante décision de la Cour d'appel, on ne saurait ignorer la dissidence non moins importante du juge Proulx, lequel insiste notamment sur le fait qu'au Québec, la loi prohibe toujours de façon expresse tout prélèvement non autorisé (art. 10 C.c.Q.) ».

permettant, par prélèvement d'une substance corporelle, d'établir l'empreinte génétique d'une personne visée par l'action.¹¹⁰

Toutefois, lorsque l'action vise à établir la filiation, le tribunal ne peut rendre une telle ordonnance que s'il y a commencement de preuve de la filiation établi par le demandeur ou si les présomptions ou indices résultant de faits déjà clairement établis par celui-ci sont assez graves pour justifier l'ordonnance.

Le tribunal fixe les conditions du prélèvement et de l'analyse, de manière qu'elles portent le moins possible atteinte à l'intégrité de la personne qui y est soumise ou au respect de son corps. Ces conditions ont trait, notamment, à la nature et aux date et lieu du prélèvement, à l'identité de l'expert chargé d'y procéder et d'en faire l'analyse, à l'utilisation des échantillons prélevés et à la confidentialité des résultats de l'analyse.

Le tribunal peut tirer une présomption négative du refus injustifié de se soumettre à l'analyse visée par l'ordonnance.

Par l'adoption de cette disposition, le Québec est devenue la dernière province canadienne à reconnaître au tribunal le pouvoir d'ordonner le prélèvement de substance corporelle, dans le cadre d'actions relatives à la filiation¹¹¹. Dorénavant, les parties ne pourront donc plus se retrancher derrière le paravent du droit à l'intégrité, de peur de voir la vérité biologique éclatée au grand jour. Un paravent dont, avouons-le, les tribunaux ont parfois cautionné

-
110. Notons que la Cour d'appel a récemment précisé que l'ordonnance pouvait être rendue avant que la contestation ne soit liée ou avant l'audition au fond : *H.M. c. Z.Ma.*, J.E. 2003-54 (C.A.). Avant l'adoption de l'article 535.1 C.c.Q., les tribunaux se montraient hésitants à prononcer l'ordonnance au stade interlocutoire : Voir *G.L. c. C.F.*, [2002] R.D.F. 683 (C.S.). Voir également *F. (J.-M) c. R. (C.J.)*, [2001] R.D.F. 757 (C.S.); *S.L. c D.C.*, J.E. 2001-403 (C.S.).
111. Alberta : *Family and Domestic related Statutes Amendment Act*, S.A. 1991, c. 11, art. 69(1) et *Parentage and Maintenance Act*, S.A. 1990, c. P-0.7, art. 13; Colombie Britannique : *Rules of Court*, art. 30(1) et *Provincial Court (Family) Rules*, art. 10; Île-du-Prince-Édouard : *Child Status Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. C-6, art. 10; Manitoba : *Loi sur l'obligation alimentaire*, L.R.M. 1987, c. F.20, art. 21; Nouveau-Brunswick : *Loi sur les services à l'enfant et à la famille et sur les relations familiales*, L.N.-B. 1980, c. C-2.1, art. 110; Nouvelle-Écosse : *Family Maintenance Act*, R.S.N.S. 1989, c. 160, art. 27; Ontario : *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, L.R.O. 1990, c. C-12, art. 10; Saskatchewan : *Children's Law Act*, S.S. 1990-91, c. C-8.1, art. 48; Terre-neuve : *Children's Law Act*, R.S.N. 1990, c. C-13, art. 8; Yukon : *Loi sur l'enfance*, L.R.Y. 1986, c. 22, art. 15. Voir également Alexandra OBADIA, « L'incidence des tests d'ADN sur le droit québécois de la filiation », (2000) 45 *R.D. McGill* 483, 500.

l'utilisation de manière quelque peu abusive¹¹². Eu égard à l'importance des enjeux que soulève la filiation d'une personne, on peut à bon droit s'interroger sur la légitimité de l'objection autrefois retenue par la jurisprudence dominante. Comme l'écrivait la juge Pierrette Rayle en 1999, l'intérêt de l'enfant et « [...] la paix judiciaire vale[nt] bien « quelques cheveux ou un peu de salive » »¹¹³.

Par ailleurs, on peut se réjouir du souci exprimé par le législateur de préserver l'intégrité des personnes en cause et leur droit à la vie privée¹¹⁴ en exigeant, lorsque l'action vise à établir la filiation, la mise en preuve de circonstances factuelles « assez graves ». Nul ne pourra donc être contraint de subir un prélèvement, sans que des motifs sérieux ne permettent de croire à la vraisemblance d'un lien biologique¹¹⁵.

L'équilibre des droits des uns et des autres s'exprime également à travers la présomption négative susceptible d'être retenue à l'encontre de celui qui refuse, sans motif valable, de se soumettre à l'ordonnance du tribunal¹¹⁶. Jugeant sans doute excessive la

112. En justifiant longuement – et de façon ardue – leurs prétentions, certains juges finissaient d'ailleurs par en trahir le caractère abusif. Ainsi, le juge Boily expliquait, dans une affaire de 1997 : « Dans les circonstances, même si la santé de l'enfant n'est pas en péril et que le prélèvement ne semble présenter aucun danger ni aucune douleur pour l'enfant, puisqu'il peut être effectué au moyen d'un prélèvement d'un échantillon de cheveu ou d'un frottis de salive, il n'en demeure pas moins que c'est une atteinte à l'inviolabilité de la personne humaine, principe fondamental que les tribunaux doivent respecter sauf dans les cas exceptionnels où la santé et la vie de l'enfant seraient sérieusement en danger ou dans d'autres cas où les circonstances exigent [sic]. [...] On ne peut non plus soutenir logiquement que ce test n'étant pas douloureux, il soit justifié de soumettre l'enfant à cette intrusion, à ce stress, puisque nécessairement il doit être exercé dans un cadre médical où un protocole doit être mis en place. [...] Ce tribunal reconnaît que la situation sociale et la science ont grandement évolué mais croit que cette évolution légitime ne supprime pas la primauté de l'inviolabilité de l'intégrité physique si minime soit elle. » : *Droit de la famille* – 2796, [1997] R.J.Q. 2834 (C.S.).

113. *Droit de la famille* – 3453, [1999] R.J.Q. 2968 (C.S.).

114. Sur les différentes inquiétudes que l'expertise génétique soulèvent à l'égard du droit à la vie privée, voir Claire BERNARD et Catherine CHOQUETTE, « Les incidences de l'identification génétique sur le droit de la filiation québécoise », dans Christiane HENNAU-HUBLET et Bartha Maria KNOPPERS (dir.), *L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'homme. Aspects médico-scientifique, éthique et juridique*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 1997, p. 353, 387-388.

115. Voir *M. c. Z.Ma.*, J.E. 2003-54 (C.A.).

116. Pour évaluer le caractère motivé ou non motivé d'un refus, les tribunaux pourront certainement s'en remettre à la jurisprudence antérieure. Voir Doris THIBAUT, « L'inviolabilité de la personne et la preuve en matière de filiation », (à suivre...)

sanction d'outrage au tribunal auquel s'expose normalement le justiciable qui n'obtempère pas à l'ordre de la Cour¹¹⁷, le législateur s'est sagement inspiré de la jurisprudence antérieure et des législations en vigueur dans les autres provinces en prévoyant qu'une telle présomption suffirait à le pénaliser¹¹⁸.

Certes, l'intégration législative du test d'ADN pourrait raviver les discussions sur les fondements de la filiation¹¹⁹. Dans l'état actuel du droit, la filiation dite « par le sang » n'est pas qu'une simple affaire de gènes. En cette matière, le législateur privilégie parfois la stabilité socio-affective de l'enfant au détriment de la vérité biologique. Comme l'affirmait la juge Lebel en 1991 :

La lecture de l'ensemble des dispositions du titre troisième du *Code civil du Québec* portant sur la filiation amène inévitablement à la conclusion que le législateur a refusé d'ériger en système, un principe selon lequel seule compterait la « vérité biologique ». ¹²⁰

Ainsi, selon l'article 530 C.c.Q., la filiation d'un enfant établie aux termes d'un acte de naissance et d'une possession d'état conforme à ce titre demeure inattaquable¹²¹. Que l'on soit en

(...suite)

dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit familial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 89, 93 et s. Voir également Mario PROVOST, *Droit de la famille québécois*, Brossard, CCH, 2002, p. 4,016.

117. C.p.c., art. 50. La juge Rayle écrit d'ailleurs, dans *Droit de la famille – 3453*, [1999] R.J.Q. 2968 (C.S.) : « Le tribunal est conscient que ce faisant, il rend le défendeur-INTIMÉ [sic] passible d'un outrage au tribunal ».

118. Voir *Journal des débats*, Commission permanente des institutions, 36^e législature, 2^e session (du 22 mars 2001 au 12 mars 2003), Cahier n° 93, 30 avril 2002, p. 5707-5721. Il semble qu'en Allemagne et en Suède, le refus d'une personne de se soumettre à l'ordonnance judiciaire puisse entraîner l'imposition d'une amende ou d'une peine d'emprisonnement. Qui plus est, l'exécution forcée de l'ordonnance (contrainte du corps) serait même envisagée dans la législation : Alexandra OBADIA, « L'incidence des tests d'ADN sur le droit québécois de la filiation », (2000) 45 *R.D. McGill* 483, 507-508. Notons, par ailleurs, que l'Office de révision du Code civil proposait l'ajout d'une disposition permettant au juge de « [...] tirer une présomption de fait négative du refus injustifiable de se soumettre à un prélèvement sanguin ordonné en justice » : OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil*, vol. I, Projet du Code civil, Québec, Éditeur officiel, 1978, p. 110, art. 289.

119. Voir Michelle GIROUX, « Test d'ADN et filiation à la lumière des développements récents : Dilemmes et paradoxes », (2003) 32 *R.G.D.* 865.

120. *Droit de la famille – 989*, [1991] R.J.Q. 1343 (C.S.). Voir également *Droit de la famille – 2143*, [1995] R.D.F. 137, 140 (C.S.).

121. Art. 530 C.c.Q. Notons que, avant la réforme de 1994, les actions en désaveu et en contestation de paternité n'étaient pas assujetties à cette règle : art. 587, al. 2 C.c.Q., tel qu'introduit aux termes de la *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39.

mesure de démontrer un jour l'absence de tout lien biologique entre l'enfant et la personne dont on le croyait jusqu'alors issu n'y changera rien¹²². De même, en vertu de l'article 531 C.c.Q., le lien de filiation résultant de la présomption de paternité ne pourra être renversé à la demande du père ou de la mère qu'à l'intérieur de l'année qui suit la naissance de l'enfant¹²³. À l'expiration de ce délai, ni le père présumé, ni la mère ne pourront contester la filiation, quels que soient les résultats des expertises génétiques qu'ils pourraient avoir entre les mains¹²⁴. La vérité biologique cède également le pas en matière de procréation médicalement assistée, « [l]'apport de forces génétiques au projet parental d'autrui ne [pouvant] fonder l'établissement d'un lien de filiation entre l'auteur de l'apport et l'enfant qui en est issu »¹²⁵.

Dans un arrêt récent, la Cour d'appel a d'ailleurs réaffirmé l'irréfutabilité absolue d'une filiation résultant d'un titre et d'une possession d'état conforme, en prenant soin d'ajouter qu'« [i]l n'appartient pas à la Cour de se pencher sur les *raisons sociales* qui peuvent militer pour ou contre le contenu des articles 530 et 531 C.c.Q. »¹²⁶. Un tel commentaire pourrait s'avérer annonciateur d'un débat à venir sur les finalités de la filiation¹²⁷. Le droit de la filiation privilégiera-t-il encore longtemps les impératifs de stabilité socio-affective¹²⁸, dont les bases vacillent depuis quelques décennies sous le poids des ruptures familiales ou, au contraire, s'arrimera-

122. Voir, notamment, *A.L.R. et AL.J.R. c. M.C.D.*, REJB 2000-21743 (C.A.); *Droit de la famille - 3544*, J.E. 2000-508 (C.A.); *J.-P.B. c. M.P.*, B.E. 2001BE-599 (C.S.); *C.D. c. L.B.*, [2002] R.D.F. 653 (C.S.); *Droit de la famille - 2552*, [1994] R.D.F. 589 (C.S.) et *Droit de la famille - 3184*, [1999] R.J.Q. 201 (C.S.). Voir cependant *Droit de la famille - 2530*, [1996] R.D.F. 913 (C.S.).

123. Si le père présumé n'a eu connaissance de la naissance qu'après l'événement, le délai commencera à courir à compter du jour où il en aura eu connaissance : art. 531 C.c.Q.

124. Voir *M. c. D.L.V.*, [2001] R.D.F. 446 (C.S.). Sur l'application de la présomption de parenté en matière de procréation assistée, voir art. 538.3 C.c.Q.

125. Art. 538.2 C.c.Q. Toutefois, si l'apport de forces génétiques se fait par relation sexuelle, un lien de filiation pourra être établi, dans l'année qui suit la naissance, entre l'auteur de l'apport et l'enfant. Pendant cette période, le conjoint (ou la conjointe) de la femme qui a donné naissance à l'enfant ne pourra alors, pour s'opposer à cette demande, invoquer une possession d'état conforme au titre : art. 538.2, al. 2 C.c.Q. et *infra*, p. 256.

126. Les italiques sont de l'auteur. *Droit de la famille - 3544*, J.E. 2000-508 (C.A.).

127. Michel TÉTRAULT, *Droit de la famille. Aspects juridiques et déontologiques*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 329.

128. S'inspirant ainsi de la philosophie romaniste : Alexandra OBADIA, « L'incidence des tests d'ADN sur le droit québécois de la filiation », (2000) 45 *R.D. McGill* 483, 496.

t-il sans compromis à la vérité biologique, désormais observable à travers un simple cheveu ou une goutte de salive¹²⁹ ? Chargée de valeurs opposées, la question pourrait faire couler beaucoup d'encre au cours des prochaines années...¹³⁰.

C. La filiation homoparentale¹³¹

Il y a quelques années à peine, la réalité des enfants pris en charge par les couples de même sexe était ignorée, voire objet d'ostracisme. Dans l'esprit d'une majorité de personnes, la parentalité ne pouvait être que le reflet, réel ou fictif, de la réalité biologique¹³². D'ailleurs, selon un sondage réalisé au mois de décembre 2001, 51 % des Québécois se disaient contre l'adoption d'un enfant par un couple d'homosexuels¹³³.

Face à l'enjeu fondamental que représente le bien-être de l'enfant et devant les résistances révélées par les sondages d'opinions, on aurait pu s'attendre à des années de débats enflammés avant de voir poindre à l'horizon un projet de loi attribuant des droits parentaux aux couples de même sexe. La réalité aura été tout autre. Si le droit accuse souvent un retard sur les mentalités, il semble donc qu'en cette matière, le Québec ait voulu les précéder.

129. S'inspirant ainsi de la philosophie germanique : *Ibid.* Au Québec, cette philosophie semble bénéficier d'appuis importants. Voir les réflexions émises sur le caractère fondamental du droit de connaître ses origines dans *Droit de la famille - 1059*, [1990] R.D.F. 385 (C.A.) et l'importance accordée à la vérité biologique (au détriment des considérations de stabilité socio-affective) par le juge Bellavance dans *Droit de la famille - 2530*, [1996] R.D.F. 913 (C.S.). On pourrait aussi voir dans le nouvel article 538.2, al. 2 C.c.Q. une manifestation législative favorable à la vérité biologique. Voir *infra*, p. 256.

130. Voir Marie PRATTE, « Introduction », dans Christiane HENNAU-HUBLET et Bartha Maria KNOPPERS (dir.), *L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'homme. Aspects médico-scientifique, éthique et juridique*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 1997, p. 283, 286 et Michelle GIROUX, « Test d'ADN et filiation à la lumière des développements récents : Dilemmes et paradoxes », (2003) 32 *R.G.D.* 865.

131. Cette section reprend la majeure partie des développements présentés dans Alain ROY, « La filiation homoparentale : Esquisse d'une réforme précipitée », à paraître en janvier 2004 dans la revue *Enfances, Familles, Générations* du Conseil de développement de la recherche sur la famille du Québec.

132. Le droit lui-même a traditionnellement fait écho à cette perception. Qu'elle soit fondée sur la réalité biologique ou non, la filiation reconnue par le droit a toujours été compatible avec le modèle de la parenté généalogique. Ainsi, l'adoption se voulait jusqu'à tout récemment le reflet « fictif » de la réalité biologique, puisque les dispositions législatives la régissant étaient fondées sur le schème père-mère, du moins en principe.

133. Sylvia GALIPEAU, « Les enfants de l'homoparentalité », Montréal, *La Presse*, 27 février 2002, p. B-1.

Après quelques jours de consultations sollicitées à l'occasion d'une commission parlementaire dont le mandat premier portait non pas sur la parentalité homosexuelle mais sur l'union civile, le ministre de la Justice s'est spontanément rallié aux demandes formulées par un certain nombre de personnes et d'organismes, en ajoutant aux propositions législatives initialement déposées de nouvelles dispositions portant réforme de la filiation¹³⁴. En vigueur depuis le 24 juin 2002, cette réforme bouleverse l'ordre établi en extirpant la filiation du cadre de l'hétéroparentalité. Ainsi, l'acte de naissance d'un enfant peut-il désormais attester d'un lien de filiation avec deux mères ou deux pères. L'article 115 C.c.Q. consacre cette réalité en ces termes :

La déclaration de naissance énonce le nom attribué à l'enfant, son sexe, les lieux, date et heure de la naissance, le nom et le domicile des père et mère et du témoin, de même que le lien de parenté du déclarant avec l'enfant. *Lorsque les parents sont de même sexe, ils sont désignés comme les mères ou les pères de l'enfant, selon le cas.*¹³⁵

La filiation d'un enfant avec deux parents de même sexe pourra d'abord résulter d'un jugement d'adoption. En vertu de l'article 546 C.c.Q., l'adoption d'un enfant est prononcée en faveur

134. L'avant-projet de loi sur l'union civile a été présenté par le ministre de la Justice le 7 décembre 2001. Des auditions portant sur l'avant-projet ont eu lieu en commission parlementaire du 5 février au 21 février 2002. Le projet de loi réformant la filiation a quant à lui été formellement déposé le 25 avril 2002. Après de courtes consultations tenues du 15 au 23 mai 2002, le projet a été adopté par l'Assemblée nationale le 7 juin 2002, à l'unanimité. Voir *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, c. 6, art. 27.

135. Les italiques sont de l'auteur. Deux articles complètent cet énoncé. En matière de procréation assistée, l'article 539.1 C.c.Q. précise la règle suivant laquelle « [l]orsque les parents sont tous deux de sexe féminin, les droits et obligations que la loi attribue au père, là où ils se distinguent de ceux de la mère, sont attribués à celle des deux mères qui n'a pas donné naissance à l'enfant ». En matière d'adoption, la règle correspondante est prévue à l'article 578.1 C.c.Q. : « Lorsque les parents de l'adopté sont de même sexe, celui qui a un lien biologique avec l'enfant a, dans le cas où la loi attribue à chaque parent des droits et des obligations distincts, ceux du père, s'il s'agit d'un couple de sexe masculin, et ceux de la mère, s'il s'agit d'un couple de sexe féminin. L'adoptant a alors les droits et obligations que la loi attribue à l'autre parent. Lorsque aucun des parents n'a de lien biologique avec l'enfant, le jugement d'adoption détermine les droits et obligations de chacun ». Sur la portée de ces articles, voir Benoît MOORE, « Les enfants du nouveau siècle. Libres propos sur la réforme de la filiation », dans *Développements récents en droit de la famille*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 75, 85-86.

d'une personne seule¹³⁶ ou d'un couple¹³⁷, sur la base du consentement des parents biologiques ou d'une déclaration judiciaire d'admissibilité à l'adoption¹³⁸. Alors qu'on interprétait naguère la notion de « couple » en référence exclusive aux conjoints hétérosexuels, qu'ils soient ou non mariés¹³⁹, on doit désormais en élargir la portée pour y intégrer les conjoints homosexuels, qu'ils soient unis civilement ou non.

Dans les faits, l'établissement d'un lien de filiation adoptif entre un enfant et deux personnes du même sexe résultera le plus souvent d'un consentement spécial du parent biologique de l'enfant en faveur de son nouveau conjoint¹⁴⁰. Évidemment, pour qu'un tel

136. Depuis plusieurs années, rappelons-le, une personne célibataire peut adopter un enfant, et ce, quelle que soit son orientation sexuelle. Voir Alain ROY, « L'adoption en droit québécois : aspects civils et procédurux », dans *La Famille – Extraits du Répertoire de droit/Nouvelle série*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 163, 173.

137. En somme, l'article 546 C.c.Q. permet à toute personne, seule ou *conjointement avec une autre personne*, d'adopter un enfant. Un frère et une sœur pourraient-ils, sur la base de cet article, adopter conjointement un enfant ? On pourrait peut-être le soutenir, mais telle n'est pas l'interprétation actuellement véhiculée par la doctrine et la jurisprudence. Puisque l'adoption vise à doter l'adopté d'un milieu familial de substitution, les « deux personnes » réfèrent, dans l'esprit des juristes, aux seuls conjoints. Par ailleurs, notons que, selon l'article 547 C.c.Q., l'adoptant doit avoir au moins 18 ans de plus que l'adopté, sauf si ce dernier est l'enfant de son conjoint ou si le tribunal n'en décide autrement, dans l'intérêt de l'adopté.

138. Art. 540 C.c.Q. Notons que, en principe, l'enfant âgé de 10 ans ou plus doit également apporter son consentement à sa propre adoption : art. 549 C.c.Q. Pour de plus amples explications sur les conditions relatives à l'adoption et le processus d'ouverture du dossier d'adoption, voir Alain ROY, « L'adoption en droit québécois : aspects civils et procédurux », dans *La Famille – Extraits du Répertoire de droit/Nouvelle série*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 163, 175 et s.

139. Voir Alain ROY, « Partenariat civil et couples de même sexe : La réponse du Québec », (2001) 35 *R.J.T.* 663, 685. Il semble que le Centre jeunesse Batslaw appliquait une interprétation différente, en reconnaissant la légalité d'une adoption conjointe par deux personnes de même sexe : Irène DEMCZUCK, Nicole PAQUETTE et Mona GREENBAUM, « Préambule. Légalité de la parentalité homosexuelle », dans ASSOCIATION CANADIENNE POUR LA SANTÉ MENTALE (Filiale de Montréal), *Parentalité gaie et lesbienne : famille en marge ?*, Actes du colloque des 1^{er} et 2 mars 2001, Montréal, 2001, p. 55.

140. Selon l'article 555 C.c.Q., le consentement spécial à l'adoption 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 (marié, civil ou de fait) de cet ascendant ou parent. Il peut également être donné en faveur du conjoint (marié, civil ou de fait) du père ou de la mère. Cependant, lorsqu'il s'agit de conjoints de fait, ces derniers doivent cohabiter depuis au moins trois ans.
(à suivre...)

scénario soit légalement admissible, l'enfant ne devra avoir aucun autre lien de filiation préexistant. Si tel est le cas, le conjoint du parent ne pourra adopter l'enfant de ce dernier, à moins que l'autre parent ne soit décédé ou déchu de son autorité parentale¹⁴¹. Bref, l'enfant ne pourrait, dans l'état actuel du droit québécois, avoir un lien de filiation avec plus de deux personnes.

Quant aux couples de même sexe qui voudront adopter un enfant au Québec par suite d'un consentement général ou d'une déclaration judiciaire d'admissibilité à l'adoption, ils seront confrontés aux mêmes réalités que les couples hétérosexuels. Il leur faudra donc soumettre leur demande au Centre de protection de l'enfance et de la jeunesse (CPEJ), satisfaire aux différentes conditions administratives¹⁴² et attendre patiemment qu'on les

(...suite)

Selon l'article 579 C.c.Q., l'adoption par une personne, de l'enfant de son conjoint (marié, civil ou de fait) ne rompt pas le lien de filiation établi entre ce conjoint et son enfant.

141. Le parent avec qui un lien de filiation subsisterait pourrait-il donner un consentement spécial en faveur du conjoint de l'autre parent pour parfaire le processus d'adoption ? Bien que les auteurs (et, semble-t-il, certains tribunaux inférieurs) répondent affirmativement à cette question, on peut entretenir de sérieux doutes quant à la conformité d'une telle interprétation avec l'intention du législateur. Tel qu'en font foi les *Commentaires du ministre de la Justice*, l'article 555 C.c.Q. consacre le droit d'une personne de donner un consentement spécial à l'adoption de son enfant *par son conjoint* (et non par le conjoint de l'autre parent) : *Commentaires du ministre de la Justice*, tome 1, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 333. Par ailleurs, autoriser un parent à se délester *privément* de son lien de filiation en faveur du conjoint de l'autre (dans un contexte de recomposition familiale) ne risque-t-il pas de transformer l'enfant en monnaie d'échange ? Dans le cadre d'une adoption intrafamiliale où l'intervention étatique est réduite au minimum, une telle perspective pourrait fort bien s'avérer contraire à l'intérêt de l'enfant (art. 543 C.c.Q.). À l'appui d'une interprétation favorable au consentement donné par un parent en faveur du conjoint de l'autre parent, voir notamment Marie PRATTE, « Le nouveau *Code civil du Québec* : Quelques retouches en matière de filiation », dans Ernest CAPARROS, *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, p. 283, 302 et Renée JOYAL, « La filiation homoparentale, rupture symbolique et saut dans l'inconnu », dans Pierre-Claude LAFOND et Brigitte LEFEBVRE, (dir.), *L'union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21^e siècle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 307, 308. Sur la question, voir également Michèle RIVET, « La vérité et la statut juridique de la personne », (1987) 18 *R.G.D.* 843, 852.
142. Tous les adoptants potentiels doivent faire l'objet d'une évaluation psychosociale destinée à déterminer s'ils sont en mesure d'assumer les responsabilités inhérentes à l'adoption d'un enfant. Si l'évaluation s'avère positive, leurs noms s'ajouteront à la liste des postulants tenue par les C.P.E.J. Dans la sélection des adoptants, « le respect de l'ordre chronologique d'inscription sur (à suivre...)

interpelle...¹⁴³. Compte tenu du peu d'enfants adoptables, les délais entre l'expression d'une première volonté et l'enclenchement du processus d'adoption à proprement parler s'étirent généralement sur plusieurs années¹⁴⁴. À l'instar des couples hétérosexuels, les couples homosexuels pourront également se porter candidats pour héberger, à titre de famille d'accueil, un enfant à risque ou en situation d'abandon, en espérant pouvoir éventuellement l'adopter à travers la Banque-Mixte¹⁴⁵.

Dans le cadre de l'adoption internationale, les couples de même sexe auront à faire face à une réalité juridique beaucoup moins favorable. En effet, les pays étrangers d'où proviennent la majorité des enfants adoptables se réservent généralement le droit de sélectionner les adoptants, en fonction de critères plus ou moins précis. Or, dans l'état actuel des choses, la Chine, le Viêt-Nam ou Haïti, pour ne nommer que ceux-là, refusent de cautionner l'adoption d'un de leurs ressortissants par un couple

(...suite)

la liste est subordonné aux besoins et aux caractéristiques des enfants disponibles pour adoption et aux attentes des parents biologiques » : *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1, art. 72.3. Voir également DIRECTION DE L'ADAPTATION SOCIALE, *L'adoption, un projet de vie – Cadre de référence en matière d'adoption au Québec*, Québec, ministère de la Santé et des Services sociaux, 1994, p. 19.

143. DIRECTION DE L'ADAPTATION SOCIALE, *L'adoption, un projet de vie – Cadre de référence en matière d'adoption au Québec*, Québec, Ministère de la Santé et des Services sociaux, 1994, p. 36. Selon des données (non officielles) rapportées dans l'édition du 2 mars 2003 du Journal *Le Soleil*, environ 8 couples de même sexe auraient, depuis le 24 juin 2002, déposé une demande d'adoption : Claudette SAMSON, « Un geste d'amour, non de charité », Québec, *Le Soleil*, 2 mars 2003, p. A-1.
144. Alors que le nombre annuel d'adoptions était de 4 000 dans les années 60, seulement 312 adoptions ont eu lieu entre le 31 mars 1991 et le 31 mars 1992. À cette date, le nombre de couples et d'individus inscrits sur la liste d'attente s'élevait à 3 843 : DIRECTION DE L'ADAPTATION SOCIALE, *L'adoption, un projet de vie – Cadre de référence en matière d'adoption au Québec*, Québec, Ministère de la Santé et des Services sociaux, 1994, p. 69 et 77.
145. La Banque-Mixte est composée de couples ou d'individus désireux d'adopter un enfant. À ce titre, ils sont inscrits comme postulants à l'adoption et acceptent de jouer le rôle de famille d'accueil auprès d'un enfant à risque élevé d'abandon et dont le projet de vie est l'adoption à court ou moyen terme. En effet, l'enfant en famille d'accueil pourrait bien devenir, à plus ou moins long terme, adoptable, par suite d'un consentement général des parents biologiques ou par déclaration judiciaire d'admissibilité à l'adoption. La famille d'accueil avec qui l'enfant aura peut-être développé des liens affectifs pourra, dans ce cas, proposer un projet d'adoption aux autorités. Voir les renseignements publiés sur la Banque-Mixte à <www.quebecadoption.net>.

homosexuel¹⁴⁶. À moins de revirements inattendus, les critères de sélections élaborés par les autorités étrangères feront donc obstacle au projet d'adoption internationale des couples de même sexe¹⁴⁷.

La filiation de l'enfant avec deux parents de même sexe pourra également résulter d'un projet parental avec assistance à la procréation, auquel cas le lien sera évidemment bimaternel. Selon le nouvel article 538 C.c.Q., il y a projet parental avec assistance à la procréation « [...] dès lors qu'une femme 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 ». Bien que les dispositions relatives à la procréation médicalement assistée introduites lors de la réforme de 1994 n'excluaient pas explicitement les couples de lesbiennes de leur champ d'application, la plupart des intervenants se retranchaient derrière l'économie générale du Code civil pour leur en refuser l'accès¹⁴⁸. Eu égard aux modifications apportées le 24 juin 2002, de telles pratiques ne pourront plus, dorénavant, être appliquées sous

146. Selon certaines sources, il n'existerait pas d'État qui accepte que des enfants ressortissants du pays soient adoptés par des homosexuels. Voir les renseignements publiés sur le site de l'organisation « Homoparentalité », à <www.cometes.net/hmppt/adopt.php>.

147. Pour contourner la difficulté, certains conjoints de même sexe seront tentés de procéder par une démarche en deux étapes. Cette démarche pourrait se traduire de la façon suivante : L'un des conjoints entreprend seul les démarches d'adoption internationale dans un pays qui accepte l'adoption par un célibataire et ment sur son orientation sexuelle, afin de préserver ses droits d'adoptant. Une fois les formalités édictées par les autorités étrangères complétées et l'adoption prononcée conformément à la loi, le parent adoptif de l'enfant donne, à son retour au Québec, un consentement spécial en faveur de son conjoint, aux conditions prévues par l'article 555 C.c.Q. Bien qu'atrayante, cette stratégie pourrait, à plus ou moins long terme, se retourner contre les couples de même sexe. Selon certaines sources, la Chine aurait déjà « [...] restreint le nombre d'enfants confiés à des Suédois vivant seuls après avoir découvert que certains d'entre eux avaient dissimulé leur homosexualité » : Antoine JACOB, *La difficile adoption d'enfants étrangers par les homosexuels en Suède*, Paris, Le Monde, 6 février 2003, en ligne à <www.lemonde.fr/imprimer_article_ref/0,5987,3210-308085,00.html>.

148. Voir art. 538-542 C.c.Q., tels qu'ils existaient jusqu'au 24 juin 2002. Qui plus est, plusieurs cliniques de fertilité n'acceptaient d'intervenir qu'auprès « [...] de couples pouvant constituer une famille hétérosexuelle dont au moins un des deux partenaires [était] stérile [...] » : Danielle JULIEN, Monique DUBÉ et Isabelle GAGNON, « Le développement des enfants de parents homosexuels comparé à celui des enfants de parents hétérosexuels », (1994) 15 *Revue québécoise de psychologie* 1, 3.

peine d'être déclarées contraires à la *Charte des droits et libertés de la personne*¹⁴⁹.

L'enfant conçu au terme d'une procréation « médicalement » assistée aura naturellement, suite à la naissance, un lien de filiation avec la mère dont il est issu¹⁵⁰. Le mode d'établissement du second lien maternel variera en fonction du statut juridique du couple de lesbiennes. Si le couple est civilement uni, la conjointe de la mère inséminée artificiellement sera présumée co-mère de l'enfant, en vertu d'une présomption de parenté étroitement inspirée de la présomption de paternité applicable en matière matrimoniale¹⁵¹. Si le couple est plutôt en union de fait, aucune présomption de parenté ne trouvera application, mais la conjointe de la mère pourra reconnaître l'enfant auprès du directeur de l'état civil. Sa déclaration suffira à établir son lien de filiation avec l'enfant, sans qu'il ne lui soit nécessaire d'entreprendre des procédures d'adoption ou toute autre démarche¹⁵². À défaut de reconnaissance volontaire par la conjointe, une possession constante d'état pourrait suffire¹⁵³. Quant au tiers-donneur, rappelons

149. L.R.Q., c. C-12, art. 10 : « Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge, sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap. Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit ». Les italiques sont de l'auteur.
150. Selon l'article 538.1 C.c.Q., « La filiation de l'enfant né d'une procréation assistée s'établit, comme une filiation par le sang, par l'acte de naissance. À défaut de ce titre, la possession d'état suffit; celle-ci s'établit par une réunion suffisante de faits qui indiquent le rapport de filiation entre l'enfant [...] [et] la femme qui lui a donné naissance [...] ».
151. Art. 538.3 et 525 C.c.Q. Cette présomption est toutefois écartée à l'égard de l'ex-conjointe lorsque l'enfant naît plus de trois cents jours de la fin de l'union, mais après l'union civile ou le mariage subséquent de la femme qui lui a donné naissance : art. 538.3, al. 3 C.c.Q.
152. Art. 540 C.c.Q. *a contrario*. Voir Alain ROY, « Filiation homosexuelle. La conjointe de la mère doit-elle adopter l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée ? », (2003) 105 *R. du N.* 119.
153. Art. 538.1 et 524 C.c.Q. Sur l'application de la possession d'état dans un contexte homoparental, voir Benoît MOORE, « Les enfants du nouveau siècle. Libres propos sur la réforme de la filiation », dans *Développements récents en droit de la famille*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 75, 82-83. Si une possession d'état ne peut être invoquée, aucun lien de filiation ne sera établi entre l'enfant et la conjointe, malgré son consentement initial au projet parental. Cependant, la conjointe engagera sa responsabilité envers l'enfant (à suivre...)

qu'il ne pourra d'aucune façon revendiquer l'établissement d'un lien de filiation avec l'enfant, pas plus qu'il ne pourrait lui-même être poursuivi aux termes d'une action en réclamation de paternité¹⁵⁴.

Par ailleurs, le législateur a profité de la réforme du 24 juin 2002 pour reconnaître une autre forme d'assistance à la procréation, sans doute plus conviviale que l'insémination artificielle... Désormais, la procréation assistée pourra résulter du concours d'un « ami dévoué », offrant en toute connaissance de cause sa contribution au projet parental d'autrui, au moyen d'une relation sexuelle¹⁵⁵. Le couple de lesbiennes¹⁵⁶ pourra donc opter entre la procréation « médicalement » assistée et la procréation « amicalement » assistée¹⁵⁷, selon l'expression pour le moins imagée utilisée par certains intervenants lors des échanges en commission parlementaire¹⁵⁸.

Comme en matière d'insémination artificielle, l'enfant ainsi conçu bénéficiera d'un lien de filiation avec la mère dont il est issu¹⁵⁹. Eu égard au projet parental partagé, un second lien de filiation pourra être établi entre l'enfant et la conjointe de la mère,

(...suite)

et la mère de celui-ci : art. 540 C.c.Q. Rappelons que ce n'est que depuis la réforme de 1994 qu'un conjoint de fait peut, dans de telles circonstances, voir sa responsabilité engagée. Voir *supra*, note 66.

154. Art. 538.2 C.c.Q. Si les gamètes ont été obtenues par l'intermédiaire d'une banque de sperme, les renseignements nominatifs relatifs au donneur demeureront confidentiels, sauf si, en l'absence de tels renseignements, un préjudice grave risque d'être causé à la santé de l'enfant ou de ses descendants, auquel cas le tribunal pourrait en permettre la transmission aux autorités médicales concernées : art. 542 C.c.Q. Ce principe de confidentialité des données nominatives a été introduit, rappelons-le, lors de la réforme de 1994. Voir *supra*, note 66.

155. Art. 538.2, al. 2 C.c.Q.

156. Comme le précise l'article 538 C.c.Q., le projet parental réalisé au moyen d'une relation sexuelle pourrait également être celui d'une femme seule ou d'un couple hétérosexuel. Il serait toutefois surprenant, dans ce dernier cas, que le conjoint de la femme privilégie cette alternative au détriment d'une insémination artificielle...

157. C'est d'ailleurs pour refléter les deux options désormais disponibles que le législateur a modifié le titre qui chapeaute les dispositions pertinentes. Alors qu'il était autrefois question de « Procréation médicalement assistée », le Code civil réfère maintenant à « La filiation des enfants nés d'une *procréation assistée* ». Les italiques sont de l'auteur.

158. Voir *Journal des débats*, Commission permanente des institutions, 15 mai 2002, en ligne à <www.assnat.qc.ca/fra/Publications/debats/journal/ci.htm>.

159. Art. 538.1 C.c.Q.

soit par le jeu de la présomption de parenté ci-dessus évoquée, si le couple est civilement uni, soit à la suite d'une reconnaissance volontaire ou d'une possession d'état, si le couple est plutôt en union de fait¹⁶⁰.

Toutefois, contrairement au tiers-donneur, le tiers-géniteur pourra, dans l'année qui suit la naissance, revendiquer un lien de filiation avec l'enfant et, incidemment, faire échec au lien de filiation avec la conjointe de la mère¹⁶¹. Le législateur préserve donc temporairement les droits de l'« ami dévoué » qui, suite à la naissance, pourrait bien se découvrir une « vocation à la paternité »¹⁶², si tant est qu'il connaisse son nouvel état¹⁶³. Pendant le délai d'un an, la

160. Art. 538.3, 538.1, 540 et 524 C.c.Q.

161. Art. 538.2, al. 2 C.c.Q.: « [...] [l]orsque 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 conjointe [ou la conjointe] de la mère qui a donné naissance à l'enfant ne peut, pour s'opposer à cette demande, invoquer une possession d'état conforme au titre ».

162. 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 21^e siècle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 337, 343.

163. En effet, le délai d'un an court à compter de la naissance, peu importe la connaissance qu'en a le géniteur. Cela dit, après l'expiration du délai d'un an, le géniteur pourrait prétendre à l'inapplicabilité du cadre juridique régissant la procréation assistée en prétendant qu'on ne l'a jamais avisé du projet parental en cause ou en démontrant l'inexistence d'un tel projet. S'il réussit dans sa démarche, le géniteur (devenu père en puissance) pourra réclamer la paternité de l'enfant aux termes d'une action en revendication (ou en contestation/revendication si un lien de filiation préexiste avec la conjointe de la mère), laquelle est prescriptible par 30 ans (art. 531-532 et 536 C.c.Q.). Puisque le législateur n'a prévu aucune règle particulière quant à la preuve du projet parental et quant à l'assentiment du géniteur, d'importantes difficultés pourraient se poser. Toutefois, la preuve du projet parental (tel que défini à l'article 538 C.c.Q.) sera probablement facilitée du seul fait de l'homosexualité de la mère. On peut sans doute présumer que la relation sexuelle intervenue avec la personne de sexe masculin a véritablement eu lieu dans un but de procréation. Ainsi, si la mère réussit à démontrer que le géniteur connaissait cette réalité au moment de la relation sexuelle, le géniteur aura plus de difficultés à prouver qu'il ignorait la nature de sa contribution. Notons que certains considèrent que la connaissance, par le géniteur, de l'existence du projet parental d'autrui n'a aucune incidence sur l'application de l'article 538.2 al. 2 C.c.Q. Une telle interprétation me paraît non fondée, puisqu'elle équivaut à attribuer au législateur l'intention de cautionner une duperie, au détriment du géniteur. Au soutien de cette interprétation, voir 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.* 1, 11.

filiation de l'enfant né d'une procréation « amicalement assistée » sera donc incertaine¹⁶⁴. Pour reprendre les termes employés par un auteur, elle sera sous condition suspensive pour le géniteur et sous condition résolutoire pour la conjointe de la mère¹⁶⁵. Le sort du deuxième lien de filiation de l'enfant pourrait donc dépendre d'une négociation privée entre la mère, sa conjointe et le géniteur¹⁶⁶.

Comme on aura pu le constater, la réforme de la filiation du 24 juin 2002 opère plusieurs ruptures avec le passé. En permettant l'établissement d'un lien filial entre un enfant et deux personnes de même sexe, le législateur reconnaît non seulement des responsabilités parentales aux couples homosexuels, il déconstruit les fondements d'une institution qui paraissait pourtant immuable. Certains ont applaudi à cette initiative législative¹⁶⁷; d'autres l'ont pourfendue sans ménagement¹⁶⁸. Plus d'un an après l'entrée en

164. Évidemment, la mère ne pourrait, au nom de l'enfant, tenter d'action en réclamation de paternité contre le géniteur. Admettre une telle hypothèse équivaldrait à cautionner le déni, par la mère, du projet parental qu'elle partageait avec sa conjointe. Par ailleurs, on ne peut croire à l'efficacité des dispositions sur la procréation « amicalement » assistée que si le géniteur demeure à l'abri de toute action en réclamation de paternité. Dans le même sens, voir Benoît MOORE, « Les enfants du nouveau siècle. Libres propos sur la réforme de la filiation », dans *Développements récents en droit de la famille*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 75, 92 et 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 21^e siècle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 337, 343-344. Bien entendu, si la mère nie l'existence de tout projet parental et parvient à convaincre le tribunal de la justesse de ses prétentions, le cadre juridique de la procréation assistée ne sera pas applicable et, conséquemment, le soi-disant géniteur pourrait devoir faire face à une action en revendication de paternité intentée par la mère au nom de l'enfant, selon les règles générales (art. 532-536 C.c.Q.). Au sujet de la preuve du projet parental, voir *supra*, note 163.

165. Benoît MOORE, « Les enfants du nouveau siècle. Libres propos sur la réforme de la filiation », dans *Développements récents en droit de la famille*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 75, 93.

166. Une telle approche de la filiation soulève évidemment plusieurs questions d'ordre éthique : Alain ROY, « La filiation homoparentale : Esquisse d'une réforme précipitée », à paraître en 2004 dans la revue *Enfances, Familles, Générations* du Conseil de développement de la recherche sur la famille du Québec.

167. Tel est le cas, notamment, des groupes représentant les gais et lesbiennes.

168. Voir, 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 21^e siècle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 337 et Benoît MOORE, « Les enfants du nouveau siècle.

(à suivre...)

vigueur des nouvelles dispositions, les tensions émotives se sont doucement apaisées entre les uns et les autres, mais une question revient aujourd'hui nous hanter : la reconstruction de la filiation en marge de la réalité biologique peut-elle se justifier à la lumière de l'intérêt de l'enfant, seul bénéficiaire avoué de l'opération législative ?

La grande majorité des intervenants ont reconnu sans ambages les qualités parentales des couples de même sexe. Plusieurs études démontrent qu'un enfant évoluant auprès de figures parentales homosexuelles aimantes se développe adéquatement¹⁶⁹. Le bien-être d'un enfant ne dépendrait pas de l'orientation sexuelle des personnes qui le prennent en charge, mais des soins et de l'amour qu'il reçoit d'elles. Incontestablement, l'intérêt de l'enfant commandait l'aménagement d'un cadre juridique consacrant l'engagement des personnes agissant, à son endroit, à titre de parents, peu importe leur orientation sexuelle.

Cela dit, plusieurs mécanismes juridiques reconnaissant à deux hommes ou deux femmes des responsabilités à l'égard d'un enfant auraient pu être envisagés, sans qu'on en fasse pour autant ses pères ou ses mères, aux termes de son acte de naissance. Ainsi, le législateur aurait-il pu autoriser le parent de l'enfant à consentir, devant notaire ou autrement, au partage de l'autorité parentale en

(...suite)

Libres propos sur la réforme de la filiation », dans *Développements récents en droit de la famille*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 75. Voir également les commentaires de Renée JOYAL, « Action gouvernementale en matière de famille – Une nouvelle vision de la famille », Montréal, *Le Devoir*, 5 mars 2003, p. A-7.

169. Voir, notamment, Danielle JULIEN, « Trois générations de recherches empiriques sur les mères lesbiennes, les pères gais et leurs enfants », dans Pierre-Claude LAFOND et Brigitte LEFEBVRE, (dir.), *L'union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21^e siècle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 359, particulièrement p. 365-367 (et les nombreuses analyses empiriques étrangères recensées par l'auteure en bibliographie); Danielle JULIEN, Monique DUBÉ et Isabelle GAGNON, « Le développement des enfants de parents homosexuels comparé à celui des enfants de parents hétérosexuels », (1994) 15 *Revue québécoise de psychologie* 1 et Monique DUBÉ et Danielle JULIEN, « Le développement des enfants de parents homosexuels : état des recherches et prospective », dans ASSOCIATION CANADIENNE POUR LA SANTÉ MENTALE (Filiale de Montréal), *Parentalité gaie et lesbienne : famille en marge ?*, Actes du colloque des 1^{er} et 2 mars 2001, Montréal, 2001, p. 39. Voir cependant les réserves « instinctives » exprimées par certains psychanalystes : Caroline ÉLIACHEFF, « Malaise dans la psychanalyse », (2001) 273 *Esprit* 62, 74-75 et Claude HALMOS, « L'adoption par des couples homosexuels : et l'enfant ? », *Psychologies*, Paris, mai 1999, p. 26.

faveur de son nouveau conjoint¹⁷⁰. Subsidiairement, il aurait pu organiser l'attribution judiciaire d'une « parentalité psychologique »¹⁷¹ pleine et entière en faveur du conjoint qui, au quotidien, remplit depuis un certain temps et de manière constante un rôle parental auprès de l'enfant de son conjoint¹⁷².

L'introduction de telles mesures aurait permis d'encadrer la réalité des enfants pris en charge par deux conjoints de même sexe, qu'ils aient été conçus dans le cadre de l'union hétérosexuelle antérieure de l'un ou l'autre ou qu'ils soient liés à l'un d'eux par suite d'un jugement d'adoption ou d'une procréation assistée¹⁷³.

-
170. La Cour d'appel du Québec a eu récemment l'occasion de rappeler que les dispositions actuelles du *Code civil du Québec* ne permettaient pas un tel partage : *Droit de la famille – 3444*, [2000] R.J.Q. 2533 (C.A.). *Contra* : Ann ROBINSON, « Homoparentalité et pluriparentalité : d'une filiation juridique à une parentalité solidaire », dans ASSOCIATION CANADIENNE POUR LA SANTÉ MENTALE (Filiale de Montréal), *Parentalité gaie et lesbienne : famille en marge ?*, Actes du colloque des 1^{er} et 2 mars 2001, Montréal, 2001, p. 73, 79.
171. J'emprunte l'expression au professeur Dominique Goubau : « Le caractère contraignant de l'obligation alimentaire des parents psychologiques », (1991) 51 *R. du B.* 625.
172. Telle était d'ailleurs la position défendue par le Barreau du Québec lors des auditions en commission parlementaire. Voir les propos du professeur Dominique Goubau, en ligne à <http://www.assnat.qc.ca/fra/Publications/debats/journal/ci/020212.htm#_Toc4384989>. Voir également, dans le même sens, Benoît MOORE, « Les enfants du nouveau siècle. Libres propos sur la réforme de la filiation », dans *Développements récents en droit de la famille*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 75, 97 et s. Par ailleurs, notons que l'attribution judiciaire d'une autorité parentale au conjoint du parent existe en droit néo-écossais, sous le nom de « residence order » : *Children and Law Family Services Act*, S.N.S. 1990, c. 5, art. 79 et 106(9). Dans le même sens, le droit belge prévoit la « tutelle officieuse », institution par laquelle les parents peuvent consentir, sous contrôle judiciaire, à déléguer d'importants attributs de leur autorité parentale en faveur de tiers : *Code civil belge*, art. 475bis et s. Sur le sujet, voir Jehanne SOSSON, « Les aspects juridiques du droit belge en matière de formes alternatives d'accueil », dans Marie-Thérèse MEULDER-KLEIN (dir.), *Adoption et formes alternatives d'accueil*, Bruxelles, Éditions Story-Scienta, 1990, p. 153, 155-160.
173. Évidemment, le partage d'autorité parentale, de même que l'institution d'une parentalité psychologique, se seraient avérés incompatibles avec l'adoption extra-familiale où, à l'origine, l'enfant n'est filialement lié à aucun des conjoints. Les procédures d'adoption sur consentement général ou déclaration judiciaire auraient donc dû être menées par un seul conjoint, quitte à ce que ce dernier consente par la suite au partage de l'autorité parentale en faveur de l'autre ou, à défaut, qu'un tribunal lui attribue une parentalité psychologique. Pour d'autres réflexions sur le sujet, voir Agnès FINE, « Pluriparentalités et systèmes de filiation dans les sociétés occidentales », dans Didier LE GALL et Yamina BETTAHAR (dir.), *La pluriparentalité*, Paris, P.U.F., 2001, p. 69, 89.

Quelle que soit l'hypothèse en cause, le conjoint homosexuel se serait vu reconnaître un rôle formel et, incidemment, aurait pu exercer toute la gamme des droits relevant usuellement du statut parental, sans que la filiation de l'enfant n'en soit pour autant modifiée¹⁷⁴. L'intervention du législateur aurait porté sur la parentalité et non sur la filiation, deux concepts distincts¹⁷⁵. La filiation, est-il utile de le mentionner, inscrit l'enfant sur l'axe généalogique, alors que la parentalité confère l'exercice des droits et des devoirs originellement attribués aux père et mère, mais néanmoins susceptibles de délégation¹⁷⁶ et de subdivision¹⁷⁷, voire de déchéance¹⁷⁸.

Inscrire l'homoparentalité dans la filiation même de l'enfant n'était donc pas la seule option législative disponible. Était-ce la plus favorable à l'enfant ? Bien que le ministre de la Justice se soit réclamé de l'intérêt de l'enfant pour appuyer l'option choisie¹⁷⁹, aucune étude empirique réalisée auprès d'enfants *filialement* liés à deux mères ou deux pères n'a été produite au soutien de ses prétentions, et pour cause : le Québec fait office de pionnier en la matière. Les précédents sont peu nombreux et ne datent que de quelques années¹⁸⁰. Aucune étude sérieuse ne peut aujourd'hui

174. Le législateur aurait pu rattacher des droits successoraux aux prérogatives parentales reconnues au conjoint de même sexe, de manière à permettre à l'enfant d'hériter *ab intestat* de ce dernier, et vice-versa.

175. Agnès FINE, « Vers une reconnaissance de la pluriparentalité », (2001) 273 *Esprit* 40, 52.

176. Selon l'article 601 C.c.Q., le titulaire de l'autorité parentale peut déléguer à tout tiers la garde, la surveillance ou l'éducation de l'enfant. C'est dans cette disposition que, par exemple, la gardienne d'enfant ou les établissements scolaires puisent leur autorité. Comme l'a précisé la Cour d'appel, la délégation ne peut toutefois être que temporaire et demeure susceptible de révocation unilatérale par le titulaire de l'autorité parentale : *Droit de la famille - 3444*, [2000] R.J.Q. 2533 (C.A.).

177. Ainsi, la tutelle, la garde et les droits d'accès sont autant d'attributs de l'autorité parentale qui peuvent être divisés entre plusieurs personnes : art. 605 C.c.Q.

178. Art. 606 C.c.Q. et s. Sur la question, voir généralement Agnès FINE, « Pluriparentalités et systèmes de filiation dans les sociétés occidentales », dans Didier LE GALL et Yamina BETTAHAR (dir.), *La pluriparentalité*, Paris, P.U.F., 2001, p. 69, 89.

179. Voir, notamment, les remarques finales du ministre de la Justice de l'époque, Monsieur Paul Bégin, à l'occasion des travaux en commission parlementaire : *Journal des débats*, Commission permanente des institutions, 15 mai 2002, en ligne à <www.assnat.qc.ca/fra/Publications/debats/journal/ci/020221.htm>.

180. Il semble qu'aucun autre État que le Québec n'ait reconnu, à ce jour, l'établissement d'une filiation homoparentale autrement qu'à travers un processus d'adoption. En matière d'adoption, le premier précédent remonte (à suivre...)

être réalisée sur la base d'un tel échantillonnage. Qui plus est, certaines législations étrangères, souvent citées en exemple, ne peuvent être abordées qu'avec circonspection, les effets de la filiation adoptive n'étant pas nécessairement les mêmes d'un État à l'autre. Il en est ainsi du droit néerlandais où l'adoption d'un enfant, depuis peu accessible aux couples de même sexe, entraîne non pas la création d'un nouvel acte de naissance, mais l'inscription du nom des adoptants en marge de l'acte d'origine¹⁸¹. Au-delà des droits parentaux dont elle permet la transmission, l'adoption néerlandaise ne vise pas, contrairement à l'adoption québécoise, à resituer l'enfant sur un nouvel axe généalogique¹⁸².

(...suite)

au 24 mai 1995, date à laquelle la Cour provinciale de l'Ontario déclarait invalide (parce que contraire au droit à l'égalité consacré par l'article 15(1) de la *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]) la disposition de la loi ontarienne niant aux couples de même sexe le droit de présenter une demande d'adoption : *Re K.*, (1995) 125 D.L.R. (4th) 653. À l'heure actuelle, l'adoption est accessible aux couples de même sexe dans d'autres provinces canadiennes et dans certains États étrangers, que ce soit aux termes de dispositions législatives ou de jugements prononcés par des tribunaux. Outre l'Ontario, tel est le cas de la Colombie-Britannique, de la Saskatchewan, de l'Alberta, de la Nouvelle-Écosse, des Territoires du Nord-Ouest, du Yukon et de l'État du Vermont. Pour un exposé sur le sujet, voir Michel MORIN, « La longue marche vers l'égalité des conjoints de même sexe », dans Pierre-Claude LAFOND et Brigitte LEFEBVRE, (dir.), *L'union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21^e siècle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 63, 82 à 85. En revanche, la Cour européenne des droits de l'homme a récemment refusé d'autoriser l'adoption d'un enfant par un couple de même sexe : *Fretté c. France* (Hudoc référence REF0000334). De même, la Belgique – qui vient tout juste d'autoriser le mariage gai – a, par la même occasion, fermé la porte de l'adoption aux couples de même sexe : *Loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil* (adoptée le 30 janvier 2003, publiée le 28 février 2003 et entrée en vigueur le 1^{er} juin 2003), art. 14, en ligne à <www.moniteur.be/index_fr.htm>.

181. Isabelle LAMMERANT, *L'adoption et les droits de l'Homme en droit comparé*, Bruylant, Bruxelles et L.G.D.J., Paris, 2001, n° 573, p. 553. Tel est aussi le cas de l'adoption simple du droit français (Code civil français, art. 362). Voir Patrick COURBE, *Droit de la famille*, 2^e éd., Paris, Armand Colin, 2001, p. 388, n° 995.
182. Comme l'expliquent les professeurs Philips-Nootens et Lavallée, l'adoption néerlandaise constitue en premier lieu un mécanisme de protection de l'enfant, elle est conçue comme un simple transfert des droits parentaux avant que d'être un mécanisme d'établissement de la filiation : 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 21^e siècle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 337, 357.

Sans doute, dans une vingtaine d'années, les chercheurs pourront-ils disposer de données leur permettant d'évaluer scientifiquement l'impact, sur l'enfant devenu adulte, d'une filiation homoparentale, instituée en rupture du modèle de filiation généalogique sur lequel les sociétés occidentales comparables à la nôtre ont érigé leur conception de la parenté¹⁸³. Dans l'intervalle, nul ne saurait objectivement prévoir les conséquences psychologiques qu'occasionnera la formalisation d'une telle filiation au registre de l'état civil¹⁸⁴, et ce, indépendamment des habilités parentales dont auront su faire preuve les personnes concernées. Consacrer l'engagement des conjoints de même sexe à l'égard d'un enfant est une chose, lui reconnaître deux mères ou deux pères, dans son acte de naissance, en est une autre¹⁸⁵. Car, faut-il le rappeler, la filiation

-
183. En vertu de ce modèle, conceptualisé par l'anthropologue québécoise Françoise-Romaine Ouellette, « [...] chaque individu est issu de deux autres individus d'une génération ascendante et de sexe différent qui l'auraient en principe conjointement engendrée, ses père et mère » : Françoise-Romaine OUELLETTE, « Les usages contemporains de l'adoption », dans Agnès FINE (dir.), *Adoptions : ethnologie des parentés choisies*, Paris, Maison des sciences de l'homme, 1998, p. 153, 156-157. Pour un exposé sur les autres modèles de parenté qui ont pu exister dans certaines sociétés, voir Anne CADORET, « La filiation des anthropologues face à l'homoparentalité », dans Daniel BORRILLO, Éric FASSIN et Marcela IACUB, *Au-delà du PaCS. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, Paris, P.U.F., 1999, p. 205.
184. Évidemment, il faut demeurer conscient qu'en matière de régulation sociale, l'objectivité ne sera jamais que relative. Commentant cette réalité, Danièle Loschak observe : « [...] derrière les calculs prétendument objectifs se dissimulent des systèmes d'évaluation qui restent fondamentalement normatifs et n'échappent pas à l'emprise des valeurs dominantes » : « Droit, normalité et normalisation », dans *Le droit en procès*, Paris, P.U.F., 1983, p. 52, 75. Cela étant, certains se commettent dès aujourd'hui à préjuger des conséquences d'une filiation homoparentale sur l'enfant. Pour un préjugé hautement favorable, voir Marie-France BUREAU, « L'union civile et les nouvelles règles de filiation au Québec : contrepoint discordant ou éloge de la parenté désirée », p. 6 disponible en ligne à <<http://www.chairedunotariat.qc.ca/fr/conferences/uciv/bureau2002.pdf>>. Pour un préjugé défavorable, voir 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 21^e siècle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 337 et Catherine LABRUSSE-RIOU, « La filiation en mal d'institution », (1996) 227 *Esprit* 91, 93 et 105-106. Sur le sujet, voir également les propos de la psychanalyste Caroline ÉLIACHEFF dans « Malaise dans la psychanalyse », (2001) 273 *Esprit* 62, 76.
185. Il est intéressant de noter que certains couples de même sexe se rallieraient eux-mêmes au principe voulant qu'un enfant puisse n'avoir qu'une seule mère et qu'un seul père. Ainsi, l'ethnologue Anne Cadoret écrit : « La famille homosexuelle, quelle que soit la forme d'entrée dans la parenté choisie, doit
(à suivre...)

n'est pas qu'un montage juridique porteur d'autorité parentale. Lourdemment chargée sur le plan symbolique¹⁸⁶, elle contribue également à la construction de l'identité sociale et psychologique des personnes¹⁸⁷.

(...suite)

décider des termes d'appellation de chacun des membres du couple; très peu demandent à être tous(les) les deux appelé(e)s « Maman » ou « Papa ». Dans les appellations de parenté, on note donc un respect implicite de la règle fondamentale de notre système terminologique où ces termes de « Maman » et « Papa » restent uniques, parfaitement descriptifs, parce qu'on n'est engendré que par une seule femme et un seul homme. Mais ce qui est intéressant, c'est qu'une autre appellation de parenté est souvent recherchée; soit les parents choisissent d'être appelés de la même manière, voulant ainsi uniformiser et consolider leurs rôle et statut de parenté; les parents seront ainsi tous les deux appelés « Maman » ou « Papa », suivi du prénom, « Maman Marie » par exemple, soit encore, un des membres du couple, celui qui est le parent légal (et aussi biologique lors de l'insémination) est appelé « normalement » « Maman » ou « Papa »; et la ou le partenaire est appelé(e) par un autre terme de parenté comme « tante »/« oncle », « marraine »/« parrain » ou encore « Maman Marie », « Papa Paul » ... » : Anne CADORET, « Figures d'homoparentalité », dans Martine GROSS (dir.), *Homoparentalités, état des lieux. Parentés et différence de sexe*, Issy-les-Moulineaux, ESF, 2000, p. 169, 172. À l'inverse, il semble que les enfants vivant dans une famille homoparentale savent très bien différencier parent et beau-parent : « Le second parent de même sexe – le compagnon ou la compagne – n'est pas perçu comme un parent de substitution au parent de l'autre sexe, que celui-ci existe ou non. La différence de sexe ou de genre limite cette possibilité d'autant plus que le besoin pour l'enfant d'avoir des référents des deux genres est reconnu par tous. Ce compagnon ou cette compagne ne joue donc pas, au moins au niveau explicite, le rôle de la mère ou du père non présent [...] Cette personne peut être assimilée à quelqu'un appartenant à la catégorie de la parenté spirituelle, un parrain ou une marraine qui prend le relais des parents, non pas à titre exceptionnel (par exemple en cas de disparition des parents), mais à titre permanent » : François DE SINGLY et Virginie DESCOUTURES, « La vie en famille homoparentale », dans Martine GROSS (dir.), *Homoparentalités, état des lieux. Parentés et différence de sexe*, Issy-les-Moulineaux, ESF, 2000, p. 193, 202 et 203. Voir cependant les observations de A. BREWAEYS et al. : « Insémination artificielle. Le fonctionnement familial et le développement des enfants dans des familles de mères lesbiennes », dans Martine GROSS (dir.), *Homoparentalités, état des lieux. Parentés et différence de sexe*, Issy-les-Moulineaux, ESF, 2000, p. 230, 233 et 235.

186. Voir Irène THÉRY, « Le contrat d'union sociale en question », (1997) 236 *Esprit* 159, 179-182.

187. Voir Pierre LEGENDRE, « Analecta », dans *Leçons IV, suite 2, Filiation – Fondement généalogique de la psychanalyse*, Paris, Fayard, 1990, p. 187. Voir également Françoise HÉRITIER-AUGÉ, « De l'engendrement à la filiation. Approche anthropologique », (1989) 44 *Topique – Revue Freudienne* 173, 174.

Au-delà des polémiques d'ordre historique¹⁸⁸, anthropologique¹⁸⁹, moral¹⁹⁰ et juridique¹⁹¹ que soulève la filiation homopa-

188. Voir Élizabéth ROUDINESCO, *La famille en désordre*, Paris, Fayard, 2002.
189. Anticipant l'accroissement constant des demandes d'adoption présentées par les couples de même sexe, l'anthropologue québécoise Françoise-Romaine Ouellette écrivait, en 1996 : « [l]'enfant adopté par deux personnes de même sexe [...] serait [...] délibérément marginalisé par rapport à un système de filiation que l'on peut considérer comme un bien symbolique commun. [...] [s]i un jour le législateur permet à deux personnes de même sexe d'adopter conjointement un enfant, le sens de l'adoption – et, avec elle, du lien parent-enfant, s'en trouvera nécessairement altéré » : Françoise-Romaine OUELLETTE, « Les usages contemporains de l'adoption », dans Agnès FINE (dir.), *Adoptions : ethnologie des parentés choisies*, Paris, Maison des sciences de l'homme, 1998, p. 153, 168. D'autres classent plutôt l'adoption homoparentale au rang des « innovations » que pourraient justifier les changements qu'a connus le « contenu de l'adoption » au cours de l'histoire : Agnès FINE, « Adoption, filiation, différence des sexes », dans Martine GROSS (dir.), *Homoparentalités, état des lieux. Parentés et différence de sexe*, Issy-les-Moulineaux, ESF, 2000, p. 73, 85. Pour une synthèse du débat anthropologique que soulève la conjugalité homosexuelle et la filiation homoparentale, voir Éric FASSIN, « La voix de l'expertise et les silences de la science dans le débat démocratique », dans Daniel BORRILLO, Éric FASSIN et Marcela IACUB (dir.), *Au-delà du PaCS. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, Paris, P.U.F., 1999, p. 89.
190. Voir François DAGOGNET, « La famille sans la nature : une politique de la morale contre le moralisme », dans Daniel BORRILLO, Éric FASSIN et Marcela IACUB (dir.), *Au-delà du PaCS. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, Paris, P.U.F., 1999, p. 79.
191. Certains prennent appui sur le système juridique de l'adoption simple pour plaider en faveur de la filiation homoparentale. Ainsi, Pierre Verdier écrit : « Peut-on avoir deux pères et deux mères ? La question ne se pose pas, puisque, de fait, certains enfants ont plusieurs pères et mères. Par hypothèse, tout ce qui existe est possible. Le droit le prévoit d'ailleurs dans le système de l'adoption simple où un enfant peut avoir légalement deux pères et deux mères, l'adoption simple étant une nouvelle filiation qui s'ajoute à la filiation d'origine » : Pierre VERDIER, « Ce que l'adoption nous apprend à propos des enfants qui ne sont pas nés de la sexualité de leurs parents », dans Martine GROSS (dir.), *Homoparentalités, état des lieux. Parentés et différence de sexe*, Issy-les-Moulineaux, ESF, 2000, p. 33, 38. D'autres encore évoquent l'admissibilité légale d'une adoption par un célibataire pour appuyer leurs prétentions. Le droit, observent-ils, cautionne donc des dérogations au schème biologique : « [...] notre société accepte que des individus célibataires adoptent (ce qui veut dire explicitement que, pour la loi, l'enfant n'a pas besoin d'une mère et d'un père présents) [...] » : Geneviève DELAISI de PARSEVAL, « Qu'est-ce qu'un parent suffisamment bon ? », dans Martine GROSS (dir.), *Homoparentalités, état des lieux. Parentés et différence de sexe*, Issy-les-Moulineaux, ESF, 2000, p. 207, 208. Sur la rationalité juridique du mariage gai et, plus accessoirement, de la filiation homoparentale, voir également Daniel BORRILLO, « Fantômes des juristes vs Ratio juris : la doxa des privatistes sur l'union entre personnes de même sexe », dans Daniel BORRILLO, Éric FASSIN et Marcela IACUB (dir.), *Au-delà du PaCS. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, Paris, P.U.F., 1999, p. 161.

rentale et en dépit des préjugés favorables que l'on peut entretenir sur la question, l'importance des enjeux en cause aurait d'abord justifié l'instauration de mécanismes législatifs portant sur la parentalité, dans l'attente des bilans que l'on dressera éventuellement des expériences législatives étrangères¹⁹². En joignant le rang des États qui ont agi précipitamment, le Québec a-t-il fait de l'enfant un objet d'expérimentation ? Cette question est certes troublante, mais le fait que l'on n'ait pas pu suffisamment débattre avant l'entrée en vigueur des nouvelles mesures l'est davantage.

Par ailleurs, aussi révolutionnaires soient-elles, les modifications introduites le 24 juin 2002 ne règlent en rien la situation des nombreux enfants issus d'une relation hétérosexuelle antérieure¹⁹³, vivant auprès d'un de leur parent et du conjoint homosexuel de ce dernier, mais alors que l'autre parent n'est ni décédé, ni déchu de son autorité parentale. Le droit québécois interdisant l'établissement d'un triple lien de filiation, l'adoption de l'enfant par le conjoint ou la conjointe ne pourra, dans cette hypothèse, être réalisée. En agissant sur la filiation et non sur la parentalité, le législateur a tout simplement négligé la réalité de tous ceux et celles

192. Une attente pendant laquelle les représentations culturelles de la filiation auraient sans doute évolué, sous l'impulsion des vents de changements sociaux et juridiques qui, ces dernières années, ont propulsé la conjugalité homosexuelle et l'homoparentalité à l'avant-scène. Dans cette perspective, on peut penser que la prégnance du modèle de parenté généalogique sur lequel notre système de filiation est fondé se relativisera avec les années et que d'autres modèles de filiation s'en trouveront légitimés, y compris la filiation homoparentale. Ainsi, comme l'affirme Marie-Élizabeth Handman, « [...] ce qui semble relever de la nature dans notre société relève uniquement de la culture. À quoi on m'objectera que, même si les cultures sont d'une grande diversité, la nôtre est la nôtre et que l'on ne saurait impunément en saper les fondements. Or il est non moins évident, au vu des évolutions historiques, que les fondements pris pour naturels de chaque culture évoluent sous des pressions d'ordre divers et que les cultures ne sont en rien figées » : « Sexualité et famille : approche anthropologique », dans Daniel BORRILLO, Éric FASSIN et Marcela IACUB (dir.), *Au-delà du PaCS. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, Paris, P.U.F., 1999, p. 245, 259. Voir cependant Françoise HÉRITIER-AUGÉ, « De l'engendrement à la filiation. Approche anthropologique », (1989) 44 *Topique – Revue Freudienne* 173, 174.

193. Selon la présidente de la Coalition québécoise pour la reconnaissance des conjoints et conjointes de même sexe, M^{me} Irène Demczuck, « [...] plus de neuf enfants sur dix qui ont un parent homosexuel en ce moment sont nés d'unions hétérosexuelles antérieures [...] » : *Journal des débats*, Commission permanente des institutions, 5 février 2003, en ligne à <<http://www.assnat.qc.ca/fra/Publications/debats/journal/ci/020205.htm>>.

dont le double lien de filiation fait obstacle à tout processus d'adoption¹⁹⁴. Condamné au *statu quo*, le conjoint homosexuel ne pourra, dans ces circonstances, exercer de prérogatives parentales à l'égard de l'enfant, pas plus qu'on ne pourra lui imputer de responsabilités particulières à l'occasion d'une éventuelle rupture conjugale, et ce, en dépit du rôle parental qu'il aura pu assumer durant la vie commune et, dans certains cas, du détachement factuel de l'autre parent.

Comme d'autres l'ont déjà souligné¹⁹⁵, l'omission du législateur affecte, de manière comparable, l'ensemble des familles recomposées. Tout comme le conjoint homosexuel, le conjoint hétérosexuel ne jouit d'aucun statut juridique durant la vie commune et n'assume aucune obligation à l'endroit de l'enfant, à moins d'avoir pu l'adopter¹⁹⁶. Lors de la rupture conjugale, seul le conjoint marié fait l'objet d'une certaine reconnaissance législative. En vertu de la *Loi sur le divorce*, l'époux qui, durant le mariage, a agi à titre de parent (*in loco parentis*) auprès de l'enfant de son conjoint pourra en revendiquer la garde ou faire valoir des droits d'accès¹⁹⁷. En contre-

194. Voir *supra* p. 251.

195. Benoît MOORE, « Les enfants du nouveau siècle. Libres propos sur la réforme de la filiation », dans *Développements récents en droit de la famille*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 75, 98 et s. et 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 21^e siècle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 337, 348-349.

196. Commentant le droit français, comparable (avec quelques variantes) au droit québécois sur ce point, la sociologue Irène Théry dénonce ce vide en ces termes : « Alors même qu'il vit quotidiennement avec l'enfant, participe à sa prise en charge et son éducation, le beau parent ne dispose d'aucun droit ni devoir d'autorité parentale.[...]. La non-reconnaissance par le droit civil d'une responsabilité alors qu'elle est exercée en fait [...] est dommageable. » : Irène THÉRY, *Couples, filiation et parenté aujourd'hui – Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au garde des Sceaux, ministre de la Justice, Paris, Éditions Odile Jacob, 1998, p. 215. Il faut toutefois mentionner que la relation d'un enfant et du conjoint de son parent est considérée dans plusieurs lois à caractère social. En permettant à l'enfant d'obtenir différents bénéfices sociaux, ces lois traduisent plus ou moins directement la relation d'interdépendance entre les protagonistes. Voir, notamment, la *Loi sur le régime des rentes du Québec*, L.R.Q., c. R-9, art. 86, al. 1b) qui intègre le beau-fils ou la belle-fille aux personnes susceptibles de bénéficier d'une prestation. Pour un exposé sur le sujet, voir Claire BERNARD, « Le statut juridique de la famille recomposée et l'intérêt de l'enfant », (1999) 33 *R.J.T.* 343, 355 et s.

197. *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), c. 3 (2^e suppl.), art. 2(2). Comme la Cour suprême l'a écrit en 1998 : « L'interprétation la plus favorable à l'intérêt des enfants est celle qui veut que lorsque des personnes se comportent comme (à suivre...)

partie, le tribunal pourrait l'obliger à verser une pension alimentaire au bénéfice de l'enfant. Quant au conjoint hétérosexuel non marié, il ne peut jamais se voir contraint de pourvoir aux besoins de l'enfant, même s'il a occupé une place prépondérante auprès de lui durant la relation conjugale¹⁹⁸. Comme toute autre personne et aux mêmes conditions, il pourra toutefois s'adresser au tribunal pour en obtenir la garde. Le tribunal évaluera sa demande à la lumière du critère de l'intérêt de l'enfant, mais sans accorder de statut préférentiel à sa requête¹⁹⁹.

Si la réforme était effectivement centrée sur l'intérêt des enfants, comment le législateur a-t-il pu occulter le statut précaire des nombreux enfants qui évoluent au sein d'une famille recomposée ? À la lumière de l'article 39 de la *Charte des droits et libertés de la personne* qui consacre le droit de l'enfant « [...] à la protection, à la sécurité et à l'attention que ses parents ou les personnes qui en tiennent lieu peuvent lui donner »²⁰⁰, n'y aurait-il pas eu lieu

(...suite)

des parents à leur égard, les enfants peuvent s'attendre à ce que ce lien subsiste et que ces personnes continuent à se comporter comme des parents » : *Chartier c. Chartier*, [1999] 1 R.C.S. 242, 258.

198. Quelques jugements ont confirmé cette absence de relation juridique. Voir, notamment, *V.A. c. S.F.*, [2001] R.J.Q. 36, (C.A.); *Droit de la famille - 2347*, [1996] R.D.F. 129 (C.S.); *Droit de la famille - 1860*, [1993] R.D.F. 598 (C.S.). Voir cependant *Droit de la famille - 3687*, [2000] R.D.F. 505 (C.S.), où le tribunal semble, au contraire, reconnaître la potentialité juridique d'une telle relation en droit québécois. Contrairement au Québec, la quasi-totalité des autres provinces canadiennes attribuent des obligations et des droits parentaux au conjoint de fait à l'occasion de la rupture conjugale. Voir Colombie-Britannique : *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128, art. 1 et 88; Île-du-Prince-Édouard : *Family Law Act*, S.P.E.I. 1995, c. F-2.1, art. 1(1)e) et 31.1(1); Manitoba : *Family Maintenance Act*, R.S.M., c. F-20, art. 1 et 36(1); Nouveau-Brunswick : *Family Services Act*, S.N.B., c. F-2.2, art. 1 et 113; Nouvelle-Écosse : *Maintenance and Custody Act*, R.S.N.S. 1989, c. 160, art. 8; Ontario : *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, art. 1 et 31(1); Saskatchewan : *The Family Maintenance Act*, S.S. 1997, c. F-6.2, art. 2 et 3(1) et Terre-Neuve : *Family Law Act*, R.S.N. 1990, c. F-2, art. 2(1)d) et 37.
199. Ainsi, le tribunal conserve toute discrétion pour octroyer la garde de l'enfant ou des droits d'accès à toute personne autre que le parent de l'enfant (y compris le conjoint), s'il estime que l'intérêt de l'enfant le justifie : art. 33, 605 et 606 C.c.Q. La Cour suprême a d'ailleurs confirmé ce principe en 1987 dans l'affaire *G.C. c. T.V.-F.*, [1987] 2 R.C.S. 244. En pratique cependant, il semble que les tribunaux n'attribuent qu'exceptionnellement la garde ou des droits d'accès à d'ex-conjoints de fait. Voir Michel TÉTRAULT, « L'enfant et les droits d'accès du parent psychologique », dans *Développements récents sur l'union de fait (2000)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 51, 55, de même que les décisions recensées par l'auteur, p. 57 et s.
200. Les italiques sont de l'auteur. L.R.Q., c. C-12.

d'établir un cadre juridique consacrant l'engagement de tous ceux et celles qui remplissent un rôle parental auprès des enfants, indépendamment de l'orientation sexuelle des uns et des autres ?

Le partage de l'autorité parentale, tout comme l'institution d'une parentalité psychologique pleine et entière, auraient sans doute permis d'assurer une protection juridique adéquate à l'ensemble des enfants confrontés au phénomène de la pluriparentalité, quel que soit le sexe des figures parentales en cause. Ainsi, le législateur aurait-il permis d'ajouter, au double lien de filiation des enfants partagés entre leur mère et leur père, le support parental de leur conjoint respectif, qu'il soit hétérosexuel ou homosexuel.

CONCLUSION

Contrairement aux autres Livres du Code civil, le Livre deuxième sur la famille ne célèbre pas, en 2004, son dixième anniversaire, mais son vingt-troisième. Ce constat permet de comprendre l'ampleur des changements législatifs récemment intervenus. L'évolution des réalités familiales justifiait, sans contredit, d'importants réajustements aux cadres juridiques adoptés à l'occasion de la réforme de 1980.

Si les travaux préparatoires à la réforme ont nécessité plusieurs années de recherches et de réflexions approfondies, force est de reconnaître la rapidité extraordinaire avec laquelle on a réaménagé, au cours des dernières années, certaines des institutions les plus fondamentales du droit de la famille. Il n'aura fallu que quelques mois, voire quelques semaines, pour abroger l'obligation alimentaire des grands-parents, instaurer l'union civile et revoir les fondements de la filiation.

Comment expliquer la précipitation du législateur ? On ne saurait nier le rôle déterminant joué par les groupes de pression. Par leurs actions concertées, les organismes représentant les personnes âgées, d'une part, et les gais et lesbiennes, d'autre part, ont indéniablement orienté l'intervention législative. Loin de moi l'idée de dénoncer les lobbys qui, en sensibilisant les décideurs politiques à leur cause, participent à la vie démocratique de la société. Il est à l'avantage de l'État de recueillir et de concilier le point de vue des acteurs directement concernés par une problématique sociale, avant d'y apporter une réponse législative.

Que l'État soit influencé par les représentations des uns et des autres est une chose, qu'il cède aux pressions en est une autre. Aussi noble et juste soit la cause défendue par certains, l'État ne peut passer à l'action sans recul et perspective. Or, le contexte juridico-politique qui a mené à l'adoption de certaines des modifications législatives susmentionnées soulève, *a posteriori*, plusieurs questions et inquiétudes. Sans doute l'État aurait-il eu intérêt à alimenter davantage sa réflexion et à mûrir certaines intentions. L'histoire nous enseigne d'ailleurs que les interventions législatives à la hâte et à la pièce ne servent personne, pas même ceux et celles auxquels elles étaient pourtant destinées.