

CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE

Filiation homosexuelle

LA CONJOINTE DE LA MÈRE DOIT-ELLE ADOPTER L'ENFANT ISSU D'UNE PROCRÉATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE ?

Alain ROY*

Le 23 juin 2002, la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*¹ entrain en vigueur, après de courtes consultations en commission parlementaire. Soucieux de répondre aux aspirations égalitaires des couples de même sexe, le gouvernement du Québec s'est cru justifié d'appuyer sur l'accélérateur législatif, renversant sur son passage ceux et celles qui auraient souhaité une réflexion plus approfondie sur les enjeux juridiques en cause².

Loin de moi l'intention de minimiser l'importance des revendications homosexuelles et de nier le besoin d'une réponse politique convaincante. Mais lorsque l'action politique bouleverse l'ordre socio-juridique établi, on ne peut faire l'économie d'un débat élargi. Une décision de la Cour du Québec, rendue le 5 septembre dernier, permettra d'illustrer cette affirmation ou, à tout le moins, de discuter d'un enjeu qui aurait mérité réflexion³.

* LL.D., professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et notaire.

1 L.Q., 2002, c. 6.

2 Sur les enjeux relatifs à la filiation, voir Benoît MOORE, « Les enfants du nouveau siècle. Libres propos sur la réforme de la filiation », dans *Développements récents en droit de la famille 2002*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 75. Sur les enjeux relatifs à la conjugalité, voir Alain ROY, « Partenariat civil et couples de même sexe : La réponse du Québec », (2001) 35 *C. de D.* 663 et « 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, à paraître en 2003.

3 S.G. (*Dans la situation de*), J.E. 2002-1774 (C.Q.).

1. LES FAITS

La requérante et sa conjointe font vie commune depuis environ 13 ans. Au terme d'un projet parental initié par le couple, la conjointe donne naissance, en l'an 2000, à un enfant conçu par voie de procréation médicalement assistée. Le 16 mai 2002, la requérante présente au tribunal une requête en ordonnance de placement en vue de l'adoption de l'enfant, invoquant au soutien de sa demande un consentement spécial exprimé en sa faveur par la mère aux termes de l'article 555 C.c.Q. :

Art. 555 Le consentement à l'adoption peut être général ou spécial. Le consentement spécial ne peut être donné qu'en faveur d'un ascendant de l'enfant, d'un parent en ligne collatérale jusqu'au troisième degré ou du conjoint de cet ascendant ou parent; il peut également être donné en faveur du conjoint du père ou de la mère. Cependant, lorsqu'il s'agit de conjoints de fait, ces derniers doivent cohabiter depuis au moins trois ans.

Considérant l'intérêt de l'enfant⁴, la juge Durand-Brault accueille favorablement la demande, non sans avoir rappelé au préalable la règle suivant laquelle l'adoption «ne peut avoir lieu pour confirmer une filiation déjà établie par le sang»⁵. Sans s'attarder à la question, la Cour constate l'absence d'obstacle à l'adoption, aucune présomption de parentalité ne pouvant ici fonder l'établissement d'un lien de filiation en vertu du nouvel article 538.3 C.c.Q. :

Art. 538.3 L'enfant, issu par procréation assistée d'un projet parental entre *époux* ou *conjoints unis civilement*, qui est né pendant leur union ou dans les trois cents jours après sa dissolution ou son annulation est présumé avoir pour autre parent le conjoint de la femme qui lui a donné naissance (*mes italiques*).

Cette présomption est écartée lorsque l'enfant naît plus de trois cents jours après le jugement prononçant la séparation de corps des époux, sauf s'il y a eu reprise de vie commune avant la naissance.

4 C.c.Q., art. 543.

5 C.c.Q., art. 543, al. 2.

LA CONJOINTE DE LA MÈRE DOIT-ELLE ADOPTER L'ENFANT ISSU D'UNE PROCRÉATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE ?

La présomption est également écartée à l'égard de l'ex-conjoint lorsque l'enfant est né dans les trois cents jours de la fin de l'union, mais après le mariage ou l'union civile subséquent de la femme qui lui a donné naissance.

La Cour évoque ensuite la possession constante d'état dont la requérante pourrait aisément faire la démonstration, de même qu'une éventuelle déclaration de parenté au registre de l'état civil⁶. Elle refuse toutefois d'y voir un empêchement aux démarches d'adoption, se contentant de reconnaître le bien-fondé de la requête en ordonnance de placement, indépendamment des autres moyens pouvant permettre à la requérante d'établir différemment son lien de filiation avec l'enfant.

2. DISCUSSION

Le conjoint de fait du parent figure depuis 1994 au nombre des personnes en faveur de qui un consentement spécial à l'adoption peut être donné⁷. Avant le 23 juin 2002, les termes de l'article 555 C.c.Q. n'excluaient pas de leur portée le conjoint de fait *de même sexe*, mais on refusait généralement de l'y inclure en invoquant des arguments d'économie générale et d'intention législative⁸. Bien que, à cet égard, le nouveau libellé de l'article 555 C.c.Q. ne soit pas plus explicite que l'ancien, nul ne pourra désormais contester la validité du consentement donné en faveur d'un conjoint de fait homosexuel, l'article 115 C.c.Q. prévoyant expressément

6 C.c.Q., art. 113 et *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q., 2002, c. 6, art. 240.

7 Le parent et son conjoint de fait doivent cependant cohabiter depuis au moins trois ans. Soulignons que, avant d'être modifié le 23 juin 2002, l'article 555 C.c.Q. employait le terme « concubin ». Sur le sujet, voir Monique OUELLETTE, « De la famille », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec (Textes réunis par), *La réforme du Code civil*, t. 1, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 149, à la page 176.

8 Alain ROY, « Partenariat civil et couples de même sexe : La réponse du Québec », (2001) 35 *C. de D.* 663, 685. Voir cependant les observations émises (en *obiter dictum*) par la Cour d'appel dans C.A. Québec, n° 200-09-000451-911, 2 juin 1992, jj. Proulx, Moisan et Tyndale (diss.) et *Droit de la famille-3444*, [2000] R.J.Q. 2533 (C.A.).

l'hypothèse de parents de sexe identique⁹. Il n'y a donc plus ici matière à dissertation juridique, tel qu'en fait foi, d'ailleurs, la décision de la Cour du Québec¹⁰.

Cela dit, les faits de l'affaire ne justifiaient pas l'application de l'article 555 C.c.Q. On ne devrait recourir à l'adoption que si aucun autre mode d'établissement de la filiation n'est admissible. En somme, l'adoption ne devrait demeurer qu'un mode de filiation subsidiaire, sans plus. Or, en l'espèce, l'établissement de la filiation avec l'enfant aurait dû résulter d'une déclaration par la requérante au registre de l'état civil¹¹. C'est ce que l'on peut déduire, *a contrario*, de l'article 540 C.c.Q.

Art. 540 La personne qui, après avoir formé un projet parental commun hors mariage ou union civile, ne déclare pas, au registre de l'état civil, son lien de filiation avec l'enfant qui en est issu engage sa responsabilité envers cet enfant et la mère de ce dernier.

Vu le projet parental en cause¹², il revenait donc à la requérante de déclarer son lien de filiation au registre de l'état civil et non d'entreprendre des démarches en adoption¹³.

9 Par ailleurs, le nouvel article 61.1 de la *Loi sur l'interprétation* (L.R.Q. c. I-16) assimile les conjoints de fait aux conjoints mariés et unis civilement (à moins que le contexte ne s'y oppose), indépendamment de leur orientation sexuelle.

10 Il faut toutefois mentionner que la Cour s'est quelque peu attardée à justifier l'application des nouvelles dispositions à la demande de la requérante, laquelle a été introduite avant leur entrée en vigueur : «[...] une étude attentive de la nouvelle législation laisse à penser que l'intention du législateur est bien d'admettre la rétroactivité implicite de certains effets, comme la chose fut reconnue dans le cas de certaines législations destinées à améliorer les droits des enfants, à faire bénéficier certains citoyens de conditions plus favorables etc» : S.G. (*Dans la situation de*). J.E. 2002-1774 (C.Q.).

11 Pour un raisonnement analogue, voir Benoit MOORE, « La notion de parent psychologique et le Code civil du Québec », (2001) 103 *R. du N.* 115, 124, 125.

12 Selon l'article 538 C.c.Q., « le projet parental avec assistance à la procréation existe dès lors qu'une personne seule ou des conjoints ont décidé, afin d'avoir un enfant, de recourir aux forces génétiques d'une personne qui n'est pas partie au projet parental ». Curieusement, la juge considère le projet qui a donné naissance à l'enfant « comme celui d'une personne seule » au sens de la loi, après avoir reconnu que, dans les faits, « l'enfant est bien né d'un projet commun à la requérante et à la mise-en-cause ».

13 Rappelons que, en l'espèce, l'article 240 de la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*. L.Q., 2002, c. 6, aurait permis cette déclaration.

LA CONJOINTE DE LA MÈRE DOIT-ELLE ADOPTER L'ENFANT ISSU
D'UNE PROCRÉATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE ?

Avec égards, il me semble que la Cour aurait dû la rediriger en conséquence. Au-delà de telles considérations qui, admettons-le, relèvent de la technique juridique, la décision de la Cour nous fournit l'occasion de commenter brièvement la présomption de parentalité prévue par le nouvel article 538.3 C.c.Q.¹⁴.

Dans l'affaire en cause, l'application d'une telle présomption aurait certainement allégé le fardeau de la requérante. Celle-ci se serait vue dispensée des démarches engagées suite à la naissance de l'enfant pour faire établir ou reconnaître sa filiation avec lui. Évidemment, la problématique est ici sans conséquence pour l'enfant. Peu importe les procédures qu'a dû entreprendre la requérante, le résultat recherché a été atteint. Mais il n'en sera pas de même dans tous les cas. Le conjoint de fait ne sera pas toujours aussi empressé de déclarer sa filiation avec l'enfant né du projet parental commun. La présomption n'étant applicable qu'à l'endroit des conjoints mariés et unis civilement, force est de reconnaître l'injustice qui résultera de son inaction : L'enfant sera tout simplement privé d'un lien de filiation avec lui¹⁵. Il est vrai qu'un tribunal pourrait éventuellement obliger le conjoint de fait à supporter financièrement l'enfant et la mère¹⁶, mais une telle charge, aussi importante soit-elle, n'en fera pas un parent pour autant¹⁷.

Le législateur est-il justifié de soustraire le conjoint de fait du champ d'application de l'article 538.3 C.c.Q. ? Certains répondront affirmativement à la question en invoquant l'implacable liberté de choix. Il faut, prétendront-ils, se garder d'imputer des conséquences juridiques à la relation de ceux et celles qui ont choisi de vivre leur conjugalité en marge du

14 Bien qu'autonome dans son régime d'application, cette présomption de parentalité est inspirée de la présomption de paternité de l'article 525 C.c.Q.

15 Évidemment, dans l'hypothèse où le conjoint de fait (ou la conjointe de fait) a occupé un rôle parental auprès de l'enfant suite à la naissance (et pendant un certain temps), l'enfant pourrait éventuellement réclamer l'établissement d'un lien de filiation avec lui, en invoquant possession constante d'état : C.c.Q., art. 538.1.

16 C.c.Q., art. 540.

17 Voir cependant Sonia LEBRIS, « Procréation médicalement assistée et parentalité à l'aube du 21^e siècle », (1994) 1 *C.P. du N.* 133, 153.

droit. Aussi fondamentale soit-elle, la liberté de choix des conjoints de fait ne saurait toutefois s'exprimer aux dépens de l'enfant. Celui-ci ne doit jamais faire les frais de décisions auxquelles il n'est pas partie¹⁸. Or, en acceptant qu'un enfant soit privé d'une double filiation en raison du mode de vie choisi par les conjoints à l'origine du projet parental, le législateur cautionne l'émergence d'une nouvelle catégorie d'enfants naturels¹⁹.

Par ailleurs, on peut difficilement se retrancher derrière un tel argument pour maintenir les conjoints de fait à l'écart des limites de l'article 538.3 C.c.Q. Le projet parental qui mène à l'application de la présomption de parentalité en matière de mariage et d'union civile n'est pas exclusif à la mère, mais *commun* à la mère et son conjoint. La filiation de l'enfant dépend ultimement d'une décision concertée, la présomption pouvant être repoussée si le conjoint parvient à démontrer qu'il n'y a pas eu « formation d'un projet parental commun »²⁰. En présumant de la parentalité du conjoint de fait, le législateur ne porterait donc nullement atteinte au libre choix de ce dernier. Bien au contraire, le législateur garantirait à l'enfant une filiation reflétant le consentement initialement exprimé par le conjoint de fait. Celui-ci ne pourrait plus se retirer unilatéralement du projet parental en refusant, après la naissance de l'enfant, de déclarer son lien de filiation au registre de l'état civil²¹.

18 En ce sens, voir également Benoit MOORE, « Les enfants du nouveau siècle. Libres propos sur la réforme de la filiation », dans *Développements récents en droit de la famille 2002*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 75, à la page 84.

19 *Id.*, p. 84.

20 C.c.Q., art. 539. Le présumé parent peut également désavouer l'enfant s'il prouve que ce dernier n'est pas issu de la procréation assistée.

21 Certains vont encore plus loin et revendiquent l'extension en matière d'union de fait de la présomption de paternité prévue à l'article 525 C.c.Q. Ainsi, l'enfant né (sans assistance à la procréation) durant l'union de fait de personnes de sexe différent ou dans les trois cent jours suivant sa dissolution ou son annulation serait présumé avoir pour père le conjoint de fait de sa mère : Benoit MOORE, « Les enfants du nouveau siècle. Libres propos sur la réforme de la filiation », dans *Développements récents en droit de la famille 2002*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 75, à la page 84. On notera qu'une telle présomption existe dans toutes les autres provinces canadiennes : voir les références citées par le professeur Moore à la note 18.

LA CONJOINTE DE LA MÈRE DOIT-ELLE ADOPTER L'ENFANT ISSU D'UNE PROCRÉATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE ?

Dans cette perspective, le législateur aurait sans doute intérêt à baliser davantage l'expression du consentement et, idéalement, à imposer le recours à l'acte notarié. Un tel formalisme éliminerait à la source les difficultés de preuve qui pourraient autrement se poser²². Ainsi, la présomption de parentalité du conjoint de fait découlerait-elle d'un consentement exprès, libre et éclairé²³. Quoi de plus conforme aux principes de liberté contractuelle et d'autonomie de la volonté si chers aux conjoints de fait.

- 22 On doit cependant noter qu'en pratique, certaines cliniques font signer au conjoint un consentement à la procréation médicalement assistée : Benoit MOORE, « La notion de parent psychologique et le *Code civil du Québec* », (2001) 103 *R. du N.* 115, 124, note 38.
- 23 Une autre solution législative serait d'assimiler purement et simplement le consentement ainsi donné à une reconnaissance volontaire et irrévocable de l'enfant à naître, source en elle-même d'un véritable lien de filiation (C.c.Q., art. 526 et suiv.). Voir Mario PROVOST, « La procréation assistée », dans *Droit de la famille québécois*, t. 1, Brossard, CCH/FM, p. 4,021-5. Notons qu'une minorité d'auteurs semblent attribuer, dans l'état actuel du droit, de telles conséquences au consentement donné à la procréation médicalement assistée : Monique OUELLETTE, *Droit de la famille*, Montréal, Thémis, 1995, p. 88 et Sonia LEBRIS, « Procréation médicalement assistée et parentalité à l'aube du 21^e siècle », (1994) 1 *C.P. du N.* 133, 153. Cette interprétation n'est pas, à mon avis, conforme aux prescriptions de la loi. Selon l'article 540 C.c.Q., le consentement à la procréation ne peut entraîner qu'une responsabilité financière du conjoint ou de la conjointe de fait à l'égard de l'enfant et la mère, sans plus.