



uOttawa

MÉMOIRE

MICHELLE GIROUX

Professeure titulaire et avocate

Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa

MÉMOIRE SUR LE PROJET DE LOI 12

Loi portant réforme du droit de la famille en matière de filiation et visant la protection des enfants nés à la suite d'une agression sexuelle et des personnes victimes de cette agression ainsi que les droits des mères porteuses et des enfants issus d'un projet de grossesse pour autrui

Mars 2023

Table des matières

BIOGRAPHIE.....	3
RÉSUMÉ.....	4
FILIACTION PAR RECONNAISSANCE OU PAR LE SANG	4
GROSSESSE POUR AUTRUI (GPA)	4
DROIT AUX ORIGINES	4
INTRODUCTION.....	5
I. La filiation par la reconnaissance ou par le sang	5
II. Du projet parental impliquant une grossesse pour autrui (GPA)	8
A. Quelques commentaires sur la forme du PL12.....	8
B. Un juriste pour rédiger la Convention de GPA	9
C. Quelques propositions pour améliorer la protection de l'enfant.....	9
III. Les modifications en ce qui concerne la connaissance des origines	12
CONCLUSION.....	15

BIOGRAPHIE

Michelle GIROUX

M^e Michelle Giroux est professeure titulaire à la Faculté de droit (Section de droit civil) de l'Université d'Ottawa où elle enseigne le droit des personnes et de la famille ainsi que la bioéthique. Elle détient une maîtrise en droit médical et éthique de l'Université de Londres. Elle est membre du Barreau du Québec depuis 1989. Elle dirige depuis juillet 2020 la Revue générale de droit. Elle est, en outre, membre du Laboratoire de recherche interdisciplinaire sur les droits de l'enfant, du Centre de droit, politique et éthique de la santé et de l'Institut de recherche LIFE de l'Université d'Ottawa. Elle est collaboratrice du Partenariat de recherche *Famille en mouvance* et co-chercheuse du Partenariat financé par le CRSH intitulé *L'expérience de la séparation parentale et de la recomposition familiale dans la société québécoise: acteurs, enjeux et parcours*. Elle est co-auteure d'un rapport de recherche international et multidisciplinaire financé en France par la Mission de recherche Droit et Justice, sur la question de l'établissement de la filiation des enfants conçus par procréation assistée ou à la suite d'une entente de maternité de substitution. Entre 2015 et 2019, elle a participé au projet de recherche *Adults and Children in Postmodern Societies*, mis sur pied par des collègues de l'Université catholique de Louvain en Belgique. En août 2017, elle est élue membre associé(e) de l'Académie internationale de droit comparé. En 2013-2014, elle a assumé la présidence de l'Association québécoise de droit comparé. Elle a également fait partie du comité de juristes experts désigné par le gouvernement du Québec pour étudier la mise en œuvre des recommandations de la Commission spéciale de l'Assemblée nationale du Québec sur la question de mourir dans la dignité dont le rapport a été rendu public en janvier 2013. Entre 2015 et 2022, elle a été membre du Comité consultatif de la Commission du droit de l'Ontario, sur le projet *Améliorer les dernières étapes de la vie*. Elle a été professeure invitée et a prononcé plusieurs conférences, au Canada et à l'étranger, notamment sur les soins de fin de vie et sur la filiation par procréation assistée. Ses recherches et publications portent sur le droit fondamental de connaître ses origines biologiques, sur la gestation pour autrui, sur l'autonomie et l'expression des volontés du patient en fin de vie ainsi que sur plusieurs autres thèmes de droit familial et de bioéthique.

Coordonnées :

57 Louis Pasteur | Ottawa (Ontario) | K1N 6N5

Tél : (613) 562-5800 poste 3243

Courriel : mgiroux@uottawa.ca

Page Web: <https://www.uottawa.ca/faculte-droit/droit-civil/corps-professoral/giroux-michelle>

RÉSUMÉ

Dans la perspective du droit des enfants et de la famille, le dépôt du Projet de loi 12 - *Loi portant réforme du droit de la famille en matière de filiation et visant la protection des enfants nés à la suite d'une agression sexuelle et des personnes victimes de cette agression ainsi que les droits des mères porteuses et des enfants issus d'un projet de grossesse pour autrui* peut être salué.

Ce mémoire élabore quelques commentaires et propositions dans le but de parfaire les propositions législatives envisagées. Ils sont détaillés plus loin, mais se résument comme suit :

FILIATION PAR RECONNAISSANCE OU PAR LE SANG

- Dans l'intérêt de l'enfant, maintenir le libellé actuel de l'art. 524 CcQ sans codifier la jurisprudence en ce qui a trait à la durée de la possession d'état (24 mois) afin de laisser plus de souplesse aux juges pour l'interprétation de la possession d'état, en particulier dans le contexte où cela entraînerait l'application du verrou de la filiation.

GROSSESSE POUR AUTRUI (GPA)

- Introduire quelques grands principes dans le Code civil du Québec et encadrer les détails de la GPA dans une loi particulière par souci de cohérence dans la rédaction législative.
- Élargir aux avocat.e.s le droit de rédiger la convention de GPA aux côtés des notaires, puisque les avocat.e.s détiennent l'expertise requise en cette matière, en privilégiant un formulaire obligatoire et prévoir une rencontre individuelle pour chaque partie au préalable avec un juriste (avocat.e ou notaire), puisque les intérêts des parties peuvent diverger.
- Permettre le recours au tribunal pour fixer, dans l'intérêt de l'enfant, la filiation de l'enfant en cas de nullité de la convention de GPA.
- Maintenir (ne pas interdire) l'application de l'adoption par consentement spécial de l'art. 555 CcQ à la GPA, malgré l'encadrement maintenant envisagé et qui repose sur d'autres mécanismes que l'adoption, afin de ne pas empêcher l'application de ce mécanisme, au besoin, si la convention de GPA était déclarée nulle.
- Repenser les règles concernant la GPA hors Québec, considérant les difficultés d'application qu'elles présentent.

DROIT AUX ORIGINES

- Améliorer l'aménagement de l'accès aux origines en évitant les inégalités entre les enfants conçus par adoption et ceux issus d'une procréation impliquant la contribution d'un tiers est souhaitable et les propositions du PL12 en ce sens doivent être saluées, mais une réflexion s'impose afin d'élargir au droit à l'identité, le droit de connaître ses origines, du nouvel art. 39.1 *Charte québécoise* (PL2), non encore en vigueur, pour éviter une interprétation qui insisterait trop sur l'aspect biologique du lien de filiation.

INTRODUCTION

La famille est une structure complexe au format variable. C'est particulièrement le cas dans la société aujourd'hui.

Dans la mouvance des différentes réalités familiales, le défi pour le législateur est grand, tant il est difficile de définir les notions en jeu. Le législateur se retrouve donc avec la difficile tâche d'adopter des règles qui devraient permettre de trouver un équilibre entre l'importance du vécu des familles et la biologie. Cet équilibre est fragile. Comment l'établir? La réforme du droit de la famille est nécessaire pour arrimer le droit avec les différentes réalités familiales complexes et changeantes et elle est attendue depuis longtemps. Le dépôt du *Projet de loi 12* (ci-après PL12) doit être salué et faire preuve de déférence devant la tâche vu la complexité des réalités familiales et l'évolution des mœurs et de la science.

Compte tenu du court délai imparti pour déposer un mémoire dans le cadre des consultations particulières, sans prétendre à une analyse exhaustive, quelques points qui apparaissent les plus importants en ce qui concerne les droits et l'intérêt des enfants seront abordés.

Mon mémoire est divisé en trois parties : la filiation par la reconnaissance ou par le sang, la grossesse pour autrui et les origines de l'enfant.

I. La filiation par la reconnaissance ou par le sang

Dans le contexte de la filiation par la reconnaissance ou par le sang, mon analyse porte sur un point en particulier. L'art. 9 du PL12 modifie l'art. 524 CcQ en ce qui concerne la possession d'état sur trois aspects : la durée pour l'établir, la reformulation de sa définition par la substitution de « dont on le dit issu » par « qui se conduit à son égard comme son parent » et l'impossibilité de l'établir en cas de possession d'état simultanée¹.

Au nom des droits de l'enfant et de son intérêt, il est préférable de ne pas codifier la jurisprudence en ce qui a trait à la durée de la possession d'état (24 mois) afin de laisser plus de souplesse aux juges pour l'interprétation de cette preuve de la filiation, en particulier dans le contexte où cela entraînerait l'application du verrou de la filiation.

L'actuel art. 524 du CcQ se lit en effet comme suit : « La possession constante d'état s'établit par une réunion suffisante de faits (le nom, le traitement et la commune renommée) qui indiquent les rapports de filiation entre l'enfant et les personnes dont on le dit issu ». Ainsi, « [l]a possession d'état est non seulement une manifestation de la volonté d'accueillir un enfant et de le considérer

¹ Certains des arguments développés ici sont tirés d'une analyse plus fouillée sur la question dans un texte co-écrit avec Cémense BENSA, soumis pour publication.

comme le sien, mais aussi un "indice de la vérité biologique" »². Si la possession d'état vient corroborer un acte de naissance, cela vient verrouiller la filiation de l'enfant et empêche toute action en contestation ou en réclamation d'état, même si l'enfant n'est pas lié biologiquement avec le parent légal. En effet, il n'est pas nécessaire de démontrer l'existence d'un lien biologique entre l'adulte et l'enfant pour faire la preuve de la filiation. « [L]a possession d'état est non seulement une manifestation de la volonté d'accueillir un enfant et de le considérer comme le sien, mais aussi un « indice de la vérité biologique », ce qui explique qu'elle doit remonter à la naissance »³. D'ailleurs l'art. 9 du PL12 codifie à bon escient la jurisprudence sur la constance de la possession d'état en précisant que cette dernière « doit commencer à la naissance de l'enfant »⁴.

L'art. 9 PL12 ajoute également une autre modification à l'art. 524 CcQ à l'effet que la possession d'état doit « se poursuivre sur une période minimale de 24 mois, sauf circonstances exceptionnelles ». On précise ainsi la durée minimale à prendre en compte pour considérer la possession d'état comme constante. Ainsi, la possession d'état doit débuter à la naissance et durer suffisamment longtemps pour établir sa constance. L'art. 9 du PL12 vise ainsi à harmoniser les pratiques jurisprudentielles en la matière, ces dernières fixant différents seuils dont la durée oscille entre 16 et 24 mois⁵.

Il est toutefois possible de s'interroger sur la pertinence de prévoir une durée minimale pour définir la possession d'état. L'absence de précision laisse davantage de souplesse aux juges pour mieux voir au cas par cas si l'intérêt de l'enfant commande la reconnaissance d'une possession d'état. Voir à titre d'exemple, l'arrêt de la Cour d'appel dans *Droit de la famille – 20572*, où la juge Savard rappelle que la durée entre 16 et 24 mois fixée par la jurisprudence n'est pas pour autant « un principe absolu quant à la durée requise pour conclure à la constance de la possession d'état » pour décider qu'une possession d'état de 15 mois et 23 jours est constante et appliquer le verrou de l'art. 530 CcQ⁶. Cette appréciation *in concreto* est d'autant plus essentielle, lorsque cette reconnaissance entraîne au surplus l'application du verrou de la filiation, mécanisme qui repose plutôt sur une interprétation *in abstracto* de l'intérêt de l'enfant.

² Jean PINEAU et Marie PRATTE, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2016, p. 613.

³ « Prenant racine dans le quotidien, et caractérisée [...] par une certaine durée, la possession d'état traduit une vérité affective qui correspond généralement à la vérité biologique et laisse présumer le lien de filiation. Même si *a priori* la possession d'état peut n'être qu'une apparence d'état (elle peut être, en effet, le fait d'étrangers quant au sang), elle est alors une réalité sociologique dont on ne peut pas ne pas tenir compte », PINEAU et PRATTE, *Supra* note, 2, p. 606.

⁴ Voir notamment *Droit de la famille – 142296*, 2014 QCCA 1724 en ce qui concerne la prise en considération du comportement du prétendu père pendant la grossesse de la femme.

⁵ Sur la question de la durée, un consensus judiciaire semble considérer qu'une possession d'état de moins de 12 mois n'est pas suffisante. Les juges retiennent en général un délai allant entre 16 et 24 mois. Voir à titre d'illustration *Droit de la famille – 737*, [1990] R.J.Q. 85; *Droit de la famille – 11394*, 2011 QCCA 319; *Droit de la famille – 142296*, 2014 QCCA 1724; *Droit de la famille – 20572*, 2020 QCCA 585.

⁶ *Ibid.*, par 46-54.

Finalement, quant à la reformulation proposée à l'art. 524 CcQ par le « remplacement de « les personnes dont on le dit issu » par « la personne qui se conduit à son égard comme son parent », elle pourrait entraîner de la confusion. En effet, la reformulation semble permettre à plusieurs personnes de faire valoir une possession d'état à l'égard d'un enfant, même si la pluriparenté n'est pas possible en droit civil québécois⁷. En effet, plusieurs personnes pourraient simultanément se conduire à l'égard de l'enfant comme son parent. Néanmoins, au par. 2, l'art. ajoute la limite suivante qui est aussi une codification de la jurisprudence : « la possession d'état ne peut s'établir dans les cas où elle est exercée par plus d'une personne simultanément », ce qui ne permettrait pas la mise en place d'une pluriparenté en droit.

La reformulation de l'article 524 CcQ peut être questionnée puisqu'il semble clair que l'intention législative n'est pas de remettre en question la biparenté, alors pourquoi changer le libellé? L'ajout du principe de non-simultanéité de la possession d'état vient codifier la jurisprudence⁸. Or, cette règle est notamment sous-tendue par l'idée que le comportement du prétendu parent est lié à l'existence d'un lien biologique entre lui et l'enfant. Logiquement, en effet, si la possession d'état est fondée sur l'idée de conception charnelle, un enfant ne peut pas avoir plus de deux parents biologiques et, par conséquent, la possession d'état ne peut s'appliquer concurremment à plus de deux personnes⁹. Pourtant, le PL12 propose la codification de cette pratique jurisprudentielle tout en modifiant la définition de la possession d'état et en se détachant de l'exigence de prouver la croyance de l'entourage qu'il existe une parenté biologique entre le prétendu parent et l'enfant. Si le droit reconnaît que deux personnes peuvent prétendre à une possession d'état à l'égard d'un enfant, mais leur refuse l'établissement d'une filiation au nom du principe qu'en droit civil québécois, il ne peut y avoir que deux parents, cela porterait potentiellement atteinte au droit à l'égalité.

Finalement, peu importe la modification retenue, si le droit refuse toute forme de pluriparenté, il n'est pas exclu que le droit à l'égalité soit invoqué avec succès par des personnes pour remettre en question la biparenté¹⁰. En modifiant ainsi le libellé de l'art. 524 CcQ, le législateur ne met-il pas la table à une contestation judiciaire sur la base du droit à l'égalité, tout en courant le risque de se faire imposer une solution par les tribunaux?

⁷ QUEBEC, ASSEMBLEE NATIONALE, Journal des débats, 2^e sess., 42^e légis., 2 décembre 2021, « Consultations particulières et auditions publiques sur le projet de loi n°2, Loi portant sur la réforme du droit de la famille en matière de filiation et modifiant le Code civil en matière de droits de la personnalité et d'état civil », 19h30 (pr. Goubau).

⁸ Voir notamment *Droit de la famille – 181478*, 2018 QCCA 1120.

⁹ *Id.*

¹⁰ Voir notamment Louise LEDUC, « Triparenté: Une coalition de familles LGBTQ+ s'adresse aux tribunaux », *La Presse*, sect. Actualités (21 février 2023), en ligne : <<https://www.lapresse.ca/actualites/2023-02-21/triparente/une-coalition-de-familles-lgbtq-s-adresse-aux-tribunaux.php>> (consulté le 24 février 2023).

II. Du projet parental impliquant une grossesse pour autrui (GPA)

A. Quelques commentaires sur la forme du PL12

En ce qui concerne la terminologie, elle n'est jamais neutre, mais il serait approprié d'en discuter. Pourquoi « grossesse pour autrui » et pas « gestation » ou « maternité » ? Notons que le Conseil du statut de la femme retient le terme « grossesse », mais d'autres sont en désaccord¹¹. Une discussion assurerait de miser sur une terminologie qui fait consensus.

Le PL12 propose l'insertion de plus de 35 nouveaux articles sur la GPA dans le Code civil. Il serait préférable de se limiter à 4 ou 5 articles exprimant les grands principes dans le Code civil, quitte à insérer les détails dans une loi particulière. Le souci du détail du législateur et l'amélioration de la rédaction doivent être salués, mais il est à craindre qu'on risque d'oublier des situations en l'absence de principes généraux. Cela permettrait au droit de mieux évoluer avec la jurisprudence et le vécu des familles. De plus, cela aurait l'avantage de mieux respecter l'esprit de la rédaction civiliste.

Dans l'hypothèse où les nouvelles dispositions seraient insérées dans le Code civil comme envisagé dans le PL12, la rédaction pourrait encore être améliorée. Notons de façon non exhaustive les exemples suivants:

1. Art. 18 PL12- art.541.21, 541.26 et 541.36 CcQ traitent de « conditions générales », alors que, sauf erreur, le terme « conditions générales » n'est pas repris ailleurs dans le PL12, fait-on plutôt référence au terme « dispositions générales » ou encore à « conditions préalables »? De plus, comme le terme « dispositions » est utilisé au titre « I.- Dispositions générales » de la « § 2. – Du projet parental impliquant une grossesse pour autrui » ainsi qu'au titre « 1. – Dispositions générales » de la partie « II. – Des enfants issus d'un projet parental dans le cadre duquel les parties à la convention sont domiciliées au Québec », à quelle section réfère-t-on? Pour ce qui est des « conditions préalables », on les retrouve après l'art. 541.10 pour la GPA au Québec et après l'art 541.25 pour la GPA hors Québec.
2. Art. 18 PL12- art. 541.19 CcQ : qui doit faire la déclaration et qu'arrive-t-il s'il n'y a pas de déclaration?
3. À différents articles où on réfère soit au décès, soit à l'incapacité, notamment à l'art. 541.36 CcQ, la rédaction pourrait être simplifiée. À titre de suggestion, le 2^e alinéa de cet article pourrait se lire comme suit : « [...] Lorsque la femme ou la personne qui a donné naissance à l'enfant décède [ou devient inapte], avant d'avoir exprimé sa volonté quant

¹¹ Voir notamment les mémoires respectifs du CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME et de L. LANGEVIN déposés dans le cadre des consultations particulières sur le PL12.

à l'établissement de la filiation de cet enfant, son consentement est réputé avoir été donné. » sans qu'il soit nécessaire de reprendre la fin de l'alinéa.

4. À l'art. 541.18 CcQ : la preuve serait effectuée par les parents ou la personne d'intention avec le certificat de décès?

B. Un juriste pour rédiger la Convention de GPA

Le PL12 prévoit que seul le notaire est compétent pour rédiger les conventions de GPA. Pourquoi ne pas permettre à l'avocat.e de le faire aussi? De plus, dans le cadre d'une rencontre en présence de toutes les parties, ces dernières se sentiront-elles suffisamment à l'aise de discuter de certains enjeux? Dans l'état actuel du droit, les avocat.e.s sont davantage impliqué.e.s et en conséquence ont une meilleure expertise. Les notaires pourraient également développer une expertise en la matière. Il serait préférable de prévoir une rencontre préalable avec un juriste avant la signature de la convention de GPA, notaire ou avocat.e.

En ce qui concerne la convention, un formulaire obligatoire contenant les principales clauses obligatoires simplifierait grandement le processus et assurerait une meilleure protection des parties¹².

C. Quelques propositions pour améliorer la protection de l'enfant

L'art. 541.20 tel que proposé à l'art. 96 du PL2 prévoyait que le tribunal avait discrétion pour établir la filiation de l'enfant en cas de refus de la femme (ou personne) qui a donné naissance de renoncer à son lien de filiation à l'égard de l'enfant. Le tribunal pouvait « analyser la situation en prenant notamment en compte, en plus de l'intérêt de l'enfant, les motifs justifiant l'impossibilité d'obtenir le consentement de la femme (personne) qui a donné naissance à l'enfant et les efforts faits pour l'obtenir ». Le 3^e alinéa prévoyait également que le tribunal pouvait alors modifier la filiation de l'enfant et l'établir « à l'égard de la personne seule ou des conjoints ayant formé le projet parental [...] ». Il semble que cette discrétion accordée au tribunal ne soit plus possible dans le PL12 (voir les articles 541.20 et suiv. *a contrario*). Si l'on veut s'assurer de bien protéger l'enfant, il est important de réinstaurer une discrétion au juge comme il était prévu dans le PL2, alors que le dernier mot est donné à la femme (personne) qui donne naissance à l'enfant dans l'état actuel du PL12. La discrétion laissée au juge en la matière est préférable afin de donner préséance aux droits de l'enfant de voir sa filiation établie et de ne pas être instrumentalisé.

¹² Sur les conventions de GPA généralement, voir les travaux de la pr. Stefanie CARSLY et plus particulièrement, « Reforming Quebec's Surrogacy Laws : Lessons from Bill 2 », à paraître dans RGD (2023) vol. 53 n° 1.

L'art. 541.21 CcQ (art. 18 PL12) prévoit la possibilité de prononcer la nullité du projet parental. L'analyse combinée de cet article avec l'art. 65 PL12, qui vient interdire l'application de l'adoption par consentement spécial, prévue à l'actuel art. 555 CcQ, peut entraîner de la confusion entre l'effet de la nullité du projet parental et la nullité en droit.

Illustrons à l'aide d'un exemple. Dans le cadre d'une convention de GPA entre des parents d'intention qui ne sont pas domiciliés au Québec et une femme porteuse domiciliée au Québec, les dispositions générales des art. 541.1 à 541.6 CcQ (art. 18 PL12) ne seront pas respectées¹³. La filiation de l'enfant ne pourra être établie ni légalement (par voie administrative), ni par voie judiciaire conformément à l'art. 541.21 CcQ (art. 18 PL12). En effet, comme le prévoit cet article, « Si le tribunal conclut [à la non-conformité du projet parental], il prononce la nullité du projet parental impliquant une grossesse pour autrui et rejette la demande. ». Alors, la filiation doit en principe s'établir selon les règles de la filiation par reconnaissance ou par le sang. La femme ou la personne qui accouche est la mère ou l'un des parents de l'enfant. Elle peut donner cet enfant à l'adoption, mais si l'adoption par consentement spécial lui est interdite, il faudra qu'elle donne un consentement général à l'adoption. Cela retire donc une possibilité de recours et risque de nuire tant à la femme (ou personne) qui donne naissance à l'enfant qu'à l'enfant, que le PL12 a pour vocation de protéger. Ultimement, interdire ce recours enlève de la souplesse dans l'application du droit et risque de nuire à l'intérêt de l'enfant.

L'art. 65 PL12 se lit comme suit : « Est irrecevable toute demande d'ordonnance de placement sur consentement spécial ayant pour objet de mener à terme un projet de grossesse pour autrui si la grossesse a débuté après [la sanction de la nouvelle loi...] ». Que signifie « mener à terme » dans cet article? Cette notion est semble-t-il définie à l'art. 541.4 CcQ (art. 18 PL12) : « Pour que soit mené à terme le projet parental impliquant une grossesse pour autrui, la femme ou la personne qui a donné naissance à l'enfant doit, après la naissance de celui-ci, consentir à ce que la filiation de l'enfant soit établie exclusivement à l'égard de la personne seule ou des conjoints ayant formé le projet parental ». Ainsi, si l'enfant est né et si la femme ou la personne renonce à son droit de filiation à l'égard de l'enfant, le projet serait mené à terme, tout en étant nul. Alternativement, pourrait-on prétendre que parce que le projet parental est nul, il ne peut avoir été mené à terme? Il serait plus sécuritaire de ne pas interdire l'adoption par consentement spécial de l'actuel art. 555 CcQ. Rappelons que si on avait interdit cette possibilité en adoptant l'actuel article 541 prévoyant la nullité absolue des conventions de gestation ou de procréation pour le compte d'autrui en 1991, la jurisprudence ayant permis l'adoption de l'enfant en considérant son intérêt *in concreto* n'aurait jamais pu se développer au Québec¹⁴. Comme l'objectif du PL12 est de protéger l'enfant, il est important de s'assurer que c'est bien le cas en l'occurrence.

¹³ Nous présumons que l'expression « conditions générales » correspond à « dispositions générales ». Voir aussi nos commentaires sur la terminologie du PL12.

¹⁴ Voir notamment *Adoption 1445*, 2014 QCCA 1162; *Adoption 161*, 2016 QCCA 16. Voir aussi M. GIROUX, « Le recours controversé à l'adoption pour établir la filiation de l'enfant né d'une mère porteuse : entre ordre public contractuel et intérêt de l'enfant », (2011) 70 *R. du B.* 509.

En ce qui concerne les GPA hors Québec, l'objectif du législateur de vouloir s'assurer que ce recours soit mieux encadré afin de veiller au respect des meilleures règles éthiques possibles est fort louable. Ainsi, toute une série de conditions est prévue en ce sens aux art. 541.26 et suivants dans le PL12. Dans le cadre d'une GPA hors Québec, l'art. 541.36 CcQ (art. 18 PL12) prévoit que le tribunal devra se pencher sur l'établissement de la filiation de l'enfant. Le Directeur de la protection de la jeunesse (DPJ) pourra faire la demande devant le tribunal à la demande du ministre de la santé et des services sociaux (MSSS) si la personne ou les parents d'intention n'agissent pas dans les délais raisonnables pour faire reconnaître la filiation de l'enfant. Le tribunal ne pourra en principe reconnaître la filiation si les conditions ne sont pas respectées (voir notamment si le MSSS refuse de délivrer une attestation de conformité puisque la GPA a été effectuée dans un pays non reconnu sur la liste des pays autorisés). Néanmoins, le dernier alinéa de l'art. 541.36 CcQ précise que le tribunal pourra tout de même reconnaître la filiation s'il existe des « motifs sérieux » et s'il est dans l'intérêt de l'enfant de le faire, même si aucune démarche n'a été faite auprès du MSSS. Ultimement, qu'entend-on par « motifs sérieux »? Envisage-t-on retourner un enfant dans son pays d'origine et interdire l'adoption par consentement spécial dans ce contexte? Si la personne et couple d'intention s'occupent déjà de l'enfant, ne serait-il pas dans l'intérêt de l'enfant de voir son lien de filiation reconnu à l'égard de ces dernier.e.s.? Plusieurs autres enjeux se posent. Pourquoi alors prévoir tout ce mécanisme pour les GPA hors Québec? Ne serait-on pas mieux de les considérer au même titre que les autres à défaut de pouvoir les empêcher?

Par ailleurs, sauf erreur, lorsqu'un enfant est né en Ontario, par exemple, alors que les parents sont domiciliés au Québec, la déclaration de naissance émanant de l'Ontario, même si elle n'est pas insérée dans le registre de l'état civil conformément aux art. 137 et suivants du CcQ, cela n'empêche aucunement un enfant d'accéder à tous les autres services au Québec, sur le plan de la santé ou de l'éducation. Il pourrait en être de même si les dispositions générales de la loi n'ont pas été respectées. En fait, comment pourra-t-on contrôler cette situation? D'autres enjeux, notamment de droit international public se posent¹⁵.

Donc, considérant les difficultés d'application des règles concernant la GPA hors Québec, comme démontré avec les exemples utilisés. Il faut les repenser afin de s'assurer qu'elles soient utiles et efficaces.

¹⁵ Nous ne les aborderons pas ici. Notons cependant les travaux en cours de la Conférence de la Haye de droit international privé.

III. Les modifications en ce qui concerne la connaissance des origines

Le PL12 suggère d'encadrer les origines des enfants issus d'une procréation impliquant la contribution d'un tiers, complétant ainsi la réforme de 2017 en matière d'accès aux origines des enfants adoptés et encore améliorée par le PL2 adopté en juin 2022. Faute de temps, on n'avait pas pu adopter les articles en matière de droit aux origines pour les enfants issus d'une procréation impliquant la contribution d'un tiers, mais on avait adopté l'article reconnaissant un droit fondamental de connaître ses origines dans la Charte québécoise. Le régime d'accès aux origines des enfants issus d'une procréation impliquant la contribution d'un tiers est construit sur les mêmes bases que celui permettant aux enfants adoptés d'accéder à leurs origines et cela assure généralement une protection équitable à l'égard de tous les enfants peu importe les circonstances de leur naissance.

De plus en plus, vu les avancées technologiques en matière de tests d'ADN et les réseaux sociaux, il semble que le maintien de l'anonymat dans le droit devient obsolète et le législateur québécois fait un excellent pas dans la bonne direction en facilitant l'accès aux origines de tous les enfants et des adultes qu'ils deviendront, peu importe les circonstances de leur naissance. Tant l'interprétation de la *Convention de l'ONU sur les droits de l'enfant* que la jurisprudence sur l'application de la *Convention européenne des droits de l'Homme* témoignent de la reconnaissance progressive du droit à l'identité dont le droit aux origines fait partie¹⁶.

Les recherches qui sont encore peu nombreuses, en particulier au Canada, semblent démontrer qu'il est positif d'apprendre plus tôt que tard les détails concernant ses origines¹⁷. Ainsi, en ce sens, l'art. 542.1 CcQ (art. 19 PL12) reconnaît à toute personne (mineur de moins de 14 avec l'accord des parents) le droit d'obtenir les renseignements sur les origines.

De plus, un registre est constitué. Cette solution est préférable à l'inscription sur l'acte de naissance de l'enfant des circonstances de sa naissance. Le registre permet de conserver l'information, tout en respectant le rythme et les besoins de chacun d'y accéder. Cela laisse plus de souplesse dans l'application du droit. Il faudra porter une attention particulière à l'information qui reste à être précisée dans les règlements à venir puisque la loi ne prévoit pas tous les détails.

¹⁶ Voir notamment M. GIROUX et C. MILNE, "The Right to Know One's Origins, the *AHRA Reference*, and *Pratten v AGBC*: A Call for Provincial Legislative Action", dans T. LEMMENS et al. (eds.), *Regulating Creation. The Law, Ethics, and Policy of Assisted Human Reproduction*, Toronto, U of T Press, 2017, à la p. 124.

¹⁷ Voir notamment S. GOLOMBOK (2015) *Modern Families: Parents and Children in New Family Forms*. Cambridge: Cambridge University Press.

Tout comme on le prévoit en matière d'adoption, l'art. 542.2 CcQ précise l'obligation du parent d'informer son enfant du fait qu'il est issu d'une procréation impliquant la contribution d'un tiers. Les parents devraient pouvoir être accompagnés dans cette tâche par le biais d'éducation. Des études en Europe démontrent que même si les parents ont l'intention d'informer leur enfant, s'ils ne sont pas bien accompagnés, ils ne savent pas trop quand le faire, comment s'y prendre et souvent, ils y renoncent s'ils ne le font pas assez tôt. Un accompagnement est donc nécessaire.

Si toutefois les parents ne respectaient pas cette obligation, la personne issue d'une telle procréation pourrait s'adresser à l'autorité désignée (le ministre de l'Emploi et de la Solidarité sociale) pour obtenir les renseignements désirés (art. 541.10 CcQ). Les CISSSS et CIUSSS détenant une expertise en matière de retrouvailles dans le contexte de l'adoption, il aurait pu être pertinent d'y faire appel. De plus, l'art. 542.9 CcQ prévoit que « [d]es services d'accompagnement psychosocial doivent être offerts à toute personne qui entreprend une démarche » quant à ses origines. Il sera en effet essentiel que les services soient largement disponibles et bien financés tout au long d'une démarche et pas seulement au début de la démarche¹⁸. En effet, un refus de contact ou le fait que le tiers ayant fourni ses gamètes soit décédé peut avoir des impacts chez la personne qui cherche ses origines. Les familles devraient pouvoir avoir accès aux services également.

En ce qui a trait à la transmission des renseignements pour les fins du registre, notamment à l'art. 542.15 CcQ, il faudra que les règles édictées assurent l'adéquation de la collecte et la mise à jour des informations et leur conservation de façon permanente.

Par ailleurs, le droit à l'identité comprend le droit à la connaissance de ses origines biologiques, mais ne s'y limite pas (voir jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme et la Convention de l'ONU sur les droits de l'enfant). Ainsi, la question des origines ou de la place du lien biologique est fondamentale et fait partie de l'identité de l'enfant, mais l'identité va bien au-delà de la connaissance des origines et tient aussi à la place des liens sociaux affectifs et pas seulement aux liens biologiques. En bref, l'identité, c'est tout ce qui permet de construire une personne et qui fait que cette personne est elle-même et pas une autre, ça ne se limite pas seulement à la biologie, mais la biologie en fait partie. C'est l'intérêt de l'enfant qui doit être la pierre angulaire des décisions judiciaires et non la seule biologie.

¹⁸ Des témoins en Commission parlementaire sur le PL2 avaient recommandé que les services soient également accessibles post retrouvailles en matière d'adoption ou si le contact était refusé. Cela vaut également pour les enfants issus de la contribution d'un tiers.

Il faut rappeler que le droit aux origines ne devrait pas conduire à une biologisation de la filiation. La reconnaissance expresse du droit aux origines insistant sur le biologique augmente les risques de créer cette confusion. Il faut absolument éviter la confusion entre le droit de connaître ses origines et l'établissement de la filiation. Le lien biologique entre une personne et un enfant ne doit pas nécessairement équivaloir à filiation, à lien de droit. À l'heure où la science permet les tests d'ADN et d'ancestralité et les réseaux sociaux permettent de se retrouver, c'est une réserve qu'il importe de formuler pour ce qui est de l'adoption d'un droit de connaître ses origines biologiques, sans le placer dans un contexte plus général d'identité (qui pourraient impliquer de faire prévaloir les liens socio-affectifs au détriment des liens biologiques), les juges devront se garder d'utiliser cet article afin de faire primer le biologique à tout prix et devront rechercher l'équilibre des droits de chacun, en faisant primer les droits et l'intérêt de l'enfant.

Améliorer l'aménagement de l'accès aux origines en évitant les inégalités entre les enfants conçus par adoption et ceux issus d'une procréation impliquant la contribution d'un tiers est souhaitable et nous saluons les propositions du PL12 en ce sens qui complètent celles adoptées en juin 2022 et en 2017, mais une réflexion s'impose afin d'élargir au droit à l'identité, le droit de connaître ses origines, du nouvel art. 39.1 *Charte québécoise* (PL2), non encore en vigueur, pour éviter une interprétation qui insisterait trop sur l'aspect biologique du lien de filiation.

CONCLUSION

Le droit québécois a été précurseur en permettant l'encadrement de différentes formes de famille, par exemple en 2002, en reconnaissant l'homoparenté. En revanche, sur d'autres plans, le droit québécois tarde à innover. La reconnaissance de l'union de fait se fait attendre et ce, depuis 2013 dans l'arrêt de la Cour suprême du Canada communément appelé *Eric c. Lola*¹⁹.

Ainsi, l'intervention législative est plutôt partielle et non globale. De plus, malgré l'avant-garde de certaines interventions législatives, elles demeurent attachées aux repères traditionnels que sont la biparenté et l'hétéronormativité. Tout cela entraîne des incohérences dans le droit. Ces incohérences nuisent plus particulièrement à l'enfant. Il faut inclure ce questionnement à l'ordre du jour de la réforme de la famille. L'éviter n'est pas la solution.

Dans le cadre de nos recherches, nous avons souvent proposé une lecture du droit visant à considérer la perspective de l'enfant de façon concrète afin qu'il ne subisse pas les conséquences de l'inadéquation du droit au vécu des familles contemporaines. Certes, l'intérêt de l'enfant peut se lire *in abstracto* ou *in concreto*. Bien que le législateur tente tant bien que mal d'imaginer des règles favorisant l'intérêt de l'enfant *in abstracto*, force est de constater que la complexité et la diversité de la famille compliquent la tâche. S'il est difficile d'adapter le droit au vécu des familles contemporaines, il faut permettre plus de souplesse dans le droit. Ainsi, au nom des droits fondamentaux de l'enfant, l'appréciation *in concreto* de son intérêt par les tribunaux, même si elle n'assure pas une sécurité juridique infaillible, demeure la meilleure solution²⁰.

De plus, le droit de la famille est encore organisé autour de catégories classiques, telles que la biparenté et la biparentalité. Cela peut nuire à la recherche de solutions novatrices pour réformer le droit encadrant les diverses formes familiales aujourd'hui. Le législateur maintient sa réticence à reconnaître plus de deux parents à un enfant dans le cadre de la filiation des enfants issus d'une procréation impliquant la contribution de tiers. Il est aussi réticent à octroyer un rôle parental à un adulte si les deux parents de l'enfant sont présents, en matière de recomposition familiale. Il est vrai qu'il y a peu de données en la matière, mais cela ne permet pas pour autant d'affirmer que l'intérêt de l'enfant est toujours mieux protégé s'il n'a que deux parents légaux. Il reste que certaines structures familiales reposent sur un autre mode d'opération que la biparenté ou la biparentalité. Le nier ne mènera pas pour autant à mieux protéger les intérêts de membres de ces familles et en particulier ceux de l'enfant. Tôt ou tard, les tribunaux risquent d'imposer un encadrement plus souple du vécu des familles avec l'objectif de mieux protéger les enfants vivant dans différents types de famille aujourd'hui. Pourquoi alors ne pas permettre un véritable débat sur la question ?

¹⁹ *Québec (Procureur général) c. A.*, 2013 CSC 5.

²⁰ M. GIROUX, C. Bensa et V. GRUBEN, « Les liens parentaux en droit québécois : quelle place pour la fiction biologique à l'aube d'une réforme du droit de la famille », (2021) 55 R. J. T. 705, notamment aux pp. 719-720; GIROUX, *supra* note 14, 531.