

# Canadian Journal of Family Law

---

Volume 33 | Number 1

---

2020

## Existe-t-il un « droit à l'enfant » en droit Québécois?

Elisabeth Beauchamp

Follow this and additional works at: <https://commons.allard.ubc.ca/can-j-fam-l>



Part of the [Family Law Commons](#), and the [Law and Society Commons](#)

---

### Recommended Citation

Elisabeth Beauchamp, "Existe-t-il un « droit à l'enfant » en droit Québécois?" (2020) 33:1 Can J Fam L 49.

The University of British Columbia (UBC) grants you a license to use this article under the [Creative Commons Attribution- NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International \(CC BY-NC-ND 4.0\) licence](#). If you wish to use this article or excerpts of the article for other purposes such as commercial republication, contact UBC via the Canadian Journal of Family Law at [cdnjfl@interchange.ubc.ca](mailto:cdnjfl@interchange.ubc.ca)

## **EXISTE-T-IL UN « DROIT À L'ENFANT » EN DROIT QUÉBÉCOIS?**

**Elisabeth Beauchamp\***

*La notion de « droit à l'enfant » est souvent soulevée dans le discours public, bien qu'aucune disposition législative au Québec ne prévoie un tel droit à proprement parler. Notre étude propose une analyse de l'ensemble des développements récents du droit de la famille québécois pour déterminer si un « droit à l'enfant » sous-jacent peut s'y inférer. De manière plus particulière, l'analyse porte sur l'émergence possible d'un « droit à l'enfant » dans les développements jurisprudentiels et législatifs relatifs à l'adoption, à la procréation assistée et à la gestation pour autrui. Nous tentons de démontrer que la substance du « droit à l'enfant » semble progressivement s'intégrer par osmose dans le droit de la famille québécois, tant au niveau des développements législatifs que jurisprudentiels, bien que les juristes résistent à le reconnaître comme tel.*

---

\* B.C.L./J.D., candidate au LL.M en droit et politiques de la santé à la Faculté de droit de l'Université de Toronto. Cet article a été rédigé alors que je terminais mon baccalauréat en droit à l'Université McGill. Je souhaite remercier le professeur Robert Leckey pour ses suggestions et sa disponibilité tout au long du processus de rédaction, de même que le Wainwright Essay Prize pour leur généreuse contribution qui a facilité le processus de révision.

## 1. INTRODUCTION

Les dernières décennies marquent une ouverture significative des moyens de fonder une famille. La famille s'est graduellement dissociée de sa forme traditionnelle, se rattachant désormais à la notion de choix personnel sans être confinée à une forme particulière. Dans son état actuel, le droit québécois demeure ambivalent à savoir si cette notion de choix personnel s'étend jusqu'au « droit de choisir » d'avoir un enfant par des moyens autres que la procréation dite naturelle, de solliciter l'aide de l'État dans la mise en œuvre de ce choix et de réclamer l'établissement d'un lien de filiation avec l'enfant qui naît.

Il n'est pas rare qu'un groupe d'intérêt ayant un objectif qu'il juge moralement juste réclame sa réalisation en invoquant la rhétorique des droits, élevant ainsi la réclamation au rang du fait universellement juste et désirable<sup>1</sup>. Or l'expression « droit à l'enfant », plutôt que d'être revendiquée par les personnes qui sont en faveur de son existence, est généralement invoquée par ses opposants qui la juxtaposent avec les « droits de l'enfant ». Le « droit à l'enfant » véhiculerait « une conception réductrice et instrumentale de l'enfant, qui menace ses droits fondamentaux et son individualité propre »<sup>2</sup>. Le professeur Alain Roy affirme :

---

<sup>1</sup> Voir Duncan Kennedy, « The Critique of Rights in Critical Legal Studies » dans Wendy Brown et Janet Halley, dirs, *Left Legalism/Left Critique*, Durham et Londres, Duke University Press, 2002, 178 à la p 185.

<sup>2</sup> Alain Roy, « Le « droit à l'enfant » menace les droits de l'enfant », *Le Devoir* (21 novembre 2008), en ligne : <[www.ledevoir.com/non-classe/217534/le-droit-a-l-enfant-menace-les-droits-de-l-enfant](http://www.ledevoir.com/non-classe/217534/le-droit-a-l-enfant-menace-les-droits-de-l-enfant)>.

Prétendre que l'enfant est un droit revient à l'assimiler à un objet d'appropriation. L'enfant appartient ainsi aux personnes qui l'ont désiré, et tout doit être organisé de manière à ne pas troubler leur « possession »<sup>3</sup>.

Les juristes français Malaurie et Fulchiron ont déclaré que la rhétorique des droits fondamentaux, utilisée pour justifier le « droit à l'enfant », constitue l'« une des plus dangereuses tentations de notre temps »<sup>4</sup>, puisqu'un tel discours assimile l'enfant à « un objet que l'homme, apprenti sorcier, est prêt à créer de toutes pièces pour satisfaire des aspirations individuelles »<sup>5</sup>. En 2009, la Commission de l'éthique, de la science et de la technologie du Québec écrivait également :

Le désir d'enfant tend à vouloir se transformer en un « droit à l'enfant », et comporte donc le droit d'utiliser tous les moyens possibles afin d'en bénéficier [. . .] [L]a Commission considère qu'il n'existe pas de « droit à l'enfant » et que, par conséquent, l'État n'est pas tenu d'accéder à toutes les

---

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> Philippe Malaurie et Hugues Fulchiron, *La Famille*, 4<sup>e</sup> éd, Paris, Défrénois, 2011 au para 1438.

<sup>5</sup> *Ibid.*

demandes des citoyennes et des citoyens en matière de procréation assistée<sup>6</sup>.

Le droit à l'enfant est principalement soulevé dans la littérature sur un ton alarmiste. Plutôt que de plaider en faveur ou à l'encontre d'un tel droit, nous tentons de déterminer si et dans quelle mesure les développements législatifs et jurisprudentiels récents sont fondés sur un « droit à l'enfant » inavoué au sein du droit de la famille québécois. Nous identifions la nature et la teneur d'un tel « droit », de même que les raisons qui sous-tendent la connotation négative de l'expression. Sur un plan plus large, notre étude met en exergue la manière dont le droit s'est transformé en réponse aux évolutions sociales du concept de la famille survenues au Québec au cours des dernières décennies.

Nous étudions les réponses du droit québécois à la revendication, par une personne adulte, du « droit » de concevoir et de mettre au monde un enfant, de même que d'établir un lien de filiation avec un enfant. La question de l'autorité parentale se situe donc en-dehors du cadre de notre étude. Notre étude est circonscrite au Québec, et se penche sur trois domaines du droit de la famille, qui constituent la structure de notre essai : l'adoption, la procréation assistée et la gestation pour autrui<sup>7</sup>. Nous

---

<sup>6</sup> Québec, Commission de l'éthique de la science et de la technologie, *Avis : éthique et procréation assistée : des orientations pour le don de gamètes et d'embryons, la gestation pour autrui et le diagnostic préimplantatoire*, Québec, CEST, 2009 aux pp xvi, xiv, 6.

<sup>7</sup> Certains auteurs ont critiqué la distinction rigide entre la procréation dite « naturelle » et « assistée », soutenant que la réalité s'apparente souvent plutôt à un continuum d'interventions dans le processus de

examinons un mélange de textes de lois, de débats parlementaires, de jurisprudence et de doctrine et de textes parus dans les médias. La variété des sources étudiées permet d'examiner les influences mutuelles entre la recherche, l'activisme, les réformes juridiques et les pratiques sociales<sup>8</sup>. Bien que notre étude soit ancrée dans les catégories définies par le livre sur la famille du *Code civil*, la problématique du « droit à l'enfant » outrepassa les limites strictes du droit de la famille tel qu'il est traditionnellement conçu et s'étend aux domaines de la santé, des politiques sociales et des pratiques professionnelles et éthiques<sup>9</sup>. Ultimement, l'étude des documents sélectionnés révèle que la substance d'un « droit à l'enfant » s'intègre progressivement au droit québécois par l'entremise tant du législateur que des tribunaux, malgré la résistance à reconnaître ce « droit » dans le discours juridique ou même la tendance à le brandir comme un épouvantail afin de délégitimer certaines réclamations.

---

procréation. Voir Emily Jackson, *Regulating Reproduction: Law, Technology and Autonomy*, Oxford, Hart, 2001 à la p 171. Le *Code civil du Québec* contient néanmoins des chapitres distincts pour la filiation « par le sang » et par la « procréation assistée ». Notre essai se fonde sur cette distinction au sein du *Code* et n'examine pas son bien-fondé. La remarque de Jackson mérite toutefois d'être gardée à l'esprit lors de la lecture du texte.

<sup>8</sup> Voir Robert Leckey, « Law Reform, Lesbian Parenting, and the Reflective Claim » (2011) 20:3 Soc & Leg Stud 331 à la p 332.

<sup>9</sup> Voir Janet Halley et Kerry Rittich, « Critical Directions in Comparative Family Law: Genealogies and Contemporary Studies of Family Law Exceptionalism » (2010) 58:4 Am J Comp L 753 aux pp 761–62.

## 2. POINTS DE DÉPART CONCEPTUELS

Il convient tout d'abord de définir les termes que nous utilisons au cours de cet essai. Dans la présente section, nous examinons la teneur de quatre notions sous-jacentes aux discussions sur le « droit à l'enfant », soit la filiation, les « droits », les « intérêts » et l'égalité.

### 2.1. LA FILIATION

Notre enquête porte sur la conception d'un enfant et sur l'établissement d'un lien juridique avec l'adulte qui l'a désiré. En droit québécois, ce lien est régi par l'institution de la filiation, qui peut être définie comme le lien de droit entre le parent et l'enfant, d'où découlent une série d'effets juridiques<sup>10</sup>. Traditionnellement, la filiation visait à assurer une « structure sociale tout en garantissant aux enfants identité, sécurité et stabilité »<sup>11</sup>. À l'heure actuelle, les fondations du droit québécois de la filiation semblent reposer sur trois facteurs principaux: la préservation de la stabilité familiale, la génétique et la volonté des parents<sup>12</sup>. Le professeur Gérard Cornu a écrit:

Le droit de la filiation n'est pas seulement un droit de la vérité. C'est aussi, en partie, un

---

<sup>10</sup> Voir Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues : les familles*, 2<sup>e</sup> éd, Montréal, Yvon Blais, 2016, à la p 60, *sub verbo* « filiation ».

<sup>11</sup> Marie Pratte, « La filiation réinventée : l'enfant menacé ? » (2003) 33:4 RGD 541 à la p 547.

<sup>12</sup> Voir Robert Leckey, « Families in the Eyes of the Law: Contemporary Challenges and the Grip of the Past » (2009) 15:8 IRPP à la p 20 [Leckey, « Families in the Eyes of the Law »].

droit de la vie, de l'intérêt de l'enfant, de la paix des familles, des affections, de[s] sentiments moraux, de l'ordre établi, du temps qui passe [. . .]<sup>13</sup>.

Étant donné sa nature tant personnelle qu'institutionnelle, le droit relatif à la filiation est susceptible de soulever des tensions morales et politiques. Certains auteurs ont caractérisé les développements récents du droit de la filiation comme révélant une polarisation entre, d'une part, « une perception naturaliste fondée sur l'engendrement et le[s] lien[s] de sang », et d'autre part « une valorisation de plus en plus grande < des liens librement choisis > », « produit[s] de la volonté des individus »<sup>14</sup>. Le débat entourant le droit de la filiation est accentué par la double destination de la filiation, qui peut être tant instrumentale que symbolique<sup>15</sup>. En effet, la filiation est un instrument permettant l'application de droits et de devoirs légaux, sans toutefois que sa valeur soit limitée à cette fonction. Pour plusieurs, le lien de filiation, sans égard à son contenu juridique exécutoire, a une valeur intrinsèque<sup>16</sup>. Les controverses liées à la question du « droit à l'enfant » prennent leur sens dans ce contexte plus large du débat relatif à la nature et la fonction du droit de la filiation.

---

<sup>13</sup> Gérard Cornu, *Droit civil. La famille*, 9<sup>e</sup> éd, Paris, Montchrestien, 2006 à la p 336.

<sup>14</sup> Pratte, *supra* note 11 à la p 606.

<sup>15</sup> Leckey, « Families in the Eyes of the Law », *supra* note 12 à la p 3.

<sup>16</sup> Voir *ibid.*



## 2.2. « DROITS »

Dans le langage courant, l'expression « avoir le droit » est principalement utilisée comme le fait d'avoir le pouvoir ou la légitimité de faire quelque chose. Néanmoins, cette utilisation s'écarte de la définition strictement juridique du terme. Selon Wesley Newcomb Hohfeld, la définition d'un « droit » naît de son corollaire, le « devoir »<sup>17</sup>. Un devoir, synonyme d'obligation juridique, se définit par ce qu'une personne doit faire, ou doit ne pas faire. Les termes « devoir » et « droit » sont les corollaires l'un de l'autre; envahir le droit d'un tiers constitue une violation du devoir que l'on a à son égard<sup>18</sup>. Ainsi selon la définition d'Hohfeld, l'existence d'un « droit à l'enfant » pourrait donner naissance à une obligation corollaire de mettre en œuvre un programme ou un service afin de permettre la réalisation de ce droit. On parle donc d'un droit dit positif<sup>19</sup>. En revanche, un droit négatif s'apparente au terme « liberté » employé par Hohfeld<sup>20</sup>. La « liberté » ou le « privilège » d'avoir un enfant impliquerait que nul ne possède le droit de s'interposer dans la décision d'une personne d'avoir un enfant ou de l'entraver. Dans le cas de la procréation dite « naturelle », les tribunaux québécois et la Cour suprême du Canada ont reconnu un « privilège de procréer »<sup>21</sup>, intrinsèquement lié à l'intégrité physique de

---

<sup>17</sup> Voir Wesley Newcomb Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, New Haven, Yale University Press, 1964 à la p 38.

<sup>18</sup> Voir *ibid* aux pp 38, 43.

<sup>19</sup> Voir généralement *ibid* aux pp 38–43.

<sup>20</sup> Voir *ibid*.

<sup>21</sup> *E (Mme) c Eve*, [1986] 2 RCS 388 à la p 434, 1986 CanLII 36.

l'être humain. Ce privilège empêche, par exemple, la stérilisation de personnes ayant un handicap qui pourrait affecter leurs capacités parentales<sup>22</sup>. Dans le contexte de demandes d'asile en raison de la politique de stérilisation forcée en Chine, les tribunaux ont également affirmé que la « liberté de procréation d'une femme est un droit fondamental »<sup>23</sup>. S'il existe un « droit à la procréation » reconnu explicitement par les tribunaux canadiens, il s'agit d'un droit négatif : l'État ne peut empêcher quelqu'un de concevoir un enfant. Dans notre essai, nous nous penchons plutôt sur l'existence d'un droit « positif » d'avoir un enfant.

Toutefois comme nous l'avons mentionné précédemment, un tel droit n'a jamais été formellement reconnu. Notre question de recherche est donc plutôt orientée vers l'identification de traces de la présence d'un droit « moral » d'avoir un enfant dans l'évolution du droit québécois. On peut définir un tel « droit » comme une exigence morale, existant indépendamment de sa reconnaissance par le législateur<sup>24</sup>. Les théories du droit moral sont essentiellement des théories sur ce que devrait être le contenu fondamental des règles juridiques<sup>25</sup>. Une forme courante de critique d'une règle de droit est l'allégation qu'elle enfreint les droits moraux des

---

<sup>22</sup> Voir *ibid.*

<sup>23</sup> Voir *Cheung c Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 2 CF 314 à la p 322, 1993 CanLII 2946. Voir aussi *Canada (Procureur général) c Ward*, [1993] 2 RCS 689, 1993 CanLII 105.

<sup>24</sup> Voir Hillel Steiner, « Moral Rights » dans David Copp, dir, *The Oxford Handbook of Ethical Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 459 aux pp 459–61.

<sup>25</sup> Voir *ibid.*

personnes. L'incapacité d'une loi à satisfaire d'autres types d'exigences morales, par exemple, la bienveillance n'est généralement pas considérée comme étant aussi condamnable<sup>26</sup>. Ronald Dworkin a écrit que « l'essentiel de la loi [. . .] ne peut être neutre. Elle doit énoncer [. . .] le point de vue de la majorité sur le bien commun »<sup>27</sup>. À tort ou à raison, les autorités politiques font en effet fréquemment appel aux « droits » du peuple et des individus pour justifier leurs actions et programmes<sup>28</sup>. Notre essai se fonde sur la prémisse selon laquelle la conviction qu'il existe un « droit moral » d'avoir un enfant au sein de la population est susceptible d'avoir modelé le développement et le contenu du droit de la famille québécois. L'objectif de notre essai est donc d'examiner dans quelle mesure les développements législatifs et jurisprudentiels en droit de la famille québécois ont été influencés par la présence d'un « droit moral » perçu au sein de la population.

### 2.3. « INTÉRÊTS »

Le langage des « droits » est confronté à ses limites dans le contexte de la procréation, notamment dans le cas d'un enfant non né qui n'est titulaire d'aucun droit. Un discours axé sur les « intérêts » est en mesure de saisir des nuances auxquelles le « droit » ne peut pas accéder<sup>29</sup>. Un potentiel

---

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> Voir Ronald Dworkin, dir, *Taking Rights Seriously*, Belmont, Gerald Duckworth & Co, 1977 à la p 205 [notre traduction].

<sup>28</sup> Voir *ibid* à la p 199.

<sup>29</sup> À noter que nous utilisons le terme « intérêts » dans le sens social et non strictement juridique du terme. Dans son essai « The Right to

« droit à l'enfant » est susceptible d'avoir un impact sur les intérêts de plusieurs acteurs, dont les parents, l'enfant, les tiers et l'État<sup>30</sup>. Par exemple, l'intérêt de l'enfant à naître à mener une vie de qualité peut être soulevé au sein du discours social pour déterminer s'il est permis de créer une nouvelle vie<sup>31</sup>. Un discours axé uniquement sur les droits n'est pas en mesure de faire valoir ce type d'intérêt. Pour ce qui est des intérêts des parents, on a écrit qu'élever un enfant contribue au bien-être de nombreux adultes. Certains philosophes suggèrent même que le rôle parental contribue de façon unique à l'épanouissement de la personne<sup>32</sup>. De tels intérêts pourraient appuyer les réclamations du droit d'avoir un enfant. Toutefois, comme nous le constaterons plus tard, le discours juridique relatif aux développements du droit de la famille ne fait que rarement allusion aux intérêts des parents. Finalement, il convient de noter que l'État, en sa qualité de protecteur et de promoteur des intérêts de ses citoyens, a intérêt à créer les conditions nécessaires à la perpétuation d'institutions justes. Comme nous l'avons mentionné plus tôt, la filiation

---

Procreate: Where Rights Claims Have Gone Wrong », Laura Shanner notait que d'un point de vue juridique un fœtus n'est sujet d'aucun intérêt, ce qui mine la légitimité du concept du « droit à l'enfant ». Voir Laura Shanner, « The Right to Procreate: When Rights Claims Have Gone Wrong » (1995) 40:4 RD McGill 823. Notre utilisation du terme « intérêt » est fondée sur la définition plus large utilisée par Sarah Hannan. Voir Sarah Hannan, « Introduction » in Sarah Hannan, Samantha Brennan et Richard Vernon, dirs, *Permissible Progeny?: The Morality of Procreation and Parenting*, New York, Oxford University Press, 2015, 1.

<sup>30</sup> Voir Hannan, *supra* note 29 aux pp 16 et s.

<sup>31</sup> Voir *ibid* aux pp 16–17.

<sup>32</sup> Voir *ibid* à la p 17.

est une institution, un élément fondamental de l'organisation sociale. L'État a donc un intérêt dérivé dans la régulation de la procréation et de la parenté<sup>33</sup>. La question du « droit à l'enfant » se situe au croisement de ces intérêts.

## 2.4. ÉGALITÉ

Plusieurs réclamations relatives au « droit à l'enfant » s'effectuent au nom du « droit à l'égalité », selon lequel les personnes qui ne peuvent pas procréer de manière dite « naturelle » devraient avoir le « droit » de fonder une famille au même titre que les couples fertiles. De prime abord, il convient d'effectuer une distinction entre le « droit à l'égalité », et l'existence d'un droit à l'objet sur lequel on recherche l'égalité — par exemple, le fait d'avoir un enfant. Le droit à l'égalité tel que garanti par la *Charte canadienne des droits et libertés* est défini comme le « droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination »<sup>34</sup>. La *Charte (québécoise) des droits et libertés de la personne* énonce plutôt que « [t]oute 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 [. . .] »<sup>35</sup>, prévoyant donc l'égalité dans l'exercice des droits énoncés dans le reste de la loi — à noter que le « droit à la procréation » n'en fait pas partie. Ainsi la revendication du « droit à l'égalité » dans

<sup>33</sup> Voir *ibid* à la p 20.

<sup>34</sup> *Charte canadienne des droits et libertés*, art 15, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada (R-U)*, 1982, c 11.

<sup>35</sup> *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ c C-12, art 10.

les développements du droit de la famille n'indique pas nécessairement qu'il existe un « droit à l'enfant » sous-jacent qui se doit d'être respecté. Néanmoins, Peter Westen a écrit qu'un concept d'égalité qui serait en mesure d'altérer le processus de prise de décision judiciaire et législative tire nécessairement son contenu substantiel d'un droit sous-jacent<sup>36</sup>. Le discours de l'égalité utilisé pour faire avancer le droit est un indice probant de la présence d'un « droit » moral sous-jacent d'avoir un enfant.

À la lumière de ces définitions, nous tentons d'identifier si l'on peut inférer la présence sous-jacente d'un droit moral, positif d'avoir un enfant en droit québécois. Notre enquête s'effectue à travers une analyse des discours juridiques et populaires liés aux développements du droit de l'adoption, de la procréation assistée et de la gestation pour autrui.

### 3. L'ADOPTION

Contrairement aux deux autres types de filiation prévus par le législateur, soit la filiation par le sang et par la procréation assistée, la filiation par adoption s'établit par voie judiciaire plutôt qu'administrative<sup>37</sup>. Ainsi, l'État est impliqué activement dans l'adoption et intervient dans la sélection des adoptants. L'établissement de la filiation par l'adoption se produit alors que l'enfant est déjà né. Le principe qui sous-tend cette institution est celui de l'intérêt de l'enfant. Le *Code civil* prévoit que « l'adoption ne peut

---

<sup>36</sup> Voir Peter Westen, « The Empty Idea of Equality » (1982) 95:3 Harv L Rev 537 à la p 592.

<sup>37</sup> Voir art 566 et s CcQ. L'adoption coutumière autochtone constitue toutefois une exception à cette règle générale. Voir art 543.1 CcQ.

avoir lieu que dans l'intérêt de l'enfant »<sup>38</sup>. Déjà, l'intérêt des parents est relégué au second plan. L'objectif de l'institution de l'adoption est d'ailleurs traditionnellement conçu comme celui d'offrir un milieu de vie à l'enfant<sup>39</sup>, plutôt que comme moyen pour un couple de fonder une famille. Néanmoins, l'élargissement de l'accès à l'adoption aux personnes célibataires et aux couples de même sexe semble avoir pris appui sur les intérêts des adultes d'adopter, qui justifieraient un droit à l'égalité dans l'accès à l'adoption. L'intérêt de l'enfant demeure primordial dans la mesure où l'État peut refuser l'application d'un ou de deux individus si ces derniers ne satisfont pas les critères de l'évaluation psychosociale. Il n'est toutefois plus légitime pour l'État de restreindre l'accès à l'adoption à un groupe d'individus. Nous examinons tout d'abord le contenu des développements législatifs et jurisprudentiels relatifs à l'accès à l'adoption, puis nous analysons les discours employés lors de ces développements.

### 3.1. LE CONTENU DES DÉVELOPPEMENTS LÉGISLATIFS ET JURISPRUDENTIELS

Le premier texte législatif régissant l'adoption au Québec a été sanctionné en 1924. Jusqu'alors, la famille était une institution considérée comme privée, où l'État s'abstenait d'intervenir.<sup>40</sup> La *Loi concernant l'adoption* prévoyait

---

<sup>38</sup> Art 543 CcQ (soulignement ajouté).

<sup>39</sup> Voir Marie-France Bureau, *Le droit de la filiation entre ciel et terre : étude du discours juridique québécois*, Cowansville, Yvon Blais, 2009 à la p 127.

<sup>40</sup> Voir Renée Joyal, *L'évolution de la protection de l'enfance au Québec : des origines à nos jours*, Sainte-Foy, Presses de l'Université du Québec, 2000 à la p 110.

pour la première fois qu'un enfant dont la filiation était établie, et dont les parents étaient vivants et connus, était éligible à l'adoption (par exemple, si ses parents avaient négligé de pourvoir à ses besoins et à son entretien)<sup>41</sup>. La loi prévoyait également qu'à la suite de l'adoption, les parents de naissance étaient privés de « tous les droits qu'ils posséd[aient] [. . .] relativement à cet enfant »<sup>42</sup>. La loi de 1924 constitue ainsi le premier pas du législateur québécois vers une conception de l'intérêt de l'enfant qui surpasse le « droit » du parent à l'enfant. Le droit du parent biologique, plus particulièrement du père de famille, n'est plus absolu : pour la première fois, le législateur affirme que l'enfant n'« appartient » pas au père de famille<sup>43</sup>. Bien que la *Loi concernant l'adoption* de 1924 nous informe davantage sur l'autorité parentale que sur la parenté, elle indique néanmoins que l'enfant n'est pas susceptible d'appartenir, ou d'être l'objet de la possession, de qui que ce soit. Cette notion sous-tend toutes les controverses autour de la question du « droit à l'enfant », et semble être à la source de la réticence du législateur à consacrer un tel droit, implicitement ou explicitement, dans d'autres secteurs du droit de la famille que nous examinerons plus tard.

Selon la loi de 1924, « [t]oute personne âgée de vingt et un ans ou plus, peut, par requête adressée à un juge de la Cour supérieure du district où elle a son domicile, demander l'autorisation d'adopter comme son propre

---

<sup>41</sup> Voir *Loi concernant l'adoption*, LQ 1923–1924, c 75, arts 3, 4.

<sup>42</sup> *Ibid*, art 10.

<sup>43</sup> Voir Léo Pelland, *La loi de l'adoption de 1924 : Examen critique en regard de la saine tradition philosophique et juridique*, Québec, Léo Pelland, 1924 aux pp 10–11.



enfant une autre personne plus jeune qu'elle-même, pourvu que cette dernière ne soit pas son épouse, son époux, son frère, ou sa sœur»<sup>44</sup>. Le législateur ne spécifie pas l'état civil de l'adoptant. La loi mentionne toutefois que le requérant peut «demander l'autorisation d'adopter», prévoyant explicitement que l'adoptant n'est pas garanti de voir sa demande approuvée.

En 1969, le législateur restreint la classe de personnes pouvant adopter un enfant :

Seuls peuvent adopter un enfant:

- a) les époux faisant vie commune;
- b) le nouveau conjoint du père ou de la mère d'un enfant légitime;
- c) les époux séparés de corps judiciairement ou de fait ou l'un d'eux, s'ils ont adopté *de facto* l'enfant avant leur séparation;
- d) une personne non mariée, pourvu que l'enfant soit du même sexe qu'elle.

Le tribunal peut toutefois prononcer l'adoption malgré la différence de sexe entre l'adopté et l'adoptant si celui-ci est le père, la mère ou un autre ascendant de l'enfant ou s'il est un veuf ou une veuve qui avait déjà adopté

---

<sup>44</sup> *Loi concernant l'adoption*, supra note 41, art 1.

de fait l'enfant avant le décès de son conjoint.<sup>45</sup>

Adopter un enfant n'est pas une possibilité pour tous ceux qui le désirent. L'objectif de la loi, outre celui de préserver l'intérêt de l'enfant, semble être celui de créer une famille adoptive qui revête une apparence de « normalité »<sup>46</sup>. Cette réduction de la catégorie de personnes pouvant adopter un enfant peut être interprétée comme un moyen additionnel de garantir la protection de l'intérêt de l'enfant, qui est maintenant un objectif explicite de la loi sur l'adoption<sup>47</sup>. L'enfant aurait le droit de grandir dans une famille « normale », au même titre que les autres enfants dont la filiation est établie à la naissance. La restriction des personnes pouvant avoir recours à l'adoption pour fonder une famille est orientée vers la protection de l'intérêt de l'enfant sans égard à la volonté ni au désir de fonder une famille des personnes qui ne cadrent pas dans ces catégories.

Depuis 1980, le *Code civil* prévoit que « [t]oute personne majeure peut, seule ou conjointement avec une autre personne, adopter un enfant »<sup>48</sup>. Le législateur a éliminé les restrictions imposées à l'état civil des adoptants de la loi de 1969. L'adoption serait désormais théoriquement ouverte aux conjoints de fait, aux couples séparés et aux couples de même sexe, bien que la

---

<sup>45</sup> *Loi sur l'adoption*, LQ 1969, c 64, art 3.

<sup>46</sup> Voir Jean Pineau et Marie Pratte, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006 aux pp 710, 716.

<sup>47</sup> Voir *Loi sur l'adoption*, *supra* note 45, art 2.

<sup>48</sup> Art 598 CcQ 1980; Art 546 CcQ.

jurisprudence ait connu une lente évolution à reconnaître qu'il puisse être dans l'intérêt de l'enfant d'être adopté par des familles non traditionnelles. De plus, l'économie générale du *Code*, qui sexualisait le couple parental, laissait planer des doutes sur la possibilité pour un couple de même sexe d'adopter un enfant<sup>49</sup>. En 2002, le législateur consacre explicitement l'adoption par les couples de même sexe par le biais de l'article 578.1 du *Code*, qui spécifie les droits et obligations à l'égard de l'enfant lorsque les parents sont de même sexe. Certains auteurs ont interprété l'ouverture de l'accès à l'adoption depuis 1980 comme une redéfinition de la vocation de l'adoption, qui serait dorénavant fondée non seulement sur l'intérêt de l'enfant, mais également sur les intérêts des adultes.

### **3.2. LA FORME DES DÉVELOPPEMENTS LÉGISLATIFS ET JURISPRUDENTIELS**

Le législateur québécois affirme avoir élargi l'accès à l'adoption afin de favoriser l'intérêt de l'enfant. Dans les débats législatifs entourant l'adoption de l'article 578.1, on peut lire :

On ne peut pas avoir deux poids, deux mesures quand il s'agit des enfants. Ils doivent avoir les mêmes protections de la loi, les mêmes droits que les parents de sexe différent. La filiation doit être établie afin de faire disparaître la moindre distinction entre

---

<sup>49</sup> Voir Carmen Lavallée et Suzanne Philips-Nootens, « De l'état inaliénable à l'instrumentalisation, la filiation en question » dans Pierre-Claude Lafond et Brigitte Lefebvre, dirs, *L'union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21<sup>e</sup> siècle*, Cowansville, Yvon Blais, 2003, 337 à la p 351.

parents naturels, parents biologiques, adoptifs, qu'ils soient de même sexe ou de sexe différent, car si on ne fait pas cette distinction-là, si on n'abolit pas ces différences-là au niveau des enfants, on va créer une forme de discrimination dérivée qui ne sera plus vécue par nous mais qui va être vécue par les enfants<sup>50</sup>.

L'interdiction d'adopter pour les couples de mêmes sexes a été rejetée par le législateur et les tribunaux sous prétexte qu'elle constituait une « discrimination à l'égard des enfants »<sup>51</sup>, plutôt que pour reconnaître un « droit d'adopter » à ces couples. Un regard plus large sur l'évolution du droit de la famille dans le reste du Canada peut toutefois soulever des doutes quant aux véritables motifs des développements législatifs relatifs à l'adoption. En 1995, la Cour provinciale de l'Ontario s'est prononcée sur les réclamations de quatre couples de même sexe selon lesquels la législation sur l'adoption, ne permettant l'adoption conjointe que par des époux de sexe différents, était inconstitutionnelle. La Cour a déclaré que la définition restrictive du terme « époux » comme étant de sexe

---

<sup>50</sup> Québec, Assemblée nationale, Commission permanente des institutions, « Consultation générale sur l'avant-projet de loi instituant l'union civile des personnes de même sexe et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives, ainsi qu'à l'égard du document de consultation Pour un traitement égalitaire, l'union civile », *Journal des débats de la Commission permanente des institutions*, vol 37, n° 43 (5 février 2002) (Claudine Ouellet).

<sup>51</sup> Carmen Lavallée, *L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption : regards sur le droit français et le droit québécois*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2005 à la p 242.

différent était inopérante. Dans son raisonnement, le juge déclare :

The effect of the definition of “spouse” [. . .] is to deny to gay or lesbian people the right to apply, as a couple, to adopt a child. I reject the argument put forward by the intervenor that this is not a denial of a protected right for two reasons: (a) I believe the right to adopt is a “benefit of the law”; and (b) the denial (or distinction, or “unequal treatment”), is based on the personal characteristics of the applicants<sup>52</sup>.

Dans son jugement, le juge utilise les termes « right to adopt » et « right to apply to adopt » de manière irrégulière. Le juge semble avoir défini qu’il existe un « droit d’adopter » qui serait interprété comme le droit d’un couple de postuler pour adopter un enfant. Ce « droit » demeure conditionnel à l’évaluation psychosociale des parties au projet parental, qui veillerait toujours au respect de l’intérêt de l’enfant. La décision ontarienne permet tout de même de constater que l’élargissement de l’accès à l’adoption, qui s’est effectué sans contestation constitutionnelle au Québec, s’est fait explicitement en Ontario sous le couvert du droit à l’égalité plutôt que sous celui de l’intérêt de l’enfant. Il semble plausible que, dans les faits, c’est cette même raison qui a mené à l’élargissement de l’accès à l’adoption au Québec, même si de telles réclamations n’ont pas été faites devant les tribunaux et que le législateur semble réticent à l’admettre.

---

<sup>52</sup> *Re K Adoption*, 1995 CanLII 10080, [1995] OJ No 1425 (QL) (ONCJ) (soulignement ajouté).

D'ailleurs, il est pertinent que la reconnaissance de la possibilité de l'adoption par deux personnes de même sexe ait fait son entrée dans le Code civil dans le cadre de la création d'une forme conjugale ouverte aux couples de même sexe, un geste propulsé davantage par le souci d'égalité entre adultes que par l'intérêt de l'enfant.

Il est également intéressant de noter que la disposition relative aux adoptants, en 1924, prévoyait que ces derniers pouvaient « demander l'autorisation » du tribunal, alors que la disposition de 1980 utilise l'expression « peut adopter » un enfant. L'article 546 ne garantit pas que toute personne est assurée de pouvoir adopter un enfant. Toute personne peut adopter un enfant sous réserve de l'article 547.1 du *Code*<sup>53</sup>, qui se réfère à la *Loi sur la Protection de la Jeunesse*:

Le directeur [de la protection de la jeunesse] doit, pour toute demande d'ordonnance de placement qu'il présente, procéder à l'évaluation psychosociale des adoptants prescrite par l'article 547.1 du Code civil. Cette évaluation porte notamment sur leur capacité à répondre aux besoins physiques, psychiques et sociaux de l'enfant<sup>54</sup>.

La possibilité d'être parent par le truchement de l'adoption demeure dépendante de cette évaluation; certains postulants pourraient être refusés. La formulation inclusive de l'art 546 du *Code civil* semble néanmoins donner une impression d'universalité dans l'accès à

---

<sup>53</sup> Voir art 547.1 CcQ.

<sup>54</sup> *Loi sur la protection de la jeunesse*, RLRQ c P-34.1, art 71.3.5.

l'adoption et reléguant l'évaluation psychologique à une disposition distincte et ultérieure. L'adoption demeure le seul moyen reconnu par le droit pour certaines personnes d'avoir un enfant, notamment pour les couples de même sexe masculin<sup>55</sup>. La formulation inclusive de l'article 546 du Code civil pourrait-elle avoir comme objectif de conserver l'apparence d'un mode de filiation disponible à tous, particulièrement pour ces couples? Si oui, pourrait-ce être en raison d'un certain consensus politique tacite selon lequel avoir un enfant devrait être une possibilité pour tous?

Les dispositions législatives actuelles relatives à l'adoption sont *a priori* non équivoques : l'adoption ne s'effectue que dans l'intérêt de l'enfant, et non pas dans l'intérêt des parents. L'élargissement de l'accès à l'adoption au Québec pourrait être dû à un consensus social et juridique grandissant selon lequel ni l'orientation sexuelle ni le statut conjugal d'une personne, qui étaient auparavant utilisés afin de restreindre l'accès à l'adoption, n'ont d'incidence sur l'intérêt de l'enfant et qu'à ce titre ces facteurs ne sont pas pertinents lorsque s'évalue l'intérêt de l'enfant. Toutefois, une lecture attentive des discours juridiques et politiques liés au développement du droit de l'adoption suggère que, bien que l'élargissement de l'accès à l'adoption ait été justifié au Québec par l'intérêt de l'enfant et puisse résulter d'une évolution dans l'appréciation de cette notion, l'intérêt des adultes d'adopter, manifestement à la source des réclamations du

---

<sup>55</sup> Voir art 541 CcQ, qui prévoit la nullité absolue des conventions de gestation pour autrui.

droit à l'égalité dans l'accès à l'adoption, a joué un rôle déterminant dans l'évolution du droit.

#### 4. LA PROCRÉATION ASSISTÉE

Le régime québécois de la procréation assistée est le chantier principal où l'on s'intéresse au droit à l'enfant. En 1987, les auteurs Baudoin et Labrusse-Riou écrivaient que le désir d'enfant ne devrait, en aucun cas, équivaloir à un droit à l'enfant, affirmant que « [l]e désir qu'il soit personnel, instinctif, naturel, orienté vers le bonheur et l'accomplissement individuels ou qu'il soit social, collectif, politique, n'est pas en lui-même fondateur de droits au sens strict du terme »<sup>56</sup>. Les développements du droit de la procréation assistée ont par la suite été dénoncés à plusieurs reprises par des juristes québécois comme consacrant un « droit à l'enfant »<sup>57</sup>. Dans le régime de la procréation assistée, le fait d'avoir un enfant et d'établir un lien de filiation avec ce dernier naît en effet explicitement du désir d'être parent de la personne ou des personnes parties au projet parental.

Il convient tout d'abord d'effectuer une distinction entre l'accès à la procréation assistée, qui relève

---

<sup>56</sup> Jean-Louis Baudoin et Catherine Labrusse-Riou, *Produire l'homme : de quel droit? : Étude juridique et éthique des procréations artificielles*, Paris, Presses universitaires de France, 1987 à la p 150.

<sup>57</sup> Voir Pineau et Pratte, *supra* note 46 à la p 138; Alain Roy, *supra* note 2; Laura Shanner, *supra* note 29; Benoît Moore, « Les enfants du nouveau siècle (libres propos sur la réforme de la filiation) » dans *Développements récents en droit familial (2002)*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville, Yvon Blais, 2002, 75 à la p 87; Lavallée et Philips-Nootens, *supra* note 49 à la p 355.



principalement du droit de la santé, et la reconnaissance d'un lien de filiation avec l'enfant né par procréation assistée, qui relève du Code civil. Lorsqu'il s'agit de déterminer s'il existe un « droit à l'enfant » tel que nous l'avons défini précédemment, ces deux volets se révèlent tous deux nécessaires à l'analyse et agissent de manière complémentaire. Nous examinons tout d'abord les réformes liées à la reconnaissance d'un lien de filiation dans le cadre de la procréation assistée, puis nous nous penchons sur les développements législatifs relatifs à l'accès à la procréation assistée.

#### **4.1. DÉVELOPPEMENTS LÉGISLATIFS AU SEIN DU CODE CIVIL**

##### **a. Survol des développements législatifs : principes directeurs**

En 1980, le législateur québécois émet une première législation sur la filiation des enfants nés par insémination artificielle. Les articles 586 et 588 du *Code civil* de 1980 interdisaient la contestation de la filiation d'un enfant en raison de sa conception par insémination artificielle<sup>58</sup>, protégeant ainsi l'intérêt de l'enfant. En 1991, le législateur crée une nouvelle section au chapitre de la filiation par le sang, intitulée « [d]e la procréation médicalement assistée »<sup>59</sup> (« PMA » ci-dessous). On y retrouve cinq dispositions relatives à la PMA : le législateur y confirme l'absence de liens de filiation entre l'auteur de la contribution au projet parental d'autrui — le donneur de

---

<sup>58</sup> Voir Pineau et Pratte, *supra* note 46 à la p 670.

<sup>59</sup> *Ibid.*

sperme — et l'enfant<sup>60</sup>, réitère les dispositions prévues dans la loi de 1980<sup>61</sup>, déclare la nullité absolue des contrats de gestation pour autrui<sup>62</sup> et affirme le caractère secret de la procréation médicalement assistée<sup>63</sup>. Pour la première fois, le législateur emploie le terme « projet parental »<sup>64</sup>.

On constate une réorientation tacite de la vocation des dispositions relatives à la procréation assistée au sein du *Code*, de l'intérêt de l'enfant vers l'intérêt des « parents d'intention » à avoir un lien de filiation avec l'enfant né de la procréation assistée. En 2002, le législateur adopte le projet de loi 84, instaurant entre autres une réforme au droit de la filiation. Le législateur y prévoit une définition explicite de la procréation assistée (notons l'absence du terme « médicalement ») : « 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 »<sup>65</sup>. La réforme de 2002 ajoute entre autres des spécifications par rapport à l'établissement de la filiation<sup>66</sup> et à la présomption de « parentalité »<sup>67</sup>, mettant la filiation par procréation assistée sur un pied d'égalité avec la filiation par le sang. La réforme de 2002

---

<sup>60</sup> Voir art 538 CcQ.

<sup>61</sup> Voir arts 538–42 CcQ.

<sup>62</sup> Voir art 541 CcQ.

<sup>63</sup> Voir art 542 CcQ.

<sup>64</sup> Voir art 538 CcQ.

<sup>65</sup> *Ibid.*

<sup>66</sup> Voir art 538.1 CcQ.

<sup>67</sup> Voir art 538.3 CcQ.

prévoit également que le projet parental peut être constitué par deux femmes. En effet, le législateur cesse de se référer au « [mari ou conjoint de] la femme qui [...] a donné naissance » en utilisant l'expression « la personne qui a formé, avec cette femme, le projet parental commun »<sup>68</sup>. La législation relative à la procréation assistée semble donc être née en 1980 en réponse à une situation factuelle où le législateur, constatant que certains couples pratiquaient l'insémination artificielle de manière privée, désirait accorder une protection égale à tous les enfants<sup>69</sup>. La procréation assistée est ensuite devenue une manière de permettre aux personnes qui ne pouvaient pas concevoir par procréation naturelle de devenir parents biologiques. On constate ce changement de direction dans la consécration du « projet parental » en 1991 : les dispositions relatives à la procréation assistée semblent désormais avoir comme but explicite de permettre la réalisation du projet de personnes qui désirent avoir un enfant.

#### **b. Le cas des couples de même sexe — justifications et motifs sous-jacents**

La réforme du droit de la famille de 2002 permet aux couples lesbiens de s'inscrire comme parents d'un enfant conçu avec l'aide d'un donneur de sperme, sans que le parent non biologique ait besoin d'adopter l'enfant<sup>70</sup>, reflétant ainsi la manière dont les couples de sexe différents se voient attribuer un lien de filiation avec leur enfant. Les

---

<sup>68</sup> Art 538.1 CcQ.

<sup>69</sup> Voir Pineau et Pratte, *supra* note 46 à la p 670.

<sup>70</sup> Voir art 538.1 CcQ.

auteurs Pineau et Pratte prétendent que cette réforme s'effectue « au nom de l'égalité des droits et sous le couvert de l'intérêt de l'enfant »<sup>71</sup>. Cette opinion semble d'ailleurs être partagée par de nombreux juristes<sup>72</sup>. La réforme du droit de la famille de 2002 a eu lieu dans une mouvance pan-nationale culminant dans la reconnaissance du droit à l'égalité des conjoints de même sexe dans l'accès à l'institution du mariage<sup>73</sup>. Il serait effectivement plausible que la réforme du droit de la filiation au Québec ait été liée à cette reconnaissance d'égalité. Ainsi, comme on a reconnu la possibilité aux couples de même sexe de se marier au même titre que les couples de sexes différents, on reconnaîtrait que les couples de même sexe féminin devraient pouvoir établir un lien de filiation un enfant au même titre que les couples de sexes différents. Les revendications mises de l'avant lors des consultations publiques relatives à la réforme appuient également cette hypothèse<sup>74</sup>. Néanmoins, le législateur québécois n'a

---

<sup>71</sup> Pineau et Pratte, *supra* note 46 à la p 671.

<sup>72</sup> Voir Alain Roy, « Les couples de même sexe en droit québécois ou la quête d'une égalité sans compromis » (2005) 65:1 *Annales de droit de Louvain* 29 à la p 30; Lavallée, *supra* note 51 à la p 355; Moore, *supra* note 57 à la p 87.

<sup>73</sup> Voir *Loi sur le mariage civil*, LC 2005, c 33, préambule.

<sup>74</sup> Voir Québec, Assemblée nationale, Commission permanente des institutions, « Consultation générale sur l'avant-projet de loi instituant l'union civile des personnes de même sexe et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives, ainsi qu'à l'égard du document de consultation Pour un traitement égalitaire, l'union civile », *Journal des débats de la Commission permanente des institutions*, vol 37, n° 43 (5 février 2002), à 10h10 (Pierre Valois, président de la Table de concertation des gais et lesbiennes du Québec) : « Nos demandes vont tout particulièrement, pour cette pleine égalité, bien sûr, porter sur la

jamais évoqué la notion de l'égalité pour justifier les développements législatifs. Dans le débat de l'Assemblée nationale où le projet de loi 84 a été adopté, la notion d'égalité entre les couples n'est mentionnée à aucun moment. L'expression « protection de l'enfant », elle, est omniprésente dans le débat<sup>75</sup>. M. le député Gauthier affirmait notamment :

De notre point de vue, puisque'on recherche essentiellement l'intérêt de l'enfant, qui est notre préoccupation principale, je voudrais bien comprendre les termes qui sont utilisés, et pour savoir quel est le sens de notre vote. Si je comprends bien, dès la naissance de l'enfant, il pourra y avoir au titre... un enfant pourra avoir, en termes de titre, deux mères<sup>76</sup>.

Les autres membres de l'Assemblée nationale approuvent cette affirmation, et l'article 538.1 est adopté. Le législateur, selon ses dires, a réagi à une situation factuelle où de plus en plus d'enfants naissaient dans des ménages composés de deux femmes, en accordant à ces enfants une chance égale de bénéficier de deux parents

---

parentalité. Parentalité inclut, n'est-ce pas, bon, l'insémination artificielle, le pouvoir de . . . la possibilité d'adopter, l'autorité parentale. La parentalité est absolument essentielle. Si elle ne fait pas partie de ce qui est offert aux communautés gaies et lesbiennes, c'est comme si on disait à des parents de n'importe quelle famille : vous savez, vous êtes un beau couple, on vous reconnaît; les enfants, voulez-vous les cacher dans le placard, ils ne font pas partie de votre famille. C'est ce qui arrive actuellement ».

<sup>75</sup> Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, 36<sup>e</sup> lég 2<sup>e</sup> sess, vol 47 no 78 (22 mai 2002) à la p 39.

<sup>76</sup> *Ibid* (soulignement ajouté).

reconnus par le droit. On semble percevoir une réticence de la part du législateur à affirmer que les développements du droit sont motivés par les intérêts des adultes à concevoir un enfant, alors que ces intérêts sont manifestement à la source de la nécessité des développements législatifs relatifs à la procréation assistée au sein du Code civil.

#### **4.2. DÉVELOPPEMENTS LÉGISLATIFS RELATIFS À L'ACCÈS À LA PROCRÉATION ASSISTÉE**

L'établissement d'un lien de filiation avec un enfant né de la procréation assistée n'est possible que dans la mesure où le projet parental avec assistance à la procréation a lieu. Les développements législatifs relatifs à l'accès à la procréation assistée, de même que de certains discours entourant leur adoption, révèlent des indices additionnels d'un « droit à l'enfant » tout en identifiant ses limites et les intérêts divergents qui y sont en jeu.

##### **a. Les couples de sexes différents infertiles**

En 1993, la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction remettait au gouvernement fédéral un rapport contenant, entre autres, des recommandations portant sur les politiques et mesures à adopter par rapport à la procréation assistée<sup>77</sup>. Dans le cadre de consultations publiques précédant la présentation de ce rapport, le Barreau du Québec avait affirmé que « [l]es nouvelles technologies de reproduction poursuivent

---

<sup>77</sup> Voir Canada, Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction, *Un virage à prendre en douceur : Rapport final de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction*, Ottawa, 1993 [Commission royale].

en principe un but louable, socialement valable et éthiquement défendable puisqu'elles visent à permettre à des couples que la nature a désavantagés d'avoir des enfants »<sup>78</sup>. Le Barreau déclarait également qu'il ne fallait pas « considérer les technologies de reproduction comme un mode alternatif de [filiation], ouvert [à tous] pour de simples raisons de convenance » : ç'eût été une menace aux intérêts de la société et aux droits de l'enfant.<sup>79</sup> Le Barreau concluait qu'« une médecine qui se respecte ne peut devenir une simple médecine du désir »<sup>80</sup>, insistant sur la nécessité de protéger les intérêts des enfants à naître.

Le Barreau utilisait en 1988 un discours principalement axé sur les intérêts des couples infertiles à devenir parents. Dans l'hypothèse selon laquelle la procréation assistée est une solution thérapeutique de la stérilité pour les couples de sexes différents incapables de procréer par eux-mêmes<sup>81</sup>, la procréation médicalement assistée semble découler d'un souci d'égalité entre tous les couples hétérosexuels. Bien que le langage de l'égalité ne soit pas utilisé explicitement et qu'il soit donc impossible de déduire que le Barreau suggérait au législateur de garantir aux couples de sexes différents infertiles un « droit » d'avoir un enfant, on semble considérer que le fait

---

<sup>78</sup> Barreau du Québec, Comité sur les nouvelles technologies de reproduction, *Rapport du comité du Barreau du Québec sur les nouvelles technologies de reproduction*, Montréal, Yvon Blais, 1988 aux pp 12–13.

<sup>79</sup> Voir *ibid* aux pp 44–45.

<sup>80</sup> Voir *ibid* à la p 45.

<sup>81</sup> Voir *ibid* à la p 44.

d'avoir un enfant est intrinsèque au fait d'être un couple de sexes différents.

**b. Les femmes seules et les couples féminins de même sexe**

De son côté, en 1988 le ministère de la Santé soutenait plutôt que bien que l'insémination artificielle devait être disponible en priorité pour les couples ayant un problème d'infertilité et de ceux dont l'un des conjoints présentait un risque élevé de transmission de maladie héréditaire grave, les techniques de procréation médicalement assistée devaient être ouvertes à toutes les femmes, « quel que soit leur statut »<sup>82</sup>. Le ministère affirmait qu'un encadrement législatif de la procréation assistée pour toutes les femmes était nécessaire notamment pour protéger les intérêts de l'enfant, par exemple en matière d'accès à certaines informations médicales éventuellement importantes pour sa santé<sup>83</sup>. Le ministère ne justifiait pas son discours par les désirs et besoins d'avoir un enfant pour les femmes célibataires (ou plus généralement les femmes n'étant pas en couple avec un homme), mais plutôt par les intérêts de l'enfant à venir. Ce discours est similaire à celui-ci ayant été utilisé en 2002 lors de la réforme du droit de la filiation.

En 1993, la Commission royale recommandait que le droit à la procréation assistée soit déterminé selon des critères médicaux légitimes, sans discrimination fondée sur des facteurs tels que l'état civil, l'orientation sexuelle ou la

---

<sup>82</sup> Ministère de la santé et des services sociaux, *Rapport du Comité de travail sur les nouvelles technologies de reproduction humaine*, Québec, 1988 à la p 85.

<sup>83</sup> Voir *ibid.*



situation économique<sup>84</sup>. La Commission semble ainsi prôner un certain droit à la procréation assistée comme moyen de concevoir un enfant.

### **c. Évaluation psychologique des parties au projet parental**

Dans son rapport, la Commission royale écrivait également que la capacité d'être de bons parents ou le degré d'intelligence ne constituaient pas des motifs valables pour refuser l'accès à la procréation assistée<sup>85</sup>. Alors que l'évaluation psychologique des parties au « projet parental » semble aisément justifiée dans le cas de l'adoption, puisque l'on a à faire avec un enfant déjà né et que ses intérêts ont légalement préséance sur ceux des adultes, la question est plus floue dans le cas de la procréation assistée où l'enfant n'est pas encore né ni conçu. En novembre 2015, l'Assemblée nationale adoptait un projet de loi prévoyant que le médecin ayant des motifs de croire que les parties au projet parental risquent de compromettre la sécurité de l'enfant devait obtenir une évaluation psychologique positive de cette ou ces personnes<sup>86</sup>. Le législateur semble se soucier de l'intérêt de l'enfant avant la naissance de celui-ci, et affirmer qu'un tel intérêt pourrait primer sur le désir de l'adulte d'avoir un

---

<sup>84</sup> Voir Commission royale, *supra* note 77 aux pp 514, 515, 533.

<sup>85</sup> Voir *ibid* aux pp 513–14.

<sup>86</sup> Voir PL 20, *Loi édictant la loi favorisant l'accès aux services de médecine de famille et de médecine spécialisée et modifiant diverses dispositions législatives en matière de procréation assistée*, 1<sup>re</sup> sess, 41<sup>e</sup> lég, Québec, 2015, partie II, art 3 (introduisant art 10.2 dans la *Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée*) (sanctionné le 10 novembre 2015).

enfant. L'assise juridique de ce choix législatif est toutefois floue, puisque l'enfant dont il est question n'est pas encore né et n'a donc pas de droits à proprement parler<sup>87</sup>. La justification de cette potentielle négation à l'accès à la procréation assistée ne peut donc être que morale, ou sociale. En effet, certaines cliniques de fertilité pratiquaient ce type d'évaluation psychologique de manière informelle avant même l'adoption du projet de loi<sup>88</sup>. Il semble exister une réticence morale de la part de certains médecins et de l'État à faciliter un projet parental qui pourrait affecter négativement un enfant<sup>89</sup>. Dans ce type de situation, les intérêts potentiels de l'enfant à naître et les intérêts de l'État éclipsent les intérêts des parents. Bien qu'il n'existe aucune justification strictement juridique fondée sur l'intérêt de l'enfant permettant de restreindre la liberté de certaines personnes d'avoir recours à la procréation assistée, la pratique de plusieurs cliniques de fertilité pointe vers un malaise social à rendre ces services accessibles à tous et à considérer le fait d'avoir un enfant comme un « droit moral » absolu. Dans les cas où il peut y avoir un impact sur l'intérêt futur de l'enfant, il ne semble pas y avoir de consensus social à savoir si les parents devraient quand même voir leur désir d'enfant réalisé au même titre qu'un couple fertile capable de procréer naturellement.

---

<sup>87</sup> Voir Shanner, *supra* note 29 à la p 844.

<sup>88</sup> Voir Gabrielle Duchaine, « Procréation assistée : débat sur la sélection des mères », *La Presse* (1 Octobre 2012), en ligne : <[www.lapresse.ca/actualites/sante/201210/01/01-4579044-procreation-assistee-debat-sur-les-regles-de-selection-des-meres.php](http://www.lapresse.ca/actualites/sante/201210/01/01-4579044-procreation-assistee-debat-sur-les-regles-de-selection-des-meres.php)>.

<sup>89</sup> Voir Shanner, *supra* note 29 à la p 866.

#### d. L'âge de la mère

En 1993, la Commission royale suggérait que l'âge, le diagnostic ou la durée de l'infertilité constituaient des critères de sélection acceptables pour restreindre l'accès à la procréation assistée. Vingt ans plus tard, le projet de loi proposé par le ministre Barette en prévoyait qu'« aucune activité de fécondation *in vitro* ne peut être exercée chez une femme âgée de moins de 18 ans ou de plus de 42 ans »<sup>90</sup>. Plusieurs groupes ont réagi fortement à cette disposition. L'Association des obstétriciens et gynécologues du Québec a notamment affirmé que la limite d'âge maximale constituait « ni plus ni moins qu'une atteinte grave au droit des femmes de donner la vie »<sup>91</sup>, et que cette mesure était discriminatoire sur le motif de l'âge et de la condition sociale<sup>92</sup>. À la suite d'une série de consultations et en réponse à ces commentaires, le projet de loi a été amendé et cette disposition a été abrogée.

---

<sup>90</sup> PL 20, *Loi édictant la loi favorisant l'accès aux services de médecine de famille et de médecine spécialisée et modifiant diverses dispositions législatives en matière de procréation assistée*, 1<sup>re</sup> sess, 41<sup>e</sup> lég, Québec, 2014, partie II à l'art 3 (introduisant art 10.1 dans la *Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée*, tel que présenté le 28 novembre 2014, se modifia légèrement dans la version finale qui se sanctionné le 10 novembre 2015).

<sup>91</sup> Association des obstétriciens et gynécologues du Québec, *Mémoire présenté à la commission de la santé et des services sociaux*, PL 20, *Loi édictant la Loi favorisant l'accès aux services de médecine de famille et de médecine spécialisée et modifiant diverses dispositions législatives en matière de procréation assistée* (24 février 2015) à la p 6.

<sup>92</sup> Clinique Ovo, « Position de la clinique ovo sur le projet de loi 20 » (1 décembre 2014), en ligne : <[www.cliniqueovo.com/position-de-la-clinique-ovo-sur-le-projet-de-loi-20/](http://www.cliniqueovo.com/position-de-la-clinique-ovo-sur-le-projet-de-loi-20/)>.

Serait-ce parce que l'on considère effectivement qu'il serait discriminatoire d'imposer une telle restriction au service de procréation assistée ? Ou serait-ce simplement, comme l'a affirmé plus tard le ministre Barette, que les consultations ont mis en lumière que les justifications initiales de cette disposition étaient scientifiquement inexactes<sup>93</sup>? Quoi qu'il en soit, l'utilisation des expressions « droit des femmes à donner la vie » et « discrimination » combinée avec l'abrogation de la disposition semble indiquer que, dans les cas où l'intérêt de l'enfant à naître ne serait pas clairement compromis, la société n'a pas d'intérêt à limiter le « droit » des femmes à procréer.

#### **e. La subvention de la procréation assistée**

En novembre 2008, le Premier Ministre du Québec Jean Charest déclarait qu'« avoir un enfant [. . .] est un droit, et [que] l'État doit tout mettre en œuvre pour aider les couples à combler leur désir d'enfant »<sup>94</sup>. Le prof. Alain Roy spéculait en 2008 qu'il ne pouvait s'agir que d'une maladresse langagière<sup>95</sup>. Néanmoins, vraisemblablement en raison de ce présumé « droit à l'enfant », le gouvernement du Québec adoptait en 2010 le *Règlement modifiant le règlement d'application de la loi sur l'Assurance maladie*<sup>96</sup>, qui assurait la couverture par la

---

<sup>93</sup> Voir « Les femmes de 42 ans et plus auront accès à la procréation assistée », *Radio Canada*, (26 mai 2015), en ligne : <ici.radio-canada.ca/nouvelle/722474/projet-loi-20-gaetan-barrette-procreation-assiste>.

<sup>94</sup> Roy, *supra* note 2.

<sup>95</sup> *Ibid.*

<sup>96</sup> *Règlement modifiant le règlement d'application de la loi sur l'Assurance maladie*, (2010), Q Gaz II, 3283.

régie de l'assurance maladie du Québec de tous les soins de procréation assistée, incluant notamment l'insémination artificielle, la fertilisation *in vitro* et les traitements d'aide à la fertilité<sup>97</sup>. L'adoption du *Règlement* consacrait un droit « légal », « positif » d'avoir accès à des services de procréation assistée afin de concevoir un enfant. En 2015, le ministre libéral Gaétan Barette mettait fin à ce programme<sup>98</sup> qui avait coûté 216 millions au Québec depuis 2010<sup>99</sup>. Désormais, la couverture complète de la procréation assistée par l'État n'est maintenue que dans les cas où la fertilité est compromise par des traitements médicaux, tels que la chimiothérapie<sup>100</sup>. Les services d'insémination artificielle — les moins coûteux des services de procréation assistée — demeurent assurés. Pour les autres traitements de l'infertilité, les citoyens peuvent recevoir un crédit d'impôt dépendant de leur revenu. Le ministre Barette a affirmé que cette loi découle d'un choix économique plutôt qu'idéologique. Lors de l'étude détaillée en commission du projet de loi 20, le ministre Barrette a déclaré :

[J]e peux réaffirmer, encore une fois, que cette décision-là, elle est difficile, elle n'est

---

<sup>97</sup> Voir *ibid*, art 2 (introduisant, entre autres, arts 34.4–34.6).

<sup>98</sup> Voir PL 20, *supra* note 90.

<sup>99</sup> Voir « Québec met fin à la procréation assistée », *Radio Canada* (28 novembre 2014), en ligne : <[ici.radio-canada.ca/nouvelle/695991/procreation-assistee-fin-de-la-gratuite-quebec](http://ici.radio-canada.ca/nouvelle/695991/procreation-assistee-fin-de-la-gratuite-quebec)>.

<sup>100</sup> Voir *Règlement modifiant le règlement d'application de la loi sur l'Assurance maladie*, *supra* note 96.

pas facile, et ce n'est pas une décision idéologique, d'aucune manière.

Et je vais tout à fait dans le sens du député de Lévis, M. le Président : si les finances publiques, si l'économie mondiale, l'économie québécoise, l'économie canadienne nous permettent de tout faire ce que l'on voudrait faire. . . Ce n'est pas idéologique, notre position<sup>101</sup>.

Bien que le discours du Dr. Barette ne semble pas remettre en question la valeur morale de l'accès à la procréation assistée, le choix d'en couper l'assurance semble indiquer qu'on ne considère pas qu'il s'agisse d'un réel besoin méritant une protection légale. Il est toutefois intéressant de noter qu'en 1999, la Cour d'appel de la Nouvelle Écosse avait jugé que le refus du gouvernement d'assurer certains services de procréation assistée violait le droit à l'égalité des plaignants, mais que cette violation était justifiée en vertu de l'article 1 de la *Charte*<sup>102</sup>. La coupure de la couverture des services de procréation assistée n'équivaudrait pas forcément à affirmer qu'il n'existe pas de « droit » de concevoir par l'entremise de la procréation assistée, mais pourrait simplement indiquer que ce « droit » est limité par les capacités financières de l'État.

---

<sup>101</sup> Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats de la Commission de la santé et des services sociaux*, 41<sup>e</sup> lég, 1<sup>re</sup> sess, vol 44, n<sup>o</sup> 83 (28 octobre 2015) à la p 2.

<sup>102</sup> Voir *Cameron v Nova Scotia (Attorney General)*, 1999 NSCA 14.

L'accès à la procréation assistée et l'établissement subséquent d'un lien de filiation avec l'enfant qui en naît sont intrinsèquement liés à la volonté et au désir d'être parent et d'être reconnu comme tel par le droit. C'est cette volonté qui a vraisemblablement façonné les développements du droit relatif à la procréation assistée dans les dernières décennies, quoique le législateur démontre une réticence à le reconnaître comme tel. Bien qu'il existe définitivement des traces de la présence du « droit à l'enfant » dans le domaine de la procréation assistée, il n'y a pas de consensus quant à la valeur absolue de ce « droit moral », qui semble être restreint par les intérêts de l'enfant à naître, les intérêts de la société à protéger ce dernier et les moyens financiers de l'État.

## 5. LA GESTATION POUR AUTRUI

Le droit québécois de la gestation pour autrui semble nier explicitement l'existence d'un « droit à l'enfant » en prévoyant la nullité des contrats de gestation pour autrui<sup>103</sup>. La gestation pour autrui n'étant pas reconnue comme moyen légitime de fonder une famille, le droit québécois réduit la possibilité d'avoir une famille biologique reconnue par le droit pour certains groupes d'individus, tels qu'un homme seul ou un couple composé de deux hommes. Certains auteurs ont interprété ce choix législatif comme une rupture de la reconnaissance d'égalité promise par la procréation assistée<sup>104</sup>. Les partisans de la gestation pour autrui prétendent que les contrats de gestation pour autrui devraient être reconnus puisque l'enfant qui naît est le fruit

---

<sup>103</sup> Voir art 541 CcQ.

<sup>104</sup> Dans le contexte français, voir Muriel Fabre-Magnan, *La gestation pour autrui : fictions et réalité*, Paris, Fayard, 2013 à la p 73.

d'un projet parental : les « parents d'intention », qui ont désiré l'enfant et conçu le projet, devraient pouvoir être légalement reconnus comme les parents de cet enfant. Néanmoins, le droit québécois rejette cette prétention. Le droit de la gestation pour autrui confirme donc que présentement, le désir d'enfant ne justifie pas le « droit à l'enfant » à tout prix au Québec. Nous examinons tout d'abord les développements législatifs concernant la gestation pour autrui, puis nous nous penchons sur les développements jurisprudentiels relatifs à l'établissement de la filiation des enfants nés de la gestation pour autrui.

### 5.1. DÉVELOPPEMENTS LÉGISLATIFS

Depuis 1991, le *Code civil* prévoit que « toute convention par laquelle une femme s'engage à procréer ou à porter un enfant pour le compte d'autrui est nulle de nullité absolue »<sup>105</sup>. Le droit québécois ne reconnaît donc pas la gestation pour autrui comme moyen légitime de fonder une famille. Depuis 2004, la *Loi sur la procréation assistée* fédérale interdit notamment de rétribuer une personne pour qu'elle agisse à titre de mère porteuse, de faire de la publicité pour le versement d'une telle rétribution ou de rétribuer une personne pour qu'elle obtienne les services d'une mère porteuse<sup>106</sup>. La loi fédérale reconnaît toutefois la compétence provinciale pour reconnaître la validité des contrats de maternité de substitution<sup>107</sup>. La gestation pour autrui non rémunérée n'est donc pas interdite par le législateur fédéral, mais la pratique de la gestation pour

---

<sup>105</sup> Art 541 CcQ.

<sup>106</sup> Voir la *Loi sur la procréation assistée*, LC 2004, c 2, arts 6(1)–6(3).

<sup>107</sup> Voir *ibid*, art 6(5).



autrui n'en est pas reconnue pour autant par le législateur québécois. Le recours à la gestation pour autrui comme moyen de fonder une famille demeure donc en dehors du droit. Les justifications de la nullité des contrats de gestation pour autrui semblent être d'ordre social plutôt que juridique. Certains auteurs ont noté une incohérence entre les dispositions relatives à la procréation assistée permettant à un homme — le donneur de sperme — de renoncer à sa paternité, et celles relatives à la gestation pour autrui, qui ne reconnaissent pas aux femmes la même possibilité<sup>108</sup>. Lors du débat ayant mené à l'adoption de l'article 541 du *Code civil* en 1991, les membres de l'Assemblée nationale affirmaient que cette disposition résultait de l'absence de consensus social quant à la légitimité de la gestation pour autrui<sup>109</sup>. En effet, cette manière de fonder une famille remettrait en question des notions fondamentales qui donnent structure à la société depuis toujours, par exemple, la certitude de l'identité de la mère d'un enfant qui est reflétée par la maxime « *mater semper certa est* »<sup>110</sup>. Le droit québécois n'aurait pas atteint le stade où le désir individuel d'avoir un enfant justifierait de se départir de cette certitude sociale. Les autres justifications de la nullité des contrats de gestation pour autrui gravitent autour de la protection des femmes, de l'indisponibilité du corps humain et de la potentielle

---

<sup>108</sup> Voir Pineau et Pratte, *supra* note 45 à la p 683.

<sup>109</sup> Voir Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats de la sous-commission des institutions*, 34<sup>e</sup> lég, 1<sup>re</sup> sess, vol 31, n<sup>o</sup> 7 (5 septembre 1991) à la p 269.

<sup>110</sup> Voir Muriel Fabre-Magnan, *supra* note 104 à la p 15, citant Henri Roland et Laurent Boyer, *Adages du droit français*, 4<sup>e</sup> éd, Paris, Litec, 1999.

réification de l'enfant à naître<sup>111</sup>. Les intérêts visés par la nullité des contrats de gestation pour autrui sont donc principalement ceux de l'État, agissant à titre de protecteur des institutions, et de l'enfant à naître et des tiers au projet parental. Toutefois, plusieurs auteurs ont noté que ces justifications évoquent une image monolithique de la maternité de substitution qui n'est pas alignée avec la réalité vécue des personnes qui ont recours à ces arrangements<sup>112</sup>. Ces auteurs ont encouragé le législateur à se questionner sur les objectifs de la nullité des contrats de gestation pour autrui — soit de communiquer une vision normative de la procréation, ou de répondre aux intérêts des parties concernées<sup>113</sup>.

## 5.2. DÉVELOPPEMENTS JURISPRUDENTIELS

Depuis 2014, la jurisprudence a établi que les justifications traditionnelles ne suffisent plus pour nier la reconnaissance par le droit de la gestation pour autrui comme mode d'établissement de la filiation lorsque toutes les parties y consentent. Désormais, lorsque les parties s'accordent, l'ordre public ne peut pas servir à contrecarrer cette

---

<sup>111</sup> Voir Louise Langevin, « La Cour d'appel du Québec et la maternité de substitution dans la décision *Adoption — 1445* : quelques lumières sur les zones d'ombre et les conséquences d'une « solution la moins insatisfaisante » » (2015) 49 RJTUM 451 aux pp 470–71. Voir également Marie-France Bureau et Édith Guilhermont, « Maternité, gestation et liberté : réflexions sur la prohibition de la gestation pour autrui en droit québécois » (2011) 4:2 RD & santé McGill 45 aux pp 52–53.

<sup>112</sup> Voir entre autres Angela Campbell, « Law's Supposition about Surrogacy against the Backdrop of Social Sciences » (2011) 43:1 Ottawa L Rev 29 à la p 29.

<sup>113</sup> Voir *ibid* aux pp 45–46.

volonté<sup>114</sup>. Puisque les ententes de gestation pour autrui ne sont pas à proprement parler interdites par le droit, les mères porteuses existent et les tribunaux sont saisis de litiges relatifs à la filiation des enfants qui naissent de ces ententes<sup>115</sup>. C'est ainsi que le droit reconnaît désormais indirectement le projet parental comportant la gestation pour autrui, par le truchement du consentement spécial à l'adoption<sup>116</sup>. Jusqu'en 2014, la jurisprudence à ce sujet était ambiguë. Alors que les tribunaux reconnaissent parfois que l'adoption était dans l'intérêt supérieur de l'enfant (par exemple, lorsqu'il n'y avait pas de rémunération de la mère porteuse)<sup>117</sup>, les juges pouvaient manifester leur désapprobation d'un tel projet en refusant l'adoption de l'enfant par les « parents d'intention ». Dans l'affaire *Adoption — 091* en 2009, le tribunal refusait la demande d'adoption des « parents d'intention » pour le motif que l'adoption ne s'était pas effectuée aux conditions prévues par la loi<sup>118</sup>. Le juge voyait l'adoption comme « une manière détournée de donner effet à l'entente contractuelle [de gestation pour autrui] ‹ en faisant produire des conséquences juridiques à ce qui est prohibé par la loi › »<sup>119</sup>. Selon le juge, les parents d'intention instrumentalisaient l'institution de l'adoption en ayant

---

<sup>114</sup> *Adoption — 1445*, 2014 QCCA 1162 au para 70.

<sup>115</sup> *Adoption — 091*, 2009 QCCQ 628 au para 41 (argument de la requérante).

<sup>116</sup> Voir art 555 CcQ.

<sup>117</sup> Voir *Adoption — 091*, *supra* note 115.

<sup>118</sup> Voir *ibid* au para 55.

<sup>119</sup> Voir Carmen Lavallée, *supra* note 51 à la p 408, citée dans *Adoption — 091*, *supra* note 115 au para 59 (en gras dans le texte original).

recours à la notion de l'intérêt de l'enfant; le consentement du tribunal à un tel processus serait une preuve « d'aveuglement volontaire et confirmer[ait] que la fin justifie les moyens »<sup>120</sup>. Le raisonnement du juge dans *Adoption — 091* s'apparentait à l'idée avancée par la professeure Langevin selon laquelle « le recours à la maternité de substitution ne vise pas à donner une famille à un enfant, mais plutôt à donner une famille aux parents. La maternité de substitution crée des parents, plutôt que des enfants. C'est le projet parental qui s'incarne »<sup>121</sup>. En 2014, dans l'affaire *Adoption — 1445*, la Cour d'appel du Québec se prononce sur cette question : afin de protéger l'intérêt de l'enfant, les « parents d'intention » pourront désormais adopter l'enfant si la mère porteuse y consent. Citant Carmen Lavallée, la Cour affirme qu'il existe une distinction entre l'intérêt de l'enfant avant sa conception, qui s'apprécie de manière abstraite et qui nécessite la condamnation de la maternité de substitution, et l'intérêt de l'enfant une fois né, qui s'apprécie de manière concrète et qui permet l'adoption lorsque les autres conditions sont remplies<sup>122</sup>. Cette analyse a pour effet de permettre la réalisation du projet parental. Comme nous l'avons mentionné précédemment, la filiation entraîne des droits et obligations à l'égard de l'enfant. Le lien de filiation a donc des conséquences pratiques directes sur l'enfant. Citant le professeur Benoît Moore, la Cour d'appel note dans son jugement que le consentement spécial à l'adoption constitue la « solution la moins insatisfaisante », puisque l'on évite ainsi de faire peser sur l'enfant les conséquences

---

<sup>120</sup> *Adoption — 091*, *supra* note 115 aux paras 67, 78.

<sup>121</sup> Voir Louise Langevin, *supra* note 111 à la p 471.

<sup>122</sup> Voir *Adoption — 1445*, *supra* note 114 au para 51.

du comportement que l'on cherche à sanctionner, soit celui des parents<sup>123</sup>.

En mettant la Cour devant les faits accomplis, les « parents d'intention » obtiennent ultimement le résultat recherché, soit l'établissement d'un lien de filiation avec l'enfant. Ce phénomène correspond-il à un « droit à l'enfant » tel que nous l'avons défini au début de notre essai ? Dans le dossier *Adoption — 1445*, le juge de première instance affirmait que de prononcer l'adoption de l'enfant serait équivalent à « adhérer[] à [l]a conception [de la requérante] du <droit à l'enfant> »<sup>124</sup>, bien qu'à contrecœur. C'est également l'interprétation qu'avait adoptée le juge Dubois dans le cas *Adoption — 091*<sup>125</sup>.

À la fin de son jugement dans *Adoption — 1445*, le juge Morissette de la Cour d'appel écrit :

Dans l'état actuel du droit positif, je ne crois pas qu'il existe un « droit à l'enfant ». L'expression, en effet, est dépourvue de connotation juridique, comme le soulignait le juge Dubois dans l'affaire *Adoption — 091*. Cette idée a-t-elle un sens selon l'une ou l'autre des différentes écoles de droit naturel.

<sup>123</sup> Voir Benoît Moore, « Maternité de substitution et filiation en droit québécois » dans *Liber Amicorum — Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Paris, Dalloz, 2013 à la p 859, cité dans *Adoption — 1445*, *supra* note 114 aux paras 54 et 66.

<sup>124</sup> Voir *Adoption — 1445* (jugement de première instance, *Adoption — 12464*, 2012 QCCQ 20039 au para 65), cité dans *Adoption — 1445* *supra* note 114 au para 38.

<sup>125</sup> Voir *Adoption — 091*, *supra* note 115 au para 61.

a-t-elle un lien quelconque avec le droit à l'égalité consacré par les chartes de droits fondamentaux? J'en doute fort, mais je l'ignore. Ce qui est certain, cependant, c'est que le droit positif n'a pas réponse à tout et qu'il lui faut sans cesse s'ajuster en tablant sur les transformations de la société et les avancées du savoir scientifique. Au moyen de la procréation assistée et de la maternité de substitution, la volonté naturelle, bien humaine et largement partagée par des gens de conditions médicales ou d'orientations sexuelles diverses, de procréer ou de devenir le parent d'un enfant, peut aujourd'hui s'accomplir là où autrefois elle faisait face à des obstacles de droit ou de fait insurmontables<sup>126</sup>.

Sans tirer la même inférence que les deux juges de première instance, le juge Morissette note que la volonté de procréer a servi à façonner les développements du droit relatif à la gestation pour autrui. C'est sur un ton hésitant et empreint de prudence que le magistrat nie l'existence du « droit à l'enfant » au sein du droit positif, et qu'il choisit de ne pas se prononcer pas sur la question du « droit moral » d'avoir un enfant.

---

<sup>126</sup> *Adoption — 1445, supra* note 114 au para 70 (soulignement ajouté, notes omises).

## **6. UN DROIT « À L'ENFANT » ? TENEUR ET CONTROVERSE**

On peut sans doute trouver des indices d'un « droit à l'enfant » au sein du discours juridique et social québécois. En effet, le désir des adultes d'avoir un enfant, et la conviction selon laquelle ne pas voir ce désir réalisé équivaut à une injustice, semble avoir progressivement modelé le droit tant au niveau législatif que jurisprudentiel, jusqu'à créer une obligation positive pour l'État de faciliter la mise en œuvre du projet parental et d'y apposer son sceau.

### **6.1. ACCÈS À LA PROCRÉATION ET À L'ADOPTION**

En 1993, la Commission royale invoquait explicitement la rhétorique de l'égalité et du « droit » à la procréation assistée pour garantir l'accès aux couples de même sexe et aux femmes seules à cette méthode de procréation. Bien que l'élargissement de l'accès à l'adoption en 2002 se soit effectué, selon le législateur, au nom de l'intérêt de l'enfant, les développements ayant lieu simultanément en Ontario portent à croire que la réforme s'effectuait en fait en vertu du droit à l'égalité des couples de même sexe. La terminologie utilisée dans la décision ontarienne est équivoque sur la question à savoir si elle consacre un « droit d'adopter », ou un « droit à l'accès à l'adoption ». La seconde terminologie semble plus précise, puisque la possibilité d'adopter demeure limitée par l'évaluation psychosociale des adoptants. Dans les débats entourant la restriction de l'accès à la procréation assistée en 2015, la rhétorique de la « discrimination » et du « droit des femmes de donner la vie » semble également indicatrice d'un

« droit » moral sous-jacent de procréer. La couverture des services de procréation assistée entre 2010-2015 semble avoir consacré un droit « légal » d'avoir accès aux services de procréation assistée afin de concevoir un enfant. Malgré la coupure subséquente cette couverture, l'affirmation du ministre Barrette selon laquelle il ne s'agit pas d'une décision idéologique, mais bien d'une décision économique, indique que la teneur « morale » du droit à l'accès à la procréation assistée persiste.

Dans les développements de l'accès à l'adoption comme dans ceux relatifs à la procréation assistée, on constate donc l'apparition graduelle d'un « droit à l'accès » au fait d'avoir un enfant, qui est toutefois limité par l'intérêt de l'enfant dans la mesure où cet intérêt est clairement compromis. Dans le cas de la procréation assistée, l'intérêt de l'enfant à naître semble être assimilé à l'intérêt de l'État à protéger ses citoyens. Notons également que « droit à l'enfant » que l'on constate dans ces deux exemples n'est pas un droit « à l'enfant » en tant que tel. Certains juristes ont effectivement noté qu'un tel droit serait juridiquement incohérent, puisqu'un enfant, n'étant pas un objet, n'est pas susceptible d'appartenir à quiconque. Dans le contexte de l'accès à l'adoption, l'État se voit progressivement reconnaître une obligation positive — de moyens — de considérer les individus comme éligibles pour adopter un enfant indépendamment de leur état civil. Dans le cas de la procréation assistée, l'État s'est vu imposer une obligation d'offrir des services d'aide à la procréation aux citoyens sans discrimination, bien que cette obligation soit limitée par des considérations liées à l'intérêt de l'enfant à naître et aux moyens financiers de l'État.



## 6.2. RECONNAISSANCE D'UN LIEN DE FILIATION

Les développements liés à la reconnaissance d'un lien de filiation avec un enfant né de la procréation assistée et de la gestation pour autrui se sont effectués principalement en vertu de la notion de l'intérêt de l'enfant. Les revendications précédant la réforme de la procréation assistée en 2002 étaient néanmoins fondées sur le « droit à l'égalité » des couples de même sexe ; il semble également exister un consensus au sein des juristes que ce « droit » était à l'origine de la réforme. Dans le cas de la gestation pour autrui, ni le législateur ni les tribunaux n'ont reconnu la pertinence des droits ou des intérêts des « parents d'intention » pour établir un lien de filiation avec l'enfant; plusieurs juges ont toutefois affirmé que la notion de l'intérêt de l'enfant se voit instrumentalisée par les « parents d'intention » dans le but d'accomplir le projet issu de leur volonté.

La professeure Marie Pratte, maintenant juge à la Cour du Québec, écrivait en 2003 que lors de la réforme du droit de la famille en 2002, le législateur a « tenté de précipiter un changement de mentalité; il a forcé une nouvelle conception de la filiation, afin d'ouvrir la voie à la tolérance et au respect à l'égard des [personnes] homosexuelles »<sup>127</sup>. Ainsi, les réformes du droit de la filiation auraient pu s'effectuer implicitement afin de pousser un programme politique qui reconnaisse un « droit à l'enfant » pour les couples de même sexe dans l'optique d'une quête d'égalité plus large. À la lumière des documents que nous avons étudiés, il semble impossible de

---

<sup>127</sup> Pratte, *supra* note 11 à la p 558.

prétendre que les développements relatifs à la reconnaissance de la filiation se sont effectués en raison d'une volonté explicite du législateur ou des tribunaux d'accommoder les intérêts des parents. Cependant, il ressort des développements relatifs au droit de la filiation que les intérêts des parents ont à tout le moins indirectement modelé les développements législatifs par rapport à la procréation assistée, et les développements jurisprudentiels relatifs à la gestation pour autrui. Par ailleurs, certains auteurs ont noté que la place grandissante qui est accordée à la volonté de devenir parent transforme progressivement la nature et la destination de la filiation<sup>128</sup>. En 2002, Benoît Moore notait que la loi tend désormais vers une privatisation de la filiation, c'est-à-dire « à une filiation qui se négocie et qui rend < disponible >, en partie du moins, l'état civil de l'enfant malgré le principe selon lequel on ne peut pas transiger sur l'état d'une personne »<sup>129</sup>. En 2005, Suzanne Philips-Nootens et Carmen Lavallée affirmaient également que l'État semble abandonner, au profit d'individus adultes, son rôle de défenseur de l'institution de la filiation, qui devrait appartenir à l'enfant et être en dehors du pouvoir de la volonté des parents<sup>130</sup>. Les résultats de notre enquête semblent effectivement pointer vers une certaine ambiguïté dans la nature de la filiation. Notamment, l'utilisation de la rhétorique des droits pour réclamer l'égalité des couples de même sexe dans les modalités d'établissement de la filiation des enfants nés de procréation assistée ne semble pas à première vue cadrer avec les objectifs traditionnels

---

<sup>128</sup> Voir Benoît Moore, *supra* note 57 à la p 97.

<sup>129</sup> Voir *ibid* à la p 84.

<sup>130</sup> Voir Lavallée et Philips-Nootens, *supra* note 49 à la p 355.

de la filiation, soit la préservation de la structure sociale et de l'identité de l'enfant. On constate une érosion du caractère d'« ordre public » de la filiation de même que du rôle « généalogique » de cette institution, au profit d'une destination davantage axée sur la volonté et sur les obligations résultantes entre parents et enfants dans la sphère privée. Sans que l'on puisse inférer la présence d'un « droit moral » à l'enfant qui sous-tendrait clairement les développements relatifs à la filiation, on peut constater que la volonté des parents de concevoir un enfant impose indirectement une obligation positive à l'État de reconnaître un lien de filiation entre le parent et l'enfant qui naît de cette volonté, par l'entremise de l'intérêt de l'enfant.

Cela étant dit, notre analyse révèle que le concept du « droit à l'enfant » est loin d'être absolu et que ses contours ne sont pas définis. D'ailleurs, dans les contextes québécois et canadiens et à l'ère de la proportionnalité, peu de droits sont absolus, voire aucun. L'intérêt de l'enfant à naître justifie que l'on refuse l'accès à la procréation assistée aux personnes qui ne possèdent pas la capacité parentale requise pour s'occuper d'un enfant – alors qu'une telle sélection n'est évidemment pas effectuée dans le cadre de la procréation dite naturelle. Il semble exister un malaise face à la prétention selon laquelle le désir d'être parent justifie à tout prix le fait d'engendrer un enfant.

## 7. CONCLUSION

À plusieurs reprises dans notre analyse nous avons noté la présence de discours apparemment contradictoires quant aux justifications des développements législatifs — d'une part, on réclamerait le droit à l'égalité des adultes et d'autre part, on évoque l'intérêt de l'enfant. L'origine de ce double discours mériterait d'être examinée davantage. Une hypothèse pourrait être que la frontière entre ces deux intérêts est artificielle ; les réformes législatives pourraient avoir été motivées non pas par les revendications relatives à l'égalité, mais plutôt par la « revendication réflexive » (*reflective claim*), selon laquelle le droit, pour être juste, devrait refléter les pratiques familiales existantes<sup>131</sup>. Dans l'un de ses articles, la professeure Langevin remarque effectivement :

Conservateur par essence, le droit est rarement en avance sur les pratiques sociales. Le droit de la famille en constitue le meilleur exemple : sa mise à jour doit se faire de façon constante, au risque que ce domaine du droit soit rapidement dépassé par les réalités sociales<sup>132</sup>.

Selon cette hypothèse, les réformes législatives ne se seraient pas nécessairement effectuées afin de reconnaître et d'affirmer un « droit moral » pour les adultes d'avoir un enfant. Comme dans les développements

---

<sup>131</sup> Voir Leckey, *supra* note 8 ('reflective claim' dans le texte en anglais).

<sup>132</sup> Louise Langevin, « Réponse jurisprudentielle à la pratique des mères porteuses au Québec ; une difficile réconciliation » (2010) 26:1 Rev Can dr fam 171 à la p 171.

jurisprudentiels relatifs à la gestation pour autrui, la volonté des adultes de fonder une famille aurait donné lieu à une réalité concrète que le droit ne pouvait ignorer. C'est par ailleurs la justification qui est avancée par le rapport de la Commission citoyenne sur le droit de la famille, produit en septembre 2018, qui recommande une nouvelle réforme du droit de la filiation<sup>133</sup>. Certains auteurs ont toutefois contredit l'hypothèse de la « revendication réflexive », affirmant que les développements du droit de la famille visent la normalisation de certaines réalités plutôt que leur simple reconnaissance par le droit<sup>134</sup>. Quoi qu'il en soit, le double discours constaté au sein des réformes législatives reflète un inconfort à consacrer explicitement une valeur légale à la volonté des parents d'avoir un enfant, inconfort qui transparaît également dans la connotation négative que conserve l'expression « droit à l'enfant » auprès de nombreux juristes<sup>135</sup>. La substance du « droit à l'enfant » se serait néanmoins partiellement intégrée par osmose au droit québécois au cours des dernières années. La caractérisation d'une réclamation comme celle d'un « droit à l'enfant » court le risque de constituer un raccourci intellectuel servant à écarter cette réclamation sans examiner son contenu. La réticence à utiliser le terme « droit à l'enfant » ne paraît toutefois pas être alimentée uniquement par les contradictions juridiques et techniques qui y sont associées : il semble persister un malaise, peut-être formel ou superficiel, à reconnaître que l'on peut

---

<sup>133</sup> Québec, Commission citoyenne sur le droit de la famille, *Rapport final* (septembre 2018).

<sup>134</sup> Voir Pratte, *supra* note 11 à la p 558.

<sup>135</sup> Voir Baudoin, *supra* note 56; Roy, *supra* note 57; *Adoption — 1445*, *supra* note 114.

assimiler l'enfant à un projet que l'on a le « droit » de mettre en œuvre et dont on a le « droit » de voir le fruit, une étape que la société québécoise a pourtant probablement déjà franchie — quoique par une valse hésitante.

