

The Peter A. Allard School of Law

## Allard Research Commons

---

Faculty Publications

Allard Faculty Publications

---

2012

### Mère

Régine Tremblay

*Allard School of Law at the University of British Columbia*, tremblay@allard.ubc.ca

Follow this and additional works at: [https://commons.allard.ubc.ca/fac\\_pubs](https://commons.allard.ubc.ca/fac_pubs)



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

---

#### Citation Details

Régine Tremblay, "Mère" in Lionel Smith & Alexandra Popovici, eds, ([forthcoming in 2012] *McGill Companion to Law*).

This Working Paper is brought to you for free and open access by the Allard Faculty Publications at Allard Research Commons. It has been accepted for inclusion in Faculty Publications by an authorized administrator of Allard Research Commons.

# Mère

Régine Tremblay

Novembre | November 2012

*Citation suggérée:* R. Tremblay, "Mère", dans A. Popovici et L. Smith, dirs., *McGill Companion to Law*, en ligne à <https://www.mcgill.ca/companion/list/mere>

Le concept de mère en droit peut paraître moins obscur que la plupart des notions juridiques courantes. Cependant, sa proximité avec le constat biologique et sa récurrence dans une gamme de champs du savoir (sociologie, philosophie, anthropologie, littérature, histoire, biologie, médecine, etc.) transforme la notion juridique en un locus particulièrement subversif. La notion de mère en droit est un construit juridique et politique.

Nonobstant son omniprésence dans le *Code civil du Québec* - elle y apparaît 82 fois dans la version française et 83 fois dans la version anglaise - la notion de mère n'y est ni définie, ni circonscrite. Dans les provinces canadiennes de *common law*, certaines lois en matière familiale se risquent à préciser la notion, sans grand succès. Les définitions demeurent vagues et renforcent, plus souvent qu'autrement, l'idée selon laquelle celle qui a porté et donné naissance est nécessairement la mère en droit. Ce présupposé souffre de quelques exceptions ; l'adoption étant la principale.

Certains dictionnaires juridiques ont tenté de définir « mère ». Par exemple, le *Dictionnaire de droit privé*, 2<sup>e</sup> édition, paru en 1991, définissait « mère » d'une façon technique et prudente, loin de toute controverse : « [a]scendant féminin au premier degré ». Si la définition est abstraite, la citation des auteurs québécois Azard et Bisson (1971) qui l'accompagne est évocatrice : « [l]a preuve de la maternité légitime porte nécessairement sur un double fait : d'abord, l'accouchement de la mère ; ensuite, l'identité de l'intéressé avec l'enfant mis au monde par celle-là ». Bien qu'ancrée dans son époque, cette citation renferme plusieurs présupposés sur la maternité et sur l'interaction entre le concept de mère en droit et de mère biologique : l'accouchement, la maternité légitime, et l'identité de l'intéressé (tiers autre que l'enfant).

## L'accouchement

Si un enfant naît, cela suppose qu'une femme quelque part l'a porté et a accouché naturellement ou avec assistance médicale ; il s'agit d'un constat biologique. Déterminer qui est la mère paraît donc assez simple. Pourtant des développements récents remettent cette réalité en question : il est aujourd'hui possible d'avoir plus d'une femme biologiquement impliquée dans la reproduction.

Si la notion juridique a été et reste encore exclusivement associée à cette réalité, la multiplication des types de relation socialement productive entre les femmes et les enfants permet d'évaluer et de réfléchir sur ce critère naturel, prétendument primordial, dans l'établissement de la relation filiale mère-enfant.

## La maternité légitime

Le choix de se reproduire est un développement historique majeur et relativement récent (20<sup>e</sup> siècle) : l'idée que les femmes puissent choisir de procréer - ou non - a permis à la femme et plus particulièrement à l'épouse de se sortir de sa fonction reproductrice. Le paradigme de la femme qui est mère a évolué vers celui de la mère qui est femme : la femme existe maintenant au-delà de la reproduction. La femme n'est plus seulement une mère potentielle. Elle peut,

dorénavant, être positionnée en dehors de sa fonction maternelle. Cette réalité est, pour plusieurs, l'élément déclencheur du féminisme.

La maternité légale, dissociée de la maternité biologique, n'a jamais été octroyée à qui le voulait. Si la reproduction et l'accouchement ont été des faits constants, la détermination de la maternité légale - lien filial produisant des effets juridiques et permettant de bénéficier d'avantages sociaux - représente un état méritoire. La règle juridique de base voulant que la mère soit celle qui expulse le fœtus souffre de plusieurs exceptions. Ce souci de la biologie a une importance variable dans la détermination de la filiation juridique maternelle, mais il a opéré, et opère toujours, comme mécanisme d'asservissement et d'exclusion.

*Asservissement* - Dans un passé pas si lointain, la femme en mariage ou l'épouse était affligée d'une incapacité juridique qui était d'ordre public en droit civil canadien. Cette réalité transcendait les traditions juridiques et le mariage égalait à la mort civile de l'épouse, femme autrement vivante! La puissance paternelle et le pouvoir de direction de la cellule familiale par le mari confinaient la femme à son statut biologique de mère, puisque cette dernière était sinon inexistante aux yeux du droit, tant en droit privé qu'en droit public. Ainsi, rappelons que la femme mariée ne pouvait pas contracter. Plus encore, la criminalisation du viol en mariage ne date que des années 1980. L'épouse se devait de respecter ses devoirs conjugaux et d'obéissance. L'épouse non-mère en mariage, dissociée de sa fonction reproductrice, était d'un intérêt très limité pour le droit. Au surplus, le rapport presque propriétaire du mari sur son épouse et la transmission de la lignée paternelle consolidaient son asservissement. D'autres ordres normatifs - pensons notamment à l'Église ou à la famille - ne manquaient cependant pas de lui rappeler son rôle. L'idée d'une maternité légale hors mariage n'était pas non plus une option envisageable.

*Exclusion* - Plusieurs exclusions ont joué, et jouent encore, un rôle pour la notion de mère en droit. Être mère en droit tient davantage du construit juridique que de la réalité biologique. Le sexe biologique de la femme a longtemps été une justification pour tenir la mère à l'écart du droit. Le statut de mère en droit a ensuite été modulé par son statut matrimonial. Autant en *common law* qu'en droit civil, et en droit public comme en droit privé, la mère illégitime - cette femme hystérique par opposition à la vertueuse femme mariée adoptant des comportements sexuels adéquats - était pénalisée, stigmatisée et à bien des égards, elle n'était pas reconnue comme conjointe ou mère à part entière en droit. Elle était le portrait du sujet de peu de valeur(s!) - pauvre, économiquement et moralement. Devant ses aptitudes parentales réduites à néant et sa situation économique précaire presque encouragée par l'État, sa seule possibilité de rédemption était de se marier.

L'orientation sexuelle de la mère est un autre facteur d'exclusion en droit. Des théories comme l'idéal de socialisation des conduites procréatrices, introduit par Foucault, et cette image du couple comme unité de ses parties rivées l'une à l'autre, selon l'image de De Beauvoir, expliquent partiellement pourquoi ou comment le droit a longtemps hésité à octroyer un statut de parent à une femme avérée être non-hétérosexuelle, et ce même si elle faisait partie d'une unité familiale de fait. D'un côté, la proximité entre les fondements de la filiation et ces idées d'incitation ou d'embûches apportés à la fécondité des couples est évidente. La femme non-hétérosexuelle s'érige en menace à la socialisation des pratiques destinées au contrôle des naissances : techniquement, elle ne se reproduit pas. D'autre part, l'idée même que l'une des unités fondamentales de la structure de base de la société - le couple marié, grand producteur d'effets juridiques - s'efface de son rôle complémentaire, s'affranchissant de son joug, choque. Le droit ne peut que sanctionner ces écarts. À titre d'exemple, dans les années 1980, s'il était évident que le mari d'une femme qui procréait artificiellement (avec le matériel génétique d'un tiers) était le père en droit de l'enfant, une telle fiction juridique ne pouvait jouer à l'endroit d'une femme. À l'exception du Québec, ces présomptions ne sont toujours pas disponibles aux femmes canadiennes dans une union non-hétérosexuelle. D'autres éléments d'exclusion du statut de mère en droit auraient pu être invoqués, notamment, à une certaine époque, la race. De nos jours, le statut incertain de la belle-mère pourrait aussi être une nouvelle déclinaison de l'exclusion reposant sur le statut matrimonial.

### **L'identité de l'intéressé**

Malgré le timide éclatement de l'association mère biologique / mère légale, la « mère » en droit demeure un statut relationnel, dépendant de l'existence d'une autre partie et d'un tiers intéressé autre que l'enfant. « Celle-là », comme le disent Azard et Bisson, est partie de loin! Bien que la mère soit femme d'état (femme par opposition à homme), elle est longtemps demeurée femme de statut, c'est-à-dire la femme de quelqu'un. Certains vestiges comme la

présomption de paternité qui, au Québec, ne jouent qu'en faveur des unions de droit, exposent toujours l'aspect profondément relationnel de la maternité légale.

Bien sûr, une femme peut décider, suivant la législation de plusieurs provinces canadiennes, d'être une mère légale seule dès la conception, rappelant du même coup la nature complètement fictive de la filiation juridique. Pourtant, malgré l'encadrement législatif disponible, l'aspect relationnel de la maternité légale et le caractère élastique de la notion de mère en droit la laisse dans une situation de vulnérabilité accrue. Ainsi en droit civil québécois, une femme seule ayant un projet parental se retrouve dans une situation où la filiation de l'enfant à naître sera attaquable, puisque selon la structure actuelle de la loi, l'acte de naissance n'indiquant qu'un seul parent est compris comme étant « incomplet ». Dans les traditions de *common law* canadienne, cette même vulnérabilité est présente, mais différemment : une femme ne pourrait prévoir à l'avance par écrit, être le seul parent légal d'un enfant obtenu par voie naturelle, si elle fait vie commune avec un tiers. Le statut de mère en droit est donc encore aujourd'hui un statut relationnel.

### **La mère : un parent**

La notion de mère en droit trahit également une conception profondément sexuée des rapports parents-enfants. Alors que les éléments sociaux et intentionnels occupent une place centrale en matière d'établissement du statut filial chez l'homme, la situation biologique de la femme la tient toujours captive. La construction juridique qu'est la filiation a des effets différents sur les hommes et les femmes.

En effet, la notion de mère en droit n'est toujours pas comprise spontanément comme une création juridique construite en regard de la maternité biologique. À titre d'exemple, la jurisprudence québécoise récente retiendra que la mention « mère inconnue » sur un acte de naissance relève de la fraude et peut empêcher le bon cheminement d'une adoption. Aussi, alors qu'un test de paternité démontrant le rapport biologique d'un homme avec un enfant ne le rend pas nécessairement père en droit, la réciproque semble difficilement envisageable pour une femme.

Ainsi le principe du droit romain *mater semper certa* est n'a peut-être pas bien vieilli, mais la femme derrière la mère n'a pas à en rougir pour autant. Cette maxime, voulant que, littéralement, la mère soit toujours certaine, a perdu de son charme avec les années, mais l'institution juridique, elle, s'est embellie. Elle a gagné en nuances et complexité. Paradoxalement, l'évolution de la notion de mère en droit pourrait entraîner son extinction : l'édition subséquente du *Dictionnaire de droit privé* ne définit plus mère, mais *parent*.