

# Association Henri Capitant

## Droit de la famille

Questionnaire relatif au thème n° 2

Québec

Anne-Marie Savard

Professeure agrégée  
Faculté de droit, Université Laval

Catherine La Rosa

Juge à la Cour supérieure  
Province de Québec

# Droit de la famille

## Questionnaire relatif au thème n° 2

---

### A. INTRODUCTION

#### 1. Introduction générale sur les principes et valeurs ayant façonné le droit civil québécois de la famille depuis l'adoption du Code civil du Bas-Canada en 1866 jusqu'à aujourd'hui

En observant l'évolution et les transformations du droit de la famille québécois depuis l'adoption du *Code civil du Bas-Canada* en 1866, il est permis d'affirmer que les principes et valeurs ayant le plus influencé les transformations et réformes en cette matière sont l'**égalité** (se déployant sous de multiples facettes au fil du temps), la **liberté individuelle** et l'**intérêt de l'enfant** et que cela demeure encore vrai aujourd'hui.

D'abord, l'égalité entre les sexes. Principalement à partir des années 1940-50, la lutte des femmes en faveur de l'égalité des sexes a indéniablement constitué une des causes importantes de la mise en branle du processus de révision du *Code civil* que souhaitaient et réclamaient plusieurs juristes dès le début des années 1940. L'objectif derrière cette idée de réforme était de mettre au diapason le *Code civil* avec les nouvelles réalités sociales, particulièrement en droit de la famille. C'est en 1955 que les travaux de révision du droit civil ont débuté au Québec, avec l'adoption de la *Loi concernant la révision du Code civil*. Il faudra toutefois attendre les années 1960 et la Révolution tranquille pour que des changements législatifs significatifs s'accomplissent, particulièrement avec l'adoption de la *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée* (1964) ou la *Loi concernant les régimes matrimoniaux* (1970).

Ces travaux de révision du *Code civil* ont finalement abouti avec l'adoption, en 1980, de la *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille* (L.Q. 1980, c. 39) qui était toujours portée par l'idéal d'égalité entre les sexes, mais aussi d'égalité entre les différentes catégories d'enfants (légitimes et naturels, qu'ils soient simples, adultérins ou incestueux), leur attribuant désormais les mêmes droits, peu importe les circonstances de leur naissance. La valeur de la liberté était également au cœur de cette réforme, comme le mentionnait explicitement le ministre de la Justice de l'époque au moment de l'adoption du projet de loi, le 19 décembre 1980, soutenant qu'afin d'appliquer les deux principes de la réforme, l'égalité et la liberté, le législateur avait choisi « d'abattre les *embûches tant sociales que juridiques* plutôt que de réglementer en détail l'organisation intime des gens et de la famille »<sup>1</sup>. La réforme du droit de la famille de 1980, certainement la plus importante qu'ait connu le Québec en la matière, a en effet permis l'ouverture à une plus grande liberté des individus, particulièrement dans la création de liens de filiation davantage choisis plutôt qu'imposés.

---

<sup>1</sup> QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 6<sup>e</sup> sess., 31<sup>e</sup> Légis., 19 décembre 1980, p. 1265.

Par la suite, lors des années 1980-1990, d'importantes mesures législatives ont été adoptées afin de favoriser l'égalité économique entre époux, telles l'adoption du patrimoine familial dont les dispositions sont d'ordre public ou de la prestation compensatoire. Cette période fut également marquée par l'avènement de l'égalité entre les conjoints mariés et les conjoints de fait, en droit social. En effet, plusieurs arrêts de jurisprudence ont sommé le législateur québécois de mettre sur un pied d'égalité les conjoints de droit (mariés ou unis civilement) et les conjoints de fait, en matière d'avantages sociaux ou de prestations de services publics par l'État, ce qui fut fait. Toutefois, bien que la question ait été soulevée à plusieurs reprises, lors des plus importantes réformes en droit de la famille au cours des années, les conjoints de fait continuent d'être exclus du cadre juridique régissant les rapports entre époux et conjoints unis civilement, et ce, au nom de la liberté de choix que souhaitent conserver ces derniers. Nous verrons toutefois que ce sujet a refait surface dans l'actualité judiciaire québécoise alors que la question de la discrimination à l'égard des conjoints de fait se voyant exclus des règles sur le patrimoine familial et de celles relatives à la séparation de biens a été soulevée et fut tranchée par la Cour suprême du Canada, en 2013.

Les années 2000 ont quant à elles été marquées encore une fois par la pénétration encore plus avant du concept de l'égalité en droit de la famille, mais cette fois, concernant la condition de fond du mariage relative à la différence de sexe des conjoints. Depuis le début des années 2000, les pressions se faisaient de plus en plus sentir pour que les couples de même sexe puissent se marier. Faute de compétence législative provinciale, le mariage relevant du pouvoir législatif fédéral, le Québec a d'abord décidé de "contourner" cet obstacle en adoptant, en 2002, la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, créant de toute pièce une nouvelle institution juridique, l'union civile, pratiquement un *copier-coller* du mariage, avec des conditions de fond et de forme quasi similaires, mais permettant aux conjoints de même sexe de jouir des mêmes droits et obligations que les conjoints mariés. Parallèlement, des recours judiciaires ont été entrepris, au Québec, comme partout ailleurs au Canada, contestant la constitutionnalité des dispositions législatives (ou des exigences de common law) selon lesquelles le mariage ne pouvait avoir lieu qu'entre conjoints de sexe différent, comme enfreignant le droit à l'égalité consacré à l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les recours ont porté fruit puisque la très nette majorité des arrêts ont donné gain de cause aux requérants, ce qui a entraîné l'adoption, en 2005, de la *Loi sur le mariage civil* (fédérale), stipulant que « le mariage est, sur le plan civil, l'union légitime de deux personnes, à l'exclusion de toute autre personne ».

Par ailleurs, il est également essentiel de souligner un principe-phare du droit de la famille québécois, celui de l'intérêt de l'enfant. C'est dans la mouvance des années 1960, à l'époque où la société québécoise était en pleine mutation, que ce concept de *l'intérêt de l'enfant* a progressivement pris beaucoup d'importance. C'est d'ailleurs dans cet esprit que la *Loi de l'adoption* a été promulguée, en 1969, énonçant expressément, pour la première fois, que l'adoption « ne peut être prononcée que dans l'intérêt de l'enfant ». À ce jour, de nombreuses décisions jurisprudentielles ont circonscrit ce que signifie cet intérêt et comment il s'apprécie. De plus, l'article 33 du *Code civil du Québec* (C.c.Q.) énonce expressément que « les décisions concernant l'enfant doivent être prises dans son intérêt et dans le respect de ses droits ». S'ajoute l'obligation pour le Tribunal, lorsque saisi d'une demande mettant en jeu l'intérêt d'un enfant, de lui donner la possibilité d'être entendu lorsque son âge et son discernement le permettent (art. 34 C.c.Q.).

Enfin, en juin 2015, le Comité consultatif sur le droit de la famille, présidé par le professeur Alain Roy de l'Université de Montréal, a déposé un rapport colossal s'intitulant *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*. Il y est fait état des valeurs que devrait privilégier le Parlement dans le contexte d'une future réforme. D'abord, le meilleur intérêt et les droits de l'enfant sont considérés comme devant être au centre de toute modification substantielle du droit de la famille québécois. Le professeur Roy insiste également sur l'importance de tenir compte de toutes les formes de couples et de familles afin de créer des règles de droit qui s'arriment aux besoins réels de la population canadienne. S'ajoute l'importance accordée à l'autonomie de la volonté et à la liberté contractuelle comme valeurs de base, d'ailleurs codifiées dans la *Charte des droits et libertés de la personne*. Ajoutons que ces valeurs semblent être davantage portées par notre province de tradition civiliste que par les autres provinces canadiennes issues de la common law. Doit également être priorisée, selon le Comité, une information claire au justiciable afin que ce dernier soit éclairé sur ses droits et ses obligations, lui permettant, au final, de faire des choix en toute connaissance de cause sur les plans conjugal et familial. Ultimement, ces valeurs sont chapeautées par le principe d'accessibilité à la justice, soit une justice économique, rapide et efficace.

## **2. La confrontation entre droits fondamentaux et règles de droit privé, en d'autres termes la construction de la *Drittwirkung*, a-t-elle eu un certain succès en droit de la famille?**

L'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* en 1982, faisant partie intégrante de la Constitution canadienne, et consacrant notamment les droits à l'égalité et à la liberté, a en effet eu une certaine résonance sur le droit de la famille québécois. Toutes les lois, incluant le *Code civil du Québec*, en tant qu'actes émanant du pouvoir législatif, doivent se conformer aux dispositions de la Charte. Or, quelques arrêts de jurisprudence se sont penchés sur la conformité de certaines dispositions législatives en droit familial avec la Charte. Nous pensons particulièrement à deux arrêts connus, l'affaire *Hendricks* et l'affaire communément appelée *Lola*. Dans la première, il s'est agi pour le couple de même sexe Hendricks-Leboeuf de contester la constitutionnalité d'une disposition d'une loi fédérale, mais ne s'appliquant qu'au Québec (seule province de juridiction civiliste), prescrivant que le mariage requérait le consentement libre et éclairé « d'un homme et d'une femme » à se prendre mutuellement pour époux. Il fut confirmé par la Cour supérieure du Québec que cette dernière enfreignait le droit à l'égalité consacré à l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que de ce fait, elle était inopérante. La Cour a toutefois suspendu la déclaration d'invalidité afin de permettre au législateur de corriger le tir et de rendre conforme la loi avec les prescriptions de la Charte. La disposition en question fut amendée, de sorte que le mariage entre conjoints de même sexe fut rendu possible à partir de mars 2004. Plus globalement, comme nous l'avons vu, le Parlement fédéral a également modifié le droit en la matière en adoptant la *Loi sur le mariage civil*, en 2005, ce qui a mis fin à tout obstacle empêchant le mariage entre conjoints de même sexe, et ce, partout au Canada.

Par ailleurs, une autre affaire a mis en opposition, cette fois, les dispositions du *Code civil du Québec* concernant les conséquences obligatoires du mariage entre époux, particulièrement celles liées à l'obligation alimentaire et au partage des biens et la Charte canadienne des droits et

libertés. Brièvement, une ex-conjointe de fait contestait ici aussi la constitutionnalité de ces dispositions, qui ne s'appliquent qu'aux conjoints mariés ou unis civilement, comme étant discriminatoires à l'égard des conjoints de fait et donc non conformes à l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En première instance, la juge ne retient pas l'argument discriminatoire en jugeant que la différence de traitement entre conjoints mariés et de fait est conforme à l'article 15, notamment puisque cette distinction a comme objectif de préserver la liberté de choix des conjoints et qu'il n'en revient pas aux tribunaux d'imposer judiciairement de telles obligations juridiques aux conjoints de fait, même si le Québec est la seule province à ne pas prévoir une obligation alimentaire entre ex-conjoints de fait. La Cour d'appel a quant à elle accueilli le pourvoi quant à l'obligation alimentaire (et non quant au volet relatif au partage des biens), jugeant ainsi discriminatoire le fait qu'elle ne soit pas imposée aux conjoints de fait. Dans un jugement extrêmement complexe et serré, la Cour suprême du Canada a ultimement tranché le débat en concluant que le *Code civil du Québec* n'était pas discriminatoire à l'égard des conjoints de fait et n'enfreignait donc pas l'article 15 de la Charte. Ainsi, les conjoints de fait conservent la liberté de choisir eux-mêmes s'ils veulent s'accorder une pension alimentaire, un partage des biens ou toute autre protection que la loi accorde aux couples mariés. Ils peuvent notamment le faire dans un contrat de vie commune ou s'entendre sur ces aspects au moment de la séparation. Bien que ne forçant pas le législateur québécois à modifier le *Code civil* concernant les conséquences du mariage et de l'union civile en les imposant aux conjoints de fait, il n'en demeure pas moins que cette affaire a suscité tellement de réactions, parfois très contrastées, que c'est en grande partie en raison de cette cause que le ministre de la Justice a décidé de créer le Comité consultatif sur le droit de la famille, qui a remis son rapport en juin 2015.

On constate donc en effet une certaine confrontation entre droits fondamentaux et règles de droit privé et que, du moins pour les conjoints de même sexe, cette opposition a porté fruit et contribué à modifier substantiellement une partie du droit de la famille. Il est permis de supposer que d'autres débats pourraient survenir en la matière.

### **3. Existe-t-il un déclin de l'ordre public dans le domaine du droit de la famille ?**

Sur cette question, nous dirions que le concept de l'ordre public en droit de la famille québécois n'est pas réellement en déclin, mais plutôt en transformation, comme l'a été la société québécoise au cours des dernières décennies. En effet, jusqu'à la Révolution tranquille des années 1960, la société québécoise pouvait encore, selon nous, être qualifiée d'*holistique*, c'est-à-dire accordant une importance prioritaire au « collectif » plutôt qu'à l'« individuel ». Ce qu'il serait permis de nommer le modèle de la « famille-institution », s'incarnant autrefois au sein du *Code civil du Bas-Canada* (1866-1980) ne plaçait pas l'individu au centre de ses préoccupations. Au contraire, ce modèle était davantage tourné vers le bon fonctionnement de la société, vers l'ordre social. Il s'agissait plutôt de l'effacement de l'individu derrière l'institution. En droit familial, les concepts de l'indissolubilité du mariage (jusqu'en 1969) et de la filiation des enfants axée autour du concept de légitimité, c'est-à-dire les enfants naissant dans les liens du mariage, témoignaient d'un ordre public ayant trait, donc, aux lois du *vivre-ensemble*.

Au courant des années 1960, le Québec a sérieusement commencé à remettre en question un grand nombre de ses institutions et cherché à rebâtir le social sur des fondements différents. La société québécoise entrait alors dans ce qu'Alain Renaut appelle « l'ère de l'individu », « où l'individualisme, rompant avec la domination traditionnelle du collectif, sert de fil conducteur omni-interprétatif »<sup>2</sup>. Cette nouvelle ère constitue une période où prime l'éthique de l'autonomie et de la réalisation de soi et où toute morale institutionnelle, exigeant des individus qu'ils se conforment à des impératifs supérieurs, est vivement combattue. Par conséquent, l'ordre public a dû s'adapter et évoluer pour prendre acte de cette nouvelle philosophie individualiste, en se centrant davantage non plus sur le collectif, mais sur l'individu. L'ordre public est passé doucement d'un *ordre public de direction* à un *ordre public de protection*, surtout avec l'entrée en vigueur de la réforme du droit de la famille de 1980, mettant désormais sur un pied d'égalité tous les enfants et introduisant le mécanisme de la prestation compensatoire. En témoigne également et encore plus fortement l'adoption des dispositions sur le patrimoine familial, en 1989, dont l'objectif est clairement d'équilibrer les rapports économiques entre les époux, en les obligeant à séparer en deux la valeur nette de certains biens qu'ils possèdent, qui sont définis dans la loi et qui servent à la famille. Ces dispositions, comme celles liées à la protection de la résidence familiale ou aux droits et aux devoirs des époux sont d'ordre public, puisque les époux ne peuvent y déroger. Mais un ordre public servant davantage la protection des personnes, éventuellement plus vulnérables, que le bon fonctionnement de la société et la paix des familles.

#### **4. Quelle est en jurisprudence ou en doctrine l'influence de ces valeurs, concepts ou intérêts sur l'interprétation du droit de la famille ?**

Cette question a été abordée dans l'introduction générale en A (voir ci-dessus).

## **B. LE MARIAGE. ASPECTS PERSONNELS ET PATRIMONIAUX**

### **B.1 Concept, célébration et dissolution**

#### **1. Quelles sont les limites du mariage ?**

D'abord l'âge est un critère important. Pour se marier, il faut avoir au minimum 16 ans<sup>3</sup>. Ajoutons que même si la personne désirant se marier a plus de 16 ans, mais moins de 18 ans, elle devra tout de même obtenir l'autorisation du titulaire de l'autorité parentale ou du tuteur<sup>4</sup> pour procéder au mariage. La seule exception repose sur l'émancipation du mineur. Dans un tel cas, le consentement du titulaire de l'autorité parentale n'est pas requis.

<sup>2</sup> Cité dans P.-P. PARENT, « Quelques questions d'ordre éthique soulevées par l'expérience parentale, aujourd'hui », dans F.-R. OUELLETTE, R. JOYAL et R. HURTUBISE (dir.), *Familles en mouvance : quels enjeux éthiques ?*, Sainte-Foy, PUL, 2005, à la page 7.

<sup>3</sup> Art. 6 de la *Loi d'harmonisation*.

<sup>4</sup> Art. 373 C.c.Q.

Le consentement au mariage doit aussi être libre et éclairé comme il est exigé en matière de contrat<sup>5</sup>. Ainsi, ce consentement ne doit pas avoir été donné sous la contrainte. Il doit être donné en toute connaissance de cause, signifiant que les conjoints doivent connaître les éléments essentiels à leur prise de décision avant de s'engager dans les liens du mariage. Aussi, le consentement doit être *valide*, c'est-à-dire fait par des personnes capables de contracter, ainsi que *réel*, c'est-à-dire donné pour les vraies raisons et ne pas seulement constituer une apparence. C'est ainsi que le consentement doit être donné pour faire vie commune avec l'autre personne et non pour en tirer des avantages n'ayant rien à voir avec le mariage, comme la possibilité d'immigrer dans un pays ou pour bénéficier de bourses d'études. Dans de tels cas, une demande d'annulation de mariage serait vraisemblablement accueillie.

La monogamie est aussi une des conditions de validité du mariage<sup>6</sup>. Il n'est pas possible d'être marié à deux personnes à la fois. Par exemple, si une personne se marie une première fois, se sépare de corps et désire se marier une deuxième fois, elle ne pourra le faire avant qu'il y ait divorce de son premier mariage.

Finalement, l'inceste est prohibé. La *Loi sur le mariage* (degrés prohibés) interdit le mariage lorsque le couple a un lien de parenté en ligne directe ou collatérale s'il s'agit du frère et de la sœur ou du demi-frère et de la demi-sœur.

## **2. Le mariage homosexuel est-il admis ? Votre droit reconnaît-il le mariage homosexuel célébré dans un autre pays, notamment si l'un des mariés est ressortissant d'un État qui interdit le mariage homosexuel ?**

Comme nous l'avons évoqué précédemment dans ce rapport, la condition de la différence des sexes des conjoints a constitué une condition de fond valide au Québec jusqu'en 2002, alors que la Cour supérieure, dans l'affaire *Hendricks*, conclut à l'inconstitutionnalité des dispositions législatives à la base de cette condition. Après que plusieurs autres procès de la même nature se sont déroulés dans les autres provinces canadiennes et arrivent aux mêmes conclusions, le Parlement fédéral a adopté, en 2005, la *Loi sur le mariage civil* permettant aux personnes de même sexe de se marier. La situation est donc désormais claire au Canada sur ce sujet.

Concernant le mariage homosexuel célébré dans un autre pays, il sera reconnu au Canada si les formalités du mariage célébré dans l'autre juridiction sont compatibles avec celles du Canada. C'est donc dire que si un mariage est célébré dans un pays où l'union entre personnes homosexuelles n'est pas permise, alors le mariage ne sera pas reconnu au Canada.

---

<sup>5</sup> Art. 1385 et ss. C.c.Q.

<sup>6</sup> Art. 7 de la *Loi d'harmonisation*.

### **3. Quelles sont les conditions de forme du mariage? Se sont-elles atténuées avec le temps? Est-il possible de régulariser le mariage célébré en violation de règles de forme?**

C'est le législateur québécois qui possède la compétence pour légiférer sur les conditions de forme du mariage. Certaines sont antérieures à la célébration du mariage alors que d'autres posent certaines exigences au moment même de la célébration, tandis qu'il existe aussi certaines formalités à accomplir après la célébration.

D'abord, avant le mariage, la célébration doit faire l'objet d'une publication pendant une période de 20 jours précédant la date du mariage pour permettre aux personnes intéressées de s'opposer à cette union et pour empêcher les mariages clandestins (art. 368 C.c.Q.). Par la suite, le mariage doit être célébré dans les trois mois suivant le 20<sup>e</sup> jour de la publicité, sinon il faut procéder de nouveau à la publication (art. 371 C.c.Q.). Le lieu du mariage ne fait pas partie d'une condition de forme du législateur québécois, sauf si le mariage est célébré par un greffier ou un greffier adjoint de la Cour supérieure. Dans ce cas, la célébration doit avoir lieu dans une salle d'un palais de justice.

Le mariage doit revêtir un caractère public, c'est-à-dire être contracté en présence de deux témoins qui devront signer la déclaration de mariage (art. 365 et 121 C.c.Q.). De plus, pour être valide, le mariage doit être célébré par un célébrant compétent, parmi les personnes énumérées à l'article 366 C.c.Q. La compétence sera contrôlée *a posteriori* par le directeur de l'état civil à qui sont expédiées les autorisations ou les révocations. Sur la question de la compétence du célébrant, notons une particularité québécoise intéressante, s'expliquant par une tradition historique et religieuse très forte, particulièrement jusqu'aux années 1960. En effet, contrairement à d'autres juridictions, par exemple la France, le Québec n'exige pas une double célébration, dans le cas où des époux souhaitent se marier religieusement, c'est-à-dire d'abord une célébration civile, à la mairie, et une seconde, une célébration religieuse. Au Québec, les ministres du culte habilités à célébrer des mariages par la société à laquelle ils appartiennent, à la condition qu'ils résident au Québec, que l'existence, les rites et les cérémonies de leur confession aient un caractère permanent, qu'ils célèbrent les mariages dans des lieux conformes à ces rites ou aux règles prescrites par le ministre de la Justice et qu'ils soient autorisés par ce dernier, peuvent célébrer à la fois un mariage religieux *et* un mariage civil. Jusqu'à 1994, les choses étaient toutefois différentes, puisque le mariage religieux avait des effets civils<sup>7</sup>, les ministres du culte agissant à la fois comme célébrants et comme dépositaires des actes de l'état civil dans les registres paroissiaux. Ainsi, *l'acte de mariage religieux entraînait d'office des effets civils*, témoignant d'une forme de symbiose totale entre l'Église et l'État. L'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, en 1994, a mis fin à cette osmose, en laïcisant le registre de l'état civil, si bien que désormais, le seul acte de mariage auquel l'État reconnaît une valeur est l'acte de mariage civil. Mais en raison de la tradition, il demeure possible (et fréquent), par exemple pour les prêtres catholiques, de célébrer des mariages ayant donc à la fois des effets religieux et des effets civils, pourvu que ces ministres du culte, une fois signée la déclaration de mariage par les époux, les témoins et eux-mêmes, l'envoient au directeur de l'état civil qui se chargera de dresser l'acte de mariage et de l'insérer au registre de l'état civil. Dans ces conditions, il s'agit donc désormais de

<sup>7</sup> Notons cependant que depuis 1968, la possibilité du mariage exclusivement civil existe au Québec.

deux mariages, l'un civil et l'autre religieux, célébrés par *un seul* célébrant, à la fois ministre d'un culte et célébrant reconnu par l'État, au cours d'*une seule* et même cérémonie, dans un seul endroit! Voilà un trait particulier au Québec.

Ajoutons que les époux futurs ne peuvent se marier par procuration, le caractère *intuitu personae* du mariage et son caractère essentiellement consensuel faisant en sorte que les futurs époux doivent être présents à la cérémonie. Aussi, le célébrant doit s'assurer de l'identité des époux ainsi que du respect des conditions de formation du contrat et de l'accomplissement des formalités prescrites par la loi. Il s'assure entre autres que les époux sont libres de tout lien de mariage ou d'union civile antérieure (art. 373 C.c.Q.). Par ailleurs, le célébrant doit également, avant de prendre le consentement personnel des époux, lire les articles 392 à 396 C.c.Q. qui concernent les droits et devoirs des époux en mariage. Par la suite, le célébrant procède à la demande de volonté de se marier des futurs époux et si les deux répondent par l'affirmative, il déclarera ces derniers unis par les liens du mariage (art. 374 al. 2 C.c.Q.).

Comme mentionné, une fois le mariage célébré, le célébrant doit remplir, signer et faire signer la déclaration de mariage par les époux et leurs témoins et la transmettre au directeur de l'état civil. L'inscription du mariage sans délai dans les registres de l'état civil est une condition de forme des plus importantes, permettant de prouver l'existence du mariage. À noter qu'en mariage, chacun des époux conserve son nom et exerce ses droits civils sous ce nom.

**4. Êtes-vous en train d'analyser la possibilité de reconnaître des structures familiales où le « couple » soit intégré, par des raisons religieuses/ culturelles, par une pluralité de personnes (bref, plus que deux)?**

Non, du moins pas actuellement.

**5. Le mariage est-il indissoluble ?**

Non, mais il l'a été jusqu'en 1969 au Canada, alors que la première *Loi sur le divorce* a été adoptée.

**6. Quelles sont les causes de divorce ?**

Le divorce, étant un objet de compétence législative fédérale, se trouve à être encadré juridiquement par une loi fédérale, la *Loi sur le divorce*. La seule et unique cause du divorce est l'échec du mariage, qui ne peut être établi que dans trois cas. D'abord, la séparation de fait d'un an des époux avant le prononcé de la décision sur la demande en divorce. Le deuxième motif repose sur l'adultère d'un des époux et le troisième s'applique lorsque l'époux contre qui est demandé le divorce a traité l'autre avec une cruauté physique ou mentale qui rend intolérable le maintien de la cohabitation.

## **7. Est-ce que ces causes ont des conséquences, notamment patrimoniales ?**

Non, car depuis la seconde mouture de la *Loi sur le divorce*, en 1985, la notion de *faute* n'existe plus en matière de divorce. Le fait qu'un des époux ait commis l'adultère ou ait traité l'autre avec cruauté mentale n'interfère aucunement sur le sort d'une éventuelle pension alimentaire ou du partage des biens.

## **8. Est-il possible de contractualiser les causes ou conséquences du divorce, de le tayloriser ? Est-ce qu'il y a des débats à ce sujet ?**

Non, il est impossible de contractualiser les causes du divorce. Seule la cause de *l'échec du mariage*, fondée sur l'un des trois motifs énumérés dans la *Loi sur le divorce* (séparation de fait d'un an, adultère ou cruauté physique ou mentale) est valide pour obtenir un divorce. Ce qu'on appelle le « divorce par consentement mutuel », c'est-à-dire sans cause précise, n'existe pas formellement au Canada. Toutefois, lorsque le motif sous-jacent à l'échec du mariage est la séparation de fait d'un an des époux, il leur est possible de faire une *demande conjointe* en divorce et de prévoir, notamment toutes les mesures accessoires, garde des enfants, pension alimentaire à l'égard des enfants et/ou d'un des époux, prestation compensatoire, etc. Ainsi, pour répondre à la question posée, il est possible de contractualiser les conséquences du divorce et la négociation de ces aspects, particulièrement par le biais de la médiation qui est d'ailleurs fortement encouragée, tant par la *Loi sur le divorce* que par le nouveau *Code de procédure civile du Québec*.

## **B.2. Les aspects patrimoniaux du mariage**

### **1. Quelles sont les valeurs qui innervent les effets patrimoniaux du mariage ?**

Ce sont principalement les valeurs liées à l'égalité entre époux, à la justice sociale et à l'intérêt des enfants qui innervent les conséquences du mariage sur le plan patrimonial. Cela est particulièrement marqué, au Québec, depuis l'adoption en 1989 des dispositions législatives imposant le patrimoine familial obligatoire à tous les époux et, depuis 2002, aux conjoints unis civilement. Cette loi a créé de nombreuses dissensions au sein de la société québécoise, puisqu'elle créait une brèche dans la philosophie très autonomiste animant jusque-là le droit familial patrimonial. Mais la lutte pour l'égalité des sexes et l'importance grandissante des droits et libertés dans le champ social ont réussi à changer la donne afin de contrer les nombreuses injustices économiques subies par de très nombreuses femmes qui se retrouvaient sans le sou, à la suite d'un divorce, alors qu'elles avaient passé des années à s'occuper des enfants et de la maisonnée.

## **2. Est-il possible de contractualiser les effets patrimoniaux du mariage ?**

Oui il est possible de contractualiser les effets patrimoniaux du mariage. Les futurs époux peuvent procéder à la signature d'un contrat de mariage préalablement à ce dernier ou même par la suite. L'article 431 C.c.Q. permet de faire, par contrat de mariage, toutes sortes de stipulations, sous réserve des dispositions impératives de la loi et de l'ordre public, notamment à celles qui ont trait à leur obligation alimentaire mutuelle, aux droits et devoirs imposés en mariage, aux règles relatives à la résidence familiale ou au patrimoine familial. Toutefois, la jurisprudence reconnaît que sera valide la clause par laquelle les époux ajoutent au patrimoine familial d'autres biens que ceux qui en font déjà partie par l'article 415 C.c.Q. De plus, le contrat de mariage peut prévoir la transformation d'un bien propre en un bien acquêt et vice-versa.

Les époux seront donc en mesure, par contrat, de déterminer le régime matrimonial qu'ils souhaitent. En pratique, le régime matrimonial de la société d'acquêts (un partage de la valeur des biens accumulés pendant le mariage) et celui de la séparation de biens sont les régimes que choisissent les époux, même s'ils peuvent aussi choisir, vu la liberté de convention, un régime étranger ou particulier. En l'absence de choix du régime, les conjoints seront assujettis au régime légal de la société d'acquêts.

## **3. Les limites éventuelles à cette contractualisation sont-elles justifiées par la protection du conjoint faible ou du créancier ?**

Oui, les limites, c'est-à-dire comme nous venons de le mentionner les dispositions impératives de la loi et l'ordre public, sont en effet justifiées par la protection du conjoint plus faible ou vulnérable sur le plan économique.

## **4. Les avantages que se consentent des époux doivent-ils être réciproques ?**

Non, il est fréquent qu'un seul des époux, dans un contrat de mariage, consente des donations entre vifs ou à cause de mort sans que cela ne soit réciproque. Il n'existe aucune obligation à cet égard.

## C. LES COUPLES DE FAIT

### 1. Les couples de fait - concubinage, PACS. (...) – sont-ils reconnus ? Ont-ils les mêmes devoirs que les couples mariés ?

Non, sur le plan du droit civil, les couples de fait ne sont pas reconnus<sup>8</sup>. Ils ne sont pas soumis aux mêmes droits et obligations que les couples mariés, sans que cela n'interfère évidemment sur les droits des enfants à qui on reconnaît les mêmes droits et obligations peu importe les circonstances de leur naissance (article 522 C.c.Q.). Comme nous l'avons vu, la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Lola* en janvier 2013, a confirmé que les conjoints de fait, à l'issue de leur union, ne peuvent demander une pension alimentaire à leur égard ni le partage des biens incluant le partage du patrimoine familial, conséquences réservées aux couples mariés.

### 2. S'agit-il d'une situation purement contractuelle ?

Oui, s'ils le désirent et afin de protéger leurs droits, les conjoints de fait peuvent prévoir par contrat de vie commune les conséquences d'une future séparation. Il a été reconnu par la jurisprudence que les conjoints de fait peuvent, par contrat, se soumettre aux dispositions relatives au patrimoine familial. Ils peuvent aussi convenir d'une pension alimentaire à la fin de leur vie commune, du droit de l'un d'eux à l'usage exclusif de la résidence familiale ou du droit de se réclamer mutuellement l'équivalent d'une prestation compensatoire.

## D. FILIATION ET ADOPTION

### D.1. Filiation

#### 1. Questions préliminaires.

### 1. Est-il possible dans votre pays que le mineur ait une filiation établie envers plus de deux personnes? Pouvez-vous avoir deux pères et/ou deux mères ?

Au Québec, il est impossible pour un enfant d'avoir plus de deux parents. Les dispositions du *Code civil* et leur interprétation judiciaire ne laissent place à aucun doute sur ce point. De plus, le Québec ne connaît pas l'adoption simple qui pourrait permettre un triple lien de filiation, deux

---

<sup>8</sup> Cependant, en droit social, comme nous l'avons vu précédemment dans ce rapport, cela est différent, puisqu'il s'agit dans ce cas non des rapports entre individus de droit privé, mais bien entre l'État et les individus. Or, il a été expressément reconnu par des jugements de la Cour suprême du Canada que l'État ne peut pas créer de distinctions discriminatoires entre les différents types de conjoints, mariés, unis civilement, de fait, de sexe différent ou de même sexe, etc. Il en va autrement du droit civil, dont une des fonctions premières est justement d'établir l'encadrement juridique des rapports privés.

liens biologiques et un lien adoptif, mais ne reconnaît que l'adoption plénière, c'est-à-dire substitutive.

**2. Y a-t-il plusieurs types de filiation dans votre pays, avec des conséquences distinctes ?**

Non, depuis la réforme du droit de la famille de 1980, ce n'est plus le cas, puisque le *Code civil du Québec* prévoit que « tous les enfants dont la filiation est établie ont les mêmes droits et les mêmes obligations quelles que soient les circonstances de leur naissance ».

Il est vrai cependant que le *Code civil du Bas-Canada* distinguait, jusqu'en 1980, entre les enfants *légitimes* et *naturels* (qu'ils soient simples, adultérins ou incestueux) et que, selon la catégorie à laquelle ils appartenaient, le Code leur accordait des droits différents.

**2. Établissement de la filiation**

**1. Existe-t-il une présomption de paternité? Cette présomption s'applique uniquement aux couples mariés ou aussi aux couples en concubinage?**

L'article 525 du *Code civil du Québec* prévoit en effet l'application d'une présomption de paternité à un enfant naissant pendant le mariage ou l'union civile ou dans les 300 jours de sa dissolution ou de son annulation. Bien que cette question ait été fréquemment discutée lors des différentes réformes du droit de la famille au Québec, ce mode de preuve ne s'applique toujours pas aux conjoints de fait.

Notons que la présomption de paternité ne constitue cependant pas le « meilleur » mode de preuve, puisqu'en présence d'un acte de naissance indiquant le nom d'un autre homme que le père présumé, c'est le premier qui primera sur le second, jusqu'à preuve du contraire, c'est-à-dire jusqu'à ce qu'une action judiciaire en contestation et en réclamation de paternité ne parvienne à démontrer que le père inscrit sur l'acte n'est pas le père biologique, mais que l'époux, quant à lui, l'est.

**2. Pour déterminer la filiation maternelle, quelle est l'obligation du centre médical où l'enfant est né? Y a-t-il une obligation légale de notifier à l'autorité publique la naissance d'un enfant? Est-il possible que la mère abandonne l'enfant?**

L'article 111 du *Code civil du Québec* oblige l'accoucheur à dresser le constat de naissance en énonçant les lieu, date et heure de la naissance, le sexe de l'enfant, de même que le nom et le domicile de la mère. L'accoucheur est généralement un médecin, mais il peut s'agir d'un autre professionnel, comme une sage-femme. Ainsi, sauf en de rares exceptions, la mère est toujours

connue des autorités publiques au Québec et il est permis d'affirmer que la maternité s'infère du fait objectif de l'accouchement en droit québécois. En d'autres termes, l'article 111 du *Code civil du Québec* consacre implicitement la coutume légale provenant du droit romain « *Mater semper certa est* », signifiant que l'identité de la mère est toujours certaine.

Par la suite, l'accoucheur doit remettre un exemplaire du constat à ceux qui doivent déclarer la naissance, c'est-à-dire aux parents (art. 112). Il transmet aussi sans délai un autre exemplaire du constat au directeur de l'état civil. En effet, aux fins d'établir l'acte de naissance constitutif du lien de filiation, il est nécessaire que les père et mère, ou l'un d'eux, transmette, dans les 30 jours de la naissance, la déclaration de naissance au directeur de l'état civil. C'est sur la base de ces deux documents, constat et déclaration de naissance, que le directeur de l'état civil pourra dresser l'acte de naissance de l'enfant. Toutefois, pour les raisons mentionnées ci-dessus, il est reconnu que le directeur de l'état civil a le pouvoir de consigner dans l'acte de naissance de l'enfant la filiation de la femme qui en a accouché sur la seule base du constat de naissance, malgré le fait que cette dernière n'ait pas signé la déclaration de naissance conformément à l'article 114 du *Code civil du Québec* (voir Adoption – 08118, 2008 QCCQ 12528).

Il est évidemment prévu au *Code civil* des mécanismes pour des situations exceptionnelles, par exemple lorsque les père et mère sont inconnus ou empêchés d'agir.

**3. L'établissement de la filiation obéit-il à une procédure administrative ou bien judiciaire ? Y a-t-il un organisme responsable de la publication et de la gestion des naissances? Est-ce qu'un tel organisme est sous la tutelle du ministère de la Justice ou bien de l'Intérieur?**

Bien qu'il puisse exister des liens de filiation sans qu'ils soient consacrés par écrit sur un acte de naissance, par exemple dans le cas de la présomption de paternité ou de la possession d'état, l'établissement de la filiation par titre (figurant sur l'acte de naissance), comme démontré au point précédent, obéit d'abord à une procédure administrative (extrajudiciaire), mais dans certains cas, force est de passer par la voie judiciaire.

Comme nous en avons fait mention ci-dessus, au Québec, c'est le Directeur de l'état civil qui remplit les fonctions liées aux actes de naissance, de mariage ou d'union civile et de décès. L'organisation relève du ministère du Travail, de l'Emploi et de la Solidarité sociale. Elle est dirigée par le directeur de l'état civil, le seul officier public de l'état civil au Québec, dont le mandat est prévu par le *Code civil du Québec*. Le directeur de l'état civil est entre autres responsable de dresser les actes de l'état civil, de tenir le registre de l'état civil du Québec et d'y apporter les modifications nécessaires, de garder ce registre et d'en assurer la publicité en délivrant les certificats, copies d'actes et attestations relatifs aux événements d'état civil, etc.

#### 4. Quelles sont les conditions d'établissement de la filiation paternelle? Le consentement de l'autre parent est-il nécessaire à cet établissement ?

L'établissement non judiciaire de la filiation paternelle peut se faire de quatre façons différentes, c'est-à-dire par l'acte de naissance, la possession d'état, la présomption de paternité et la reconnaissance volontaire.

- (1) **Acte de naissance.** Pour que son nom figure sur l'acte de naissance d'un enfant à titre de père, un homme n'a qu'à *déclarer* son lien de filiation sur la déclaration de naissance de cet enfant (voir 1.2), dans les 30 jours de la naissance (art. 113, 114 et 115 C.c.Q.). Nul besoin du consentement de la mère ni d'une quelconque preuve d'un lien génétique avec l'enfant. Selon les articles 108 et 109 C.c.Q., ayant reçu le constat et la déclaration de naissance, le directeur de l'état civil dresse l'acte de naissance simplement en signant la déclaration. Par ailleurs, l'article 114 C.c.Q. prévoit que seuls le père et la mère peuvent déclarer la filiation à leur égard, sauf en cas de mariage ou d'union civile, où l'un des conjoints peut déclarer la filiation à l'égard de l'autre. En d'autres termes, une mère ne peut déclarer un lien de filiation à l'égard d'un homme, à moins qu'il ne s'agisse de son époux ou conjoint uni civilement.

Il est également nécessaire de noter une particularité intéressante ayant été introduite au *Code civil* en 2002. Avant la modification apportée à l'article 130 C.c.Q, lorsqu'un homme souhaitait voir inscrite sa paternité sur l'acte de naissance d'un enfant une fois passé le délai des 30 jours suivant sa naissance (art. 113 C.c.Q.), il devait obligatoirement passer par la voie judiciaire en entamant une action en réclamation de paternité. Pour y parvenir, et contrairement à ce qu'il aurait eu à faire devant le directeur de l'état civil à l'intérieur du délai de 30 jours, il devait alors *prouver* sa paternité par tous moyens, c'est-à-dire démontrer le *lien biologique* l'unissant à l'enfant. Or, l'article 130 C.c.Q. permet dorénavant au directeur de l'état civil d'ajouter *tardivement* un second lien de filiation (paternel) sur l'acte de naissance d'un enfant, et ce, aux quatre conditions suivantes : (1) avec le consentement de l'auteur de la déclaration précédente (la mère); (2) avec le consentement de l'enfant âgé de 14 ans ou plus, le cas échéant; (3) en l'absence d'un lien de filiation établi par une autre personne, que ce soit par un titre, une possession constante d'état ou une présomption légale; et (4) en l'absence de l'objection d'un tiers dans les 20 jours d'un avis publié conformément aux règles fixées par règlement du gouvernement.

Autrement dit, bien que cela ne semble pas en avoir été l'objectif, cette modification législative permet, à certaines conditions et sous réserve d'une contestation possible, de contourner les règles en matière d'adoption et donc de fabriquer des liens de filiation « par complaisance », aux dires de certains auteurs de doctrine.

- (2) **Possession d'état.** L'article 523 alinéa 2 C.c.Q. stipule qu'à défaut de titre, la possession constante d'état suffit, tandis que l'article 524 C.c.Q. énonce que celle-ci s'établit par une réunion suffisante de faits qui indiquent les rapports de filiation entre l'enfant et les personnes dont on le dit issu. Ce concept existait déjà en droit romain, mais il a changé de signification à travers les âges, particulièrement depuis que l'*état* auquel ce concept réfère, c'est-à-dire l'*état de légitimité*, qu'obtenait l'enfant naissant dans le mariage de ses parents a disparu en 1980, si

bien qu'aujourd'hui la possession d'état s'apparente plutôt à une *présomption de paternité biologique*.

Trois éléments sont traditionnellement requis pour reconnaître l'existence de la possession d'état, c'est-à-dire que l'enfant doit porter le *nom* du père (*nomen*) (cette condition a toutefois perdu son importance aujourd'hui), qu'il doit être *traité* par ses prétendus parents comme le leur (*tractatus*) et qu'il doit être *considéré* par la société et sa famille comme étant l'enfant des personnes dont on le dit issu (*fama*). De plus, afin d'être valablement reconnue, la possession d'état doit obligatoirement être *constante*, c'est-à-dire exister depuis la naissance de l'enfant et pendant une durée suffisamment longue, soit au moins dix-huit mois. Aussi, précisons qu'une possession d'état sera reconnue même si elle a été acquise *à l'insu* du père, c'est-à-dire alors qu'il se croyait *faussement* le père biologique de l'enfant. Lorsque ces conditions sont réunies, un lien de filiation entre un homme et un enfant peut être reconnu, sans que ce lien ne soit consacré par écrit dans un acte de naissance.

Toutefois, si en plus de la possession d'état il existe un titre, la filiation devient irréfragable, peu importe qu'elle représente la vérité biologique ou non. En effet, la tendance jurisprudentielle établit clairement encore aujourd'hui que même la preuve biologique la plus certaine, particulièrement la preuve génétique, démontrant qu'un lien de filiation ne correspond pas à la réalité biologique, ne pourra *en aucun cas* réussir à détruire ce lien, s'il existe une possession d'état conforme à un acte de naissance.

- (3) **Présomption de paternité.** Il s'agit en effet d'un mode d'établissement de la filiation paternelle en droit québécois (art. 525 C.c.Q.), comme nous l'avons noté en 2.2
- (4) **Reconnaissance volontaire.** Ce n'est qu'à défaut de filiation établie par un acte de naissance, par une possession constante d'état ou par une présomption de paternité qu'une reconnaissance volontaire pourra être invoquée comme fondement ou preuve de filiation (voir les art. 526 et ss C.c.Q.). Dans le cas de la filiation paternelle, il pourrait être possible d'envisager ce mode de preuve à l'égard d'un père qui n'aurait appris la naissance de son enfant qu'après plusieurs années. Mais pour être opposable aux tiers, la filiation résultant d'un tel mode de preuve doit être consignée dans l'acte de naissance de l'enfant.

<p><b>5. Des adminicules sont-ils nécessaires? Est-il possible de contraindre le père à la réalisation d'un test de paternité biologique? Est-ce que des conséquences sont tirées du refus de faire ce test de paternité?</b></p>
---

L'enfant dont la filiation n'est pas établie par un titre et une possession d'état conforme peut réclamer sa filiation en justice. De même, le père peut réclamer la paternité d'un enfant dont la filiation n'est pas établie à son égard par un titre et une possession d'état conforme (art. 532 C.c.Q.). Selon l'article 533 C.c.Q., la preuve peut se faire par tous les moyens, mais les témoignages ne seront admissibles que s'il y a commencement de preuve ou si les présomptions ou indices résultant de faits déjà clairement établis sont assez graves pour en déterminer l'admission.

Concernant l'admissibilité de la preuve génétique pour prouver le lien de filiation, il est possible de demander une ordonnance judiciaire afin qu'il soit procédé à un prélèvement d'une substance corporelle aux fins d'établir l'empreinte génétique d'une personne visée par l'action. Cette demande peut provenir d'un homme visant à faire établir sa paternité à l'égard d'un enfant ou encore d'un enfant (via son tuteur ou sa tutrice) visant à réclamer la paternité d'un homme à son égard. Dans tous les cas, l'article 535.1, al. 2 C.c.Q. stipule que le tribunal ne pourra rendre une telle ordonnance que s'il y a commencement de preuve ou si les présomptions ou indices résultant de faits déjà clairement établis sont assez graves pour justifier l'ordonnance. La preuve testimoniale est admissible pour prouver ces administratives. Enfin, le tribunal peut tirer une présomption négative du refus injustifié de se soumettre à l'analyse visée par l'ordonnance (art. 535.1 al. 4 C.c.Q.). la jurisprudence reconnaît donc la possibilité pour le tribunal, selon les circonstances, de présumer la paternité de celui qui refuse de se soumettre à l'ordonnance sans motif valable.

### **3. Contestation de la filiation**

#### **1. Les conditions de la contestation de la filiation diffèrent-elles suivant que le couple est marié, en concubinage, séparé, divorcé, etc.?**

Les conditions générales de la contestation de la filiation sont les suivantes : toute personne intéressée, y compris le père ou la mère, peut contester par tous moyens la filiation de celui qui n'a pas une possession d'état conforme à son acte de naissance (art. 531, al. 1 C.c.Q.), et ce, dans un délai de 30 ans, selon l'art. 536 du *Code civil*. Une exception existe cependant pour les couples mariés ou unis civilement, c'est-à-dire alors que la présomption de paternité s'applique. Dans ce cas, le père présumé ou la mère ne peuvent contester la filiation de l'enfant que dans un délai d'un an à compter du jour où la présomption de paternité prend effet, donc à la naissance de l'enfant, ou, dans le cas du père, à compter du moment où il a eu connaissance de cette naissance (art. 531, al. 2 C.c.Q.).

#### **2. Ces actions peuvent-elles être exercées par des organismes publics ?**

Non.

#### **3. Est-ce qu'un jugement établissant la filiation de manière définitive peut être révisé?**

Oui, un appel peut être fait de plein droit en vertu de l'article 30 du *Code de procédure civile du Québec*.

#### 4. Procréation médicalement assistée

##### **1. Qui est la mère? La mère ovulaire? La mère qui accouche? Celle qui a conclu le contrat de maternité de substitution, si ce cas est autorisé dans votre pays?**

Comme l'article 538.1 du *Code civil* établit que la filiation de l'enfant né d'une procréation assistée s'établit, comme une filiation par le sang, par l'acte de naissance, nous devons référer à nos propos ci-dessus et conclure que la mère est celle qui donne naissance à l'enfant. Ainsi, sur cette base, la "mère porteuse" ne peut pas se voir reconnaître une « maternité juridique d'origine », actuellement au Québec. Nous verrons ci-dessous comment cette dernière réussit fréquemment à se voir reconnaître un lien de filiation avec l'enfant, mais en passant par l'adoption.

De plus, l'article 538.2 al. 1 C.c.Q. stipule que l'apport de forces génétiques au projet parental d'autrui ne peut fonder aucun lien de filiation entre l'auteur de l'apport et l'enfant qui en est issu. Ainsi, en aucun cas la « mère ovulaire » ne peut être reconnue juridiquement en droit québécois.

Toutefois, il importe de faire état d'un **trait éminemment distinctif du droit civil québécois** en matière de procréation assistée, celui permettant que deux mères se voient reconnaître un lien de filiation avec un enfant dès sa naissance. En effet, à partir du moment où deux femmes ont un projet parental commun et qu'elles ont recours à un donneur anonyme (via un centre de fertilité) ou à un homme avec qui l'une d'entre elles aura des relations sexuelles aux fins de la procréation (que d'aucuns appellent la *procréation amicalement assistée*) et qu'un enfant naît de ces suites, la femme qui accouche et sa conjointe peuvent dès la naissance inscrire leurs liens de filiation sur l'acte de naissance de l'enfant. L'enfant aura d'emblée deux mères. Par ailleurs, si les deux femmes sont mariées ou unies civilement et que l'une d'entre elles donne naissance à un enfant, l'épouse ou la conjointe unie civilement sera présumée la seconde mère de l'enfant (article 538.3 C.c.Q.). À noter qu'il serait plutôt nécessaire ici de parler non pas de présomption de paternité, mais de *présomption de parenté*.

##### **2. Qui est le père ? Le donneur de sperme? Le don de sperme anonyme est-il autorisé ?**

Le père, ou la seconde mère comme on vient de le voir, sera celui (ou celle) qui, après avoir formé le projet parental avec la mère, signera la déclaration de naissance aux fins d'être inscrit sur l'acte de naissance de l'enfant ou encore sera l'époux (ou l'épouse) de la mère (présomption de parenté) ou encore celui ou celle qui remplira les conditions (revisitées en cas de procréation assistée) de la possession d'état. Voir les articles 538.1 et 538.3 C.c.Q.

Notons qu'une fois la filiation établie par un de ces trois modes de preuve de filiation, il demeure impossible de la contester. En effet, l'article 539 C.c.Q. énonce que nul ne peut contester la filiation de l'enfant pour la seule raison qu'il est issu d'un projet parental avec assistance à la procréation, sauf à prouver, dans le cas où la présomption de parenté s'applique, qu'il n'y a pas

eu formation de projet parental commun ou sur preuve que l'enfant n'est pas issu de la procréation assistée. De même, comme le projet parental ne constitue pas le véritable fondement de la filiation en matière de procréation assistée, la réclamation de filiation est impossible. Toutefois, l'article 540 C.c.Q. prévoit une mince consolation. Il s'agit d'une forme de dédommagement lorsqu'une personne qui, après avoir formé un projet parental commun hors mariage ou union civile, ne déclare pas, au registre de l'état civil, son lien de filiation avec l'enfant qui en est issu. Cette personne engage alors sa responsabilité envers cet enfant et la mère de ce dernier.

### **3. Est-il possible d'utiliser les gamètes ou le matériel génétique d'une personne décédée? Si oui, comment la filiation est déterminée?**

La *Loi sur la procréation assistée* (fédérale) n'interdit ni l'utilisation du matériel reproductif humain dans le but de créer un embryon ni le prélèvement de ce type de matériel sur un donneur après sa mort, mais à la condition d'avoir obtenu, préalablement au décès, son consentement écrit<sup>9</sup>. Quant à la filiation, le *Code civil du Québec* ne prévoit rien explicitement, mais n'empêche pas non plus qu'un lien de filiation soit établi *post mortem* entre un parent décédé et un enfant. Pour qu'un tel lien soit établi, deux possibilités existent, soit qu'étant mariés, la femme qui donne naissance à l'enfant déclare la filiation paternelle de son défunt mari à l'acte de naissance de l'enfant, comme le permet l'article 114 C.c.Q., ou qu'à la suite de la naissance, la mère comme tutrice de l'enfant ou toute autre personne comme tutrice *ad hoc* réclame judiciairement la filiation entre l'enfant et son père décédé, en vertu des articles 532, 533 et éventuellement 535.1 C.c.Q. (preuve génétique)<sup>10</sup>.

### **4. La maternité de substitution est légale ou interdite dans votre pays? Sur quels principes s'appuie l'interdiction, le cas échéant? S'agit-il d'un sujet d'actualité ?**

Sur cette question de la maternité de substitution, les deux paliers législatifs, le fédéral (via sa compétence législative en droit criminel) et le provincial (via sa compétence législative en matière de propriété et droits civils) peuvent légiférer. La *Loi sur la procréation assistée* (fédérale, 2004) n'interdit pas l'acte de porter un enfant pour autrui, mais interdit notamment de rétribuer (ou d'offrir de rétribuer) une personne de sexe féminin pour qu'elle agisse à titre de mère porteuse. Quant au *Code civil du Québec*, s'il n'interdit pas non plus explicitement le recours à cette pratique, son article 541 énonce toutefois 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 ». C'est cette disposition qui explique d'ailleurs que deux hommes ne peuvent, contrairement à deux femmes, se voir inscrits tous les deux sur un acte de naissance d'un enfant

<sup>9</sup> *Loi sur la procréation assistée*, art. 8.

<sup>10</sup> Voir notamment *P.R. c. S.B.* (Succession de), [2003] R.D.F. 40 ; Droit de la famille 153277, J.E. 2016-49.

dès sa naissance, puisque pour y parvenir, ils devaient évidemment pouvoir avoir libre cours aux mères porteuses.

Cependant, et il est essentiel de le mentionner, malgré l'article 541 C.c.Q., la pratique de la gestation pour autrui existe bel et bien au Québec. De plus, depuis quelques années et particulièrement en se fondant sur deux jugements importants de la Cour d'appel datant respectivement de 2014 (*Adoption – 1445*, 2014 QCCA 1162 ) et 2016 (*Adoption – 161*, 2016 QCCA 16,) il est clairement établi désormais qu'en passant par l'adoption, un lien de filiation peut être juridiquement reconnu entre la « mère d'intention » et l'enfant, à la suite du recours à une mère porteuse. En effet, l'article 555 C.c.Q. prévoit qu'un consentement spécial à l'adoption peut être donné en faveur du conjoint du père ou de la mère. Ainsi, selon les circonstances, à la naissance de l'enfant, la mère porteuse déclare (ou pas, dans certains cas) sa filiation sur la déclaration de naissance et le père le fait dans tous les cas. Par la suite, ce dernier signe (ainsi que la mère porteuse si elle a déclaré sa filiation) un consentement spécial à l'adoption en faveur de sa conjointe (la mère d'intention) ou son conjoint (le père d'intention). Finalement, le processus normal de l'adoption suit son cours, une ordonnance de placement puis l'adoption finale étant prononcées.

## **D.2 Adoption**

### **1. Y a-t-il plusieurs types d'adoption?**

Non, il n'existe en droit civil québécois que l'adoption plénière, conférant à l'adopté une filiation se substituant à sa filiation d'origine (art. 577 C.c.Q.). L'adoption simple n'existe pas.

### **2. L'adoption est-elle limitée aux mineurs?**

Non, l'adoption de personnes majeures est aussi possible, mais en principe, une personne majeure ne peut être adoptée que par ceux qui, alors qu'elle était mineure, remplissaient auprès d'elle le rôle de parent (art. 545 al. 1 C.c.Q.). Toutefois, le tribunal peut, dans l'intérêt de l'adopté, passer outre à cette exigence (art. 545 al. 2 C.c.Q.).

### **3. Un mineur non «abandonné» peut-il être adopté?**

Oui, en plus d'un enfant dont la filiation ni maternelle ni paternelle n'est établie, de l'enfant dont les père et mère sont déchus de l'autorité parentale (et qu'il n'est pas pourvu d'un tuteur) ou de l'enfant orphelin de père et de mère (et qu'il n'est pas pourvu d'un tuteur), comme nous l'avons relaté ci-dessus, l'adoption de l'enfant mineur d'un conjoint est possible. Pour ce faire, le parent doit faire un consentement spécial à l'adoption en faveur de son conjoint et, s'il s'agit de conjoints de fait, ces derniers doivent cohabiter depuis au moins trois ans (art. 555 C.c.Q.).

**4. Est-ce que l'adoption éteint définitivement le lien avec la famille d'origine? Si oui, la famille d'origine conserve-t-elle des droits et obligations?**

Selon l'article 577 C.c.Q., l'adoption confère à l'adopté une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine. De plus, toujours selon cet article, l'adopté cesse d'appartenir à sa famille d'origine, sous réserve des empêchements de mariage ou d'union civile.

**5. Est-ce qu'il existe un âge minimal requis de votre pays pour adopter ou pour être adopté?**

L'article 546 C.c.Q. impose à l'adoptant qu'il soit majeur, mais il n'existe pas d'âge minimum requis pour être adopté.

**6. Est-ce qu'il existe des règles spécifiques lorsque l'adopté est un étranger ?**

En vertu de l'article 565 C.c.Q., l'adoption d'un enfant domicilié hors du Québec doit être prononcée soit à l'étranger, soit judiciairement au Québec. Le jugement prononcé au Québec est précédé d'une ordonnance de placement. La décision prononcée à l'étranger doit faire l'objet d'une reconnaissance judiciaire au Québec, sauf si l'adoption est certifiée conforme à la Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale par l'autorité compétente de l'État où elle a eu lieu.

**7. La procédure d'adoption est-elle administrative, judiciaire ou bien hybride?**

La première « étape » de l'adoption n'est pas nécessairement judiciaire, en ce que l'adoption peut se faire par consentement (spécial ou général) du ou des parents d'un enfant, donc de manière extrajudiciaire, selon des règles précises. À défaut, elle se fera par déclaration judiciaire d'admissibilité à l'adoption. Par la suite, les étapes ultérieures, c'est-à-dire l'ordonnance de placement et l'adoption en soi se feront obligatoirement de manière judiciaire.