

Mémoire du Barreau du Québec

Projet de loi n° 2 — Loi portant sur la réforme du droit de la famille en matière de filiation et modifiant le Code civil du Québec en matière de droits de la personnalité et d'état civil



Novembre 2021

Barreau
du Québec 

Mission du Barreau du Québec

Afin d'assurer la protection du public, le Barreau du Québec surveille l'exercice de la profession, fait la promotion de la primauté du droit, valorise la profession et soutient ses membres dans l'exercice du droit.

Remerciements

Le Barreau du Québec remercie les membres de son groupe de travail sur la réforme en droit de la famille:

M^e Ana Victoria Aguerre
M^e Marie-Josée Ayoub
M^e Sylvie Champagne
M^e Louis R. Charron
M^e Marie-Hélène Dubé
M^e Marie-Ève Henrichon
M^e Fanie Pelletier
M^e Dominique Trahan
M^e Régine Tremblay
M^e Francis Walsh

Édité en novembre 2021 par le Barreau du Québec

ISBN (PDF) : 978-2-924857-90-8

Dépôt légal — Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2021

Dépôt légal — Bibliothèque et Archives Canada, 2021

Vue d'ensemble de la position du Barreau du Québec

Commentaires généraux

- ✓ Le Barreau du Québec appuie l'objectif du projet de loi, de moderniser le droit de la famille, dont la dernière grande réforme remonte à plus de 40 ans.
- ✓ Le Barreau du Québec propose des mesures visant à bonifier le projet de loi ou à attirer l'attention sur certains enjeux qui pourraient être difficiles d'application ou susceptibles de complexifier le droit. À ce titre, le Barreau du Québec cherche à apporter un éclairage juridique sur des aspects particuliers du projet de loi.

Établissement de la filiation

- ✓ Le Barreau du Québec accueille favorablement certaines mesures prévues au projet de loi en lien avec la filiation. Ceci dit, le Barreau s'interroge sur l'impact des différentes formes d'établissement de la filiation, qui varient selon le mode de procréation de l'enfant, sur les droits des parents d'intention.

Définition de l'enfant conçu, mais non encore né

- ✓ Le Barreau recommande de retirer la définition de *l'enfant conçu, mais non encore né* aux fins de la loi. Cette définition semble s'écarter de certains acquis juridiques établis par la Cour suprême du Canada, notamment en ce qui concerne la personnalité juridique du fœtus et le droit à l'intégrité physique des femmes.

✓ Nom traditionnel autochtone

Le Barreau accueille favorablement l'exemption du paiement des droits exigibles pour les personnes dont le nom a été changé dans le cadre de leur passage dans un pensionnat autochtone ou les descendants de ces personnes qui souhaitent reprendre un nom traditionnel autochtone. Toutefois, certains noms traditionnels pouvant correspondre à un nom unique, cette possibilité gagnerait à être envisagée.

Nouvelle disposition relative à l'autorité parentale

- ✓ Le Barreau du Québec prend acte des modifications apportées au *Code civil du Québec* en matière d'autorité parentale. L'inclusion du critère de la *violence familiale* dans la définition de *l'intérêt de l'enfant* et dans les décisions relatives à la déchéance de l'autorité parentale nous semble répondre à un problème d'harmonisation avec la *Loi sur le divorce*, eu égard aux décisions en matière de garde d'enfants.

Exception à l'exercice conjoint de l'autorité parentale : les soins de santé et psychosociaux de l'enfant dans un contexte de violence familiale

- ✓ Le Barreau se questionne sur le moyen de constater la violence familiale par déclaration d'un fonctionnaire désigné par le gouvernement ou par un officier public. Nous nous interrogeons également sur l'usage qui pourra être fait de cette déclaration advenant un recours contre le parent violent. Finalement, le Barreau accueille favorablement l'ajout d'un pouvoir permettant au juge de déterminer, dans les cas où la violence familiale est constatée, de retirer un ou des attributs de l'autorité parentale, le tout dans le meilleur intérêt de l'enfant.

Maintien des liens significatifs entre l'enfant et l'ex-conjoint du parent ou des grands-parents

- ✓ Par ailleurs le projet de loi modifie le Code civil afin de prévoir que l'enfant de 10 ans et plus doit consentir au maintien des liens significatifs qu'il pourrait avoir avec l'ex-conjoint de son parent ou avec ses grands-parents. Ce faisant, le législateur rejette l'introduction du régime du *in loco parentis*, permettant au beau-parent d'exercer certains attributs de l'autorité parentale et d'avoir une obligation alimentaire au bénéfice de l'enfant, dans la mesure où cela sert le meilleur intérêt de ce dernier. Le Barreau du Québec estime que le projet de loi devrait prévoir un régime permettant de reconnaître ces droits et obligations aux beaux-parents, à l'instar de ce qui est prévu en vertu de la *Loi sur le divorce*, qui s'inscrit davantage dans une optique de protection des enfants.
- ✓ De plus, le libellé proposé est susceptible d'être interprété comme retirant des droits aux grands-parents qui bénéficient actuellement d'une présomption favorisant le maintien des liens avec leurs petits-enfants. Nous nous interrogeons à savoir si cela est l'intention du législateur.
- ✓ En outre, nous croyons que le régime prévu au projet de loi concernant le maintien des liens significatifs devrait être étendu pour inclure toute personne qui peut avoir des liens significatifs avec l'enfant et non pas prévoir des catégories de personnes précises.
- ✓ Finalement, nous suggérons de modifier le projet de loi pour conférer au juge la discrétion nécessaire afin d'évaluer si l'enfant est en mesure de manifester sa volonté indépendamment de son âge, lorsque vient le temps de prendre des décisions à son endroit.

Impact de l'ajout de la violence familiale dans le Code civil sur les communautés autochtones

- ✓ La *Loi sur les foyers familiaux situés dans les réserves et les droits ou intérêts matrimoniaux* prévoit une définition de « violence familiale » en contexte d'émission d'ordonnances de protection d'urgence dans certains territoires de réserves.
- ✓ Nous nous interrogeons sur les impacts de cette définition sur les dispositions prévues au projet de loi et l'interaction entre les dispositions pertinentes de cette loi fédérale et l'introduction de la notion de « violence familiale » au Code civil.

Inclusion du nouveau régime de gestation pour autrui dans le Code civil

- ✓ Le Barreau du Québec accueille favorablement l'introduction d'un régime juridique encadrant la gestation pour autrui au Québec par voie conventionnelle. Nous croyons que si la convention de gestation pour autrui est une excellente mesure de sauvegarde pour la protection des parties, elle ne doit toutefois pas constituer un passage obligatoire à l'application du droit en cette matière, auquel cas les parties et enfants nés de contrat verbaux, notamment, ne pourraient bénéficier des protections qui sont prévues dans le projet de loi. Ainsi, la convention devrait essentiellement se résumer en un document émis par l'État, détaillant les droits et obligations des parties, tels que prévus au Code civil et à la *Charte des droits et libertés de la personne*. Ce document inclurait également une liste de clauses interdites dans une telle convention.

Absence d'opinion juridique indépendante pour les parties à la convention

- ✓ Nous croyons que la meilleure façon de pallier la marchandisation de l'enfant et la commercialisation du corps de la femme est de s'assurer que toutes les parties soient bien informées de leurs droits et obligations respectifs. Ainsi, si la voie contractuelle doit être favorisée, nous suggérons également que le projet de loi prévoit l'exigence d'avis juridiques indépendants.

Remboursement des frais et indemnisations relatifs à la gestation pour autrui

- ✓ Guidé par des principes éthiques et juridiques de prohibition de la vente d'enfants et de la commercialisation du corps de la femme, le Barreau accueille favorablement une éventuelle réglementation sur les frais et l'indemnisation pour perte de revenus de travail.
- ✓ Cette réglementation devrait être la plus précise et détaillée possible, pour des fins de clarté et de prévisibilité. De plus, l'indemnisation devrait viser non pas à enrichir la personne qui portera l'enfant, mais plutôt à compenser justement et équitablement pour ses pertes subies avant, pendant et après la grossesse.
- ✓ Finalement, nous soulignons les enjeux liés à la coexistence potentielle de plusieurs régimes d'encadrement des frais et d'indemnisation à l'international et à l'intérieur même du pays. Nous invitons le législateur à en tenir compte lors de l'édiction de la réglementation québécoise.

Changement de mention de sexe

- ✓ Le maintien du statu quo, soit le changement de la mention de sexe par voie administrative sans exigence de traitements médicaux, est l'avenue à préconiser pour le respect des droits fondamentaux.

Ajout d'une mention d'identité de genre

- ✓ Le Barreau salue la reconnaissance des personnes qui s'identifient non binaire sur la base du principe d'autodétermination.
- ✓ Cependant, en vertu de l'état du droit depuis 2015, la mention du sexe n'étant plus obligatoirement basée sur le sexe biologique et incluant donc déjà l'identité de genre, nous

préconisons l'ajout de l'identité non binaire à la mention du sexe plutôt que l'ajout d'une mention distincte d'identité de genre.

- ✓ Afin de préserver le droit à la vie privée, toute mention du sexe ou tout changement de mention du sexe doivent pouvoir être omis sur les certificats d'état civil selon le désir des personnes.
- ✓ Aussi, l'exigence imposée aux personnes mineures de 14 ans et plus de fournir une lettre d'un professionnel pour obtenir une identité de genre non binaire ou un changement de mention du sexe soulève des préoccupations.

Mention de sexe « indéterminé »

- ✓ Compte tenu des contraintes de temps, il ne nous a pas été possible d'évaluer davantage la suggestion du législateur de créer une mention temporaire de sexe « indéterminé » associée ou non à une identité de genre masculine ou féminine. Nous avons des hésitations à savoir si cela porterait atteinte aux droits fondamentaux des personnes intersexuées. Ainsi, nous soulignons que la solution retenue peut être adéquate sous réserve de la reconnaissance scientifique d'un véritable sexe « intersexué » et nous invitons le législateur à faire les vérifications à cet effet.

Collecte de la mention du sexe par les ordres professionnels

- ✓ Le *Code des professions* prévoit que les ordres professionnels sont tenus d'indiquer au tableau de l'Ordre la mention du sexe de leurs membres. Cette donnée a un caractère public, c'est-à-dire qu'elle peut être communiquée à la suite d'une demande d'accès.
- ✓ Avec l'introduction de la mention d'identité de genre prévue au projet de loi, il y aurait lieu de prévoir les modifications de concordance.

Rédaction inclusive

- ✓ Nous saluons l'intention louable visant à rendre plus inclusive la rédaction de plusieurs textes de loi. Nous encourageons le législateur à poursuivre le travail en matière de rédaction inclusive pour la prise en compte des différentes réalités de sexe, de genre, ainsi qu'une meilleure représentation des femmes et des personnes non binaires dans les textes législatifs.

Table des matières

INTRODUCTION	1
MODIFICATIONS SOUTENUES PAR LE BARREAU DU QUÉBEC	3
1.1 Filiation.....	3
MODIFICATIONS RELATIVES À LA FILIATION.....	4
1.2 Établissement de la filiation: des régimes distincts selon la réalité biologique des parents	4
1.3 Cas pratiques.....	5
1.4 Définition de « l'enfant conçu, mais non encore né aux fins de la loi ».....	8
1.5 Cas pratique.....	9
MODIFICATIONS RELATIVES À L'AUTORITÉ PARENTALE.....	9
1.6 La notion de <i>in loco parentis</i>	10
1.7 La notion de « violence familiale » dans le Code civil.....	12
1.7.1 Exercice de l'autorité parentale dans les cas de violence familiale	13
1.7.2 Notion de violence familiale : interactions avec la <i>Loi sur les foyers familiaux situés dans les réserves et les droits ou intérêts matrimoniaux</i>	14
1.7.3 Cohabitation de décisions prises en matière familiale et en protection de la jeunesse.....	15
NOUVEAU RÉGIME DE GESTATION POUR AUTRUI	15
1.8 Le nouveau régime juridique de gestation pour autrui	15
1.8.1 La forme de la convention de gestation pour autrui.....	16
1.8.2 Le retrait du consentement de la personne qui donnera naissance à l'enfant	18
1.9 Remboursement des frais	20
1.10 Personne donnant naissance domiciliée hors Québec et coexistence d'une réglementation fédérale	21
MODIFICATIONS RELATIVES À L'ÉTAT DES PERSONNES ET L'ÉTAT CIVIL	22
1.11 Changement de mention du sexe	22

1.12 Ajout d'une mention d'identité de genre.....	23
1.12.1 Mention de « parents » sur l'acte de naissance de l'enfant	25
1.12.2 Mention du sexe « indéterminé »	26
1.12.3 Ajout et changement d'une identité de genre pour une personne mineure .	27
1.13 Collecte de la « mention de sexe » par les ordres professionnels.....	29
1.14 Rédaction inclusive.....	30
CONCLUSION	31

CONJOINTS



1964

Loi sur la capacité juridique de la femme mariée : émancipation juridique de la femme

177. La femme mariée a la pleine capacité juridique, quant à ses droits civils, sous la seule réserve des restrictions découlant du régime matrimonial.

1967

Loi concernant le divorce : reconnaissance de la possibilité de rompre définitivement un mariage et des liens juridiques subsistants entre les parties et l'enfant

- 10. Lorsqu'une requête en divorce a été présentée, le tribunal ayant compétence pour prononcer sur les conclusions des parties peut rendre les ordonnances provisoires qu'il croit justes et appropriées
 - a) aux fins du paiement, par l'un des conjoints, d'une pension alimentaire, « alimony » ou « maintenance » pour l'entretien de l'autre en attendant que la requête ait été entendue et jugée, selon que le tribunal l'estime raisonnable compte tenu des moyens et des besoins de chacun d'eux;
 - b) aux fins de l'entretien et de la garde, de l'administration et de l'éducation des enfants du mariage en attendant que la requête ait été entendue et jugée; ou
 - c) aux fins de relever un conjoint de toute obligation existante d'habiter avec l'autre.

- 11. (1) En prononçant un jugement conditionnel de divorce, le tribunal peut, s'il l'estime juste et approprié, mesurée compte tenu de la conduite des parties ainsi que de l'état et les facultés de chacune d'elles et des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent, rendre une ou plusieurs des ordonnances suivantes, savoir :
 - a) une ordonnance enjoignant au mari d'assurer l'obtention ou de payer la somme globale ou les sommes échelonnées que le tribunal estime raisonnables pour l'entretien
 - (i) de l'épouse,
 - (ii) des enfants du mariage, ou
 - (iii) de l'épouse et des enfants du mariage;
 - b) une ordonnance enjoignant à l'épouse d'assurer l'obtention ou de payer la somme globale ou les sommes échelonnées que le tribunal estime raisonnables pour l'entretien
 - (i) du mari,
 - (ii) des enfants du mariage, ou
 - (iii) du mari et des enfants du mariage; et
 - c) une ordonnance pourvoyant à la garde, à l'administration et à l'éducation des enfants du mariage.



1969 [Loi concernant le mariage civil](#) : reconnaissance juridique des mariages non religieux

129 ccbc. Sont compétents à célébrer les mariages, tous les prêtres, curés et ministres autorisés par la loi à tenir et garder des registres de l'État civil ainsi que, dans le **district judiciaire pour lequel ils sont nommés, le protonotaire et chacun de ses adjoints qu'il désigne.**

Cependant, aucune des personnes ainsi autorisées, autres que le protonotaire ou l'adjoint qu'il désigne, ne peut être contrainte à célébrer un mariage contre lequel il existe quelque empêchement, d'après les doctrines et croyances de sa religion, et la discipline de l'Église à laquelle elle appartient.

1970 [Loi concernant les régimes matrimoniaux](#) : la société d'acquêts devient le régime matrimonial en l'absence d'une convention entre les parties; distinction entre les biens propres et les biens acquêts; reconnaissance du partage des biens acquêts à la dissolution du mariage

- 1260 ccbc. La loi ne fixe le régime matrimonial qu'à défaut de conventions spéciales par contrat de mariage. Les époux qui n'ont pas fait de conventions spéciales par contrat de mariage sont soumis au régime de la société d'acquêts prévu au chapitre premier A du présent titre.
- 1266c ccbc. Sous le régime de la société d'acquêts, les biens que chacun des époux possède lors du mariage ou qu'il acquiert par la suite, constituent des propres ou des acquêts.
- 1265 ccbc. Il est loisible aux époux pendant le mariage de modifier leur régime matrimonial ainsi que leur contrat de mariage pourvu que, par une modification ainsi faite, ils ne portent pas atteinte aux intérêts de la famille ni aux droits de leurs créanciers.

1975-1976 [Charte des droits et libertés de la personne et Loi instituant un nouveau Code civil et portant sur la réforme du droit de la famille](#)

- Reconnaissance de l'égalité juridique des époux qui ont les mêmes droits et les mêmes obligations
- Protection juridique pour les époux lors de la dissolution (ex : résidence familiale, meubles du ménage, prestation compensatoire)

1985 [Loi sur le divorce](#)

- Le divorce pourra être obtenu à la requête conjointe des deux époux ayant vécu séparément pour une période d'au moins une année
- Introduction du concept de *in loco parentis*

- 
- 1989** [Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux](#)
- Le mariage emporte la constitution du patrimoine familial
 - La dissolution du mariage emporte le partage du patrimoine en parts égales
- 1994** [Réforme du Code civil du Québec](#)
- Reconnaissance directe (ex : art. 555 CcQ) et indirecte (ex : 857 CcQ) de droits et obligations du conjoint de fait
 - Encadrement de la procréation assistée
- 2001** [Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil \(L.C. 2001, ch. 4\) \(les articles 4-7 sur le mariage\)](#)
- 2002** [Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation](#)
- Reconnaissance de l'union civile notamment pour les conjoints de même sexe
- 2005** [Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe, \[2004\] 3 R.C.S. 698](#)
- Reconnaissance du mariage entre personnes du même sexe au Canada
- 2013** [Québec \(Procureur général\) c. A, \[2013\] 1 RCS 61](#)
- 2013** [Loi sur le mariage civil de non-résidents, L.C. 2013, ch. 30](#)
- 2015** [Loi sur la tolérance zéro face aux pratiques culturelles barbares, L.C. 2015, ch. 29](#)
- 2019** [Loi modifiant la Loi sur le divorce, la Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales et la Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions et apportant des modifications corrélatives à une autre loi, L.C. 2019 ch. 16 \(projet de loi C-78 lors de la 42^e législature\)](#)



1925

Stevenson c. Florent, [1925] R.C.S. 532, 548

La Cour suprême du Canada présente une première définition de l'intérêt de l'enfant :

L'intérêt de l'enfant, qu'il faut prendre en considération, son bien-être, ne réside pas surtout dans le confort matériel, mais dans les soins et l'affection paternels, dans les avantages de l'éducation familiale et religieuse. Le chagrin passager que l'enfant va, sans doute, ressentir en laissant ceux avec qui il a vécu et qui furent bons pour lui, et en changeant d'entourage, ne saurait se comparer à la satisfaction permanente et au bonheur solide qu'il ne tardera pas à éprouver en réalisant qu'il est désormais chez lui, dans sa demeure, par droit de naissance et non plus en vertu de la bienfaisance d'un étranger qui n'a pas envers lui d'obligation légale; en grandissant dans l'honneur et le respect pour ses parents (art. 242 C.C.), à l'ombre de leur autorité (arts. 243 et seq). C'est là l'intérêt bien compris de l'enfant d'accord avec celui de la famille et de l'état.

1969

Loi sur l'adoption de 1969, L.Q. 1969, c. 64.

Art. 2. L'adoption ne peut intervenir qu'aux conditions prévues par la présente loi; elle ne peut être prononcée que dans l'intérêt de l'enfant.

1977

Loi modifiant le Code civil, L.Q. 1977

La *puissance paternelle* est abolie au profit de l'autorité parentale, qui est partagée à parts égales entre les deux parents.

Loi sur la protection de la jeunesse, L.Q. 1977, c. 20 : première loi sur la protection de la jeunesse

Art. 3. Le respect des droits de l'enfant doit être le motif déterminant des décisions prises à son sujet en vertu de la présente loi.

1980

Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille

• **Intégration de l'intérêt de l'enfant dans le Code civil du Québec :**

30. L'intérêt de l'enfant et le respect de ses droits doivent être les motifs déterminant des décisions prises à son sujet.

On tient compte, notamment de l'âge, du sexe, de la religion, de la langue, du caractère de l'enfant de son milieu familial et des autres circonstances dans lesquelles il se retrouve.

• **Abolition de la distinction entre filiation légitime ou naturelle - droits égaux pour tous les enfants (droit alimentaire, vocation successorale) :**

Art. 594. Tous les enfants dont la filiation est établie auront dorénavant les mêmes droits et les mêmes obligations, sans égard aux circonstances de leur naissance.

• **Abolition du mariage comme fondement de la filiation :**

Art. 569. La filiation tant paternelle que maternelle se prouve par l'acte de naissance, quelles que soient les circonstances de la naissance de l'enfant.

À défaut de ce titre, la possession constante suffit.

- **Premières règles en matière d'insémination artificielle et filiation :** Art. 585. (...) Toutefois, nul ne peut contester la filiation d'une personne pour le motif qu'elle a été conçue par insémination artificielle.

1991

Code civil du Québec

Introduction de la nullité absolue des contrats de mère porteuse

2002

Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation, L.Q. 2002, c. 6

Encadrement plus complet de la procréation assistée dans le CCQ :

- Reconnaissance de la filiation homoparentale
- Possibilité des conjoints d'un même sexe d'adopter un enfant

2004

Loi sur la procréation assistée, L.C. 2004, ch. 2

- Interdiction de rétribution de la mère porteuse ou d'un intermédiaire
- Reconnaissance du rôle supplétif du droit fédéral par rapport au droit au niveau de la validité des entente conclues avec les mères porteuses
- Reconnaissance d'un âge minimum de 21 ans pour être mère porteuse
- Définition de conjoint de fait

2017

Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et de communication de renseignements

- Reconnaissance préexistante du lien de filiation antérieure, peu importe que l'adoption soit intrafamiliale ou concerne un enfant issu du système de la protection de la jeunesse
- Reconnaissance d'une tutelle supplétive de l'enfant lorsqu'il est impossible pour l'un des parents ou les deux d'exercer pleinement les charges de tuteur légal et de titulaire de l'autorité parentale
- Reconnaissance de l'adoption coutumière autochtone
- L'adopté et ses parents d'origine ont le droit de connaître l'identité de l'autre ou de se contacter en l'absence, selon le cas, d'un refus à la communication de l'identité ou d'un refus au contact

2019

Règlement sur le remboursement relatif à la procréation assistée, DORS/2019-193

La liste des dépenses d'une mère porteuse pouvant faire l'objet d'un remboursement est établie.

2020

Loi modifiant diverses dispositions en matière de procréation assistée

- Encadrement des activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée
- La RAMQ assume le coût des services de procréation assistée rendus par un médecin qui sont déterminés par règlement

INTRODUCTION

À l'instar d'autres organisations, le Barreau du Québec a réclamé à maintes reprises une réforme du droit de la famille visant l'ensemble des citoyens. Cette demande est basée sur la nécessité d'amorcer une réflexion en profondeur sur les orientations de la législation québécoise afin de répondre adéquatement aux besoins des familles d'aujourd'hui. Rappelons que, depuis la dernière véritable réforme du droit de la famille survenue il y a déjà plus de 40 ans, le profil démographique de la famille québécoise a grandement changé. D'ailleurs, cette transformation majeure de notre société a été reconnue dans plusieurs décisions, dont celle de la Cour suprême du Canada dans l'affaire connue par le grand public sous le nom *Éric c. Lola*¹. Ainsi, bien que le droit ait timidement évolué au fil du temps, il n'en demeure pas moins que les modifications législatives se sont faites à la pièce, sans nécessairement recourir à une vision globale du droit de la famille.

Nous constatons que le projet de loi n° 2 — *Loi portant sur la réforme du droit de la famille en matière de filiation et modifiant le Code civil du Québec en matière de droits de la personnalité et d'état civil* (ci-après, le projet de loi) ne vise pas une réforme complète, mais qu'il aborde plutôt quelques thèmes majeurs du droit de la famille. Nous comprenons qu'une réforme de l'ensemble du Livre de la famille du Code civil puisse constituer une tâche d'une ampleur imposante. Par contre, nous devons souligner les difficultés résultant d'un morcellement de cette réforme proposée par le législateur pour mener à terme cet important chantier législatif. En effet, il est difficile de bien identifier les impacts potentiels des modifications proposées par le projet de loi, sans avoir une vision complète des modifications qui seront apportées aux autres volets du droit de la famille dans un futur incertain.

De plus, le présent projet de loi traite de thèmes qui ont des ramifications importantes en droit de la personne tels que la filiation, la gestation pour autrui, le droit aux origines, la rédaction législative inclusive et les considérations autochtones. Cette interrelation des principes juridiques impose une réflexion en profondeur de la réforme entamée afin de circonscrire les enjeux juridiques qui pourraient avoir été négligés, oubliés ainsi que les potentiels effets juridiques non désirés des modifications proposées. Ces enjeux sont susceptibles d'avoir un impact négatif ou non recherché sur la population québécoise, particulièrement sur des groupes minoritaires ou personnes vulnérables de notre société que le droit de la famille cherche à protéger. Cette possibilité est susceptible de compromettre la protection du public et ce faisant, interpelle le Barreau du Québec dans la réalisation de sa mission en tant qu'ordre professionnel.

Malgré la proposition d'une réforme parcellaire, le Barreau salue l'objectif du projet de loi qui entame une modernisation du droit de la famille. Nous sommes heureux de pouvoir contribuer à la réflexion entourant cette réforme fort attendue. Ainsi, le présent mémoire présente des mesures visant à bonifier le projet de loi ou à attirer l'attention sur certains enjeux qui pourraient être difficiles d'application ou susceptibles de complexifier indûment le droit. À ce titre, le Barreau du Québec cherche à apporter un éclairage juridique sur les aspects particuliers du projet de loi discutés dans les prochaines sections.

Avant de ce faire, nous désirons souligner que le projet de loi n'aborde pas la question relative aux protections accordées aux conjoints de fait, question qui encore aujourd'hui continue d'avoir un impact important sur les familles québécoises et particulièrement sur leurs enfants. Nous croyons

que la présente réforme, qui porte le titre « les enfants d'abord » aurait constitué un excellent point de départ pour entamer une réflexion contemporaine à ce sujet. À défaut de ce faire, et à la lecture du projet de loi, il nous semble incertain que les mesures proposées soient suffisantes afin d'assurer à elles seules la protection des enfants, comme semble le prétendre le titre de la réforme présentée. En effet, l'insécurité financière, occasionnée par la rupture des conjoints de fait peut également faire en sorte que le bien-être des enfants est susceptible d'être compromis.

Dans la même veine, d'autres thèmes du droit de la famille en lien avec le titre susmentionné auraient pu faire l'objet de réflexion dans le cadre de la présente réforme. À ce chapitre, mentionnons l'arbitrage en matière familiale, la coordination parentale, la pluriparenté (plurifiliation), l'harmonisation entre le régime de l'autorité parentale et les amendements apportés à la *Loi sur le divorce*¹ et les droits, devoirs et obligations des beaux-parents, pour en nommer quelques-uns.

Enfin, compte tenu des courts délais pour étudier cet important projet de loi, nous nous réservons la possibilité de soumettre prochainement d'autres commentaires par écrit.

¹ L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.)

MODIFICATIONS SOUTENUES PAR LE BARREAU DU QUÉBEC

Plusieurs modifications apportées par le projet de loi reçoivent l'approbation du Barreau du Québec.

1.1 Filiation

Le projet de loi comprend des modifications intéressantes, qui témoignent de l'intention du législateur de vouloir moderniser le droit québécois de la famille en faveur, notamment des parents conjoints de fait².

À titre d'exemple, le projet de loi bonifie le soutien offert aux familles et enfants en cas de décès d'un parent et autres mesures, introduit la possibilité pour un conjoint de fait décédé pendant la grossesse de sa conjointe, d'être reconnu comme parent sans la nécessité d'obtenir un jugement du tribunal au même titre qu'un conjoint marié (art. 525 du Code civil), facilite l'accès au compte conjoint pour le parent survivant en cas du décès de l'autre parent (art. 346 du Code civil) et élargit la présomption de filiation aux conjoints de fait (art. 525 et 538.3 du Code civil).

Par ailleurs, le projet de loi prévoit également la modification de l'article 538.2(2) du Code civil afin de renforcer le projet parental avec assistance à la procréation³. De plus, nous saluons l'inclusion de l'insémination artisanale et de la relation sexuelle comme méthodes d'apport de matériel reproductif, sur lequel repose le projet parental nécessaire à l'établissement de la filiation⁴.

De manière plus spécifique, le projet de loi prévoit l'admissibilité universelle à l'aide juridique, notamment pour tous les enfants qui font l'objet d'une intervention en protection de la jeunesse et facilite le processus de retrouvailles pour une fratrie.

Nous accueillons favorablement ces nouveautés puisqu'elles répondent à diverses demandes ou suggestions du Barreau du Québec⁵.

1.1 Exemption des frais pour reprendre un nom traditionnel autochtone

Le projet de loi prévoit l'exemption, pour une période de cinq ans, du paiement des droits exigibles en vertu du Tarif applicable pour les personnes dont le nom a été changé dans le cadre de leur

² Nous soulignons au passage que le projet de loi ne définit pas cette expression. Ceci dit, nous assumons que le législateur se réfère à l'article 61.1 de la *Loi sur l'interprétation* R.L.R.Q. I-16.

³ Alors que l'article actuel permet au tiers qui a contribué au projet parental par relation sexuelle de réclamer la filiation dans l'année qui suit la naissance, et ce, peu importe l'intention initiale des parties, l'article modifié limite cette possibilité au tiers qui n'avait pas été informé au préalable de la nature de son apport (par relation sexuelle ou procréation artisanale). Évidemment les enjeux de preuve demeurent.

⁴ Nous soutenons la modification proposée, mais nous suggérons de revoir l'expression insémination artisanale. Le législateur pourrait utiliser procréation médicalement assistée, procréation assistée et insémination par relation sexuelle. L'Ontario et la Saskatchewan permettent aussi cette forme de contribution, mais exigent le consentement écrit du contributeur avant la conception de l'enfant. Voir art. 7(4) *Loi portant sur la réforme du droit de l'enfance*, L.R.O. 1990, chap. C.12 et 55(1) *Children's Law Act*, S.S. 2020, c. 2).

⁵ Voir notamment notre [mémoire présenté lors de la Commission Laurent](#) ou encore notre [mémoire dans le cadre des consultations particulières sur le projet de loi 113](#).

passage dans un pensionnat autochtone ou les descendants de ces personnes qui souhaitent reprendre un nom traditionnel autochtone (art. 261 du projet de loi).

Le Barreau accueille favorablement cette disposition qui répond à l'appel à l'action no. 17 du rapport de la Commission de vérité et réconciliation⁶.

Cependant, dans certaines traditions autochtones, le nom traditionnel peut constituer un nom unique. Or, le projet de loi prévoit que le nom est composé du nom de famille, des prénoms et du prénom usuel (article 4 du projet de loi). Le législateur pourrait à cet égard s'inspirer de l'Ontario qui prévoit la possibilité d'un nom unique en matière de noms traditionnels autochtones⁷.

MODIFICATIONS RELATIVES À LA FILIATION

1.2 Établissement de la filiation: des régimes distincts selon la réalité biologique des parents

Le projet de loi modifie le Code civil pour préciser les différentes manières d'établir la filiation, dont la preuve de filiation par la possession constante d'état.

La possession constante d'état est celle qui s'établit à défaut de donner naissance à l'enfant ou à défaut d'avoir établi le lien de filiation dans l'acte de naissance⁸. Cette procédure d'établissement de la filiation peut être intéressante pour les familles dans lesquelles un seul parent déclare sa filiation, alors qu'une deuxième personne, qui n'est pas un parent biologique de l'enfant, désire assumer des obligations parentales auprès de celui-ci.

Or, le projet de loi prévoit que l'établissement de la filiation par possession constante d'état doit débuter dès la naissance et s'échelonne sur une période minimale de 24 mois. Il prévoit également que la possession d'état constante ne peut être exercée par plusieurs personnes simultanément⁹. En clair, les nouveaux critères établis par le projet de loi impliquent que cette procédure d'établissement de la filiation ne peut être enclenchée qu'une seule fois du vivant de l'enfant.

En excluant la possibilité pour plus d'une personne d'emprunter de cette voie pour établir la filiation à l'endroit d'un enfant, le projet de loi semble donc exclure l'établissement d'une triparenté¹⁰.

Par ailleurs, nous nous sommes interrogés sur l'impact de ces modifications sur les modes d'établissement de la filiation, selon les différents modes de procréation de l'enfant (sans contribution d'un tiers, avec contribution d'un tiers et gestation pour autrui) et les distinctions qui

⁶ Commission de vérité et réconciliation du Canada, [Honorer la vérité, réconcilier pour l'avenir](#), 2015, p. 164.

⁷ Service Ontario, Changement de nom, en ligne : <https://www.ontario.ca/fr/page/changement-de-nom#section-7>

⁸ Art. 523 du Code civil.

⁹ Art. 524 du Code civil proposé.

¹⁰ Nouvel article 524 al 2 du Code civil proposé. Advenant que plusieurs personnes exercent la possession d'état constante auprès d'un enfant dont on désire établir la filiation, la personne qui a un lien biologique avec l'enfant qui est issu d'une procréation n'impliquant pas la contribution d'un tiers doit avoir préséance. Pour l'enfant issu d'une procréation impliquant la contribution d'un tiers, la personne ayant formé un projet parental avec le parent de l'enfant doit avoir préséance. Nouvel article 524.15 du Code civil proposé. Aussi, considérant la distinction qu'a fait le juge Kasirer dans *Droit de la famille – 191677*, entre « parenté » et « parentalité », nous croyons qu'il est préférable de parler de « triparenté ».

en découlent. Nous nous interrogeons également sur les fondements des règles établissant la filiation, proposées par le projet de loi, eu égard aux réalités biologiques des parents (par exemple: présomption en faveur du parent qui donne naissance à l'enfant).

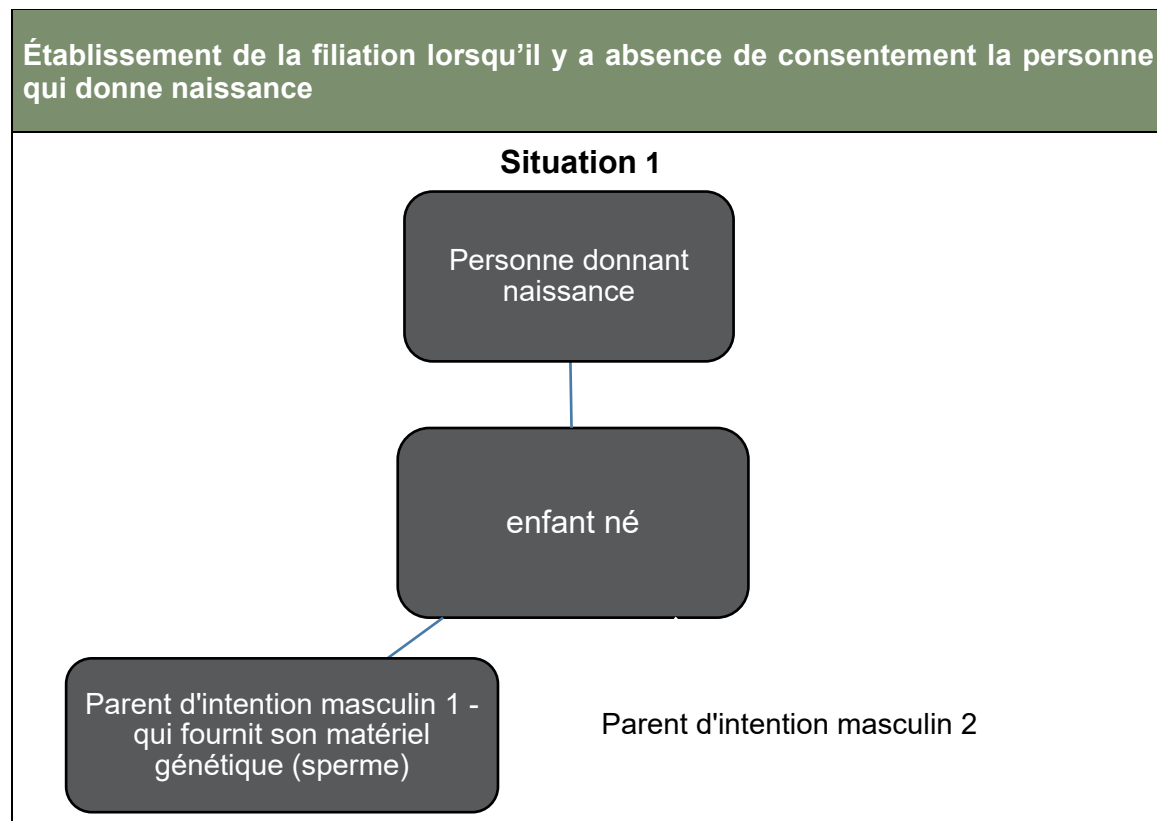
À titre d'exemple, la filiation des enfants issus d'un projet homoparental masculin, dans la mesure où aucun parent ne donne naissance à l'enfant, ne pourrait être établie par la possession constante d'état des deux parents. En d'autres mots, advenant un litige entre les deux parents d'intention et la personne qui portera l'enfant, les règles que le juge devra appliquer sont incertaines, puisque seulement un des deux parents d'intention pourra se prévaloir de la possession constatée d'état.

Un autre exemple est celui de l'article 114 du Code civil proposé qui prévoit que seule la personne qui donne naissance doit déclarer la filiation de l'enfant à son égard. Nous estimons que cette obligation devrait plutôt constituer un devoir au bénéfice de l'enfant, dans la mesure où l'intention du législateur est de lui permettre d'exercer son droit aux origines.

1.3 Cas pratiques

Les cas pratiques ci-dessous illustrent clairement un traitement inéquitable des parents d'intention selon leur réalité biologique:

Légende: Les parents qui se retrouvent dans un encadré peuvent établir une filiation.



Situation 2

Personne donnant
naissance

Enfant né

Parent d'intention
féminin 1

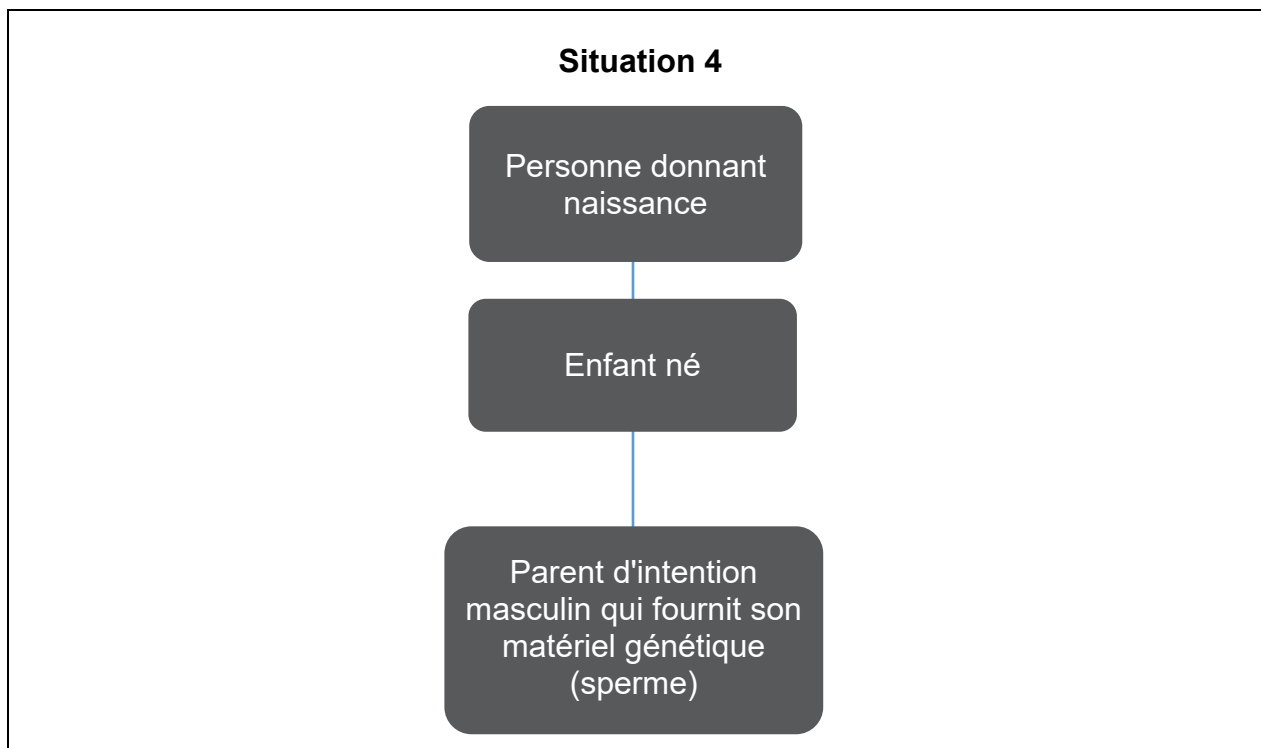
Parent d'intention
féminin 2

Situation 3

Personne donnant
naissance

Enfant né

Parent d'intention féminin qui
fournit son matériel génétique
(ovule)



Malheureusement, nous n'avons pas pu mener à terme notre réflexion relative au traitement inéquitable des parents d'intention selon leur réalité biologique en matière d'établissement de la filiation. Ce faisant, nous ne sommes actuellement pas en mesure de proposer une solution à ce sujet. Nous croyons toutefois qu'il est important de porter ces enjeux à l'attention du législateur.

Par ailleurs, le Barreau constate que le projet de loi ne définit pas l'expression « matériel reproductif » aux fins du régime d'établissement de la filiation des enfants issus d'une procréation impliquant la contribution d'un tiers, qui selon le sens commun peut, notamment, comprendre du matériel autre que du matériel génétique (exemple: l'utérus) et est susceptible de faire l'objet de débats judiciaires.

Finalement, le Barreau du Québec estime que la réflexion sur la notion de pluriparenté doit se poursuivre compte tenu de la mouvance des formes contemporaines des familles au Québec, notamment les nouvelles formes de familles issues des couples de parents de même sexe. À cet égard, nous pouvons bénéficier de l'expérience vécue par d'autres provinces comme la Colombie-Britannique et l'Ontario ou encore la Saskatchewan¹¹.

¹¹ Voir annexe I – Tableau sur la pluriparenté au Canada.

1.4 Définition de « l'enfant conçu, mais non encore né aux fins de la loi »

Art. 34.1 du Code civil proposé

34.1 Pour qu'un enfant soit considéré comme conçu, mais non encore né aux fins de la loi, la mère ou la personne qui donnera naissance doit être enceinte de cet enfant.

Le Code civil comprend cinq occurrences¹² de cette expression qui à notre connaissance, ne font pas l'objet de débats judiciaires quant à leur interprétation. Nous nous questionnons donc sur la nécessité d'inclure une telle définition dans le Code civil qui à notre avis, est susceptible de compromettre certains acquis juridiques en matière de droit de la personne¹³.

Plus particulièrement, la définition proposée crée une fiction juridique qui se distancie de la décision de la Cour suprême dans *Tremblay c. Daigle*¹⁴, qui a établi que seul « l'enfant né vivant et viable », c'est-à-dire « celui qui a une vie totalement indépendante de celle sa mère, peut avoir une personnalité juridique »¹⁵.

En premier lieu, le Barreau souligne que la nouvelle définition est intégrée dans le Deuxième Chapitre du Premier Livre du Code civil intitulé « Du respect des droits de l'enfant », lui-même inclus au Deuxième titre du même Code, qui s'intitule « De certains droits de la personnalité », ce qui nous semble pour le moins évocateur. Si la définition de « l'enfant conçu, mais non encore né » ne change pas le fait que seul l'enfant né vivant et viable est sujet de droit, la définition proposée vient concrétiser qu'il est, à tout le moins, objet de droit. En outre, ce statut repose exclusivement sur le fait que « la personne qui le porte est enceinte », impliquant *de facto* le corps de cette dernière et ultimement, des enjeux relatifs à la liberté de sa personne et de son intégrité physique¹⁶.

Nous nous inquiétons donc des impacts découlant de l'application d'une telle définition, *a fortiori* dans un contexte où celle-ci est introduite conjointement aux nouvelles règles applicables à la gestation pour autrui. Ainsi, une convention pourrait-elle avoir pour objet « l'enfant conçu, mais non encore né »¹⁷ et donc, imposer des obligations ou restrictions contraignantes à la personne qui est enceinte, et ce, contrairement à son droit à la liberté de sa personne.

¹² Cette définition a un impact sur la tutelle légale (192), la qualité pour succéder (617), la donation à un mineur (1814), la rente viagère (2373-2374) et la désignation de bénéficiaire d'une police d'assurance-vie (2447) du *Code civil du Québec*.

¹³ De surcroît, dans un contexte où le droit civil québécois énoncé dans le *Code civil du Québec* constitue la première source "contextuelle" à consulter dans l'interprétation de termes généraux employés dans la *Charte des droits et libertés de la personne*. Voir *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530.

¹⁴ *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530

¹⁵ Id.

¹⁶ Art. 1 de la *Charte des droits et libertés de la personne*

¹⁷ À cet égard, le projet de loi prévoit que la convention de gestation pour autrui ne peut avoir pour partie que la personne seule ou les conjoints ayant formé un projet parental et la femme ou la personne qui a accepté de donner naissance à un enfant, mais ne donne pas d'indications quant à l'objet de la convention elle-même (art. 541.3 proposé).

1.5 Cas pratique

Cas pratique

Alors que les parents d'intention (PI) établissent le contenu de la convention de gestation pour autrui avec la personne qui donnera naissance à l'enfant (NE), il est établi la clause suivante:

« Que (NE) doit agir dans le meilleur intérêt de l'enfant conçu, mais non encore né tout au long de sa grossesse.

(NE) ne pourra pas procéder à une interruption volontaire de sa grossesse, sauf sur recommandation d'un médecin. »

Le Barreau s'inquiète qu'une telle clause puisse être rédigée dans une convention de gestation pour autrui. Au surplus l'article 541.8 proposé est silencieux quant à la possibilité pour NE d'interrompre volontairement sa grossesse. Le libellé peut porter à confusion et limiter à son tour les décisions que (NE) peut prendre dans le cadre de la gestation pour autrui.

À titre d'exemple, le Code civil prévoit actuellement que l'enfant conçu, mais non encore né peut hériter dans la mesure où il naît vivant et viable¹⁸. En application de la définition proposée, la qualité d'hériter dépendrait du fait que la personne qui donne naissance soit enceinte. Or, la capacité d'hériter de l'embryon congelé pendant le mariage et implanté au décès du père a été soulevée par la Cour d'appel dans *Droit de la famille – 171644*¹⁹, sans toutefois y répondre. La nouvelle définition proposée aurait pour effet d'empêcher l'enfant né vivant et viable d'hériter, du simple fait qu'au moment où son père biologique l'a identifié comme héritier, sa mère n'était pas enceinte.

Finalement, les enjeux juridiques ci-haut exposés sont amplifiés par une réalité scientifique : quand est-on enceinte ? En effet, une femme ou une personne ne sera pas enceinte au même moment si la procréation a eu lieu par relation sexuelle, par insémination intra-utérine ou par fécondation *in vitro*. Au surplus, l'expression « être enceinte » fait-elle référence à la connaissance ou encore, à la réalité biologique du moment marquant le début de la grossesse?

Ces exemples montrent bien les enjeux soulevés par la définition proposée. Nous suggérons donc de la retirer du projet de loi.

MODIFICATIONS RELATIVES À L'AUTORITÉ PARENTALE

Le projet de loi prévoit plusieurs modifications qui ont un impact sur la notion de l'autorité parentale que l'on retrouve dans le Code civil, plus particulièrement sur son exercice et sur les décisions portant sur le retrait d'un de ses attributs ou la déchéance de celle-ci.

¹⁸ Art. 617 C.c.Q.

¹⁹ 2017 QCCA 1088.

1.6 La notion de *in loco parentis*

Le projet de loi prévoit la possibilité pour l'enfant de 10 ans et plus de donner son consentement à maintenir des relations personnelles avec des personnes avec lesquelles l'enfant a des liens significatifs (art. 611 du Code civil proposé), dont l'ex-conjoint(e) de l'un de ses parents.

Art. 611 du Code civil proposé

611. Des relations personnelles entre l'enfant et ses grands-parents ou entre l'enfant et l'ex-conjoint de son père ou de sa mère ou de son parent peuvent être maintenues dans la mesure où ces personnes sont significatives pour l'enfant, que le maintien de telles relations est dans son intérêt et que, s'il est âgé de 10 ans et plus, il y consent, à moins qu'il soit dans l'impossibilité de manifester sa volonté. Ces relations peuvent être maintenues par tout moyen approprié à la situation et il n'est pas requis que les personnes soient en présence physique l'une de l'autre.

Les modalités de leur maintien peuvent être convenues par écrit entre le père ou la mère ou le parent de l'enfant, à titre de tuteur, son tuteur, le cas échéant, ou l'enfant de 14 ans et plus et ses grands-parents ou l'ex-conjoint de son père ou de sa mère ou de son parent, selon le cas.

Si l'enfant de 10 ans et plus, mais de moins de 14 ans n'y consent pas ou en cas de désaccord entre les parties, le maintien des relations est déterminé par le tribunal.

Tout d'abord, nous nous questionnons sur le choix du législateur de fixer l'âge de l'enfant à donner son consentement à maintenir des relations personnelles à 10 ans. À cet âge, l'expérience démontre que l'enfant vit souvent un conflit de loyauté à l'égard de sa parenté et que cela entraîne un choix difficile, voire, déchirant, notamment lorsqu'il existe de l'aliénation parentale. De plus, la jurisprudence établit généralement que c'est à l'âge de 12 ans que l'enfant peut manifester sa volonté²⁰. En conséquence, nous suggérons de revoir le libellé afin de permettre au tribunal d'exercer sa discrétion sur l'opportunité de consulter un enfant et ainsi prendre une décision dans son meilleur intérêt.

Par ailleurs, nous notons que le nouveau libellé est susceptible d'être interprété comme retirant des droits aux grands-parents puisque la présomption du maintien des liens, à moins de motifs graves, ne se retrouve plus à l'article proposé. Est-ce véritablement l'intention du législateur?

²⁰ Exemples de jurisprudence concernant la volonté de l'enfant âgé entre 8 à 12 ans considérée comme une composante de son intérêt, mais sans être un facteur déterminant : *Droit de la famille* - 172172, 2017 QCCA 1453, paragr. 4; *Droit de la famille* — 151179, 2015 QCCA 923, paragr. 4. Au même effet : *Droit de la famille* — 112970, 2011 QCCA 1752, paragr. 3, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 34544 (8 mars 2012); *Droit de la famille* — 07832, 2007 QCCA 548, paragr. 28. À l'inverse, exemples de jurisprudence concernant la volonté de l'enfant âgé de 12 ans et son caractère plus largement déterminant: *Droit de la famille* 07832, [2007] QCCA 548 (IJCAn), Rochon, Morissette et Bich, J.J.C.A.; *L.P. c. K.G.*, 2010 QCCA 2405, Marie-France Bich, J.J.C.A.; *Droit de la famille* 121147, 2012 QCCA 917, Rochette, Dutil et Kasirer, J.J.C.A.; *B.(D.) c. H.(J.M.)*, REJB 2003-47686 (C.A.), Proulx, Rayle et Rochon, J.J.C.A.

À notre avis, le projet de loi pourrait aller plus loin en intégrant dans le Code civil, un régime juridique assimilable à celui du *in loco parentis*, prévu à la *Loi sur le divorce*²¹.

Art. 2 de la Loi sur le divorce

2. [...]

(2) Est considéré comme enfant à charge au sens du paragraphe (1) l'enfant des deux époux ou ex-époux :

a) pour lequel ils tiennent lieu de parents; [...]

La théorie du *in loco parentis* repose sur la prémisse qu'une personne (le beau-parent) ne peut rompre unilatéralement les liens qui l'unissent à l'enfant pour lequel elle tient lieu de parent. Dès qu'il est établi que l'enfant doit être considéré, dans les faits, comme un enfant à charge, les obligations du beau-parent envers lui sont les mêmes que celles dont il serait tenu à l'égard d'un enfant issu du mariage, comme l'obligation alimentaire. Toutefois, le beau-parent ne fait pas que contracter des obligations. Il acquiert également un certain nombre de droits, tel le droit de demander éventuellement du temps parental. À l'inverse, la théorie du *in loco parentis* n'entraîne pas l'attribution d'une vocation successorale à l'enfant²².

À l'heure actuelle, le projet de loi prévoit uniquement une reconnaissance de liens significatifs entre l'enfant et une autre personne qui ne se voit pas conférer d'obligations juridiques envers l'enfant (par exemple, l'obligation de verser une pension alimentaire dans certaines circonstances), au même titre que les grands-parents, ce qui diffère du régime *in loco parentis* prévu par la loi fédérale et qui s'inscrit davantage dans une optique de protection de l'enfant.

Ainsi, dans un souci de cohérence avec le principe directeur du projet de loi posant les enfants au cœur de la réforme, nous recommandons d'imposer au beau-parent qui a agi *in loco parentis* à l'égard de l'enfant de son ex-conjoint, marié ou non, des obligations et des droits au profit de l'enfant à charge, à l'instar du régime prévu à cet effet, en application de la *Loi sur le divorce*²³.

Finalement, si le régime prévu par le nouvel article 611 proposé ne suffit pas pour faire valoir le meilleur intérêt de l'enfant en ce qui concerne le maintien de la relation avec son beau-parent qui a agi *in loco parentis*, nous sommes d'avis qu'il serait opportun d'élargir la portée de cette disposition à toute personne avec laquelle l'enfant pourrait avoir des liens significatifs. Ceci permettrait à d'autres personnes importantes pour l'enfant de bénéficier de droits de contact ou de communication avec l'enfant²⁴, ce qui, à notre avis, sert son meilleur intérêt.

²¹ L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.).

²² *Chartier c. Chartier*, [1999] 1 R.C.S. 242

²³ En sus de l'obligation alimentaire à l'endroit de l'enfant, nous recommandons de permettre au beau-parent de revendiquer la garde de l'enfant, aux mêmes conditions que celles qui s'appliquent au parent. Finalement, nous recommandons également de conférer à celui ou à celle qui se voit accorder la garde exclusive ou partagée de l'enfant en sa qualité de personne ayant agi *in loco parentis*, l'exercice de l'autorité parentale sur l'enfant, à moins que le tribunal ne décide du contraire à la lumière de l'intérêt de l'enfant.

²⁴ Sans toutefois avoir d'obligation alimentaire à son endroit.

1.7 La notion de « violence familiale » dans le Code civil

Le projet de loi modifie la définition de l'intérêt de l'enfant (art. 33 du Code civil) et le régime en matière d'autorité parentale (art. 597 et suivants du Code civil) actuellement prévus au Code civil pour prendre en considération la violence familiale, susceptible de mener à la déchéance de l'autorité parentale pour le parent violent. Or, le projet de loi ne définit pas la violence familiale²⁵.

Art. 33 du Code civil proposé

33. Les décisions concernant l'enfant doivent être prises dans son intérêt et dans le respect de ses droits.

Sont pris en considération, outre les besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques de l'enfant, son âge, sa santé, son caractère, son milieu familial et y compris, le cas échéant, la présence de violence familiale, ainsi que les autres aspects de sa situation.

Art. 606 du Code civil proposé

606. La déchéance de l'autorité parentale peut être prononcée par le tribunal, à la demande de tout intéressé, à l'égard des parents, de l'un d'eux ou du tiers à qui elle aurait été attribuée, si des motifs graves et l'intérêt de l'enfant justifient une telle mesure, notamment en raison de la présence de violence familiale

Si la situation ne requiert pas l'application d'une telle mesure, mais requiert néanmoins une intervention, le tribunal peut plutôt prononcer le retrait d'un attribut de l'autorité parentale ou de son exercice. Il peut aussi être saisi directement d'une demande de retrait.

Ceci dit, l'inclusion d'un tel critère dans le Code civil permet d'harmoniser les décisions en matière de garde d'enfants issus de parents conjoints de fait²⁶ avec celles en matière de garde d'enfants issus de parents mariés, en application de la nouvelle *Loi sur le divorce*²⁷. Cependant, cette modification est susceptible de soulever des enjeux à plusieurs niveaux.

²⁵ Le terme violence familiale se retrouve également à l'article 38 al 2 par 2 c) *in fine* la *Loi sur la protection de la jeunesse* chapitre P-34.1.

²⁶ En application du Code civil.

²⁷ Qui prévoit que la *violence familiale* s'entend de toute conduite, constituant une infraction criminelle ou non, d'un membre de la famille envers un autre membre de la famille, qui est violente ou menaçante, qui dénote, par son aspect cumulatif, un comportement coercitif et dominant ou qui porte cet autre membre de la famille à craindre pour sa sécurité ou celle d'une autre personne — et du fait, pour un enfant, d'être exposé directement ou indirectement à une telle

1.7.1 Exercice de l'autorité parentale dans les cas de violence familiale

En effet, le projet de loi prévoit également que le parent doit avoir obtenu une attestation d'un fonctionnaire ou d'un officier public désigné par le ministre de la Justice qui, sur le vu de sa déclaration sous serment selon laquelle il existe une telle situation de violence familiale ou sexuelle et sur le vu d'autres éléments de faits ou de documents provenant de personnes en contact avec les personnes victimes et appuyant cette déclaration, considère que la demande est une mesure de nature à assurer la santé et la sécurité de l'enfant (art. 603.1 du Code civil proposé).

Art. 603.1 du Code civil proposé

603.1. Le père ou la mère ou le parent peut, sans l'accord de l'autre parent, en raison d'une situation de violence familiale ou sexuelle causée par ce dernier, requérir pour son enfant des services de santé ou des services sociaux, incluant des services de soutien psychosocial, reconnus par le ministre de la Justice.

À cette fin, le père ou la mère ou le parent doit avoir obtenu une attestation d'un fonctionnaire ou d'un officier public désigné par le ministre de la Justice qui, sur le vu de sa déclaration sous serment selon laquelle il existe une telle situation de violence familiale ou sexuelle et sur le vu d'autres éléments de faits ou de documents provenant de personnes en contact avec les personnes victimes et appuyant cette déclaration, considère que la demande est une mesure de nature à assurer la santé et la sécurité de l'enfant. Le fonctionnaire ou l'officier public doit agir avec célérité.

Nous nous interrogeons sur les objectifs poursuivis par cette modification et sur les moyens prévus pour sa mise en œuvre. Il est vrai qu'à l'heure actuelle, il existe des enjeux en ce qui concerne l'accès aux services psychosociaux dans le contexte de violence familiale. En effet, un psychologue ou un autre thérapeute ne peut dispenser des services à un enfant de moins de 14 ans sans le consentement des deux parents²⁸ ou une autorisation de la Cour²⁹. Or, dans les situations de violence familiale, le parent accusé de violence peut refuser que les enfants voient un thérapeute, de peur que les verbalisations de l'enfant se retournent contre ce parent, notamment dans le cas d'une procédure judiciaire. C'est pourquoi, nous nous interrogeons sur la solution choisie par le législateur pour pallier ce problème important, mais pour le moins spécifique.

En effet, le Code civil est rédigé afin d'énoncer des principes généraux du droit, sans s'attacher à prévoir toutes les conséquences susceptibles d'en découler. Sa rédaction générale englobe ainsi

conduite —, y compris : **a)** les mauvais traitements corporels, notamment l'isolement forcé, à l'exclusion de l'usage d'une force raisonnable pour se protéger ou protéger quelqu'un; **b)** les abus sexuels; **c)** les menaces de tuer quelqu'un ou de causer des lésions corporelles à quelqu'un; **d)** le harcèlement, y compris la traque; **e)** le défaut de fournir les choses nécessaires à l'existence; **f)** les mauvais traitements psychologiques; **g)** l'exploitation financière; **h)** les menaces de tuer ou de blesser un animal ou d'endommager un bien; **i)** le fait de tuer un animal, de causer des blessures à un animal ou d'endommager un bien. (*family violence*)

²⁸ Art. 14 du Code civil.

²⁹ Art. 16 du Code civil. Par ailleurs, l'article 604 du Code civil prévoit que le Tribunal statue sur les difficultés relatives à l'autorité parentale en cas de désaccord entre les parents.

le plus grand nombre de situations possible et laisse aux tribunaux le soin d'appliquer ses dispositions aux situations qui n'ont pas été prévues³⁰.

Au surplus, nous comprenons mal la procédure d'attestation unilatérale envisagée par le projet de loi permettant à un fonctionnaire ou officier public désigné par le ministre de la Justice de confirmer qu'il existe de la violence familiale. Qui seront les personnes désignées à titre de fonctionnaire ou d'officier public aux fins de cette disposition et quelle sera leur formation ? Quelle est la portée d'une telle attestation ? Peut-elle être utilisée dans d'autres instances (séparation ou protection de la jeunesse) ? Dans l'affirmative, quelle est la valeur probante d'une telle attestation dans le cadre de poursuites judiciaires, notamment lorsqu'elle est faite par un officier public ? Comment peut-elle être contestée ? À notre avis, il revient au tribunal de déterminer l'existence de violence familiale dans le contexte où l'exercice de l'autorité parentale est en jeu.

Dans ce contexte, nous suggérons que le Code civil s'en tienne à un énoncé général, permettant au juge de soustraire un ou des attributs de l'autorité parentale d'un parent, lorsqu'il constate de la violence familiale. L'ajout d'une mention de la violence familiale au deuxième alinéa de l'article 606, comme critère devant être pris en compte dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge, permettrait de remédier au problème relatif aux soins psychosociaux exposé ci-dessus, mais aussi, à d'autres enjeux qui pourraient survenir en lien avec l'exercice de l'autorité parentale dans un contexte de violence familiale.

C'est pourquoi, nous recommandons que cette disposition soit retirée du projet de loi et remplacée par l'ajout présenté plus haut, qui repose sur le pouvoir discrétionnaire du tribunal.

1.7.2 Notion de violence familiale : interactions avec la *Loi sur les foyers familiaux situés dans les réserves et les droits ou intérêts matrimoniaux*

La *Loi sur les foyers familiaux situés dans les réserves et les droits ou intérêts matrimoniaux* prévoit une définition de « violence familiale » en contexte d'émission d'ordonnances de protection d'urgence³¹ et applicables sur certains territoires des réserves.

Ainsi, nous nous interrogeons sur les impacts de la reconnaissance de la « violence familiale » telle que définie par cette loi fédérale sur les dispositions prévues au projet de loi, particulièrement en lien avec la déchéance de l'autorité parentale prévue à l'article 128 du projet de loi. Il y aurait lieu de prévoir l'interaction entre les dispositions pertinentes de cette loi et l'introduction de la notion de « violence familiale » au Code civil. De plus, nous soulignons également que le Québec n'a pas encore procédé à la désignation du « juge désigné » pour l'application de cette partie de la loi³².

³⁰ Charlotte LEMIEUX, *Éléments d'interprétation en droit civil* (1994) 24 R.D.U.S., p. 232.

³¹ L.C. 2013, ch. 20, art.16 (9) et 22.

³² Id., art. 2 : « *juge désigné* Dans le cas d'une province, l'une ou l'autre des personnes ci-après que le lieutenant-gouverneur en conseil de la province autorise à agir à ce titre pour l'application de la présente loi : a) le juge de paix nommé par celui-ci; b) le juge du tribunal de la province; c) le juge du tribunal établi en application des lois de la province. (designated judge) ». À titre de référence, la solution en Colombie-Britannique a été de modifier les règles de pratiques en matière familiale, ce qui permet de faire des ordonnances sur tout sauf les mesures prévues aux articles 16-19 de la Loi (ordonnance de protection d'urgence). À notre connaissance, seulement le Nouveau Brunswick et l'IPE ont des juges désignés.

1.7.3 Cohabitation de décisions prises en matière familiale et en protection de la jeunesse

En permettant à la Cour supérieure de trancher les questions d'autorité parentale relativement à la présence de violence familiale, nous nous interrogeons sur la cohérence des décisions prises à l'endroit des enfants, selon que la violence soit constatée dans une optique de protection de l'enfance et de compromission de sa sécurité (en vertu de la *Loi sur la protection de la jeunesse*³³), ou encore dans une optique de droit familial (en application du Code civil).

D'autre part, nous nous interrogeons à savoir si l'introduction de la violence familiale comme critère menant à la déchéance de l'autorité parentale est susceptible d'avoir un impact sur la compétence de la Cour du Québec en cette matière³⁴. Dans les litiges où il y a compromission, celle-ci sera également amenée à se pencher sur la présence de violence familiale.

NOUVEAU RÉGIME DE GESTATION POUR AUTRUI

D'emblée, nous soulignons que la réflexion du Barreau du Québec lors de la lecture du projet de loi est guidée par plusieurs principes éthiques qui constituent la pierre angulaire de l'analyse et des recommandations qui suivent.

Ces principes sont notamment les suivants :

- La prohibition de la marchandisation de l'enfant, la vente d'enfant étant interdite;
- La prohibition de l'exploitation du corps de la femme et de sa commercialisation;
- L'intérêt de l'enfant et son statut juridique (tous les enfants sont égaux);
- La dignité de la personne;
- Le respect des droits des femmes au niveau international.

1.8 Le nouveau régime juridique de gestation pour autrui

Le projet de loi prévoit un nouveau régime juridique contractuel pour la gestation pour autrui. Dans le passé, le Barreau du Québec a soutenu une reconnaissance juridique de la gestation pour autrui en droit québécois et recommandait au législateur d'opter pour la voie conventionnelle, dans un souci de protection des parties et de prévisibilité juridique.

³³ Chapitre P-34.1.

³⁴ Art. 37. (3) du *Code de procédure civile*: lorsque la Cour du Québec est déjà saisie d'une demande en matière d'adoption ou de protection de la jeunesse, elle peut se prononcer sur les demandes qui y sont liées concernant la garde de l'enfant, son émancipation, l'exercice de l'autorité parentale, la tutelle supplétive ou celle demandée par le directeur de la protection de la jeunesse.)

1.8.1 La forme de la convention de gestation pour autrui

À cet égard, le projet de loi prévoit que la convention de gestation pour autrui doit être faite par acte notarié en minute entre la personne seule ou les conjoints ayant formé le projet parental et la personne qui a accepté de donner naissance à l'enfant (art. 541.11 du Code civil proposé).

Art. 541.11 du Code civil proposé

Une fois la rencontre d'information effectuée, une convention de gestation pour autrui doit être faite par acte notarié en minute entre la personne seule ou les conjoints ayant formé le projet parental et la femme ou la personne qui a accepté de donner naissance à l'enfant.

Cette convention est rédigée en français. Les parties peuvent être liées seulement par sa version dans une autre langue que le français si, après avoir pris connaissance de la version française, telle est leur volonté expresse. Le notaire doit obtenir de chacune des parties l'attestation reçue lors de la rencontre d'information; il en fait mention dans la convention.

La convention peut être modifiée avec le consentement de chacune des parties par acte notarié en minute.

À notre avis, la signature par toutes les parties impliquées de la convention de gestation pour autrui ne doit pas constituer un passage obligatoire à l'application du droit et des protections prévues par ce nouveau régime. Autrement, on risque d'empêcher une partie de la population, par exemple, celle qui ne procédera pas par une convention écrite, de bénéficier des protections qui sont prévues par le projet de loi.

Or, on peut présumer que justement, ce sont les personnes les plus vulnérables de la société qui, pour des questions financières notamment, refuseront d'officialiser le projet de gestation pour autrui par convention écrite³⁵, qu'il s'agisse de la personne qui donnera naissance à l'enfant ou encore des parents d'intention. À ce chapitre, nous tenons à souligner l'importance de se détacher de toute vision stéréotypée, notamment des parents d'intention, lorsque vient le temps de définir leurs droits dans le cadre d'une gestation pour autrui.

Par ailleurs, tout comme le législateur, nous sommes également d'avis que l'imposition d'une convention écrite peut constituer un gage important de la connaissance des droits et obligations des parties visées par une gestation pour autrui. Cependant, nous croyons que l'obtention de conseils prodigués par des conseillers juridiques indépendants pour chacune des parties à la convention contribue à la protection des personnes impliquées³⁶.

³⁵ L'expérience des autres provinces démontre que les gens ne respectent pas nécessairement les exigences de la loi. Voir *Re Family Law Act*, 2016 BCSC 598.

³⁶ À titre d'exemple, voir art 10(2)2. *Loi portant sur la réforme du droit de l'enfance*, L.R.O. 1990, chap. C.12 et art. 62(2)b) *Children's Law Act*, SS 2020, c 2.

Actuellement, le projet de loi n'exige pas une telle mesure et propose simplement que les parties fassent la convention ensemble, par acte notarié. Ce faisant, le projet de loi semble conclure à l'absence d'intérêts opposés potentiels des parties, du fait qu'elles partagent une intention commune de mener à terme le projet parental établi par les parents d'intention.

En assimilant ainsi les droits et intérêts de la personne qui donnera naissance à l'enfant à ceux des parents d'intention, le projet de loi escamote les besoins spécifiques de la personne qui donnera naissance à l'enfant, ce qui nous semble discutabile, particulièrement dans les cas où cette personne est susceptible de se retrouver dans une situation de vulnérabilité. Les principes de non-commercialisation du corps de la femme et de non-marchandisation de l'enfant doivent constituer les prérogatives principales du nouveau régime de gestation pour autrui et doivent être mis en œuvre de manière concrète dans le projet de loi.

De plus, le projet de loi prévoit que le consentement³⁷ de la personne qui donne naissance doit être donné par acte notarié en minute ou alternativement, par écrit devant deux témoins qui n'ont pas d'intérêt dans le projet de gestation pour autrui (art. 541.4 du Code civil proposé)³⁸.

Art. 541.4 du Code civil proposé

541.4. Pour que soit mené à terme le projet parental impliquant une gestation pour autrui, la femme ou la personne qui a accepté de donner naissance à l'enfant doit, après la naissance de celui-ci, consentir à ce que son lien de filiation à l'égard de l'enfant soit réputé n'avoir jamais existé et à ce qu'un lien de filiation soit établi à l'égard de la personne seule ou des deux conjoints ayant formé le projet parental.

Le consentement doit être donné par acte notarié en minute ou par écrit devant deux témoins qui n'ont pas d'intérêt dans le projet de gestation pour autrui. Il peut aussi être donné, par une déclaration judiciaire, dans le cadre d'une instance ayant trait à la filiation de l'enfant.

S'il est donné dans une autre langue que le français, il doit être accompagné d'une traduction vidimée au Québec. Un règlement du gouvernement détermine les autres éléments sur quoi ce consentement doit porter.

Nous comprenons mal l'intérêt de prévoir ces mesures alternatives à l'obtention du consentement, particulièrement dans la mesure où la première option est bien plus contraignante que l'autre, d'un point de vue de l'accès à la justice³⁹.

³⁷ Le consentement est donné à ce que son lien de filiation à l'égard de l'enfant soit réputé ne jamais avoir existé et à ce qu'un lien de filiation soit établi à l'égard de la personne seule ou des deux conjoints ayant formé le projet parental.

³⁸ Il peut aussi être donné, par une déclaration judiciaire, dans le cadre d'une instance ayant trait à la filiation de l'enfant.

³⁹ Le même commentaire s'applique au retrait de ce consentement, qui doit également se faire par avis notarié en vertu de l'article 541.8 du Code civil proposé ainsi que la délégation de l'autorité parentale aux parents d'intention au moment où l'enfant leur est confié, en vertu de l'article 541.13 par 2 du Code civil proposé.

À notre avis, la convention de gestation pour autrui devrait être un document émis par l'État qui détaillerait les droits et obligations⁴⁰ des parties à la gestation pour autrui c'est-à-dire, les parents d'intention et la personne qui donnera naissance à l'enfant⁴¹. En sus de la consultation psychosociale prévue au projet de loi (art. 541.10 du Code civil proposé), une consultation juridique indépendante pour chacune des parties devrait être requise par le projet de loi.

Afin de protéger le public, ce document émis par l'État devrait inclure des exemples de clauses qui sont contraires à l'ordre public ou non exécutoires. Par exemple, les restrictions sur l'autonomie de la femme ou sur la personne qui portera l'enfant (interdiction de voyager, interdiction d'avoir des relations sexuelles, exigences alimentaires disproportionnées, consentement anticipé, délégation du consentement pour fins médicales, clauses punitives, etc.).

Ceci dit, nous reconnaissons que les parties à la convention pourraient vouloir la personnaliser en y ajoutant des clauses pour répondre à certaines demandes raisonnables (par exemple: le fait de recevoir des photos de l'enfant ou encore de pouvoir communiquer avec la personne qui a donné naissance à l'enfant pour avoir de ses nouvelles). Dans la mesure où ces demandes s'inscrivent dans le respect des droits fondamentaux de celles-ci, nous n'y voyons *a priori*, pas d'enjeu juridique majeur.

Par ailleurs, la signature de la convention de gestation ainsi que le consentement quant au rejet de la filiation par la personne qui donne naissance à l'enfant devrait se faire devant deux témoins qui n'ont pas d'intérêt dans le projet de gestation. Dans tous les cas, bien que la convention écrite constitue une mesure de sauvegarde importante relativement à la protection des parties et de prévisibilité juridique, le nouveau régime juridique en matière de gestation pour autrui doit s'appliquer indépendamment de la signature de la convention. Il s'agit là de la meilleure option du point de vue de la protection du public et de l'accès à la justice.

Nous comprenons également que plusieurs éléments relativement au contenu de la convention⁴² et au consentement donné par la personne qui donnera naissance à l'enfant⁴³ seront prévus par règlement. Il s'agit d'éléments clés du régime de gestation pour autrui qui auraient eu intérêt à être prévus à même le projet de loi.

1.8.2 Le retrait du consentement de la personne qui donnera naissance à l'enfant

Le projet de loi prévoit que la personne qui a donné naissance doit donner son consentement à ce que son lien de filiation à l'égard de l'enfant soit réputé n'avoir jamais existé et à ce qu'un lien de filiation soit établi à l'égard des personnes ayant formé le projet parental entre le huitième et le trentième jour suivant la naissance (art. 541.14 du Code civil proposé).

⁴⁰ Prévus au *Code civil du Québec* et à la *Charte des droits et libertés de la personne*.

⁴¹ Le projet de loi prévoit à l'article 541.3 du Code civil proposé: « Une convention de gestation pour autrui ne peut avoir pour parties que la personne seule ou les conjoints ayant formé un projet parental et la femme ou la personne qui a accepté de donner naissance à un enfant. Elle doit avoir été conclue antérieurement à la grossesse de celle-ci ».

⁴² Art. 541.12 du Code civil proposé.

⁴³ Art. 541.1 du Code civil proposé.

Art. 541.14 du Code civil proposé

541.14. Le consentement de la femme ou de la personne qui a donné naissance à l'enfant à ce que son lien de filiation à l'égard de l'enfant soit réputé n'avoir jamais existé et à ce qu'un lien de filiation soit établi à l'égard de la personne seule ou des deux conjoints ayant formé le projet parental doit être donné au plus tard 30 jours à compter de la naissance de l'enfant, mais pas avant que 7 jours ne se soient écoulés depuis sa naissance.

Nous nous interrogeons sur l'impact du délai de 30 jours sur les attentes des parents d'intention, dont le projet parental précède la gestation pour autrui, de surcroît, dans un contexte où ils doivent signer une convention à cet effet⁴⁴.

Dans un tel contexte, les attentes des parents d'intention sont hautes et le délai de 30 jours peut sembler long pour ces derniers⁴⁵. Ceci est d'autant plus vrai puisque le projet de loi prévoit que le fait de confier l'enfant aux parents d'intention emporte la délégation de l'autorité parentale à leur endroit⁴⁶. De plus, nous soulignons que la déclaration de naissance de l'enfant par les parents doit être faite dans les 30 jours suivant la naissance⁴⁷.

Ce faisant, il serait raisonnable que le délai de retrait du consentement dans un contexte de gestation pour autrui soit revu à la baisse, pour l'arrimer avec le droit pertinent actuellement prévu dans le Code civil. À ce sujet, nous soumettons en annexe, les différentes règles au même effet, appliquées par les autres provinces.⁴⁸

Par ailleurs, nous constatons que le projet de loi prévoit le dépôt, dans un compte en fidéicommissé du notaire qui le reçoit, d'une somme d'argent permettant de garantir le montant convenu entre les parties de la convention pour le remboursement ou le paiement des frais ou l'indemnisation de la perte de revenus.

⁴⁴ Nous comprenons que ce délai est inspiré du délai de rétractation du consentement à l'adoption par le parent biologique prévu à l'art. 557 du Code civil.

⁴⁵ À cet égard, voir notre Annexe II- Tableau sur le retrait du consentement au Canada.

⁴⁶ Article 541.13 par 2 du Code civil proposé.

⁴⁷ La déclaration de naissance de l'enfant est faite au directeur de l'état civil, dans les 30 jours, par les père et mère ou par l'un d'eux. Art. 113 C.c.Q.

⁴⁸ Voir annexe II- Tableau sur le retrait du consentement au Canada.

Art. 541.12 du Code civil proposé

541.12. La convention prévoit le dépôt, dans un compte en fidéicommiss du notaire qui la reçoit, d'un montant permettant de garantir le montant convenu entre les parties dans la convention pour le remboursement ou le paiement des frais ou l'indemnisation de la perte de revenu, et ce, selon les conditions et les modalités prévues par règlement du gouvernement. Ce règlement peut prévoir les cas de dispense d'un tel dépôt.

La convention contient également les renseignements concernant le profil de la femme ou de la personne qui a accepté de donner naissance à l'enfant déterminés par règlement du gouvernement.

Un règlement du gouvernement détermine les autres éléments que doit ou ne doit pas contenir une telle convention et les modalités particulières qu'elle doit respecter.

Le non-respect des formalités auxquelles la convention de gestation pour autrui est assujettie n'emporte pas nécessairement la nullité de cette convention. Toutefois, en cas de non-respect de l'une ou de l'autre de ces formalités, seul l'établissement judiciaire de la filiation de l'enfant est possible.

Nous reconnaissons que la protection de ces sommes est effectivement assurée par leur conservation dans un tel compte, qui est détenu par les notaires, mais aussi par les avocats.

Ainsi, conformément au régime que nous proposons pour la convention de gestation pour autrui (nature de la convention, consentements, témoins, retraits de consentement, etc.), nous suggérons de modifier le projet de loi pour que l'obligation de dépôt des sommes afférentes à la gestation pour autrui puisse se faire par l'entremise d'un compte en fidéicommiss détenu par un avocat ou un notaire.

1.9 Remboursement des frais

L'article 541.2 du Code civil proposé par projet de loi prévoit que la gestation pour autrui doit être faite à titre gratuit sous réserve du droit au remboursement ou au paiement de certains frais déterminés par règlement du gouvernement et à l'indemnisation, le cas échéant, de la perte de revenu de travail.

Le Barreau s'est déjà prononcé sur ce sujet dans le cadre de l'édiction de la réglementation fédérale en cette matière⁴⁹. Nous avons alors été guidés par des principes éthiques et juridiques, dont la prohibition de la marchandisation de l'enfant et du corps de la femme.

⁴⁹ BARREAU DU QUÉBEC, [Mémoire du Barreau du Québec, Projet de réglementation en vertu de la Loi sur la procréation assistée](#), 14 décembre 2018, 12 p. Le *Règlement sur le remboursement relatif à la procréation assistée*, DORS /2019-193, a depuis été adopté et est entré en vigueur le 9 juin 2020.

Voici les principales recommandations que nous préconisons à cet égard :

- Nous sommes favorables à une réglementation la plus complète possible des frais pouvant être payés ou remboursés, et ce, dans un souci de clarté et de prévisibilité;
- L'indemnisation pour perte de revenu de travail doit être conforme à l'état du droit actuel, soit que l'indemnisation d'une personne n'implique pas que celle-ci doit s'enrichir, mais plutôt qu'elle soit compensée justement et équitablement pour ses pertes. Ainsi, dans l'éventualité où la personne qui donne naissance est indemnisée en partie, notamment par un régime gouvernemental, une indemnisation devrait être permise pour la portion de ses pertes non compensées par le régime;
- Toujours en conformité avec le principe d'indemnisation juste et équitable, les frais permis et l'indemnisation doivent couvrir la période antérieure à la grossesse, la grossesse et la période post-partum.

1.10 Personne donnant naissance domiciliée hors Québec et coexistence d'une réglementation fédérale

Le projet de loi prévoit également la prise en compte du droit de l'État où est domiciliée la personne qui donnera naissance lorsque cette dernière est domiciliée hors du Québec (art. 541.2 du Code civil proposé).

Art. 541.2 du Code civil proposé

541.2. La contribution au projet parental de la femme ou de la personne qui a accepté de donner naissance à un enfant doit être à titre gratuit, sous réserve du droit au remboursement ou au paiement de certains frais déterminés par règlement du gouvernement, et à l'indemnisation, le cas échéant, de la perte de revenu de travail occasionnée par cette contribution ainsi que lorsqu'elle est domiciliée hors du Québec, du droit applicable dans l'État de son domicile quant au remboursement ou au paiement de certains frais et à l'indemnisation de la perte de revenu de travail.

Le règlement du gouvernement prévoit les conditions et les modalités de remboursement ou de paiement des frais déterminées, ainsi que de l'indemnisation de la perte de revenu. Aucune réclamation des frais remboursés ou payés ou de l'indemnité versée à la femme ou à la personne qui a accepté de donner naissance à l'enfant ne peut lui être faite, et ce, peu importe s'il est mis fin au projet de gestation pour autrui, avant la naissance de l'enfant ou après celle-ci.

Avec le règlement fédéral en vigueur depuis le 9 juin 2020, nous soulignons la coexistence potentielle de plusieurs régimes d'encadrement des frais et d'indemnisation non seulement à l'international, mais à l'intérieur même du pays. Par souci de clarté et pour éviter la recherche de la juridiction la plus favorable à une partie ou l'autre, nous invitons le législateur à prendre en compte cette situation dans l'édiction de l'éventuelle réglementation québécoise.

MODIFICATIONS RELATIVES À L'ÉTAT DES PERSONNES ET L'ÉTAT CIVIL

1.11 Changement de mention du sexe

L'article 22 du projet de loi réintroduit l'exigence d'avoir subi des traitements médicaux et des interventions chirurgicales pour pouvoir obtenir un changement de mention du sexe, une exigence qui avait été retirée en 2015⁵⁰.

Le Barreau prend acte de l'intention du ministre de retirer cette exigence⁵¹.

Cependant, si cette exigence était maintenue, nous soumettons que l'état actuel du droit québécois en matière de changement de mention du sexe – soit que ce changement consiste en une procédure administrative sans aucune exigence d'avoir subi quelque traitement médical ou intervention chirurgicale que ce soit⁵² – est conforme au cadre juridique applicable tant en droit interne qu'en droit international⁵³.

Il appert également que la *Charte des droits et libertés de la personne*⁵⁴ garantit le droit à la reconnaissance et à l'exercice des droits et libertés de la personne, notamment du droit à la sûreté et à l'intégrité de sa personne⁵⁵ et du droit à la dignité⁵⁶, et ce, en pleine égalité et sans discrimination fondée sur le sexe ou l'expression ou l'identité de genre⁵⁷. Aussi, l'identité sexuelle d'une personne jouit d'une protection en vertu du droit à la sauvegarde de sa dignité⁵⁸ et du droit à la vie privée⁵⁹. L'exigence de prouver qu'on a subi des traitements médicaux et des interventions chirurgicales pour obtenir la reconnaissance légale de son identité sexuelle ne respecte donc pas ces droits fondamentaux.

⁵⁰ L.Q. 2013, c. 27, a. 3, entré en vigueur le 1^{er} octobre 2015.

⁵¹ <https://www.ledevoir.com/politique/quebec/646068/quebec-recule-sur-les-aspects-juges-transphobes-de-son-projet-de-loi-2>

⁵² *Code civil du Québec*, art. 71, al. 1 et 2.

⁵³ L'exigence imposée aux personnes mineures de fournir une lettre d'un professionnel soulève toutefois des préoccupations que nous traitons plus loin.

⁵⁴ RLRQ, c. C-12.

⁵⁵ *Id.*, art. 1.

⁵⁶ *Id.*, art. 4.

⁵⁷ *Id.*, art. 10.

⁵⁸ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec c. Maison des jeunes A*, [1998] R.J.Q. 2549 (TDPQ), par. 80, 116 et 117.

⁵⁹ *Charte*, précitée note 10, art. 5.

En matière de droit international, les *Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre*⁶⁰ rapportent l'état actuel du droit international en cette matière. En voici un extrait :

« L'orientation sexuelle et l'identité de genre définies par chacun personnellement font partie intégrante de sa personnalité et sont l'un des aspects les plus fondamentaux de l'autodétermination, de la dignité et de la liberté. Personne ne sera forcé de subir des procédures médicales, y compris la chirurgie de réassignation de sexe, la stérilisation ou la thérapie hormonale, comme condition à la reconnaissance légale de son identité de genre. »⁶¹.

En somme, nous sommes d'avis que le maintien du statu quo, soit le changement de la mention du sexe par voie administrative sans exigence de traitements médicaux, est l'avenue à préconiser pour le respect des droits fondamentaux.

1.12 Ajout d'une mention d'identité de genre

Le projet de loi introduit la possibilité de l'ajout à l'acte de naissance d'une mention d'identité de genre masculine, féminine ou non binaire représentée par les symboles littéraux « M », « F » ou « X » (art. 41 et 253 du projet de loi). Le nouvel article 140.3 du Code civil proposé prévoit aussi pour la personne non binaire la possibilité d'être désignée comme « parent » sur l'acte de naissance de son enfant. La mention d'identité de genre, le cas échéant, est substituée à la mention de sexe sur le certificat d'état civil (art. 43 du projet de loi). Enfin, le Directeur de l'état civil peut émettre des actes de naissance, de mariage, d'union civile ou de décès portant les seules mentions déterminées par règlement du gouvernement, soit, selon notre compréhension, des actes qui omettent la mention de sexe ou d'identité de genre (art. 43, al. 2 du projet de loi)⁶².

Le Barreau salue ces nouveautés qui viennent parachever le cadre juridique en matière d'identité de genre avec la reconnaissance des personnes qui s'identifient non binaire sur la base du principe d'autodétermination ainsi que le respect du droit à la vie privée à l'égard de cette identité.

Ces ajouts sont également conformes au droit international qui préconise que l'État soit tenu de respecter pleinement et de reconnaître légalement l'identité de genre telle que chacun l'a définie pour soi-même et que les procédures pour ce faire soient efficaces, équitables et non discriminatoires, et qu'elles respectent la dignité et la vie privée⁶³.

⁶⁰ COMMISSION INTERNATIONALE DE JURISTES ET SERVICE INTERNATIONAL POUR LES DROITS DE L'HOMME, *Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre*, 2007, en ligne : http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_fr.pdf.

⁶¹ Id., p. 12. Voir également BARREAU DU QUÉBEC, *Projet de Règlement modifiant le règlement relatif au changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, 6 mai 2015.

⁶² Cette pratique serait déjà en cours suite à un engagement du directeur de l'état civil de délivrer, sur demande, des certificats d'état civil qui ne contiennent pas de mention du sexe. Voir *Centre for Gender Advocacy c. Attorney General of Quebec*, 2021 QCCS 191, par. 344.

⁶³ COMMISSION INTERNATIONALE DE JURISTES ET SERVICE INTERNATIONAL POUR LES DROITS DE L'HOMME, *Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre*, 2007, en ligne : http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_fr.pdf.

Toutefois, le choix d'ajouter une identité de genre en sus de la mention du sexe soulève des préoccupations.

En effet, depuis 2015, le changement de la mention du sexe n'exigeant plus de preuve d'avoir subi des traitements médicaux et des interventions chirurgicales, la notion d'identité de genre a *de facto* été intégrée au concept de mention du sexe, qui n'est donc plus basée sur la seule réalité biologique.

En permettant aux personnes de modifier leur mention du sexe sans nécessairement modifier leur sexe biologique, l'état du droit actuel est à l'effet que la mention du sexe inclut non seulement le sexe biologique tel que déclaré à la naissance, mais également l'identité de genre d'une personne qui peut se développer au cours de la vie:

«L'identité de genre est comprise comme faisant référence à l'expérience intime et personnelle de son genre profondément vécue par chacun, qu'elle corresponde ou non au sexe assigné à la naissance, y compris la conscience personnelle du corps (qui peut impliquer, si consentie librement, une modification de l'apparence ou des fonctions corporelles par des moyens médicaux, chirurgicaux ou autres) et d'autres expressions du genre, y compris l'habillement, le discours et les manières de se conduire. »⁶⁴

Voici donc les cas de figure prévus au projet de loi :

Mention du sexe à la naissance	Mention du sexe subséquente*	Mention d'identité de genre qui peut être ajoutée au cours de la vie
F	M	F, M ou X
M	F	F, M ou X
Indéterminé	F ou M	F ou M (peut être attribué dès la naissance)

*Sous réserve de l'exigence d'avoir subi des traitements médicaux et des interventions chirurgicales.

Ainsi, l'ajout d'une mention d'identité de genre distincte de la mention du sexe apparaît non seulement superflu, mais risque également de compromettre le respect de la vie privée des personnes non binaires ou des personnes trans qui ne souhaitent pas subir d'interventions chirurgicales et qui n'auraient d'autre choix que de demander l'ajout d'une mention d'identité de genre puisque la « mention du sexe » ne leur offre pas d'options qui reflètent adéquatement leur identité de genre. Pour éviter ces conséquences et pour respecter le concept juridique de « mention du sexe », nous préconisons ainsi d'ajouter l'identité de genre non binaire à même la mention du sexe⁶⁵.

⁶⁴ Id., p. 6.

⁶⁵ Ainsi que la mention « intersexuée » sous réserve de nos commentaires ci-après.

Cette situation a par ailleurs déjà cours dans le cadre du passeport canadien alors que l'identifiant de genre « X » peut être indiqué sous le champ « sexe »⁶⁶.

Enfin, conformément au droit à la vie privée, il doit être possible pour une personne d'obtenir un certificat d'état civil avec les seules mentions désirées. Par exemple, une personne qui a obtenu un changement de mention du sexe et qui ne souhaite pas que la mention du sexe originale n'apparaisse sur un certificat d'état civil doit pouvoir obtenir un certificat avec la seule mention du sexe la plus récente ou aucune mention du sexe⁶⁷.

Nous préconisons plutôt que le projet de loi reflète les cas de figure suivants:

Mention du sexe à la naissance	Mention du sexe subséquente
F (féminin)	F, M ou X (non binaire)
M (masculin)	F, M ou X
Indéterminé Ou Intersexué*	F, M ou X ou Intersexué ⁶⁸

*Sous réserve des connaissances scientifiques quant à l'existence du sexe « intersexué » au plan biologique et au plan psychosocial.

1.12.1 Mention de « parents » sur l'acte de naissance de l'enfant

L'article 140.3 du projet de loi prévoit la possibilité pour un mineur de 14 ans et plus de s'opposer à la modification sur son acte de naissance de la mention « père » ou « mère » de son parent qui a obtenu l'ajout d'une identité de genre. En cas d'opposition, la désignation à titre de « parent » est attribuée.

Cette possibilité d'opposition est plutôt inusitée considérant que la mention du sexe, incluant l'identité de genre, est en principe un attribut de la personnalité juridique qui appartient à la personne – soit le parent dans l'exemple – et non à son enfant. Nous présumons que l'objectif

⁶⁶ <https://www.canada.ca/fr/immigration-refugies-citoyennete/services/passeports-canadiens/changer-sexe.html>

⁶⁷ Le troisième alinéa de l'article 43 du projet de loi prévoit que toute modification apportée à l'acte de naissance sera indiquée au certificat d'état civil. Le deuxième alinéa de ce même article prévoit que le directeur de l'état civil peut délivrer des certificats de naissance, de mariage, d'union civile ou de décès portant les seules mentions déterminées par règlement du gouvernement. Le projet de loi ne prévoit toutefois pas si l'omission d'une mention du sexe pourra être reflétée sur d'autres documents émis par l'État, telle que la carte d'assurance-maladie.

⁶⁸ « Les personnes intersexuées sont celles dont les caractéristiques physiques ou biologiques, telles que l'anatomie sexuelle, les organes génitaux, le fonctionnement hormonal ou le modèle chromosomique, ne correspondent pas aux définitions classiques de la masculinité et de la féminité. Ces caractéristiques peuvent se manifester à la naissance ou plus tard dans la vie, souvent à la puberté. L'intersexualité ne détermine ni l'orientation sexuelle ni l'identité de genre. *Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme* <https://www.unfe.org/fr/definitions/>. Voir également *Centre for Gender Advocacy c. Attorney General of Quebec*, 2021 QCCS 191, par. 6.

poursuivi est de permettre à l'enfant de ne pas dévoiler l'identité de genre de son parent sur son acte de naissance, pour éviter de subir de la transphobie.

Or, selon notre compréhension, l'enfant pourrait obtenir un certificat d'état civil qui omet la mention de ses parents, père ou mère (art. 43, al. 2 du projet de loi), ce qui pourrait permettre de rencontrer l'objectif visé tout en respectant la désignation « père » ou « mère » obtenue suite à l'ajout d'identité de genre ou, selon l'option que nous préconisons, suite à un changement de mention du sexe⁶⁹.

1.12.2 Mention du sexe « indéterminé »

Le projet de loi introduit la mention du sexe « indéterminé » lorsque le sexe de l'enfant ne peut être déterminé (art. 23, 30, 33, 247 et 261 du projet de loi). Une telle mention doit être changée « dès qu'il est possible de déterminer son sexe ». Un tel changement doit être accompagné d'un certificat médical traitant confirmant la détermination du sexe de cette personne. Une mention d'identité de genre masculine ou féminine peut également être énoncée à la déclaration de naissance.

Rappelons que ces dispositions réfèrent aux personnes intersexuées :

« Les personnes intersexuées sont celles dont les caractéristiques physiques ou biologiques, telles que l'anatomie sexuelle, les organes génitaux, le fonctionnement hormonal ou le modèle chromosomique, ne correspondent pas aux définitions classiques de la masculinité et de la féminité. Ces caractéristiques peuvent se manifester à la naissance ou plus tard dans la vie, souvent à la puberté. L'intersexualité ne détermine ni l'orientation sexuelle ni l'identité de genre. »⁷⁰

Ces ajouts semblent répondre à un enjeu relatif à l'obligation de faire une déclaration de naissance au directeur de l'état civil dans les 30 jours suivant la naissance⁷¹. Une telle obligation ne tiendrait pas compte de la réalité des nouveau-nés intersexués⁷².

Pour pallier cet enjeu de délai qui peut créer de graves préjudices à l'enfant⁷³, le législateur choisit de créer une mention temporaire du sexe « indéterminé » associée ou non à une identité de genre masculine ou féminine. Tant la mention du sexe que celle d'identité de genre pourront être changées selon les dispositions prévues au projet de loi.

⁶⁹ Le projet de loi restreint la possibilité d'être désigné « parent » aux seules personnes qui obtiennent une mention d'identité de genre, soit en pratique les personnes trans ou non binaires.

⁷⁰ *Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme* <https://www.unfe.org/fr/definitions/>. Voir également *Centre for Gender Advocacy c. Attorney General of Quebec*, 2021 QCCS 191, par. 6.

⁷¹ *Code civil du Québec du Québec*, art. 113.

⁷² “Dr. Shuvo Ghosh explains that physicians are often unable to complete the testing required to determine the sex of an intersex baby within that timeframe. When a parent guesses at their child’s sex in order to meet the 30-day deadline but is wrong, they will inadvertently create a transgender child”. *Centre for Gender Advocacy c. Attorney General of Quebec*, 2021 QCCS 191, par. 153.

⁷³ “They assert that the obligation to designate a sex within 30 days of the child’s birth rushes parents’ decisions about whether their children should undergo surgery so that their genitalia will resemble a boy’s or a girl’s. Surgery can indirectly create a transgender child when, for example, it creates a male from someone who naturally develops a feminine identity.” *Centre for Gender Advocacy c. Attorney General of Quebec*, 2021 QCCS 191, par. 44.

Ces décisions étant vraisemblablement à être prises par les parents ou les tuteurs, nous nous référons aux articles 32 à 34 du Code civil qui consacrent le fait que toutes les décisions prises concernant un enfant doivent l'être dans son intérêt et en prenant en considération sa situation particulière.

En raison des contraintes de temps, il ne nous a pas été possible d'évaluer davantage l'adéquation de cette solution en regard des droits fondamentaux des personnes intersexuées. Si par exemple, le sexe intersexué est reconnu au plan médical et scientifique, les principes d'autodétermination et les droits fondamentaux énoncés plus haut militeraient en faveur de la reconnaissance légale de ce « sexe », soit dès la naissance soit à titre d'identité de genre à part entière. Ainsi, nous soulignons que la solution retenue peut être adéquate sous réserve de la reconnaissance factuelle d'un véritable sexe « intersexué » tant sur le plan biologique que sur le plan psychosocial et nous invitons le législateur à faire les vérifications à cet effet.

1.12.3 Ajout et changement d'une identité de genre pour une personne mineure

Le projet de loi introduit la possibilité pour une personne mineure d'obtenir l'ajout ou le changement d'une mention d'identité de genre (art. 23.1 et 23.2 du *Règlement relatif au changement de nom et d'autres qualités de l'état civil* proposés).

Art. 23.1 du Règlement relatif au changement de nom et d'autres qualités de l'état civil proposé

23.1. Si elle appuie une demande d'ajout d'une mention de l'identité de genre à son acte de naissance ou de changement de cette mention figurant à son acte de naissance faite par une personne âgée de 14 ans et plus, la déclaration sous serment du demandeur prévue à l'article 1 doit en outre attester:

- 1° que la mention de l'identité de genre qu'il demande est celle qui correspond le mieux au genre auquel il s'identifie
- 2° qu'il assume et a l'intention de continuer à assumer cette identité de genre;
- 3° qu'il comprend le sérieux de sa démarche;
- 4° que sa démarche est faite de façon volontaire et que son consentement est libre et éclairé.

Si elle appuie une demande faite par le tuteur pour un enfant mineur, cette déclaration sous serment du tuteur doit en outre attester:

- 1° que la mention de l'identité de genre qu'il demande pour l'enfant mineur est celle qui correspond le mieux au genre auquel cet enfant s'identifie; 2° que l'enfant mineur assume cette identité de genre;
- 3° qu'il comprend le sérieux de la démarche de l'enfant mineur;
- 4° que sa démarche pour l'enfant mineur est faite de façon volontaire et que son consentement est libre et éclairé.

Art. 23.2 du Règlement relatif au changement de nom et d'autres qualités de l'état civil proposé

23.2. La demande d'ajout d'une mention de l'identité de genre à l'acte de naissance d'une personne majeure ou de changement de cette mention figurant à l'acte de naissance d'une telle personne doit être accompagnée, outre les documents prévus à l'article 4, d'une déclaration sous serment d'une personne majeure qui atteste connaître le demandeur depuis au moins un an et qui confirme que le demandeur reconnaît le sérieux de sa demande.

La demande d'ajout d'une mention de l'identité de genre à l'acte de naissance d'un enfant mineur ou de changement de cette mention figurant à l'acte de naissance d'un tel enfant doit être accompagnée, outre les documents prévus à l'article 4, d'une lettre d'un médecin, d'un psychologue, d'un psychiatre, d'un sexologue ou d'un travailleur social autorisé à exercer au Canada ou dans l'État du domicile de l'enfant, qui déclare avoir évalué ou suivi l'enfant et qui est d'avis que l'ajout d'une telle mention ou le changement de cette mention est approprié.

Toutefois, tout comme le changement de mention du sexe, le projet de loi prévoit pour la personne mineure une exigence supplémentaire, soit l'obtention d'une lettre d'un médecin, d'un psychologue, d'un psychiatre, d'un sexologue ou d'un travailleur social qui déclare avoir évalué ou suivi l'enfant et qui est d'avis que l'ajout d'une telle mention ou le changement de cette mention est approprié. Cette exigence n'est pas prévue pour les demandes présentées par des personnes majeures.

Lors de l'introduction de cette exigence en 2016 pour le changement de mention du sexe par une personne mineure⁷⁴, le Barreau avait soulevé des préoccupations que nous reproduisons ici :

« Ce faisant, le législateur impose un soin à une personne qui, si elle veut entreprendre une démarche de changement de mention du sexe, devra s'y soumettre.

Or, pour plusieurs adolescents, cette exigence est susceptible d'être un frein à leur capacité d'entreprendre seuls de telles démarches, en raison notamment des difficultés d'accès à de tels professionnels (en région, par exemple), du coût d'une consultation privée, du temps d'attente dans le secteur public, etc.

Certes, le projet de loi affirme le droit des mineurs de plus de 14 ans d'entreprendre une démarche autonome, mais il impose des conditions pour ce faire qui risquent d'avoir l'effet contraire, soit une dépendance à leur milieu, notamment leurs tuteurs, afin d'exercer les droits que ce projet de loi leur reconnaît.

⁷⁴ Projet de loi no 103 intitulé *Loi visant à renforcer la lutte contre la transphobie et à améliorer notamment la situation des mineurs transgenres*.

[...]

Nous comprenons le caractère délicat d'une demande faite par un enfant mineur. Cela étant dit, nous nous interrogeons sur le bien-fondé de l'exigence de corroboration par un professionnel de la santé et surtout sur les raisons qui expliquent ce choix du législateur. »

La version actuelle de l'article 23.2 du [Règlement relatif au changement de nom et d'autres qualités de l'état civil](#)⁷⁵ a par ailleurs été déclarée invalide et inopérante pour les personnes âgées entre 14 et 17 ans⁷⁶.

Nous prenons acte de la décision du procureur général de porter cette conclusion du jugement en appel⁷⁷.

Cependant, nous réitérons nos préoccupations quant au bien-fondé de cette exigence tant pour le changement de mention du sexe que pour l'ajout ou le changement de la mention d'identité de genre par rapport à l'atteinte potentielle aux droits en jeu.

1.13 Collecte de la « mention de sexe » par les ordres professionnels

Le *Code des professions*⁷⁸ prévoit que les ordres professionnels sont tenus d'indiquer au tableau de l'Ordre la mention du sexe de leurs membres⁷⁹. Cette donnée a un caractère public, c'est-à-dire qu'elle peut être communiquée suite à une demande d'accès⁸⁰.

Avec l'introduction de la mention d'identité de genre prévue au projet de loi, il y aurait lieu de prévoir les modifications de concordance, incluant l'éventualité où un certificat d'état civil d'un membre ne contient aucune mention du sexe ou d'identité de genre et la gestion de cette donnée, le cas échéant, en lien avec son caractère public en vertu du *Code des professions*.

Mentionnons à ce sujet que le Barreau a pris l'initiative de colliger, depuis 2019, des données sur l'identité de genre de ses membres dans le cadre de ses actions de promotion de la diversité au sein de la profession.⁸¹

⁷⁵ RLRQ, c. CCQ, r 4.

⁷⁶ *Centre for Gender Advocacy c. Attorney General of Quebec*, 2021 QCCS 191, par. 341. Sur l'explication de la tranche d'âge 14 à 17 ans, le juge précise au paragraphe 283 : « De plus, l'article 23.2 s'applique à tous les mineurs, mais les demandeurs n'ont pas soulevé de préoccupations relativement à son effet sur les jeunes de moins de 14 ans. En l'absence d'une contestation constitutionnelle, sa validité envers eux est présumée. »

⁷⁷ <https://www.newswire.ca/fr/news-releases/identite-de-genre-le-procureur-general-du-quebec-reaagit-a-la-suite-d-un-jugement-de-la-cour-superieure-834397324.html>

⁷⁸ RLRQ, c. C-26.

⁷⁹ Id., art. 46.1 2°

⁸⁰ Id., art. 108.8 1°

⁸¹ En 2021, selon les données recueillies dans le cadre de questions volontaires contenues à la Déclaration annuelle des membres, 45 membres considéraient que leur identité de genre diffère de leur mention de sexe et s'identifiaient « X », « Non binaire », « Féminin », « Masculin » ou « Autres ». Ces données sont recueillies à des fins statistiques au soutien du développement d'actions de promotion de l'équité, la diversité et l'inclusion dans la profession. Voir BARREAU DU QUÉBEC, *Rapport annuel 2020-2021*, p. 18, en ligne : <https://www.barreau.qc.ca/media/2862/4-rapport-annuel-2020-2021.pdf> et BARREAU DU QUÉBEC, *Le droit des personnes LGBT en contexte de prestation de services*

1.14 Rédaction inclusive

Nous saluons l'intention louable visant à rendre plus inclusive la rédaction de plusieurs textes de loi, par exemple l'utilisation de l'expression « personne salariée » en remplacement de « le salarié ».

Nous encourageons le législateur à poursuivre le travail en matière de rédaction inclusive pour la prise en compte des différentes réalités de sexe et de genre et une meilleure représentation des femmes et des personnes non binaires dans les textes législatifs.

juridiques : ce qu'il faut savoir, 2021, en ligne : <https://www.barreau.qc.ca/fr/actualites/guides-brochures/droits-personnes-lgbt-prestation-services-juridiques/>

CONCLUSION

Le Barreau du Québec soutient que la réforme requiert une vision d'ensemble des modifications que le législateur a identifiées comme étant nécessaires afin de moderniser le droit de la famille. Ainsi, nous réitérons la nécessité de s'assurer que cette réforme en soit une non-partisane, qu'elle se détache des visions stéréotypées des familles non traditionnelles et qu'elle garantisse la protection égale de tous les enfants devant la loi. En outre, il faut éviter de légiférer en laissant des citoyens croire qu'ils ont été oubliés par cette réforme.

Le présent projet de loi constitue qu'une partie de la réforme et nous sommes d'avis qu'il est primordial de compléter rapidement la réforme entamée par ce projet de loi. Il est essentiel que cet important chantier législatif constitue non seulement une révision en profondeur du droit, mais surtout un véritable projet sociétal pour le Québec, ses familles et ses enfants.

ANNEXE I

Tableau sur la pluriparenté au Canada

Pluriparenté au Canada (plurifiliation)

Province	Loi	Texte	Notes
Colombie-Britannique	Art. 30 <i>Family Law Act</i> , SBC 2011 c 25	<p>Parentage if other arrangement</p> <p>Parentage if other arrangement</p> <p>30 (1) This section applies if there is a written agreement that</p> <ul style="list-style-type: none">(a) is made before a child is conceived through assisted reproduction,(b) is made between<ul style="list-style-type: none">(i) an intended parent or the intended parents and a potential birth mother who agrees to be a parent together with the intended parent or intended parents, or(ii) the potential birth mother, a person who is married to or in a marriage-like relationship with the potential birth mother, and a donor who agrees to be a parent together with the potential birth mother and a person married to or in a marriage-like relationship with the potential birth mother, and(c) provides that<ul style="list-style-type: none">(i) the potential birth mother will be the birth mother of a child conceived through assisted reproduction, and(ii) on the child's birth, the parties to the agreement will be the parents of the child. <p>(2) On the birth of a child born as a result of assisted reproduction in the circumstances described in subsection (1), the child's parents are the parties to the agreement.</p> <p>(3) If an agreement described in subsection (1) is made but, before a child is conceived, a party withdraws from the agreement or dies, the agreement is deemed to be revoked.</p>	<p>La Cour suprême de la Colombie-Britannique a aussi reconnu la pluriparenté dans un contexte de polyamour en utilisant sa compétence <i>parens patriae</i> dans <i>British Columbia Birth Registration No. 2018-XX-XX5815</i>, 2021 BCSC 767</p>

Province	Loi	Texte	Notes
Ontario	La loi prévoit deux scénarios, avec ou sans GPA Arts 9, 10, 11 <i>Réforme du droit de l'enfance (Loi portant)</i> , L.R.O. 1990, chap. C.12	<p>Parents visés par les conventions de filiation antérieures à la conception</p> <p>Définition 9 (1) La définition qui suit s'applique au présent article.</p> <p>« convention de filiation antérieure à la conception » Convention écrite entre deux parties ou plus selon laquelle elles conviennent d'être, ensemble, les parents d'un enfant qui n'est pas encore conçu.</p> <p>Application (2) Le présent article ne s'applique à l'égard d'une convention de filiation antérieure à la conception que si les conditions suivantes sont réunies :</p> <p>a) il n'y a pas plus de quatre parties à la convention;</p> <p>b) le parent de naissance d'intention n'est pas un substitut et est partie à la convention;</p> <p>c) si l'enfant doit être conçu par relation sexuelle, mais non par insémination par un donneur de sperme, la personne dont le sperme sera utilisé pour les besoins de la conception est partie à la convention;</p> <p>d) si l'enfant doit être conçu par procréation assistée ou par insémination par un donneur de sperme, le conjoint, le cas échéant, de la personne qui a l'intention d'être le parent de naissance est partie à la convention, sous réserve du paragraphe (3).</p> <p>Conjoint n'ayant pas l'intention d'être parent (3) L'alinéa (2) d) ne s'applique pas si, avant la conception de l'enfant, le conjoint du parent de naissance donne une confirmation écrite selon laquelle il ne consent pas à être parent de l'enfant et qu'il ne la retire pas.</p> <p>Reconnaissance de la filiation (4) À la naissance d'un enfant envisagé par une convention de filiation antérieure à la conception, conjointement avec chaque partie à la convention qui est parent de l'enfant aux termes de l'article 6 (parent de naissance), 7 (autre parent biologique) ou 8 (conjoint du parent de naissance), les autres parties à la convention sont parents de l'enfant et sont reconnus comme tels en droit.</p>	

Province	Loi	Texte	Notes
Ontario		<p>Gestation pour autrui : maximum de quatre parents d'intention</p> <p>Définitions</p> <p>10 (1) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article et à l'article 11.</p> <p>« convention de gestation pour autrui » Convention écrite entre un substitut et une ou plusieurs personnes à l'égard d'un enfant qui doit être porté par le substitut, prévoyant ce qui suit :</p> <p>a) le substitut convient de ne pas être parent de l'enfant;</p> <p>b) chacune des autres parties à la convention convient d'être parent de l'enfant. (« surrogacy agreement »)</p> <p>« parent d'intention » Partie à une convention de gestation pour autrui, à l'exclusion du substitut. (« intended parent »)</p> <p>Application</p> <p>(2) Le présent article ne s'applique que si les conditions suivantes sont réunies :</p> <p>1. Le substitut et une ou plusieurs personnes concluent une convention de gestation pour autrui avant la conception de l'enfant qui doit être porté par le substitut.</p> <p>2. Le substitut et le parent ou les parents d'intention reçoivent chacun un avis juridique indépendant avant de conclure la convention.</p> <p>3. Parmi les parties à la convention, on ne compte pas plus de quatre parents d'intention.</p> <p>4. L'enfant est conçu par procréation assistée.</p>	

Province	Loi	Texte	Notes
Ontario		<p>Reconnaissance de la filiation 3) Sous réserve du paragraphe (4), dès que le substitut donne au parent ou aux parents d'intention son consentement écrit à la cession de son droit à la filiation avec l'enfant :</p> <p>a) d'une part, l'enfant devient l'enfant de chaque parent d'intention, lequel devient parent de l'enfant et est reconnu comme tel en droit;</p> <p>b) d'autre part, l'enfant cesse d'être l'enfant du substitut, lequel cesse d'être parent de l'enfant.</p> <p>Restriction de délai (4) Le consentement mentionné au paragraphe (3) ne doit pas être donné avant que l'enfant ne soit âgé de sept jours.</p> <p>Droits et responsabilités parentaux (5) Sauf stipulation contraire de la convention de gestation pour autrui, le substitut et le parent ou les parents d'intention partagent les droits et responsabilités d'un parent à l'égard de l'enfant à compter de la naissance de l'enfant jusqu'à ce qu'il soit âgé de sept jours. Toutefois, après cette période, toute stipulation de la convention de gestation pour autrui touchant les droits et responsabilités parentaux est sans effet.</p> <p>Défaut de consentement (6) Toute partie à une convention de gestation pour autrui peut demander au tribunal, par voie de requête, de prononcer une déclaration de filiation à l'égard de l'enfant si le substitut ne donne pas le consentement mentionné au paragraphe (3) du fait que, selon le cas :</p> <p>a) il est décédé ou est par ailleurs incapable de donner le consentement;</p> <p>b) il ne peut être retrouvé à la suite d'efforts raisonnables déployés à cette fin;</p> <p>c) il refuse de donner le consentement.</p>	

Province	Loi	Texte	Notes
Ontario		<p>Déclaration (7) Si une requête est présentée en vertu du paragraphe (6), le tribunal peut :</p> <p>a) soit accorder la déclaration demandée;</p> <p>b) soit prononcer toute autre déclaration qu'il estime opportune à l'égard de la filiation d'un enfant né du substitut.</p> <p>Intérêt véritable de l'enfant (8) L'intérêt véritable de l'enfant est le critère prépondérant dont tient compte le tribunal lorsqu'il prononce une déclaration en vertu du paragraphe (7).</p> <p>Effet de la convention de gestation pour autrui (9) Toute convention de gestation pour autrui est inexécutoire en droit, mais peut être invoquée comme preuve de l'intention :</p> <p>a) d'un parent d'intention d'être parent d'un enfant envisagé par la convention;</p> <p>b) d'un substitut de ne pas être parent d'un enfant envisagé par la convention.</p> <p>Gestation pour autrui : plus de quatre parents d'intention 11 (1) Si les conditions énoncées au paragraphe 10 (2) sont remplies à part celle énoncée à la disposition 3 de ce paragraphe, toute partie à la convention de gestation pour autrui peut demander au tribunal, par voie de requête, de prononcer une déclaration de filiation à l'égard d'un enfant envisagé par la convention.</p> <p>Délai (2) Une requête visée au paragraphe (1) ne peut être présentée :</p> <p>a) d'une part, avant la naissance de l'enfant;</p> <p>b) d'autre part, après le premier anniversaire de naissance de l'enfant, sauf ordonnance contraire du tribunal.</p> <p>Droits et responsabilités parentaux (3) Sauf stipulation contraire de la convention de gestation pour autrui, le substitut et les parents d'intention partagent les droits et responsabilités d'un parent à l'égard de l'enfant à compter de la naissance de l'enfant jusqu'à ce que le tribunal prononce une déclaration de filiation à l'égard de l'enfant.</p>	

Province	Loi	Texte	Notes
Ontario		<p>Déclaration (4) Si une requête est présentée en vertu du paragraphe (1), le tribunal peut prononcer toute déclaration qu'il est habilité à prononcer en vertu de l'article 10 et, à cette fin, les paragraphes 10 (8) et (9) s'appliquent avec les adaptations nécessaires.</p> <p>Consentement postnatal du substitut (5) La déclaration qui désigne un ou plusieurs parents d'intention comme parent de l'enfant et qui établit que le substitut n'est pas parent de l'enfant ne doit pas être prononcée en vertu du paragraphe (4), à moins que, après la naissance de l'enfant, le substitut ne donne aux parents d'intention son consentement écrit à la cession de son droit à la filiation avec l'enfant.</p> <p>Dispense (6) Malgré le paragraphe (5), le tribunal peut dispenser du consentement exigé si l'une des situations visées au paragraphe 10 (6) s'applique.</p>	
Saskatchewan	s 61 <i>Children's Law Act, SS 2020, c 2</i> Une version française est également disponible : <i>Loi de 2020 sur le droit de l'enfance</i>	61(1) In this section, "parentage agreement" means a written agreement between 2 or more parties in which they establish, together, who will be the parents of a child yet to be conceived. (2) This section applies with respect to a parentage agreement only if: (a) there are not more than 4 parties to the agreement; and (b) the agreement meets the prescribed requirements for parentage agreements. (3) The intended birth parent who is not the surrogate must be a party to the parentage agreement. (4) A person must be a party to the parentage agreement if: (a) the person's sperm is to be used to conceive the child through sexual intercourse or assisted reproduction; and (b) the person intends to be a parent of the child. (5) The spouse, if any, of the intended birth parent mentioned in subsection (3) or of a person mentioned in subsection (4) must be a party to the parentage agreement and must indicate in the agreement whether the spouse consents to be a parent of the child. (6) If the spouse of the intended birth parent does not consent in the parentage agreement to be a parent of the child, the spouse is not recognized in law to be a parent of the child. (7) On the birth of a child contemplated by a parentage agreement, the parties to the parentage agreement who consent to be the parents of the child shall be recognized in law to be the parents of the child.	

À noter : L'Alberta semble limiter les parents à deux, à tout le moins en hypothèses de GPA: voir s 8.2(12)(b) *Family Law Act*, SA 2003 c F-4.5.

8.2(12) An application may not be made under this section if (a) the child has been adopted, or (b) the declaration sought would result in the child having more than 2 parents.

(voir vulgarisation ici : <https://open.alberta.ca/dataset/a71ec9af-075b-4bf8-a905-6f4d8d3aa0ec/resource/bc700bca-d6de-4001-9a4f-a6c3fb37a468/download/familylawactamendments.pdf>)

Autres sources :

- *AA v BB*, 2007 ONCA 2
 - Premier cas de reconnaissance judiciaire de pluriparenté, utilisation de la compétence *parens patriae*.
- *ML v JC*, 2017 ONSC 7179, paras 1-17, 66-110;
 - Difficile interaction entre la GPA et la pluriparenté lorsque l'intention initiale des parties a changé.
- *Cabianca v BC (Registrar General of Vital Statistics)*, 2019 BCSC 2010, paras 28-43;
 - Reconnaissance malgré le non-respect des exigences de la loi, grâce à une déclaration judiciaire sous s. 31 FLA (notamment).
- *C.C. (Re)*, 2018 NLSC 71
 - Déclaration judiciaire de pluriparent dans un contexte de pluriamour. Utilisation de la compétence générale *parens patriae* pour reconnaître le scénario alors que le régime en place ne prévoit rien.
- *Droit de la famille — 191677*, 2019 QCCA 1386 (CanLII)
 - Dans cette affaire, le juge Kasirer explique la distinction entre *parenté et parentalité* et indique que rien ne s'oppose à la reconnaissance juridique de cette seconde expression aux paragraphes 17 à 19.
- Fiona Kelly, "Multiple-Parent Families Under British Columbia's New Family Law Act: A Challenge to the Supremacy of the Nuclear Family or a Method by which to Preserve Biological Ties and Opposite-Sex Parenting" (2014) 47:2 UBC Law Review 565
 - Expose clairement les limites de la loi britanno-colombienne.

ANNEXE II

Tableau sur le retrait du consentement

Possibilité de retrait du consentement

Gestation pour autrui

Province	Jours	Loi	Texte	Notes
Colombie-Britannique	N/A	--		Non spécifié dans la loi ou les règlements. Rien sur la prise de décisions médicales.
Ontario	7	Art 10(4),(5) <i>réforme du droit de l'enfance</i> (Loi portant), L.R.O. 1990, chap. C.12	<p>Restriction de délai 10(4) Le consentement mentionné au paragraphe (3) ne doit pas être donné avant que l'enfant ne soit âgé de sept jours. 2016, chap. 23, par. 1 (1).</p> <p>Droits et responsabilités parentaux 10(5) Sauf stipulation contraire de la convention de gestation pour autrui, le substitut et le parent ou les parents d'intention partagent les droits et responsabilités d'un parent à l'égard de l'enfant à compter de la naissance de l'enfant jusqu'à ce qu'il soit âgé de sept jours. Toutefois, après cette période, toute stipulation de la convention de gestation pour autrui touchant les droits et responsabilités parentaux est sans effet. 2016, chap. 23, par. 1 (1).</p>	<p>Le délai de 7 jours s'aligne avec les articles sur les consentements liés à l'adoption (art. 137(2) <i>services à l'enfance et à la famille (Loi sur les)</i>, L.R.O. 1990, chap. C.11).</p> <p>La loi prévoit l'exercice conjoint des droits et responsabilités de 0-7 jours sauf si c'est prévu autrement dans la convention.</p> <p>P.S. : La version anglaise est plus facile à comprendre.</p>
Saskatchewan	3	Art 62(3)-(8)	<p>(3) Subject to subsection (4), on the surrogate providing to the intended parents consent in writing, in the prescribed form and manner, relinquishing the surrogate's entitlement to parentage of the child:</p> <p>(a) the child becomes the child of each intended parent and each intended parent becomes, and shall be recognized in law to be, a parent of the child; and</p> <p>(b) the child ceases to be the child of the surrogate and the surrogate ceases to be a parent of the child.</p> <p>(4) The consent mentioned in subsection (3) must not be provided before the child is 3 days old.</p>	<p>Cette loi est la plus récente et la plus détaillée.</p> <p>Dans l'intervalle 0-3 jours les parties partagent les pouvoirs et responsabilités. Après 3 jours, ce sont les parents d'intention. Par contre, les parties peuvent prévoir certaines autres choses dans la convention.</p>

Province	Jours	Loi	Texte	Notes
Saskatchewan	3	Art 62(3)-(8)	<p>(5) Unless the surrogacy agreement provides otherwise, the surrogate and the intended parents share the powers and responsibilities of a parent with respect to the child from the time of the child's birth until the child is 3 days old.</p> <p>(6) After the child is 3 days old, the intended parents share the powers and responsibilities of a parent with respect to the child, and any provision in a surrogacy agreement that provides otherwise is of no effect.</p> <p>(7) Subject to subsection (8), if the consent mentioned in subsection (3) is provided by the surrogate, the intended parents may apply to the court, in the prescribed form and manner, for a declaratory order recognizing the parentage of the child.</p> <p>(8) An application pursuant to subsection (7) may only be made: (a) after the child is born; and (b) before the child is 90 days old, unless the court extends the period for making the application.</p> <p>(9) If the consent mentioned in subsection (3) is not provided by the surrogate, any party to the surrogacy agreement may apply to the court for a declaratory order recognizing the parentage of the child.</p> <p>(10) If an application is made pursuant to subsection (9), the court may: (a) grant the declaratory order that is sought; or (b) make any other declaratory order respecting the parentage of the child as the court sees fit.</p> <p>(11) The paramount consideration by the court in making a declaratory order pursuant to subsection (10) shall be the best interests of the child.</p>	
Alberta				<p>La loi albertaine ne reconnaît pas la GPA par voie « administrative ». Les parties doivent obtenir une déclaration judiciaire après la naissance, dans les 30 jours.</p>