

L'invisibilité persistante des parents de même sexe en droit familial québécois

Robert Leckey

Volume 52, Number 3, 2023

Numéro spécial sur la réforme du droit de la famille

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1111681ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1111681ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (print)

2561-7087 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Leckey, R. (2023). L'invisibilité persistante des parents de même sexe en droit familial québécois. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 52(3), 657–684. <https://doi.org/10.7202/1111681ar>

Article abstract

Passed in 2022, Bill 2 amends the Civil Code of Québec, among other things, in order to better respect the fundamental rights of trans and non-binary persons. The words “or the parents” have been inserted in several places alongside the words “father and mother”. But Bill 2 did not correct a gap concerning the recognition of parents of the same sex – provided since 2002 in provisions regarding filiation and birth registration – in the Title on parental authority. Furthermore, Bill 2 repealed an explicit acknowledgement, in the Book on persons, of the possibility for a child to have two fathers or two mothers. Given the experience of LGBTQ+ communities and their sensitivity about visibility and appropriate recognition, the government should have acted more sensitively, in a more inclusive and respectful way. Instead of entrenching the formulation of “father and mother or the parents”, the legislative drafters could have used an alternative, more fitting wording, one more in keeping with the Civil Code’s drafting norms.

L'invisibilité persistante des parents de même sexe en droit familial québécois

par Robert LECKEY*

Adopté en 2022, le projet de loi n° 2 modifie le Code civil du Québec pour, entre autres, mieux respecter les droits fondamentaux des personnes trans et non binaires. L'expression « ou les parents » s'ajoute à plusieurs reprises à celle des « père et mère ». Or, le projet de loi no 2 ne corrige pas l'absence des couples de parents de même sexe du titre sur l'autorité parentale, bien que leur reconnaissance soit assurée depuis 2002 lorsqu'il est question de la filiation et de la déclaration de naissance. En outre, le projet de loi no 2 abroge une mention explicite, dans le Livre sur les personnes, de la possibilité qu'un enfant ait deux pères ou deux mères. Compte tenu de l'expérience des communautés lesbiennes, gaies, bisexuelles, trans, queer et autres (LGBTQ+) et de leur sensibilité concernant les enjeux de la visibilité et de la juste reconnaissance, le gouvernement aurait dû agir avec un meilleur doigté, de façon mieux inclusive et respectueuse. D'ailleurs, au lieu de consacrer la formule des « père et mère ou les parents », le législateur aurait pu retenir une solution de rechange plus appropriée et conforme aux normes rédactionnelles du Code civil.

Passed in 2022, Bill 2 amends the Civil Code of Québec, among other things, in order to better respect the fundamental rights of trans and non-binary persons. The words “or the parents” have been inserted in several places alongside the words “father and mother”. But Bill 2 did not correct a gap concerning the recognition of parents of the same sex – provided since 2002 in provisions regarding filiation and birth registration – in the Title on parental authority. Furthermore, Bill 2 repealed an explicit acknowledgement, in the Book on persons, of the possibility for a child to have two fathers or two mothers. Given the experience of LGBTQ+ communities and their sensitivity about visibility and appropriate recognition, the government should have acted

* Doyen et titulaire de la Chaire Samuel Gale, Faculté de droit, Université McGill. L'auteur remercie pour son aide à la recherche Aidan Carpio-Lanthier. Pour leurs précieux commentaires sur des versions antérieures du texte, il est redevable à Oscar Bisot, Léonie Bourdeau, Aidan Carpio-Lanthier, Michel Morin, Régine Tremblay et Suzanne Zaccour ainsi qu'aux évaluateurs anonymes de la Revue.

more sensitively, in a more inclusive and respectful way. Instead of entrenching the formulation of “father and mother or the parents”, the legislative drafters could have used an alternative, more fitting wording, one more in keeping with the Civil Code’s drafting norms.

Aprobado en 2022, el proyecto de ley n° 2 modifica el Código Civil de Quebec para, entre otras cosas, lograr un mayor respeto de los derechos fundamentales de las personas trans y no binarias. La expresión «o los padres» se añade en varias ocasiones a la de «padre y madre», sin embargo, el proyecto de ley n° 2 no remedia la ausencia de las parejas de padres del mismo sexo en el tema de la patria potestad, a pesar de que su reconocimiento está garantizado desde 2002 cuando se trata de filiación y registro de nacimientos. Asimismo, el proyecto de ley n° 2 deroga una referencia explícita, en el Libro de las personas, de la posibilidad de que un niño tenga dos padres o dos madres. Dada la experiencia de las comunidades de lesbianas, gais, bisexuales, trans, queer y otras (LGBTQ+) y su sensibilidad ante las cuestiones de visibilidad y reconocimiento justo, el gobierno debería haber actuado con más tacto, inclusión y respeto. Vale decir, en lugar de consagrar la fórmula de «padre y madre o los padres», el legislador podría haber optado por una alternativa más adecuada que se ajustara a las reglas de redacción del Código Civil.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	661
I. La reconnaissance incomplète des pères et des mères dès 2002	663
A) La filiation des pères et des mères	663
B) L'invisibilité dans le régime de l'autorité parentale	666
II. Les « père et mère ou les parents » dans la réforme de 2022	669
A) L'invisibilité aggravée des parents de même sexe	669
B) Des répercussions graves, mais évitable	676
Conclusion	683

Introduction

En juin 2022, le législateur apporte au *Code civil du Québec*¹ des modifications importantes, quoiqu’elles soient tardives, afin de respecter les droits fondamentaux des personnes trans et non binaires². Sans vouloir minimiser la portée de ce geste, notre texte suggère que le projet de loi n° 2 a aggravé la problématique d’invisibilité des parents de même sexe dans le Code civil. Cette invisibilité perdure principalement sous le titre du Livre sur la famille qui traite de l’autorité parentale³. Nous n’aborderons pas ici des formes parentales plus « radicales », dont la plurifiliation⁴, afin de nous concentrer sur celles que reconnaît le législateur depuis plus de vingt ans.

Notre argument se décline en deux parties. Les réformes de 2002⁵ – audacieuses, selon certains – ont ouvert la voie à l’inscription de deux parents de même sexe sur l’acte de naissance de leur enfant. Néanmoins, elles étaient incomplètes dans la mesure où elles conservaient inchangé le titre du Code civil concernant l’autorité parentale, qui référerait aux « père et mère » (partie I). Or, au lieu de corriger ces lacunes, le projet de loi n° 2 – qui visait, entre autres, à accorder aux parents non binaires et trans leur juste place au sein du Code civil – a davantage diminué la reconnaissance des parents de même sexe. Certes, l’ajout systématique du terme « parents » après les mentions des « père et mère » reconnaît la réalité des personnes non binaires sous le titre de l’autorité parentale. Toutefois, le Code civil ne fait toujours pas référence aux couples parentaux composés de deux pères ou de deux mères. De plus, la place accordée à ces derniers s’en trouve réduite en raison du retrait d’une phrase clé dans le Livre sur les personnes. En parallèle, le projet de loi n° 2 semble

1 RLRQ, c. CCQ-1991.

2 *Loi portant sur la réforme du droit de la famille en matière de filiation et modifiant le Code civil en matière de droits de la personnalité et d’état civil*, projet de loi n° 2 (étude détaillée – 1^{er} juin 2022), 2^e sess., 42^e légis. (Qc) (ci-après « projet de loi n° 2 »). Le projet de loi n° 2 fut partiellement sanctionné le 8 juin 2022 : *Loi portant sur la réforme du droit de la famille en matière de filiation et modifiant le Code civil en matière de droits de la personnalité et d’état civil*, L.Q. 2022, c. 22.

3 Art. 597-612 C.c.Q.

4 Présentation de Régine Tremblay au colloque : Régine TREMBLAY, « Plurifiliation et “multiple parentage” : réflexions de droit comparé », dans Andréanne MALACKET et Johanne G.-CLOUET (dir.), *Réforme du droit de la famille : quelles filiations et quels droits pour les enfants d’aujourd’hui?*, Sherbrooke, Université de Sherbrooke, 25 mai 2022.

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

conserver le privilège juridique et symbolique du couple hétéronormatif (partie II)⁶. Notre démonstration s'appuie principalement sur une analyse du Code civil et du projet de loi n° 2. Bien que la place du couple masculin ou féminin ait reçu peu d'attention durant le processus législatif qui a précédé l'adoption du projet de loi n° 2, quelques références aux débats et aux consultations à ce sujet compléteront notre analyse.

Relativisons nos propos. Le problème que pose l'invisibilité des parents de même sexe est moins juridique et pratique que symbolique. Compte tenu de l'intention législative, le Code civil doit s'interpréter afin d'éviter une lacune dans le droit concernant son application aux couples constitués de deux pères ou de deux mères. De plus, il se peut que, dans le quotidien d'un enfant, cette invisibilité importe moins que l'accès à un acte de naissance conforme à sa réalité familiale, permis par le Code civil dans le cas des parents de même sexe depuis 2002⁷. Il n'en demeure pas moins que le Code civil occupe une fonction symbolique de premier plan dans la société québécoise – et que les symboles importent, y compris lorsqu'il est question des droits à l'égalité et à la dignité des groupes qui ont longtemps été discriminés ou marginalisés. À notre avis, le Code civil se doit de reconnaître explicitement les couples de même sexe à égalité avec les couples de sexes différents. Sans cette reconnaissance, il érige en norme le couple hétéronormatif.

6 Parfois, il est question de la famille « bionormative » (voir : Charlotte WITT, « A Critique of the Bionormative Concept of the Family », dans Françoise BAYLIS et Carolyn MCLEOD (dir.), *Family-Making. Contemporary Ethical Challenges*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 49) ou de la « forme familiale sexuelle » (voir : Julie MCCANDLESS et Sally SHELDON, « The Human Fertilisation and Embryology Act (2008) and the Tenacity of the Sexual Family Form », (2010) 73-2 *Mod. L. Rev.* 175).

7 Pour une discussion de l'importance de pouvoir inscrire les parents de l'enfant sur son acte de naissance, voir : *M.D.R. v. Ontario (Deputy Registrar General)* (2006), 81 R.J.O. (3^e) 81, par. 150, 210, 214, 216-219 et 229 (C.S.J.) (ce jugement a déclaré inconstitutionnelle une partie du régime ontarien des statistiques de l'état civil en raison de l'incapacité de la conjointe d'une femme ayant donné naissance à leur enfant de se déclarer, elle aussi, en être la mère).

I. La reconnaissance incomplète des pères et des mères dès 2002

Suivant les réformes de 2002, les parents de même sexe ont fait leur entrée au sein des Livres sur les personnes et de la famille (section A). Or, le législateur a laissé inchangé le titre sur l'autorité parentale, qui continuait de ne faire référence qu'aux « père et mère » (section B).

A) La filiation des pères et des mères

À la suite de la réforme de 2002, l'article 115 du Code civil énonçait le contenu de la déclaration de naissance ainsi :

La déclaration de naissance énonce le nom attribué à l'enfant, son sexe, les lieu, date et heure de la naissance, le nom et le domicile des père et mère, de même que le lien de parenté du déclarant avec l'enfant. Lorsque les parents sont de même sexe, ils sont désignés comme les mères ou les pères de l'enfant, selon le cas.

A declaration of birth states the name assigned to the child, the sex and the place, date and time of birth of the child, the name and domicile of the father and of the mother, and the family relationship between the declarant and the child. Where the parents are of the same sex, they are designated as the mothers or fathers of the child, as the case may be.

Soulignons la retentissante dernière phrase de cette disposition : sans tambour ni trompette, le législateur déclarait qu'un enfant pouvait bel et bien avoir deux mères ou deux pères⁸. D'un point de vue technique, cette modification

8 Selon des auteurs distingués, des affirmations judiciaires antérieures, selon lesquelles le texte du Code civil n'excluait pas la possibilité qu'un enfant adoptif eût deux parents de même sexe (*Droit de la famille – 1704*, [1993] R.J.Q. 1 (C.A.); *Droit de la famille – 3444*, [2000] R.J.Q. 2533 (C.A.)), étaient mal fondées, puisque « la lettre du Code civil ne devait pas en contredire l'esprit » : Jean PINEAU et Marie PRATTE, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, n° 443, p. 716; voir aussi : Alain ROY, *Droit de l'adoption : adoption interne et internationale*, 2^e éd., coll. « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, p. 45, note 171, qualifiant la situation avant 2002 de « pour le moins ambiguë » et soulignant que « la plupart des observateurs s'appuyaient sur l'économie générale du Code civil pour défendre une conception hétéroparentale de la filiation ».

portait « uniquement sur l'hypothèse de la procréation assistée⁹ ». Elle pouvait toutefois « s'entendre comme une disposition définitionnelle donnant ancrage, dans l'ensemble de notre droit, à la filiation homosexuelle, ou à ce que l'on a appelé l'homoparentalité¹⁰ ». Le courage du législateur à l'époque a provoqué plusieurs inquiétudes, voire des regrets¹¹.

Cependant, le législateur a, du même coup, reconnu cette possibilité familiale d'une manière moins heureuse. Il s'est penché sur des situations rares où la loi attribuait différents droits et obligations aux pères et aux mères. Il se souciait ainsi de préciser, dans le cas de deux mères, laquelle porterait les attributs normalement propres au père et, dans le cas de deux pères, lequel porterait les attributs normalement propres à la mère. Le législateur a donc offert une réponse, applicable dans deux contextes. L'un était le cas de la procréation assistée¹², où le législateur n'envisageait que deux mères, vu la nullité absolue des conventions de gestation pour autrui¹³. L'autre était celui de l'adoption,

9 Benoît MOORE, « Les enfants du nouveau siècle (libres propos sur la réforme de la filiation) », dans S.F.C.B.Q., vol. 176, *Développements récents en droit familial 2002*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 75, à la p. 78. Voir aussi la suggestion selon laquelle l'inclusion de deux pères dans l'article 115 en constitue une « difficulté », puisque cette disposition « vise l'acte de naissance originaire, provenant directement de la déclaration de naissance » : Mireille D.-CASTELLI et Dominique GOUBAU, *Le droit de la famille au Québec*, 5^e éd., Saint-Nicolas, Les Presses de l'Université Laval, 2005, p. 243.

10 B. MOORE, préc., note 9. Selon cet auteur, alors professeur de droit, l'article 115 se répercutait ainsi sur le régime de l'adoption en faveur des adoptants de même sexe (*id.*, à la p. 82).

11 Voir par exemple : Renée JOYAL, « La filiation homoparentale, rupture symbolique et saut dans l'inconnu : quelques réflexions à la lumière de l'évolution récente du droit de la filiation », dans Pierre-Claude LAFOND et Brigitte LEFEBVRE (dir.), *L'union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21^e siècle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 307.

12 Art. 539.1 C.c.Q.

13 Art. 541 C.c.Q. Abrogée par le projet de loi n° 12 : *Loi portant sur la réforme du droit de la famille en matière de filiation et visant la protection des enfants nés à la suite d'une agression sexuelle et des personnes victimes de cette agression ainsi que les droits des mères porteuses et des enfants issus d'un projet de grossesse pour autrui*, L.Q. 2023, c. 13, art. 19, cette disposition s'est vue remplacer par un régime détaillé qui régleme la grossesse pour autrui. Voir : art. 541.1 à 541.37. Pour une analyse, voir : Stefanie CARSLY, « Reforming Quebec's Surrogacy Laws », (2023) 53-1 *R.G.D.* 5.

où les couples tant masculins que féminins lui étaient imaginables¹⁴. Dans ces deux cas, le législateur a tenu compte de la possibilité d'un lien génétique entre l'enfant et l'un des parents. C'est ainsi que, lorsqu'il est question de la procréation assistée, il est prévu que les attributs normalement propres à la mère seront rattachés à celle qui a donné naissance à l'enfant, alors que ceux qui sont normalement propres au père seront rattachés à l'autre¹⁵. Quant à l'adoption, il est prévu que, lorsqu'un parent « a un lien biologique avec l'enfant », il portera les attributs normalement propres au parent de la même mention de sexe que la sienne. L'autre parent, pour qui le lien de filiation naît de l'adoption, portera les attributs normalement propres au parent de l'autre sexe¹⁶. Lorsque l'adoption est le fondement des liens entre l'enfant et les deux parents, le jugement d'adoption est censé répartir les attributs normalement propres au père et à la mère¹⁷.

La répartition « sexuée¹⁸ », au cœur des réformes dont le but était de délier la filiation des rôles sexués, a rapidement été l'objet de critiques¹⁹. Pour le professeur Benoît Moore, qui en comprenait tout de même l'utilité juridique, bien qu'elle ait été limitée²⁰, cette façon de faire se révélait « inadéquate en ce que ces dispositions ont une apparence fondamentale alors que leur rôle est en

14 Art. 578.1 C.c.Q. Selon une lecture, la conservation de l'article 541 constitue une « différence de traitement » qui entrerait en conflit avec l'objectif législatif de l'époque de mettre les « couples homosexuels » [*sic*] sur un pied d'égalité par rapport aux « couples traditionnels » : Suzanne PHILIPS-NOOTENS et Carmen LAVALLÉE, « De l'état inaliénable à l'instrumentalisation : la filiation en question », dans Pierre-Claude LAFOND et Brigitte LEFEBVRE (dir.), *L'union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21e siècle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 337, à la p. 353; voir aussi : J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 8, n° 424, p. 683.

15 Art. 539.1 C.c.Q.

16 Art. 578.1 al. 1 C.c.Q.

17 Art. 578.1 al. 2 C.c.Q.

18 B. MOORE, préc., note 9, à la p. 85.

19 La version initiale du projet de loi n° 2 aurait supprimé les articles 539.1 et 578.1 C.c.Q. : projet de loi n° 2, préc., note 2.

20 Cet auteur observe que, s'il n'y avait plus de distinction entre les droits et obligations parentaux en droit familial, *stricto sensu*, « il y a encore des endroits dans la législation où il est fait référence à la mère ou au père. Il en va ainsi, par exemple, pour l'application de la vente en droit successoral ou encore pour le versement des prestations familiales » : B. MOORE, préc., note 9, à la p. 86.

fait anecdotique²¹ ». Plus sévèrement, le professeur Michel Morin a qualifié le texte législatif d'« éminemment critiquable », ajoutant que celui-ci « perpétu[ait] un stéréotype, celui voulant que les conjoints de même sexe jouent le rôle de “l’homme” ou de “la femme”²² ». Étant donné la volonté du législateur de reconnaître l'égalité des deux mères et des deux pères ainsi que la légitimité des liens de filiation fondés sur l'expression de l'intention parentale, il semblait inopportun – pour le dire poliment – d'introduire des distinctions basées sur la présence ou l'absence du lien génétique. L'enjeu de la juste reconnaissance de la conjointe de la mère qui donne naissance à l'enfant – parfois qualifiée de « seconde mère » ou de « l'autre mère » ou encore marginalisée davantage par différentes appellations – est particulièrement délicat²³.

En résumé, ces modifications ont permis une reconnaissance des couples parentaux masculins et féminins, quoiqu'elle soit inégale, au sein du droit civil québécois. Comme nous le verrons, ces modifications n'ont toutefois pas pallié le silence législatif ailleurs dans le Code civil.

B) L'invisibilité dans le régime de l'autorité parentale

En 2002, le législateur s'est abstenu d'apporter au titre de l'autorité parentale les changements qui s'imposaient alors²⁴. C'est ainsi qu'au lendemain des réformes le Code civil persistait à enjoindre chaque enfant à respecter seuls ses « père et mère » (« *father and mother* »)²⁵. Selon la lettre du Code civil, seuls les « père et mère » se voyaient, dès l'établissement de la filiation de

21 *Id.*

22 Michel MORIN, « La longue marche vers l'égalité des conjoints de même sexe », dans Pierre-Claude LAFOND et Brigitte LEFEBVRE (dir.), *L'union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21^e siècle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 63, à la p. 84.

23 Voir : Nancy D. POLIKOFF, « A Mother Should Not Have to Adopt Her Own Child: Parentage Laws for Children of Lesbian Couples in the Twenty-First Century », (2009) 5-2 *Stanford Journal of Civil Rights & Civil Liberties* 201; Fiona J. KELLY, *Transforming Law's Family: The Legal Recognition of Planned Lesbian Motherhood*, Vancouver, UBC Press, 2011.

24 Robert LECKEY, « “Where the Parents Are of the Same Sex”: Quebec's Reforms to Filiation », (2009) 23-1 *Int J Law Policy Family* 62, 69.

25 Art. 597 C.c.Q.

leur enfant, investis de l'autorité parentale à son égard²⁶. Le titre sur l'autorité parentale ne mentionnait ni deux pères ni deux mères, ces modèles familiaux se trouvant pourtant légitimés ailleurs par le législateur.

Dans le contexte de deux parents de même sexe, l'application du régime de l'autorité parentale soulève-t-elle une difficulté juridique? D'après certains, la règle d'interprétation selon laquelle « [l]e genre masculin comprend les deux sexes, à moins que le contexte n'indique le contraire²⁷ » entraîne l'inclusion des parents de même sexe dans les dispositions portant sur l'autorité parentale. Si cette règle pourrait nous conduire à comprendre le terme « père », dans l'expression « père et mère », comme incluant une femme, ce qu'elle nous invite à faire avec la mention de la « mère » dans le cas d'un second papa est pourtant moins clair. En outre, la règle voulant que « [l]e nombre singulier s'étend à plusieurs personnes ou à plusieurs choses de même espèce, chaque fois que le contexte se prête à cette extension²⁸ » pourrait venir à la rescousse, de sorte que le terme « père », au singulier, désignerait parfois deux pères, le terme « mère » ne renvoyant alors à rien (afin de ne pas dénoter trois parents, selon la lecture dominante de l'économie du Code civil).

Il n'est toutefois pas certain que ces règles interprétatives parviennent à relativiser l'image normative du couple parental bisexué qui se dégage de l'expression législative « père et mère ». Plusieurs percevront l'expression « père et mère » comme désignant un homme et une femme, chacun rattaché au même enfant par un lien de filiation – la cellule familiale idéale. Il paraît plus difficile d'y voir un énoncé neutre de termes qui s'interpréteront tantôt au pluriel tantôt au féminin, afin d'englober un éventail de situations familiales. Une comparaison avec les parents de sexes différents est éclairante : au XXI^e siècle, ces deux règles interprétatives peuvent-elles justifier qu'une mention du « père » au singulier se comprenne comme s'étendant à un père et à une mère, voire à une mère célibataire²⁹?

26 Art. 599 C.c.Q.; M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, préc., note 9, p. 301.

27 *Loi d'interprétation*, RLRQ, c. I-16, art. 53.

28 *Id.*, art. 54.

29 Tout en présentant cette règle, les auteurs de la doctrine observent que « ce n'est pas sans raison que l'on a pu critiquer un style de rédaction qui fait comme si les femmes n'existaient pas » : Pierre-André CÔTÉ et Mathieu DEVINAT, *Interprétation des lois*, 5^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2021, n° 290, p. 96. Par ailleurs, l'évolution du

Par ailleurs, on pourrait énoncer l'hypothèse selon laquelle, dès 2002, les articles 539.1 et 578.1 du Code civil suffisaient à reconnaître les couples de même sexe au sein du régime de l'autorité parentale. Cependant, cette idée ne nous convainc pas. D'une part, ces dispositions se limitent aux rares cas où les droits et obligations parentaux sont différenciés selon le sexe des parents. Elles n'ont donc aucune pertinence en matière d'autorité parentale, où l'égalisation des parents – notamment par le passage de la puissance paternelle à l'autorité parentale – a marqué un tournant majeur dans l'évolution du droit familial³⁰. D'autre part, ces dispositions n'osent pas suggérer – sagement, convenons-en – qu'une mère à qui sont attribués les droits et obligations normalement propres au père s'appellerait « père » ou qu'elle se sentirait visée par l'emploi de ce terme. De toute manière, le projet de loi n° 12 prévoit l'abrogation de ces dispositions³¹.

La base la plus solide pour étendre les références aux « père et mère » aux parents de même sexe pourrait être le respect de l'intention législative, à la lumière des modifications apportées à la filiation en 2002.

Tout en admettant, aux fins du débat, qu'il n'y a pas de lacune au sens juridique ou technique, nous y voyons là une grande omission sur le plan

régime de l'autorité parentale a procédé par un changement du statut de la mère, nommée explicitement en tant que telle. Ce nouveau statut a représenté un pas législatif important vers l'égalité formelle et réelle : J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 8, n° 512, p. 831. Si le législateur ne s'est pas contenté de miser sur le langage au masculin et au singulier afin d'octroyer à la mère la place qui lui revenait par rapport au père, peut-il le faire dans le cas de deux pères ou deux mères, aussi longtemps exclus de ces textes structurants?

30 *Loi modifiant le Code civil*, L.Q. 1977, c. 72; J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 8, n° 512, p. 831 et 832; pour un survol de l'évolution historique, voir : Édith DELEURY, Michèle RIVET et Jean-Marc NEAULT, « De la puissance paternelle à l'autorité parentale : une institution en voie de trouver sa vraie finalité », (1974) 15-4 *C. de D.* 779.

31 *Loi portant sur la réforme du droit de la famille en matière de filiation et visant la protection des enfants nés à la suite d'une agression sexuelle et des personnes victimes de cette agression ainsi que les droits des mères porteuses et des enfants issus d'un projet de grossesse pour autrui*, projet de loi n° 12 (sanctionné – 6 juin 2023), 1^{re} sess., 43^e légis. (Qc), art. 19 et 26 (ci-après « projet de loi n° 12 »). Selon l'article 86, paragraphe 4 du même projet de loi, ces articles entreront en vigueur « à la date fixée par le gouvernement ».

symbolique. Même à l'époque, il était déraisonnable de s'attendre que les parents de même sexe – ainsi que leurs enfants – se sentent nommés et reconnus par les dispositions concernant les « père et mère » et leur progéniture. Rappelons que l'objectif législatif d'alors était de mettre les familles des parents de même sexe sur un pied d'égalité avec celles des parents de sexes différents. N'ayant pas reconnu nommément les parents de même sexe sous le titre de l'autorité parentale, la réforme de 2002 s'est révélée incomplète.

Or, la gravité de cette omission n'a fait que s'exacerber au fur et à mesure que gagnait en ampleur le mouvement vers une langue française inclusive. En particulier, si l'emploi d'un langage inclusif envers les femmes s'impose³², pourquoi penserions-nous qu'une mention de « père et mère » reconnaîtrait de manière appropriée les couples de « père et père » ou de « mère et mère »?

II. Les « père et mère ou les parents » dans la réforme de 2022

Vingt ans plus tard, le projet de loi n° 2 enlève du Code civil une reconnaissance des couples de même sexe, et ne corrige pas leur invisibilité sous le titre sur l'autorité parentale (section A). Cette démarche législative a été maladroite, compte tenu de la sensibilité des communautés lesbiennes, gaies, bisexuelles, trans, queer et autres (LGBTQ+) aux enjeux de reconnaissance et d'invisibilité. De surcroît, le législateur disposait de solutions de rechange plus convenables (section B).

A) L'invisibilité aggravée des parents de même sexe

Le projet de loi n° 2 a conservé la vocation centrale de l'article 115 du Code civil : comme elle le faisait antérieurement, cette disposition continue à énoncer le contenu de la déclaration de naissance. Or, le projet de loi n° 2 a abrogé la phrase qui, durant vingt ans, avait légitimé la désignation des deux mères ou des deux pères d'un enfant, selon le cas. L'article 115 se lit désormais comme suit, avec les ajouts et les suppressions indiqués³³ :

32 Alexandra DUPUY, Michaël LESSARD et Suzanne ZACCOUR, *Grammaire pour un français inclusif*, Montréal, Éditions Somme toute, 2023.

33 Projet de loi n° 2, préc., note 2, art. 34 (l'italique et les ratures sont de nous).

La déclaration de naissance énonce le nom attribué à l'enfant, *son prénom usuel s'il a plusieurs prénoms*, son sexe, les lieu, date et heure de sa naissance, *ainsi que le nom et le domicile de ses père et mère ou de ses parents. Elle énonce également, de même que le lien de parenté du déclarant avec l'enfant. Le déclarant est alors désigné comme étant le père, la mère ou le parent selon la mention du sexe figurant à son acte de naissance ou, à son choix, comme étant le parent de l'enfant. Lorsque les parents sont de même sexe, ils sont désignés comme les mères ou les pères de l'enfant, selon le cas.*

A declaration of birth states the name assigned to the child, *the usual given name, where the child has more than one given name*, the sex, and the place, date and time of birth ~~of the child~~, and the name and domicile of the *child's* father and ~~of the mother or parents~~. *It also states the family relationship between the declarant and the child. The declarant is then designated as being the father, mother or parent according to the designation of sex appearing in the declarant's act of birth or, at the declarant's choice, as being the child's parent. Where the parents are of the same sex, they are designated as the mothers or fathers of the child, as the case may be* ³⁴.

Ces modifications méritent une évaluation nuancée. L'attention accordée au prénom usuel ne nous concerne pas. Le projet de loi n° 2 ajoute au père et à la mère une autre figure parentale, soit le « parent ». Selon le juge Gregory Moore, le législateur avait un devoir constitutionnel d'accorder une place aux parents trans et non binaires dans le Code civil³⁵. En raison de leur identité et de leur expression de genre, ces personnes peuvent ne pas s'identifier aux termes genrés de « père » ou de « mère » de leurs enfants³⁶. Le respect

34 Art. 115 C.c.Q. (l'italique et les ratures sont de nous).

35 *Centre for Gender Advocacy c. Attorney General of Quebec*, 2021 QCCS 191 (déclaration d'appel, C.A., 2021-03-08, 500-09-029391-216) (ci-après « affaire *Centre for Gender Advocacy* »).

36 Voir : Samuel SINGER, « Trans Rights Are Not Just Human Rights: Legal Strategies for Trans Justice », (2020) 35-2 *R.C.D.S.* 293, 303-305; Jake PYNE, *Transforming Family: Trans Parents and their Struggles, Strategies, and Strengths*, Toronto, LGBTQ Parenting Network et Sherbourne Health Centre, 2012, en ligne : <https://www.rainbowhealthontario.ca/wp-content/uploads/2012/12/Transforming_Family_-_Report.pdf>, p. 23 et 24. Concernant la fluidité et la complexité de l'identité parentale lorsque la mention de sexe assignée à la naissance ne s'accorde pas avec l'identité de genre, voir : Marie-Pier PETIT, Danielle JULIEN et Line CHAMBERLAND, « Negotiating

de la volonté individuelle qui anime l'ajout de l'expression « à son choix » est donc louable. Techniquement, il découle de l'article 115, tel qu'il a été modifié, qu'un enfant pourrait avoir deux mères ou deux pères, sans mention explicite de cette possibilité. Il n'en demeure pas moins que la disparition de l'affirmation visionnaire de cette possibilité est regrettable. Comme nous l'avons mentionné, en 2002, cette juste reconnaissance brillait par rapport à la répartition malavisée des quelques droits et obligations sexués au sein du couple de même sexe³⁷.

Était-ce nécessaire de gommer la mention des « mères » et des « pères » de l'article 115, ce qui était prévu dans le cas où « les parents sont de même sexe », sur la base qu'elle serait devenue caduque ou qu'elle nécessiterait des retouches, vu l'avènement de l'option non binaire de « parent »? Nonobstant leur souci de concision, les rédacteurs du Code civil se permettent parfois d'être redondants. Notamment, lorsqu'ils se penchent sur des idées chargées d'une puissance symbolique, ils disent quelque chose à plus d'un endroit³⁸, ou bien ils énoncent quelque chose qu'entraîne déjà une autre disposition³⁹. En outre, l'importance des enjeux soulevés par l'article 115 – celui-ci avait été qualifié, rappelons-le, d'« ancrage » de la filiation de deux parents⁴⁰ – aurait pu justifier la préservation de cette reconnaissance explicite au sein du Code civil.

Pire encore, le législateur a modifié le régime de l'autorité parentale sans corriger la problématique de l'invisibilité des couples de même sexe. Les parlementaires ont longuement étudié la proposition de préciser que l'autorité

Parental Designations Among Trans Parents' Families: An Ecological Model of Parental Identity », (2017) 43 *Psychology of Sexual Orientation and Gender Diversity* 282.

37 Art. 539.1 et 578.1 C.c.Q.

38 Voir : art. 32 C.c.Q.; *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, art. 39.

39 Voir : l'article 394 C.c.Q. et la *Charte des droits et libertés de la personne*, préc., note 38, art. 47 al. 2, qui reproduisent, dans le contexte conjugal, le principe de l'exercice conjoint de l'autorité parentale par les parents, appliqué à tous les parents par l'article 599 alinéa 1 C.c.Q. Selon la lecture sévère de J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 8, n° 113, p. 138, c'est « une répétition inutile et injustifiée », mais ne pourrait-il pas plutôt être question d'une mise en exergue de la répudiation d'un ordre familial patriarcal et inégalitaire?

40 *Supra*, note 10.

parentale s'exerce « sans violence aucune⁴¹ », mais le manque d'inclusivité du langage du régime a semblé leur échapper⁴².

Le projet de loi n° 2 ajoute une option alternative avec la mention « ou les parents » tout de suite après celles qui font référence aux « père et mère⁴³ ». Par exemple, l'enfant (à tout âge) doit désormais respect à ses père et mère – ou à ses parents⁴⁴. Les père et mère, ou les parents, ont également, à l'égard de leur enfant, le droit et le devoir de garde, de surveillance et d'éducation⁴⁵. De quelle manière cette modification ne perpétue-t-elle pas l'omission législative de 2002?

L'opposition entre les « père et mère » et « les parents » ne permet pas de conclure que le terme « parent » désigne une grande catégorie inclusive. Une lecture attentive du projet de loi n° 2 révèle que l'expression « ou les parents » renvoie principalement aux personnes non binaires, indépendamment de leur orientation sexuelle. Le professeur Dominique Goubau résume le changement comme suit : « Dans la foulée de la reconnaissance du statut non binaire, le Code civil ajoute désormais systématiquement le vocable “parent” dès lors

41 Art. 599 al. 3 C.c.Q.

42 Le député du Parti libéral du Québec Marc Tanguay s'est déclaré désireux de « passe[r] un peu de temps ensemble sur les articles 597 et suivants du Code civil », qualifiant l'article 597, selon lequel l'enfant doit respect à ses père et mère, de « curieux ». Il était préoccupé par la piété filiale anachronique que véhicule la règle plutôt que par l'exclusion de deux pères et de deux mères dont témoignait son libellé. (« Quel est l'impact juridique de ça? Je comprends que, souvent, il y a des articles qui sont des relents du code Napoléon de 1804, mais... ») : QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des institutions*, 2^e sess., 42^e légis., 1^{er} décembre 2021, vol. 46, n° 11, « Consultations particulières et auditions publiques sur le projet de loi n° 2, Loi portant sur la réforme du droit de la famille en matière de filiation et modifiant le Code civil en matière de droits de la personnalité et d'état civil », 21h40 (M. Marc Tanguay).

43 Projet de loi n° 2, préc., note 2, art. 104-107, 110 et 111; au singulier (« le père ou la mère ou le parent »), voir : les articles 108 et 112. Le projet de loi n° 12, préc., note 31, a employé un procédé similaire. Voir par exemple l'art. 10 de cette réforme, modifiant l'art. 523 C.c.Q. (« à l'égard de la mère ou du parent »; « à l'égard du père ou de l'autre parent »).

44 Art. 597 C.c.Q.

45 Art. 599 al. 1 C.c.Q.

qu'une disposition utilise les mots "père(s)" et "mère(s)"⁴⁶ ». La nouvelle mention « ou les parents » ne renvoie pas précisément aux personnes cisgenres gaies ou lesbiennes (ni par ailleurs au couple formé de deux hommes trans binaires). Les termes genrés de « père » et de « mère » demeurent présents à l'article 115 du Code civil; la possibilité d'être désigné « comme étant le parent de l'enfant », « à son choix », y est également inscrite⁴⁷. Le choix individuel n'est toutefois pas la seule avenue menant à cette dénomination. Grâce au projet de loi n° 2, lorsqu'une personne (présumément trans) demande à être désignée comme « père » ou comme « mère » sur l'acte de naissance de son enfant – afin que cette désignation corresponde à l'identité de genre figurant dorénavant sur son propre acte de naissance –, et que l'enfant âgé d'au moins 14 ans s'y oppose, la désignation « à titre de parent » lui est attribuée⁴⁸. Autrement dit, aux yeux des parlementaires, le terme « parent » convient tout aussi bien à la personne non binaire qui le choisit qu'à la personne trans qui souhaiterait accéder au titre genré de « père » ou « mère », mais qui rencontre l'opposition de son enfant⁴⁹. Somme toute, bien que les termes aux allures non

46 Dominique GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 7^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2022, n° 303, p. 399.

47 Projet de loi n° 2, préc., note 2, art. 115; art. 115 C.c.Q.

48 Projet de loi n° 2, préc., note 2, art. 39; art. 129.1 al. 2 C.c.Q.

49 Florence Ashley a souligné ce point durant les consultations à propos du projet de loi n° 2 : QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des institutions*, 2^e sess., 42^e légis., 2 décembre 2021, vol. 46, n° 12, « Consultations particulières et auditions publiques sur le projet de loi n° 2, Loi portant sur la réforme du droit de la famille en matière de filiation et modifiant le Code civil en matière de droits de la personnalité et d'état civil », 11h30 (Florence Ashley). Selon cette chercheuse « transféminine » :

La nouvelle mention parent [...] est imposée aux pères et mères trans dont l'enfant rejette l'identité [...] Le droit de rejet par l'enfant transforme les mères et pères trans en parents de deuxième classe parce que peu importe les sentiments de l'enfant, les parents qui ne sont pas trans voient leur identité de genre respectée dans les documents d'état civil. Mais lorsque le parent est trans, le projet de loi donnerait à un enfant qui pourrait être très transphobe le droit de rejeter l'identité parentale. Ça revient à dire que les pères et mères trans méritent moins le respect de leur identité de genre que les parents qui ne le sont pas.

« Une personne transféminine désigne une personne trans assignée garçon à la naissance et qui s'identifie en tout (femme trans) ou en partie (non-binaire) à la féminité » : Marie-Philippe DROUIN, *Des mots pour exister : nommer les identités, les familles et les réalités LGBTQ+*, Montréal, La Coalition des familles LGBTQ+, 2022, « transféminin·e », p. 34.

générées « parent » et « parents » se soient insérés dans plusieurs dispositions du Code civil aux côtés de ceux qui désignent le « père », la « mère » et le couple qu'ils constituent, les couples de même sexe cisgenres ne se trouvent pas plus nommés ou reconnus en 2022 qu'en 2002.

Ce faisant, le législateur québécois avait-il l'intention de bouleverser les catégories juridiques parentales? Autrement dit, les dictionnaires de droit québécois se doivent-ils de modifier leurs définitions du terme « parent », afin d'ajouter une acception qui s'oppose au père et à la mère au lieu de les inclure⁵⁰? La question se pose car, en vertu des principes d'interprétation des lois, les termes différents ont des sens distincts : lorsque deux mots sont employés, ils doivent se démarquer l'un de l'autre⁵¹. La formule législative « [les] père et mère ou les parents » oppose les deux premiers termes au dernier et a pour conséquence que le terme « parent » peut servir à désigner une personne unie à un enfant par un lien de filiation sans en être pour autant le père ou la mère.

Si les parlementaires avaient voulu que les couples de même sexe se reconnaissent dans la catégorie des « parents », ils auraient confondu l'identité non binaire avec le fait d'être gai ou lesbienne ou, plus précisément, le fait d'être engagé dans un projet parental avec un conjoint ou une conjointe du même sexe. Soyons moins abstrait. L'homme gai et cisgenre qui est en couple avec un autre homme gai et cisgenre risque fort probablement de se concevoir comme le « père » de son enfant. Lui et son conjoint ne se verront pas dans la locution « père et mère ». Se reconnaîtront-ils dans la nouvelle locution non genrée « ou les parents »? C'est difficile à dire, mais il demeure fort possible qu'ils se considèrent comme « les pères de l'enfant », expression qui figurait à la fin de l'article 115 du Code civil de 2002 jusqu'à l'adoption du projet de loi n° 2. De même, plusieurs femmes lesbiennes et cisgenres préféreraient vraisemblablement le titre de « mère » à celui de « parent » (cela dit, la recherche sociologique montre des préférences variables sur ce point⁵²).

50 Voir : CENTRE PAUL-ANDRÉ CRÉPEAU DE DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues – Les familles*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2016, « parent, ente », p. 89, où « parent » est défini comme « [p]ère ou mère d'une personne ».

51 P.-A. CÔTÉ et M. DEVINAT, préc., note 29, n° 1144, p. 367.

52 Voir par exemple : Emma L. FRANK, Melissa H. MANLEY et Abbie E. GOLDBERG, « Parental Naming Practices in Same-Sex Adoptive Families », (2019) 685 *Family*

Ainsi, de nombreux combats ont été menés pour que les lesbiennes puissent accéder à la catégorie « mère⁵³ » – et durant vingt ans l'article 115 a consacré la désignation de deux « mères ». Il est donc clair que l'expression « ou les parents », qui parsème le titre consacré à l'autorité parentale, s'applique avec difficulté aux couples de même sexe. Le résultat de cette confusion lexicale entre l'identité de genre et l'orientation sexuelle demeure dommageable⁵⁴. Qui plus est, peu importe la façon dont ces personnes se désignent, elles regretteront probablement que le modèle hétéronormatif soit autant mis en avant par le Code civil. D'ailleurs, la militante Mona Greenbaum a rappelé aux parlementaires, durant son passage à la Commission des institutions, le sentiment d'exclusion auquel le législateur avait tenté remédier en 2002 :

Et puis je me souviens de ce feeling en 2002 pour les familles homoparentales, qu'on nous disait qu'une famille avec deux mères ou deux pères, ce n'est pas une famille. Donc[,] c'était difficile parce que c'est complètement invisibilisant et un peu péjoratif. Parce qu'eux autres[,] c'est sûr qu'ils se considèrent comme familles.⁵⁵

Relations 580, 586; Rafael J. COLONNA, « “We Are Both Her Mothers and I Want the World to Know That”: Parent Term Selection among Lesbian Co-parents with Children Conceived through Donor Insemination », dans Patricia Neff CLASTER et Sampson Lee BLAIR (dir.), *Visions of the 21st Century Family: Transforming Structures and Identities*, Bingley, Emerald Group Publishing, 2013, p. 77; cf. Gillian A. DUNNE, « Opting into Motherhood: Lesbians Blurring the Boundaries and Transforming the Meaning of Parenthood and Kinship », (2000) 14-1 *Gender & Society* 11; Jacqui GABB, « Lesbian M/Otherhood: Strategies of Familial-Linguistic Management in Lesbian Parent Families », (2005) 39-4 *Sociology* 585; Rhonda BROWN et Amaryll PERLESZ, « In Search of a Name for Lesbians Who Mother Their Non-biological Children », (2008) 4-4 *Journal of GLBT Family Studies* 453.

53 Voir par exemple : Ellen LEWIN, *Lesbian Mothers: Accounts of Gender in American Culture*, Ithaca et Londres, Cornell University Press, 1993; Jacqui GABB, « Unsettling lesbian motherhood: Critical reflections over a generation (1990-2015) », (2018) 21-7 *Sexualities* 1002.

54 « Le simple ajout de *parent* après la mention de *père* et *mère* risque malheureusement de rafistoler le droit de la famille en répondant aux exigences du tribunal, plutôt que de dessiner un droit réellement inclusif qui abolirait la dominance des couples hétérosexuels en droit de la famille » : Isabel CÔTÉ, *Mettre fin à l'homophobie du Code civil en utilisant un vocabulaire inclusif : l'exemple du droit de la famille*, essai non publié, 15 août 2022, p. 12 et 13.

55 QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, préc., note 49, 20h40 (M^{me} Mona Greenbaum).

Afin de mettre en relief les défauts de l'approche actuelle du législateur, nous avons dressé une liste de neuf scénarios parentaux reconnus par le droit québécois :

- Un père (homme binaire), seul;
- Une mère (femme binaire), seule;
- Un parent (non binaire), seul;
- Un père (homme binaire) et une mère (femme binaire);
- Deux mères (femmes binaires);
- Un père (homme binaire) et un parent (non binaire);
- Une mère (femme binaire) et un parent (non binaire);
- Deux pères (hommes binaires);
- Deux parents (non binaires).

La formule « [les] père et mère ou les parents » exclut ou rend invisibles les familles monoparentales ou biparentales suivantes :

- Un père (homme binaire) et un parent (non binaire);
- Deux pères (hommes binaires);
- Une mère (femme binaire) et un parent (non binaire);
- Deux mères (femmes binaires).

D'un point de vue technique, les situations familiales du seul père (homme binaire), de la seule mère (femme binaire) et du seul parent (non binaire) se trouvent incluses en raison de la règle voulant que « [l]e nombre pluriel peut ne s'appliquer qu'à une seule personne ou qu'à un seul objet si le contexte s'y prête⁵⁶ ». Elles sont toutefois rendues invisibles ou reléguées au second plan par rapport à la famille idéale biparentale et hétéronormative. Les conséquences surtout symboliques des choix législatifs paraissent préoccupantes et exigent un examen approfondi.

B) Des répercussions graves, mais évitables

La gravité de cette non-reconnaissance doit être évaluée au regard de l'histoire des communautés LGBTQ+ et des sensibilités qui en découlent. De nos jours, une littérature abondante et variée issue des sciences juridiques et sociales décrit l'importance pour les groupes historiquement marginalisés d'être reconnus et nommés justement. Ces idées ont été élaborées dans de nombreux

56 *Loi d'interprétation*, préc., note 27, art. 54.

contextes particuliers aux communautés LGBTQ+. À des fins illustratives, nous citons dans les notes en bas de page des publications dont les titres mentionnent ces notions. Ces contextes incluent le système de justice pour adolescents⁵⁷ et les écoles⁵⁸, les expériences propres aux personnes bisexuelles⁵⁹, y compris dans un contexte autochtone⁶⁰, la situation des lesbiennes⁶¹, la situation des personnes trans⁶², notamment lorsqu'il est question des soins de santé⁶³, et les situations des personnes âgées⁶⁴. En l'absence d'une telle reconnaissance, les

-
- 57 Voir par exemple : Angela IRVINE, « We've Had Three of Them: Addressing the Invisibility of Lesbian, Gay, Bisexual and Gender Nonconforming Youths in the Juvenile Justice System », (2010) 19-3 *Columbia Journal of Gender and Law* 675.
- 58 David RAYSIDE, « The Inadequate Recognition of Sexual Diversity by Canadian Schools: LGBT Advocacy and Its Impact », (2014) 48-1 *Journal of Canadian Studies* 190.
- 59 Voir par exemple : Kenji YOSHINO, « The Epistemic Contract of Bisexual Erasure », (2000) 52-2 *Stanford L. Rev.* 353; Loraine HUTCHINS, « Sexual Prejudice: The Erasure of Bisexuals in Academia and the Media », dans Gilbert HERDT et Cymene HOWE (dir.), *21st Century Sexualities: Contemporary Issues in Health, Education, and Rights*, Londres, Routledge, 2007, p. 135.
- 60 Margaret ROBINSON, « “A Hope to Lift Both My Spirits”: Preventing Bisexual Erasure in Aboriginal Schools », (2014) 14-1 *Journal of Bisexuality* 18.
- 61 Voir par exemple : Anna Marie SMITH, « Resisting the Erasure of Lesbian Sexuality: A Challenge for Queer Activism », dans Ken PLUMMER (dir.), *Modern Homosexualities: Fragments of Lesbian and Gay Experiences*, Londres, Routledge, 1992, p. 200; Bonnie J. MORRIS, *The Disappearing L: Erasure of Lesbian Spaces and Culture*, Albany, State University of New York Press, 2016.
- 62 Voir par exemple : Viviane K. NAMASTE, *Invisible Lives: The Erasure of Transsexual and Transgendered People*, Chicago et Londres, University of Chicago Press, 2000; Florence ASHLEY, « L'In/visibilité constitutive du sujet trans : l'exemple du droit québécois », (2020) 35-2 *R.C.D.S.* 317.
- 63 Voir par exemple : Greta R. BAUER, Rebecca HAMMOND, Robb TRAVERS, Matthias KAAAY, Karin M. HOHENADEL et Michelle BOYCE, « “I Don't Think This Is Theoretical; This Is Our Lives”: How Erasure Impacts Health Care for Transgender People », (2009) 20-5 *Journal of the Association of Nurses in Aids Care* 348.
- 64 Voir par exemple : Maria T. BROWN, « LGBT Aging and Rhetorical Silence », (2009) 6-4 *Sexuality Research and Social Policy Journal of NSRC* 65; William E. BURLISON, « Bisexuality: An Invisible Community Among LGBT Elders », dans Debra A. HARLEY et Pamela B. TEASTER (dir.), *Handbook of LGBT Elders*, New York, Springer International Publishing, 2016, p. 309.

personnes dont l'identité est effacée ou rendue invisible peuvent être victimes de préjudice, voire de violence⁶⁵.

Bien évidemment, le désir de reconnaissance de même que la crainte de l'invisibilité et de l'effacement ne sont pas l'apanage des communautés LGBTQ+. Ces notions, qui ont été théorisées par la philosophie politique libérale⁶⁶, s'observent notamment dans les contextes particuliers des personnes noires⁶⁷, handicapées⁶⁸ et autochtones⁶⁹. Par ailleurs, le concept de l'intersectionnalité nous pousse à examiner la réalité des personnes se situant au croisement de plusieurs axes de marginalisation⁷⁰.

-
- 65 Dans l'affaire *Centre for Gender Advocacy*, préc., note 35, par. 8, le juge Moore a dit ceci au sujet de personnes trans qui ne sont pas identifiées correctement : « The designation of sex on their act of birth will misidentify them, which can lead to confusion, discrimination, persecution, and violence. ».
- 66 Au sujet de la philosophie politique libérale, voir : Charles TAYLOR, « The Politics of Recognition », dans Charles TAYLOR et Amy GUTMANN (dir.), *Multiculturalism: Expanded Paperback Edition*, Princeton, Princeton University Press, 1994, p. 25.
- 67 Voir par exemple : Donald Martin CARTER, *Navigating the African Diaspora: The Anthropology of Invisibility*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2010; Cheryl L. NEELY, *You're Dead – So What? Media, Police, and the Invisibility of Black Women as Victims of Homicide*, East Lansing, Michigan State University Press, 2015.
- 68 Voir par exemple : Hilde ZITZELSBERGER, « (In)visibility: Accounts of Embodiment of Women with Physical Disabilities and Differences », (2005) 204 *Disability & Society* 389.
- 69 Voir par exemple : Shelly JOHNSON et Alessandra SANTOS, « REDressing Invisibility and Marking Violence Against Indigenous Women in the Americas Through Art, Activism and Advocacy », (2013) 7-2 *First Peoples Child and Family Review* 97; Laurel R. DAVIS-DELANO, Sita L. STROTHER et Joseph P. GONE, « Perceived Indicators of American Indian Identity in Everyday Interaction: Navigating Settler-Colonial Erasure », (2022) 45-11 *Ethnic and Racial Studies* 2025.
- 70 Le texte classique est celui de Kimberle CRENSHAW, « Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color », (1991) 43-6 *Stanford L. Rev.* 1241, précédé toutefois par d'autres travaux dans la même lignée (voir par exemple les analyses suivantes : Ange-Marie HANCOCK, *Intersectionality: An Intellectual History*, New York, Oxford University Press, 2016; Jennifer C. NASH, *Black Feminism Reimagined: After Intersectionality*, Durham, Duke University Press, 2019). La sensibilité aux chevauchements ainsi soulignés est manifeste dans la recherche. Voir par exemple : Juana María RODRÍGUEZ, « Queer Politics, Bisexual Erasure: Sexuality at the Nexus of Race, Gender, and Statistics », (2016) 21-1 *Lambda Nordica* 169;

Il s'ensuit que toute réforme qui risque de réduire ou d'effacer la présence de groupes historiquement marginalisés dans le droit demande une attention accrue. Pour reprendre le langage de la responsabilité délictuelle de la common law, il faut tenir compte « de la vulnérabilité de la victime⁷¹ ». Étant donné la longue histoire d'exclusion et de discrimination des personnes gaies et lesbiennes, et des gains législatifs de 2002 (importants, quoiqu'ils soient incomplets), le ministère de la Justice aurait dû procéder avec plus de doigté et consulter davantage les groupes concernés le plus directement lorsqu'il a proposé des modifications aux régimes du droit de la personne, de la filiation et de l'autorité parentale⁷², bien que le tir ait été corrigé de façon importante en amendant le projet de loi n° 2.

D'une part, le législateur n'octroie pas à certains parents, pour qui la filiation a pourtant été reconnue depuis 2002, leur juste place au sein du Code civil : ils demeurent invisibles sous le titre portant sur l'autorité parentale. D'autre part, l'approche retenue permet à la figure canonique du couple hétérosexuel de conserver sa primauté au sein du régime, ce qui entraîne ainsi une marginalisation symbolique des autres modèles familiaux. Bien que l'on puisse voir le désir de reconnaissance étatique d'un œil critique⁷³, les modifications de 2022 posent un problème d'égalité formelle évidente. Si le droit promeut certaines valeurs et influence le comportement humain – plusieurs chercheurs parlent alors de sa « fonction expressive⁷⁴ » –, le Code civil exerce cette

Joy BANKS, « Invisible Man: Examining the Intersectionality of Disability, Race, and Gender in an Urban Community », (2018) 33-6 *Disability and Society* 894.

71 JURITERM, *Centre de traduction et de terminologie juridiques*, n° 4203, Moncton, Université de Moncton, « Thin skull principle », en ligne : <<https://www.juriterm.ca/imprfch/imprfch3.php?numero=4203>>. L'expression est plus évocatrice dans l'anglais original, où l'on parle littéralement du « crâne mince » de la victime (*thin* ou *eggshell skull*).

72 Concernant le manque de consultation auprès des personnes trans, voir par exemple : Hugo PILON-LAROSE, « Des trans dénoncent un recul majeur », *La Presse+*, 23 octobre 2021, en ligne : <<https://www.lapresse.ca/actualites/politique/2021-10-23/reforme-du-droit-de-la-famille/des-trans-denoncent-un-recul-majeur>>.

73 Voir : Judith BUTLER, « Longing for Recognition », dans Judith BUTLER, *Undoing Gender*, New York et Londres, Routledge, 2004, p. 131 et suiv.

74 Voir par exemple : Alison DIDUCK, « Family Law as Expression: Financial Relief in the English Courts », dans Erez ALONI et Régine TREMBLAY (dir.), *House Rules: Changing Families, Evolving Norms, and the Role of Law*, Vancouver, UBC Press, 2022, p. 83;

fonction avec une force particulière, vu sa place centrale parmi les sources du droit⁷⁵. Au surplus, le régime de l'autorité parentale s'avère un site structurant et hautement normatif.

Des questions surgissent inévitablement à propos des options réellement inclusives qui s'offraient aux parlementaires. Faute d'espace, nous ne procéderons pas ci-dessous à une analyse exhaustive de toutes les possibilités; chacune soulèverait des considérations tant juridiques que politiques. Ici, nous nous contenterons d'offrir un survol préliminaire de certaines d'entre elles.

Éliminons d'emblée l'approche d'une énumération détaillée et absolue. Nous imaginons mal le législateur s'adresser, dans de nombreuses dispositions du Code civil, aux père et mère, aux pères, aux mères, aux père et parent, aux mère et parent, aux parents, et ainsi de suite. Compte tenu de la pluralité de situations familiales, cette approche serait lourde, et même vouée à l'échec, puisqu'il y aura toujours « infiniment plus de choses dans la vie que dans le droit⁷⁶ ». D'ailleurs, cette façon de procéder nous rappelle la mise en garde selon laquelle, « lorsque le droit cherche lui-même à s'adapter à cette vie qui bat, on constate les incohérences qui naissent de ces ajustements “au coup par coup”⁷⁷ ». De toute manière, une approche plus concise et générale incarnerait davantage la forme abstraite et austère qui est caractéristique des codes civils⁷⁸. Dans un code civil bien rédigé, les normes juridiques s'expriment à un niveau d'abstraction qui facilite leur application à travers une variété de situations particulières⁷⁹. L'exemple par excellence est celui des termes « débiteur »

Cass R. SUNSTEIN, « On the Expressive Function of Law », (1996) 144-5 *U.Pa.L.Rev.* 2021; Richard H. MCADAMS, *The Expressive Powers of Law: Theories and Limits*, Cambridge, Harvard University Press, 2015.

75 Certains auteurs qualifient le Code civil de « constitution sociale » : John E.C. BRIERLEY et Roderick A. MACDONALD (dir.), *Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Emond Montgomery Publications, 1993, n° 32, p. 34.

76 Jean CARBONNIER, *Essais sur les lois*, 2^e éd., Paris, Defrénois, 1995, p. 118.

77 Pierre NOREAU, « Notions juridiques et réalité sociale : un éternel divorce ou un divorce nécessaire? Le cas du droit de la famille », (1999) 33-2 *R.J.T.* 307, 315.

78 Durant sa conférence lors du colloque, la professeure Régine TREMBLAY, préc., note 4, a cité le professeur Goubau, qui a inclus la belle expression du « génie du droit civil » durant ses remarques au sujet du projet de loi n° 2 (QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, préc., note 49, 20h00 (M. Dominique Goubau)).

79 J.E.C. BRIERLEY et R.A. MACDONALD (dir.), préc., note 75, n° 91, p. 107.

et « créancier » qui – indifférenciés et invariables – se concrétisent dans de nombreuses situations juridiques. Un remplacement plus concis pour les termes « père, mère ou les parents » évoquerait moins les longues énumérations qu'utilisent souvent les rédacteurs législatifs de la common law⁸⁰.

Sous le titre sur l'autorité parentale, aurait-il été possible d'adopter le terme abstrait de « titulaire »? Le législateur y a déjà inscrit ce terme, parfois d'une manière qui inclut les « père et mère » (et désormais les « parents ») dans une catégorie élargie. L'emploi accru du terme « titulaire » pourrait donc entraîner une distinction, à certaines fins, entre les titulaires qui sont des personnes physiques unies à l'enfant par un lien de filiation et celles qui ne le sont nécessairement pas, y compris des personnes morales⁸¹. De plus, si un certain écart se révèle inévitable entre le langage du droit et celui de la vie quotidienne en famille⁸², force est d'admettre que peu d'enfants qualifient leurs parents de « titulaire de l'autorité parentale ». En favorisant ce langage, le législateur agrandirait inutilement l'écart entre le droit et la vie.

D'autres possibilités existent cependant. Les mentions des termes « [les] père et mère, ou les parents » pourraient être remplacées par la formulation « père, mère ou parent⁸³ ». Ces mentions au singulier s'étendraient, selon le cas, à deux pères, à deux mères ou à deux parents⁸⁴. Une formulation au singulier telle que « tout père, toute mère ou tout parent » pourrait aussi s'avérer intéressante. Ces approches décentreraient le couple bionormatif constitué d'un père et d'une mère et souligneraient les possibilités parentales dorénavant reconnues en vertu de l'article 115. Sans mention explicite de deux pères ou de deux mères,

80 Au sujet des « dispositions précises et laborieuses, lesquelles ne visent justement pas à donner effet à une pensée raisonnée, systématique et d'application universelle », typiques des pays de la tradition de la common law, voir : Pierre LEGRAND et Geoffrey SAMUEL, *Introduction au common law*, Paris, La Découverte, 2008, p. 79.

81 Par exemple, comparer les articles 597, 599 et 600 aux articles 601, 602 et 604 C.c.Q.

82 Voir par exemple : P. NOREAU, préc., note 77; Nicholas KASIRER, « Note introductive de la première édition : Familiarité et formalité dans le lexique du droit de la famille », dans CENTRE PAUL-ANDRÉ CRÉPEAU DE DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues – Les familles*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2016, p. XXI; Robert LECKEY, « Infiniment plus de choses dans la vie que dans la loi : la reconnaissance des mères lesbiennes », (2014) 86 *Droit et société* 115.

83 Nous sommes redevable au professeur Michel Morin pour cette suggestion.

84 *Loi d'interprétation*, préc., note 27, art. 54.

ces approches amoindrieraient l'invisibilité des couples de même sexe dans le régime de l'autorité parentale. En revanche, elles demeurent relativement longues par rapport aux objectifs de concision des rédacteurs du Code civil. Elles resteraient cependant cohérentes avec l'introduction – discutable, d'après nous – d'une acception de « parent » qui exclut le « père » et la « mère ».

Or, une autre solution de rechange se conformerait davantage aux normes rédactionnelles du droit civil codifié. Les parlementaires du Québec pourraient emboîter le pas à leurs homologues de certaines autres provinces en faisant du concept de « parent » une catégorie inclusive dans laquelle tout le monde pourrait trouver son compte, quitte à diminuer la présence des termes « père et mère » dans le Code civil. Par exemple, depuis la refonte de 2016, la loi ontarienne dispose que l'on peut devenir le « parent de naissance » ou l'« autre parent biologique⁸⁵ », et cela, quelle que soit la mention de sexe ou d'identité de genre inscrite sur l'acte de naissance du parent. Si le législateur québécois retenait cette option, des modifications s'imposeraient, notamment dans les Livres des personnes et de la famille. Il lui faudrait également s'assurer que le contexte suffirait à distinguer l'acception étroite de « parent », qui désigne une personne unie à son enfant par un lien de filiation, de celle, plus large, de toute « [p]ersonne unie à une autre par un lien de parenté⁸⁶ ».

Nonobstant ses vertus formelles, une telle approche serait-elle incohérente avec le droit familial québécois sur le fond? La réponse semble négative, puisque le législateur a déjà favorisé cette approche. Tant dans le Code civil que dans la *Charte des droits et libertés de la personne*, il est énoncé que l'enfant « a droit à la protection, à la sécurité et à l'attention que *ses parents* ou les personnes qui en tiennent lieu peuvent lui donner⁸⁷ ». Dans ces dispositions,

85 *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, L.R.O. 1990, c. C.12, art. 6(1) et 7(1).

86 CENTRE PAUL-ANDRÉ CRÉPEAU DE DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ, préc., note 50. Cette ambiguïté potentielle ne surviendrait pas dans la version anglaise du Code civil, car ces acceptions correspondent alors respectivement à *parent* et à *relative* : CENTRE PAUL-ANDRÉ CRÉPEAU DE DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ, *Private Law Dictionary and Bilingual Lexicons – Family*, 2^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016, « parent » et « relative », p. 95 et 109.

87 Art. 32 C.c.Q.; *Charte des droits et libertés de la personne*, préc., note 38, art. 39 (l'italique est de nous). Nous sommes redevable à madame Isabel Côté d'avoir attiré notre attention sur ce point.

les « père et mère » se trouvent dans la catégorie inclusive des « parents », sans (à notre connaissance, en tout cas) aucune objection. Si cette option laconique et inclusive de « parent » ne soulève aucun obstacle strictement juridique⁸⁸, elle pourrait engendrer des objections politiques. Certaines féministes s’opposeraient, sans doute, à l’élimination ou à la diminution des mentions de la « mère » et ainsi de la spécificité de l’expérience féminine.

Conclusion

Le projet de loi n° 2 a apporté au Code civil des changements urgents au profit des personnes trans et non binaires. Les choix législatifs suscitent toutefois des interrogations. Quiconque peine à digérer la dernière réforme de l’adoption⁸⁹ – dont de grands pans ressemblent plus à un règlement municipal qu’au Code civil⁹⁰ – se demandera pourquoi le législateur, qui doit être le fiduciaire de ce dernier, a modifié les catégories parentales d’une manière si

88 De fait, le législateur s’en est approché en ajoutant, par le projet de loi n° 2, l’article 61.2 à la *Loi d’interprétation*, préc., note 27 :

Sous réserve de dispositions particulières au contraire, lorsque sont utilisées les expressions « le père et la mère ou les parents », « le père ou la mère ou le parent », « le père ou la mère ou l’un des parents », « le père ou la mère ou les parents ou l’un d’eux », « les père et mère ou les parents », « le père ou la mère ou l’un ou l’autre des parents », ou toute autre expression semblable, est un parent toute personne à l’égard de laquelle la filiation d’un enfant est établie conformément aux règles du Code civil.

Subject to special provisions to the contrary, in the expressions “the father and the mother or the parents”, “the father or the mother or the parent”, “the father or the mother or one of the parents”, “the father or mother or the parents or one of them”, “the father and mother or the parents”, “the father or the mother or either parent” or in any other similar expression, a parent is any person with regard to whom a child’s filiation is established in accordance with the rules of the Civil Code.

89 *Loi modifiant le Code civil et d’autres dispositions législatives en matière d’adoption et de communication de renseignements*, projet de loi n° 113 (sanctionné – 16 juin 2017), 1^{re} sess., 41^e légis. (Qc).

90 Selon de distingués auteurs, « on a l’impression, à l’occasion, que le niveau technique du nouveau droit de la famille dans le Code s’apparente davantage au manuel de réparation d’un appareil ménager qu’à ce que les grands romanciers aimeraient lire pour s’éclaircir les esprits » : Jean-Maurice BRISSON et Nicholas KASIRER, « Note de l’édition 2022-2023 », dans Jean-Maurice BRISSON et Nicholas KASIRER, *Code civil du Québec – Édition critique*, 30^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2022, p. xviii, à la p. xx.

désinvolte. De plus, des choix discutables emportant une certaine confusion entre l'orientation sexuelle et l'identité ou l'expression de genre exacerbent l'invisibilité des couples formés de deux mères ou de deux pères. Une dernière question s'impose, à notre avis : pourquoi éprouve-t-on autant de difficulté à concevoir un droit de la famille réellement inclusif et « adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales⁹¹ »?

91 COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, Alain ROY (prés.), *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Montréal, Éditions Thémis, 2015.