

RÉFÉRENCE : A.A. c. B.B., 2007 ONCA 2
DATE : 20070102
DOSSIER : C39998

COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Le juge en chef McMURTRY, les juges LABROSSE et ROSENBERG

ENTRE :

A.A.
Appelante

**Peter A. Jervis, Jennifer Mathers et
Shelby Austin pour l'appelante A.A.**

**Alfred A. Mamo et Meysa Maleki
pour l'intimé B.B.**

- et -

B.B. et C.C.
Intimés

C.C. en son propre nom

Thomas G. Bastedo, c.r.
Amicus Curiae

Clare E. Burns et Katherine Kavassalis
Bureau de l'avocat des enfants pour D.D.

**Michael A. Menear, Robert W. Staley et
Ranjan Agarwal pour l'intervenante**
Alliance for Marriage and Family

Bradley Berg et Courtney Harris pour
l'intervenante Family Service Association
of Toronto

Martha A. McCarthy et Joanna Radbord
pour l'intervenante Melissa Drake
Rutherford et autres

Audience tenue : 25 septembre 2006

Appel de la décision rendue le 11 avril 2003 par le juge David R. Aston de la Cour supérieure de justice.

Le juge ROSENBERG :

[1] D.D. est un jeune garçon de cinq ans ayant trois parents : son père et sa mère biologiques (respectivement B.B. et C.C.) et la conjointe de C.C., l'appelante A.A. A.A. et C.C. forment un couple de même sexe depuis 1990. En 1999, elles ont décidé de fonder une famille avec l'aide de leur ami B.B. Les deux femmes seraient les principales responsables de l'enfant, mais elles croyaient qu'il serait dans l'intérêt véritable de l'enfant que B.B. continue à prendre part à sa vie. D.D. est né en 2001. Il désigne A.A. et C.C. comme ses mères.

[2] En 2003, A.A. a présenté une requête au juge Aston afin qu'il prononce une déclaration selon laquelle, tout comme B.B. et C.C., elle était un parent de D.D., plus précisément sa mère. S'il avait pensé avoir compétence pour le faire, le juge Aston aurait fait cette déclaration. Il a conclu au par. 8 que :

[TRADUCTION]

L'enfant est un particulier brillant, en bonne santé et heureux qui s'épanouit manifestement dans une famille aimante qui répond à tous ses besoins. La requérante a été présente dans sa vie de façon quotidienne et constante. Elle est pleinement engagée dans son rôle parental. Elle a le soutien des deux parents biologiques qui reconnaissent eux-mêmes son égalité de statut avec eux.

[3] Toutefois, le juge a conclu qu'il n'avait pas la compétence nécessaire pour prononcer la déclaration demandée, que ce soit en vertu de la *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, L.R.O. 1990, chap. C.12 [la *LPRDE*], ou par l'exercice de la compétence *parens patriae* inhérente au tribunal. Il a donc rejeté la requête. Aucun argument constitutionnel n'a été présenté devant lui.

[4] En appel devant le présent tribunal, l'appelante répète les mêmes arguments que ceux présentés devant le juge saisi de la requête. Pour la première fois, elle soulève également des questions constitutionnelles alléguant la violation de ses droits à l'égalité et à la justice fondamentale prévus aux art. 15 et 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'appelante a le soutien de B.B. et C.C., ainsi que de divers intervenants, dont l'avocat des enfants^[1] agissant au nom de D.D., et les requérants dans *M.D.R. v. Ontario (Deputy Registrar General)*, [2006] O.J. No. 2268 (CSJ), une affaire ayant soulevé des questions semblables.

[5] L'Alliance for Marriage and Family, une coalition de cinq organisations d'intérêt public, a été autorisée à intervenir. L'Alliance soutient que le juge saisi de la requête a rejeté la requête à juste titre, que la *LPRDE* ne peut pas être interprétée de manière à permettre de prononcer une déclaration selon laquelle un enfant a deux mères, et que la compétence *parens patriae* n'existe pas. L'Alliance soutient également que le présent tribunal ne devrait pas entendre les arguments relatifs à la *Charte* et que, de toute façon, la *LPRDE* n'est pas inconstitutionnelle.

[6] Le procureur général de l'Ontario a choisi de ne pas intervenir pour appuyer la loi. Dans ces circonstances, le tribunal a nommé M^e Thomas G. Bastedo, c.r. en qualité d'*amicus curiae*. M^e Bastedo soutient que le juge saisi de la requête a interprété correctement la *LPRDE*. Il soutient toutefois que le tribunal devrait prononcer la déclaration demandée en vertu de sa compétence *parens patriae*.

[7] Pour les raisons qui suivent, j'accueille l'appel. Bien que je convienne que le juge saisi de la requête a eu raison de déclarer que la *LPRDE* ne permet pas de rendre l'ordonnance demandée, je suis convaincu que l'ordonnance peut être rendue par l'exercice de la compétence *parens patriae* de ce tribunal. Comme elles n'ont pas été soulevées devant le juge saisi de la requête, je m'abstiens de traiter les questions relatives à la *Charte*. Je traiterai de cette dernière question en premier lieu.

Soulever une question constitutionnelle pour la première fois en appel

[8] Le 16 septembre 2005, le juge en chef McMurtry a autorisé l'appelante à déposer un mémoire supplémentaire et un avis d'appel modifié pour [TRADUCTION] « traiter des questions relatives à la *Charte* ». Toutefois, la question de savoir si le présent tribunal doit se prononcer sur les questions relatives à la *Charte* relève de la formation qui entend l'appel. Dans son appel, A.A. soutient que ses droits prévus aux art. 7 et 15 de la *Charte* ont été violés. A.A. n'a déposé aucun document supplémentaire à l'appui de ces arguments. Elle fait valoir que les documents déposés devant le juge saisi de la requête sont suffisants pour permettre à ce tribunal d'effectuer une analyse de la *Charte*. De plus, toute lacune dans le dossier est comblée par la référence au dossier de *M.D.R. v. Ontario (Deputy Registrar General)*. Ce dossier a été déposé devant le présent tribunal dans le cadre de l'ordonnance accordant à M.D.R. le statut d'intervenant dans le présent appel.

[9] En dissidence dans l'affaire *R. c. Brown* (1993), 83 C.C.C. (3d) 129 (CSC) aux p.133-4, la juge L'Heureux-Dubé établit trois conditions préalables pour qu'un tribunal permette à une partie de soulever pour la première fois en appel une question relative à la *Charte*. Dans *R. v. R. (R.)* (1994), 91 C.C.C. (3d) 193 (C.A. Ont), ce tribunal a convenu que, même si la juge L'Heureux-Dubé était dissidente, la majorité ne s'est pas opposée à cette partie des motifs de son jugement. Les trois conditions préalables sont les suivantes :

Premièrement, la preuve doit être suffisante pour trancher la question. Deuxièmement, il ne doit pas s'agir d'un cas où l'accusé n'a pas, pour des motifs de stratégie, soulevé la question au procès. Troisièmement, la cour doit être convaincue qu'il ne résultera aucun déni de justice si l'examen de la nouvelle question n'est pas permis en appel. (*Brown* p. 136)

Je note qu'il incombe à la partie qui cherche à soulever la question de la *Charte* de démontrer qu'elle satisfait à ces exigences.

[10] Je crains que l'appelante ne puisse satisfaire à la première condition préalable compte tenu des commentaires des juges majoritaires de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Hy and Zel's Inc. c. Ontario (Procureur général)*, [1993] 3 RCS 675, p. 694 : « L'absence de faits propres aux appelants compromet la capacité de la Cour de s'assurer qu'elle entend ceux qui sont le plus directement touchés et que les questions relatives à la *Charte* sont tranchées dans un contexte factuel approprié. » Dans *Hy and Zel's Inc.*, les appelants cherchaient à s'appuyer sur un dossier déposé dans une autre affaire soulevant des questions identiques. De même, A.A. cherche à s'appuyer sur le dossier de *M.D.R.* pour compléter le dossier de la présente affaire.

[11] Toutefois, je n'ai pas à décider si le dossier de preuve est suffisant parce que l'appelante n'a pas satisfait à la deuxième condition préalable en démontrant qu'elle n'a pas soulevé les questions relatives à la *Charte* pour des raisons stratégiques. Devant le juge saisi de la requête, aucune partie, pas même le procureur général, ne s'est opposée à la demande de déclaration en vertu de la loi. Étant donné qu'aucune question relative à la *Charte* n'a été soulevée, le juge saisi de la requête a refusé de permettre à l'Alliance d'intervenir en vue de s'opposer à la requête. Il semblerait que l'appelante ait voulu profiter de l'avantage stratégique manifeste qui consiste à présenter une requête sans opposition. L'appelante n'a avancé aucune explication devant ce tribunal pour justifier qu'elle n'ait pas soulevé les questions relatives à la *Charte* en première instance.

[12] Enfin, l'appelante ne remplit pas la troisième condition préalable énoncée dans *Brown*. Puisque je conclus que la compétence *parens patriae* de ce tribunal permet de donner à l'appelante la réparation qu'elle demande, aucun déni de justice ne résultera à l'égard des parties dans la présente affaire si ce tribunal ne se prononce pas sur les questions relatives à la *Charte*. Par conséquent, je ne traiterai pas des questions relatives à la *Charte* en l'espèce. Les réclamations fondées sur les art. 7 et 15 de la *Charte*, qui auraient de vastes répercussions au-delà des faits de la présente affaire, peuvent être traitées dans une autre cause avec un dossier approprié.

L'importance d'une déclaration de filiation

[13] A.A. cherche à obtenir une déclaration selon laquelle elle est la mère de D.D. Elle et C.C. n'ont pas demandé d'ordonnance d'adoption parce que si elles le faisaient, B.B.

perdrait son statut de parent de D.D. en raison du par. 158 (2) de la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, L.R.O. 1990, chap. C.11. Ce paragraphe prévoit ce qui suit : « À compter de la date à laquelle est rendue une ordonnance d'adoption et à toutes les fins de la loi : [...] b) l'enfant adopté cesse d'être l'enfant de la personne qui était son père ou sa mère avant l'ordonnance d'adoption, et cette personne cesse d'être son père ou sa mère, sauf si cette personne est le conjoint du père adoptif ou de la mère adoptive ».

[14] A.A., B.B. et C.C. cherchent à faire reconnaître la maternité de A.A. pour lui donner tous les droits et obligations d'un parent ayant la garde. La reconnaissance juridique de sa relation avec son fils déterminerait également les autres liens de parenté. Dans leurs mémoires, qui m'ont été très utiles, les intervenants de *M.D.R.* et l'avocat des enfants résument l'importance d'une déclaration de filiation du point de vue du parent et de l'enfant :

[TRADUCTION]

- la déclaration de filiation est la déclaration d'un statut immuable, qui dure pour la vie ;
- elle permet aux parents de s'engager pleinement dans la vie de leur enfant ;
- la personne qui est déclarée parent doit consentir à toute adoption future ;
- la déclaration détermine la lignée ;
- la déclaration garantit que l'enfant héritera en cas de succession ab intestat ;
- la personne qui est déclarée parent peut obtenir une carte d'Assurance-santé de l'Ontario, un numéro d'assurance sociale, des billets d'avion et un passeport pour l'enfant ;
- l'enfant d'un citoyen canadien est également citoyen canadien, même s'il est né à l'extérieur du Canada (*Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, al. 3(1)b)^[2] ;
- la personne qui est déclarée parent peut inscrire l'enfant à l'école ;
- la personne qui est déclarée parent peut faire valoir ses droits en vertu de diverses lois, notamment la disp. 20 (1) 5 de la *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé*, L.O. 1996, chap. 2, ann. A.

[15] L'une des plus grandes craintes des mères lesbiennes est peut-être le décès de la mère biologique. En l'absence de déclaration de filiation ou d'une autre ordonnance, la partenaire survivante serait incapable de prendre des décisions pour son enfant mineur,

notamment des décisions cruciales concernant les soins de santé : voir *M.D.R.* au par. 220. Comme les intervenants dans *M.D.R.* le disent : [TRADUCTION] « [u]ne déclaration de filiation permet la reconnaissance pratique et symbolique de la relation parent-enfant ». Un extrait du dossier de *M.D.R.* démontre de façon très explicite l'importance de la déclaration du point de vue de l'enfant. J'ai recours à cette partie du dossier de *M.D.R.* parce que D.D. est trop jeune pour fournir ce genre d'information. L'enfant de douze ans d'un des requérants dit ce qui suit dans son affidavit :

[TRADUCTION]

Je veux simplement que mes deux mamans soient reconnues comme étant mes mamans. La plupart de mes amis n'ont pas eu à réfléchir à ce genre de chose — ils tiennent pour acquis que leurs parents sont légalement reconnus comme étant leurs parents. Je voudrais que ma famille soit reconnue de la même manière que n'importe quelle autre famille, et non pas traitée différemment parce que mes deux parents sont des femmes.

[...]

Il serait bon que le gouvernement et la loi reconnaissent que j'ai deux mamans. Cela aiderait plus de gens à comprendre. Cela rendrait ma vie plus facile. J'aimerais que ma famille soit acceptée et incluse, comme toutes les autres familles.

[16] Dans l'affaire *M.D.R.* aux par. 227 et 228, le juge Rivard fait référence à certains des arguments discutés dans l'exposé de principes de la Victorian Law Reform Commission intitulé *Assisted Reproductive Technology & Adoption: Position Paper Two: Parentage*, aux pages 15 et 17 :

[TRADUCTION]

Ces mémoires indiquent que la mère non biologique se heurte souvent à des obstacles et à de l'ignorance, et parfois à de l'hostilité, dans ses rapports avec les organismes gouvernementaux et les fournisseurs de services dans lesquels le statut juridique est un facteur pertinent. Étant donné que la mère non biologique ne peut pas être nommée comme parent sur l'acte de naissance de l'enfant, elle est incapable de produire une preuve de sa relation de parent avec l'enfant, à moins qu'elle ne prenne des mesures pour obtenir une ordonnance parentale du tribunal de la famille ou une forme d'autorisation écrite de la mère biologique.

Nous [le Lesbian Parents Project Group] estimons que la reconnaissance juridique de notre rôle de parents auprès de nos enfants est essentielle pour leur sécurité et leur bien-être. Il est crucial pour les enfants qu'on souligne la valeur et l'intégrité de leur vie, ainsi que la légitimité de leur famille [...] L'égalité du statut familial envoie un puissant message positif à toutes les institutions de notre société qui ont

une influence sur la vie de nos enfants. Elle les oblige à reconnaître et à respecter les familles dans lesquelles vivent nos enfants.

La Loi portant réforme du droit de l'enfance

[17] L'appelante a demandé une ordonnance établissant qu'elle est la mère de D.D. en vertu de l'art. 4 de la partie II de la *LPRDE*, lequel prévoit ce qui suit :

(1) *Quiconque y a un intérêt peut demander au tribunal, par voie de requête, de rendre une ordonnance déclaratoire portant qu'une personne du sexe masculin est reconnue en droit comme le père d'un enfant ou qu'une personne du sexe féminin en est reconnue la mère.*

(2) S'il conclut à l'existence d'une présomption de paternité en vertu de l'article 8, et sauf s'il est démontré, d'après la prépondérance des probabilités, que le père présumé n'est pas le père de l'enfant, le tribunal rend une ordonnance déclaratoire confirmant la reconnaissance en droit de la paternité.

(3) S'il conclut, d'après la prépondérance des probabilités, à l'établissement du lien de filiation maternelle, le tribunal peut rendre une ordonnance déclaratoire à cet effet.

(4) Sous réserve des articles 6 et 7, l'ordonnance rendue en vertu du présent article est reconnue à toutes fins. (Nous soulignons.)

[18] Le juge saisi de la requête a convenu qu'il n'était pas nécessaire que le lien entre la mère et l'enfant soit de nature biologique ou génétique, mais après un examen minutieux du régime législatif et des règles d'interprétation applicables, il a conclu que la partie II de la *LPRDE* n'envisage qu'une seule mère par enfant. Il s'est appuyé principalement sur l'utilisation des mots « le père » et « la mère » au par. 4 (1), qui évoquent un seul père et une seule mère. Je ne juge pas utile de répéter la même analyse. Les motifs du juge saisi de la requête sont rapportés dans 225 D.L.R. (4th) 371 et dans 38 R.F.L. (5th) 1. Je suis d'accord avec l'analyse qu'il fait de la Loi. J'aimerais toutefois apporter des précisions sur trois points.

[19] Comme l'a souligné le juge saisi de la requête, le processus d'interprétation des lois privilégié par la Cour suprême du Canada dicte de tenir compte du sens grammatical et ordinaire des dispositions en question, de l'historique législatif et de l'intention du législateur, de l'économie de la loi et du contexte législatif. J'aimerais traiter davantage de l'historique législatif et de l'intention du législateur ainsi que de l'économie de la loi. Enfin, je commenterai l'utilisation de la *Charte* comme aide à l'interprétation.

L'historique législatif et l'intention du législateur

[20] L'intention derrière la *LPRDE* était de supprimer les difficultés dont souffraient les enfants nés hors mariage. La Commission de réforme du droit de l'Ontario, dans son rapport sur le droit de la famille publié en 1973 intitulé *Report on Family Law*, à la page 1, fait la remarque suivante : [TRADUCTION] « Ces difficultés se manifestent au moment de la naissance et peuvent demeurer chez l'enfant tout au long de sa vie. » La Commission a donc [TRADUCTION] « accordé une grande priorité à la recherche d'un moyen permettant à l'enfant né hors mariage de jouir des mêmes droits et privilèges que les autres enfants de notre société ». La principale recommandation de la Commission était que l'Ontario abolisse le concept de légitimité et d'illégitimité et déclare que tous les enfants ont une égalité de statut en droit. Les recommandations de la Commission ont été intégrées dans la loi sous la forme des parties I et II de la *LPRDE*. La principale recommandation de la Commission concernant l'égalité des enfants se trouve à l'article 1 de la Loi :

1. (1) Sous réserve du paragraphe (2), pour l'application de la loi de l'Ontario, une personne est l'enfant de ses parents naturels et son statut à ce titre est indépendant du fait qu'elle est née d'un mariage ou hors mariage.

[...]

(4) La distinction faite par la common law entre le statut des enfants nés d'un mariage et celui des enfants nés hors mariage est abolie. Aux fins de la common law, la filiation et les autres liens de parenté qui en découlent sont établis conformément au présent article.

[21] La *LPRDE* était une loi progressiste, mais un produit de son époque. Elle visait à régler le problème des cas d'illégitimité, soit la nécessité [TRADUCTION] « [d']éliminer, dans la mesure où la loi est capable de le faire, un opprobre qui a été jeté sur des enfants qui, de par la nature des choses, ne peuvent pas en porter la responsabilité » (p. 11). La possibilité d'unions entre conjoints de même sexe légalement et socialement reconnues et les implications des progrès des techniques de reproduction ne figuraient pas à l'ordre du jour. La loi n'aborde pas, ni n'envisage, les inconvénients que pourrait subir un enfant né dans une relation entre deux mères, deux pères ou, comme dans le cas présent, deux mères et un père. Cela n'est pas surprenant étant donné que rien dans le rapport de la Commission donne à penser qu'elle ait envisagé que de telles relations puissent même exister.

L'économie de la loi

[22] Lorsqu'on examine l'économie de la *LPRDE*, en particulier la relation entre les diverses dispositions des parties I et II, il est évident que la loi ne prévoit qu'une seule mère et un seul père. Le juge saisi de la requête a mis en lumière plusieurs de ces dispositions. Il s'est référé en particulier à l'art. 8, qui traite de la présomption de

paternité. Il est d'avis que cet article ne prévoyait qu'un seul père. Ce point de vue sur la loi est également compatible avec les dispositions de la loi relatives à l'adoption, selon lesquelles pas plus de deux personnes peuvent demander une ordonnance d'adoption et l'ordonnance éteint les autres statuts parentaux. Je suis d'accord avec cette interprétation de la loi.

[23] De plus, à mon avis, une interprétation de la loi permettant de déclarer un seul père et une seule mère est renforcée par le par. 12 (2) de la loi, qui prévoit ce qui suit :

Deux personnes peuvent déposer au bureau du registraire général une déclaration solennelle, selon la formule prescrite par les règlements, dans laquelle *elles affirment conjointement être le père et la mère d'un enfant.* (Nous soulignons.)

[24] Je suis d'accord avec le juge saisi de la requête pour dire que la *LPRDE*, en particulier le par. 4 (1), est sans ambiguïté. Le tribunal a compétence pour déclarer qu'une personne de sexe masculin est le père et qu'une personne de sexe féminin est la mère. Étant donné que D.D. a déjà une mère, le par. 4 (1) ne conférait pas au juge de la requête la compétence de rendre une ordonnance en faveur de A.A. selon laquelle elle était aussi la mère de D.D.

Le recours à la *Charte* pour aider à l'interprétation

[25] A.A. et certains intervenants soutiennent que la *LPRDE* devrait être interprétée d'une manière compatible avec la *Charte*, et en particulier avec les droits à l'égalité garantis par l'art. 15. Toutefois, la *Charte* ne peut être utilisée comme guide d'interprétation que dans des cas de véritable ambiguïté. Voir *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 RCS 559, au par. 62, dans lequel le juge Iacobucci écrit : « il importe de souligner le fait que, dans la mesure où notre Cour a reconnu un principe d'interprétation fondé sur le respect des “valeurs de la *Charte*”, ce principe ne s'applique uniquement qu'en cas d'ambiguïté véritable, c'est-à-dire lorsqu'une disposition législative se prête à des interprétations divergentes mais par ailleurs tout aussi plausibles l'une que l'autre ». (Souligné dans l'original.) Voir aussi *Symes c. Canada*, [1993] 4 RCS 695, au par. 105.

[26] Comme j'ai conclu qu'il n'y a pas d'ambiguïté, il n'est pas possible pour notre tribunal d'utiliser les valeurs de la *Charte* pour interpréter la disposition.

La compétence *parens patriae*

[27] La compétence *parens patriae* inhérente au tribunal peut être appliquée pour sauver un enfant en danger ou pour combler un vide juridique. En l'espèce, il ne s'agit pas d'un enfant en danger. Si l'autorité *parens patriae* devait être exercée, ce serait en raison d'un vide juridique.

[28] Le juge saisi de la requête a estimé que le tribunal n'avait pas l'autorité *parens patriae* nécessaire pour faire une déclaration en faveur de A.A., bien qu'il ait semblé accepter qu'une telle ordonnance soit dans l'intérêt véritable de l'enfant. Selon lui, toute lacune était délibérée, et on demandait effectivement au tribunal de légiférer en raison d'une perception selon laquelle la loi n'était pas assez inclusive. Le juge saisi de la requête était également préoccupé par l'impact possible sur les enfants si d'autres personnes, telles que les beaux-parents ou les membres de la famille élargie d'un enfant, demandaient des déclarations de filiation.

[29] J'ai un point de vue différent sur l'exercice de la compétence *parens patriae*. La Cour suprême du Canada a examiné cette compétence à plusieurs reprises, en particulier dans *Beson c. Director of Child Welfare (T.N.)*, [1982] 2 RCS 716, et *E. (Mme) c. Eve*, [1986] 2 RCS 388. Le juge La Forest a longuement examiné l'historique de la compétence *parens patriae* dans l'affaire *Eve*. Il conclut, à la p. 426, par la déclaration suivante :

Comme lord MacDermott l'a dit dans *J. c. C.*, [1970] A.C. 668, à la p. 703, la jurisprudence et la doctrine ne sont pas uniformes et il y a beaucoup de méandres, *mais ils se sont inexorablement* [traduction] « *dirigés vers un pouvoir discrétionnaire plus large, sous l'effet du changement des conditions sociales et du poids de l'opinion...* ». En d'autres termes, les catégories à l'égard desquelles la compétence peut être exercée ne sont jamais closes. Je conviens donc avec le juge Latey dans l'affaire *Re X*, précitée, à la p. 699, que *la compétence est d'une nature très large* et qu'elle peut être invoquée dans des questions comme la garde, la protection des biens, les problèmes de santé, l'enseignement religieux et la protection contre les relations dangereuses. Cette liste, comme il le souligne, n'est pas exhaustive. (Nous soulignons.)

[30] Les commentaires du juge La Forest sur la nature générale de la compétence *parens patriae* et sur l'élargissement du pouvoir discrétionnaire sous l'effet de l'évolution des conditions sociales sont particulièrement pertinents en l'espèce. Toutefois, l'arrêt *Eve* traite de la compétence du tribunal d'autoriser une procédure médicale. Il ne porte pas principalement sur la compétence du tribunal de combler un vide législatif. Un cas qui se rapproche davantage du problème qui nous occupe est celui étudié par la Cour suprême dans l'affaire *Beson*. Dans cette affaire, le directeur du Child Welfare de Terre-Neuve avait retiré un enfant du foyer de ses futurs parents adoptifs quelques jours seulement avant l'expiration de la période de résidence probatoire nécessaire à l'adoption. La loi n'accordait aux parents adoptifs éventuels aucun droit d'appel à l'égard des mesures prises par le directeur pendant la période de probation. En s'exprimant au nom de la Cour, le juge Wilson a conclu qu'il y avait donc un vide législatif pouvant être comblé par l'exercice de la compétence *parens patriae*. Elle a adopté la déclaration suivante tirée des motifs de lord Wilberforce dans *A. v. Liverpool City Council and another*, [1981] 2 All E.R. 385 (H.L.), aux p. 388-89 :

[TRADUCTION]

Ce pendant, dans certains cas, il peut y avoir un domaine auquel les pouvoirs des autorités locales, qui sont limités par les lois, ne s'étendent pas. Parfois les autorités locales peuvent elles-mêmes demander l'action supplétive de la cour. Alors la tutelle se poursuit en prévision de mesures que prendra la cour. *Le pouvoir général et inhérent de la cour est toujours présent pour combler les failles ou suppléer aux pouvoirs des autorités locales; ce qu'elles ne feront pas (sauf sous forme d'examen judiciaire s'il y a lieu), c'est contrôler l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire relevant du domaine attribué par la loi aux autorités locales. (Nous soulignons.)*

[31] Pour déterminer s'il existe un vide juridique en l'espèce, il faut examiner si la *LPRDE* se voulait une codification complète et, particulièrement, si elle était destinée à limiter les déclarations de filiation aux relations biologiques ou génétiques. Si la *LPRDE* devait se limiter aux déclarations de filiation fondées sur la biologie ou la génétique, il serait difficile de conclure à l'existence d'un vide juridique, du moins en ce qui concerne les personnes n'ayant aucun lien génétique ou biologique avec l'enfant.

[32] Comme nous l'avons vu plus haut, le juge de la requête était d'avis que le tribunal n'a pas uniquement compétence pour prononcer des déclarations de filiation à l'égard de relations biologiques ou génétiques. L'Alliance for Marriage and Family conteste cette idée. L'Alliance souligne que le par. 1 (1) de la *LPRDE* fait référence à une personne qui est l'enfant de ses « parents naturels ». Je conviens que la Loi favorise les parents biologiques. Par exemple, l'art. 10 donne au tribunal le pouvoir d'ordonner des analyses de sang ou des tests d'ADN lorsqu'il est appelé à décider de la filiation d'un enfant. Cependant, la Loi ne définit pas la filiation uniquement en fonction de la biologie. Par exemple, le par. 1 (2) traite les parents adoptifs comme s'ils étaient les parents naturels. Souvent, l'un des parents adoptifs ou les deux ne sont pas les parents biologiques de l'enfant. De même, l'art. 8 prévoit des présomptions de paternité qui ne reposent pas toutes sur la biologie; l'exemple le plus manifeste est la présomption de paternité découlant simplement du fait que le père était marié à la mère de l'enfant à la naissance de celui-ci. De plus, comme le souligne le juge Ferrier dans *T.D.L. v. L.R.L.*, [1994] O.J. n° 896 (C.S.J.) au par. 18, la déclaration faite en vertu du par. 4 (1) ne porte pas que le requérant ou la requérante est le parent naturel de l'enfant, mais qu'il ou elle est reconnu(e) en droit comme étant le père ou la mère de l'enfant.

[33] En outre, même si la *LPRDE* avait pour but de limiter les déclarations de paternité et de maternité aux parents biologiques, cela ne répondrait pas à la question de savoir s'il existe une lacune législative. Les progrès technologiques dans le domaine de la reproduction commandent que l'on examine de nouveau la question fondamentale de l'identité de la mère biologique. Par exemple, considérons les faits dans *M.D.R. v. Ontario (Deputy Registrar General)*. L'affaire *M.D.R.* portait sur un cas où une

partenaire lesbienne était la mère gestationnelle, c'est-à-dire ayant donné naissance, et l'autre partenaire était la mère biologique, ayant été la donneuse d'ovules.

[34] Je reviens à la discussion précédente sur l'intention derrière la *LPRDE*. La loi ne porte pas sur le statut des parents naturels, mais sur celui des enfants. L'objectif de la loi était de déclarer que tous les enfants devaient avoir une égalité de statut. À l'époque, l'égalité de statut signifiait la reconnaissance de l'égalité entre les enfants nés à l'intérieur et ceux nés à l'extérieur du mariage. Le législateur avait en tête les unions traditionnelles entre une mère et un père. Il n'a pas légiféré à l'égard d'autres types de relations parce que ces relations et l'avènement des techniques de reproduction allaient au-delà de ce que la Commission de réforme du droit de l'Ontario et la législature pouvaient envisager à l'époque. Comme le juge en chef adjoint MacKinnon l'affirme dans *Re Bararic and Juric et al.* (1984), 44 O.R. (2d) 638 (CA) : [TRADUCTION] « Le législateur a reconnu par cette loi les conditions et les attitudes sociales actuelles, ainsi que le fait que de telles déclarations ont une portée qui dépasse les simples considérations matérielles. »

[35] Les conditions et attitudes sociales ont changé. Les progrès réalisés dans notre appréciation de la valeur d'autres types de relations et dans la science des techniques de reproduction ont créé des lacunes dans le régime législatif de la *LPRDE*. En raison de ces changements, les parents d'un enfant peuvent être deux femmes ou deux hommes. Ils sont les parents de l'enfant au même titre que les parents adoptifs ou les parents « naturels ». Toutefois, la *LPRDE* ne reconnaît pas ces formes de parentalité et, par conséquent, les enfants issus de ces relations sont privés de l'égalité de statut que confèrent les déclarations de filiation.

[36] À mon avis, il s'agit d'une lacune aussi importante que celle constatée dans l'affaire *Beson*, dans laquelle les parents adoptifs étaient privés d'un droit d'appel. À la page 724 de cette affaire, le juge Wilson décrit cette lacune de la façon suivante :

Si la Loi n'accorde effectivement pas aux Beson de droit d'appel à l'encontre de la décision du directeur de retirer Christopher de leur foyer, alors je crois qu'il y a, dans l'économie de la loi, une faille que les cours de Terre-Neuve auraient pu combler en exerçant leur compétence *parens patriae*. En d'autres termes, le juge Noel aurait pu faire plus que recommander au directeur de donner à Christopher la possibilité d'avoir un foyer de choix chez les Beson. Il aurait pu l'ordonner. Il ne s'agissait pas là de substituer son point de vue à celui du directeur. Il s'agissait de l'exercice de la compétence *parens patriae* qu'il possédait à cause d'une déficience de la Loi. S'il n'était pas dans l'intérêt de Christopher d'être retiré du foyer des appelants, en l'absence de tout droit d'appel prévu par la Loi par lequel son intérêt aurait pu être préservé, le juge Noel avait l'obligation d'agir.

[37] Il est contraire à l'intérêt véritable de D.D. qu'il soit privé de la reconnaissance juridique de la filiation de l'une de ses mères. Il n'y a pas d'autre moyen de combler cette

lacune que par l'exercice de la compétence *parens patriae*. Comme il a été indiqué, A.A. et C.C. ne peuvent pas demander une ordonnance d'adoption sans priver D.D. de la paternité de B.B., ce qui ne serait pas dans l'intérêt véritable de D.D.

[38] Je ne suis pas d'accord avec le juge saisi de la requête pour dire que le vide législatif dans ce cas-ci était délibéré. Il ne fait aucun doute que le législateur n'a pas prévu la possibilité de déclarations de filiation à l'égard de deux femmes, mais c'est le produit des conditions sociales et des connaissances médicales de l'époque. Le législateur n'a pas envisagé cette possibilité, de sorte que plus de trente ans plus tard, la lacune dans la loi a été révélée. Par conséquent, la Loi ne permet pas d'assurer l'intérêt véritable de D.D. De plus, la conclusion selon laquelle la lacune législative est délibérée dicte que l'on attribue au législateur une intention discriminatoire dans une loi conçue pour traiter tous les enfants de façon égale. Je ne suis pas disposé à le faire. Voir les commentaires du juge Rivard dans *M.D.R.* aux par. 93 -103. Rien dans l'historique de la *LPRDE* ne donne à penser que le législateur a fait un choix délibéré de politique pour refuser aux enfants de mères lesbiennes les avantages de l'égalité de statut accordés aux autres enfants par la Loi.

[39] Cette conclusion serait, semble-t-il, conforme à celle du gouvernement. Comme il a été indiqué plus haut, la Couronne du chef de l'Ontario n'est pas intervenue dans cette affaire, mais sa position sur cette question est connue. Dans l'affaire *M.D.R.*, le ministère public a soutenu que la *LPRDE* pouvait en fait être interprétée de manière à permettre une déclaration selon laquelle deux femmes étaient les mères d'un enfant. Même si j'en arrive à une autre conclusion, le présent tribunal ne va pas à l'encontre de la position du gouvernement s'il exerce sa compétence *parens patriae* et prononce la déclaration demandée par l'appelante en l'espèce .

[40] Une dernière remarque s'impose. Dans *C.R. v. Children's Aid Society of Hamilton*, [2004] O.J. n° 3301 (C.S.J.) au par. 125, le juge Czutrin a statué que l'exercice de la compétence *parens patriae* ne dépend pas d'une lacune législative si l'exercice de cette compétence est la seule façon d'atteindre l'objectif primordial de la loi. Il ne faut pas croire que j'exclus cette possibilité. Puisque j'ai constaté l'existence d'une lacune, je n'ai pas jugé nécessaire de décider si le même résultat pouvait être atteint de la manière que laisse entendre le juge Czutrin.

DISPOSITIF

[41] Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir l'appel et de déclarer que A.A. est la mère de D.D. J'ordonne qu'il n'y ait pas de dépens de l'appel ou de la requête. Enfin, j'aimerais remercier tous les avocats pour leurs observations, en particulier M^e Bastedo, qui a accepté d'agir comme *amicus curiae* dans cette affaire importante et nouvelle.

Signé : « Le juge Marc Rosenberg »

« Je souscris aux motifs. Le juge en chef R. Roy McMurtry »

« Je souscris aux motifs. Le juge Jean-Marc Labrosse »

Communication de la décision : « RRM » le 2 janvier 2007

^[1] L'avocat des enfants soutient que la *LPRDE* peut être interprétée de manière à permettre la déclaration demandée et fait donc valoir qu'il n'y a pas dans le régime législatif de lacune permettant d'invoquer la compétence *parens patriae* du tribunal. Si la *LPRDE* ne peut être interprétée de manière à permettre de faire la déclaration, l'avocat des enfants appuie les arguments de l'appelante selon lesquels la Loi viole les art. 7 et 15 de la *Charte*.

^[2] La citoyenneté de D.D. n'est pas une question en litige en l'espèce puisqu'il est né au Canada.