

[Traduction non officielle produite par le CTDJ, avec le soutien de Justice Canada]

COUR SUPRÊME DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Référence : *British Columbia Birth Registration No.*
2018-XX-XX5815,
2021 BCSC 767

Date : 20210423
Dossier : E191302
Greffé : Vancouver

Dans l'affaire concernant la *Family Law Act* (loi sur le droit de la famille),
S.B.C. 2011, c. 25, article 31

Et

**Dans l'affaire concernant un enfant de sexe masculin,
n° d'enregistrement de naissance de la Colombie-Britannique 2018-XX-XX5815**

REQUÉRANTS : Olivia, Eliza et Bill

INTIMÉS : Registrar General, Vital Statistics Agency (registraire général de l'état civil)
et Procureur général de la Colombie-Britannique

**DOSSIER SCELLÉ – Les présents motifs sont conformes à une ordonnance
imposant la mise sous scellé du dossier de la Cour et l'anonymisation des parties**

[Traduction non officielle]

Juge : Madame la juge Wilkinson

Motifs de jugement

Avocates de la requérante Olivia :

C. Wong
H. Wojcik

Avocate de la requérante Eliza :

Z. Suleman

Avocate du requérant Bill :

M. Shebbeare

Avocats des intimés, Registrar General, Vital Statistics Agency (registraire général de l'état civil) et Procureur général de la Colombie-Britannique :

M. Butler
C. DiPuma

Lieu et dates de l'audience :

Vancouver (Colombie-Britannique)
Du 11 au 15 janvier 2021

Lieu et date du jugement :

Vancouver (Colombie-Britannique)
Le 23 avril 2021

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

ARGUMENTATION DES REQUÉRANTS

CONTEXTE

RÉGIME LÉGISLATIF

ADMISSIBILITÉ DES AFFIDAVITS

ORDONNANCES DÉCLARATOIRES DE FILIATION EN VERTU DE L'ARTICLE 31

COMPÉTENCE PARENS PATRIAE

Distinction entre filiation et tutelle

L'intérêt supérieur de l'enfant doit-il être considéré ?

Existe-t-il une lacune dans la FLA?

Questions diverses

La nécessité d'une convention de filiation antérieure à la conception

L.M. v. British Columbia (Director of Child, Family and Community Services)

L'argument de l'avalanche d'instances

Application à l'espèce

L'ARGUMENT FONDÉ SUR LA CHARTE INVOQUÉ PAR LES REQUÉRANTS

CONCLUSION

DÉPENS

Introduction

[1] Les requérants, Olivia, Eliza et Bill, vivent ensemble dans une relation polyamoureuse depuis 2017. À l'automne 2018, ils ont eu leur premier enfant, Clarke.

Eliza et Bill étant les parents biologiques, ils sont les seuls parents légaux nommés sur l'enregistrement de naissance de Clarke, conformément à la *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25 [FLA].

[2] Les requérants demandent au tribunal de déclarer Olivia troisième parent légal de Clarke et d'ordonner la modification de l'enregistrement de naissance de Clarke en conséquence.

[3] Par ailleurs, ou à titre subsidiaire, les requérants sont d'avis que l'art. 26 de la FLA est inconstitutionnel puisqu'il établit une discrimination fondée sur la situation de famille au sens du paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, laquelle constitue l'annexe B de la *Canada Act 1982* (R.-U.), 1982, c. 11, et que la FLA doit faire l'objet d'une réparation constitutionnelle fondée sur l'« interprétation large ».

[4] Le procureur général s'oppose aux ordonnances demandées par les requérants. Le registraire général de l'état civil ne prend pas position sur les demandes contestées dans la requête.

[5] J'ai anonymisé le nom des requérants et de l'enfant dans les présents motifs de jugement.

[6] Pour les motifs exposés ci-après, je déclare qu'Olivia est parent légal de Clarke, au même titre qu'Eliza et Bill, et j'ordonne que l'enregistrement de naissance de Clarke soit modifié en conséquence par le registraire général de l'état civil. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de traiter l'argument des requérants fondé sur la *Charte*. Je suis toutefois d'avis que cet argument n'aurait pas été retenu à la lumière du dossier dont je dispose.

Argumentation des requérants

[7] Les requérants présentent trois arguments et, selon eux, chacun de ces arguments me permet de déclarer Olivia parent légal de Clarke. Premièrement, ils avancent que je peux rendre une ordonnance déclaratoire de filiation en vertu de l'[art. 31](#) de la *FLA*. Deuxièmement, ils font valoir que je peux rendre une ordonnance déclaratoire de filiation en vertu de ma compétence *parens patriae*, laquelle est établie au [par. 192\(3\)](#) de la *FLA*. Troisièmement, les requérants soutiennent que l'[art. 26](#) de la *FLA* est inconstitutionnel puisqu'il est contraire à la *Charte* et qu'il doit donc être soumis à la réparation constitutionnelle de l'« interprétation large », qui, à son tour, me permettrait de rendre une ordonnance déclaratoire de filiation.

Contexte

[8] Les requérants vivent ensemble dans une relation polyamoureuse depuis 2017. Ce type de relation est désigné par la communauté de polyamoureux comme une

« triade ». Comme l'expliquent les requérants, chacun d'eux a une relation avec chacun des deux autres, toutes ces relations étant égales.

[9] La relation entre Bill et Eliza existait avant leur relation avec Olivia. En effet, Bill et Eliza vivent ensemble dans une relation depuis le début des années 2000. Puis, en 2013, ils rencontrent Olivia, et c'est en 2016 que leur relation avec elle devient amoureuse.

[10] Lorsqu'Olivia se joint à la relation de Bill et d'Eliza, elle sait qu'ils essaient de concevoir un enfant. Or, les trois ne pensent pas, à ce moment, qu'il soit nécessaire d'établir de façon précise le type de relation qu'Olivia aura avec l'enfant. Au début de 2018, Bill et Eliza conçoivent Clarke par relation sexuelle sans recours à la procréation assistée. Bien que la preuve présentée par Eliza démontre que les requérants se sont entendus avant la conception qu'Olivia aurait le rôle de parent de l'enfant, elle n'établit pas de façon manifeste si les trois requérants se sont engagés à ce qu'Olivia soit « parent à part entière » de Clarke avant la grossesse d'Eliza. En revanche, il ressort clairement de l'ensemble de la preuve que les requérants se sont entendus à un moment pendant la grossesse qu'Olivia jouerait un rôle de « parent à part entière » dans la vie de Clarke.

[11] Il est communément admis qu'Olivia a participé très activement à la préparation à la naissance de Clarke. À cette fin, Olivia a même induit chez elle une lactation afin de pouvoir nourrir l'enfant une fois né. Elle a d'ailleurs été le premier parent à le nourrir.

[12] Dans son témoignage, Olivia affirme qu'elle n'a eu droit à aucun congé parental payé du travail ni à aucune prestation à ce titre de l'État, puisqu'elle n'était pas considérée comme parent de Clarke. Elle a tout de même pris un congé sans solde de quatre semaines pour être auprès de sa famille pendant cette période.

[13] Depuis la naissance de Clarke, il y a environ deux ans et demi, les requérants ont partagé les responsabilités parentales à l'égard de Clarke. Leur arrangement parental permet à chacun des requérants de passer du temps en tête à tête avec l'enfant, et de passer du temps tout seul. Le temps que chacun passe avec Clarke est, à l'instar de nombreuses familles, tributaire, en partie, de leur horaire de travail.

[14] Depuis la naissance de Clarke, les requérants ont fait un certain nombre de voyages en tant que famille. D'ailleurs, certains de ces voyages ont eu pour but de rendre visite à la famille de chacun des trois requérants.

[15] Comme d'autres familles, ils ont adapté leur vie familiale et leur arrangement parental en fonction des changements imposés par la pandémie de COVID-19.

[16] Les requérants ont dévoilé le caractère polyamoureux de leur relation à leur famille et à leurs amis. Bien qu'ils appréhendaient au départ la réaction des autres, ils ont reçu le soutien de leurs proches, qui appuient leur relation et leur structure familiale. Toutefois, dans certains contextes professionnels, ils préfèrent ne pas dévoiler leur identité polyamoureuse par peur de représailles et de discrimination.

[17] Personne ne conteste le fait que trois personnes aimantes, bienveillantes et très compétentes élèvent Clarke. La présente affaire contraste avec de nombreuses causes de droit de la famille entendues par le tribunal qui opposent les membres d'une même famille. En l'espèce, les requérants sont tous d'accord qu'Olivia doit être reconnue comme parent légal de Clarke, au même titre qu'Eliza et Bill. Ils se présentent devant le tribunal en raison de leur structure familiale.

Régime législatif

[18] Lors de son entrée en vigueur en 2013, la *FLA* a remplacé la *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128 (loi sur les relations familiales) [*FRA*]. La partie 3 de la *FLA* établit deux régimes différents de filiation : un s'applique aux enfants conçus par relation sexuelle et l'autre s'applique aux enfants conçus par procréation assistée.

[19] Si un enfant est conçu par relation sexuelle, ses parents sont la mère naturelle et le père biologique « présumé ». Ce principe est établi à l'art. 26 de la *FLA* :

[TRADUCTION]

Filiation en l'absence de procréation assistée

26 (1) À la naissance d'un enfant qui n'est pas né d'une procréation assistée, les parents de l'enfant sont sa mère naturelle et son père biologique.

(2) Pour l'application du présent article, une personne de sexe masculin est présumée, sauf preuve contraire et sous réserve de l'application du paragraphe (3), être le père biologique d'un enfant dans les cas suivants :

a) à la naissance de l'enfant, la personne était mariée avec la mère naturelle de l'enfant;

b) la personne était mariée avec la mère naturelle de l'enfant et, au cours de la période de 300 jours précédant la naissance, leur mariage a pris fin, selon le cas :

(i) en raison du décès de cette personne,

(ii) en raison d'un jugement de divorce,

(iii) dans les circonstances visées à l'art. 21 [*mariages nuls ou annulables*];

c) la personne s'est mariée avec la mère naturelle de l'enfant après la naissance de celui-ci et a reconnu sa paternité;

d) la personne cohabitait maritalement avec la mère naturelle de l'enfant au cours de la période de 300 jours précédant la naissance de l'enfant ou le jour de cette naissance;

e) la personne et la mère naturelle de l'enfant ont reconnu la paternité de cette personne à l'égard de l'enfant en signant une déclaration en vertu de l'article 3 de la *Vital Statistics Act* (loi sur les statistiques de l'état civil);

f) la personne a reconnu sa paternité à l'égard de l'enfant en signant une déclaration en vertu de l'article 20 de la *Child Paternity and Support Act* (loi sur la paternité et l'obligation alimentaire) R.S.B.C. 1979, c. 49.

(3) Aucune présomption de paternité ne peut être invoquée si plusieurs personnes peuvent être le père biologique présumé.

[20] L'article 26 reprend la règle énoncée à l'alinéa 61(1)a), maintenant abrogé, de la *Law and Equity Act* (loi sur le droit et l'*equity*) R.S.B.C. 1996, c. 253, selon laquelle [TRADUCTION] « une personne est l'enfant de ses parents naturels ». L'article 26 maintient également les présomptions réfutables de paternité qu'énonçait l'art. 95 de la *FRA*.

[21] Les dispositions aux articles 27 à 29, en revanche, sont entièrement nouvelles. Elles établissent le régime applicable aux enfants conçus par procréation assistée. Aux termes de l'article 27, sont les parents de l'enfant sa mère naturelle et toute personne avec laquelle la mère naturelle était mariée ou avec laquelle elle cohabitait maritalement, que le matériel reproductif de cette personne ait été utilisé ou non lors de la conception de l'enfant. L'article 29 porte sur les accords de gestation pour autrui et permet aux « parents d'intention » et à la gestatrice de s'engager à être les parents ou à ne pas être les parents, selon le cas. Corollairement, l'article 30 permet à un donneur qui n'est pas parent ou à une gestatrice de s'engager également à être parent par convention écrite.

[TRADUCTION]

Filiation en cas d'autre arrangement

30 (1) Le présent article s'applique s'il y a une convention écrite qui :

- a) est intervenue avant la conception d'un enfant par procréation assistée ;
- b) est intervenue, selon le cas, entre :
 - (i) le parent d'intention ou les parents d'intention et la mère naturelle éventuelle qui accepte d'être parent avec le parent d'intention ou les parents d'intention,
 - (ii) la mère naturelle éventuelle, une personne qui est mariée avec la mère naturelle éventuelle ou qui cohabite maritalement avec celle-ci, et un donneur qui s'engage à être le parent de l'enfant au même titre que la mère naturelle éventuelle et la personne mariée avec la mère naturelle éventuelle ou qui cohabite maritalement avec celle-ci;
- c) prévoit à la fois :

- (i) que la mère naturelle éventuelle sera la mère naturelle de l'enfant conçu par procréation assistée,
- (ii) qu'à la naissance de l'enfant, les parties à la convention seront les parents de l'enfant.

(2) À la naissance d'un enfant né d'une procréation assistée dans les circonstances énoncées au paragraphe (1), les parents de l'enfant sont les parties à la convention.

(3) Si une convention décrite au paragraphe (1) est intervenue, mais que, avant la conception d'un enfant, une partie se retire de la convention ou décède, la convention est réputée résiliée.

[22] Par conséquent, aux termes de l'art. 30 de la *FLA*, un enfant peut avoir trois parents légaux. Les requérants soulignent, toutefois, que pour qu'une famille polyamoureuse comme la leur puisse invoquer cet article, leur enfant doit être né d'une procréation assistée.

[23] L'article 31 de la *FLA* décrit les circonstances dans lesquelles le tribunal peut rendre une ordonnance déclaratoire de filiation :

[TRADUCTION]

Ordonnances déclaratoires de filiation

31 (1) Sous réserve du paragraphe (5), en cas de différend ou d'incertitude concernant la question de savoir si une personne est un parent aux termes de la présente partie, l'un des tribunaux suivants peut, sur requête, rendre une ordonnance déclarant si cette personne est parent de l'enfant :

- a) la Cour suprême;
- b) la Cour provinciale, si elle doit rendre une telle ordonnance pour trancher un autre litige en matière de droit de la famille sur lequel elle a compétence.

(2) Si une requête est présentée en vertu du paragraphe (1), un avis de la requête doit être signifié aux personnes suivantes :

- a) l'enfant, s'il est âgé de 16 ans ou plus;
- b) chaque tuteur de l'enfant;
- c) chaque personne adulte avec laquelle l'enfant réside habituellement et qui prend généralement soin de l'enfant;
- d) chaque personne, connue du requérant, qui prétend être un parent de l'enfant ou qui est alléguée l'être;
- e) toute autre personne, si le tribunal estime indiqué de lui signifier un tel avis, y compris un enfant âgé de moins de 16 ans.

(3) Dans la mesure du possible, les ordonnances prononcées en vertu du présent article doivent donner effet aux règles relatives à la détermination de la filiation établies dans la présente partie.

(4) Le tribunal peut prononcer une ordonnance en vertu du présent article, malgré le décès de l'enfant ou de la personne faisant l'objet de la requête, ou des deux.

(5) Une requête ne peut être présentée à l'égard d'un enfant qui a été adopté.

Admissibilité des affidavits

[24] Avant d'aborder les trois arguments des requérants, je dois d'abord traiter les objections du procureur général à l'égard d'un certain nombre d'affidavits présentés par les requérants. Le procureur général s'oppose à l'admissibilité de trois affidavits sur lesquels s'appuient les requérants, à savoir toutes les pièces de l'affidavit de Golfam Amirkiaei (l'« Affidavit Amirkiaei »), l'intégralité de l'affidavit de John-Paul Boyd (l'« Affidavit Boyd ») et le paragraphe 21 de l'affidavit d'un ami des requérants.

[25] Bien que les requérants se soient appuyés sur l'Affidavit Amirkiaei et l'Affidavit Boyd pour donner au tribunal des renseignements généraux sur les familles polyamoureuses, ces affidavits ont servi principalement à appuyer l'argument des requérants fondé sur la *Charte*. Le procureur général ne conteste pas l'existence de familles polyamoureuses ni le fait que les requérants sont en relation polyamoureuse. Il n'est pas nécessaire que je me prononce sur l'admissibilité de l'Affidavit Amirkiaei et l'Affidavit Boyd, car les requérants les ont présentés aux fins de leur argument fondé sur la *Charte*, que je n'ai pas besoin de trancher, comme je l'ai mentionné. Or, même si cet argument fondé sur la *Charte* constituait une question en litige, l'admissibilité de ces affidavits n'aurait pas changé ma conclusion sur cette question. Autrement dit, cette thèse n'aurait pas été retenue.

[26] L'ami des requérants est infirmier autorisé, spécialisé en santé mentale. Le paragraphe 21 de son affidavit se lit comme suit :

[TRADUCTION]

D'après mon expérience, [Eliza, Bill et Olivia] sont trois personnes stables sur les plans psychologique, social et économique et, à mes yeux, émotionnellement investies dans les soins de [Clarke]. Je crois foncièrement que, mises ensemble, les ressources émotionnelles, intellectuelles et économiques des trois parents permettraient à [Clarke] de s'épanouir davantage que s'il avait deux parents.

[27] Or, il existe un processus indiqué pour l'admission d'une preuve d'expert. D'abord, un expert doit être qualifié : *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9 aux paragraphes 20 et 25. L'ami n'était pas qualifié en tant qu'expert. Il ne peut donc pas donner d'opinion sur la stabilité psychologique, sociale et économique des requérants. Les requérants en conviennent et ont confirmé dans leurs arguments verbaux que le paragraphe 21 de l'affidavit peut constituer une preuve d'expert inadmissible. Ce

paragraphe est effectivement une preuve d'expert inadmissible. Il est donc radié du dossier.

Ordonnances déclaratoires de filiation en vertu de l'article 31

[28] L'article 31 de la *FLA* [TRADUCTION] « confirme la compétence permanente (mais désormais en vertu de la loi) du tribunal de rendre des ordonnances déclaratoires de filiation ». Cela dit, le tribunal [TRADUCTION] « doit conclure qu'il y a soit un "différend" soit une "incertitude" à l'égard de la filiation d'une personne avant d'exercer cette compétence législative » : *Family Law Act (Re)*, 2016 BCSC 22 aux paragraphes 42 et 43 [*Re D.D.*].

[29] Il n'y a aucun « différend » en ce qui a trait à la filiation de Clarke au regard de l'art. 31 de la *FLA*. Les requérants avancent que l'« incertitude » réside dans la relation légale entre Clarke et Olivia et que cette question pourrait être réglée par une ordonnance déclarant Olivia parent légal de Clarke. Or, d'après ma lecture de l'article en question, ce n'est pas le type d'« incertitude » que le législateur envisageait.

[30] L'article 31 prévoit que le tribunal peut rendre une ordonnance déclaratoire de filiation s'il y a un différend ou une incertitude concernant la question de savoir si une personne est un parent ou non [TRADUCTION] « aux termes de la présente partie » (en l'occurrence, la partie 3 de la *FLA*). Il n'y a aucune incertitude que les parents légaux de Clarke sont, aux termes de la partie 3, Bill et Eliza, et non Olivia.

[31] Aux fins de la *FLA*, la filiation de Clarke est déterminée par l'art. 26, puisqu'il a été conçu par relation sexuelle. Eliza étant la mère naturelle, elle est donc parent. Bill, quant à lui, est présumé le père biologique de Clarke, et il est donc également parent. Bien entendu, j'emploie l'adjectif « présumé » puisque c'est le terme qui figure dans la *FLA* et non pour supposer l'existence d'un quelconque doute sur la paternité biologique de Bill. La *FLA* n'envisage pas la possibilité d'un troisième parent, que ce soit par voie conventionnelle ou autrement, sauf dans les cas où l'enfant a été conçu par procréation assistée.

[32] La jurisprudence sur laquelle s'appuie l'argument des requérants relatif à l'« incertitude » présente des cas distincts de l'affaire en l'espèce.

[33] Les requérants invoquent le jugement *Re D.D.*, la première affaire dans laquelle la présente cour a appliqué l'art. 31 de la *FLA*. Dans cette affaire, les requérants avaient conclu, par écrit, une convention de gestation pour autrui avec une gestatrice et son conjoint de fait. L'enfant étant né sur l'île de Vancouver, les requérants étaient enregistrés comme parents légaux de l'enfant en Colombie-Britannique. Toutefois, puisqu'ils habitaient au Québec, ils ont dû demander une ordonnance déclaratoire d'un tribunal de la Colombie-Britannique afin que leur filiation soit reconnue au Québec. Le tribunal a déterminé qu'il y avait une « incertitude » quant à la filiation de l'enfant en raison de l'exigence d'une ordonnance déclaratoire en vertu de la loi québécoise. C'est-à-dire que la filiation de l'enfant serait « incertaine » si ses parents légaux n'étaient pas

reconnus comme étant les mêmes dans tous les territoires. Le tribunal a toutefois remarqué que cette ordonnance déclaratoire n'aurait pas été nécessaire si les requérants habitaient en Colombie-Britannique (au paragr. 44). Ainsi, l'affaire *Re D.D.* est distincte de celle en l'espèce. Ce renvoi traitait d'une incertitude légale manifeste quant à la filiation de l'enfant en raison des différents régimes de filiation en vigueur en Colombie-Britannique et au Québec.

[34] Les requérants s'appuient également sur le renvoi *Family Law Act (Re)*, 2016 BCSC 598 [*Re K.G.*], une autre affaire concernant la gestation pour autrui. Dans cette affaire, les requérants avaient conclu une convention verbale de gestation pour autrui avec une gestatrice et son époux. Un enfant a été conçu lorsque la gestatrice a été inséminée artificiellement avec le sperme du requérant. Soulignons que la gestatrice n'avait, à aucun moment, l'intention d'être parent de l'enfant. Toutefois, elle a été enregistrée, par erreur, comme seul parent légal de l'enfant. Les requérants ont demandé une ordonnance déclaratoire selon laquelle ils étaient les parents légaux de l'enfant, ce à quoi la gestatrice a consenti. Le tribunal a accepté qu'il existait une « incertitude » quant à la question de savoir qui étaient les parents de l'enfant et a souligné qu'il serait anormal de refuser le redressement demandé à ceux qui avaient manifestement l'intention d'être les parents, simplement parce qu'ils n'avaient pas conclu une convention de gestation pour autrui par écrit conformément à l'art. 29 de la *FLA* (au paragr. 43). Le tribunal a conclu que l'ordonnance déclaratoire demandée donnerait plein effet aux intentions passées et actuelles de toutes les parties, ce qui, selon la Cour, est la raison fondamentale pour laquelle la *FLA* vise à reconnaître les droits parentaux en cas de gestation pour autrui (au paragr. 49).

[35] Dans l'affaire *Re K.G.*, il existait une « incertitude » parce que les parties satisfaisaient à une partie seulement des critères établis à l'art. 29 de la *FLA*, c'est-à-dire qu'elles avaient manifesté l'intention de devenir les parents légaux de l'enfant, mais n'avaient pas respecté l'exigence de l'art. 29 de mettre cette entente par écrit. En effet, l'ordonnance déclaratoire du tribunal a corrigé l'erreur de non-conformité des requérants au regard de cette disposition. L'« incertitude » invoquée dans l'affaire *Re K.G.* n'est pas analogue à la présente affaire. En l'espèce, il est évident que les parents légaux sont Eliza et Bill, et, puisque Clarke n'a pas été conçu par procréation assistée, ni les intentions des requérants ni l'existence ou non d'une convention écrite ou verbale ne sont des facteurs pertinents pour cette détermination.

[36] Les requérants s'appuient sur l'affaire *Cabianca v. British Columbia (Registrar General of Vital Statistics)*, 2019 BCSC 2010. Dans cette affaire, un homme a donné de son sperme à un couple homosexuel aux fins de la conception par procréation assistée. Deux enfants ont été conçus ainsi. Le premier a été conçu à la suite d'une convention verbale selon laquelle les trois requérants (le donneur et le couple) seraient les parents de l'enfant. Cependant, lors de l'enregistrement de la naissance, le donneur n'a pas été nommé comme parent, car les requérants ne pouvaient satisfaire à l'exigence établie par l'art. 30 de la *FLA* selon laquelle une convention écrite doit être conclue avant la conception pour que le donneur puisse être parent. Quant au second enfant, celui-ci a été conçu à la suite de la conclusion par les requérants d'une convention écrite, mais l'enregistrement de naissance de cet enfant ne comportait pas non plus le nom du

donneur comme parent. Les requérants ont donc demandé une ordonnance déclaratoire en vertu de l'art. 31 de la *FLA* afin que le donneur soit nommé troisième parent des deux enfants.

[37] Dans l'affaire *Cabianca*, le tribunal a conclu qu'il existait de l'« incertitude » quant à la filiation des enfants en raison d'erreurs commises par les parties, soit le défaut de conclure une convention écrite avant la conception du premier enfant et d'inscrire le donneur sur l'enregistrement de naissance du deuxième enfant (aux paragr. 39 et 48). Le tribunal a souligné que les ordonnances déclaratoires rendues en vertu de l'art. 31 [TRADUCTION] « doivent, dans la mesure du possible... donner effet aux règles relatives à la détermination de la filiation énoncées à la [partie 3 de la *FLA*] » (au paragr. 33). Tout compte fait, la Cour était d'avis qu'il serait inapproprié de pénaliser les parties pour une question de forme. Encore une fois, ce jugement n'appuie pas l'argument des requérants en l'espèce. Il s'apparente plutôt à l'affaire *Re K.G.*

[38] Bien que le pouvoir conféré par l'art. 31 soit assez large pour que les tribunaux puissent corriger des erreurs, il ne l'est pas au point de permettre aux juges de rendre des ordonnances déclaratoires de filiation qui ne sont pas prévues par la *FLA*. En effet, la *FLA* n'envisage pas la possibilité qu'un enfant ait plus de deux parents lorsqu'il est conçu par relation sexuelle. À la différence des affaires présentées ci-dessus, il n'y a aucune « incertitude » en l'espèce quant à la détermination des parents légaux en vertu de la partie 3 de la *FLA*.

[39] Pour les motifs exposés ci-dessus, je conclus qu'il n'y a pas lieu de rendre une ordonnance en application de l'art. 31 de la *FLA* pour déclarer Olivia parent légal de Clarke. Je suis d'avis de rejeter ce motif de recours.

Compétence *parens patriae*

Le paragraphe 192(3) de la *FLA* établit ce qui suit :

[TRADUCTION]

Compétence de la Cour suprême

192

...

(3) Aucune disposition de la présente Loi ne limite ni ne restreint la compétence inhérente de la Cour suprême d'agir en qualité de *parens patriae*.

[40] Le tribunal peut exercer sa compétence *parens patriae* pour combler une lacune dans la loi : *A.A. v. B.B.*, 2007 ONCA 2 au paragr. 27. En vertu de sa compétence *parens patriae*, le tribunal dispose d'un large pouvoir discrétionnaire pour combler des lacunes résultant d'un changement du contexte social : *A.A.* au paragr. 30. Cela dit, l'exercice par le tribunal de sa compétence *parens patriae* [TRADUCTION] « ne doit pas servir de moyen de modifier la loi ou d'empiéter de façon générale sur le droit existant,

et ne crée pas de droits substantiels » : *L.M. v. British Columbia (Director of Child, Family and Community Services)*, 2016 BCCA 367 au paragr. 33.

Distinction entre filiation et tutelle

[41] Le procureur général avance que la différence entre être « parent » et être « tuteur » est minime et qu'une ordonnance déclaratoire de filiation ne procurerait à Olivia guère plus de droits substantiels. Je n'accepte pas cet argument. Il y a une différence nette et tangible entre être parent et être tuteur. C'est en partie pourquoi le législateur a choisi de désigner ces deux rôles par des termes différents. Une ordonnance déclaratoire de filiation constitue également une reconnaissance symbolique de la relation entre un parent et son enfant. Il ne faut pas minimiser cette distinction.

[42] Les requérants me renvoient encore à l'affaire A.A. dans laquelle la Cour d'appel de l'Ontario a résumé avec éloquence l'importance des ordonnances déclaratoires de filiation. Même si certains éléments sont propres au contexte ontarien, les commentaires de la Cour ont, dans l'ensemble, toute leur pertinence en Colombie-Britannique :

[TRADUCTION]

[14] A.A., B.B. et C.C. cherchent à faire reconnaître la maternité d'A.A. et à obtenir pour elle tous les droits et toutes les obligations d'un parent gardien. La reconnaissance légale de sa relation avec son fils déterminerait également d'autres liens de parenté. Dans leur mémoire fort instructif, les intervenants M.D.R. et l'avocat des enfants résument l'importance d'une ordonnance déclaratoire de filiation du point de vue du parent et de l'enfant :

- l'ordonnance déclaratoire de filiation est une déclaration de statut viager et immuable;
- elle permet au parent de participer pleinement à la vie de l'enfant;
- le consentement du parent ainsi déclaré est requis pour toute adoption future;
- l'ordonnance déclaratoire est déterminante pour le lignage;
- l'ordonnance déclaratoire garantit à l'enfant ses droits successoraux *ab intestat*;
- le parent déclaré peut obtenir au nom de l'enfant une carte Santé, un numéro d'assurance sociale, des billets d'avion et des passeports;
- l'enfant d'un citoyen canadien est également citoyen canadien, même s'il est né à l'étranger (*Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. 1985, c. C -29, alinéa 3(1)b));
- le parent déclaré peut inscrire l'enfant à l'école;
- le parent déclaré peut exercer ses droits en vertu de diverses lois, dont la *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé*, L.O. 1996, c. 2, annexe A, alinéa 20(1)5.

[15] L'une des plus grandes craintes des mères lesbiennes serait probablement la mort de la mère naturelle. Sans ordonnance déclaratoire de filiation ou une autre ordonnance analogue, la conjointe survivante serait inhabilitée à prendre des décisions pour leur enfant mineur, notamment des décisions cruciales pour ses soins de santé : voir M.D.R. au paragr. 220. Les intervenants de M.D.R. ont fait valoir ce qui suit : « Une ordonnance déclaratoire de filiation reconnaît la relation entre un parent et son enfant d'une manière qui est importante tant sur le plan pratique que sur le plan symbolique. » ...

[43] La présente cour a suivi le précédent établi par A.A. dans les affaires *Re D.D.*, *Re K.G.* et *Cabianca*.

[44] En effet, dans la décision *Cabianca*, au paragr. 37, le tribunal a affirmé que [TRADUCTION] « l'importance de l'enregistrement de naissance d'un enfant ne peut pas être sous-estimée. Ce document indique l'origine d'un enfant et donne des droits tant à l'enfant qu'à ses parents. Il doit donc être inclusif et refléter les intentions des personnes ayant joué un rôle dans la naissance de l'enfant. »

[45] Si je conviens avec le procureur général que la partie 3 de la *FLA* ne détermine pas à qui incombent les responsabilités parentales ni ne définit les ententes parentales, il existe néanmoins un lien direct entre la filiation et le parentage. L'art. 39 de la *FLA* établit que [TRADUCTION] « les parents sont d'ordinaire les tuteurs ». Par ailleurs, une personne qui n'est pas le parent d'un enfant doit généralement demander une ordonnance du tribunal pour être nommée son tuteur (art. 50 et 51 de la *FLA*). Une personne peut également devenir tuteur de l'enfant par « nomination » par un tuteur existant en prévision de son décès ou de son incapacité (art. 53 et 55).

[46] Les parties ont toutes souligné que la filiation détermine le lignage et les droits successoraux *ab intestat* de l'enfant, sa citoyenneté, le droit éventuel aux congés parentaux et certaines obligations financières, entre autres. Cependant et par-dessus tout, la principale différence entre la filiation et la tutelle est peut-être que la première est immuable : la relation entre un parent et son enfant ne peut être rompue. C'est pourquoi il y a des distinctions tant concrètes que symboliques entre la filiation et la tutelle, de sorte que la tutelle n'est pas une « panacée » pour Olivia.

L'intérêt supérieur de l'enfant doit-il être considéré?

[47] Les requérants font valoir que des tribunaux d'autres provinces ont exercé leur compétence *parens patriae* pour rendre des ordonnances déclaratoires de filiation au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant. Or, le procureur général plaide que l'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas un critère applicable aux ordonnances déclaratoires de filiation rendues en vertu de la partie 3 de la *FLA*. Pour les raisons que j'exposerai, l'intérêt supérieur de l'enfant doit toujours être considéré dans les décisions concernant les enfants, y compris celles qui sont prises en vertu de la partie 3 de la *FLA*.

[48] Dans l'affaire A.A., un couple homosexuel a demandé que les deux conjointes soient légalement reconnues comme mères d'un enfant. Le tribunal a conclu qu'il existait une lacune dans la loi et que le législateur n'avait pas envisagé la possibilité

qu'un enfant ait un parent qui ne lui est pas lié par le sang. À l'époque où ces dispositions législatives ont été adoptées, l'objectif du législateur était d'assurer l'égalité des enfants nés à l'intérieur et à l'extérieur des liens du mariage, et non des enfants de parents homosexuels. En exerçant sa compétence *parens patriae*, le tribunal a recherché l'intérêt supérieur de l'enfant :

[TRADUCTION]

[35] Le contexte social et les attitudes ont changé. L'évolution de notre perception de la valeur d'autres types de relations et les avancées de la science des techniques de reproduction ont créé des lacunes dans le régime de la *Loi portant réforme du droit de l'enfance*. Grâce à ces changements, les parents d'un enfant peuvent être deux femmes ou deux hommes. Ils sont tout autant parents que n'importe quel parent adoptif ou « naturel ». Néanmoins, puisque la *Loi portant réforme du droit de l'enfance* ne reconnaît pas ces formes de parentage, les enfants issus de ces relations sont privés de l'égalité de statut que confèrent les ordonnances déclaratoires de filiation.

...

[37] Il est contraire à l'intérêt supérieur de D.D. que celui-ci soit privé de la reconnaissance légale de la filiation de l'une de ses mères. Il n'existe aucune autre manière de combler cette lacune que par l'exercice de la compétence *parens patriae*. Comme il a été indiqué ci-dessus, A.A. et C.C. ne peuvent demander une ordonnance d'adoption sans priver D.D. de la filiation de B.B., ce qui ne serait pas dans l'intérêt supérieur de D.D.

[Je souligne.]

[49] Une autre affaire, *C.C. (Re)*, 2018 NLSC 71, est comparable sur le plan factuel à l'affaire en l'espèce : le tribunal a évalué si une ordonnance déclaratoire de filiation rendue en vertu de la compétence *parens patriae* serait dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans *C.C.*, deux hommes et une femme en relation polyamoureuse ont demandé une ordonnance déclarant les trois conjoints comme étant parents de l'enfant. Il est à noter que la femme dans cette relation était la mère naturelle de l'enfant. Or l'on ignorait lequel des deux hommes était le père biologique. Les parties ont délibérément choisi de ne pas le déterminer. Le tribunal a souligné que dans toute affaire concernant un enfant, comme en l'occurrence, l'intérêt supérieur de l'enfant constitue toujours un facteur décisionnel déterminant (paragr. 17). Au bout du compte, le tribunal était d'avis qu'il y avait une lacune dans la loi : le législateur n'avait tout simplement pas envisagé l'existence de familles polyamoureuses au moment de rédiger la loi. Le tribunal s'est appuyé en partie sur le *hansard* pour tirer cette conclusion. Pour rendre sa décision, le tribunal a suivi les motifs de jugement de la Cour d'appel de l'Ontario dans *A.A.* (cité ci-dessus). Toutefois, comme je l'ai mentionné, l'affaire en l'espèce se distingue de *C.C.*, où, notamment, l'on ignorait l'identité du père biologique. Il y avait, ainsi, une « incertitude » sur la filiation de l'enfant.

[50] Le procureur général plaide que puisque la partie 3 de la *FLA* ne fait aucune référence à l'intérêt supérieur de l'enfant, il n'y a pas lieu d'en tenir compte dans l'application de cette partie. Il souligne par ailleurs que la partie 4 exige expressément

que le tribunal considère exclusivement l'intérêt supérieur de l'enfant lorsqu'il rend des ordonnances en matière de tutelle, d'arrangements parentaux et de contact : voir l'art. 37. Il y a d'autres parties, également, de la *FLA* qui exigent explicitement que le tribunal considère l'intérêt supérieur de l'enfant.

[51] Dans l'affaire *Cabianca*, aux paragraphes 34 à 36, le tribunal a rejeté l'argument voulant que l'intérêt supérieur de l'enfant ne s'applique pas à la partie 3 de la *FLA*. Essentiellement, le procureur général avance que le tribunal a commis une erreur à cet égard dans cette affaire. Il fait valoir que cette erreur est en partie attribuable au fait que le procureur général ne s'est pas vu donner l'occasion de présenter ses observations dans *Re D.D.* et *Re K.G.*, deux jugements sur lesquels le tribunal s'est appuyé dans l'affaire *Cabianca*. Le procureur général avance qu'une lecture correcte de la partie 3, suivant les principes d'interprétation législative, permettrait de conclure que l'intérêt supérieur de l'enfant ne constitue pas un facteur à considérer dans l'application de la partie 3 de la *FLA*. Avec égards, je ne suis pas d'accord sur cet argument.

[52] C'est une règle de droit bien connue que l'intérêt supérieur de l'enfant est toujours un facteur important que le tribunal doit considérer dans toute décision ayant une incidence sur un enfant. Si la partie 4 de la *FLA* établit que l'intérêt supérieur de l'enfant est le seul facteur à considérer à l'heure de rendre une ordonnance sur la tutelle, les arrangements parentaux et le contact, elle n'empêche pas que ce facteur soit pris en compte dans l'application d'autres parties de cette loi. Bien que l'intérêt supérieur de l'enfant ne soit pas le seul facteur à considérer dans l'application de la partie 3 la *FLA*, il serait contraire au but et à l'objet globaux de cette loi d'en faire fi dans des décisions en matière de filiation, qui, par leur nature même, ont forcément une incidence sur un enfant.

[53] Par ailleurs, le paragraphe 199(2) de la *FLA* établit ce qui suit :

[TRADUCTION]

Conduite de l'instance

199

...

(2) Si une instance introduite en vertu de la présente Loi peut avoir une incidence sur un enfant, le tribunal doit :

a) tenir compte de l'incidence de l'instance sur l'enfant ;

b) encourager les parties à se soucier de l'intérêt supérieur de l'enfant, ce qui suppose notamment de réduire au minimum les effets du conflit entre les parties sur l'enfant.

[54] Le procureur général convient que la présente requête constitue « une instance introduite en vertu de la présente Loi ». Une ordonnance déclaratoire de filiation a forcément une incidence sur un enfant qui, par définition, est une partie à la relation parent-enfant. Dès lors, la loi exige que le tribunal tienne compte de l'incidence de la

présente requête sur Clarke afin de déterminer ce qui est dans son intérêt supérieur. C'est ce qui préconise également la jurisprudence citée ci-dessus.

La *FLA* présente-t-elle une lacune?

[55] Les requérants avancent qu'il existe une lacune dans la *FLA* en ce qui concerne les enfants conçus par relation sexuelle qui ont plus de deux parents. Ils affirment que le législateur n'a simplement pas envisagé ce type de situation au moment de rédiger la *FLA*.

[56] Le procureur général, quant à lui, réplique qu'il n'existe aucune lacune dans la *FLA* et que la partie 3 codifie de façon exhaustive les règles applicables à la détermination de la filiation en Colombie-Britannique.

[57] Dans l'affaire *Cabianca*, le tribunal a fait siennes les conclusions de la juge Fitzpatrick dans *Re K.G.*, selon lesquelles la partie 3 de la *FLA* constitue un code complet en matière de détermination de la filiation :

[TRADUCTION]

[26] Il y a une question à savoir si la présente Cour a toujours une compétence inhérente pour rendre une ordonnance déclaratoire de filiation lorsque la situation dépasse le cadre législatif de la *FLA* ou que les parties ne s'y sont pas conformées. Dans l'affaire *FLA #2*, la juge Fitzpatrick a déterminé que dans le cadre de la nouvelle *FLA*, la filiation doit être déterminée conformément à la partie 3. Elle résume avec éloquence les buts de la partie 3 et les questions qu'elle est censée résoudre :

[13] La partie 3, intitulée « Filiation », a été prévue pour fournir un cadre législatif exhaustif en ce qui a trait à la détermination de la filiation dans le contexte de la diversité des relations liées à la naissance d'un enfant par procréation assistée. Ces nouvelles dispositions traitent davantage des relations traditionnelles qui sont tributaires de la biologie et de l'adoption, et créent un cadre ayant pour but de reconnaître les relations parentales qui découlent (ou qui ne découlent pas) de cette nouvelle réalité dans laquelle naissent des enfants.

[27] Je conviens que la partie 3 constitue un cadre législatif complet qui codifie de façon exhaustive les règles permettant de déterminer qui est parent d'un enfant. La présente Cour n'a donc pas de compétence inhérente pour déterminer la filiation en dehors de ce cadre législatif : *L.M. v. British Columbia (Director of Child, Family and Community Services)*, 2016 BCCA 367; *B.A.N. v. J.H.*, 2008 BCSC 808. La filiation doit donc être déterminée conformément à la partie 3 et la compétence pour accorder un redressement se limite aux mesures de redressement prévues par l'art. 31 de la *FLA*.

[58] Comme je l'ai mentionné, la *FLA* prévoit deux régimes de filiation : un, qui s'applique aux enfants conçus par relation sexuelle, et l'autre, qui s'applique aux enfants conçus par procréation assistée. Dans le cadre du premier régime, un enfant peut avoir un ou deux parents. Dans le cadre de l'autre régime, un enfant peut avoir un ou plusieurs parents.

[59] Je suis d'accord avec la juge Fitzpatrick sur le fait que la partie 3 de la *FLA* codifie de façon exhaustive les règles de filiation applicables aux enfants conçus par procréation assistée, un enjeu abordé dans les affaires *Re K.G.*, *Re D.D.* et *Cabianca*. Il ressort du harsard – et j'en discuterai en détail ci-dessous – que l'un des objectifs du législateur était de moderniser la *FLA* pour établir un cadre applicable aux enfants conçus par procréation assistée.

[60] Il s'agit donc, en l'espèce, de déterminer si la partie 3 de la *FLA* codifie de façon exhaustive les règles en matière de filiation applicables aux enfants conçus par relation sexuelle. La règle énoncée à l'article 26, la disposition pertinente à cet égard, est simple : si un enfant est conçu par relation sexuelle, ses parents sont sa mère naturelle et son père biologique présumé. Ainsi, un enfant conçu de cette manière ne peut avoir plus de deux parents. Le procureur général souligne qu'il ne s'agit pas d'une lacune dans la loi, mais plutôt d'une décision intentionnelle prise par le législateur.

[61] Le procureur général fait valoir que le législateur aurait envisagé les familles polyamoureuses au moment de rédiger la *FLA*. Il souligne, par ailleurs, que la *FLA* est entrée en vigueur en 2013, soit environ deux ans après la décision très notoire rendue le 23 novembre 2011 dans l'affaire *Reference re: Section 293 of the Criminal Code of Canada*, 2011 BCSC 1588, qui a examiné en détail les relations polyamoureuses et la polygamie au Canada. Par conséquent, si le législateur avait eu l'intention d'élargir la filiation de l'enfant conçu par relation sexuelle au-delà de ses deux parents biologiques, il l'aurait fait dans la *FLA*.

[62] Je tiens à souligner cependant que la *FLA* a été débattue au sein de la législature en novembre 2011 et a reçu la sanction royale le 24 novembre 2011.

[63] Le harsard s'avère utile pour bien cerner ce qui était à l'esprit du législateur au moment de la rédaction de la *FLA* : voir l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 RCS 463 aux paragr. 484 et 485. Il en ressort que le législateur s'attachait à mettre à jour la loi qui s'applique aux enfants conçus par procréation assistée. C'est ce qui est illustré par les commentaires de l'honorable S. Bond à la deuxième lecture du projet de loi :

[TRADUCTION]

L'autre question épineuse qu'aborde ce projet de loi est, certes, celle de la filiation. Dans un monde qui a connu de grands changements au cours des dernières décennies, où de nombreuses familles ont des enfants qui ne sont pas les fruits directs de leur labeur, si je peux le dire ainsi, mais en recourant à la procréation assistée, par l'intermédiaire d'une gestatrice ou autrement, grâce à la fécondation in vitro – toutes les nouvelles technologies, si vous voulez bien – ce projet de loi aborde ce qui est un domaine de droit en expansion rapide et particulièrement difficile et complexe.

À qui incombera la responsabilité? Un donneur de sperme doit-il être tenu par la loi à l'obligation alimentaire? Le commun des mortels répondrait par la négative. Cette loi traite de ces réalités très complexes, et cette chambre aura rarement

débatu de questions aussi intéressantes que celles qui sont liées aux difficultés que présente ce domaine du droit^[1].

[64] Les commentaires du J. McIntyre abondent dans le même sens :

[TRADUCTION]

Je pense qu'un autre aspect important de cette loi est qu'elle fournira un cadre fort nécessaire et des éclaircissements pour la détermination de la filiation, y compris dans les cas où il y a eu recours à la procréation assistée. La loi traite de cette question d'une manière qui protégera l'intérêt supérieur de l'enfant et favorisera également des relations familiales stables. Il s'agit à mes yeux d'un outil très important, puisque de nombreuses familles d'aujourd'hui doivent recourir à la technologie reproductive pour fonder une famille^[2].

[65] Les débats de la législature portant précisément sur l'article 26 sont limités; ils sont principalement centrés sur le maintien des présomptions de paternité établies dans la *FRA*^[3].

[66] Comme le démontrent le hasard et le fait que l'art. 26 de la *FLA* maintient les dispositions équivalentes de la *Law and Equity Act* et de la *FRA* en ce qui concerne les enfants conçus par relation sexuelle, l'attention du législateur au moment de rédiger la *FLA* n'était pas sur la modernisation des dispositions liées aux enfants conçus par relation sexuelle. D'ailleurs, ce constat est appuyé par le livre blanc du ministre du Procureur général intitulé *White Paper on Family Relations Act Reform*, publié en juillet 2010 avant que la *FLA* ait reçu la sanction royale. Le Ministère explique dans ce livre blanc que [TRADUCTION] « la *Family Law Act* établira un régime exhaustif pour déterminer qui sont les parents légaux d'un enfant, y compris en cas de procréation assistée. Ce régime comblera les lacunes législatives en matière de filiation... » (au paragr. 31).

[67] Le procureur général avance que l'affaire en l'espèce n'est pas un cas où « un tribunal contemporain » peut combler une lacune dans une vieille loi, car la *FLA* envisage qu'un enfant puisse avoir plus de deux parents dans certaines situations, c'est-à-dire celles où il y a eu recours à la procréation assistée. Quoiqu'il en soit, je ne crois pas que ce propos milite en faveur de l'argument du procureur général. Ce n'est pas parce que le législateur a pu envisager des familles ayant plus de deux parents dans un contexte de procréation assistée qu'il a forcément prévu la possibilité qu'un enfant ait plus de deux parents dans d'autres contextes. En fait, il m'est évident que le législateur ne révisait pas le concept de la filiation pour ce qui est des enfants conçus par relation sexuelle. La question des situations comme celle des requérants n'a effectivement pas été soumise à la législature.

[68] Pour ces motifs, je suis d'avis qu'il existe une lacune dans la *FLA* en ce qui a trait aux enfants conçus par relation sexuelle et qui ont plus de deux parents. Il ressort de la preuve que le législateur n'a pas envisagé la possibilité qu'un enfant soit conçu par relation sexuelle et qu'il ait plus de deux parents. Disons carrément que le législateur

n'a pas pensé aux familles polyamoureuses. Peut-être cette omission témoigne-t-elle de l'évolution des conditions et des attitudes sociales, comme dans les affaires A.A. et C.C., ou simplement de l'inadvertance du législateur. Quoi qu'il en soit, la *FLA* n'établit pas un cadre adéquat pour déterminer la filiation des enfants nés dans une famille polyamoureuse.

Questions diverses

[69] Un certain nombre de questions diverses ont été soulevées par les parties dans leurs plaidoiries. Par souci d'exhaustivité, je traiterai brièvement ces questions avant d'aborder les répercussions de mes conclusions en l'espèce.

La nécessité d'une convention de filiation antérieure à la conception

[70] Le procureur général plaide que je ne peux pas rendre une ordonnance déclaratoire de filiation puisque les requérants n'ont pas conclu de convention de filiation antérieure à la conception en vertu de laquelle Olivia deviendrait parent de Clarke. Il est d'avis qu'une telle convention (ou à tout le moins une intention à cet égard) est obligatoire en vertu de la *FLA* pour qu'un tiers puisse être reconnu comme parent. D'ailleurs, il fait valoir ses observations en s'appuyant sur les courants jurisprudentiels.

[71] Cependant, comme j'ai conclu que le législateur n'avait pas envisagé les familles polyamoureuses en rédigeant la *FLA*, il serait erroné d'élargir l'exigence d'une convention de filiation antérieure à la conception au-delà du contexte de la procréation assistée. Qui plus est, la justification d'une telle exigence est bien plus logique dans le contexte de la procréation assistée où les parties engagent un donneur ou une gestatrice qui peut souhaiter ou non être parent, et où les parties peuvent souhaiter ou non que ce donneur ou cette gestatrice soit parent. Si le législateur est d'avis qu'une convention de filiation antérieure à la conception est nécessaire, il doit combler cette lacune législative en conséquence.

L.M. v. British Columbia (Director of Child, Family and Community Services)

[72] Le procureur général plaide que je ne peux exercer ma compétence *parens patriae* même si je trouve une lacune dans la *FLA*, à la lumière des motifs de la Cour d'appel dans la décision *L.M. v. British Columbia (Director of Child, Family and Community Services)*, 2016 BCCA 367. Il se réfère, en particulier, au paragr. 33 :

[TRADUCTION]

[33] Dès lors qu'il existe un cadre législatif, cette compétence protectrice du tribunal s'applique seulement dans la mesure où il y existe une lacune : *Beson c. Director of Child Welfare* (T.-N.), [1982] 2 RCS 716, 142 DLR (3d) 20. On entend parfois dire que la compétence *parens patriae* peut habiliter le tribunal à

intervenir dans les cas où la malveillance ou la mauvaise foi est établie. Cependant, ces concepts ne se limitent pas aux questions de *parens patriae*, et, à mon avis, ils s'inscrivent plutôt dans le cadre général du contrôle judiciaire. Ainsi, la compétence *parens patriae* n'est pas censée être un moyen pour obtenir une modification de la loi ou pour intervenir généralement dans la législation existante. D'ailleurs, elle ne crée pas de droits substantiels :...

[Je souligne.]

[73] Le procureur général prétend que l'ordonnance déclaratoire de filiation demandée octroierait effectivement un droit substantiel hors du cadre de la loi.

[74] Dans l'affaire *L.M.*, la question était de savoir s'il existait une lacune dans l'*Adoption Act*, R.S.B.C. 1996, c. 5 ou la *Child, Family and Community Service Act*, R.S.B.C. 1996, c. 46, de sorte à permettre au tribunal d'intervenir dans l'adoption d'un enfant en vertu de sa compétence *parens patriae*. L'adoption étant une création de la loi, l'*Adoption Act* est considérée depuis longtemps comme un code exhaustif. Au paragr. 29 de ce jugement, on lit que [TRADUCTION] « l'adoption est un dispositif juridique créé par la loi dans le but précis de réattribuer des relations légales à l'égard d'une personne, habituellement un enfant.... Avant [l'*Adoption Act*], il n'existait aucun processus d'adoption légal dans cette province. Depuis la promulgation de [l'*Adoption Act*], l'adoption suit un processus entièrement établi par la loi. » Pour conclure, la Cour d'appel a exposé ce qui suit :

[TRADUCTION]

[39] À mon avis, l'ensemble des pouvoirs conférés à la directrice par la *Child, Family and Community Service Act*, et par les références précises à son égard au par. 4(2) de l'*Adoption Act*, est la preuve que le législateur a souhaité que la directrice ait un contrôle complet sur ces questions, de sorte qu'il n'y ait pas lieu à l'exercice par le tribunal de sa compétence *parens patriae* pour donner effet à l'adoption de S.S. par les appelants.

[40] Ainsi, au regard de la loi, il est évident que la requête dont était saisi le juge Macintosh pour l'obtention d'une ordonnance en matière d'adoption en Colombie-Britannique demandait un redressement hors de la compétence du tribunal; le juge avait donc raison de rejeter ces aspects de la requête.

[75] Si l'*Adoption Act* est forcément un code exhaustif, ce n'est pas le cas pour la *FLA*. J'accepte l'argument des requérants selon lequel le législateur, par l'inclusion du par. 192(3) dans la *FLA*, reconnaît expressément qu'il peut y avoir des circonstances qui nécessitent l'exercice par le tribunal de sa compétence *parens patriae*, notamment pour combler d'éventuelles lacunes dans la loi.

L'argument de l'avalanche d'instances

[76] Le procureur général prétend que si j'exerce ma compétence *parens patriae* pour déclarer Olivia troisième parent légal de Clarke, une avalanche d'instances seront

introduites à l'avenir pour obtenir des ordonnances déclaratoires de filiation. Toutefois, à mes yeux, cette préoccupation n'est pas justifiée et n'est pas un motif pour m'abstenir d'exercer ma compétence *parens patriae* en l'espèce. Comme le soulignent les requérants, il est inhabituel qu'une personne se présente devant un tribunal et demande une ordonnance déclaratoire de filiation. En réalité, dans de nombreuses affaires judiciaires en matière de droit de la famille, les parents tentent de se décharger de leurs responsabilités plutôt que d'en obtenir. Par ailleurs, chaque instance où il est demandé au tribunal d'exercer sa compétence *parens patriae* doit faire l'objet d'une appréciation des faits, et le tribunal doit déterminer s'il y a lieu de rendre une ordonnance déclaratoire de filiation en conséquence.

[77] Enfin, il est du ressort du législateur de combler la lacune cernée dans la *FLA* et de préciser dans quelles situations, le cas échéant, un enfant peut avoir plus de deux parents légaux s'il est conçu par relation sexuelle.

Application à l'espèce

[78] Comme il a été démontré à l'audience de la requête, Olivia, Eliza, Bill et Clarke forment une famille. Il ressort des témoignages des requérants et de membres de leur famille que le rôle que joue Olivia dans la vie de Clarke est identique à celui d'Eliza et de Bill. Elle se définit comme parent de Clarke qui, à son tour, la voit comme l'une de ses mères. Dès qu'Olivia a appris la grossesse d'Eliza, ou peu après, elle a eu l'intention ferme d'être parent de Clarke.

[79] Or, Olivia n'a actuellement aucun droit légal en tant que parent. Elle n'a pas demandé la tutelle et n'a donc aucun droit à ce titre non plus. Le fait qu'elle ne soit pas un des parents légaux de Clarke a des conséquences sur les plans tant pratique que symbolique. Même si la tutelle remédierait à certaines des conséquences pratiques, elle n'équivaut pas pour autant à la filiation. Une ordonnance déclaratoire de filiation confère un statut immuable et perpétuel de même que les droits et les responsabilités qui s'y rattachent. Pour déterminer si une telle ordonnance est justifiée en l'espèce, il faut s'attarder à l'intérêt supérieur de Clarke, même si ce facteur n'est pas le seul à prendre en considération.

[80] En reconnaissant Olivia comme parent légal, le tribunal formaliserait ses obligations financières envers Clarke, c'est-à-dire son obligation de parent de subvenir aux besoins de son enfant. Ni Olivia ni Clarke ne seraient obligés de distinguer leur relation de celle qui existe entre Clarke et Eliza et Bill. Toute distinction légale à cet égard pourrait entraîner une situation d'iniquité entre les rôles de chaque parent dans la vie de Clarke, ce qui aurait un effet néfaste sur celui-ci. Une reconnaissance d'Olivia comme parent légal permettrait en outre à celle-ci d'obtenir des avantages de nature légale ou autre qui profiteraient à Clarke. Par exemple, elle a affirmé dans son témoignage qu'une ordonnance déclaratoire de filiation lui permettrait d'ajouter Clarke comme personne à charge au régime d'assurance maladie complémentaire de son

employeur. En vertu du règlement *Employment and Assistance Regulation*, BC Reg. 263/2002, qui prévoit la prestation d'aide financière aux résidents admissibles, Olivia aurait besoin d'une ordonnance de tutelle ou de garde pour que Clarke puisse être considéré comme son enfant à charge. Certaines dispositions législatives provinciales prévoient qu'une personne qui se substitue à un parent est une personne qui hérite de droits et d'obligations à l'égard d'un enfant. Or, en l'occurrence, les parents biologiques de Clarke demeurent ses parents légaux. Il est donc douteux qu'Olivia puisse être considérée comme une telle personne. En effet, elle ne se substitue pas aux parents légaux.

[81] Ce qui plus est, les requérants sont tous d'accord qu'Olivia doit être reconnue comme parent légal de Clarke. Ils ont tous témoigné de l'importance d'une telle reconnaissance. Une ordonnance déclaratoire de filiation leur procurerait de la sécurité et de la tranquillité d'esprit et validerait le rôle d'Olivia dans la vie de Clarke.

[82] Comme je l'ai souligné en détail ci-dessus, je suis d'avis qu'il existe une lacune dans la *FLA* en ce qui concerne les enfants conçus par relation sexuelle qui ont plus de deux parents. Pour y remédier, conformément au par. 192(3) de la *FLA*, j'exerce ma compétence *parens patriae* et je déclare qu'Olivia est parent légal de Clarke au même titre qu'Eliza et Bill. Il est dans l'intérêt supérieur de Clarke que tous ses parents soient légalement reconnus à ce titre.

L'argument fondé sur la Charte invoqué par les requérants

[83] Puisque j'ai exercé ma compétence *parens patriae* et déclaré Olivia parent légal de Clarke, il n'est pas nécessaire de traiter l'argument fondé sur la *Charte* qu'invoquent les requérants. Néanmoins, pour des motifs que j'exposerai brièvement, cet argument n'aurait pas été retenu.

[84] Les requérants plaident que l'art. 26 de la *FLA* est inconstitutionnel au motif qu'il viole l'art. 15 de la *Charte*.

[85] Afin que leur argument fondé sur la *Charte* soit convaincant, les requérants doivent démontrer que l'art. 26 : (1) crée, à première vue ou par son effet, une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue; (2) impose un fardeau ou nie un avantage d'une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer le désavantage. *Fraser c. Canada (Procureur général)*, 2020 CSC 28 au paragr. 27. Les requérants affirment que l'art. 26 de la *FLA* crée une distinction fondée sur le « statut de famille », qui est selon eux un motif analogue aux motifs énumérés à l'art. 15 de la *Charte*.

[86] Il incombe aux requérants d'établir que le « statut de famille » est un motif analogue. D'ailleurs cette question exige une analyse au-delà des circonstances particulières des requérants. La raison pour cela est que dès qu'un motif analogue est reconnu dans une affaire où la *Charte* est invoquée, il demeure reconnu pour toutes les

autres affaires à venir : *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 RCS 203 aux paragr. 8 à 10. En effet, dès lors qu'un motif analogue est reconnu, il a la même fonction qu'un motif énuméré. À cet égard, la Cour souligne que « [s]oit il s'agit d'un principe juridique durable... soit ce n'en est pas un » : *Fraser* au paragr. 115.

[87] À l'instar des motifs énumérés, les motifs analogues sont fondés sur des caractéristiques personnelles qui sont soit immuables, soit modifiables uniquement à un prix inacceptable du point de vue de l'identité personnelle : *Corbiere* au paragr. 13. Ils décèlent des décisions stéréotypées ou prises à l'égard d'un groupe qui a historiquement fait l'objet de discrimination : *Corbiere* au paragr. 13. Un certain nombre de motifs analogues ont été reconnus depuis la rédaction de la *Charte*, notamment l'état matrimonial, l'orientation sexuelle, le lieu de résidence des Autochtones et la non-citoyenneté.

[88] Bien que le statut de famille ait déjà été soumis aux tribunaux sous la prétention qu'il constitue un motif analogue, il n'a pas pour autant été reconnu comme tel jusqu'à présent. Dans l'arrêt *Fraser* (en *obiter*), la juge Abella s'est attardée longuement sur les problèmes que poserait la reconnaissance du statut de famille comme motif analogue :

[118] Les parties reconnaissent que le statut de famille est un motif protégé par la plupart des lois provinciales sur les droits de la personne et que, même si le statut de parent ne bénéficie pas d'une protection explicite distincte, le statut de famille a été interprété comme englobant la protection des parents...

[119] Mais on ne nous a soumis pratiquement aucune observation sur la question de savoir si — ou de quelle manière — la jurisprudence incertaine en matière de droits de la personne influe ou est susceptible d'influer sur la reconnaissance dans la *Charte* du statut de famille ou du statut de parent, sur la définition ou la portée éventuelle du « statut de famille » ou du « statut de parent », ou sur la possibilité de s'attaquer à la discrimination fondée sur le statut de parent ou le statut de famille par la reconnaissance d'autres motifs (voir *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627, p. 722-725, la juge McLachlin, dissidente (« statut de parent gardien séparé ou divorcé »); *Canada (Procureur général) c. Lesiuk (C.A.)*, [2003] 2 C.F. 697, par. 37; (« femmes exerçant des responsabilités parentales »)).

[120] On ne nous a pas non plus soumis d'arguments ou de preuves sur la question de savoir si — ou de quelle manière — la reconnaissance du statut de famille ou du statut de parent accorderait aux femmes une plus grande protection que celle que leur offre déjà le motif énuméré que constitue le sexe. Le dossier est tout aussi muet sur la nature des désavantages que les pères ont subis ou continuent de subir dans l'exercice des responsabilités parentales, ou sur les éventuelles répercussions de la reconnaissance d'un nouveau motif analogue sur les relations du père avec le coparent.

[121] Enfin, aucune observation ne nous a été présentée sur le point de savoir si — ou de quelle manière — ces questions se rapportent au critère qu'il faut

respecter pour pouvoir reconnaître un nouveau motif analogue, critère qui a lui-même fait l'objet d'une attention renouvelée de la part des universitaires (voir Joshua Sealy-Harrington, « Assessing Analogous Grounds: The Doctrinal and Normative Superiority of a Multi-Variable Approach » (2013), 10 *J.L. & Equality* 37; Jessica Eisen, « Grounding Equality in Social Relations: Suspect Classification, Analogous Grounds and Relational Theory » (2017), 42 *Queen's L.J.* 41).

[122] Voilà quelques-unes des questions qui méritent un examen attentif par notre Cour, tout comme celles ayant trait aux [traduction] « soins croissants et urgents à offrir aux aînées » (Commission ontarienne des droits de la personne, p. 12) et aux répercussions de l'évolution de notre conception de la notion de « famille », qui s'articulait autrefois autour du lien conjugal, et qui tient désormais davantage compte des diverses façons dont les relations intimes se vivent de nos jours dans les ménages (voir Elaine Craig, « Family as Status in *Doe v. Canada*: Constituting Family Under Section 15 of the *Charter* » (2007), 20 *R.N.D.C.* 197, p. 207-208). Mais ces questions ont été à peine effleurées dans le présent pourvoi.

[123] Bien que la reconnaissance de motifs de discrimination multiples et interactifs permette de mieux apprécier la discrimination en cause dans certaines affaires, les lacunes de la preuve et des observations font en sorte que des questions fondamentales portant sur les répercussions de l'adoption du statut de famille ou du statut de parent comme motif analogue n'ont pas été étudiées dans le dossier. Cela ne veut pas dire pour autant qu'un tel statut ne devrait pas être reconnu un jour comme motif analogue ou que nous devrions éviter de reconnaître des motifs analogues qui soulèvent des questions complexes — il est rare que les motifs analogues ou énumérés soient clairement présentés —, mais avant de le faire, il me semble plus sage de bénéficier d'un débat en bonne et due forme et d'une présentation d'arguments sur ce qui est en cause afin que la reconnaissance, lorsqu'elle est accordée, reflète pleinement la portée de ce qui est en jeu.

[Je souligne.]

[89] Les remarques de la juge Abella mettent en lumière la lourde tâche, quoique très importante, que constitue la reconnaissance d'un nouveau motif analogue. Les critères très rigoureux pour reconnaître le statut de famille comme motif analogue se justifient par les vastes répercussions qui en découleraient. Avant de reconnaître le statut de famille comme motif analogue, nous devons bien le comprendre et bien le définir.

[90] En l'espèce, les requérants se sont appuyés sur une mince littérature en sciences sociales. Aucun expert n'a témoigné. Par ailleurs, leurs observations portent principalement sur les familles polyamoureuses et ne traitent pas suffisamment de l'incidence globale qu'aurait la reconnaissance d'un tel motif analogue. Il reste encore à poser des questions fondamentales, et à les traiter. Ainsi, à la lumière du dossier limité qui m'est présenté, j'estime qu'il n'est pas opportun, en l'espèce, de reconnaître comme

motif analogue le statut de famille. Pour ces motifs, l'argument fondé sur la *Charte* n'aurait pas été retenu s'il constituait toujours une question en litige.

[91] Les requérants font valoir que si je ne conclus pas à l'inconstitutionnalité et au caractère attentatoire aux droits protégés par la *Charte* de l'art. 26, d'autres familles polyamoureuses devront elles aussi suivre le lourd et onéreux processus nécessaire pour obtenir du tribunal une ordonnance déclaratoire de filiation. Soit, mais cette considération ne rend pas les critères pour la qualification d'un motif comme analogue moins exigeants. Pour qu'un tribunal puisse reconnaître un nouveau motif analogue, il faut lui présenter un dossier robuste contenant une preuve volumineuse ainsi que des plaidoiries étoffées. Peut-être qu'un tel dossier devra être présenté par une partie qui a le temps et les ressources qu'exige ce type d'initiative. Certes, comme je l'ai déjà mentionné, le législateur a le pouvoir de modifier la *FLA* afin de faciliter la reconnaissance de la filiation pour les familles polyamoureuses.

Conclusion

[92] Je suis devant trois parents aimants, dont la compétence n'est pas à prouver, qui élèvent ensemble l'enfant Clarke. Pour les motifs exposés ci-dessus, et en m'appuyant sur les autorités et la preuve présentées, je déclare, en vertu de ma compétence *parens patriae*, qu'Olivia est parent légal de Clarke. Ainsi, j'ordonne au registraire général de l'état civil de la Colombie-Britannique de modifier l'enregistrement de naissance de Clarke en conséquence afin qu'Olivia soit nommée parent légal au même titre que Bill et Eliza.

Dépens

[93] Les dépens sont accordés aux requérants contre le procureur général. Il n'y a pas lieu de condamner le registraire général de l'état civil aux dépens puisqu'il n'a pas pris position sur cette requête et n'a fait aucune observation.

La juge S. Wilkinson

[1] British Columbia Legislative Assembly, Debates of the Legislative Assembly (Hansard), 39th Parliament, Fourth Session, Vol. 28, No. 2 (17 Nov 2011) at 8848-9.

[2] British Columbia, Legislative Assembly, Debates of the Legislative Assembly (Hansard), 39th Parliament, Fourth Session, Vol. 28, No. 3 (17 Nov 2011) at 8874.

[3] British Columbia, Legislative Assembly, Debates of the Legislative Assembly (Hansard), 39th Parliament, Fourth Session, Vol. 28, No. 5 (21 Nov 2011) at 8941.