L'UNION CIVILE ET LES NOUVELLES RÈGLES DE FILIATION AU QUÉBEC : CONTREPOINT DISCORDANT OU ÉLOGE DE LA PARENTÉ DÉSIRÉE

Marie-France Bureau[1]

PRÉLUDE

Le Ministre québécois de la justice déposait en décembre 2002 un avant-projet de loi instituant l'union civile pour les conjoints de même sexe. Ce nouvel état civil, dans sa forme initiale, était réservé aux seuls conjoints de même sexe. En créant cette nouvelle union légale quasi identique au mariage, le gouvernement allait beaucoup plus loin que la plupart des juridictions dans lesquelles des partenariats ouverts aux conjoints de même sexe ont été instaurés. Bien que l'union initialement proposée contenait, à peu de chose près, l'ensemble des droits et obligations associés au mariage, y compris des conditions de célébration identiques à celles du mariage, des régimes matrimoniaux et des règles sur le patrimoine familial, l'avant-projet de loi ne modifiait toutefois pas les dispositions du Code civil relatives à la filiation et à l'autorité parentale. D'entrée de jeu le Ministre annonçait qu'il hésitait à toucher au droit de la filiation.

Une Commission parlementaire s'est tenue au cours de laquelle l'enjeu principal a été la question d'une éventuelle modification des dispositions du Code civil sur la filiation et l'égalité des enfants élevés par des parents de même sexe. L'opportunité d'élargir l'accès à l'union aux couples hétérosexuels a également occupé une large place lors des consultations publiques qui se sont tenues à Québec en février 2002. À l'issue du processus de consultation, le législateur a finalement soumis un projet de loi substantiellement modifié, reconnaissant explicitement la filiation homosexuelle[2] *en clarifiant les règles relatives à*

---

[1] Marie-France Bureau est doctorante à l'Institut de droit comparé de l'Université McGill et chercheure au Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec. Une première version de ce texte fut, à l'origine, présentée lors du colloque sur l'union civile organisé par la Chaire de Notariat et la Faculté de droit de l'Université de Montréal en novembre 2002. L'auteure tient à remercier les professeurs qui l'ont inspirée, soutenue et encouragée à poursuivre dans la voie académique. Il s'agit des professeurs François Crépeau, Shauna Van Praagh, Jean-Guy Belley, Roderick Macdonald, Colleen Sheppard et Nicholas Kasirer. Elle tient également à remercier Manon Lavoie pour ses précieux commentaires et ses corrections.

[2] L'article 115 C.c.Q. sur la déclaration de naissance stipule dorénavant : « La déclaration de naissance énonce le nom attribué à l'enfant, son sexe, les lieu, date et heure de la naissance, le nom et le domicile des père et mère et du témoin, de même que le lien de parenté du déclarant avec l'enfant. Lorsque les parents sont de même sexe, ils sont désignés comme <u>les mères ou les pères de l'enfant</u>, selon le cas. » (nos soulignés).

l'adoption et en modifiant le chapitre sur la procréation médicalement assistée[3]*. Le projet de loi fut adopté à l'unanimité par l'Assemblée nationale du Québec le 7 juin 2002, suite à un vote nominal.*

Depuis lors, cette réforme majeure du droit civil a fait l'objet de nombreux débats et de vives controverses dans le milieu académique. Ce qui soulève l'indignation n'est certes pas l'établissement d'un cadre juridique pour réglementer la conjugalité des conjoints de même sexe, mais l'idée qu'il puisse y avoir une filiation bi-maternelle ou bi-paternelle reconnue en droit, que ce soit suite à une adoption ou, pour les couples féminins, suite à la formation d'un projet parental avec assistance à la procréation.[4] *Les réactions contradictoires que suscite la reconnaissance en droit de la filiation homosexuelle, tant en France qu'au Québec, et les débats que la réforme de la filiation soulève dans le milieu juridique invitent à la réflexion.*

THÈME

Depuis l'adoption de la loi québécoise sur l'union civile, plusieurs discours et voix se font entendre. D'un côté, plusieurs s'insurgent et sont scandalisés, pas tant à l'idée de reconnaître des liens conjugaux entre personnes de même sexe mais plutôt en ce qui a trait à la filiation. Admettre qu'un enfant puisse avoir deux mères ou deux pères consterne. Pourtant, plusieurs États américains et provinces canadiennes ont progressivement reconnu de tels liens de filiation depuis la fin des années quatre-vingt. Dans la plupart des cas, ce fut grâce à des décisions judiciaires permettant l'adoption par une personne de l'enfant de son conjoint. Même si les tribunaux québécois, saisis de cas d'adoption par des personnes de même sexe, auraient certainement suivi la mouvance canadienne et accordé de telles adoptions, la récente réforme bouleverse l'idée que l'on se fait de la famille et de la parenté. En effet, il ne s'agit pas d'une décision judiciaire isolée mais bien d'une réforme majeure du droit civil avec toute la portée symbolique

---

[3] Pour une analyse détaillée des dispositions de la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation* (L.Q. 2002, c. 6) voir : Brigitte LEFEBVRE, « Projet de loi 84 : quelques considérations sur les nouvelles dispositions en matière de filiation et sur la notion de conjoint » (2002) *C.P.* du *N.* 3.

[4] Voir les articles 538 et ss. C.c.Q. L'article 538 prévoit qu'un projet parental avec assistance à la procréation existe dès lors qu'une personne seule ou des conjoints ont décidé de recourir aux forces génétiques d'une personne qui n'est pas partie à ce projet. La filiation des enfants nés d'une procréation assistée fait naître les mêmes droits et obligations que la filiation par le sang (art. 538.2 C.c.Q.). En principe, l'apport de forces génétiques au projet parental d'autrui ne permet de fonder aucun lien de filiation entre l'auteur de la contribution et l'enfant issu de cette procréation, sauf dans la mesure où cet apport se fait par relation sexuelle, auquel cas l'auteur de l'apport dispose d'un an à compter de la naissance pour établir un lien de filiation avec l'enfant. Pendant cette période, le ou la conjointe de la

qu'une telle opération implique. On a instauré la possibilité de la filiation homosexuelle dans notre droit commun. Certains proclament que ces changements représentent la « fin de ce que nous sommes », la fin de la généalogie, de l'ordre symbolique immuable, la rupture de l'altérité sexuelle et d'un ordre procréatif éternel.

D'un autre côté, d'autres se réjouissent de cette réforme, y voyant un espoir de renouvellement des règles hégémoniques et passéistes de la famille nucléaire hétérosexuelle comme unique modèle privilégié par le droit. Plus concrètement, les familles que l'on désigne maintenant par le vocable d'«homoparentales» ont poussé un énorme soupir de soulagement. Pour les enfants qui ont deux mères ou deux pères, pour les parents de même sexe qui élèvent leurs enfants, ces changements législatifs représentent d'avantage que des droits et obligations mais bien une diminution remarquable du niveau d'angoisse dans lequel ils étaient plongés. Les familles existaient, elles auraient continuer d'exister et d'inventer des modèles sans cette loi. Cependant, la réforme a sonné la fin du silence et a créé un réel sentiment d'appartenance citoyenne pour ces familles à l'égard desquelles le droit civil était jusqu'alors indifférent.

Les audiences publiques sur le projet d'union civile auront permis de changer l'opinion des parlementaires sur la question de la filiation. Les récits de mères venues raconter leur expérience et leurs espoirs et ceux de plusieurs enfants et jeunes adultes ayant été élevés par des parents gais et lesbiens ont convaincu le Ministre d'aller de l'avant avec une modification des règles de filiation. Il n'en demeure pas moins que la réforme aurait très certainement pu se faire différemment. Il est difficile pour certains d'accepter qu'un tel bouleversement du droit de la filiation ait été le fruit d'une réforme populaire et non pas le travail de comité d'experts ou d'un institut de réforme du droit. À la suite des consultations, le législateur a en effet adopté à la hâte les nouvelles dispositions sur la procréation assistée, dans le but de déposer un projet de loi dans les plus brefs délais. Les nouvelles règles sur la procréation assistée auraient certes pu faire l'objet de plus amples débats et être mieux rédigées et d'avantage soupesées. Mais il fallait certainement une

---

femme ayant donné naissance à l'enfant ne peut invoquer la possession d'état pour s'opposer à cette demande (art. 538.2 C.c.Q.).

bonne dose de courage politique pour entreprendre ce travail. Les contraintes sont telles, particulièrement dans un domaine ou les tabous, les stéréotypes et l'anxiété sociale sont si présents qu'il semble que le législateur ait cru bon d'agir résolument, quitte à prendre des risques, pour éviter que la réforme ne soit repoussée indéfiniment.

Les deux discours si opposés que suscite cette réforme m'ont fait penser à un contrepoint discordant. Comme dans l'écriture contrapuntique, j'ai décidé de donner vie à ces deux voix en m'attardant sur quelques points en particulier. Dans une fugue, les voix se poursuivent de façon assez indépendante, mais comme dans le clavier bien tempéré, elles se rencontreront éventuellement. Je tenterai donc dans ce texte de passer de la discorde à une série de points d'accord.

CONTREPOINT

Première pomme de discorde : La filiation comme véhicule de reconnaissance de la parenté homosexuelle

Première voix :

Dans cette réforme on a confondu parenté et parentalité. Les familles homoparentales n'avaient pas besoin de la filiation. D'ailleurs, plusieurs familles homoparentales sont en fait des familles reconstituées dans lesquelles les enfants sont issus de relations hétérosexuelles antérieures. On aurait pu, comme le suggérait le Barreau du Québec lors des audiences publiques, accorder certains droits aux parents homosexuels. On a par exemple suggéré d'accorder une délégation de l'autorité parentale pour la conjointe de la

mère ou encore de développer la notion de « parent psychologique »[5]. On aurait également pu, à la limite, se borner à permettre aux couples de même sexe d'adopter. Dans le dernier cas au moins, il s'agit d'une filiation de remplacement et il y a, au minimum, un contrôle administratif et judiciaire. D'ailleurs, il y a si peu d'enfants à adopter que les autorités ne manqueront pas de choisir les meilleurs parents possibles (lire : couples hétérosexuels mariés)[6]. En ce qui concerne le consentement spécial à l'adoption en faveur du conjoint[7], il s'agit encore d'une procédure au cas par cas, vérifiée par le tribunal qui statue dans l'intérêt de l'enfant. Mais instituer, *a priori*, la filiation homosexuelle, équivaut à légitimer ce modèle de parenté.[8]

Seconde voix :

Quelle différence y a t-il entre l'adoption et la filiation dite « par le sang »? Dans les deux cas, le droit nomme un parent, assigne à une personne le statut de parent.[9] Ce lien de parenté repose sur la filiation qui a des effets très importants dans notre droit.[10] Affirmer que les enfants issus de parents de même sexe n'ont pas besoin de la filiation signifie

[5] Benoît MOORE, « Les enfants du nouveau siècle (libres propos sur la réforme de la filiation) » *Développements récents en droit familial*, 176, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 75, aux pp. 97 et suiv.

[6] L'argument du peu d'enfants à adopter a été plaidé par le gouvernement français devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme dans l'affaire *Fretté* c. *France*, No. 0036515/97, en ligne : Cour Européenne des Droits de l'Homme; Arrêts et Décisions http://www.echr.coe.int/fr/judgments.htm afin de justifier le refus d'accorder à un homme homosexuel l'agrément nécessaire pour adopter.

[7] Art. 555 C.c.Q.

[8] « … la réforme ne vise plus à protéger les enfants vivant de facto dans une famille homoparentale ou à permettre à des enfants d'être adoptés par un couple homosexuel, mais à organiser, *a priori*, une procréation homosexuelle. Certes le phénomène existe déjà et rien ne sert de le nier, mais sa reconnaissance par le Code le cautionne et, en quelque sorte, le banalise. Au surplus, cette caution ne peut pas être expliquée par la protection de l'intérêt de l'enfant, car celui-ci aurait pu […] être protégé autrement et plus efficacement. » dans B. MOORE, *op.cit.* note 5, à la, p. 88.

[9] Voir à cet égard : *Dictionnaire de droit privé de la famille et lexiques bilingues*, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, aux pp. 54 et 55 (entrées filiation et filiation adoptive). Les rédacteurs de cet ouvrage ont refusé de voir une distinction entre les divers types de filiation qui relèvent, dans tous les cas, d'un lien de droit.

[10] Philippe Jestaz écrit à cet égard : « La parenté a pu reposer historiquement sur des fondements divers, par exemple sur des rapports de pouvoir. En Occident et depuis Justinien, elle repose techniquement sur la filiation (qui en est l'atome) et sur la combinaison des filiations (qui en est la molécule). Mais idéologiquement on la définit volontiers comme un lien de sang. Cette définition qu'adopte explicitement l'article 655 C.c.Q. est mensongère, mais s'explique par l'idée que la filiation par excellence est la filiation par le sang; il faut donc, si possible, faire coïncider les deux notions de filiation et de consanguinité, la filiation adoptive étant elle-même organisée comme un mensonge. » Philippe JESTAZ « La parenté » (Conférence Wainwright) (1996) 41 *R.D. McGill* 387, à la p. 390.

adhérer à une logique différentialiste. Par exemple, lorsque le législateur abolissait la notion d'enfant illégitime, on a reconnu qu'il était dans l'intérêt de l'enfant de bénéficier d'une filiation bilinéaire si celui-ci avait deux parents. Or pourquoi ne pas suivre la même logique en présence de deux parents de même sexe? La filiation est l'outil juridique qui confère un lien de parenté entre en enfant et ses parents mais également entre l'enfant et la famille de ses parents. Ce lien a d'énormes répercussions en droit civil, bien-sûr, en droit public mais aussi des effets symboliques et identitaires. La parenté a-t-elle un sens? Est-ce que la durée et la solidarité signifient quelque chose? La stabilité et la pérennité du lien parent-enfant sont-elles importantes? Est-ce que l'idée de transmission – successorale, du nom, de la nationalité - représente quelque chose pour les individus? Les rituels de parenté ont-ils un sens? (On peut penser à l'inscription du nom à l'acte de naissance ou à l'adoption). Si ces rituels ont une importance symbolique et ne constituent pas uniquement des formalités techniques, en quoi certains enfants et certains parents n'en auraient pas besoin alors qu'on admet que la consécration du lien de filiation est justement si fondamental? En plus de cet aspect rituel, le Code civil établit que tous les enfants dont la filiation est établie ont les mêmes droits et le mêmes obligations.[11] *A fortiori*, dans le système actuel, il est difficile de prétendre que les enfants de parents de même sexe, vue l'organisation du Code civil en matière de filiation, seraient aussi bien protégés sans la possibilité d'avoir une filiation plénière.

Deuxième pomme de discorde : la nature de la filiation

Première voix :

Le couple parental était jusqu'à maintenant hétérosexuel. Il s'agit d'un ordre qui découle de la nature. La filiation elle-même est fondée sur la nature et la biologie. Bien que l'on

[11] Art. 522 C.c.Q.

ait admis qu'elle ne respecte pas toujours la biologie, on s'est toujours efforcé d'en préserver le caractère vraisemblable pour coller à cette réalité biologique.[12] Rompre avec cet élément fondateur de la filiation revient à nier la symbolique institutionnelle immuable de la parenté et à casser les montages anthropologiques.[13] Les individus s'inscrivent dans la société, accèdent à leur identité par le biais de l'institution de la filiation qui est par essence fondée sur la différence des sexes et l'ordre généalogique. Banaliser la parenté homosexuelle, l'admettre *a priori*, c'est accepter sa légitimité au détriment de la survie de la société et de la civilisation.

Seconde voix :

La filiation a été confondue à la paternité pendant des siècles en droit civil. Dans l'*Encyclopédie* de Diderot, on définissait la filiation comme la descendance de père en fils.[14] On a maintenu cette définition dans les dictionnaires et traités de droit de la famille québécois et français jusqu'au début du siècle dernier.[15] L'institution de la filiation a par ailleurs été un fantastique outil de contrôle pour le père, par exemple en droit romain, et comme véhicule de transmission du patrimoine. Or, accepte-t-on toujours cette vision de la filiation? Ses fonctions changent avec les époques et les cultures et ce que l'on croit

---

[12] « [la filiation] s'est toujours efforcée d'être vraisemblable, de cloner le plus possible le modèle biologique. Ainsi […] on a retenu une biparentalité, hier encore sexuée, pour transcrire la filiation médicalement assistée dans notre droit. L'adoption, filiation fictive par excellence, se fait dans la majorité des cas, par deux personnes de sexes différents dont la différence d'âge d'avec l'adopté doit permettre, encore ici, à l'apparence d'être vraisemblable. Le nouvel article 115 C.c.Q. rompt avec cette tradition sur l'élément le plus fondateur du droit de la filiation. » dans B. MOORE, *op.cit.* note 5, à la p. 79.

[13] C'est la position de nombreux auteurs français dont celle de la sociologue Irène Théry qui voit dans la structure de la parenté une symbolique institutionnelle immuable fondée sur la différence des sexes et consacrée par les règles du Code civil *in* I.Théry, « Le contrat d'union sociale en question » (1997) *Esprit*, p. 188. Plusieurs juristes français partagent cette vision naturaliste de la filiation. Pour une excellente synthèse des arguments naturalistes en cette matière voir : Florence LEROY-FORGEOT, « Nature et contre-nature en matière d'homoparentalité dans *in* M. Gross, (dir.), *Homoparentalités, état des lieux: Parentés et différence des sexes*, Issy-Les-Moulineaux, ESF, 2000, p. 140.

[14] « FILIATION, f.f. (*Jurisprud.*) C'est la descendance de père en fils. » extrait de M. Diderot, M. D'Alembert, *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, tome VI, Paris, Briasson, David l'aîné, Le Breton, Durand, 1756, à la p. 797 a.

[15] « La paternité ou filiation est le lien de parenté qui unit une personne à une autre dont elle descend immédiatement ou dont elle est censée descendre par l'effet d'une fiction légale. » in Beaudry - Lacantinerie, *Traité de droit civil, les personnes*, vol. IV, Librairie de la société du Recueil J.-B. Sirey et du journal du palais, 1907 à la p. 289.

naturel et immuable est peut-être d'avantage de l'ordre de la culture et du discours.[16]Les différentes études des ethnologues et anthropologues sur les structures de la parenté dans les sociétés traditionnelles, de même que les transformations de la famille et de la parenté dans nos propres sociétés le démontrent. La filiation est une construction juridique tout comme la parenté est elle-même définie par la culture. La parole et la volonté créent la filiation autant que le sang. Elle est performative et dite par le droit dans notre culture. D'ailleurs n'accepte-t-on pas l'adoption, par des parents blancs, d'enfants présentant une apparence ethnique différente de la leur? Ce type d'adoption, de plus en plus répandu, corrompt-il également cet élément fondateur que serait la vraisemblance? Si la parenté a effectivement été naturalisée comme découlant nécessairement de la différence homme-femme et résultant du désir sexuel des parents dans l'« engendrement», comme en témoignent tous les artifices de la loi pour maintenir l'apparence biologique, tenions-nous réellement à maintenir cette illusion?

Troisième pomme de discorde : l'état

Première voix :

La nouvelle loi rend l'état civil disponible contrairement à tous les préceptes classiques du droit civil. On ne peut transiger sur l'état des personnes puisqu'il ne dépend pas de la

[16] L'anthropologue Marie-Elizabeth Handman écrit à ce sujet : « […] de l'étude anthropologique de la famille on ne peut tirer qu'une seule conclusion : ce qui semble relever de la nature dans notre société relève uniquement de la culture. A quoi on m'objectera que, même si les cultures sont d'une grande diversité, la nôtre et la nôtre et que l'on ne saurait en saper les fondements. Or il est moins évident, au vu des évolutions historiques, que les fondements pris pour naturels de chaque culture évoluent sous des pressions d'ordre divers et que les cultures ne sont en rien figées. » Marie-Elizabeth HANDMAN, « Sexualité et famille » dans D. Borillo, E. Fassin & M. Iacub, (dir.) *Au-Delà du PaCS : L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, Paris, Presses Universitaires de France, 2000 à la p. 259.

volonté individuelle mais bien de l'ordre public et son organisation dépend de l'État.[17] Or avec le nouveau mécanisme de la procréation assistée[18], une personne seule ou un couple peut maintenant accéder à la parenté par la seule volonté, en dehors de tout contrôle étatique ou médical et ce, sans égard à un lien ni même à une apparence de rattachement biologique avec l'enfant. Même lorsqu'il est question du changement de sexe pour un transsexuel, l'État veille à maintenir un contrôle médico-légal pour faire obstacle à un choix purement volontaire des individus.[19] Par ailleurs, permettre à une femme seule ou à un couple lesbien de recourir à la procréation assistée par le biais d'un donneur anonyme ou pire, connu, revient à consacrer un droit à l'enfant.[20] La réforme opère un glissement avec les procréations assistées, qui d'un mode subsidiaire de procréation pour remédier à l'infertilité des couples hétérosexuels (ceux qui peuvent procréer naturellement et qui devraient être encouragés par l'État) devient un mode légitime d'entrée en parenté. La parenté peut donc être négociée et purement intentionnelle.

---

[17] « Or dans nos sociétés, il n'y a pas de statut individuel ou familial sans investiture du droit. L'État organise donc minutieusement les conditions de fond d'entrée et de sortie des différentes institutions qui constituent l'état des personnes, et les actes de l'état civil où sont enregistrés les différents éléments de l'état d'une personne (naissance, filiation etc.) L'indisponibilité de l'état des personne est le principe qui exprime cette soumission de la liberté des individus aux exigences de la loi. Lois d'ordre public, indisponibilité de l'état des personnes, ces mécanismes témoignent de contrôle de l'État et des limites de l'individualisme. » Marie-France NICOLAS-MAGUIN « Parentés et différence des sexes: La liberté des personnes face au cadre de la loi » *in* M. Gross, (dir.), *Homoparentalités, état des lieux: Parentés et différence des sexes*, Issy-Les-Moulineaux, ESF, 2000 à la p. 66.

[18] On a bien modifié cette notion qui était autrefois qualifiée de *procréation médicalement assistée* pour le concept de *procréation assistée*. Comparer l'ancien article 538 C.c.Q. avec le nouveau chapitre: De la filiation des enfants nés d'une procréation assistée, article 538 et suiv. C.c.Q.

[19] Voir les articles 71 et suiv. C.c.Q. Le principe de l'indisponibilité de l'état est sauf, puisque le changement de la mention du sexe et du nom s'effectue suite à un contrôle administratif et qu'il ne vise qu'à harmoniser l'état civil de la personne avec son apparence sexuelle extérieure, suite à une intervention chirurgicale recommandée par le corps médical et effectuée avec succès. Le principe est similaire en droit français. Gérard Cornu écrit à ce sujet: « Par consolation (illusoire ou non), le substratum clinique et l'encadrement médical peuvent cependant être vus comme les données scientifiques, objectives et extérieures au patient, qui vont précisément accréditer le caractère non volontaire (non purement volontaire) du changement de sexe. Le sexe d'arrivée est une sexe de conviction, enraciné dans le psychisme, non un sexe d'élection, de convenance, de caprice ou d'emprunt. Le transsexuel n'agit pas, il « est agi », il subit et c'est précisément pourquoi, dans la logique de cette vision, le transsexualisme échappe au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes. Le principe existe, mais il est sauf. Il n'est pas offensé. » G. CORNU, *Droit civil*, 10e éd., Paris, Montchrestien, 2001, à la p. 262.

[20] « La première constatation qui ne peut échapper au lecteur est la modification de l'expression utilisée : de procréation médicalement assistée on passe à la procréation assistée. Ce changement n'en est peut-être pas un uniquement de style; il porte en lui une indication des valeurs recherchées par ces dispositions, soit, en quelque sorte, la disponibilité de l'enfant, le droit à l'enfant. » dans B. MOORE, *op.cit.* note 5, à la p. 86.

Seconde voix :

Revenons encore aux sources. *Dictionnaire de droit et de pratique contenant l'explication d'ordonnances, de coutumes & de pratiques*, De Ferrière, 1771. « Question d'État : est celle qui regarde l'état d'une personne; savoir, si un homme est fils de celui qui dit être son père; ou si celui qui se dit être légitime l'est véritablement ou s'il est bâtard; ou si un homme se dit noble, l'est, ou est roturier. ». Selon l'*Encyclopédie* de Diderot, ces notions sont dites des *états accessoires* puisqu'il existerait, en amont de ceux-ci, les états primitifs qui ne dépendent pas de l'ouvrage de l'homme mais qui sont ceux où l' « homme » se trouve placé par le souverain maître du monde. L'état relèverait donc d'un statut divin ou d'un privilège conféré par la naissance ou par le Prince. On accepte que le privilège de l'état civil ne dépend plus d'un ordre divin et que tous les enfants devraient être protégés également par la loi, même ceux nés hors mariage. On voit ici encore une fois que les concepts classiques du droit civil, hérités en partie du droit romain ou canonique, évoluent avec le temps. On a progressivement détaché la procréation de la conjugalité et libéralisé la reproduction.[21] Mais ce n'est pas nouveau. Le droit québécois a toujours accepté, à certaines conditions, l'adoption par les personnes seules. Plus récemment, la contraception, le droit à l'avortement et les techniques de procréation assistées sont autant d'éléments qui confèrent la possibilité de choisir la parenté. Avons-nous ainsi institué un droit à l'enfant ou s'agit-il plutôt de reconnaître un désir légitime d'enfant? Ou encore, comme le disait le doyen Carbonnier, ne parle-t-on pas d'un « besoin affectif d'enfant? »[22]. S'il existe un droit à l'enfant, il existait déjà pour tous ceux qui n'ont pas le privilège de concevoir biologiquement et le droit à

[21] À cet égard, le titre d'un important colloque portant sur l'union civile organisé en 2002 par le département des sciences juridiques de l'Université du Québec à Montréal est révélateur : L'union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au XXIe siècle. Dans un texte présenté lors de cette conférence, Nicholas Kasirer a souligné, avec justesse, cette distinction entre conjugalité et procréation. Il écrit : « Les mains unies signalent le *fides conjugii*, à distance du débat stérile sur le mariage-procréation, même si l'allusion métonymique des mains jointes nous renvoie à l'apect charnel de la vie commune juridique. L'obligation juridique est de partager une vie dans un amour qui n'est ni l'amour-*filia*, ni l'amour-*agapè* mais bien l'amour d'*eros* qui, lui, ne connaît pas d'âge, de fécondité ou d'orientation sexuelle. » Nicholas KASIRER, « Convoler en justes noces » à paraître dans Pierre-Claude LAFOND & Brigitte LEFEBVRE (dir.), *L'union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21e siècle*, Cowansville, Yvon Blais, 2003.

[22] J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 2, « la famille, l'enfant, le couple », Paris, Presses Universitaires de France, 1999, à la p. 217.

l'avortement serait bien illusoire pour les femmes.[23] Si au contraire on admet que la parenté se choisit et que le désir d'avoir des enfants est légitime, indépendamment de la capacité d'en fabriquer, on s'aperçoit que la réforme était inéluctable, conforme à la réalité et moins hypocrite que le droit antérieur.

CADENCE

Comme je le mentionnais au début de ce texte, j'ai espoir que ces voix qui se poursuivent se rejoignent comme dans une fugue en une série de points d'accords qui constitueront ma cadence en sept points, comme les 7 dièses du système diatonique.

FA : Comme il n'est pas *facile* de créer du sens dans nos sociétés polyethniques, pluralistes et hétérogènes. Mais comme l'exprimait si bien le privatiste italien Rodolfo Sacco, de passage à Montréal récemment, le progrès signifie changement, multiplication, diversification et pluralisme. Mais rien n'empêche les grands moules conceptuels du droit civil de rester simples et de garder leur sens. L'institution de la filiation qui crée la parenté juridique peut, à l'instar du clavier bien tempéré, devenir un cadre commun qui se décline en un pluralisme interne. Une multiplicité de voix peuvent trouver un espace de liberté et partager, par delà leurs distinctions, des valeurs relationnelles communes.

DO : Comme dans *dorénavant*, nous allons devoir nous pencher sur le rôle des différents adultes dans la vie des enfants. Il est permis de se demander si tous les protagonistes sont protégés dans le système actuel. On a évoqué le rôle du géniteur dans le cas de l'apport de forces génétiques par relation sexuelle. Le mécanisme prévu par le Code civil à l'article 538.2 soulève d'importants questionnements. De même, les familles recomposées sont bien mal appréhendées par le droit. Le pluralisme familial et la réalité des enfants d'aujourd'hui dépasse en effet ce que le Code civil prévoit et accepte de

[23] Ainsi, un droit à l'enfant donnerait à un géniteur ou à un père en puissance le droit d'opposer un veto aux décisions d'une femme relativement à un fœtus qu'elle porte, contrairement à la solution retenue en droit québécois. Voir à cet égard la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530.

valoriser comme liens familiaux. Trop d'enfants et de parents demeurent encore exclus ou défavorisés par les mécanismes proposés par le droit positif. Le paradigme de la parenté dans notre droit est toujours dominée par l'idée du tout-ou-rien. On est parent ou étranger (anonymisé, effacé ou ignoré).[24] Mais le droit de la famille ne définit pas ce qu'est la famille et ne constitue pas l'unique cadre normatif qui influence les individus dans leur choix, il s'agit plutôt d'une prescription de ce qui est politiquement voulu.[25] De nombreuses constellations familiales opèrent à l'extérieur des schémas valorisés par l'idéologie publique. Or, pouvons-nous imaginer la pluriparentalité dans le droit?[26] Elle existe déjà et tôt ou tard nous allons devoir pousser la réflexion en ce sens.

SOL : Comme le *sol* se dérobe-t-il sous nos pieds? Le changement, la redéfinition des cadres juridiques qui réglementent la famille, les importantes transformations sociales et culturelles entourant la famille remettent en question des normes qui apparaissent naturelles ou immuables. Ces bouleversements créent de l'anxiété et des questionnements légitimes. Mais l'instabilité et la transformation ne signifient pas nécessairement une menace à la civilisation, une atteinte à l'intégrité de la société.

RÉ : Comme dans *réforme*. Les changements de comportement dans la société, la transformation des modèles par les individus et le fait qu'une large portion de la population fonctionne en dehors des cadres institutionnels privilégiés - qu'il s'agisse des 30% record de couples québécois qui vivent en union libre ou des diverses façons d'organiser les rapports parent-enfants - appellent une reconsidération collective des

[24] Pour une analyse des faiblesses du paradigme de la famille exclusive, voir A. Harvison Young « Reconceiving the Family : Challenging the Paradigm of the Exclusive Family » (1998)6 *Am. Univ. J. Gender & L.* 505. Voir aussi les réflexions de la psychanalyste française Geneviève Delaisi de Perseval sur le rôle des différents protagonistes dans les histoires de procréation à plusieurs et sur l'importance de la transparence quant à la question des origines. G. DELAISI DE PERSEVAL , « Qu'est-ce qu'un parent suffisamment bon? » dans M. GROSS, *op.cit.* note 16, à la p. 207.

[25] En ce qui concerne la dynamique politique entre l'État et la famille et les mécanismes de protection de la famille normale, la thèse d'Éric Millard est éloquente: *Famille et droit public. Recherches sur la construction d'un objet juridique*, Paris, LGDJ, 1995. Sur la construction de la notion de famille normale, voir également P. Bourdieu, « Appendix: The Family Spirit » dans P. BOURDIEU, *Practical Reason, On the Theory of Action*, Stanford, Stanford University Press, 1998, à la p. 65.

[26] Mathieu André-Simonet a très courageusement posé la question à savoir si un enfant pouvait juridiquement avoir trois, quatre ou dix parents. Sans tenter de décider si une telle éventualité serait souhaitable, il pose néanmoins les problématiques juridiques posées par ce qu'il nomme la

prémisses de base du système normatif actuel. Il est possible d'imaginer ces changements, non pas comme la fin de la civilisation et du sens commun, mais plutôt comme un espoir dialogique et contrapuntique de discussion avec toutes les voix impliquées. Il s'agit peut-être de la fin de quelque chose comme celle de l'idéologie différentialiste qui justifie les traitements séparés et ségrégationnistes et les oppositions binaires. Si la réforme québécoise contribue à aplanir la hiérarchie des sexualités et des filiations, que rien ne saurait plus justifier aujourd'hui dans l'état actuel des connaissances et dans le cadre d'une société démocratique, elle profitera à coup sûr aux enfants qui sont les premières victimes de cette tyrannie.

LA : La comme *la parenté désirée*, celle qui est choisie, fait souvent de bons parents malgré les stigmates qui y sont associés. Le droit a contribué à faire de celle que l'on nomme sociale, adoptive, de fait ou artificielle, une parenté moindre et inférieure. Il faut se rappeler que la parenté qui fait prévaloir l'amour et l'engagement par opposition à la vérité biologique, la parenté des gestes quotidiens est celle qui caractérise (et ce sans égard à l'orientation sexuelle) les parents adoptifs, les couples qui ont recours aux techniques de reproduction assistée, le rôle des beaux-parents et de bien des pères. Ce qui me mène à croire que les nouvelles règles de filiation ne profiteront pas qu'aux couples homosexuels et à leurs enfants. Il s'agit d'un pas vers une modification de ce que Marcella Iacub a qualifié «d'ordre procréatif » qui bénéficiera, à terme, à tous ceux dont la place est précaire. Reconnaître que la parenté est sociale et discursive, valoriser la parenté désirée, tous ces gestes contribuent à affaiblir le discours hégémonique voulant que seuls les parents qui ont engendré et à la limite que seules les mères qui ont donné naissance à l'enfant sont de « vrais parents ».

MI : Comme je *mise* sur cette loi pour adoucir les prétendues oppositions absolues entre homo/hétéro, féminité/masculinité, maternité/paternité, toutes ces dichotomies qui ont en commun celle d'enfermer les gens dans des moules et des catégories rigides qui sont source d'oppression. J'ai espoir que nous puissions partager, par delà ces oppositions

---

multiparentalité. Mathieu ANDRÉ-SIMONET « Peut-on avoir juridiquement plus de quatre parents? » dans M. Gross, *op.cit.* note 16, à la p. 158.

binaires, des valeurs communes de stabilité des liens familiaux, de protection et d'épanouissement des enfants, de solidarité, d'interdépendance et de compassion.

SI : Et finalement si, comme dans je serai heureuse *si* j'ai pu contribuer à ce délicat débat.