

La filiation réinventée : l'enfant menacé ?

Marie Pratte

Volume 33, Number 4, 2003

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1027410ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1027410ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Pratte, M. (2003). La filiation réinventée : l'enfant menacé ? *Revue générale de droit*, 33(4), 541–607. <https://doi.org/10.7202/1027410ar>

Article abstract

In June 2002, *An Act instituting civil unions and establishing new rules of filiation* came into force. Homosexual parenthood is now recognized in Quebec: a child can have same-sex parents. This article analyses the foundations and the scope of this important reform and attempts to define its impact on the child.

DOCTRINE

La filiation réinventée : l'enfant menacé?

MARIE PRATTE

Professeure à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa

RÉSUMÉ

En juin 2002, entré en vigueur la Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation. Le législateur québécois osait alors, pour la première fois, reconnaître la parenté homosexuelle : un enfant peut dorénavant avoir deux parents de même sexe. Ce texte analyse les fondements et l'étendue de cette importante réforme et tente d'en évaluer l'impact sur l'enfant.

ABSTRACT

In June 2002, An Act instituting civil unions and establishing new rules of filiation came into force. Homosexual parenthood is now recognized in Quebec : a child can have same-sex parents. This article analyses the foundations and the scope of this important reform and attempts to define its impact on the child.

SOMMAIRE

Introduction.....	542
I. La filiation réinventée	548
A. L'élaboration d'une nouvelle structure de parenté : du connu à l'inédit.....	549
1. La relation de filiation : appropriation et transposition d'un modèle connu.....	549
2. Le système de parenté : la dénaturation du modèle.....	554

B.	Le réaménagement des règles de preuve de la filiation : l'importance du projet parental avec assistance à la procréation.....	561
1.	Les contours du projet parental	562
2.	La réalisation du projet parental	565
3.	L'exclusivité du lien de parenté.....	574
II.	L'enfant menacé?	582
A.	La justification de la réforme : l'intérêt de l'enfant	582
1.	L'homoparentalité : une réalité inoffensive pour l'enfant?...	583
2.	La reconnaissance d'une nouvelle identité : une protection indispensable à l'enfant?	587
B.	Les revers de la réforme : une identité tronquée	591
1.	Des liens de sang effacés	591
2.	Des liens de cœur oubliés	600
	Conclusion	604

INTRODUCTION

La famille homoparentale existe¹; des enfants y grandissent et parfois même y naissent. L'identité sexuelle empêche bien sûr la procréation, mais quelques procédés — imaginatifs, scientifiques et maintenant juridiques — permettent néanmoins de contourner l'obstacle de l'homosexualité et de combler le désir d'enfant².

1. Le dictionnaire *Le Petit Robert* donne du terme homoparental la définition suivante : « 1997; de homo- et parental : *Famille homoparentale*, dont le couple parental comporte au moins une personne homosexuelle ». Sur l'origine du terme homoparentalité, voir F. LEROY-FORGEOT, *Les enfants du Pacs. Réalités de l'homoparentalité*, L'Atelier de l'Archer, 1999. Lire à ce sujet : F. DE SINGLY et V. DESCOUTURES, « La vie en famille homoparentale », dans M. GROSS, *Homoparentalité, état des lieux*, ESF éditeur, Issy-les-Moulineaux, 2000, p. 193. Voir aussi : E. DUBREUIL, *Parents de même sexe*, Odile Jacob, Paris, 1998; A. CADORET, *Des parents comme les autres*, Odile Jacob, Paris, 2002.

2. « Les familles homoparentales existent de plus en plus et vont continuer d'exister. Ce sont des familles comme les autres, avec les mêmes réalités quotidiennes. Pourtant elles ne sont pas... on n'est pas reconnues comme telles [...]. Il n'y a pas d'enfant né par accident dans nos couples. Il faut vraiment qu'on le veuille très fort. C'est plutôt difficile à y arriver. Pour nous par exemple, notre plan, donc, c'est d'avoir deux enfants, chacune en porterait un, parce qu'on a la possibilité de se partager la tâche » : propos de madame Monica Perrazo, le 6 février 2002, à 10h20,

Le droit a longtemps ignoré le phénomène. En effet, dans notre culture, la parenté entretient des rapports étroits avec la nature³; la filiation rattache un enfant à son père et à sa mère et ces liens sont nécessairement exclusifs⁴. Aussi, la reconnaissance juridique de la double paternité ou maternité avait-elle toujours paru inconcevable...

Il n'en est plus ainsi. Dans un souci d'égalité à l'égard des personnes homosexuelles et sous le couvert de l'intérêt de l'enfant⁵, le législateur québécois a subitement décidé de

devant la Commission permanente des institutions, durant l'étude de l'avant-projet de loi. Commission permanente des institutions, *Journal des Débats*, Cahier n° 43, le 6 février 2002. Voir aussi le témoignage de madame Diane Labelle, le même jour, à 11h30, et celui de madame Amy Barratt, à 12h30.

3. « [...] la réalité, dans la mesure du possible, ne doit pas être faussée », écrivait récemment le juge Durocher de la Cour supérieure dans un jugement rendu sur une action en réclamation et en contestation d'état. *M.-F.B. c. R.R.*, J.E. 2003-1064 (C.S.). En fait, « [l]a filiation juridique est par nature une donnée complexe et subtile dont l'équilibre est difficile à trouver en raison, d'une part, de la multiplicité des paramètres à prendre en considération et, d'autre part, de l'opposition des intérêts qui peuvent éventuellement se cristalliser autour d'elle. Pour le droit, la filiation découle essentiellement de trois composantes [...] : le titre légal, la possession d'état et la vérité biologique. [...] La vérité biologique n'établit pas à elle seule en règle générale la filiation; elle est cependant à la fois l'objectif à atteindre d'emblée et l'aune à laquelle se mesurent les filiations qui peuvent encore être défaites. [...] Dans un droit destiné à établir des filiations d'origine et non des filiations électives (comme c'est le cas pour l'adoption), la vérité biologique reste l'objectif à atteindre d'emblée, par souci pour l'intérêt de l'enfant [...], par économie de procédures judiciaires [...] et par respect pour l'adoption (qui est la seule institution adéquate pour créer de toute pièce un lien de filiation électif) » : F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *Rénover le droit de la famille*, Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps, Rapport au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, Paris, 1999, <http://www.ladocfrancaise.gouv.fr/>; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « La filiation en question », dans *Inventons la famille!*, Bayard, Paris, 2001, p. 13; F. HÉRITIER, *Masculin / Féminin II Dissoudre la hiérarchie*, Odile Jacob, Paris, 2002, pp. 217 et 218; N. ROULAND, *Anthropologie juridique*, PUF, Paris, 1988, pp. 427, 428 et 430; C. LABRUSSE-RIOU, « La filiation et la médecine moderne », (1986) 2 *R.T.D.C.* 424, p. 426. En droit québécois, voir aussi l'article 535.1 C.c.Q. qui permet à un tribunal de forcer une analyse génétique dans le cadre d'une action relative à la filiation de l'enfant.

4. Avant la réforme de 2002, le *Code civil du Québec* n'admettait pas de double paternité ou maternité. Encore aujourd'hui, un enfant ne peut avoir plus de deux parents. Voir par exemple, l'article 532 C.c.Q. deuxième alinéa ou l'article 577 C.c.Q.

5. Lors de l'adoption du projet de loi 84, le ministre de la Justice a clairement mis l'accent sur l'objectif de protection de l'intérêt des enfants : « [...] des modifications importantes dans le domaine de la filiation sont incluses dans le projet de loi. Ces dernières rétablissent une équité essentielle pour les enfants membres à part entière de la société québécoise ». *Journal des Débats*, Cahier n° 111, 6 juin 2002, p. 6657. Il est toutefois douteux que l'intérêt de l'enfant ait été bien protégé : B. MOORE, « Les enfants du nouveau siècle (libres propos sur la réforme de la filiation) »,

franchir le pas et de reconnaître l'existence juridique de la parenté homosexuelle⁶. Il écarte ainsi l'une des données de base⁷ du système de parenté, la différence des sexes⁸, et bouleverse l'ordre généalogique traditionnel⁹.

En juin 2002, le législateur consacre en effet l'existence juridique de la famille homosexuelle en instituant l'union civile, accessible aux couples de même sexe, et en établissant de nouvelles règles de filiation¹⁰. L'objectif est d'assurer l'égalité, en matière familiale, entre personnes hétérosexuelles et homosexuelles¹¹. On décide donc de l'ampleur des modifications relatives à la filiation en comparant les droits respectifs de ces deux groupes d'individus et en identifiant ceux dont les

Développements récents en droit familial, vol. 176, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2002, p. 75. L'étude détaillée des revendications exprimées en commission parlementaire et des nouvelles dispositions du Code civil révèle sans aucun doute qu'il s'agissait d'abord d'assurer l'égalité des parents homosexuels. Voir à ce sujet : S. PHILIPS-NOOTENS, C. LAVALLEE, « De l'état inaliénable à l'instrumentalisation : la filiation en question », dans P.-C. LAFOND, B. LEFEBVRE (dir.), *L'union civile : Nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21^e siècle*, Actes du colloque du Groupe de réflexion en droit privé, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2003, p. 337. Voir aussi : B. LEFEBVRE, « Projet de loi 84 : quelques considérations sur les nouvelles dispositions en matière de filiation et sur la notion de conjoint », (2002) 2 C.P. du N. 3.

6. *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, c. 6. Voir sur le sujet les différents textes parus dans *L'union civile : Nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21^e siècle*, Actes du colloque du Groupe de réflexion en droit privé, *supra*, note 5.

7. « La différence des sexes, la succession naturelle des générations ainsi que l'ordre de succession des naissances au sein d'une même génération sont des données de base que manipule en tout temps et en tout lieu le travail symbolique de la parenté, en opérant entre ces trois ordres de faits des séries de dérivations [...] dont ont découlé des systèmes terminologiques, règles de filiation, d'alliance et de résidence » : F. HÉRITIER, *L'exercice de la parenté*, Paris, Gallimard-Seuil, 1981, pp. 16-17.

8. « Notre construction de la parenté [...] se fonde sur l'attribution à un enfant d'une femme comme mère et d'un homme comme père [...] » : A. CADORET, *op. cit.*, note 1.

9. Voir à ce sujet : P. MURAT, « Couple, filiation, parenté » dans *Études offertes à J. Rubellin-Devichi, Des concubinages, Droit interne, droit international, droit comparé*, Litec, Paris, 2002, p. 53, à la p. 70. Voir aussi : D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité. Étude de droit des personnes et de la famille*, Bibliothèque de droit privé, tome 327, L.G.D.J., Paris, 2000, 27.

10. *Supra*, note 6.

11. Selon le ministre de la Justice, « l'objectif fondamental poursuivi par le projet de loi est de contribuer à ce que les personnes, jeunes ou adultes, qui se découvrent une orientation homosexuelle ne se sentent en aucun temps discriminées ou ostracisées de quelque manière que ce soit » : Adoption du principe du projet de loi 84, 7 mai 2002, *Journal des Débats*, Cahier n° 96, p. 5823.

homosexuels sont privés. Mais il faut évidemment tenir compte des moyens particuliers par lesquels ces personnes peuvent combler leur désir d'enfant. Or, si l'on exclut la situation où elles ont un enfant né d'une union précédente — puisque la parenté précède alors l'union homosexuelle —, trois voies leur permettent de devenir parents : les arrangements de « coparentalité », l'adoption et le recours à la procréation assistée¹².

Le législateur ne se préoccupe pas du premier cas¹³, celui où un homme, par exemple, convient avec un couple de lesbiennes qu'il sera le père de l'enfant de l'une d'elles. En effet, la situation juridique des homosexuels, sur le plan de la parenté, n'y est pas différente de celle des personnes hétérosexuelles¹⁴.

Il était par ailleurs nécessaire d'intervenir au chapitre de l'adoption afin d'y assurer une parfaite égalité entre homosexuels et hétérosexuels. Certes, le Code civil permettait déjà à « [t]oute personne majeure [...], seule ou conjointement avec une autre personne », d'adopter un enfant¹⁵; il n'interdisait donc pas l'adoption par un couple de même sexe. L'homosexualité n'empêchait pas non plus, du moins en principe, la qualification d'adoptant. Les homosexuels vivant en couple semblaient donc avoir ensemble accès à la paternité ou maternité adoptive. Cependant, l'examen des conséquences d'une telle adoption laissait apparaître un obstacle important : l'enfant adopté par deux personnes de même sexe allait nécessairement avoir deux pères ou deux mères. Le Code civil, qui n'envisageait pas l'établissement

12. Voir notamment à ce sujet : A. CADORET, *op. cit.*, note 1.

13. Il n'en a d'ailleurs pas été question lors des débats en commission parlementaire.

14. Légalement, les géniteurs de l'enfant sont en effet ses père et mère. Ils ne forment pas un couple, mais qu'importe! N'en est-il pas de même chaque fois que des parents se séparent? La conjointe de la mère agit alors à titre de belle-mère : elle assume dans les faits des responsabilités parentales, mais n'a pas la reconnaissance du droit qui n'accorde aucun statut juridique particulier au beau-parent, qu'il soit hétérosexuel ou homosexuel. Comme il n'y a pas là de différence de traitement en fonction de l'orientation sexuelle, le législateur ne s'est pas soucié de redresser cette situation, bien qu'on le lui ait réclamé... Voir en particulier : *Mémoire du Barreau du Québec, Projet de loi 84 (2002), Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, mai 2002, p. 10.

15. Article 546 C.c.Q.

juridique d'un double lien de paternité ou de maternité¹⁶, le permettait-il? On pouvait sérieusement en douter¹⁷. Quelques amendements ont suffi à dissiper l'ambiguïté¹⁸. Les articles 115 et 578.1 C.c.Q.¹⁹ précisent désormais que les parents d'un enfant peuvent être de sexe identique. Rien n'entrave donc plus l'adoption d'un enfant par un couple d'homosexuels²⁰.

L'accès à la parenté adoptive ne devait toutefois pas satisfaire parfaitement l'exigence d'égalité. Il a aussi fallu modifier les dispositions en matière de procréation assistée afin de permettre à des femmes homosexuelles d'avoir un enfant de leur chair²¹. Cet aspect de la réforme est important et retiendra ici l'attention.

16. Voir cependant : *N.P. c. M.G.*, REJB 2000-20474 (C.A.). La Cour d'appel, rejetant la requête afin de reconnaître la conjointe de la mère d'un enfant conçu par insémination artificielle comme parent psychologique de l'enfant, informe les parties qu'elles « ne sont pas pour autant sans recours. Les dispositions du *Code civil du Québec* en matière d'adoption constituent peut-être une avenue possible ». D'après la Cour d'appel, l'adoption d'un enfant par un couple de même sexe semblait donc déjà possible.

17. Les explications que fait à ce sujet madame M. LEFEBVRE, devant la Commission des institutions, le 5 février 2002, à 15h40, sont parfaitement exactes. Voir Commission permanente des institutions, *Journal des Débats*, Cahier n° 43, 5 février 2002. Et cela bien que le ministre de la Justice semble prétendre le contraire. Voir notamment ses affirmations à 15h50, le même jour. Voir à ce sujet : S. PHILIPS-NOOTENS, C. LAVALLÉE, *loc. cit.*, note 5, p. 351.

18. Voir les articles 115, 555 et 578.1 C.c.Q.

19. L'article 115 C.c.Q. se lit ainsi : « La déclaration de naissance énonce le nom attribué à l'enfant, son sexe, les lieu, date et heure de la naissance, le nom et le domicile des père et mère 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 les mères ou les pères de l'enfant, selon le cas ». Selon l'article 578.1 C.c.Q. : « lorsque les parents de l'adopté sont de même sexe, celui qui a un lien biologique avec l'enfant a, dans le cas où la loi attribue à chaque parent des droits et obligations distincts, ceux du père, s'il s'agit d'un couple de sexe masculin, et ceux de la mère, s'il s'agit d'un couple de sexe féminin. L'adoptant a alors les droits et obligations que la loi attribue à l'autre parent. Lorsqu'aucun des parents n'a de lien biologique avec l'enfant, le jugement d'adoption détermine les droits et obligations de chacun ». L'assimilation des parents homosexuels aux parents de sexe différent peut surprendre. B. MOORE explique clairement la règle : *loc. cit.*, note 5, pp. 83 et 84.

20. Rien n'empêche non plus l'adoption par un homosexuel de l'enfant de son conjoint : voir l'article 555 C.c.Q.

21. À propos du désir d'avoir un enfant de sa chair : voir A. CADORET, *op. cit.*, note 1; N. ROULAND, *op. cit.*, note 3.

De façon étonnante, l'intervention est aussi discrète que drastique. Le législateur amende en effet les règles relatives à la procréation médicalement assistée sans préciser qu'il les met au service des homosexuelles²². Pourtant, on sait très bien qu'en dépit de leur apparente neutralité, la véritable utilité de ces nouvelles dispositions est de permettre à un couple de femmes d'accéder à la maternité grâce à l'assistance d'un donneur, sans qu'elles n'aient à s'embarrasser d'un père et sans que la conjointe de la mère n'ait à adopter l'enfant. Dans le cas des couples hétérosexuels infertiles ayant recours à l'assistance médicale à la procréation, les principes du *Code civil du Québec* de 1994²³ procuraient en effet un encadrement suffisant et adéquat.

Soucieux de répondre favorablement aux revendications des groupes homosexuels²⁴, le législateur n'hésite donc pas à mettre la filiation au service de l'égalité. Il ébranle ainsi « tout le système généalogique de notre société²⁵ » en transformant à la fois la nature des liens de filiation, jusqu'ici nécessairement sexuée²⁶, et leur destination, qui était d'assurer une certaine structure sociale, tout en garantissant aux enfants identité, sécurité et stabilité.

On a donc redessiné et réinventé la filiation dans une perspective égalitariste : mais à quel prix? L'enfant que l'on a

22. Voir les articles 538 à 542 C.c.Q.

23. Articles 538 à 542 C.c.Q.

24. « On ne peut pas avoir deux poids, deux mesures quand il s'agit des enfants. Ils doivent avoir les mêmes protections de la loi, les mêmes droits que les parents de sexe différent. La filiation doit être établie afin de faire disparaître la moindre distinction entre parents naturels, parents biologiques, adoptifs, qu'ils soient de même sexe ou de sexe différent, car, si on ne fait pas cette distinction-là, si on n'abolit pas ces différences-là au niveau des enfants, on va créer une forme de discrimination dérivée qui ne sera plus vécue par nous mais qui va être vécue par les enfants. Alors on a cette responsabilité de mettre en place un système qui va être juste [...] » : propos de C. OUELLET devant la Commission permanente des institutions, le 5 février 2002, à 12 h. Commission permanente des institutions, *Journal des Débats*, Cahier n° 43, 5 février 2002. Remarquons la confusion et le glissement constants entre droit des parents et droit des enfants.

25. F. DEKEUWER-DÉFOSSÉZ, *loc. cit.*, note 3, p. 62.

26. « Quel que soit le type de filiation, le droit construit la filiation autour de la différence des sexes » : M.-F. NICOLAS-MAGUIN, « Parentés et différence de sexe », dans M. GROSS (dir.), *Homoparentalité, état des lieux, supra*, note 1, p. 67.

prétendu protéger²⁷ n'est-il pas au contraire menacé par de tels changements? Que sait-on de son destin? Après avoir analysé le processus et le contenu de la réforme, il sera essentiel d'examiner son impact sur l'enfant. Malgré les critiques que l'on aura pu formuler à propos de ces nouvelles règles de filiation, il faudra alors admettre qu'il n'y aura pas de recul possible. La seule issue est, peut-être, de poursuivre réflexion et réforme en tenant réellement compte, cette fois, de l'intérêt véritable de l'enfant.

I. LA FILIATION RÉINVENTÉE

L'entreprise est audacieuse. Redessiner un modèle alternatif de filiation afin de répondre aux exigences d'égalité des personnes homosexuelles exige une rupture par rapport au passé : il faut se dégager de la conception traditionnelle de la filiation et repenser celle-ci. Mais, on le remarquera, il n'est pas facile de se défaire de la tradition... Pas plus qu'il n'est possible de résister à la « tentation des amalgames²⁸ », c'est-à-dire à l'envie de récupérer les notions classiques, d'utiliser certains modèles déjà connus et de camoufler les nouveaux principes sous des règles d'application générale. Puisque l'on tente de mettre fin à la discrimination, ne faut-il pas en effet éviter à tout prix de marginaliser ces nouveaux parents²⁹?

27. Le ministre de la Justice a affirmé à plusieurs reprises durant les débats en commission parlementaire que l'intérêt de l'enfant était l'une de ses préoccupations primordiales. Voir par exemple, le 5 février 2002, devant la Commission permanente des institutions alors qu'il présentait l'avant-projet de loi : « [...] je crois que notre réflexion doit se compléter avec, en arrière-plan, cette question qui devra toujours être présente : Cela est-il dans l'intérêt des enfants? Cela est-il susceptible de contribuer à leurs besoins moraux, affectifs, intellectuels et physiques? », Commission permanente des institutions, *Journal des Débats*, Cahier n° 43, 15 février 2002, pp. 1-62.

28. L'expression « *La tentation des amalgames* » est de P. MURAT, *loc. cit.*, note 9, p. 68.

29. « [...] les mêmes droits doivent s'appliquer et de la même façon, autant que faire se peut. On comprend qu'il y a des distinctions à faire : que, bon, un couple d'hommes doit nécessairement passer par l'adoption; un couple de femmes peut, avec l'aide de la procréation assistée, avoir un lien biologique. Mais autant que faire se peut, avoir les mêmes modalités qui s'appliquent aux conjoints de sexe différent, qui vont s'appliquer à nous. On ne va pas réinventer la roue, on ne va pas réinventer un droit qui finalement peut fonctionner. Je pense que l'essentiel c'est la définition d'égalité. L'égalité, c'est la même chose. C'est d'avoir les mêmes droits, d'avoir les

Ces tendances contradictoires marquent la réforme qui a exigé, non seulement le réaménagement des règles de preuve³⁰ afin de permettre la reconnaissance de l'homoparenté, mais aussi, cela va de soi, l'acceptation d'un nouveau système, d'une nouvelle structure de parenté indifférente au caractère sexué des rapports de filiation.

A. L'ÉLABORATION D'UNE NOUVELLE STRUCTURE DE PARENTÉ : DU CONNU À L'INÉDIT

La reconnaissance de l'homoparenté oblige à repenser les filiations³¹. C'est toutefois à partir d'un modèle connu, la filiation fondée sur la volonté d'être parent³², qu'on élabore cette nouvelle structure de parenté. Il faut donc, en premier lieu, s'attarder à la relation individuelle de filiation pour, ensuite, considérer l'ensemble³³.

1. La relation de filiation : appropriation et transposition d'un modèle connu

Les homosexuels désiraient³⁴ un « changement de législation afin que leur légitimité à être parents, à assumer

mêmes choix et de pouvoir les exercer sans discrimination. ». Propos de C. OUELLET de la Coalition gaie et lesbienne du Québec, le 5 février 2002 à 11h55, devant la Commission permanente des institutions. Commission permanente des institutions, *Journal des Débats*, Cahier n° 43, 5 février 2002.

30. Les dispositions du Code civil relatives à la filiation sont principalement des règles de preuve. Voir notamment à ce sujet : S. PHILIPS-NOOTENS, C. LAVALLÉE, *loc. cit.*, note 5, p. 339.

31. Il faut, écrit M. IACUB; « penser les filiations en tant qu'ensemble de règles artificielles et arbitraires véhiculant des valeurs et non pas des rapports de causalité, et trouver pour ce faire des principes autres que la pure et simple imitation de la nature » : M. IACUB, *Le crime était presque sexuel et autres essais de casuistique juridique*, Flammarion, Paris, 2002, p. 370.

32. Type de filiation que le droit reconnaît notamment, depuis 1980, en faveur du conjoint de la femme qui a recours à l'insémination artificielle avec donneur.

33. L'originalité du système ressort donc surtout de l'ensemble : la juxtaposition possible d'un double lien de filiation maternelle, l'un biologique, l'autre purement volontaire, révèle en effet que la différence des sexes n'est plus « racine [...] de la construction familiale » : A. CADORET, *op. cit.*, note 1, p. 39.

34. Voir par exemple, le 5 février 2002, devant la Commission permanente des institutions, les propos du président de la Table de concertation des lesbiennes et des gays du Québec : « Nos demandes vont tout particulièrement, pour cette pleine égalité, bien sûr, porter sur la parentalité. Parentalité inclut, n'est-ce pas, bon, l'insémination artificielle, le pouvoir de... la possibilité d'adopter, l'autorité parentale. La

pleinement leur parenté et pas seulement des bribes de parentalité, leur soit reconnue³⁵». Bien sûr, la femme homosexuelle qui met au monde un enfant est, sur les plans biologique et juridique, la mère de celui-ci : elle y est liée par le sang et les règles générales de filiation suffisent à l'établissement de sa maternité. Il en est autrement de sa conjointe. Cette dernière n'a évidemment pas de lien biologique avec cet enfant dont elle se sent pourtant mère. Seuls la volonté d'être parent et le fait d'agir ainsi peuvent servir d'assises à sa maternité. Or, le droit reconnaissait déjà ce type de filiation. La paternité, notamment dans le cadre de la procréation assistée, pouvait reposer sur de telles bases. La reconnaissance juridique de la maternité de la conjointe de la mère était donc possible. Il suffisait de s'approprier³⁶ et de

parentalité est absolument essentielle. Si elle ne fait pas partie de ce qui est offert aux communautés gaies et lesbiennes, c'est comme si on disait à des parents de n'importe quelle famille : vous savez, vous êtes un beau couple, on vous reconnaît; les enfants, voulez-vous les cacher dans le placard, ils ne font pas partie de votre famille. C'est ce qui arrive actuellement». Commission permanente des institutions, *Journal des Débats*, Cahier n° 43, 5 février 2002, 10h10, pp. 1-62. Voir aussi, la même journée, à 11h10, les propos de madame Demczuk de la Coalition québécoise pour la reconnaissance des conjoints et conjointes de même sexe : « Je parle ici du droit à la filiation, à l'autorité parentale et l'accès à l'adoption. [...] Cette question je pense, est d'autant plus pertinente que plusieurs couples de gais ou de lesbiennes ont le projet d'avoir des enfants et ceux qui en ont actuellement placent leurs espoirs dans les modifications qu'ils vont apporter à l'union civile pour obtenir le droit à la filiation ».

35. A. CADORET, *op. cit.*, note 1, p. 20. Voir aussi F. LEROY-FORGEOT, *op. cit.*, note 1.

36. « On a juste à regarder ce qui se passe dans une famille où il y a des conjoints de sexe différent. Bon, il y a un enfant qui naît d'un couple, qu'est-ce que c'est qui se passe? Est-ce que le conjoint, est-ce que le père a besoin d'adopter son propre enfant? Non, il y a un enregistrement. Alors, le projet commun... Bien sûr, il y a l'idée de la procréation médicalement assistée, mais si on regarde... L'enfant arrive dans un couple. Il y a un couple de femmes, il y a un couple composé d'un homme et d'une femme. Les enfants qui naissent devraient avoir droit à la même filiation, aux mêmes effets de la loi et dans la même modalité. S'il s'agit juste, d'une part, de remplir un papier, bien, de l'autre côté, c'est la même chose. Tu sais, l'égalité, c'est ça : c'est la même chose, dans les mêmes modalités et au même prix ». Propos de Claudine Ouellet de la Coalition gaie et lesbienne du Québec, le 5 février 2002 à 12h10, devant la Commission permanente des institutions. Commission permanente des institutions, *Journal des Débats*, Cahier n° 43, 5 février 2002.

transposer le modèle³⁷ jusque-là réservé à la paternité, en invoquant à la fois le caractère « construit » de la filiation et le droit à l'égalité.

La filiation juridique est en effet la représentation de valeurs sociales et culturelles. Même si elle a la nature comme modèle³⁸, elle n'en est pas toujours l'exacte reproduction. Il y a toujours eu d'importantes exceptions à l'établissement juridique des liens de sang³⁹. Ainsi, depuis 1980, en matière de procréation médicalement assistée, et plus particulièrement d'insémination artificielle avec donneur, le législateur masque la vérité biologique et respecte la volonté initiale du couple stérile et du donneur en permettant l'établissement d'une filiation paternelle mensongère. Le montage est sans faille et l'illusion parfaite : le droit reconnaît la paternité du conjoint infertile et nie celle du géniteur. Il est donc complice du « projet parental » du couple stérile qui, pour satisfaire son désir d'enfant, a recours à un don de gamètes.

En permettant l'établissement juridique d'une paternité fondée, non sur la réalité biologique, mais sur la volonté d'être père, le droit québécois fournissait aux personnes homosexuelles revendiquant le droit de fonder une famille et

37. « Notre Code civil reconnaît déjà la possibilité d'établir une filiation comme résultat d'un projet parental lorsque la procréation de l'enfant est médicalement assistée. Doit-on continuer dans la même voie et permettre à un couple de deux [sic] femmes de recourir à l'apport génétique d'un tiers donneur pour fonder une famille? La question ne se pose pas pour un couple d'hommes pour une raison évidente, mais la conjointe de la mère qui donne naissance à un enfant pourrait-elle se déclarer parent de l'enfant et lui fournir ainsi une seconde lignée équivalente à la lignée paternelle. Et, si le projet parental se double d'une union civile, ne devrait-on pas comme en mariage, établir une présomption de parentalité? » disait le ministre de la Justice, le 5 février 2002, en présentant l'avant-projet de loi devant la Commission permanente des institutions. Voir *Journal des Débats*, Cahier n° 43, 5 février 2002, pp. 1-62.

38. Lire à ce sujet : S. PHILIPS-NOOTENS, C. LAVALLÉE, *loc. cit.*, note 5, p. 351. Elles écrivent fort justement : « la délicate question de la recherche des origines des personnes adoptées ou dont l'identité des parents a été cachée illustre parfaitement, du moins au plan symbolique, la relation étroite, mais de plus en plus fragile, entre les liens du sang et les liens de droit »; C. LABRUSSE-RIOU, *loc. cit.*, note 3, p. 424; N. ROULAND, *op. cit.*, note 3, p. 430.

39. On peut penser, par exemple, à l'importance qu'avait autrefois la présomption de paternité, qui empêchait, bien souvent, la divulgation des liens de sang. Voir aussi les articles 530 et 531 C.c.Q. Lorsqu'il y a conformité entre le titre et la possession d'état, la filiation ainsi établie est incontestable, même si elle n'est pas conforme à la vérité biologique.

de devenir parents un argument dont elles allaient tirer parti⁴⁰. Il leur a suffi de brandir l'étendard du droit à l'égalité. En effet, ont prétendu certains, si la législation permet à un homme stérile de devenir père grâce à l'insémination artificielle, pourquoi ne donnerait-elle pas aussi à une femme homosexuelle la chance de devenir mère de l'enfant de sa conjointe? Pourquoi cette femme serait-elle obligée d'adopter l'enfant de sa partenaire, alors que, si elle était un homme, elle n'y serait pas tenue⁴¹? Si le désir d'enfant permet de fonder une filiation, pourquoi ne pas appliquer ce principe aux couples d'homosexuelles⁴²? Les questions étaient posées et la réponse n'a pas tardé : elle fut favorable. L'argument de

40. Il est indéniable que la position du droit relativement aux techniques médicales d'assistance à la procréation avait pavé la voie... Ainsi que le fait remarquer G. DELAISI DE PARSEVAL : « Remarquons [...] que le questionnement actuel sur l'homoparentalité prend sa source plus haut, en amont, dans un bouleversement préalable des représentations de la maternité et de la paternité. Changements profonds dans les représentations qui datent de l'existence des différentes techniques d'assistance médicale à la procréation. Ces dernières, en effet, en créant un morcellement de l'expérience procréatrice, en multipliant les cogéniteurs ou les coparents, ont créé des situations inédites, avec des responsabilités parentales floues telles que nous les voyons déclinées dans la société française d'aujourd'hui. Ces techniques, ainsi que leur légitimation par la loi qui a entériné ces nouveaux modes de « parenté à plusieurs », ont ainsi induit, « permis » la prise en compte de demandes atypiques qui contournent la sexualité. Telle celle, emblématique et particulièrement paradoxale, qu'on pourrait formuler de la manière suivante : « Comment procréer quand on est stérile? » [...] Ne nous étonnons pas alors que soient apparues par la suite, « tout naturellement », des demandes d'individus qui ont revendiqué, pour eux et pour les enfants « nés dans un contexte homosexuel, » que la société reconnaisse un rôle parental à ceux qui n'avaient pas le statut juridique de parent. » : G. DELAISI DE PARSEVAL, « Qu'est-ce qu'un parent suffisamment bon? dans M. GROSS (dir.), *Homoparentalité, état des lieux*, supra, note 1, p. 213.

41. « [...] on n'imposera pas sur (sic) la mère non biologique dans le couple de lesbiennes d'adopter son propre enfant, ce qu'on n'impose pas chez un couple de sexe différent ». Propos de Claudine Ouellet de la Coalition gaie et lesbienne du Québec, le 5 février 2002 à 12h30, devant la Commission permanente des institutions. Commission permanente des institutions, *Journal des Débats*, Cahier n° 43, 5 février 2002.

42. « Les couples de sexe différent, mariés ou en union de fait, qui procèdent par insémination pour avoir un enfant ont la chance que l'enfant ait deux parents reconnus. Quelle est la différence ici? Dans les deux cas, nous avons un parent biologique et un parent non biologique. Alors comment expliquer cette différence de traitement? Cette différence de traitement s'explique par une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ». Témoignage de madame Nicole Paquette de l'Association des mères lesbiennes du Québec, le 7 février 2002, devant la Commission permanente des institutions, lors des débats sur l'avant-projet de loi. Commission permanente des institutions, *Journal des Débats*, Cahier n° 45, 7 février 2002, 12h10.

l'égalité fut décisif⁴³. Remarquons son effet domino. L'égalité exigeait, dans un premier temps, que la fiction, procédé utilisé par le droit pour établir la paternité du père infertile dans le cadre de la procréation médicalement assistée, serve à l'établissement d'une « comaternité » homosexuelle. On allait ensuite, dans un deuxième temps, appliquer le principe en dehors du contexte médical, dans toute situation de procréation assistée⁴⁴. En effet, pourquoi obliger une femme homosexuelle qui désire devenir mère à requérir les services d'un médecin? Elle n'est pas malade. De plus, il existe bel et bien un certain nombre de femmes homosexuelles qui ont un enfant à la suite de relations sexuelles avec un ami qui renonce à sa paternité. Pourquoi n'auraient-elles pas, elles aussi, l'assurance que le géniteur ne pourra revenir sur sa décision? Pourquoi leur refuser cet avantage que le droit confère à celles qui ont recours à l'assistance médicale? Et enfin, si le droit permet à des femmes homosexuelles d'avoir, par relation sexuelle, un enfant qui n'aura pas de père, pourquoi une femme célibataire et solitaire ne le pourrait-elle pas elle aussi? La boucle était bouclée. La dernière étape du raisonnement était franchie. L'argument de l'égalité venait de servir à la fois aux homosexuelles et aux hétérosexuelles. Du désir d'enfant, on venait de glisser vers le droit à l'enfant⁴⁵... Un certain égoïsme devenait légitime...

Le projet parental avec assistance à la procréation, dont on devinait l'importance dans les anciennes dispositions du Code civil, devient donc clairement, aujourd'hui, la clef de voûte des nouvelles dispositions relatives à la procréation assistée⁴⁶. La volonté sert d'assise à la filiation. De prime

43. Reprenant les propos d'une personne ayant témoigné devant la Commission des institutions, le ministre de la Justice déclarait ceci : « Pourquoi demander aux gais et lesbiennes de renoncer à une partie de leur humanité au nom de leur différence? » Et il poursuit plus loin, abordant notamment la question de l'adoption : « Il faut que cesse toute discrimination systémique vécue par plusieurs couples stables, aimants et compétents à élever des enfants ». Adoption du principe du projet de loi 84, *Journal des Débats*, mardi 7 mai 2002, 10h30.

44. C'est-à-dire, chaque fois qu'une femme aurait un enfant à la suite de relation sexuelle avec un homme, sans que ce dernier n'ait partagé son « projet parental ».

45. À propos de ce droit à l'enfant, voir notamment : N. ROULAND, « En quête d'identité », *Inventons la famille!*, *supra*, note 3, p. 186.

46. Article 538 C.c.Q.

abord, il n'y a pas là grande innovation : on l'a dit, le modèle existait déjà en faveur de la paternité. Mais évidemment, la transposition est loin d'être anodine; elle a une répercussion importante, qui apparaît dès lors que l'on juxtapose les liens de filiation rattachant l'enfant à chacun de ses parents : ceux-ci, ou plutôt celles-ci, sont de même sexe...

2. Le système de parenté : la dénaturation du modèle

Le fait de reconnaître l'existence d'un lien de maternité fondé sur la seule participation à un projet parental avec assistance à la procréation a donc une répercussion majeure : l'abandon du caractère sexué de la filiation juridique. La parenté n'a plus à être vraisemblable : ce qui est impossible physiologiquement, avoir deux parents de même sexe, devient une réalité juridique. Paternité et maternité ne sont plus nécessairement complémentaires. Étonnamment, cet aspect de la question n'a pas dominé les quelques discussions précédant l'entrée en vigueur de la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*⁴⁷. On l'a même escamoté en insistant plutôt sur l'objectif d'égalité. Pourtant, partout où l'on discute d'homoparenté⁴⁸, l'altération et la dénaturation des liens de filiation constituent les principaux arguments que l'on oppose à une telle réforme⁴⁹.

47. *Supra*, note 6.

48. Voir par exemple : P. MURAT, *loc. cit.*, note 9, p. 53; S. BERNIGAUD, « Pacs et filiation », *Études offertes à J. Rubellin-Devichi, Des concubinages, Droit interne, droit international, droit comparé*, *supra*, note 9, p. 183, pp. 184 à 188; H. BOSSE-PLATIÈRE, « Pacs et autorité parentale », *Id.*, p. 193, à la p. 195; M.-F. NICOLAS-MAGUIN, « Parentés et différence des sexes. La liberté des personnes face au cadre de la loi », dans *Homoparentalité, état des lieux*, *supra*, note 1, pp. 67 et 72; I. THÉRY, « Différence des sexes, homosexualité et filiation », *Id.*, p. 109.

49. « Aucune société n'admet la parenté homosexuelle » : propos de F. HÉRITIER rapportés par N. ROULAND, *loc. cit.*, note 45, p. 193 et à la note 100. La réforme effectuée au Québec est unique. Même l'adoption par un couple homosexuel est très peu admise. Depuis la fin de l'année 2000, les Pays-Bas la permettent : « elle se limite avec la réforme votée par le Parlement le 21 décembre 2000 aux seules adoptions nationales, en nombre très faible » : F. BOULANGER, *Enjeux et défis de l'adoption*, Économica, Paris, 2001, p. 52; N. DENIES, *Discrimination, mariage, exercice et accès à la parentalité dans les couples homosexuels : État de la question et document de travail*, Cepess, Bruxelles, le 30 octobre 2001. En 2001, la Suède a néanmoins voté une loi permettant aux couples de même sexe, « cohabitants » et enregistrés sous le régime

Ainsi que l'écrit l'anthropologue Françoise-Romaine Ouellette, «[...] le principe démocratique d'égalité des personnes n'est [...] pas directement transposable dans le champ de la parenté. Les règles de l'alliance et de la filiation relèvent d'une autre logique normative qui présuppose la différence et la hiérarchisation des âges, sexes et générations⁵⁰ ». Et de poursuivre Françoise Dekeuwer-Defossez : «[...] au plan de la parenté, il existe un obstacle incontournable à consacrer la parenté homosexuelle, qui est le caractère sexué des liens de filiation. Chaque enfant a un lien paternel et un lien maternel. Sauf à transformer la nature des liens de filiation, sauf à reconstruire tout le système généalogique de notre société, et ceci en contradiction formelle avec la réalité biologique, cet obstacle est infranchissable. Or, il ne saurait y avoir de « droit à l'enfant » au profit d'un couple inapte à inscrire cet enfant dans un double ordre généalogique paternel et maternel⁵¹ ».

Infranchissable cet obstacle? Il n'a guère posé de problème au législateur québécois qui ne l'a même pas évoqué... Par ailleurs, s'il avait eu à répondre à l'argument, il aurait certainement, en se référant notamment à des sociétés fort éloignées des nôtres⁵², souligné le caractère culturel⁵³ et artificiel de la filiation⁵⁴, qui ne serait que pure construction

de partenariat légal d'adopter, tant dans le cadre de l'adoption nationale qu'inter-nationale. La loi danoise du 25 mai 1999 autorise l'adoption de l'enfant danois du partenaire homosexuel enregistré aux mêmes conditions que l'adoption de l'enfant du conjoint. Cette adoption confère à l'enfant le statut d'enfant légitime des deux partenaires enregistrés. Voir : H. FULCHIRON, « La reconnaissance de la famille homosexuelle aux Pays-Bas », *J.C.P.* 2001, Act. 1033; A. DEBET, « La Cour européenne des droits de l'Homme, les homosexuels et l'adoption », *J.C.P.* 2002, Chr. 8. Au sujet de la position de la Cour européenne des droits de l'homme à propos de la possibilité pour un homosexuel d'adopter : voir l'arrêt *Fretté c. France*, 26 février 2002.

50. F.-R. OUELLETTE, « Les usages contemporains de l'adoption », dans *Adoptions : Ethnologie des parentés choisies*, dirigé par A. FINE, Éditions de la Maison des sciences de l'Homme, Paris, 1998, pp. 154-167.

51. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *loc. cit.*, note 5, p. 62.

52. Voir notamment : A. CADORET, *op. cit.*, note 1, pp. 22 à 31.

53. Voir notamment : N. ROULAND, *op. cit.*, note 3, pp. 432 et 433.

54. Voir notamment : F. LEROY-FORGEOT, « "Nature" et "Contre-nature" en matière d'homoparentalité », dans *Homoparentalité, état des lieux, supra*, note 1, p. 140. Voir aussi M. IACUB, *op. cit.*, note 31.

juridique⁵⁵. Il aurait aussi insisté sur l'importance de la volonté comme assise de la filiation juridique. Et peut-être, enfin, aurait-il invoqué le pouvoir créateur de la loi⁵⁶, nécessaire pour restaurer l'égalité et imposer le respect à l'égard des homosexuels.

La filiation est certes construite par le droit; la distinction père-géniteur, qui a « toujours fait partie de notre patrimoine juridique⁵⁷ », le démontre. Cependant, on ne peut nier que, dans notre culture, les règles de filiation ont toujours respecté la nature en veillant à l'établissement de liens de paternité et de maternité⁵⁸ qui permettaient à l'enfant de devenir le maillon d'une lignée, de se situer dans un système généalogique. « La filiation volontaire [a toujours été] calquée sur la filiation biologique, donc sur une filiation sexuée⁵⁹ ». Était-ce par facilité? Pour répondre à un besoin de sécurité? Par crainte des possibles dérives qu'aurait pu entraîner le rejet du modèle? Pour protéger l'enfant ou par respect pour

55. « [...] les règles de filiation ne sont rien de plus qu'une construction sociale propre au monde occidental » : propos de la professeure A. ROBINSON devant la Commission permanente des institutions, le 5 février 2002, à 14h40, Commission permanente des institutions, *Journal des Débats*, Cahier n° 43, 5 février 2002. Voir notamment N. ROULAND, *op. cit.*, note 3, pp. 427-428 : « la part du construit est plus importante que celle du donné en ce qui concerne la filiation ». F. HÉRITIER, *op. cit.*, note 7, pp. 14 et 15. A. CADORET, *op. cit.*, note 1, p. 48.

56. « Car même si la réalité peut lui résister, le pouvoir d'édition normative du droit est immense. Dans l'Antiquité romaine, en France jusqu'en 1848, l'homme était nié dans le statut d'esclave. Le Parlement anglais passait pour pouvoir tout faire, sauf changer un homme en femme : certaines sociétés traditionnelles, dans des cas extrêmes, ont même franchi ce seuil. Et la variété des systèmes de filiation et d'alliance pourrait justement servir à tout justifier. Ce qui serait manifestement erroné » : N. ROULAND, *loc. cit.*, note 45, pp. 202 et 201 et à la note 112.

57. *Histoire des pères et de la paternité*, sous la direction de J. DELUMEAU et D. ROCHE, Larousse, *In extenso*, Paris, 2000, p. 394.

58. Il en est de même aussi en matière d'adoption. « Le couple hétérosexuel constitue un couple en apparence procréatif et permet le maintien du modèle qui consiste à considérer, par substitution, les parents adoptifs comme les « parents véritables » de l'enfant, ce que traduit le nouvel acte de naissance de l'adopté » : S. PHILIPS-NOOTENS, C. LAVALLÉE, *loc. cit.*, note 5, p. 18. « L'imitation de la nature a guidé l'élaboration de nos institutions de parenté non biologique, aussi bien pour les buts recherchés que dans les conditions de mise en œuvre retenues. L'exemple de l'adoption le montre parfaitement et, dès l'origine, les mots de Bonaparte le rappellent crûment : « l'adoption est une fiction qui singe la nature » : P. MURAT, *loc. cit.*, note 9, p. 65.

59. P. MURAT, *id.*, note 9, p. 64; M. Iacub, « Homoparentalité et ordre procréatif », dans D. BORILLO, E. FASSIN (dir.), *Au-delà du Pacs*, PUF, Paris, 1999, p. 193, à la page 202.

l'ordre naturel qui transcende toute loi? On ne saurait le dire. Il est néanmoins évident que la parenté homosexuelle remet « en cause [...] l'institution généalogique qui présuppose que chaque individu s'inscrit dans la vie sociale en tant que fils ou fille d'un homme et d'une femme, peu importe les aménagements résidentiel, symboliques et patrimoniaux qui déterminent ses affiliations de parenté effectives ou prioritaires⁶⁰ ».

La possibilité d'avoir deux mères, tout en étant privé d'un père, semble aussi démontrer une étonnante indifférence à l'égard de la place du père⁶¹ et du rôle particulier qu'il peut jouer⁶² : suffit-il d'avoir deux parents peu importe leur genre⁶³? L'accent est mis sur la fonction de parent plutôt que sur l'identité de son titulaire : est-ce la conséquence inévitable de la neutralité de nos lois qui tendent vers une « indifférenciation des pratiques paternelles et maternelles⁶⁴ »? La multiplication des familles reconstituées, qui permettent « une disjonction des fonctions du père entre plusieurs hommes⁶⁵ », aurait-elle contribué à cette dévalorisation du père⁶⁶?

60. F.-R. OUELLETTE, *loc. cit.*, note 50, p. 167.

61. Au sujet des « anomalies du statut du père en droit positif » français, voir : N. ROULAND, *loc. cit.*, note 45, pp. 206 à 208.

62. La paternité est, à l'évidence, en crise dans le monde occidental. Lire à ce propos l'indispensable *Histoire des pères et de la paternité*, supra note 57. Comme le souligne G. DELAISI DE PARSEVAL, « cette crise se joue [...] principalement autour de la question de la désignation du père. La crise dans les rôles nous paraît, en effet, relativement secondaire eu égard aux enjeux majeurs posés par la question « qui est le père? » : G. DELAISI DE PARSEVAL, « La part du père et de la mère à l'aube de l'an 2000 », dans *Liber Amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein, Droit comparé des personnes et de la famille*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 143, à la p. 155; voir aussi M.-T. MEULDERS-KLEIN, « La place du père dans les législations européennes », dans *La personne, la famille et le droit, 1968-1998 : trois décennies de mutations en occident*, L.G.D.J., 1999; C. CASTELAIN MEUNIER, *La place des hommes et les métamorphoses de la famille*, PUF, Paris, 2002, pp. 29 à 35. En fait, la question n'est plus tant : qui est le père ou quel rôle joue-t-il? Mais bien plus : y a-t-il un père?

63. C'est ce que semblait croire le ministre de la Justice, puisqu'il déclarait, le 5 février 2002, devant la Commission des institutions : « La conjointe de la mère pourrait se déclarer parent de l'enfant et lui fournir ainsi une seconde lignée équivalente à la lignée paternelle ». Voir aussi : S. PHILIPS-NOOTENS et C. LAVALLÉE, *loc. cit.*, note 5, p. 23.

64. *Histoire des pères et de la paternité*, supra, note 57, p. 382.

65. *Id.*

66. À propos de la « maternalisation » de la famille, voir E. ROUDINESCO, *La famille en désordre*, Fayard, Paris, 2002, pp. 131, 145, 184, 188, 189 et 206.

La transformation est donc majeure et aurait mérité réflexion⁶⁷. S'il est vrai que toutes les formes de parenté et de filiation sont possibles, puisque construites, il n'en demeure pas moins qu'elles ont toujours correspondu à la loi du groupe, à une représentation sociale commune de la parenté⁶⁸. Aujourd'hui, il semble que le législateur québécois ait tenté de précipiter un changement de mentalité; il a forcé une nouvelle conception de la filiation, afin d'ouvrir la voie à la tolérance et au respect à l'égard des homosexuels.

L'objectif est certes louable. Mais le procédé, et l'empressement qui l'a accompagné, laissent perplexes. N'aurait-on pu envisager d'autres solutions? Par exemple, n'aurait-il pas été plus défendable de résister aux revendications et de se contenter de doter les conjoints de parents homosexuels de l'exercice de l'autorité parentale, de leur reconnaître une « parenté psychologique »⁶⁹ ou sociale? À la politique de l'alignement,

67. Pourquoi l'avoir opérée presque en catimini? L'avant-projet de loi ne concernait que l'union civile et la réservait aux couples homosexuels. Dès l'ouverture des consultations publiques, toutefois, le ministre de la Justice se questionnait « sur la possibilité d'aller plus loin dans l'intérêt même de l'enfant ». La réforme des règles portant sur la filiation était déjà « dans l'air », mais ne figurant pas dans l'avant-projet de loi, elle ne pouvait faire l'objet d'une véritable discussion. Les divers groupes jugeant nécessaire de jumeler une révision des règles de filiation à la création de l'union civile en avaient certes dénoncé l'absence. Mais il n'avait pas été possible, faute de texte, de discuter de façon approfondie du contenu d'une telle réforme et d'en dénoncer les lacunes et les dangers. Dans un tel contexte, la réforme de la filiation pouvait donc être réclamée, sans pouvoir toutefois être critiquée. N'était-ce pas, pour le gouvernement, une situation idéale? Le gouvernement présente donc le 25 avril 2002 un projet de loi qui se démarque sensiblement de l'avant-projet : non seulement rend-il l'union civile accessible tant aux couples hétérosexuels qu'homosexuels, mais il établit aussi de nouvelles règles de filiation. Dès lors, tout se passe très vite : le principe est adopté le 7 mai, des consultations particulières ont lieu les 15 et 16 mai, l'étude détaillée du projet de loi se fait les 21, 22 et 23 mai et le rapport de la commission est déposé le 28 mai. Le 7 juin, l'Assemblée nationale adopte le projet de loi. Sanctionnée dès le 8 juin, la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation* entre en vigueur le 24 juin. Les quelques personnes qui ont tenté de la critiquer n'ont pas été écoutées; il était d'ailleurs difficile de s'opposer à l'adoption d'une loi que l'on prétendait être basée sur la tolérance, le respect et l'équité.

68. F. HÉRITIER, *op. cit.*, note 3, pp. 216-217.

69. Les Pays-Bas, l'Angleterre et le Pays de Galles, l'Allemagne, la Finlande et la Norvège permettent à un couple de même sexe l'exercice commun de l'autorité parentale : M. GROSS, *L'homoparentalité*, Que sais-je?, PUF, Paris, p. 53. Le Barreau du Québec avait suggéré cette avenue. Plusieurs auteurs québécois l'ont reprise. Voir par exemple : S. PHILIPS-NOOTENS, C. LAVALLÉE, *loc. cit.*, note 5, p. 353; B. MOORE, *loc. cit.*, note 5, p. 75.

on aurait alors préféré celle de la différence⁷⁰, et cela aurait permis de distinguer « les rapports de parenté, fondés sur la filiation, du rapport de parentalité, fondé sur les fonctions sociales remplies auprès de l'enfant dans le cadre d'une vie de couple⁷¹ ». L'intérêt des enfants aurait été protégé. Ce n'est toutefois pas ce que les homosexuelles demandaient⁷²; elles désiraient, on le sait, un accès à la parenté. N'aurait-on pas dû alors se contenter de leur ouvrir la voie de l'adoption⁷³? Bien sûr⁷⁴, la filiation aurait, là aussi, été « déssexualisée ». Mais au moins, le droit aurait alors expressément reconnu son caractère fictif et électif; ces deux éléments étant de l'essence même de la filiation adoptive. Il ne faut pas oublier non plus que l'adoption remédie à une absence : elle permet à un enfant d'avoir des parents. Au désir des parents homosexuels adoptifs correspond un besoin, chez cet enfant, de trouver un père ou une mère. Ce n'est pas le cas lorsque les enfants naissent d'une procréation assistée : la mère homosexuelle, parce qu'elle désire une progéniture, met délibérément au monde un enfant sans père. Il y a donc des différences majeures entre le fait de permettre à deux

70. P. MURAT, *loc. cit.*, note 9, p. 71.

71. *Id.* Voir aussi F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *loc. cit.*, note 5, pp. 17 et 18.

72. « ... La filiation est très importante. Les droits parentaux sont importants dans la vie de tous les jours, mais la filiation a une valeur symbolique très importante qu'il ne faut pas négliger. Et puis aussi pour la famille élargie, la filiation est importante. [...] Alors les droits parentaux, c'est une chose qui est très importante, mais ça ne règle pas tout. Pour moi, la filiation est plus importante que les droits parentaux. La filiation comprend les droits parentaux tandis que les droits parentaux n'incluent pas la filiation. C'est deux choses différentes ». Témoignage de madame Nicole Paquette devant la Commission permanente des institutions durant les débats concernant l'avant-projet de loi. Commission permanente des institutions, *Journal des Débats*, Cahier n° 43, 6 février 2002, à 12h10.

73. « Les Pays-Bas depuis avril 2001 et la Suède depuis juin 2002, ainsi que la région de Navarre (Espagne) depuis juillet 2002 permettent l'adoption par un couple de même sexe. Le Danemark et les Pays-Bas autorisent explicitement l'adoption d'un enfant par le partenaire homosexuel de son père ou de sa mère. L'Allemagne, la Belgique, l'Angleterre, le Pays de Galles et l'Espagne n'interdisent pas aux homosexuels d'adopter les enfants de leur partenaire. En Grande-Bretagne, la Chambre des Lords a adopté le 5 novembre 2002, un amendement à la loi sur l'adoption qui permet aux couples non mariés, y compris homosexuels, d'avoir accès à l'adoption » : M. GROSS, *op. cit.*, note 69, p. 53.

74. Ce fut la position des Pays-Bas. Voir W. SCHRAMA, « Reforms in Dutch Family Law During the Course of 2001 : Increased Pluriformity and Complexity », *The International Survey of Family Law 2002*, Jordan Publishing Limited, 2002, p. 277.

personnes de même sexe d'adopter un enfant en quête de parents, et d'ainsi rendre possible une double paternité ou maternité, et celui de déduire la maternité de la seule existence du projet parental avec assistance à la procréation. On aurait pu, sans être illogique, ouvrir l'adoption aux homosexuels et leur refuser toute autre forme de parenté.

Le législateur québécois a donc fait preuve d'audace, ou d'inconscience, en modifiant les « structures élémentaires de la parenté » et en rompant brutalement avec la tradition. Mais il n'a pas été aussi hardi qu'il aurait pu l'être... En effet, au caractère jusqu'ici nécessairement sexué de la filiation a toujours été lié, dans notre système juridique du moins, le principe de l'exclusivité du lien parental. L'enfant avait un père et une mère et il n'avait qu'un seul père et une seule mère. On aurait pu croire que l'abandon de l'un des principes directeurs allait entraîner la disparition de l'autre. Si l'enfant peut avoir deux mères, pourquoi n'aurait-il pas aussi un père, additionnant ainsi liens de sang et liens de cœur⁷⁵? Pourquoi, à tout le moins, ne pas reconnaître la multiparentalité, situation dans laquelle une ou des personnes agissant à titre de parents exerceraient certains droits et auraient quelques devoirs de nature parentale à l'égard de l'enfant? Il n'en a pas été ainsi. Comme nous le verrons plus loin⁷⁶, le nombre maximum de parents est toujours établi à deux, la parentalité du beau-parent n'est pas reconnue et l'identité du donneur doit rester secrète. De façon plus ou moins consciente, le législateur a ainsi tracé la ligne entre ce qui est acceptable et ce qui ne l'est pas... Il n'a pas jugé bon d'aller au-delà de l'objectif initial : la modernisation de la filiation dans une

75. Le sujet a été évoqué en commission par le député Gautrin lors d'une question posée à madame Nicole Paquette, de l'Association des mères lesbiennes du Québec : « [...] est-ce qu'une des suggestions qui nous a été faite hier, c'est-à-dire que, s'il y a un consentement bien sûr, le certificat puisse inclure plus de deux personnes, mais aille jusqu'à trois personnes, c'est-à-dire le couple de lesbiennes qui choisissent ce projet parental et le père géniteur, est-ce que c'est quelque chose sur lequel vous avez réfléchi? » Elle répondra : « [...] je me demande si on doit décider ça dans ce projet-là. Nous, nos seules demandes, c'est d'être considérées de façon égale aux autres citoyens. Mais on serait certainement très intéressées, dans un deuxième temps, de discuter de toute cette problématique, et il va falloir y venir, c'est certain [...]. Mais pour l'instant, on demande une reconnaissance de deux parents ». Commission des institutions, *Journal des Débats*, Cahier n° 45, 7 février 2002.

76. *Infra*, p. 600.

perspective égalitariste et la satisfaction du désir de maternité des femmes homosexuelles. C'est en effet dans cette optique que l'on a révisé les règles de filiation. Il convient maintenant de les examiner en détail.

B. LE RÉAMÉNAGEMENT DES RÈGLES DE PREUVE DE LA FILIATION : L'IMPORTANCE DU PROJET PARENTAL AVEC ASSISTANCE À LA PROCRÉATION

C'est évidemment avec l'aide d'un donneur que les femmes homosexuelles peuvent devenir enceintes. Elles ont recours à l'insémination artificielle ou ont des relations sexuelles avec un « ami » qui accepte de renoncer à la paternité de l'enfant qu'il engendrera. Il s'agit, dans un cas comme dans l'autre, de procréation assistée. Cette simple observation de la réalité explique que l'élaboration des règles relatives à la parenté homosexuelle se soit faite, outre l'adoption, dans le cadre d'une réforme des dispositions relatives à la procréation médicalement assistée. Depuis 1994, ces articles constituaient une section du chapitre de la filiation par le sang⁷⁷. Aujourd'hui, ils forment un chapitre distinct, intitulé : *De la filiation des enfants nés d'une procréation assistée*⁷⁸, qui s'intercale entre celui sur la filiation par le sang et celui sur l'adoption. Même si elles ont été spécifiquement reformulées pour répondre au désir de maternité des femmes homosexuelles, ces nouvelles règles ne leur sont pas réservées. Elles s'appliquent à tous ceux et celles qui, en raison de leur infertilité, de leur solitude ou de leur orientation sexuelle, conçoivent un projet parental avec assistance à la procréation⁷⁹.

La réforme est centrée autour de l'existence de ce projet. Le Code civil en précise les contours, en favorise la réalisation et en garantit, dans une certaine mesure du moins, l'exclusivité.

77. L.Q. 1991, c. 64, art. 538 à 542, en vigueur le 1^{er} janvier 1994, modifiés le 24 juin 2002.

78. Il s'agit du chapitre premier du Titre II du *Code civil du Québec*. Il faut noter que le législateur invente ainsi un nouveau type de filiation à mi-chemin entre la filiation par le sang et la filiation adoptive. Celle-ci n'est plus le bastion de la filiation élective.

79. Article 538 C.c.Q.

1. Les contours du projet parental

Selon l'article 538 C.c.Q., « [l]e projet parental avec assistance à la procréation existe dès lors qu'une personne seule ou des conjoints ont décidé, afin d'avoir un enfant, de recourir aux forces génétiques d'une personne qui n'est pas partie au projet parental ». La notion est large et n'est limitée par aucune exigence de forme.

Le projet parental a deux composantes. La première est évidemment un désir d'enfant, qui peut émaner d'une personne seule ou d'un couple hétérosexuel ou homosexuel. Il peut alors s'agir de personnes mariées, unies civilement ou vivant en union de fait⁸⁰. Le deuxième élément est le consentement à la procréation assistée. Ce peut être une procréation médicalement assistée : insémination artificielle avec donneur, don d'ovules ou fécondation *in vitro* à partir de gamètes provenant d'un tiers par exemple. Mais le recours à la technique médicale n'est pas nécessaire⁸¹ : la mère peut s'entendre avec un homme⁸² afin qu'il lui permette de réaliser son propre « projet parental ». La mère pourrait même taire ses desseins à ce « procréateur », qui la « seconderait » alors malgré lui. Le droit régit ainsi des situations d'exception, pourtant destinées à demeurer clandestines... Et, ce qui est plus grave, il enfreint le principe d'indisponibilité de la filiation⁸³, en permettant que la filiation d'un enfant ne dépende que de la volonté de ses auteurs.

Pour qu'il s'agisse véritablement de procréation assistée, le « donneur » ne doit évidemment pas être partie au projet

80. *Contra* : S.G. (Dans la situation de), J.E. 2002-1774 (C.Q.) : « Ce projet peut être celui d'une personne seule ou de conjoints, c'est-à-dire, de personnes mariées ou unies civilement ». Pourtant, le nouvel article 61.1 de la *Loi sur l'interprétation*, L.R.Q., c. I-16, assimile à des conjoints, à moins que le contexte ne s'y oppose, les conjoints de fait. Or, rien ne s'oppose à ce que le terme conjoint, utilisé à l'article 538, englobe les conjoints de fait. D'ailleurs, l'article 540, qui concerne la personne ayant formé un projet parental commun hors mariage ou union civile, ne vise-t-il pas spécifiquement le conjoint de fait? S. PHILIPS-NOOTENS, C. LAVALLÉE, *loc. cit.*, note 5, p. 341. Voir aussi A. ROY, « Filiation homosexuelle — La conjointe de la mère doit-elle adopter l'enfant issu d'une PMA? » (2003) 105 *R. du N.* 119.

81. Remarquons le changement de terminologie par rapport au Code de 1994, il ne s'agit plus de procréation médicalement assistée, mais de procréation assistée; le terme « médicalement » disparaît...

82. Voir l'article 538.2 alinéa 2 C.c.Q.

83. Voir à ce sujet : B. MOORE, *loc. cit.*, note 5, p. 75.

parental. Ces dispositions ne sauraient donc s'appliquer dans les cas de convention de « coparentalité », lorsqu'un couple d'hommes convient avec un couple de femmes, par exemple, de « partager » l'enfant que l'une de celles-ci aura de l'un d'eux.

Tout projet parental avec assistance à la procréation ne reçoit pas non plus nécessairement l'approbation du Code civil. Ainsi, malgré la formulation neutre et générale de l'article 538 C.c.Q., il ne peut être celui d'un homme homosexuel. Le seul type de procréation qui lui permettrait d'accéder à la paternité serait en effet le recours aux services d'une mère porteuse. Or, toute convention par laquelle une femme s'engage à procréer ou à porter un enfant pour le compte d'autrui⁸⁴ est nulle de nullité absolue⁸⁵ : un tribunal ne peut en forcer l'exécution. Ce principe, énoncé dans le Code civil depuis 1994, n'a pas été remis en question lors des discussions précédant la réforme. On remarque ainsi aisément la différence de traitement entre les femmes

84. Lire sur le sujet : M. GROUX, « L'encadrement de la maternité de substitution au Québec et la protection de l'intérêt de l'enfant », (1997) *R.G.D.* 523.

85. Article 541 C.c.Q. La nouvelle loi fédérale sur la procréation assistée n'interdit pas la pratique des mères porteuses, mais seulement la rétribution de la mère porteuse et des intermédiaires. Voir l'article 6 de la *Loi concernant la procréation assistée et la recherche connexe*, L.C. 2004, c. 2 « (1) Il est interdit de rétribuer une personne de sexe féminin pour qu'elle agisse à titre de mère porteuse, d'offrir de verser la rétribution ou de faire de la publicité pour le versement d'une telle rétribution. (2) Il est interdit d'accepter d'être rétribué pour obtenir les services d'une mère porteuse, d'offrir d'obtenir ces services moyennant rétribution ou de faire de la publicité pour offrir d'obtenir de tels services. (3) Il est interdit de rétribuer une personne pour qu'elle obtienne les services d'une mère porteuse, d'offrir de verser cette rétribution ou de faire de la publicité pour le versement d'une telle rétribution. (4) Nul ne peut induire une personne de sexe féminin à devenir mère porteuse ni lui conseiller de le devenir, ni pratiquer un acte médical pour aider une personne de sexe féminin à devenir mère porteuse, s'il sait ou a des motifs de croire qu'elle a moins de vingt et un ans. (5) Le présent article ne porte pas atteinte à la validité, en vertu du droit provincial, de toute entente aux termes de laquelle une personne accepte d'être mère porteuse ». Par ailleurs, l'article 3 définit ainsi le terme *mère porteuse* : « Personne de sexe féminin qui porte un embryon ou un fœtus issu d'une technique de procréation assistée et provenant des gènes d'un ou de plusieurs donneurs, avec l'intention de remettre l'enfant à un donneur ou à une autre personne à la naissance ». Toujours selon le même article, une technique de procréation assistée est « une activité réglementée visée à l'article 10 et exercée dans l'intention de créer un être humain ». C'est donc dire que la mère porteuse qui serait devenue enceinte après avoir eu des relations sexuelles avec le « donneur » à qui elle remettrait l'enfant ne serait pas visée par l'article 6.

homosexuelles, qui pour avoir un enfant peuvent légitimement avoir recours à un apport de forces génétiques, et les hommes, qui eux ne le peuvent pas. Pourtant, le principe de l'indisponibilité de la filiation, qui était l'un des motifs justifiant la nullité des contrats de procréation pour le compte d'autrui, a été sérieusement écorché par le Code civil : la loi permet maintenant ce type d'entente entre une femme et un géniteur⁸⁶. Pourquoi l'autoriser dans ce cas et l'interdire entre un homme et une mère porteuse? À partir du moment où l'on reconnaît, implicitement du moins, un certain droit à la procréation⁸⁷ et où l'on accepte qu'un homme puisse valablement renoncer à l'avance à tout droit sur l'enfant qu'il contribue à mettre au monde, pourquoi cette différence de traitement? Au nom de la protection de la femme et de l'enfant. La maternité de substitution implique en effet nécessairement l'instrumentalisation du corps de la femme⁸⁸. Elle lui fait courir le risque de l'exploitation, danger que peut toutefois minimiser un encadrement adéquat, mais qui cependant ne peut jamais être totalement écarté. L'enfant, pour sa part, tisse des liens avec sa mère dès la période de gestation; il risquerait donc de souffrir de cet abandon planifié.

De l'existence d'un projet parental avec assistance à la procréation dépend, nous l'avons dit, l'application du chapitre portant sur la filiation des enfants nés d'une procréation

86. Voir à ce sujet : B. MOORE, *loc. cit.*, note 5, p. 75. Le géniteur peut toutefois revenir sur sa parole dans l'année qui suit la naissance de l'enfant puisqu'il peut, durant ce délai, faire établir sa paternité, art. 538.2 C.c.Q.

87. « Comment justifier cette différence de traitement, qui contredit ce qui semble pourtant être devenu un droit individuel de procréer? Par le risque d'exploitation des femmes, un des arguments, mais non le seul, à l'origine de cette disposition? Un encadrement adéquat pourrait y pallier. Par la biologie qui empêche l'homme de porter et de mettre au monde un enfant? Il serait piquant de retrouver un tel argument dans un contexte de déssexualisation de la procréation... Les nouvelles dispositions de la Loi instituant l'union civile sont présentées comme un instrument d'égalité des couples traditionnels, mais elles favorisent nettement les femmes et les couples de femmes. Peut-on encore parler d'égalité dans ce contexte? Ne s'agirait-il pas plutôt de soumettre la filiation de l'enfant à la volonté individuelle ou au désir du couple? » : S. PHILIPS-NOOTENS, C. LAVALLÉE, *loc. cit.*, note 5, p. 353.

88. « Les histoires de mères porteuses sont différentes de celles des pères donneurs de semence, car, comme le soulignait Geneviève Delaisi, le père biologique ne fait aucune expérience concrète de la paternité. Au contraire, la mère d'emprunt porte un fœtus réel, participant ainsi, dans son corps, à la conception de l'enfant. » E. ROUDINESCO, *op. cit.*, note 66, p. 208. Cette différence fondamentale empêche l'égalité de traitement!

assistée. Or, ce projet se concevra, du moins on le suppose, dans la plus stricte intimité. Le Code ne le soumet en effet à aucune exigence de forme ou de publicité. Ce laxisme surprend. Comment faire la preuve de l'existence d'un projet parental avec assistance à la procréation si celle-ci est discutée? N'a-t-on pas imaginé que cela put être possible? Par exemple, dans le cas où aucun des parents n'aurait désiré la naissance de l'enfant, l'homme qui ne voudrait pas assumer ses responsabilités paternelles ne pourrait-il pas être tenté, en défense à une action en réclamation de paternité, d'écarter l'application des règles générales relatives à la filiation par le sang, en prétendant faussement que la mère a conçu seule un projet parental auquel il n'a pas été partie⁸⁹? La discorde entre deux femmes n'amènera-t-elle jamais celle qui a eu recours à l'insémination artificielle à prétendre, de façon mensongère, qu'elle a conçu seule le projet d'être mère? Ainsi que le soulignent des auteurs, « tout se jouera-t-il alors sur les seuls témoignages? Le législateur n'eut-il pas été bien avisé de prévoir une quelconque forme de solennité du consentement, sous seing privé, ou encore mieux, devant un notaire, chargé alors d'informer les parties sur toutes les conséquences de leur décision comme le prévoit le droit français?⁹⁰ ». Par naïveté, optimisme ou négligence, on ne le sait, le législateur québécois ne s'est pas préoccupé de cette question, se concentrant davantage sur les conséquences positives de la réalisation du projet parental.

2. La réalisation du projet parental

Afin d'assurer la réalisation du projet parental, le Code civil prévoit dorénavant les divers modes d'établissement de la filiation des enfants nés d'une procréation assistée. Ces principes profiteront surtout aux enfants nés de femmes

89. Voir par exemple *FP c. P.C.*, J.E. 2003-1202 (C.S.). Dans le cadre d'une requête pour qu'il soit ordonné au défendeur à une action en réclamation de paternité de se soumettre à un test d'ADN, le Tribunal rejette le motif soumis par le défendeur à l'encontre de la requête selon lequel l'absence de projet parental commun ferait échec à l'établissement de la filiation. Le Tribunal ne croit pas que l'absence de projet parental commun soit un élément pertinent à l'examen d'une requête présentée en vertu de l'article 535.1 du *Code civil du Québec*.

90. S. PHILIPS-NOOTENS, C. LAVALLÉE, *loc. cit.*, note 5, p. 347.

homosexuelles vivant en couple. En effet, si les parents sont hétérosexuels, le recours à la procréation assistée restera probablement secret et, dans cette hypothèse, la paternité et la maternité s'établiront sur la base des principes énoncés au chapitre de la filiation par le sang. De même, comme un lien de sang rattache nécessairement l'enfant à la femme qui lui a donné naissance, la maternité de celle qui a conçu seule un projet parental avec assistance à la procréation pourrait, aujourd'hui encore, être déterminée à partir des règles générales. Seules les dispositions d'exception permettant de tenir le donneur à l'écart et d'empêcher l'établissement de sa paternité seraient alors essentielles. Par ailleurs, dans l'hypothèse d'une double maternité, le recours au subterfuge de la procréation assistée est évident et les règles prévues aux articles 538.1 et 538.3 C.c.Q. sont indispensables à l'établissement de ces deux filiations maternelles.

Les règles relatives à la preuve extrajudiciaire de la filiation des enfants nés d'une procréation assistée ont été empruntées au chapitre de la filiation par le sang. Certaines variantes, absolument inévitables, les distinguent parfois, mais de façon générale, le législateur n'a pas su résister à la tentation de « l'alignement ». Quelques distorsions et imprécisions en découlent. Il convient donc d'examiner ces dispositions avec soin.

Des quatre modes de preuve extrajudiciaire de la filiation par le sang : l'acte de naissance, la possession d'état, la présomption de paternité et la reconnaissance, le législateur retient les trois premiers.

La filiation des enfants nés d'une procréation assistée s'établit, en principe, par l'acte de naissance. Le nom de la femme qui a accouché est normalement inscrit au titre, celui de sa conjointe peut désormais l'être aussi⁹¹ : l'article 115 C.c.Q. évoque en effet la possibilité que les parents d'un

91. Il faut noter qu'en Colombie-Britannique, le 24 août 2001, le *British Columbia Human Rights Tribunal* a décidé que des lesbiennes qui avaient eu un enfant par insémination artificielle avec donneur pouvaient toutes deux faire inscrire leur nom à l'acte de naissance de l'enfant : *Gill and Maher, Murray and Popoff v. Ministry of Health*, 2001. Le *Vital Statistic Act* n'a cependant pas été modifié, le gouvernement de la Colombie-Britannique contestant la décision. Voir à ce sujet S.R. WERNER, *Lesbians and Donor Insemination*, <http://familypride.uwo.ca/articles/insemination.html>.

enfant soient de même sexe⁹². Ces deux mentions établissent la double filiation maternelle de l'enfant : les deux femmes, précise l'article 115 C.c.Q., sont désignées comme mères.

À défaut de ce titre, la possession constante d'état suffit. Celle-ci s'établit « par une réunion suffisante de faits qui indiquent le rapport de filiation entre l'enfant, la femme qui lui a donné naissance et, le cas échéant, la personne qui a formé, avec cette femme, le projet parental commun ». On note le changement de terminologie par rapport à l'article 524 C.c.Q.⁹³ : la modification était inévitable. En effet, dans le cas d'une double maternité⁹⁴, il ne s'agit pas d'établir un lien entre l'enfant et les personnes *dont on le dit issu* — on ne saurait prétendre qu'il est né de deux femmes — mais plutôt de

92. Il faut noter que l'article 114 C.c.Q. n'a pas été modifié. Il fait encore référence au fait que seuls les père et mère d'un enfant peuvent déclarer la filiation de l'enfant et ne précise pas que deux femmes peuvent déclarer toutes deux leur maternité. Il faut le déduire de l'article 115 C.c.Q., qui prévoit les inscriptions qui doivent apparaître au titre. À la fin du premier alinéa, l'article énonce en effet : « Lorsque les parents sont de même sexe, ils sont désignés comme les mères ou pères de l'enfant, selon le cas ». L'article 539.1 C.c.Q. prévoit que lorsque les parents sont tous deux de sexe féminin, les droits et obligations que la loi attribue au père, là où ils se distinguent de ceux de la mère, sont attribués à celle des deux mères qui n'a pas donné naissance à l'enfant. Cette disposition a été fort critiquée. Il est vrai qu'il paraît étrange de traiter des effets de la filiation au sein du chapitre portant sur l'établissement de la filiation et de « sexualiser la filiation là où elle ne l'est plus depuis 1977 ». Par ailleurs, on ne peut prétendre que cet article oblige le tribunal à désigner un père et une mère, là où il n'y a que deux mères. La disposition, comme l'a fort justement souligné le professeur Moore, vise les cas où dans la législation « il est fait référence à la mère ou au père. Il en va ainsi, par exemple, pour l'application de la vente en droit successoral ou encore pour le versement des prestations familiales. Il fallait donc indiquer comment devait se faire la qualification d'une situation homoparentale dans le cadre de ces dispositions. Il reste néanmoins que cette façon de faire nous semble inadéquate en ce que ces dispositions ont une apparence fondamentale alors que leur rôle est en fait anecdotique. Il aurait mieux valu modifier, ça et là, les lois pertinentes ou encore laisser le soin aux tribunaux de solutionner pragmatiquement ces difficultés mineures ». B. MOORE, *op. cit.*, note 5, p. 75, à la p. 86.

93. Selon l'article 524 C.c.Q., « la possession constante d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui indiquent les rapports de filiation entre l'enfant et les personnes *dont on le dit issu* ». Il s'agit de prouver que les personnes se sont comportées comme des père et mère et qu'elles sont considérées comme tels.

94. Par ailleurs, si l'on désire prouver la maternité d'une femme qui a décidé d'avoir seule un enfant, le changement de terminologie n'a aucune conséquence : on se référera aux principes habituels et la règle ne différera pas de celle énoncée à l'article 523 C.c.Q. En effet, puisqu'elle est la mère biologique de l'enfant, en quoi la preuve d'un projet parental est-elle nécessaire? Il aurait été plus simple d'être franc et de limiter clairement ces nouvelles règles au cas qu'elles sont destinées à régler, soit celui de la maternité des femmes homosexuelles.

démontrer la filiation qui unit l'enfant à ses deux mères : celle qui lui a donné naissance et celle qui a formé, avec cette dernière, le projet parental. Les faits mis en preuve doivent donc, selon l'article 538.2 C.c.Q., démontrer à la fois la naissance, le projet parental unissant les deux femmes et le rapport de filiation liant l'enfant à ces dernières.

En réalité, le nom de la femme qui a donné naissance à l'enfant sera habituellement inscrit à l'acte de naissance; la possession d'état servira donc, la plupart du temps, à établir la maternité de l'autre femme. Pour cela, la preuve devra tendre à démontrer que les deux femmes ont partagé un projet parental avec assistance à la procréation, que celle qui a donné naissance à l'enfant considère sa compagne comme une mère, que cette dernière agit comme telle à l'égard de l'enfant et que c'est ainsi que l'entourage les considère⁹⁵. Ce dernier point pourra être difficile à établir⁹⁶ : les amis et proches parents du couple, au courant de l'existence du projet parental, percevront certainement les deux femmes comme mères de l'enfant, mais il n'est pas sûr qu'il en sera de même pour les personnes plus éloignées, du moins tant que les mentalités n'auront pas davantage évolué.

Le Code établit enfin une présomption de maternité⁹⁷ en faveur de la conjointe de la mère lorsque les deux femmes sont unies civilement. L'existence de cette présomption soulève plusieurs questions. Les deux premières sont

95. Il ne suffira donc pas, pour établir la possession d'état, de prouver la naissance de l'enfant et le projet parental des deux femmes. En effet, le législateur fait tout de même référence à la notion traditionnelle de possession constante d'état et, même s'il l'a certainement modifiée (elle n'est plus ici, du moins pour la conjointe de la mère, un indice de la filiation biologique), rien n'indique qu'il l'ait complètement transformée. Il faut donc mettre en preuve des faits qui s'étendent sur une certaine période de temps et qui démontrent non seulement que la conjointe de la mère biologique a partagé le projet parental de celle-ci, mais aussi qu'elle prend charge de l'enfant depuis sa naissance (*tractatus*).

96. Selon B. MOORE, « la renommée devra être assouplie, dans la mesure où il n'est pas certain qu'en présence de deux parents de même sexe, l'apparence de filiation commune, au sens classique, s'impose. Le droit devra peut-être, ici, aider à faire changer la perception sociale de ce que signifie la notion de filiation ». B. MOORE, *op. cit.*, note 5, p. 83.

97. Il s'agira bien sûr d'une présomption de paternité dans le cas d'un couple hétérosexuel, car ces règles s'appliquent, en théorie du moins, dans tous les cas de procréation assistée.

relatives à ses conditions de mise en œuvre; la troisième, plus générale, concerne sa nature.

Le jeu de cette présomption est assujéti à une double condition : tout d'abord, l'enfant doit être né durant l'union civile⁹⁸ de la femme qui lui a donné naissance ou dans les trois cents jours de la dissolution ou de l'annulation de cette union⁹⁹; il doit aussi avoir été conçu à la suite d'un projet parental avec assistance à la procréation entre les deux conjointes. La nécessité de démontrer l'existence de ce projet peut sembler un obstacle au « déclenchement » de la présomption. En réalité, le simple fait qu'un enfant naisse au sein d'un couple d'homosexuelles unies civilement permet de supposer que ces deux femmes ont partagé un projet parental avec assistance à la procréation, et entraîne immédiatement l'application de la présomption légale de maternité en faveur de la conjointe de celle qui a accouché. Le jeu instantané de cette présomption de maternité autorise d'ailleurs l'une des deux mères à déclarer au directeur de l'état civil la maternité de l'autre¹⁰⁰. Il explique aussi que celle qui n'a pas désiré la venue au monde¹⁰¹ de l'enfant de sa conjointe doive entreprendre des procédures en désaveu¹⁰², si elle ne veut pas être considérée, sur le plan juridique, mère de cet enfant.

Tout comme elle se soulève dans le contexte de la filiation par le sang, se pose aussi la question de la hiérarchie entre l'acte de naissance et la présomption. Lorsque ces deux modes de preuve se contredisent, qui sont les parents juridiques de l'enfant¹⁰³? Imaginons par exemple que des

98. Ou durant le mariage, lorsqu'il s'agit d'un couple de sexe opposé, du moins jusqu'à ce que le mariage devienne accessible aux couples homosexuels.

99. Par ailleurs, cette présomption ne joue pas à l'égard de l'ex-conjoint, « lorsque l'enfant est né dans les trois cents jours de la fin de l'union, mais après le mariage ou l'union civile subséquent de la femme qui lui a donné naissance ». L'article 538.3 C.c.Q. reprend ici le texte de l'article 525 C.c.Q.

100. Article 115 C.c.Q.

101. Le fait qu'on l'oblige à désavouer confirme le jeu « automatique » de la présomption : il n'y aurait pas lieu, en effet, de repousser une présomption inexistante...

102. Article 539 C.c.Q.

103. On pourrait aussi se demander ce qu'il adviendrait de la présomption de paternité de l'article 525 C.c.Q. si, à la suite de la séparation de fait des époux, un enfant naissait par procréation assistée dans le cadre d'une nouvelle union homosexuelle. L'inscription, à l'acte de naissance de l'enfant, du nom de la nouvelle conjointe de fait de la mère suffirait-elle à écarter la présomption de paternité du mari de celle-ci? Il faut le croire; en raison, toujours, de l'article 538.1 C.c.Q.

conjointes unies civilement forment ensemble un projet parental. Elles ont recours à l'assistance d'un donneur et se séparent après que l'une d'elles soit devenue enceinte. L'enfant naît de cette procréation assistée dans les trois cents jours de la dissolution de l'union civile de sa mère, mais après que celle-ci ait comme nouveau partenaire un homme avec lequel elle vit en union de fait. Cet homme n'est pas biologiquement lié à l'enfant. Il déclare néanmoins au directeur de l'état civil être le père de l'enfant et son nom est inscrit comme tel à l'acte de naissance de l'enfant. A-t-il ou non ce statut juridique? La réponse dépend des forces probantes respectives de l'acte de naissance et de la présomption de parenté. Une présomption de maternité jouait, à la naissance, en faveur de celle avec qui la mère était auparavant unie civilement; subsiste-t-elle malgré l'existence d'un titre qui indique le nom du père? On souhaiterait que la présomption ne soit pas écartée et qu'elle ait préséance sur le titre, puisque le conjoint de fait n'a pas participé au projet parental dont l'enfant est issu. Il faut néanmoins conclure, en raison de l'article 538.1 C.c.Q., que l'acte de naissance démontre la paternité de celui qu'il désigne comme étant le père de l'enfant¹⁰⁴. Tant qu'une possession d'état ne s'est pas constituée en faveur du parent inscrit au titre, l'ex-conjointe de la mère pourrait cependant contester la filiation de l'imposteur et réclamer l'établissement de sa maternité. Elle devrait alors démontrer l'absence de lien biologique entre l'homme et l'enfant et l'existence du projet parental commun qu'elle partageait avec sa partenaire, puis invoquer la présomption de l'article 538.3 C.c.Q. Cette position permet de reconnaître la valeur du projet parental et d'ainsi respecter la volonté du législateur.

De façon générale, l'existence d'une présomption de maternité facilite donc, pour tout enfant né durant l'union civile de sa mère, la preuve du lien de filiation qui l'unit à la conjointe de la femme qui lui a donné naissance. L'exigence

104. Il démontrerait aussi, si tel était le cas, la maternité de la femme dont le nom serait inscrit à l'acte de naissance.

d'égalité explique sans doute l'introduction, dans le chapitre de la filiation des enfants nés d'une procréation assistée, de cette présomption calquée sur la traditionnelle présomption de paternité; mais s'est-on demandé si cette duplication était justifiée? La présomption de paternité énoncée à l'article 525 C.c.Q. et la présomption de parenté de l'article 538.3 C.c.Q. sont-elles de même nature et visent-elles les mêmes objectifs?

Les fondements actuels¹⁰⁵ de la traditionnelle présomption de paternité du mari étant imprécis et difficiles à cerner, il n'est pas facile de répondre à cette question. On peut toutefois remarquer que la présomption de l'article 538.3 C.c.Q., au contraire de celle de l'article 525 C.c.Q., ne repose pas sur la vraisemblance de la filiation¹⁰⁶. Elle n'écarte pas un doute, mais

105. Traditionnellement, on a dit que cette présomption de paternité reposait elle-même sur une double présomption : une présomption de fidélité de la femme – la femme mariée n'a pas eu, pendant son mariage, de rapports avec d'autres hommes que son mari – et une présomption de cohabitation – normalement les époux ont eu entre eux des rapports intimes. La présomption était donc fondée sur la vérité probable, sur ce qui était vraisemblablement conforme à la réalité physiologique. On a dit aussi qu'elle reproduisait la volonté du mari. On a également soutenu qu'elle était une véritable règle de fond, destinée à assurer la solidité et la sécurité de la famille légitime. La combinaison des idées exprimées assurait que cette présomption avait un fondement complexe. Aujourd'hui, le maintien de la présomption et le fait qu'elle soit exclusive au mariage (et à l'union civile) témoignent du sens que conserve encore l'union matrimoniale et que l'on a aussi donné à l'union civile : « symbole d'engagement et institution d'accueil des enfants du couple ». Lire à ce sujet : F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *loc. cit.*, note 3, pp. 23 à 26. Voir aussi, C. LABRUSSE-RIOU, F. BELLIVIER, L. BRUNET, « La filiation, la génétique et le juge : où est passée la loi? », (1999) 3 *RTDC*, p. 549. Un auteur note que ces justifications semblent quelque peu anachroniques, voire passistes; il propose plutôt que la présomption soit basée sur l'idée de stabilité de l'union et du cercle familial : B. MOORE, *loc. cit.*, note 5, p. 84. Si la stabilité de la famille est un objectif à atteindre, l'existence de la présomption de paternité ne la garantit pas puisqu'elle est, à elle seule, facilement contestable. De plus, le fait qu'elle permette l'attribution automatique d'une filiation paternelle, qui est sa principale conséquence, doit-il aussi lui servir de justification? Enfin, ne faut-il pas également protéger les droits du père et prendre garde de ne pas attribuer trop facilement à l'enfant une filiation invraisemblable, qui serait alors facilement contestable?

106. Le mari est normalement le père des enfants de son épouse. « Les présomptions aboutissant à la filiation paternelle sont fondées sur la probabilité que la paternité biologique coïncide avec une situation reconnue en droit (par exemple, le mari de la femme qui a donné naissance à l'enfant est présumé être le père de celui-ci.) » : Conseil de l'Europe, « *Livre Blanc* » sur les principes relatifs à l'établissement et aux conséquences juridiques du lien de filiation, Strasbourg, 2002, <http://www.legal.coe.int/family>.

impose une fiction¹⁰⁷, car au plan physiologique « la vérité affirmée est fausse et on le sait »¹⁰⁸. Il y a donc une différence de nature entre ces deux présomptions. Par ailleurs, elles semblent traduire l'une comme l'autre l'importance de l'union civile (et surtout, évidemment, dans le cadre d'une union hétérosexuelle, du mariage) comme structure d'accueil des enfants du couple¹⁰⁹. Mais ne devrait-on pas s'interroger sur l'opportunité, dans le contexte social et juridique actuel, d'accorder une telle signification à ces unions matrimoniale et civile¹¹⁰?

107. Y. THOMAS, *Les fictions*, Droits, n° 21, PUF, 1995, p. 17. C'est d'ailleurs pour ce motif que les Pays-Bas ont refusé qu'une telle présomption ne joue dans le cadre d'unions de personnes de même sexe : « The presumption of legitimacy is based up on a presumption that the husband is in fact the child's father. Admittedly sometimes this is not the case. But in the case of the same sex marriage, the partner will never be the child's natural parent, so that the application of such a presumption would be in all cases fictitious. The relationship between the child and the partner is already protected to some extent by the Shared Custody Act [...] » : C. FORDER, « Opening up marriage to same sex partners and providing for adoption by same sex couples, managing information on sperm donors, and lots of private international law », *The International Survey of Family Law*, 2000 Edition, Bristol 2000, p. 238 à la page 248. Voir aussi, W. SCHRAMA, *loc. cit.*, note 74, p. 282 : « Whereas the husband of the mother is presumed to be the father of a child born to her, this rule does not apply to same sex spouses. In the opinion of the legislator such a step would be too far from biological reality, since the same sex spouse could never be the biological parent of the child ».

108. C. NEIRINCK, « De la parenté à la parentalité », dans *De la parenté à la parentalité*, Érès, Ramonville Saint-Agne, 2001, pp. 15-19.

109. Le ministre de la Justice, le 5 février 2002, déclarait ceci en Commission des institutions à propos de l'opportunité de prévoir une présomption de parenté comme preuve de la filiation des enfants nés d'une procréation assistée : cela permettrait d'« ouvrir la filiation sur la volonté manifestée dès le départ par les conjoints de certaines unions d'être et d'assumer les responsabilités de parents ».

110. Le mariage sera sans doute bientôt ouvert aux personnes homosexuelles; comment alors soutenir qu'il faut toujours y favoriser, plus que dans une union libre, l'établissement de la paternité? L'élargissement de la présomption de paternité au conjoint de fait est d'ailleurs de plus en plus discuté. La question est intéressante et mériterait un développement important qui dépasse les limites de cet article. Disons simplement qu'elle mérite une attention particulière. Il est difficile de croire que l'on peut encore faire du mariage (ou de l'union civile) le lieu exclusif de l'existence d'une présomption de paternité. Doit-on l'éliminer ou l'étendre? La question se pose. Mais on ne peut certainement pas conclure à la nécessité d'étendre la présomption de paternité (ou de parenté) à l'union de fait sur la seule base de l'existence d'une telle présomption dans les juridictions de common law. Le régime de filiation y est en effet totalement différent. L'élargissement de la présomption exigerait une réforme en profondeur des règles de filiation en droit québécois. Il faudrait notamment s'interroger sur l'opportunité de continuer à distinguer l'action en désaveu de celle en contestation d'état et de limiter à un an le délai pendant lequel elle peut être intentée. Voir à ce sujet, B. MOORE, *loc. cit.*, note 5, p. 84; voir aussi BARREAU DU QUÉBEC, *supra*, note 10, p. 7.

Enfin, contrairement à la filiation par le sang, celle des enfants nés d'une procréation assistée ne se prouve pas par la simple reconnaissance de maternité. La seule déclaration d'une femme, qui affirmerait avoir formé, avec la mère, un projet parental avec assistance à la procréation dont l'enfant serait issu, ne suffirait pas à établir sa maternité. On se méfie en effet de ces aveux.

Ainsi, le consentement à la procréation assistée est à lui seul insuffisant à fonder le lien de parenté; il doit être suivi, si les parents ne sont pas mariés¹¹¹ ou unis civilement au moment de la conception ou de la naissance, d'une « reconnaissance » officielle ou tacite : déclaration faite au directeur de l'état civil ou gestes permettant de constituer une possession constante d'état.

La conjointe de fait de la mère biologique, qui renoncerait à son projet parental et déciderait de renier l'enfant né de sa compagne, ne pourrait donc être forcée à assumer sa maternité : elle n'a pas de lien de sang avec l'enfant et aucune présomption de maternité ne permet de la rattacher juridiquement à ce dernier. Par ailleurs, la mise à l'écart de son engagement à l'égard de la mère est une conduite à la fois fautive et préjudiciable : elle prive l'enfant de la présence d'un deuxième parent et des avantages juridiques d'une double filiation et enlève à la mère biologique l'assurance d'un éventuel soutien. Le législateur ne reste pas indifférent à cette attitude lâche et égoïste et tente d'y remédier. Il reprend donc la règle de l'article 540 C.c.Q. (1994)¹¹², en modifiant légèr-

111. Dans l'hypothèse, pour le moment, d'une union hétérosexuelle...

112. Ce recours existait déjà avant la réforme en matière de procréation médicalement assistée. Il visait évidemment uniquement le conjoint de fait. Le droit français prévoit aussi cette possibilité dans le cadre de la procréation médicalement assistée : « [...] l'absence de reconnaissance — désengagement fautif — engage la responsabilité envers la mère et l'enfant de celui qui, ainsi, s'abstient, après avoir donné un consentement dans des conditions qui ne pouvaient laisser aucun doute sur sa détermination ». J. REVEL, *La filiation*, Que sais-je?, PUF, Paris, 1998, pp. 118 et 119. Mais si la mère peut s'en tenir à cette action en responsabilité, elle a aussi un recours en réclamation de paternité. En effet, le législateur français a donné « au consentement préalable à l'acte médical une portée comparable à celle qu'il a dans la filiation légitime. L'article 311-20, alinéa 5 C.c. dispose : « est judiciairement déclarée la paternité hors mariage de celui qui après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu » et renvoie aux textes relatifs à l'action en recherche de paternité naturelle. Le juge saisi est ainsi tenu de

ment sa formulation : « la personne qui, après avoir formé un projet parental commun hors mariage ou union civile, ne déclare pas au registre de l'état civil son lien de filiation avec l'enfant qui en est issu, engage sa responsabilité envers cet enfant et la mère de ce dernier ». Elle pourra donc être obligée de leur verser des dommages-intérêts. Il est important de noter ici que cette obligation de réparer suppose une conduite fautive ayant causé préjudice à l'enfant et à sa mère. Or, ce ne sera évidemment pas le cas si la conjointe de fait, bien que n'ayant pas divulgué sa maternité au directeur de l'état civil, a néanmoins pris charge de l'enfant dès sa naissance, permettant ainsi la constitution d'une possession d'état en sa faveur. La filiation de l'enfant est alors établie et celui-ci ne subit aucun préjudice de l'absence de déclaration au registre. L'article 540 C.c.Q. ne doit donc pas recevoir une interprétation littérale.

Il ne suffisait pas au législateur de permettre l'établissement d'une deuxième filiation maternelle; il devait aussi la protéger des éventuelles contestations. Les liens de parenté doivent en effet, dans la mesure du possible, demeurer l'exclusivité de celles qui sont à l'origine du projet parental avec assistance à la procréation.

3. L'exclusivité du lien de parenté

Afin de préserver les liens de parenté entre chacune des mères et l'enfant issu d'une procréation assistée, ou d'en assurer l'exclusivité dans le cas d'une maternité unique, le législateur devait limiter les possibilités d'établissement de la paternité du donneur et celles de contestation de la maternité de la conjointe de la mère. Il établit donc des règles en ce sens, tout en prévoyant une importante exception lorsque l'assistance à la procréation se fait par relation sexuelle.

déclarer une paternité dont il est certain qu'elle est biologiquement fautive et dont il est non moins certain que le défendeur rejette l'enfant. [...] Il eût probablement été plus simple de prévoir pour les procréations médicalement assistées que le consentement préalable valait reconnaissance et cela aussi bien dans les hypothèses de procréation à l'intérieur du couple que dans les procréations avec recours à un tiers donneur», J. REVEL, *id.*

Selon l'article 538.2 C.c.Q., « [l'assistance] au projet parental d'autrui ne peut fonder aucun lien de filiation entre l'auteur de l'apport et l'enfant qui en est issu¹¹³ » : le donneur n'est pas un père et il ne peut en revendiquer le statut¹¹⁴. En principe, et sous réserve de l'exception énoncée au deuxième alinéa de l'article 538.2 C.c.Q., l'enfant a donc comme parents la femme qui lui a donné naissance et, le cas échéant, celle qui, avec cette femme, a formé le « projet parental avec assistance à la procréation dont [il] est issu ».

Le Code protège également ce lien de filiation¹¹⁵ en prévenant sa contestation : « [n]ul ne peut contester la filiation de l'enfant pour la seule raison qu'il est issu d'un projet parental avec assistance à la procréation¹¹⁶ ». La règle n'empêche toutefois pas la conjointe¹¹⁷ unie civilement à la femme qui a

113. Art. 538.2 C.c.Q.

114. Voir notamment : BARREAU DU QUÉBEC, « Rapport du Comité du Barreau du Québec sur les nouvelles technologies de reproduction », (1988) 48 *R. du B., supp.* (juin); Ministère de la Santé et des Services sociaux, *Rapport du Comité de travail sur les nouvelles technologies de la reproduction humaine*, Québec, 1988.

115. Plusieurs législations étrangères interdisent le désaveu du mari dans le cas où celui-ci a consenti à l'insémination artificielle. Voir J. STEFAN, *Recueil international des lois sur la procréation médicalement assistée*, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, Zurich, 1990. Il en est maintenant ainsi en droit français, où le législateur a fini par mettre fin aux discussions de la doctrine sur le sujet : « l'article 311-20, alinéa 2, du Code civil interdit toute contestation de la filiation de l'enfant; l'engagement de celui qui a donné son consentement est définitif, ce qui est conforme à l'un des principes qui animent la loi : la biparenté. Ainsi sont irrecevables non seulement l'action en désaveu du père, mais aussi les actions en contestation des articles 318 et 322, alinéa 2 *a contrario*. [...] il s'agit de stabiliser le lien de filiation issu du consentement du couple ». J. REVEL, *op. cit.*, note 112, p. 116.

116. Article 539 C.c.Q.

117. ... et du mari, dans le cas d'un couple hétérosexuel. Dans le même esprit, l'article 311-20, alinéa 2 du Code civil français « ménage la possibilité de contester la filiation légitime de l'enfant s'il est soutenu « que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée », ou si « le consentement a été privé d'effet ». Le premier cas suppose que le mari prétende que l'enfant est issu de relations intimes de son épouse avec un amant [...]. Le second cas vise l'hypothèse où l'acte médical a été réalisé malgré le décès du mari, la cessation de la vie commune, une procédure de divorce ou de séparation de corps ou encore si le consentement avait été révoqué [...]. En définitive, la contestation est possible soit en raison de la « fraude » de l'épouse, soit parce qu'en réalité le mari ne s'était pas engagé ». J. REVEL, *op. cit.*, note 112, p. 116. En ce qui concerne l'enfant naturel, le Code civil français, plus souple que le *Code civil du Québec*, autorise la contestation de la reconnaissance du père dans le cas où l'enfant n'est pas issu de la procréation assistée ou que le consentement préalable a été frappé de caducité : *Id.*, p. 117. La mère ne peut, par ailleurs, contester le lien de maternité de sa conjointe; celle-ci est seul maître du désaveu.

donné naissance de désavouer l'enfant¹¹⁸, si elle n'a pas participé au projet parental ou sur preuve que l'enfant n'est pas issu de la procréation assistée¹¹⁹. Le délai d'action est alors celui prévu à l'article 531 C.c.Q.¹²⁰ : il est d'un an à compter du jour où la présomption prend effet, à moins que la conjointe¹²¹ unie civilement « [...] n'ait pas eu connaissance de la naissance, auquel cas le délai commence à compter du jour de cette connaissance¹²² ».

Sous réserve de ce désaveu, la maternité de la conjointe de la mère biologique est en principe incontestable et aucun autre lien de parenté ne peut être réclamé. Le législateur québécois respecte ainsi la volonté et l'engagement des personnes ayant formé un projet parental commun.

On s'étonne donc de l'importante exception qui existe en faveur du « donneur », lorsque l'apport génétique a eu lieu par relation sexuelle. En effet, l'intimité redonne alors au lien de sang une importance que le recours à l'assistance médicale lui avait fait perdre : le géniteur peut, dans l'année de la naissance, réclamer l'établissement de sa paternité¹²³.

« [...] [L]orsque l'apport de forces génétiques se fait par relation sexuelle », énonce l'article 538.2 C.c.Q., « un lien de filiation peut être établi, dans l'année qui suit la naissance,

118. Article 539 C.c.Q.

119. Il est évident que le mari ou le conjoint uni civilement peut désavouer l'enfant s'il a consenti à une assistance médicale (insémination artificielle avec donneur anonyme) et que sa conjointe, à son insu, a plutôt eu une relation sexuelle avec un tiers. Même si le Code reconnaît la procréation « amicalement » assistée, la femme ne pourrait prétendre que sa relation adultérine constitue, dans cette hypothèse, une procréation assistée et que le désaveu est interdit. Prétendre le contraire équivaldrait à priver la disposition de tout sens.

120. L'article 539 C.c.Q. précise en effet que « les règles relatives aux actions en matière de filiation par le sang s'appliquent, avec les adaptations nécessaires, aux contestations d'une filiation établie par application du présent chapitre ».

121. Ou le conjoint dans le cas d'un couple hétérosexuel...

122. Article 531 C.c.Q.

123. Le droit hollandais n'a pas eu de tels scrupules : « En cas de procréation artificielle, le donneur de sperme n'a aucun droit ni devoir. Il est totalement occulté. On ne peut pas établir sa paternité même s'il est connu de la mère. Les aspects biologiques s'estompent face à la réalité affective et sociale » : J. POUSSON-PETIT, « L'attitude du législateur face au concubinage aux Pays-Bas », dans *Études offertes à J. Rubellin-Devichi*, *supra*, note 9, p. 473, à la p. 482.

entre l'auteur de l'apport et l'enfant. Pendant cette période, le conjoint de la femme qui a donné naissance à l'enfant ne peut, pour s'opposer à cette demande, invoquer une possession d'état conforme au titre ». Le Code permet donc au géniteur de faire échec au projet parental des deux femmes. Il a un an¹²⁴ pour réclamer l'établissement de sa paternité et personne ne peut s'y opposer. Si cette action est accueillie, la mère biologique conservera évidemment son titre, mais sa conjointe¹²⁵ devra s'incliner devant la volonté du père et lui céder sa place de parent.

L'exception est importante et soulève plusieurs remarques et questions qu'il convient d'examiner. La première observation est d'ordre général; les autres, relatives à sa mise en œuvre, sont plus précises.

Si la faveur accordée au géniteur qui a eu des relations sexuelles avec la mère étonne et inquiète à la fois, elle peut néanmoins s'expliquer lorsque celle-ci lui a caché son désir de maternité. On ne peut tolérer qu'une femme utilise ainsi un homme pour arriver à ses fins. Celui qui est devenu père malgré lui doit alors pouvoir revendiquer ce statut. Par ailleurs, en raison des difficultés probables de preuve de l'absence de participation du donneur au projet parental de la mère, on ne peut limiter à cette dernière hypothèse la possibilité de réclamation de paternité. Il faut aussi l'accepter, en dépit de l'incohérence, lorsque le donneur avait assuré la mère de sa complicité et avait donc renoncé à sa paternité. L'exception constitue néanmoins un accroc à la logique du système. Elle traduit l'ambivalence et l'inconfort d'un législateur qui n'ose pas totalement enfreindre le principe de l'indisponibilité des filiations. Peut-être désirait-il aussi décourager les femmes de recourir aux « services personnalisés » d'un donneur. Mais pourquoi alors l'avoir expres-

124. Comme le soulignent S. PHILIPS-NOOTENS, C. LAVALLÉE, *loc. cit.*, note 5, p. 346 : « En fixant un délai de prescription d'un an à partir de la naissance, on fait le choix d'un moyen terme : le principe est conservé, mais à moins d'avoir eu recours aux services d'un ami proche, la mère pourra sans doute aisément éviter que le père soit au courant de la naissance du bébé durant cette période ».

125. Ou plus rarement celui qui voulait devenir père...

sément permis¹²⁶? Cette pratique sert-elle l'intérêt de l'enfant¹²⁷? Certainement pas. Elle le menace, bien au contraire. Si le donneur respecte sa promesse de ne pas revendiquer sa paternité, l'enfant sera privé d'un père. S'il ne la tient pas, l'enfant vivra vraisemblablement dans la discorde. Il serait en effet inattendu qu'à l'apparition subite du sentiment paternel corresponde l'éclosion d'un sentiment amoureux entre les père et mère...

Si l'existence même de cette exception laisse perplexe, sa mise en œuvre soulève aussi quelques interrogations.

Une première question concerne le sens et la portée de l'expression *relation sexuelle*. De prime abord, ces termes semblent clairs. On peut toutefois se demander s'ils visent le cas où la mère choisit un géniteur, mais procède, en privé et dans l'intimité, à une insémination artificielle. La question a été discutée en commission parlementaire¹²⁸ (!) et il semble que cette hypothèse ait été exclue. De fait, si on se sert d'une seringue, il n'y a pas de relation sexuelle... Cela va de soi... Mais doit-on distinguer ces deux situations? À partir du moment où la mère connaît le géniteur et où aucun anonymat n'est possible, doit-on établir une règle différente selon

126. Pour une opinion qui semble, sur ce sujet, conforme à celle du législateur québécois, lire : M. ANDRÉ-SIMONET, « Peut-on avoir juridiquement plus de quatre parents? », dans M. GROSS, *Homoparentalité, état des lieux*, supra, note 1, pp. 158, à la page 164 : « Est-il opportun de pouvoir renoncer à sa vocation à détenir une autorité parentale sur l'enfant ou même à partager sa vie tant que l'enfant n'est pas né? [...] On peut se demander si tout "pacte" (qui devrait être établi avant la naissance de l'enfant) ne devrait pas être considéré comme définitif que postérieurement à cette naissance, lors par exemple de son premier anniversaire ».

127. « L'introduction de la « procréation amicalement assistée », pour reprendre un terme utilisé lors des débats plutôt navrants de la Commission des institutions, vient ainsi brouiller magistralement les cartes. Elle compromet la sécurité, la stabilité et la double parenté recherchées pour l'enfant en les frappant d'incertitude durant sa première année de vie. » : S. PHILIPS-NOOTENS, C. LAVALLÉE, *loc. cit.*, note 5, p. 346. On peut aussi craindre qu'une femme n'ayant jamais formé de projet parental avec assistance à la procréation, mais désirant l'exclusion d'un père avec lequel elle s'est brouillée, ne prétende avoir formé seule un tel projet parental et ne bloque ainsi toute action en réclamation de paternité intentée plus d'un an après la naissance. Comme le projet parental n'est soumis à aucune formalité et qu'il peut même, du moins en théorie, être fait à l'insu du géniteur, comment démêler le vrai du faux?

128. Voir la séance du 21 mai 2002, à partir de 16h30.

qu'une seringue a ou non été utilisée lors de l'apport de forces génétiques? Si la preuve est, sur ce point, contradictoire, peut-on imaginer les débats auxquels l'enquête donnera lieu?

Une deuxième difficulté concerne l'identité du titulaire du droit d'action. Le père peut certes revendiquer la paternité; mais l'enfant le peut-il lui aussi? La mère pourrait-elle, à titre de tutrice de l'enfant, tenter un tel recours dans l'année de la naissance? La formulation générale de l'article 538.2 C.c.Q. ne l'interdit pas, mais telle n'était pas, semble-t-il, l'intention du législateur¹²⁹. Cette question risque surtout de se poser dans le cas où le projet parental serait le fait d'une femme seule¹³⁰. Celle-ci pourrait-elle changer d'idée et, au nom de l'enfant, imposer une paternité à un donneur qui ne la désire pas? L'intérêt de l'enfant de retrouver un père dont il serait autrement privé ne pourrait-il pas justifier ce revirement?

129. Il faut avouer cependant que l'intention n'est pas clairement exprimée... Le 22 mai 2002, à 16h, devant la Commission des institutions, le ministre de la Justice déclare ceci : « Nous voulions que, lorsque c'était suite à une relation sexuelle, que l'enfant puisse... ou le père puisse réclamer la paternité de l'enfant, en autant qu'il le fasse dans un délai que nous avons fixé à un an [...] ». Le ministre semble avoir bafouillé au moment où il disait « ... que l'enfant puisse », ainsi qu'en témoigne l'hésitation que révèle l'utilisation des points de suspension. De plus, le député Gautrin reprend ensuite : « [...] si l'enfant est le résultat d'une relation sexuelle, il y aura la possibilité, pour le père, de faire état d'un lien de filiation, [...]. Donc l'accès à l'état sera obtenu strictement après une année ». La veille par ailleurs, à 17h13, le ministre Bégin utilise des exemples dans lesquels il met uniquement en scène un homme qui recherche sa paternité. Enfin, le jour de l'adoption du projet de loi, les députés Lamquin-Éthier et Gautrin font nettement référence à la possibilité d'accorder au donneur le droit de réclamer sa paternité : « [...] on voulait préserver le droit du donneur initial, donc du tiers qui va venir donner des gamètes, pour faire en sorte que celui-ci puisse assumer, dans la mesure où il le voulait totalement, la paternité. Alors, on a fait une disposition à ce niveau-là. Et, bien sûr, dans la mesure où un donneur, un tiers veut conserver l'anonymat, et les conditions étaient telles au départ, il n'y a rien de changé, ça va demeurer tel quel » : propos de madame LAMQUIN-ÉTHIER, *Journal des Débats*, Cahier n° 111, 6 juin 2002, 12h50. Voir aussi les propos du député GAUTRIN à 15h10.

130. Benoît Moore suggère, dans une telle hypothèse, que la mère puisse prendre un recours au nom de l'enfant, dans l'intérêt de celui-ci; le délai d'un an ne devrait pas alors être nécessairement respecté. Voir B. MOORE, *loc. cit.*, note 5, pp. 93 et 94. Rien, dans les textes, ne justifie cependant une telle exception. Sur le même sujet, voir S. PHILIPS-NOOTENS, C. LAVALLEE, *loc. cit.*, note 5, p. 345 : « une telle approche ne viendrait-elle cependant pas contredire de façon éclatante le choix du législateur de consacrer un droit individuel à la procréation assistée? »

Il est difficile d'admettre que l'enfant soit titulaire du droit d'action¹³¹, car dans les faits, cela impliquerait que la mère, agissant à titre de tutrice dans l'année de la naissance de l'enfant, renonce à son projet initial : elle pourrait donc user de supercherie pour forcer un homme à avoir un enfant contre son gré. Or, le projet parental avec assistance à la procréation est un élément central des dispositions portant sur la filiation des enfants nés d'une procréation assistée; il ne doit pas pouvoir être si facilement renié par son auteur. Le législateur, dans le chapitre sur la filiation des enfants nés de procréation assistée, fonde le lien de paternité ou de maternité sur la volonté d'être parent; il s'écarterait doublement de cette idée maîtresse s'il permettait à la tutrice de l'enfant, non seulement de mettre ses projets de côté, mais aussi de forcer l'établissement de la filiation paternelle, évidemment contre la volonté de l'auteur de l'apport de forces génétiques. Lorsque ce dernier revendique sa paternité, il exprime au contraire sa volonté d'être père, désir que le législateur va respecter en le faisant prévaloir sur celui de la mère (et de sa conjointe), dans le cas où l'apport de forces génétiques résulterait d'une relation sexuelle.

La troisième question en est une de procédure : quelle voie le géniteur doit-il utiliser pour faire reconnaître sa paternité? La réponse varie selon les situations. Lorsque sont réunies les conditions prescrites à l'article 130 C.c.Q. — l'aveu du père ne contredit pas la déclaration précédente de la mère; la mère consent à l'inscription du nom du père; aucun lien de filiation n'est établi en faveur d'une autre personne par un titre, une possession constante d'état ou une présomption légale; et il y a absence d'objection d'un tiers dans les vingt jours d'un avis publié conformément aux règles fixées par règlement du gouvernement — le père de l'enfant peut vraisemblablement s'adresser au directeur de l'état civil, qui modifiera l'acte de naissance en y ajoutant son nom. S'il n'est pas possible de procéder ainsi —, et ce serait notamment le cas lorsque le titre indique une double maternité, ou lorsque la mère s'oppose à l'inscription en

131. Voir à ce sujet S. PHILIPS-NOOTENS, C. LAVALLÉE, *loc. cit.*, note 5, p. 344. Voir aussi B. MOORE, *loc. cit.*, note 5, p. 92.

niant par exemple que l'apport ait eu lieu par relation sexuelle —, le père devra alors tenter une action en réclamation d'état¹³² doublée, le cas échéant, d'une contestation d'état¹³³. Il devra établir que l'apport de forces génétiques s'est fait par relation sexuelle et qu'il est le père de l'enfant. Par ailleurs, précise l'article 538.2 C.c.Q., le conjoint de la femme qui a donné naissance ne pourrait s'opposer à cette demande en invoquant une possession d'état conforme au titre. La précision semble superflue, puisque le délai d'action d'un an est trop bref pour permettre la constitution d'une possession constante d'état¹³⁴.

Après un an, le géniteur ne peut donc plus revendiquer sa paternité. La conjointe de la mère, dont le nom sera vraisemblablement inscrit à l'acte de naissance¹³⁵, verra alors sa maternité confirmée. Dans le cas où le projet parental était celui d'une femme seule, cette dernière n'aura plus à redouter l'ombre du père. Elle deviendra l'unique parent de l'enfant. Celui-ci sera irrémédiablement privé d'un père. Quel sera son destin?

132. Articles 539, al. 2 et 532 C.c.Q. Malgré la terminologie étroite de l'article 539 qui ne réfère qu'aux contestations de filiation, il nous semble que l'article 532 C.c.Q. doit s'appliquer à la demande du père. Sinon, comment celui-ci pourrait-il procéder? Il faut tout de même déplorer le laconisme du législateur...

133. Articles 539, al. 2, 532 et 531 C.c.Q. Il faut en effet donner à la personne dont la maternité (ou la paternité) est écartée la chance de contester l'action. Peut-être l'assistance à la procréation ne s'est-elle pas faite par relation sexuelle? L'enfant n'est peut-être pas né de cette relation. De plus, la seule réclamation de paternité équivaldrait à ajouter une filiation paternelle à un enfant qui se retrouverait donc, en théorie, avec trois parents. Il est donc certainement souhaitable d'intenter à la fois une action en contestation et une action en réclamation. On peut néanmoins douter que la contestation soit absolument nécessaire, car il est évident que la conjointe n'est pas liée à l'enfant par le sang. On pourrait sans doute prétendre que le lien de filiation qui l'unit à l'enfant est révoqué de plein droit dès que le géniteur réclame avec succès sa paternité. Il sera toutefois impératif que cette femme ait pu intervenir aux débats pour au moins tenter de faire valoir ses droits.

134. Des délais d'un an et moins ont en effet été jugés insuffisants à la constitution d'une possession d'état : *O.A. c. C.A.L.*, B.E. 2001BE-276 (C.S.) (quatre mois); *P.L. c. J.R.*, REJB 97-0776 (C.S.) (un an). Des délais de neuf ans (*Droit de la famille — 2552*, [1996] R.D.F. 889 (C.S.)), huit ans (*Droit de la famille — 2143*, [1995] R.D.F. 137 (C.S.)), sept ans (*Droit de la famille — 3184*, [1999] R.J.Q. 201 (C.S.)), six ans (*J.-P.B. c. M.P.*, B.E. 2001BE-599 (C.S.)), cinq ans (*Droit de la famille — 1663*, [1992] R.D.F. 628 (C.S.)), deux ans (*Droit de la famille — 989*, [1991] R.J.Q. 1343 (C.S.)), vingt mois (*C.D. c. L.B.*, J.E. 2002-1434 (C.S.)) et dix-huit mois (*Droit de la famille — 773*, [1990] R.J.Q. 780 (C.S.)) ont par ailleurs été jugés suffisants.

135. Articles 114 et 115 C.c.Q.

II. L'ENFANT MENACÉ?

L'argument d'égalité, allié à celui du caractère artificiel de la filiation, a servi de justification à la reconnaissance de la parenté homosexuelle. Même si l'on admettait le bien-fondé de ces motifs, on ne pourrait toutefois conclure à la pleine légitimité de la réforme avant d'avoir examiné son impact sur l'enfant. On a déclaré, lors des discours officiels précédant l'adoption de la loi, agir dans l'intérêt de ce dernier, dans le but d'« éliminer toute forme de discrimination [...] »¹³⁶. L'affirmation doit être examinée. Peut-on vraiment prétendre respecter l'intérêt de l'enfant¹³⁷, alors que sous prétexte d'égalité, lui est attribuée une identité tronquée?

A. LA JUSTIFICATION DE LA RÉFORME : L'INTÉRÊT DE L'ENFANT

L'intervention législative en faveur de l'enfant né d'une mère homosexuelle dans un contexte de procréation assistée se fonde sur deux prémisses : l'unité familiale homosexuelle ne porte pas préjudice à l'enfant¹³⁸ et la reconnaissance de

136. Lors de l'adoption du projet de loi 84, le ministre de la Justice soulignait « l'importance [...] accord[ée] aux enfants et, [prétendait] surtout [...] élimin[er] toute forme de discrimination entre les enfants, peu importe qu'ils soient nés au sein d'un mariage, d'une union civile ou d'une union de fait ». *Journal des Débats*, 7 mai 2002, 10h30.

137. Il est possible que nos inquiétudes ne soient pas fondées. Rappelons-nous qu'au début des années 1970, les tribunaux hésitaient à accorder la garde des enfants à des mères lesbiennes. On craignait alors que ces enfants ne soient brimés et frappés d'ostracisme par leurs pairs et qu'en résultent des troubles émotionnels et comportementaux. « À cette époque, aucune étude n'avait été menée sur le développement psychologique des enfants dans des familles lesbiennes et l'on savait fort peu de choses sur ce qui arrivait effectivement aux enfants dans ces circonstances ». Ces craintes s'avèrent ensuite sans fondement. Il faut espérer qu'il en sera de même pour les enfants nés, dans une famille lesbienne, d'une procréation assistée. Voir à ce sujet : S. GOLOMBOK, « Grandir dans une famille lesbienne », dans *Homoparentalité, état des lieux*, supra, note 1, p. 215, à la p. 219.

138. « De nombreux experts sont venus nous faire part d'études étoffées et bien documentées, réalisées au cours des dernières décennies et selon lesquelles des enfants vivant à l'intérieur de familles composées de deux pères ou de deux mères n'étaient pas en butte à un développement différent de celui d'enfants vivant dans une famille dite traditionnelle. C'est l'amour dans le couple qui est le ciment permettant aux enfants d'évoluer vers une pleine maturité [...] ». Déclaration du ministre de la Justice lors de l'adoption du principe du projet de loi 84. *Journal des Débats*, 7 mai 2002, 10h30.

cette double maternité sert ses intérêts. Il nous faut vérifier l'exactitude de chacune de ces affirmations.

1. L'homoparentalité : une réalité inoffensive pour l'enfant?

Plusieurs « prédisent un avenir funeste aux enfants élevés dans des familles homoparentales »¹³⁹. Les quelques études réalisées à ce sujet démentent toutefois l'affirmation.

Depuis 1978, en effet, certains chercheurs¹⁴⁰, soucieux de faire tomber les préjugés à propos de l'homoparentalité, ont démontré que les enfants vivant dans une cellule familiale homosexuelle ne présentaient pas plus de problèmes que ceux vivant avec leurs parents hétérosexuels¹⁴¹. Ainsi, aucune différence significative¹⁴² n'existe entre les enfants élevés par des mères lesbiennes et ceux vivant avec des parents hétérosexuels en ce qui concerne l'identité sexuelle, le comportement de genre ou l'orientation sexuelle¹⁴³. De plus, « les enfants élevés dans

139. M. GROSS, *op. cit.*, note 69, p. 92. Pour un résumé des différentes positions, voir les pages 90 à 98. Il s'agit surtout de psychanalystes dont le discours normatif n'est pas le fruit d'enquêtes menées sur le terrain.

140. Les premières études datent du début des années 1970. Charlotte Patterson, de l'*American Psychological Association*, en a fait la synthèse en 1996. Plus de 200 études ont été recensées en 1997 par l'Association française des parents et futurs parents gays et lesbiens. Voir aussi : D. JULIEN, « Trois générations de recherche empiriques sur les mères lesbiennes, les pères gays et leurs enfants », dans *L'union civile, nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21^e siècle*, note 5, p. 359.

141. Voir à ce sujet : S. GOLOMBOK, *loc. cit.*, note 137, p. 219. Par ailleurs certains attribuent ce consensus sur l'absence de différences aux « conditions hétérosexuelles » dans lesquelles ces études ont lieu. Comme le souligne M. GROSS, la moindre différence risquerait d'être exploitée par ceux qui sont hostiles à l'homoparentalité. M. GROSS, *op. cit.*, note 69, p. 87.

142. Il y a cependant, sur d'autres points, des différences modestes, mais réelles entre les enfants élevés par des mères lesbiennes et ceux élevés par un père et une mère. Ainsi, on a démontré que les enfants de mères lesbiennes développent des répertoires de rôles masculins et féminins moins stéréotypés. De plus, ce qui n'est pas étonnant, les relations homosexuelles ne leur semblent pas inacceptables. Voir à ce sujet, M. GROSS, *op. cit.*, note 69, p. 87, référant aux travaux de J. STACEY (2001) : « Pour plusieurs, nier la probabilité que les enfants élevés par des gays et lesbiennes puissent être légèrement différents est une manière de capituler devant l'idéal hétérosexiste. Demander des droits égaux à ceux des parents hétérosexuels n'implique pas que les enfants doivent être identiques à ceux des hétérosexuels ».

143. *Id.*, pp. 75 à 77 et p. 80. Il faut aussi noter que les homosexuels ne sont pas susceptibles de commettre plus d'abus sexuels que les hétérosexuels. La crainte que les enfants soient plus fréquemment abusés par des parents homosexuels est donc dépourvue de tout fondement.

des familles homoparentales ne présentent pas davantage de troubles psychiatriques ni de difficultés d'ordre émotionnel ou comportemental que les autres enfants¹⁴⁴ ». Par ailleurs, le risque de railleries et de moqueries est réel. En effet, « de toutes les craintes concernant l'intérêt des enfants dans une famille homosexuelle, celle concernant le risque de souffrir des discours homophobes est sans aucun doute la plus réaliste¹⁴⁵ ». Le problème, il est vrai, se résorbera vraisemblablement au fur et à mesure de l'évolution des mentalités.

La plupart de ces études concernent cependant les enfants nés d'un couple hétérosexuel et élevés par un parent homosexuel. Mais ceux-ci ne sont pas spécifiquement touchés par la réforme. Il est donc difficile d'en transposer totalement les résultats aux enfants nés d'une procréation assistée. Ces derniers en effet, au contraire de ceux issus d'une union hétérosexuelle, ne connaissent habituellement pas leur père et ne lui sont pas juridiquement rattachés.

Les quelques recherches¹⁴⁶ effectuées sur les enfants conçus par insémination artificielle dans des familles les-

144. *Id.*, p. 77.

145. *Id.*, p. 80.

146. « Au cours des dernières années, on a commencé à faire état d'études contrôlées de familles lesbiennes où l'enfant avait été conçu au moyen de l'insémination par donneur—deux réalisées aux États-Unis (l'une par C. PATTERSON et l'autre par D. FLAKS), une en Belgique (par A. BREWAEYS et ses collègues du Centre de médecine reproductive à Bruxelles) et une par ma propre équipe au Royaume-Uni. À la différence des femmes lesbiennes qui conçoivent leurs enfants dans le cadre du mariage, ces couples firent un projet parental ensemble après la révélation (coming out) de leur homosexualité. Par conséquent, les enfants sont élevés dès le début dans des familles lesbiennes où il n'y a pas de père. [...] L'étude de C. PATTERSON portait sur 55 familles lesbiennes, celle de D. FLAKS sur 15 familles, l'étude belge sur 30 familles et notre étude britannique sur 30 familles. Dans toutes ces études, les familles de mères lesbiennes étaient comparées avec des groupes de contrôle de familles hétérosexuelles à deux parents qui avaient conçu leur enfant au moyen de l'insémination avec donneur. Quoique les enfants observés aient été encore relativement jeunes lorsque les résultats furent communiqués (l'âge moyen étant de 6 ans), les témoignages laissent à penser jusqu'ici qu'ils ne diffèrent pas de leurs pairs issus de familles hétérosexuelles à deux parents, en termes de bien-être émotionnel ou de développement de l'identité de genre, ce qui semble indiquer que la présence d'un père, ou de modèles hétérosexuels, n'est pas nécessaire pour le développement d'un comportement typé sexuellement [...]. [Ces études] nous apprennent que l'orientation sexuelle de la mère semble importer moins pour le bien-être psychologique des enfants que la qualité des relations sous le toit familial et, contrairement aux hypothèses de la théorie psychanalytique traditionnelle, que les parents ont peu d'importance sur le développement de l'identité de genre de leurs enfants ». S. GOLOMBOK, *loc. cit.*, note 137, p. 219.

biennes sont plus rares et plus récentes. Leurs résultats préliminaires¹⁴⁷ sont cependant rassurants, mais non pleinement convaincants à cause, d'une part, du faible échantillonnage et, d'autre part, du jeune âge des enfants interviewés. Il en est ainsi, par exemple, d'une étude belge qui porte sur trente familles de mères lesbiennes, chacune avec des enfants entre quatre à huit ans, nés par insémination artificielle. Ces familles ont été comparées à des familles hétérosexuelles ayant eu recours à l'insémination artificielle avec donneur et à des familles hétérosexuelles dans lesquelles des enfants avaient été conçus de façon naturelle¹⁴⁸. L'analyse portait sur trois points : « la perception par l'enfant de la relation avec chacun des deux parents ; le développement de l'enfant et le concept de donneur¹⁴⁹ ». Seules les deux premières questions retiendront ici notre attention.

À propos du premier point — la perception par l'enfant de la relation avec ses parents —, les chercheurs n'ont remarqué aucune différence : dans la famille homosexuelle, la mère sociale est perçue tout autant comme un parent que ne l'est le père dans la famille hétérosexuelle.

Les données recueillies à propos du deuxième axe de recherche sont tout aussi rassurantes. La réalité homosexuelle ne semble pas, là non plus, compromettre le développement de l'enfant. « Les recherches ne font pas apparaître de pathologie particulière pour les enfants élevés dans des familles homoparentales¹⁵⁰ », qu'il s'agisse de garçons ou de filles. Par conséquent, écrivent les auteurs, « l'hypothèse selon laquelle l'absence d'un père provoquerait plus de problèmes émotionnels ne peut aucunement être soutenue. Dans de nombreuses recherches empiriques, on a constaté la fréquence accrue de

147. A. BREWAEYS, K. VAFRAUSSEN, I. PONJAERT-KRISTOFFERSEN, « Insémination artificielle. Le fonctionnement familial et le développement des enfants dans des familles de mères lesbiennes », dans M. GROSS, *Homoparentalité, état des lieux*, note 1, p. 230. Voir aussi les commentaires d'enfants rapportés par E. DUBREUIL, *op. cit.*, note 1.

148. A. BREWAEYS *et al.*, *id.*

149. *Id.*, p. 232.

150. G. DELAISI DE PARSEVAL, *loc. cit.*, note 40, p. 210. Elle poursuit cependant en écrivant : « Peut-être y aura-t-il cependant des particularités, voire des perturbations pour certains de ces enfants qui seront élevés le plus souvent sans père (ce qui n'est pas le cas, je le mentionne au passage, dans la plupart des histoires de coparentalité) ».

problèmes comportementaux chez des garçons dans des familles sans père. Le fait que de tels problèmes soient absents dans des familles lesbiennes peut être expliqué par deux caractéristiques familiales importantes : ces enfants sont élevés par deux parents et n'ont pas eu à vivre le divorce des parents. Les conditions financières moins favorables des familles monoparentales et l'expérience traumatique du divorce parental peuvent expliquer la fréquence des problèmes comportementaux dans les familles sans père¹⁵¹ ». De plus, l'étude ne démontre aucune influence de l'orientation sexuelle des mères sur l'élaboration de l'identité sexuelle de leurs enfants. Ces mères veillent « habituellement à ce qu'il y ait autour de l'enfant des référents masculins, un parrain, des oncles, des amis...¹⁵² ». Le développement des enfants de familles lesbiennes, du moins jusqu'à l'âge de huit ans, serait donc comparable à celui des enfants de familles hétérosexuelles.

Ces études confirment donc ce que l'on pouvait aisément soupçonner. L'orientation sexuelle n'affecte pas la capacité parentale. Les personnes homosexuelles peuvent être de bons parents¹⁵³ et leurs enfants ne souffrent pas particulièrement de leur situation...

Cet argument, invoqué lors des débats en commission parlementaire et devant l'Assemblée nationale, ne convainc cependant pas du bien-fondé de la réforme telle qu'elle a été entreprise. Il ne justifie pas la reconnaissance juridique d'un lien de parenté, autre qu'adoptive, entre l'enfant et la conjointe de sa mère. Le seul fait qu'une personne agisse à titre de mère auprès d'un enfant permet peut-être, en certaines circonstances, de lui conférer des droits sur l'enfant et de la soumettre à certains devoirs, mais cela suffit-il à lui accorder le statut juridique de parent? N'a-t-on pas, dans cette réforme, confondu les conséquences et les fondements de la filiation¹⁵⁴, les notions de « maternage et de maternité¹⁵⁵ », la parenté, « état qui inscrit l'individu dans une généalogie¹⁵⁶ »,

151. *Id.*, p. 235.

152. M. GROSS, *op. cit.* note 69, p. 61.

153. *Ibid.*

154. Voir P. MURAT, *loc. cit.*, note 9, p. 66. Voir aussi à ce propos : S. PHILIPS-NOOTENS, C. LAVALLÉE, *loc. cit.*, note 5, p. 353.

155. C. NEIRINCK, *op. cit.*, note 108, p. 24.

156. P. MURAT, *loc. cit.*, note 9, pp. 66 et 67.

et la parentalité, qui est une fonction¹⁵⁷? La protection de l'enfant exigeait-elle que l'on touche ainsi à son identité? Quels avantages cela confère-t-il à l'enfant?

2. La reconnaissance d'une nouvelle identité : une protection indispensable à l'enfant?

Jusqu'à la réforme, les enfants élevés au sein d'un couple homosexuel n'avaient aucun lien juridique avec le conjoint ou la conjointe de leur parent biologique. Certes, lorsqu'ils étaient nés dans le cadre de l'union hétérosexuelle de leur père ou mère homosexuel, ils étaient rattachés, sur le plan juridique du moins, à un père et à une mère; leur situation ne différait donc pas de celle de plusieurs enfants du divorce qui n'avaient pas davantage de liens juridiques avec leur beau-père ou belle-mère. Ce problème, qui ne concernait pas particulièrement les enfants vivant avec des parents homosexuels n'a pas intéressé le législateur.

Il en est autrement du cas des enfants nés dans le cadre d'une union homosexuelle. Lorsque deux femmes avaient ensemble partagé le projet d'être mères et planifié la naissance, il semblait injuste que la conjointe de la mère biologique n'ait aucun droit, ni aucun devoir à l'égard de l'enfant. Le législateur a voulu remédier à cette situation en permettant l'établissement d'une deuxième filiation maternelle. L'avantage est certain, mais d'autres voies auraient permis d'atteindre le même objectif.

Du point de vue juridique, l'existence d'un double lien de filiation maternelle procure, certes, à l'enfant, une certaine sécurité à la fois matérielle et affective. Il est soumis à l'autorité parentale des deux mères¹⁵⁸, bénéficie à l'égard de chacune d'elles d'importants droits alimentaires¹⁵⁹ et successoraux¹⁶⁰ et peut porter leur nom¹⁶¹.

157. Fonction qui n'est pas marquée par la différence des sexes puisqu'elle ne passe pas par la filiation : *Id.*; voir aussi F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *loc. cit.*, note 3, pp. 17 et 62.; S. PHILIPS-NOOTENS, C. LAVALLÉE, *loc. cit.*, note 5, pp. 353 et 354 et les ouvrages cités à leur note 70.

158. Articles 599 et 600 C.c.Q.

159. Article 585 C.c.Q.

160. Articles 653, 666 et 667 C.c.Q.

161. Article 51 C.c.Q. : on notera « l'oubli » du législateur, qui à l'article 51, ne prévoit pas la possibilité que l'enfant ait deux parents de même sexe.

Le bénéfice n'est pas seulement juridique. Il semble en effet que le double rattachement apporte aussi à l'enfant un certain équilibre psychologique : « ce qui est essentiel à comprendre, écrit Geneviève Delaisi de Parseval, c'est que l'enfant, pour ne pas être un enfant à risque psychique, a besoin, pour son développement, de deux adultes qui ont pu se constituer en parents, de deux adultes qui ont pu accomplir le travail psychique de la parentalité. [...] Seule, permettez-moi d'insister, la reconnaissance symbolique, psychologique, éthique, d'une double filiation, d'une filiation additive et non substitutive, nous paraît susceptible de désamorcer les conflits de loyauté pour les enfants, entre les différentes personnes qui ont des rôles et des fonctions parentales vis-à-vis d'eux¹⁶² ». En février 2002, l'Académie américaine des psychiatres recommandait d'ailleurs que les enfants élevés par des couples de même sexe aient deux parents reconnus juridiquement comme tels. Elle songeait cependant à l'adoption¹⁶³.

Enfin, sur le plan symbolique, le fait d'assurer une double filiation à l'enfant né dans une famille homosexuelle apparaît comme une manifestation de tolérance et de respect à l'égard de l'homosexualité. On espère donc que cette législation innovatrice contribue à une diminution de l'homophobie et profite, en conséquence, à ces enfants¹⁶⁴.

Mais l'égalité que l'on voulait atteindre exigeait-elle que l'on altère ainsi les règles de filiation? L'adoption ou la reconnaissance d'une certaine « parenté sociale ou psychologique »

162. G. DELAISI DE PARSEVAL, *loc. cit.*, note 40, pp. 212 et 213. Voir aussi, du même auteur, sa préface du livre d'É. DUBREUIL, *op. cit.*, note 1.

163. « L'adoption par le deuxième parent protège le droit des enfants à garder des relations avec les deux parents, en cas de disparition du père ou de la mère, ou de séparation du couple » : M. GROSS, *op. cit.*, note 69, p. 81.

164. Voir à ce sujet les propos du ministre de la Justice, lors de l'adoption du projet de loi 84, le 6 juin 2002, à 12h30 : « [...] lors de son passage à l'Assemblée nationale, Mme Gariépy a mentionné que ce projet de loi devrait avoir un impact allant au-delà du caractère strictement juridique. Et je cite : « Je l'ai pensé comme je le dis dans mon deuxième témoignage, qui dépasse l'affaire juridique, parce que là on atteint les préjugés, les regards auxquels on est souvent victime », nous dit Mme Gariépy [une jeune femme élevée par une mère homosexuelle]. Maintenant, j'espère qu'avec la nouvelle institution qu'est l'union civile, ces préjugés seront moins forts à l'égard des enfants et de leurs parents. Je suis particulièrement fier de partager avec vous [...] ce moment qui m'aura permis, comme législateur, de faire changer les choses et de participer à l'évolution de la société », *Journal des Débats*, Cahier n° 111, 6 juin 2002.

n'auraient-elles pas conféré les mêmes avantages à l'enfant? Certes, à l'adoption se greffent nécessairement de longues et souvent lourdes procédures. Ce sont toutefois les parents, et non pas les enfants, qui subissent ces désagréments...

Il est intéressant de constater que les Pays-Bas¹⁶⁵, qui reconnaissent le mariage homosexuel, ne permettent pas l'établissement de la maternité du seul fait de l'existence d'un projet parental avec assistance à la procréation¹⁶⁶. Cependant, lorsque l'enfant est né durant le mariage¹⁶⁷ ou le partenariat enregistré¹⁶⁸ de ses parents, le législateur néerlandais attribue de plein droit à la conjointe de la mère l'exercice de l'autorité parentale¹⁶⁹. Celle-ci est aussi tenue de subvenir à l'entretien des enfants mineurs de sa conjointe ou partenaire enregistrée¹⁷⁰, « mais seulement durant son mariage ou son partenariat enregistré et seulement s'ils font partie de son foyer¹⁷¹ ». Les Pays-Bas admettent¹⁷² aussi

165. Voir : W. SCHRAMA, *loc. cit.*, note 74, p. 277; C. FORDER, *loc. cit.*, note 107, p. 239.

166. W. SCHRAMA, *id.* p. 295. La conjointe ne peut reconnaître l'enfant de sa partenaire. « [...] Le partenariat enregistré n'a pas de répercussions sur le droit de la filiation. [...] Des liens juridiques peuvent cependant se créer entre l'enfant du partenaire et le quasi-beau-parent. Ce dernier peut l'adopter même s'il est de même sexe que le parent de l'enfant [...] » : J. POUSSON-PETIT, *loc. cit.*, note 123, p. 482.

167. Les Pays-Bas reconnaissent aux homosexuels le droit de se marier : « Depuis le 1^{er} avril 2001 tous les couples ont [...] les mêmes choix entre le mariage, le partenariat enregistré, les contrats de vie commune ou de cohabitation, la vie commune hors statut ». J. POUSSON-PETIT, *id.*, p. 479. Voir aussi à ce sujet : H. FULCHIRON, « La reconnaissance de la famille homosexuelle aux Pays-Bas », *J.C.P.* 2001, Actua., p. 1033; *id.* « Le mariage homosexuel et le droit français (à propos des lois hollandaises du 21 décembre 2002) », *D.* 2001, p. 1628.

168. Il s'agit du « registered partnership ».

169. W. SCHRAMA, *loc. cit.*, note 74, p. 295; en référant à l'article 1 : 253sa du Code civil néerlandais qui énonce cette règle, l'auteur utilise les termes anglais « shared custody ». Voir aussi J. POUSSON-PETIT, *loc. cit.*, note 123, p. 482.

170. *Id.* Obligation qui existera aussi longtemps que le mariage ou le partenariat enregistré continuera et que l'enfant sera considéré comme un enfant de la famille : art. 1 : 395 C.c. néerlandais.

171. Article 1 : 395 du Code civil néerlandais, cité par J. POUSSON-PETIT, *loc. cit.*, note 123, p. 482.

172. Le droit de la famille néerlandais présente des particularités qui le distinguent des autres droits européens. Ainsi, comme le rapporte J. POUSSON-PETIT : « En l'absence de mariage, il [le législateur hollandais] opte pour le matriarcat. Plus généralement il consacre la parenté sociale, les liens volontaires, affectifs et quotidiens. Le droit de la filiation reflète ces préférences : la reconnaissance est constitutive de filiation et non déclarative, les donneurs de sperme, d'ovules, d'embryons sont totalement occultés, les liens biologiques sont en soi insuffisants. Ne sont prises

l'adoption¹⁷³ par un homosexuel célibataire, par un couple de même sexe, ou par le conjoint d'un homosexuel. L'enfant n'est-il pas, là-bas, aussi bien, sinon mieux protégé qu'il ne l'est au Québec? N'aurait-on pu imaginer de telles règles, ainsi que l'avait d'ailleurs suggéré le Barreau du Québec¹⁷⁴?

Il n'était donc peut-être pas nécessaire, pour atteindre les objectifs de protection et d'égalité, de permettre la constitution d'un lien de filiation autre qu'adoptive entre l'enfant et ses deux mères. D'ailleurs, faut-il le rappeler, l'avantage de cette double filiation n'est pas toujours assuré à l'enfant. Le risque de filiation unilinéaire est réel. Inévitable lorsque le projet parental avec assistance à la procréation est celui d'une femme seule¹⁷⁵, il menace aussi l'enfant initialement désiré par deux femmes : la conjointe de fait de sa mère biologique peut en effet renier son projet parental. Si l'assistance à la procréation s'est faite par relation sexuelle, le droit du géniteur de revendiquer sa paternité risque de plonger l'enfant, écartelé entre ses père et mères, dans un univers de discorde. Comment croire qu'en concevant ce système¹⁷⁶ de filiation « à géométrie variable », le législateur avait réellement comme objectif premier la protection des intérêts des enfants? Quels sont, pour ces derniers, les risques réels de cette réforme?

en compte que les capacités éducatives. Le couple ne doit plus être de sexe différent, ne doit pas être apte à la procréation naturelle. Seule une certaine durée de la relation est requise pour garantir un rapport parental de qualité. La beau-parentalité ou la quasi-beau-parentalité, l'homoparentalité sous ses deux aspects (beau-parentalité et couple adoptif) sont dès lors reconnues. De même l'autorité parentale peut être partagée par un parent et un non-parent. La fonction éducative prime les liens du sang ». J. POUSSON-PETIT, *id.*, p. 474.

173. W. SCHRAMA, *loc. cit.*, note 74, p. 488. Voir aussi J. POUSSON-PETIT, *id.*, pp. 488 et 489 et les autorités citées par S. PHILIPS-NOOTENS, C. LAVALLÉE, *loc. cit.*, note 5, notes 93 et 94.

174. Voir *supra*, note 14.

175. À moins que le géniteur ne réclame l'établissement de sa paternité, ce qu'il pourra faire, si l'apport de forces génétiques s'est fait par relation sexuelle, dans l'année de la naissance de l'enfant; voir l'article 538.2 C.c.Q.

176. N'assiste-t-on pas à une montée fulgurante de l'individualisme? Voir : I. THÉRY, « Différence des sexes, homosexualité et filiation », dans M. GROSS, *Homoparentalité, état des lieux, supra*, note 1, pp. 109 à 132.

B. LES REVERS DE LA RÉFORME : UNE IDENTITÉ TRONQUÉE

On a mis en valeur, lors des débats précédant l'adoption du projet de loi, l'importance des liens juridiques qui allaient être reconnus entre l'enfant, sa mère et la conjointe de celle-ci. On a par ailleurs escamoté le fait que cet enfant allait être privé d'une ascendance paternelle et qu'il pourrait n'avoir qu'une filiation unilinéaire. Les nouvelles dispositions effacent donc des liens de sang et ne tiennent pas compte, non plus, de tous les liens de cœur. Comment alors prétendre qu'elles protègent réellement l'intérêt de l'enfant?

1. Des liens de sang effacés

L'enfant né d'une procréation assistée dans un contexte homosexuel est privé¹⁷⁷ d'une filiation juridique le liant à son père¹⁷⁸, mais aussi, lorsqu'il a été conçu dans un contexte médical, de la possibilité de connaître l'identité de celui à qui il doit la vie. L'amputation se double alors d'un camouflage. L'enfant en est doublement pénalisé¹⁷⁹.

177. À moins qu'il n'ait été conçu par relation sexuelle et que le géniteur n'ait réclamé l'établissement de sa paternité. Dans cette dernière hypothèse, les avantages de la dualité des filiations paternelle et maternelle seront vraisemblablement annihilés par l'atmosphère de discorde et de ressentiment dans laquelle vivra l'enfant, écartelé entre un père perçu comme un usurpateur et deux femmes amères et déçues. Article 538.2 C.c.Q.

178. « Les femmes étudiées sont conscientes de l'absence du père quand elles envisagent l'organisation de la vie familiale. La majorité d'entre elles est d'avis que cette absence ne pose pas de difficulté, bien que 35 % des mères pensent que cela représente quand même un problème. La plupart des couples indiquent que cette absence sera compensée par des contacts entre l'enfant et des hommes dans l'entourage. Environ 70 % des partenaires disent que « cela suivra son cours » et ne projettent pas de prendre des initiatives supplémentaires pour créer ces contacts. Les autres femmes comptent introduire un parrain dans la vie de leur enfant avec lequel celui-ci pourra établir un lien affectif et émotionnel ». T. LENIE, P. BAETENS, I. PONJAERT-KRISTOFFERSEN, « Une étude sur les demandes de insémination artificielle avec sperme de donneur (IAD) chez des couples homosexuels féminins », dans *Homoparentalité, état des lieux, supra*, note 1, p. 227.

179. « Tout enfant vivant dans un contexte familial très différent de celui des autres traverse des difficultés psychiques importantes dont l'issue n'est pas prévisible. Il n'est guère raisonnable de créer volontairement de telles atypies pour des raisons étrangères au bien-être du futur enfant ». R. DIATKINE, « Fécondation in vitro, congélation d'embryons et mères de substitution. Le point de vue d'un psychanalyste », *Actes du colloque Génétique, Procréation et Droit*, Actes Sud, Paris, 1985, pp. 281-282. L'auteur affirme cependant que « l'impossibilité de prévoir ne constitue pas en soi une raison d'interdire ».

Sur les plans social et juridique, l'absence d'un père place l'enfant de l'homosexualité dans une situation d'exception¹⁸⁰, qu'il n'a évidemment pas désirée¹⁸¹. En effet, bien que « doté d'une famille aimante, cet enfant sera [...] délibérément marginalisé par rapport à un système de filiation que l'on peut considérer comme un bien symbolique commun¹⁸² ». Comme l'écrivait Yann Thomas : « On pourra multiplier à l'infini les enquêtes sociales et les travaux psychologiques, on n'évitera pas le problème civil et politique : peut-on priver un enfant du droit reconnu à tous les autres d'avoir pour parents un père et une mère? Peut-on fabriquer des cobayes, mêmes heureux? La satisfaction d'un tel désir ne peut se justifier que par des arguments sentimentaux ou psychiques. Sur le terrain juridique, elle suppose que l'on accepte l'inégalité devant la loi. Pire, elle suppose que l'on s'accommode d'une inégalité enracinée dans la naissance et dans l'origine¹⁸³ ».

Évidemment, il est tentant de dresser, encore une fois, un parallèle avec l'adoption qui permet aussi la création d'une filiation unilinéaire entre une personne seule et un enfant et qui peut donc mener à la disparition d'une ascendance. Mais, on l'a déjà souligné, la comparaison ne vaut pas : l'adoption forge une filiation fictive; elle a comme objectif l'intégration d'un enfant abandonné à une famille; elle sert donc de palliatif, alors que la procréation assistée organise la naissance d'un

180. « Comment faire croire à un enfant qu'un couple de deux hommes ou de deux femmes équivaut à un père ou une mère, sans commettre un déni de réalité et sans violer le principe de non-discrimination à son égard? ». M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Les concubinages : diversités et symboliques », dans *Études offertes à J. Rubellin-Devichi*, *supra*, note 9, p. 603, à la p. 615. Voir aussi E. ROUDINESCO, *op. cit.*, note 66, pp. 238 et 239 : « [...] il faudra bien admettre un jour que les enfants de parents homosexuels portent, comme d'autres, mais beaucoup plus que d'autres, la trace singulière d'un destin difficile. Et il faudra bien admettre aussi que les parents homosexuels sont différents des autres parents [...] ».

181. Il est évident que ces situations « peuvent constituer autant de situations à risques psychiques possibles pour l'enfant. Mais on sait que la chaîne de la causalité n'est ni simple ni linéaire; et que le psychisme humain est étonnamment plastique, ce qui interdit toute prédiction catégorique sur ce qui sera nuisible ou favorable au futur enfant. D'autant que tout cela se sait seulement dans l'après-coup ». G. DELAISI DE PARSEVAL, *loc. cit.*, note 40, p. 209.

182. F.-R. OUELLETTE, *loc. cit.*, note 50, p. 168.

183. Y. THOMAS, « L'union des sexes, le difficile passage de la nature au droit », *Le Banquet*, sept-oct. 1998, pp. 62-63, cité dans I. THÉRY, « Différence des sexes, homosexualité et filiation », dans *Homoparentalité, état des lieux*, note 1, p. 109, à la p. 133.

enfant amputé d'une partie de lui-même. Comme le précise un auteur : « Il faut surtout voir dans [la] possibilité [d'adoption par une femme seule] une marque de la *favor adoptionis* qui permet de donner tout de même à l'enfant une famille plutôt que de le laisser grandir dans une institution¹⁸⁴ ».

Le législateur québécois reconnaît d'ailleurs la spécificité de l'adoption, puisqu'il permet les retrouvailles entre l'enfant adopté et ses parents biologiques, alors qu'il interdit¹⁸⁵ la levée de la confidentialité lorsque l'enfant est né d'une procréation *médicalement* assistée¹⁸⁶. Il tient en effet, lorsque l'enfant a été conçu dans ce contexte, à respecter la volonté et la vie privée de chacun des participants¹⁸⁷ au processus médical, tout en assurant l'intimité et la paix familiales. Le

184. P. MURAT, *loc. cit.*, note 9, p. 65.

185. Il existe toutefois une exception, dans le cas de problème de santé. En effet, le deuxième paragraphe de l'article 542 C.c.Q. prévoit que : « ... lorsqu'un préjudice grave risque d'être causé à la santé d'une personne ainsi procréée ou de ses descendants si elle est privée des renseignements qu'elle requiert, le tribunal peut permettre leur transmission, confidentiellement, aux autorités médicales concernées. L'un des descendants de cette personne peut également se prévaloir de ce droit si le fait d'être privé des renseignements qu'il requiert risque de causer un préjudice grave à sa santé ou à celle de l'un de ses proches ». Sur permission du tribunal, les renseignements requis pour protéger la santé de l'enfant ou de sa descendance seront donc confidentiellement transmis aux autorités médicales. Encore faut-il cependant que ces renseignements soient recueillis et conservés. Voir, à ce sujet, les articles 14 à 19 de la *Loi concernant la procréation assistée et la recherche connexe*, *supra*, note 85. Voir plus particulièrement l'article 17 qui prévoit que l'Agence canadienne de contrôle de la procréation assistée, constituée en vertu de l'article 21(1) de la loi, « [...] tient un registre où figurent les renseignements médicaux sur les donneurs de matériel reproductif humain et d'embryons *in vitro*, les personnes ayant eu recours à une technique de procréation assistée et les personnes qui sont issues d'une telle technique ». La levée du secret ne peut donc intervenir que pour des motifs distincts de la seule volonté de savoir : D. GUTMANN, *op. cit.*, note 9, p. 37.

186. Il ne peut évidemment exiger cette confidentialité lorsque l'assistance à la procréation n'a pas eu lieu dans un contexte médical : donneur et mère se connaissent alors très bien et l'enfant apprendra probablement l'identité de celui à qui il doit la vie. Ce géniteur, rappelons-le, ne sera toutefois pas, sauf exception, le père légal de cet enfant. Article 538.2 C.c.Q.

187. Il est intéressant de constater que l'étude menée en Belgique sur le fonctionnement familial et le développement des enfants dans des familles de mères lesbiennes révèle que 40 % des mères avaient choisi l'anonymat complet, 20 % souhaitaient disposer d'informations limitées, le dernier 40 % restant ayant opté pour la révélation possible de l'identité du donneur. D'année en année, il s'est produit une évolution dans ce dernier groupe. Après avoir préféré l'anonymat pour éviter l'ingérence d'une troisième personne dans leur relation, en voyant leurs enfants grandir, elles se sont rendu compte qu'il se pourrait que ceux-ci veuillent connaître le donneur plus tard : A. BREWAEYS, K. VAFRAUSSEN, I. PONJAERT-KRISTOFFERSEN, *loc. cit.*, note 147, p. 234.

camouflage écarte ainsi tout risque de pluriparentalité¹⁸⁸. Mais protège-t-il l'intérêt de l'enfant¹⁸⁹?

Bien que la question soit fort controversée et débattue, on pourrait le prétendre lorsque l'enfant naît au sein d'un couple hétérosexuel : « l'anonymat [serait] [...] tout à la fois le gage de l'autonomie et de l'épanouissement de la famille qui se fonde et la protection loyale du désintéressement qui y contribue¹⁹⁰ ». L'enfant a alors un père et une mère : connaître l'identité du géniteur l'obligerait à dissocier la paternité volontaire et juridique du lien biologique et à faire de cette dualité sa réalité « familiale »¹⁹¹. Un accès aux origines est-il cependant nécessaire à l'équilibre et à l'épanouissement de cet enfant? Comme il n'a pas d'histoire personnelle autre que celle qu'il connaît¹⁹² et puisqu'il a un père auquel il peut s'identifier, on peut en douter¹⁹³, sans toutefois oser

188. « Le législateur a mis ainsi en place, pour écarter tout risque de pluriparentalité, deux verrous : la substitution de la filiation d'origine par la filiation adoptive et l'anonymat des dons de gamètes. L'impossibilité de penser la pluriparentalité conduit à une situation paradoxale où la fiction d'une procréation naturelle est préférable à la vérité de la volonté et de l'engagement individuels ». M. GROSS, *op. cit.*, note 69, p. 50.

189. « Révons un peu : essayons [...] de nous placer du côté de l'enfant. Pourquoi, au fond, l'enfant né grâce à la participation d'un donneur n'aurait-il pas droit de connaître la particularité de son histoire [...] de savoir que son père, celui qui l'élève et dont il porte le nom, son père affectif et effectif n'est pas son géniteur? » G. DELAISI DE PARSEVAL, « La part du père et de la mère à l'aube de l'an 2000 », dans *Liber Amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein, Droit comparé des personnes et de la famille*, *supra*, note 62, p. 143, à la p. 155.

190. Conseil d'État, *Sciences de la vie, de l'éthique au droit*, La Documentation française, Paris, 1988, p. 56.

191. Pour certains, cette dualité, non seulement ne serait pas nuisible, mais serait essentielle à son équilibre.

192. Contrairement à l'enfant adopté qui a une histoire personnelle antérieure à son adoption et dont ne font pas partie ses parents adoptifs.

193. « [...] faudra-t-il révéler à cet enfant ses origines? Nous n'y sommes pas favorable. Certains le demandent. Notre refus vient de ce que nous tenons à protéger la famille contre tout ce qui la déstabilise (inutilement), car le fils ou la fille informés quitteront — au moins en esprit — ceux qui les ont élevés. La vérité? Ne faut-il pas, selon la formule connue, avantager le mensonge qui permet la vie, plutôt que cette vérité qui tue? D'ailleurs nous n'avons rien à cacher; nous nous bornons à garder le silence sur un aspect assez mineur — le commencement strictement biologique. La paternité l'excède et c'est elle que nous préservons » : F. DAGOGNET, « La famille sans la nature : une politique de la morale contre le moralisme » dans *Au-delà du PaCS, L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, *supra*, note 59, p. 79, à la p. 81.

l'affirmer catégoriquement. Mais, posée dans le cadre de l'homoparenté, la question apparaît sous un nouveau jour¹⁹⁴. L'enfant n'a alors ni père, ni ascendance paternelle. Il sait assurément qu'il ne peut être issu de deux femmes et qu'un homme est à l'origine de sa conception; il ne peut cependant en connaître l'identité : une partie de lui-même lui échappe à tout jamais¹⁹⁵, ce qui, dans un tel contexte, paraît inacceptable¹⁹⁶. La vérité de l'affirmation selon laquelle « la dimension biologique est importante dans l'esprit des sujets [et que] l'être humain a besoin de cette référence originaire¹⁹⁷ » semble alors évidente. Plusieurs mères

194. Voir à ce sujet : M. IACUB, *loc. cit.*, *supra* note 59, p. 203. Voir aussi E. ROUDINESCO, *op. cit.*, note 66, p. 222.

195. « Il y a toujours enfouies en soi et dans le cœur de sa progéniture des images maternelles et paternelles qui font de l'être humain un sujet de double filiation, même s'il est né de père inconnu. Nier l'existence de l'autre met toujours l'enfant face à la perte de l'altérité, c'est-à-dire à la perte d'une partie de lui-même. Ce fait permet de comprendre une règle qui ne peut être transgressée : l'enfant n'est pas à nous [...] ». M. LEMAY, *Famille, qu'apportes-tu à l'enfant?*, Éditions de l'Hôpital Sainte-Justine, Montréal, 2001, p. 204.

196. « L'enfant a [...] besoin, ce n'est que trop évident pour un psychanalyste, de savoir de manière claire qui est son père, qui est sa mère; et / ou qui sont, si tel est le cas, les personnes qui ont participé au processus de sa « mise au monde ». Dans les familles homoparentales – en particulier dans celles qui sont créées avec la participation de donneurs de gamètes – il devrait en ce sens pouvoir fantasmer de manière positive sur le coparent, l'autre personne qui a participé à sa venue au monde, comme un personnage « en plus », à la manière d'un « Oncle d'Amérique », ou d'une « bonne fée Morgane ». L'enfant, faute d'entrer dans un processus de déni forcément pathologique, doit savoir qu'il est né de deux parents, même si l'un des deux est absent, voire inconnu. C'est en ce sens que nous émettons de fortes réserves sur l'anonymisation légale d'un donneur de gamètes ou d'un parent de naissance. Et ceci, encore une fois, que les parents soient hétérosexuels ou homosexuels ». G. DELAISI DE PARSEVAL, *loc. cit.*, note 40, p. 212; voir aussi aux pp. 210 et 211. Voir aussi du même auteur : « La construction de la parentalité dans les couples de même sexe », dans *Au-delà du PaCS, L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, *supra*, note 59, p. 229, aux pp. 238 et suivantes.

197. G. POUSSIN, « Qu'est-ce-qu'une mère? Qu'est-ce qu'un père? » dans *De la parenté à la parentalité*, *supra*, note 107, p. 42. L'auteur ajoute, à la page 40 : « toutes les tentatives de suppression des traces de l'origine biologique de l'enfant auxquelles j'ai pu assister se sont révélées désastreuses »; puis à la p. 42 : « le prix à payer pour l'effacement des origines est très élevé ». Voir aussi : P. VERDIER, « Ce que l'adoption nous apprend à propos des enfants qui ne sont pas nés de la sexualité de leur parents », dans *Homoparentalité, état des lieux*, note 1, p. 33.

lesbiennes en sont d'ailleurs conscientes¹⁹⁸ et c'est souvent pour cela qu'elles optent pour un donneur connu qui acceptera de ne pas intervenir dans les décisions parentales. La démarche est cependant hasardeuse, on le sait, puisque cet homme, « qui risque fort de voir sa fibre paternelle s'éveiller après la naissance, voire lors de la grossesse¹⁹⁹ », pourra revendiquer sa paternité dans l'année de la naissance²⁰⁰.

Peu de recherches portent sur les questions de l'anonymat du donneur et du secret des origines. Une première étude²⁰¹ belge révèle cependant des différences significatives, à ces sujets, entre les familles lesbiennes et hétérosexuelles. Selon les chercheurs, en effet, « les couples lesbiens optent à l'unanimité pour la franchise, tant vis-à-vis de l'enfant que vis-à-vis de l'entourage. [...] Les parents hétérosexuels, en revanche, optent en grande majorité pour le secret total (vis-à-vis de l'enfant et de l'entourage)²⁰² ». Ces différences n'étonnent pas. Les familles homosexuelles ne peuvent entretenir l'illusion. Il est clair que le couple n'a pu ensemble engendrer l'enfant. Les deux mères doivent donc la franchise à ce dernier. On peut toutefois se demander si l'enfant qui connaît les circonstances de sa conception ne cherchera pas à découvrir l'identité de son père et si les mères y seront favorables. D'après les mêmes chercheurs, il y a, sur ce point aussi, une différence significative entre mères lesbiennes et parents

198. « Les femmes étudiées sont conscientes de l'absence du père quand elles envisagent l'organisation de la vie familiale. La majorité d'entre elles est d'avis que cette absence ne pose pas de difficulté, bien que 35 % des mères pensent que cela représente quand même un problème. La plupart des couples indiquent que cette absence sera compensée par des contacts entre l'enfant et des hommes dans l'entourage. Environ 70 % des partenaires disent que « cela suivra son cours » et ne projettent pas de prendre des initiatives supplémentaires pour créer ces contacts. Les autres femmes comptent introduire un parrain dans la vie de leur enfant avec lequel celui-ci pourra établir un lien affectif et émotionnel » : T. LENIE, P. BAETENS, I. PONJAERT-KRISTOFFERSEN, *loc. cit.*, note 178, p. 227.

199. M. GROSS, *op. cit.*, note 69, p. 63.

200. Article 538.2 C.c.Q.

201. A. BREWAEYS, K. VANFRAUSSEN, I. PONJAERT-KRISTOFFERSEN, *loc. cit.*, note 147, p. 237. À ce sujet, voir aussi : T. LENIE, P. BAETENS, I. PONJAERT-KRISTOFFERSEN, *loc. cit.*, note 178, p. 221.

202. A. BREWAEYS, K. VANFRAUSSEN et I. PONJAERT-KRISTOFFERSEN, *id.*, p. 237. Les auteurs précisent à la p. 234 : « [...] Tous les parents homosexuels avaient l'intention de mettre leur enfant au courant du mode de conception. [...] Dans le groupe des parents hétérosexuels, 92 % avaient décidé de ne rien dire à leur enfant ».

hétérosexuels : si ces derniers optent en grande majorité pour l'anonymat du donneur, les résultats sont plus partagés lorsqu'il s'agit des couples lesbiens : selon les résultats de l'étude belge de 1997²⁰³, « 40 % [des répondants] avaient choisi l'anonymat complet, 20 % souhaitaient disposer d'informations limitées, les 40 % restant [avaient] opté pour la révélation possible de l'identité du donneur²⁰⁴ ». Le deuxième volet de cette étude, portant à la fois sur des mères et leurs enfants (45 mères homosexuelles et 41 enfants nés d'une insémination au sein de couple de lesbiennes), révèle que 46 % d'entre eux souhaitaient des informations sur les donneurs. La plupart [...], notamment les garçons, souhaitaient connaître l'identité du donneur, le reste se serait contenté d'informations non identifiantes²⁰⁵ ».

La législation imposant l'anonymat des donneurs, dans le cadre de la procréation médicalement assistée, ne reflète donc pas nécessairement la volonté des acteurs impliqués dans ce processus²⁰⁶. En effet, « effacer les géniteurs n'est pas le fait des parents gays et lesbiens, mais celui d'un système qui n'autorise pas la disjonction entre filiation et origines biologiques. L'anonymat des donneurs permet à des hommes hétérosexuels stériles de passer pour des pères biologiques. Ce montage explose avec les couples de lesbiennes qui ne mentent évidemment pas au sujet des origines de leur enfant²⁰⁷ ».

203. *Ibid.*

204. *Ibid.* Voir aussi : T. LENIE, P. BAETENS, I. PONJAERT-KRISTOFFERSEN, *loc. cit.*, note 178, p. 227 : « À propos de l'anonymat du donneur, la majorité des couples préfère un anonymat total, 10 % préfèrent avoir quelques renseignements sur celui-ci alors que 10 % sont d'opinion que l'identité du donneur devrait être connue. Tous les couples ont bien l'intention d'informer leurs enfants de la manière dont la conception a eu lieu ».

205. M. GROSS, *op. cit.*, note 69, p. 84, référant à l'étude de K. VANFRAUSSEN, I. PONJAERT-KRISTOFFERSEN, A. BREWAEYS, « An Attempt to Reconstruct Children's Donor Concept: A Comparison Between Children's and Lesbian Parents' Attitudes toward Donor Anonymity », (2001) 16 *Human Reproduction* 2019-2025.

206. En France, l'Association des parents et futurs parents gays et lesbiens réclame d'ailleurs la levée de l'anonymat des donneurs de gamètes : « La construction juridique de la filiation doit être cohérente avec l'environnement dans lequel l'enfant est élevé au quotidien tout en respectant l'histoire des origines de l'enfant. C'est pourquoi l'APGL préconise que soient toujours mentionnées leurs origines, dans l'acte de naissance intégral de l'enfant ». M. GROSS, *op. cit.*, note 69, pp. 106 et 107.

207. *Id.*, p. 62.

Une importante percée du droit aux origines²⁰⁸, déjà latent²⁰⁹, est donc à la fois souhaitable et prévisible²¹⁰... Évidemment, si on reconnaissait à l'enfant « issu » d'un couple homosexuel un certain droit à l'identité personnelle, aucune justification ne permettrait dorénavant de le refuser à l'enfant né d'une insémination artificielle avec donneur dans le cadre d'une famille hétérosexuelle.

La nouvelle loi fédérale sur la procréation assistée²¹¹, sanctionnée en mars 2004²¹², prévoit d'ailleurs un accès possible aux renseignements nominatifs²¹³ reliés au donneur, tant par les personnes qui ont recours à la procréation assistée que par

208. Sur la nature du droit aux origines, voir : D. GUTMANN, *op. cit.*, note 9, p. 27. Sur l'importance actuelle des origines génétiques, l'auteur y précise : « Si la biologie exerce une telle fascination, c'est peut-être [...] parce que, devant la mutation des repères sociaux fondateurs de la personnalité et le vacillement des certitudes de l'appartenance, il est tentant de revaloriser cet îlot de stabilité qu'est l'origine ».

209. Voir, par exemple, les propos de la Cour d'appel du Québec dans *A.P. c. L.D.*, J.E. [2001] R.D.F. 12 (C.A.), décision qui a conduit à l'adoption de l'article 535.1 C.c.Q. Voir aussi les propos récents de la Cour supérieure : « En matière d'établissement de la filiation, le critère premier demeure celui de l'intérêt de l'enfant, (article 33 C.c.Q.). Et l'ensemble des dispositions concernant la filiation possède un caractère d'ordre social. « *Il y a un intérêt social à ce que l'enfant connaisse l'identité de son père* », (nos italiques) selon les mots de l'honorable juge Louise Mailhot, (*Droit de la famille — 1859*, [1993] R.D.F. 722). En ce sens la réalité, dans la mesure du possible, ne doit pas être faussée. Ce sont là des critères que le tribunal doit considérer ». *M.-F.B. c. R.R.*, J.E. 2003-1064 (C.S.).

210. Au Pays-Bas, l'enfant qui atteint un certain âge, peut connaître l'identité de son géniteur si celui-ci est d'accord : M. GROSS, *op. cit.*, note 69, p. 62.

211. *Loi concernant la procréation assistée et la recherche connexe*, *supra*, note 85.

212. Ayant reçu la sanction royale le 29 mars 2004, cette loi entrera en vigueur aux dates fixées par décret. Se pose cependant la question de la compétence du fédéral d'élaborer une réglementation portant sur l'accès aux informations relatives à la procréation médicalement assistée. Le Québec considère que « la réglementation fédérale en matière de techniques de reproduction et de génétique n'est pas justifiée car le gouvernement du Québec assume déjà la responsabilité de la protection de ses concitoyens et qu'il avait adopté des mesures dans [ce] domaine ». *Discussion et commentaires écrits sur la législation fédérale proposée en matière de TRG*, Santé Canada, février et mars 2000.

213. Les renseignements médicaux sont quant à eux plus facilement accessibles. La nouvelle loi organise le système de collecte, de conservation et de diffusion de ces données. Voir les articles 14, 15, 17 et 18(3) et (4) de la *Loi concernant la procréation assistée et la recherche connexe*, *supra*, note 85.

celles qui en sont issues, lorsque le donneur y aura consenti par écrit²¹⁴.

La consécration du droit aux origines, si elle survient, entraînera donc le démantèlement de l'artifice. La distinction père-géniteur deviendra évidente et la multiparentalité apparaîtra alors moins menaçante²¹⁵.

214. Article 15(4) de la *Loi concernant la procréation assistée et la recherche connexe*, *supra*, note 85. « Avant de pratiquer une technique de procréation assistée pour laquelle est utilisé du matériel reproductif humain ou un embryon *in vitro*, le titulaire d'une autorisation communique les renseignements médicaux qu'il possède sur le donneur à la personne qui y a recours; l'identité du donneur ou des renseignements susceptibles de servir à l'identifier ne peuvent toutefois être communiqués qu'avec le consentement écrit de celui-ci. » Article 15(5) : « Le titulaire d'une autorisation peut communiquer des renseignements médicaux, sauf l'identité d'une personne ou des renseignements susceptibles de servir à identifier une personne, à tout individu ou à toute organisation à des fins de recherche scientifique ou statistique ». Voir aussi l'article 17 : « L'Agence tient un registre où figurent les renseignements médicaux sur les donneurs de matériel reproductif humain et d'embryons *in vitro*, les personnes ayant eu recours à une technique de procréation assistée et les personnes qui sont issues d'une telle technique », et 18(3) et (4) : « L'Agence communique, sur demande, les renseignements médicaux sur le donneur aux personnes ayant recours à une technique de procréation assistée au moyen du matériel reproductif humain ou d'embryon *in vitro* de ce donneur ainsi qu'aux personnes qui sont issues d'une telle technique et à leurs descendants; la communication de l'identité du donneur ou de renseignements susceptibles de servir à l'identifier ne peut toutefois être faite qu'avec le consentement écrit de celui-ci. (4) : Sur demande écrite de deux personnes qui sont fondées à croire qu'au moins l'une d'elles est issue d'une technique de procréation assistée au moyen du matériel reproductif humain ou d'un embryon *in vitro* d'un donneur, l'Agence les informe du fait qu'elle a ou non en sa possession des renseignements qui indiquent qu'elles sont génétiquement parentes et, le cas échéant, de la nature du lien de parenté. » Et enfin l'article 18(7) prévoit : « L'Agence peut communiquer l'identité d'un donneur à un médecin si elle l'estime nécessaire pour contrer tout risque pour la santé ou la sécurité d'une personne ayant eu recours à une technique de procréation assistée, d'une personne issue d'une telle technique ou d'un descendant d'une telle personne. Le médecin ne peut pas communiquer cette identité. »

215. « La particularité du montage de l'IAD ne devrait-elle pas, en toute équité, accorder aux enfants ainsi conçus une filiation noble, filiation qui serait fondée sur le cumul des paternités, et non sur la substitution de l'une à l'autre? Outre l'intérêt bien compris de l'enfant, la prise en compte d'une pluri paternité respecterait à la fois la paternité du père affectif et social (en lui facilitant précisément le travail du deuil de sa fertilité), mais aussi le psychisme de l'homme qui donne son sperme, de cet homme, de cet autre père, qui devrait au pays des droits de l'Homme, être considéré autrement que sur le mode d'un étalon donnant sa semence... Les donneurs de sperme, pères de famille en général, ont eux aussi, une histoire... » G. DELAISI DE PARSEVAL, « La part du père et de la mère à l'aube de l'an 2000 », dans *Liber Amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein*, *supra*, note 62, p. 143, à la p. 155.

2. Des liens de cœur oubliés

La réticence du législateur québécois à l'égard de la pluri-parentalité l'a non seulement poussé à renier les liens de sang des enfants nés au sein d'un couple de lesbiennes, mais aussi à négliger tous ceux qui, élevés par un couple de même sexe, sont nés dans le cadre d'une union hétérosexuelle antérieure²¹⁶. Il s'agit pourtant de la grande majorité des enfants qui, aujourd'hui, vivent avec un couple d'homosexuels²¹⁷. Certes, ces derniers ont habituellement un père et une mère et bénéficient donc déjà d'une double filiation. Mais ils n'ont aucun lien juridique avec leur belle-mère ou beau-père avec lequel ils vivent pourtant sur une base quotidienne²¹⁸. Ils sont dans la même situation que tous ceux qui, après la séparation de leurs parents, vivent dans une famille recomposée : le beau-parent²¹⁹ n'a à leur égard ni droit ni

216. Voir notamment les témoignages, fort bien articulés, de L. MAILLÉ-PRÉVOST, J. PÉTRIN, A. GARIÉPY, devant la Commission permanente des institutions, lors des débats entourant l'avant-projet de loi. Commission permanente des institutions, *Journal des Débats*, Cahier n° 44, 6 février 2002, 15h00.

217. « Plus de neuf enfants sur dix qui ont un parent homosexuel en ce moment sont nés d'unions hétérosexuelles antérieures [...] ils vivent soit en famille monoparentale ou en famille reconstituée ». Propos de madame I. DEMCZUK de la Coalition québécoise pour la reconnaissance des conjoints et conjointes de même sexe, Commission permanente des institutions, *Journal des Débats*, Cahier n° 43, 5 février 2002, 11h10.

218. Voir par exemple, le témoignage de N. RICARD, le 5 février 2002, à 16h51, Commission permanente des institutions, *Journal des Débats*, Cahier n° 43, 5 février 2002, 11h10.

219. De nombreuses études sont consacrées à cette question. Voir notamment : M. MEULDERS-KLEIN (dir.), *Les recompositions familiales aujourd'hui*, Essais et Recherches, Nathan, 1993; I. THÉRY (dir.), *Recomposer une famille, des rôles et des sentiments*, Textuel, Paris, 1995; S. GRATALOUP, *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*, Bibliothèque de droit privé, tome 29, L.G.D.J., Paris, 1998, pp. 479 et s.; C. BERNARD, « Le statut juridique de la famille recomposée et l'intérêt de l'enfant », (1999) 33 *R.J.T.* 328-374; R. EDWARDS, V. GILLIES, J. RIBBENS MCCARTHY, « Biological Parents and Social Families : Legal Discourses and Everyday Understandings of the Position of Step-parents », (1999) 13 *Int. J. of L.P.&F.* 78; B. MOORE, « La notion de « parent psychologique » et le Code civil du Québec », (2001) 103 *Revue du Notariat* 115; D. RICHER, « Les enfants qui ne sont pas les miens », BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit de la famille* (1992), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 153; A. HARVISON YOUNG, « This Child Does Have Two (Or More) Fathers. Step-parents and Support Obligations », (2000) 45 *R.D.McGill* 108; *Chartier c. Chartier*, [1999] 1 R.C.S. 242. Pour une application récente (et plus restrictive) des principes de l'arrêt *Chartier* en droit québécois, voir V.A. c. S.F., [2001] R.J.Q. 36 (C.A.) et J.F. c. M.B., J.E. 2003-1514 (C.S.).

devoir²²⁰, et cela même dans les cas où le parent absent est décédé ou a abandonné sa famille. L'adoption de l'enfant par celui qui lui sert de parent²²¹ est la seule façon de combler ce vide juridique : elle a cependant l'inconvénient d'effacer tout lien de parenté entre l'enfant et sa famille d'origine²²², ce qui la plupart du temps n'est pas envisageable. En effet, dans les différentes études et témoignages, les mères « insistent sur le fait qu'il n'y a pas de substitution. Les enfants ont un père et leur compagne ne saurait prendre sa place. Les « belles-mères » ont le même discours que leur compagne sur ce point²²³ ».

Le droit hésite donc « à rendre possible [la] disjonction [entre les trois volets de la filiation — le biologique, le juridique et le social —] et à imaginer une autre famille que celle constituée de deux parents, pas un de plus, pas un de moins²²⁴ ». Lors des débats ayant entouré l'adoption de la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, on a pourtant prétendu régler les « situations difficiles vécues par des enfants vivant avec des conjoints de même sexe. [...] Le projet de loi fera en sorte que soit reconnue à tous les enfants une pleine égalité des droits tant juridiques que sociaux²²⁵ », déclarait le ministre de la Justice. On aurait donc pu croire, même si la question de la reconnaissance d'un statut juridique du beau-parent dépassait la problématique de l'homoparenté, que le législateur allait néanmoins s'y attaquer²²⁶. Il est vrai que le problème est

220. L'autorité parentale, l'obligation alimentaire et le droit de succession sont des conséquences de la filiation et le droit québécois ne dissocie pas cause et effets, parenté et parentalité. Le législateur reste donc indifférent au sort de ces enfants; il n'impose aucun devoir au beau-parent.

221. Articles 543, 544, 555 C.c.Q.

222. Article 577 C.c.Q.

223. M. GROSS, *op. cit.*, note 69, p. 66.

224. *Id.*, p. 55.

225. Déclaration du ministre de la Justice lors de l'adoption du principe du projet de loi 84, le 7 mai 2002, *Journal des Débats*, 10h30.

226. Et cela en dépit du fait que cette question n'était pas de celles auxquelles les « intervenants » attachaient de l'importance. En effet, il a toujours été clair, durant les débats, qu'on ne demandait pas au législateur d'intervenir dans cette situation. Ce n'était pas l'objectif principalement poursuivi : « [...] Le projet de loi ne remet pas en question la filiation des enfants nés d'une union hétérosexuelle antérieure. Ces enfants ont juridiquement un père et une mère, et cela demeurera ainsi même si le parent homosexuel vit avec un conjoint de même sexe en famille recom-

complexe et la solution difficile à élaborer et à intégrer dans le système de droit civil. Le Code civil québécois rattache en effet les droits parentaux à la fonction de parent et celle-ci, en principe, échoit aux père et mère de sang. Mais justement, la reconnaissance de l'homoparenté entraîne nécessairement une altération du concept de parenté et fragilise le montage traditionnel : il aurait été logique de profiter de la situation, d'assumer les conséquences de l'innovation et de compléter la réforme. Il demeure exact, néanmoins, que « faute de certitude quant à l'avenir »²²⁷ — car on ne sait pas si les pseudo-parents resteront longtemps dans l'entourage de l'enfant —, il n'est pas facile de reconnaître juridiquement « l'exercice de fait de fonctions de nature parentale »²²⁸. La démarche exige donc une réflexion approfondie²²⁹. Mais l'on peut déjà placer certaines balises. Une intervention législative exige d'abord une prise de conscience de la diversité des familles recomposées, tant au regard de leur origine, car elles n'ont pas toutes été précédées d'un divorce, que de la nature des liens qui unissent enfant et beau-parent. Il ne faut pas oublier non plus leur spécificité, ni leur caractère essentiellement évolutif : la relation entre un enfant et son beau-parent ne naît pas instantanément, mais se tisse au fil des jours, de façon plus ou moins consciente. Il est important aussi de réaliser que les droits des beaux-parents doivent être définis en fonction des intérêts de l'enfant et qu'ils doivent s'harmoniser à ceux des parents. Cela exige, d'une part, que l'on établisse entre ces multiples parents une certaine hiérarchie, et d'autre part, que l'on détermine les droits et les devoirs de

posée ». Propos d'Irène Demczuk, de la Coalition québécoise pour la reconnaissance des conjoints et conjointes de même sexe, *Journal des Débats*, Cahier n° 75, 15 mai 2002, 15h34. Voir aussi, par exemple, les propos de Pierre Valois, de la Table de concertation des lesbiennes et des gais du Québec, à 10h50, le même jour : « [...] quand nous disons : Il y a un copère ou une comère qui élève l'enfant et qu'il y aurait tout lieu de lui accorder les droits parentaux pour qu'enfin il puisse lui donner tous les services, donner toute la sécurité à l'enfant. Ce n'est que lorsqu'il n'y a pas quelqu'un qui occupe ce rôle-là, ça va de soi ».

227. F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *loc. cit.*, note 3, p. 63.

228. *Ibid.*

229. « Il est certainement important que puisse être officiellement reconnu l'engagement d'un couple homosexuel à l'égard d'un enfant dont il a la garde, par l'attribution d'une forme adaptée de tutelle, par exemple » : F.-R. OUELLETTE, *loc. cit.*, note 50, p. 168.

chacun. Il faut, par exemple, savoir accorder une place au beau-père ou à la belle-mère, tout en ne délogeant pas le père véritable qui doit continuer à assumer ses responsabilités. Il en est ainsi en droit néerlandais. Il n'hésite pas à attribuer l'autorité parentale au beau-parent, tout en respectant le plus possible les droits des parents par le sang²³⁰. De même, au Royaume-Uni, le *Children Act*, « fondé sur la « responsabilité parentale », donne au beau-parent qui s'occupe quotidiennement d'un enfant depuis deux ans des droits et des devoirs sans remettre en cause ceux des parents légaux²³¹ ». On doit enfin reconnaître que les droits des beaux-parents peuvent ne pas correspondre en tout point à ceux des parents : une certaine modulation est peut-être souhaitable. Il faut donc concevoir²³² un système original qui protégera les droits de chacun²³³.

La reconnaissance de la parenté homosexuelle a certes ébranlé l'ordre traditionnel de la parenté et de la filiation. Quelles que soient les critiques que l'on a pu formuler à propos de cette importante innovation, il faut néanmoins être réaliste. Il n'y a plus de recul possible. La logique juridique et surtout le respect dû aux enfants exigent donc maintenant que l'on poursuive la réforme dans une perspective plus globale et que l'on cesse « de rafistoler à l'aide de fictions juridiques plus ou moins bricolées un système qui ment sur les origines et qui ne représente pas la pluralité des configurations familiales contemporaines »²³⁴.

230. En effet, si l'enfant a un autre parent légal ou si le couple qui élève l'enfant vit en union de fait, l'exercice de l'autorité parentale ne reviendra pas de plein droit à la conjointe de la mère, par exemple, mais devra lui être attribué par le tribunal. Certaines exigences s'imposent alors; elles visent notamment à protéger les droits du parent légal non gardien. W. SCHRAMA, *loc. cit.*, note 74, pp. 291, 295 à 297; articles 1 : 253 et 1 : 282 C.c. néerlandais.

231. M. GROSS, *op. cit.*, note 69, p. 53.

232. « Il ne paraît plus guère possible de laisser la fonction de fait qu'assument certains adultes auprès d'un enfant sans un minimum de traduction juridique. Le plus difficile est sans doute de dessiner une institution viable [...] l'aménagement de l'autorité parentale, notamment au moyen de délégations est une piste possible. » : P. MURAT, *loc. cit.*, note 9, p. 67. Voir par exemple les propositions contenues dans le rapport français *Rénover le droit de la famille*, *supra*, note 3, p. 88. Voir aussi à ce sujet : S. PHILIPS-NOOTENS, C. LAVALLÉE, *loc. cit.*, note 5, pp. 349 et 350.

233. Pour un aperçu des pistes qu'offre le droit comparé, voir : H. BOSSE-PLATIERE, *loc. cit.*, note 48, p. 207.

234. M. GROSS, *op. cit.*, note 69, p. 117.

CONCLUSION

Cette réforme est, certes, une manifestation d'acceptation à l'égard d'un groupe ayant beaucoup souffert de discrimination²³⁵. De ce point de vue, l'objectif n'est en aucun point critiquable. Malheureusement, la désinvolture²³⁶ avec laquelle on a « bricolé » de nouvelles règles de filiation, laissant croire qu'il n'y avait là aucune « révolution²³⁷ » mais uniquement une volonté de défendre les intérêts des enfants, laisse songeur.

Si, comme on l'a prétendu, la réforme visait à protéger les enfants en dotant les couples homosexuels d'obligations et de droits parentaux, il faut avouer que la cible n'a pas été entièrement atteinte. On l'a dit, dans neuf cas sur dix²³⁸ la famille homosexuelle est une famille « reconstituée », formée à la suite d'une séparation. Le conjoint du père ou de la mère de l'enfant n'a alors, à l'égard de ce dernier, pas plus de droits aujourd'hui qu'il n'en avait hier. Enfin, comment croire à la protection des intérêts d'un enfant que l'on fait délibérément naître sans père et à qui l'on cache une partie de son identité?

235. « J'espère qu'avec la nouvelle institution qu'est l'union civile ces préjugés seront moins forts à l'égard des enfants et de leurs parents », déclarait le ministre de la Justice lors de l'adoption du projet de loi 84. *Journal des Débats*, Cahier n° 111, 6 juin 2002.

236. Il est intéressant de voir les suggestions de réforme qui sont proposées ailleurs. Par exemple, en France, l'Association des parents et futurs parents gais et lesbiens, qui a organisé de vastes conférences sur le sujet, propose une réforme, peut-être irréaliste, mais beaucoup plus complète, qui s'articule autour de trois axes : la garantie de l'exercice des responsabilités parentales, une filiation fondée sur une éthique de la responsabilité et la reconnaissance des familles multiparentales. L'APGL préconise notamment que les origines de l'enfant soient toujours mentionnées dans l'acte de naissance intégral des enfants. Pour les détails des propositions, voir : M. GROSS, *op. cit.*, note 69, pp. 104-109.

237. Voir les propos du député Gautrin, lors de l'adoption du projet de loi 84, le 6 juin 2002, à 15h00 : « Nous ne sommes pas en train de créer une révolution, nous ne sommes pas en train de changer quoi que ce soit d'important, nous protégeons ces enfants qui sont issus d'un projet de parentalité dans un couple homosexuel », *Journal des Débats*, Cahier n° 111, 6 juin 2002.

238. *Supra*, note 218.

On ne connaît pas encore les conséquences d'une telle filiation²³⁹; n'utilise-t-on pas l'enfant comme cobaye?

La réforme, certainement bien intentionnée, est à la fois aussi malhabile qu'inachevée. On a en effet à la fois innové, en osant consacrer un lien de filiation entre un enfant et des parents de même sexe, et imité, en conservant un ensemble de règles élaborées au fil du temps et destinées à un contexte différent. Ainsi, si le rejet de la multiparenté²⁴⁰ ou le secret des origines trouvent explication dès lors que l'on cherche à reproduire un modèle de parenté qui calque la nature, ces principes paraissent artificiels et contraires aux intérêts de l'enfant dans le contexte de l'homoparenté. On a donc inséré un élément étranger, la parenté par des personnes de même sexe, dans un échafaudage qui ne lui était pas destiné, tout en tentant d'en ajuster les éléments discordants.

Une plus grande logique juridique et un meilleur souci de protection de l'enfant exigent maintenant que l'on réfléchisse aux conséquences de cette réforme. D'après les études et témoignages de différents chercheurs, il semble en effet que ce n'est pas tant le fait de vivre avec des parents homosexuels qui met l'enfant à risque, qu'un montage juridique lui imposant la perte d'une partie de son identité²⁴¹. Il est donc

239. « Un enfant a besoin d'être désiré un tant soit peu pour lui, pas seulement pour colmater les souffrances, les frustrations ou les deuils non faits de ses parents. Le travail de deuil de la fertilité est au cœur de ces questions. Ne pas pouvoir transmettre la vie est une blessure existentielle très lourde; blessure qui nécessite un long temps et un long travail de deuil, étape essentielle dans toutes les histoires de stérilité de couple (les couples homosexuels comme les autres). On sait que les deuils non faits peuvent obérer, entraver le processus de devenir parent. On le voit notamment au cours de différents traitements, attentes ou embûches administratives qui, loin d'aider ces couples à faire le deuil de leur fertilité, amplifient souvent, au contraire, leur attente de réparation, et les confortent dans une revendication vis-à-vis de l'injustice dont ils se sentent victimes. Les couples homosexuels — que l'on peut qualifier de phénoménologiquement stériles — quelle que soit leur composition, méritent en ce sens aussi une approche humaniste qui puissent les aider à comprendre que la vie est une longue suite de deuils » : G. DELAISI DE PARSEVAL, *loc. cit.*, *supra*, note 40.

240. Voir à ce sujet : G. DELAISI DE PARSEVAL, *L'enfant à tout prix*, Seuil, Paris, 1984; *id.*, *Enfant de personne*, Odile Jacob, Paris, 1994; *id.*, *La part du père*, Seuil, Paris, 1998; et sa préface à E. DUBREUIL, *op. cit.*, note 1, pp. 19 à 27, ainsi que *loc. cit.*, note 40, p. 207. Voir aussi F.-R. OUELLETTE, *loc. cit.*, note 50, p. 153.

241. Voir notamment E. ROUDINESCO, *op. cit.*, note 66, pp. 238 et 239.

essentiel de « surveiller » cet enfant²⁴² et de procéder à toutes les évaluations nécessaires à d'éventuels ajustements.

Il faut de surcroît entreprendre une réflexion profonde sur les rapports de filiation et de parenté. Notre perception de la filiation « est [plus que jamais] tiraillée entre deux pôles [...] : une perception naturaliste fondée sur l'engendrement et le lien de sang²⁴³ » et une valorisation de plus en plus grande « des liens librement choisis²⁴⁴ » ; simple donnée biologique d'une part ; produit de la volonté des individus d'autre part²⁴⁵. En ce domaine, l'ambivalence est certainement inévitable ; il faut en être conscient. Le système de filiation que l'on construit²⁴⁶ doit

242. Comme le souligne G. DELAISI DE PARSEVAL : « Peu d'études ont été menées sur les familles artificielles, dans le domaine de l'insémination artificielle avec donneur -IAD- notamment, où cependant, les enfants les plus grands ont déjà eux-mêmes procréé. Il est essentiel de ne pas répéter, avec les familles homoparentales, l'erreur qui a été faite avec ces familles IAD : attendre vingt-cinq ans avant d'entreprendre des recherches, laisser perdre de vue ces familles, selon l'expression des épidémiologistes. Or, il est évident que l'on ne comprendra pas grand chose à ces histoires si on n'écoute pas d'abord ce qu'en disent les protagonistes ! Le destin des enfants nés ainsi n'est, en effet, pas simplement à analyser à travers une histoire factuelle (être né dans un contexte de coparentalité), mais dans ce qu'ils auront fait de cette histoire, de leur histoire. » : Préface à l'ouvrage d' E. DUBREUIL, *op. cit.*, note 1, pp. 11 et 12.

243. A. FINE, « Parenté : liens de sang et liens de cœur », dans *Familles, Permanence et Métamorphoses*, Éditions Sciences Humaines, PUF, Auxerre, 2002, p. 69, à la p. 75. Voir en droit québécois l'affaire A.P. c. L.D., [2001] R.J.Q. 16 (C.A.), l'article 535.1 C.c.Q., et aussi M.-F.B. c. R.R., J.E. 2003-1064 (C.S.) : « En matière d'établissement de la filiation, le critère premier demeure celui de l'intérêt de l'enfant, (l'article 33 C.c.Q.). Et l'ensemble des dispositions concernant la filiation possède un caractère d'ordre social. « Il y a un intérêt social à ce que l'enfant connaisse l'identité de son père », selon les mots de l'honorable juge L. MAILHOT, (*Droit de la famille — 1859*, [1993] R.D.F. 722). En ce sens, la réalité, dans la mesure du possible, ne doit pas être faussée. Ce sont là des critères que le tribunal doit considérer ». Voir aussi H.M. c. Z.Ma., [2003] R.J.Q. 18 (C.A.) où la Cour d'appel fait allusion au droit fondamental d'un enfant à l'établissement de sa filiation.

244. A. FINE, *ibid.*

245. *Ibid.*

246. Sur l'apport de l'anthropologie, voir F. HÉRITIER, *op. cit.*, note 5, pp. 216-217 : « Toutes les formules qu'on croit neuves ont déjà été expérimentées socialement parce qu'elles correspondent aux mêmes rêves archaïques. Elles sont donc possibles socialement parlant. Cependant, pour qu'elles fonctionnent comme des institutions, il faut qu'elles soient soutenues sans ambiguïté par la loi du groupe, qu'elles soient inscrites fermement dans la structure sociale et correspondent aux représentations locales de la personne et de l'identité ». Voir aussi du même auteur, « La cuisine de Jupiter », *L'Homme*, n° 94, 1985, cité dans N. JOURNET, « Serons-nous des pères australiens ? », *Familles, Permanences et Métamorphoses*, Éditions Sciences Humaines, PUF, Auxerre, 2002, p. 25 ; voir aussi F. HÉRITIER, *op. cit.*, note 10 ; S. LALLEMAND, « Familles recomposées : la loi et non l'exception », *Familles, Permanences et Métamorphoses*, Éditions Sciences Humaines, PUF, Auxerre, 2002, p. 11.

néanmoins permettre de fonder l'identité personnelle²⁴⁷ et de servir les intérêts de l'enfant. Si, en ayant le réel souci de préserver l'intérêt de l'enfant, on arrive à cerner l'essence du statut parental et si l'on accepte d'accorder une juste place à ceux qui, sans être les père et mère légaux, occupent une position particulière à l'égard de l'enfant et méritent donc un statut spécifique, l'impact de la réforme de 2002 aura alors dépassé ses objectifs premiers : la reconnaissance de l'homoparenté aura agi comme « révélateur »²⁴⁸. C'est ce que nous devons espérer... Il nous faut enfin savoir admettre, comme l'affirmait Claude Lévy-Strauss, que « les choix de société n'appartiennent pas au savant en tant que tel, mais — et lui-même en est un — au citoyen²⁴⁹ ».

Marie Pratte
Faculté de droit, Section de droit civil
Université d'Ottawa
57, Louis-Pasteur
OTTAWA (Ontario) K1N 6N5
Tél. : (613) 562-5800 poste 3235
Télec. : (613) 562-5121
Courriel: mpratte@uottawa.ca

247. « Il ne peut dépendre que d'un seul code reconnu de tous et que nul ne peut manipuler au gré de ses intérêts ou de ses sentiments » : *Id.*, référant à I. THÉRY, « Différence des sexes et différence des générations. L'institution familiale en déshérence », *Esprit*, n° 12, 1996.

248. I. THÉRY, « Différence de sexe, homosexualité et filiation », *Homoparentalité, état des lieux*, note 1, p. 129.

249. C. LÉVY-STRAUSS, extrait d'une lettre citée en entier dans E. FASSIN, « La voix de l'expertise et les silences de la science dans le débat démocratique », *Au-delà du PaCS*, note 59, p. 110. La question demeure... Le citoyen a-t-il réellement fait un tel choix?