

La filiation et la codification au Québec : une approche psychanalytique

Anne-Marie Savard

Volume 46, numéro 1-2, 2005

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043846ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043846ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Savard, A.-M. (2005). La filiation et la codification au Québec : une approche psychanalytique. *Les Cahiers de droit*, 46(1-2), 411–425.
<https://doi.org/10.7202/043846ar>

Résumé de l'article

Toutes les sociétés construisent un discours destiné à donner un sens à la réalité concrète de la reproduction humaine. En Occident, l'institution de la filiation est au cœur de ce discours, marqué par des racines romano-canoniques. Relativement immuable et plutôt fidèle à ses origines pendant plusieurs décennies, le droit de la filiation a subi d'énormes bouleversements depuis quelques années, particulièrement au Québec. Or, la littérature juridique qui s'est intéressée à ce phénomène a surtout appuyé ses analyses sur des fondements positivistes sans se pencher sur la nature et le rôle de la filiation dans la vaste entreprise de la « subjectivation » humaine. L'objet du présent article est donc d'apporter un éclairage nouveau à cette branche du droit, en la considérant sous un angle particulier et inusité, celui de l'approche psychanalytique du droit. D'abord, l'auteure expose cette approche telle qu'elle a été élaborée par le juriste et psychanalyste français Pierre Legendre. Ensuite, elle crée un rapprochement entre cette approche et le droit de la filiation, plus particulièrement dans son aspect de codification.

La filiation et la codification au Québec : une approche psychanalytique

Anne-Marie SAVARD*

Toutes les sociétés construisent un discours destiné à donner un sens à la réalité concrète de la reproduction humaine. En Occident, l'institution de la filiation est au cœur de ce discours, marqué par des racines romano-canoniques. Relativement immuable et plutôt fidèle à ses origines pendant plusieurs décennies, le droit de la filiation a subi d'énormes bouleversements depuis quelques années, particulièrement au Québec. Or, la littérature juridique qui s'est intéressée à ce phénomène a surtout appuyé ses analyses sur des fondements positivistes sans se pencher sur la nature et le rôle de la filiation dans la vaste entreprise de la « subjectivation » humaine. L'objet du présent article est donc d'apporter un éclairage nouveau à cette branche du droit, en la considérant sous un angle particulier et inusité, celui de l'approche psychanalytique du droit. D'abord, l'auteure expose cette approche telle qu'elle a été élaborée par le juriste et psychanalyste français Pierre Legendre. Ensuite, elle crée un rapprochement entre cette approche et le droit de la filiation, plus particulièrement dans son aspect de codification.

All societies build their own discursive constructs to give meaning to the down-to-earth reality of human reproduction. In Western societies, the institution of filiation lies at the very heart of this discourse and bears the marks of Romano-canonical roots. Relatively unchanging and somewhat faithful to its origins for many decades, the legal framework surrounding

* Étudiante au doctorat et chargée de cours, Faculté de droit, Université Laval.

filiation has undergone in the recent past enormous upheavals, particularly in Québec. Today, legal literature that has delved into this phenomenon has primarily founded its analyses on positivist grounds without examining the nature and the role of filiation in the vast undertaking of human "subjectivation". The objective of this paper is to cast new light on this area of the law by considering it from a specific and uncommon angle, namely a psychoanalytical approach to law. To begin, the author exposes this approach as it has been developed by the French legal scholar and psychoanalyst, Pierre Legendre. She then creates a link between this approach and the law of filiation, more specifically in its codification dimension.

	<i>Pages</i>
1 Qu'est-ce que l'approche psychanalytique du droit ?	413
1.1 La découverte de l'inconscient par Freud et ses répercussions dans le champ de la connaissance	413
1.2 La récupération de la psychanalyse par le droit	414
2 L'application de l'approche psychanalytique en matière de codification de la filiation	416
2.1 Le rôle de la filiation: instituer la vie ou <i>vitam instituere</i> , selon la formule romaine.....	416
2.2 Le point de rupture du rôle institutionnel joué par le droit de la filiation au Québec: la réforme du droit de la famille de 1981	419
Conclusion	424

Le droit de la filiation a subi d'énormes bouleversements au cours des dernières années, particulièrement au Québec. C'est ainsi que, en 1981, la distinction entre les filiations légitime et naturelle a été abolie, consacrant de cette façon l'égalité entre les enfants, peu importe les circonstances de leur naissance ou l'état civil de leurs géniteurs. Avec l'entrée en vigueur du nouveau *Code civil du Québec* en 1994, quelques dispositions relatives à la procréation médicalement assistée ont aussi touché cette branche du droit. Enfin, en juin 2002, le Parlement du Québec a adopté la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, ouvrant notam-

ment la voie à la filiation, tant celle « par le sang » que celle par « adoption », d'un enfant avec deux personnes de même sexe.

Malgré ces changements profonds dans la façon dont le droit « parle » de la nature et du rôle du lien filial, la littérature juridique a surtout abordé le thème du droit de la filiation sous des angles positivistes ou encore l'a intégré dans un discours social. L'objet de notre article est d'apporter un éclairage nouveau à cette branche du droit, et ce, en la considérant sous un angle particulier et inusité, celui de l'approche psychanalytique du droit.

Notre texte se divise en deux parties principales. Dans un premier temps, nous présentons brièvement l'approche psychanalytique du droit telle qu'elle a été élaborée par le juriste français Pierre Legendre, en nous attachant davantage aux aspects institutionnels sous-jacents aux postulats psychanalytiques. Dans un second temps, nous créons un rapprochement entre cette approche et le droit de la filiation, plus particulièrement dans son aspect de codification. À cette fin, nous verrons d'abord que le rôle du droit de la filiation selon l'approche psychanalytique est d'« instituer la vie ». Ensuite, toujours en fonction de cette approche, nous nous pencherons de façon plus précise sur l'évolution juridique du concept de filiation au sein du droit codifié québécois.

1 Qu'est-ce que l'approche psychanalytique du droit ?

1.1 La découverte de l'inconscient par Freud et ses répercussions dans le champ de la connaissance

Il est admis, par la communauté scientifique, que l'Autrichien Sigmund Freud (1856-1939) a véritablement fondé la psychanalyse vers la fin du XIX^e siècle¹. Ce que Freud a découvert par la pratique psychanalytique et qu'il a dévoilé dans les deux textes fondateurs de la psychanalyse, *Études sur l'hystérie* (1895) et *L'interprétation des rêves* (1900), c'est l'inconscient². Par sa mise en scène, note Marlène Maltais, Freud a « ouvert une brèche dans la réalité du monde telle qu'on la comprenait ; cette brèche a déchiré le rideau de la représentation objective ³ ». La psychanalyse a donc fait son œuvre grâce à l'ouverture sur l'inconscient et le désir.

-
1. P. MARSON, *25 livres clés de la psychanalyse*, Alleur, Marabout, 1994, p. 7.
 2. R. PERRON, *Histoire de la psychanalyse*, Paris, Presses universitaires de France, 1988, p. 40 (collection Que sais-je ?) ; M. MALTAIS, *Symbolique et ritualité chez le sujet de droit québécois*, mémoire de maîtrise, Québec, Faculté de théologie, Université Laval, 1985, p. 11.
 3. M. MALTAIS, *Institution et dogmaticité occidentale : la mythologie de la raison, jusque dans ses versions modernes*, thèse de doctorat, Québec, Faculté de droit, Université Laval, 1989, p. 8.

Cette découverte a été majeure en Occident parce que, jusque-là, aucun domaine de connaissance n'avait pris en considération l'inconscient comme un lieu produisant ses propres effets sur la «subjectivation» humaine ou, en d'autres termes, sur la façon dont se construit l'être humain. Vue sous cet angle, la psychanalyse est donc une psychologie des profondeurs, une méthode d'investigation de l'inconscient et du désir, elle est foncièrement une anthropologie, un «discours sur l'Homme⁴». Elle vient rappeler aux humains qu'ils ne peuvent désormais plus oublier leur condition première, la condition humaine, et que celle-ci est à la base de toutes leurs constructions pour se représenter le monde extérieur, c'est-à-dire le Réel.

1.2 La récupération de la psychanalyse par le droit

Freud avait pressenti, au début du xx^e siècle, que la psychanalyse ouvrait la voie à de nombreuses avenues et qu'elle pourrait servir, à condition de demeurer fidèle à ses fondements, à plusieurs disciplines autres qu'à elle-même. En effet, à cette époque, il écrit que «la psychanalyse est capable de jeter un éclairage sur les origines de nos grandes institutions culturelles, de la religion, de la moralité, du droit, de la philosophie⁵». C'est exactement, comme nous le verrons, ce que certains juristes commencent à découvrir à l'heure actuelle.

Toutefois, avant même d'intéresser le droit, la psychanalyse freudienne a fait un détour entre les mains de Jacques Lacan⁶, incontournable disciple de Freud. Selon Maltais, Lacan a donné une nouvelle impulsion au mouvement psychanalytique en lui évitant de sombrer dans l'éventail des psychothérapies, dans un «sous-freudisme confus⁷». La théorie lacanienne est complexe et notre objectif n'est pas ici d'exposer ses tenants et ses aboutissants⁸. Toutefois, il importe de mentionner que Lacan a ouvert la voie à une réflexion institutionnelle, voie qui sera d'ailleurs empruntée par Legendre, comme nous le verrons dans les prochaines lignes, par la

4. J. CHAZAUD, *Petit vocabulaire raisonné de la psychanalyse*, Toulouse, Éditions Privat, 1988, p. 18.

5. S. FREUD, «L'intérêt pour la psychanalyse», *Rivista di Scienza*, vol. 14, no 21, 1913, p. 240-250, cité dans M. MALTAIS, *op. cit.*, note 3, p. 39.

6. Ce psychiatre français (1901-1981) s'est illustré comme un esprit brillant et peu conformiste. Voir R. PERRON, *op. cit.*, note 2, p. 97.

7. M. MALTAIS, *op. cit.*, note 3, p. 15.

8. «Les «Écrits» représentent l'essentiel de l'enseignement oral que Lacan dispense pendant de nombreuses années»: P. MARSON, *op. cit.*, note 1, p. 316. Cet ouvrage de Marson présente un excellent résumé des *Écrits* de Lacan. Voir également R. PERRON, *op. cit.*, note 2, p. 97-98.

mise en évidence de l'importance du langage et de l'ordre symbolique dans la constitution de la subjectivité humaine.

Pour les juristes cherchant à créer un lien entre la psychanalyse et le droit, l'approche psychanalytique du droit se veut avant tout une approche critique du droit moderne. Ces juristes reprochent au droit sa méconnaissance de la dimension humaine et de l'inconscient dans les montages juridiques et s'opposent également à la conception objective et froide avec laquelle il est étudié⁹. Selon eux, l'apogée industrielle aurait réduit le droit à une simple technique « gestionnaire » au service la plupart du temps de l'économie ou encore de la techno-science, en faisant fi de ses bases anthropologiques et de ses fondements¹⁰. L'approche psychanalytique du droit constitue donc une critique du droit moderne, mais elle est également une manière très originale de porter un regard nouveau sur le champ de la normativité en situant l'inconscient et le désir au cœur des effets normatifs.

Legendre est reconnu, même par ses détracteurs¹¹, pour son mérite à soutenir avec passion un effort pour définir les rapports entre le droit et la psychanalyse. Il n'est certainement pas exagéré d'affirmer que Legendre, à la fois juriste et psychanalyste, est le père de l'approche psychanalytique du droit¹². Selon lui, la psychanalyse vient rappeler au droit que les élaborations scientifiques ou les constructions académiques, notamment les institutions occidentales telles que l'État, le Droit civil ou encore

-
9. M. MALTAIS, *op. cit.*, note 3, p. 41 ; P. GOODRICH et D.G. CARLSON, « Introduction », dans P. GOODRICH et D.G. CARLSON (dir.), *Law and the Postmodern Mind: Essays on Psychoanalysis and Jurisprudence*, Michigan, The University of Michigan Press, 1998, p. 1.
 10. Voir notamment P. LEGENDRE, « Les maîtres de la Loi : étude sur la fonction dogmatique en régime industriel », *Annales: économies, sociétés, civilisations*, vol. 38, 1983, p. 509.
 11. Voir M. TORT, *Le désir froid; procréation artificielle et crise des repères symboliques*, Paris, Éditions La Découverte, 1992, p. 51. Voir aussi D. de BÉCHILLON, « Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? Réflexions, à propos de la controverse Perruche, sur une figure contemporaine de la rhétorique universitaire », (2002) *Revue trimestrielle de droit civil* 47.
 12. Plus précisément, Pierre Legendre a été professeur de droit (agrégé de droit romain et d'histoire du droit) à l'Université de Paris I jusqu'en 2001 et directeur de l'École pratique des hautes études ainsi que du Laboratoire européen pour l'étude de la filiation. Il a produit une œuvre abondante sur les fondements du droit, le phénomène religieux, la filiation et la généalogie, les montages de l'État et du droit, en tenant compte de la découverte de l'inconscient par Freud comme d'un acquis de culture. Voir P. LEGENDRE, *La fabrique de l'homme occidental*, Turin, Éditions Arte (no 129), 1996, p. 49. Au Québec, il est surtout connu pour son ouvrage intitulé *Le crime du caporal Lortie; traité sur le Père* (Leçons VIII), Paris, Fayard, 1989, 186 p.

l'institution de la filiation, ne reposent pas sur des assertions rationnelles, mais, au contraire, sur des bases touchant l'inconscient et le désir. Ces institutions sont destinées, comme nous le constaterons, à orienter et à « civiliser » notre inconscient, de telle sorte que l'être humain puisse vivre et se reproduire et non sombrer dans la folie. Il s'agira donc d'entrevoir le droit comme un rempart, comme un discours créant de l'écart, de la séparation entre soi et sa propre image aussi bien qu'entre soi et les autres.

À la suite de cette brève présentation de l'approche psychanalytique du droit, il s'agit désormais de considérer de quelle manière cette approche est susceptible d'apporter un éclairage nouveau au rôle que joue le droit de la filiation dans la « subjectivation » humaine. La question que nous posons est la suivante : le concept de filiation se résume-t-il à n'être qu'un concept malléable au gré du désir des individus ou bien constitue-t-il avant tout un vecteur important dans l'entreprise de « fabrication » des êtres humains ?

2 L'application de l'approche psychanalytique en matière de codification de la filiation

2.1 Le rôle de la filiation : instituer la vie ou *vitam instituere*, selon la formule romaine

Pour répondre à la question posée, l'approche de Legendre sera particulièrement utile. Celui-ci part de l'hypothèse freudienne selon laquelle l'être humain naît à l'état brut, à l'état « sauvage », et que son désir tend toujours, par définition, vers sa satisfaction absolue. Toute société humaine, pour éviter la démence et le chaos, pour arracher l'être humain à son état de nature originel et le faire entrer dans le social, doit donc donner une orientation au désir et à l'inconscient. En d'autres termes, chaque société humaine, pour être viable et se reproduire, doit « civiliser » l'inconscient¹³.

13. Voir généralement : P. LEGENDRE, *L'inestimable objet de la transmission. Étude sur le principe généalogique en Occident* (Leçons IV), Paris, Fayard, 1985 ; P. LEGENDRE, *Le dossier occidental de la parenté : textes juridiques indésirables sur la généalogie* (Leçons IV suite), Paris, Fayard, 1988 ; P. LEGENDRE, *Les enfants du texte : étude sur la fonction parentale des États* (Leçons VI), Paris, Fayard, 1992. Voir, enfin, une excellente thèse de doctorat en anthropologie qui emprunte aux travaux de Legendre et sur laquelle nous reviendrons : É. HOUDE, *L'éponymie et l'adoption dans la tradition inuite du Nunavik : une mise en scène de l'altérité*, thèse de doctorat, Québec, Département d'anthropologie, Faculté des sciences sociales, Université Laval, 2003, p. 123 et suiv.

C'est précisément ce rôle que joue le *principe d'institutionnalité* ou, en termes legendriens, le principe d'altérité, de division ou de différenciation. Ce principe veut que toute société humaine, quelle qu'elle soit, construise culturellement une structure de montage en vue de démontrer à l'être humain que son désir doit être fini, limité, qu'il n'est pas un être tout-puissant et que, au contraire, il vient au monde déjà engagé dans des mécanismes lui indiquant sa place sur le plan généalogique, notamment les mécanismes de la filiation¹⁴. Ce faisant, le principe d'institutionnalité mobilise et oriente le désir et l'inconscient.

L'approche de Legendre accorde donc une place importante aux institutions dans l'entreprise de la «subjectivation» humaine, ce qui lui fait inlassablement répéter, à travers ses multiples *Leçons*, la formule romaine *vitam instituere*: «Il ne suffit pas de produire la chair humaine, encore faut-il l'instituer¹⁵.» Ce point est fondamental pour bien saisir le rôle institutionnel octroyé au droit de la filiation, selon l'éclairage psychanalytique. L'institution de la filiation, par sa position d'autorité, vient notifier au sujet, dès sa naissance, qu'il y a plus précieux que lui, qu'il n'est pas le Tout, que la société le précède toujours et qu'il ne peut ainsi s'autofonder. L'institution fait donc entrer le sujet dans ce que Legendre appelle la «dimension du manque».

Le principe d'institutionnalité peut prendre plusieurs formes, car ce n'est pas une donnée naturelle. Bien au contraire, comme nous l'avons déjà mentionné, chaque société est amenée à construire sa propre structure de montage et, d'abord, à créer un artifice, c'est-à-dire à mettre en place un «Dieu» ou un «Ancêtre», ce que Legendre nomme une «Référence absolue», «comme si» cette dernière n'était pas la société qui l'avait construite, «comme si» ce pouvoir existait vraiment par lui-même¹⁶. En

14. P. LEGENDRE, *Les enfants du texte : étude sur la fonction parentale des États*, op. cit., note 13, p. 19, 27, 49 et suiv., 86, 87 et 90. Voir aussi P. LEGENDRE, «Ce que nous appelons le droit. Entretien avec Pierre Legendre», (1993) 74 *Le Débat* 107.

15. Voir, entre autres, P. LEGENDRE, *L'instimable objet de la transmission. Étude sur le principe généalogique en Occident*, op. cit., note 13, p. 10 et A. PAPAGEORIOU-LEGENDRE, *Filiation ; fondement généalogique de la psychanalyse* (Leçons IV, suite 2), Paris, Fayard, 1990, p. 10.

16. Élisabeth Houde rappelle en effet que «le travail de représentation s'accompagne nécessairement de l'artifice, réalisé par l'entremise de leurres constructifs, c'est-à-dire «un leurre absolument vital» [l'expression est de P. LEGENDRE, loc. cit., note 10, p. 508], dans la mesure où un réglage social s'ensuit. Les enjeux structureaux de la reproduction exigent donc que tout système institutionnel parle à l'humanité «comme si» l'institution s'imposait comme le gardien des valeurs suprêmes de la société»: É. HOUDE, op. cit., note 13, p. 127.

Occident, c'est l'État qui, pour des raisons historiques¹⁷, a pris consistance totémique, c'est-à-dire qui a été promu comme l'instance tierce ou la «Référence absolue» qui possède le pouvoir de fonder les catégories normatives de la filiation ayant pour charge d'indiquer qui est qui par rapport à qui, en définitive de créer de la différenciation, là où tout n'est qu'indifférenciation. Vu sous cet angle, l'État apparaît donc comme une invention anthropologique de l'Occident.

L'incursion dans d'autres cultures permet de prendre du recul relativement à notre propre construction culturelle occidentale, en l'occurrence une construction rationaliste, et de mieux comprendre ces concepts. Par exemple, chez les Inuits du Nunavik, force est de constater que l'État n'occupe pas la position structurale de «Référence absolue». Toutefois, la structure du montage est la même et, dans ce cas, c'est plutôt la «tradition inuite», par l'intermédiaire de différents dispositifs normatifs, comme l'éponymie¹⁸ ou l'adoption, qui joue le rôle de l'instance tierce, c'est-à-dire qui prend en charge les êtres humains en leur notifiant qu'ils ne sont pas le Tout et qu'une instance supérieure a comme fonction de leur indiquer quelle place ils occupent sur le plan généalogique et quels sont leurs liens de filiation¹⁹.

En somme, l'approche psychanalytique du droit démontre que la production du sujet suppose que le lien de filiation soit élaboré comme un lien de pouvoir, dans un rapport avec une instance tierce, ici l'État, et médiatisé par le relais du Droit. Cette approche aide donc à comprendre toute l'importance du caractère institutionnel, pratiquement structural, de la filiation. Traditionnellement, ce caractère s'est manifesté, dans les pays de droit écrit, par l'établissement légal de la filiation, c'est-à-dire une mère et un père désignés par la loi et non autoproclamés par les individus.

17. Ce sont en effet des raisons liées à notre histoire romano-canonique et qui placent notre socle institutionnel au Moyen Âge, plus précisément à la fin du XI^e siècle et au début du XII^e siècle, au moment de la réappropriation du droit romain par les scolastiques, qui expliquent ce phénomène. L'objet de notre article ne nous permet pas de détailler davantage ce point de droit médiéval, mais il importe de retenir que le monde occidental de tradition ouest-européenne demeure prisonnier de sa propre construction culturelle, datant du Moyen Âge, à savoir l'État comme garant du discours des filiations. Pour approfondir ces notions, voir: M. MALTAIS, *op. cit.*, note 3; P. LEGENDRE, *Les enfants du texte: étude sur la fonction parentale des États*, *op. cit.*, note 13, p. 110 et suiv.

18. «L'éponymie est l'acte d'attribuer le nom d'une personne adulte vivante ou défunte, cette dernière devenant l'éponyme de l'enfant»: É. HOUDE, *op. cit.*, note 13, p. 38.

19. Pour une étude détaillée de ce montage culturel chez les Inuits du Nunavik, voir: É. HOUDE, *op. cit.*, note 13.

Dans les prochaines lignes, nous démontrerons que le rôle institutionnel joué par le droit de la filiation, ce rôle de premier plan dans l'entreprise de « subjectivation » humaine, tend à s'estomper de plus en plus au Québec, principalement depuis la réforme du droit de la famille de 1981²⁰, et ce, au profit d'une conception de la filiation axée quasi exclusivement sur la volonté et le désir des individus.

2.2 Le point de rupture du rôle institutionnel joué par le droit de la filiation au Québec : la réforme du droit de la famille de 1981

Avant 1981, le premier article du *Code civil du Bas Canada* qui traitait de la question de la filiation se lisait de la façon suivante : « L'enfant conçu pendant le mariage est légitime et a pour père le mari ²¹. » Cet article n'avait pas changé depuis l'adoption du *Code civil du Bas Canada* en 1866 qui s'était inspiré du Code Napoléon, lui-même reprenant à son compte la vieille règle issue du droit romain, la présomption de paternité²².

Ainsi, avant 1981, un enfant qui naissait dans le cadre du mariage, ce qui constituait encore la majorité des cas, avait automatiquement pour père le mari de sa mère. Sa filiation était légalement établie. Dans une perspective psychanalytique, l'établissement légal de la filiation démontrait à l'enfant qu'il n'était pas tout-puissant, qu'il ne pouvait pas s'« autofonder » et que ce jeu de la nomination légale ne se jouait pas à deux parties, ses parents et lui, mais à trois, avec l'instance tierce, la « Référence absolue », c'est-à-dire l'État. C'est donc d'un ordre ternaire et non binaire qu'il était question en matière de filiation québécoise avant 1981. Cette situation était

20. La *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39, est entrée en vigueur en 1981 et a profondément transformé le droit de la famille québécois, notamment les règles relatives à la filiation, l'objectif étant alors d'adapter le droit aux nouvelles réalités familiales québécoises de l'époque. Pour une analyse globale des modifications juridiques apportées, voir : P.-A. CRÉPEAU, « Les lendemains de la réforme du Code civil du Québec », (1981) 59 *R. du B. can.* 625 ; M.J. LONGTIN, « Les lignes de force de la Loi 89 instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille », (1981) 22 *C. de D.* 297.

21. Art. 218, al. 1, *Code civil du Bas Canada*, 1866.

22. Pour une étude sur les sources de cette règle de droit romain, lire A. LEFEBVRE-TAILLARD, « *Pater is est quem nuptiae demonstrant*. Jalons pour une histoire de la présomption de paternité », dans R. GANGHOFER (dir.), *Le droit de la famille en Europe : son évolution depuis l'Antiquité jusqu'à nos jours*, Actes des journées internationales d'histoire du droit, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 1992, p. 393, tandis que pour une étude générale sur la filiation à travers l'histoire, depuis ses racines romaines, lire, A. LEFEBVRE-TAILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris, PUF, 1996, p. 231 et suiv.

la règle malgré les exceptions, notamment le cas des enfants naturels. Nous y reviendrons.

En 1981, tout a changé au Québec avec l'adoption de la *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*²³. À l'époque, la communauté juridique a peut-être sous-estimé l'ampleur des changements apportés au Code civil en matière de filiation. À notre avis, une véritable mutation s'est produite à ce moment précis, sur le plan institutionnel du moins.

La transformation fondamentale peut sembler banale en apparence, mais elle est au contraire chargée de signification symbolique. Il s'agit précisément du retrait de l'établissement légal de la filiation, ayant comme corollaire un affaiblissement important de la règle de la présomption de paternité. Désormais, la première section du chapitre portant sur la filiation par le sang dans le nouveau *Code civil du Québec* ne traite en effet que des preuves de la filiation, en faisant de l'acte de naissance le moyen de preuve par excellence de ce lien de filiation²⁴. La présomption de paternité, quant à elle, a été préservée, mais a considérablement changé de nature à cette époque. En effet, alors que, autrefois, c'était une règle de fond et encore davantage une règle ayant une valeur symbolique, une valeur institutionnelle, en 1981, elle n'est devenue qu'un simple mode de preuve.

Il faut, bien sûr, replacer ces transformations dans leur contexte. L'Office de révision du Code civil (ORCC) s'était vu confier la mission, en 1955, d'adapter le Code civil aux exigences sociopolitiques de l'époque²⁵. Plusieurs années plus tard, l'ORCC avait d'abord proposé, dans son projet de code civil, une première section portant sur la filiation et s'intitulant «De l'établissement de la filiation», mettant en premier plan la présomption de paternité pour les couples mariés et l'élargissant même aux unions de fait, l'objectif étant d'adapter le concept de filiation aux mœurs de

23. *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, précitée, note 20.

24. En 1981, il s'agissait des articles 572 et suivants du nouveau *Code civil du Québec* (dont seul le livre deuxième sur la famille était entré en vigueur). Depuis l'entrée en vigueur de l'entiereté du Code civil, en 1994, ce sont les articles 523 et suivants qui traitent de la filiation.

25. Sur le contexte général de l'entreprise de réforme du droit civil québécois à l'époque, le lecteur pourra consulter avec intérêt les articles suivants : J.-L. BAUDOIN, «Le Code civil québécois : crise de croissance ou crise de vieillesse», (1966) 44 *R. du B. can.* 391 ; L. BAUDOIN, «De certaines réformes nécessaires du droit québécois», (1968) 2 *Ottawa Law Review*, 363. Plus particulièrement sur le droit familial, voir P.-A. CRÉPEAU, «Le droit familial du Québec : réalités nouvelles et perspectives d'avenir», (1973) 51 *R. du B. can.* 169.

l'époque²⁶. Dans l'esprit de l'ORCC, la filiation conservait ainsi un caractère institutionnel, celle-ci ne pouvant être établie par d'autres moyens que dans le seul cas où la présomption de paternité ne jouait pas.

Toutefois, ces recommandations de l'ORCC n'ont pas été retenues par le législateur de l'époque²⁷. Ce dernier a justifié le retrait de l'établissement légal de la filiation et, d'un même souffle, la disparition institutionnelle de la présomption de paternité par les deux objectifs à atteindre en cette matière, d'abord l'égalité juridique des enfants²⁸ et ensuite une plus grande conformité entre la filiation juridique et la filiation biologique²⁹. Le premier objectif était fort louable et même impérieusement nécessaire. Toutefois, à l'instar d'autres auteurs, nous nous demandons s'il n'aurait pas été possible d'arriver aux mêmes fins en utilisant d'autres moyens³⁰, comme l'élargissement des possibilités de contestation d'une présomption de paternité qui ne serait pas conforme à la réalité. Quant au second objectif, celui de la conformité entre la filiation biologique et la filiation juridique, il peut laisser songeur puisque, comme le souligne Marie Pratte, «[on] a oublié cependant que la présomption de paternité avait pour fondement la vérité biologique. Dans la majorité des cas, l'enfant né d'une femme mariée a pour père le mari de sa mère. Cette présomption ne va donc pas à l'encontre de la vérité, au contraire, elle y est habituellement conforme³¹.» Dans le même élan, dans quelle mesure la primauté accordée au titre, donc à une forme de reconnaissance légale de paternité, rendra-t-elle plus conforme la filiation juridique à la réalité biologique? Cette recherche de «vérité

26. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec, Projet de code civil*, Québec, Éditeur officiel, 1977, art. 266 et suiv.

27. Le législateur a en effet transformé le plan du chapitre portant sur la filiation, n'a pas conservé les distinctions entre l'établissement et la preuve de la filiation et a modifié l'ordre des articles en conséquence. M. PRATTE, «La présomption de paternité: complice ou rivale de l'acte de naissance», (1986) 17 *R.G.D.* 685, 692.

28. Est-il utile de rappeler que le *Code civil du Bas Canada* créait différentes catégories d'enfants, légitimes, naturels, adultérins et incestueux, tous n'ayant pas les mêmes droits, en ce qui a trait aux aliments et à la succession, par exemple, et ce, pour protéger la famille légitime, c'est-à-dire celle qui est issue du mariage?

29. M. PRATTE, «Les nouvelles règles relatives à la filiation», (1982) 13 *R.G.D.* 159.

30. Selon Jean Pineau, il aurait été possible de «concevoir des règles de preuve différentes selon que l'enfant est né dans le mariage et en dehors du mariage, tout en accordant à ces deux catégories d'enfants les mêmes droits et obligations»: J. PINEAU, «Les preuves de la filiation», conférence inédite présentée en mai 1981 lors du Colloque sur le droit de la famille, Université Laval, Québec, citée dans M. PRATTE, *loc. cit.*, note 29, p. 165, elle-même reconnaissant que le législateur avait confondu les effets de la filiation et les modes d'établissement de celle-ci, s'agissant de deux questions distinctes.

31. M. PRATTE, *loc. cit.*, note 27, 701.

biologique» ne va-t-elle pas à contre-courant de filiations « fictives » de plus en plus répandues comme la filiation adoptive ou la filiation d'enfants issus d'une procréation médicalement assistée? La filiation n'a-t-elle pas été de tous les temps une construction de discours cherchant non pas à calquer sa vérité sur la réalité de la chair humaine mais plutôt à donner un sens à cette réalité, une valeur symbolique? Malgré ces quelques questions intéressantes, qui dépassent malheureusement le contexte de notre article, le véritable problème se situe à un autre niveau. Ce problème concerne avant tout la disparition institutionnelle de la filiation. La présomption de paternité a été évacuée sans être remplacée par un concept structural équivalent et ayant une valeur « subjectivante » pour l'être humain. Certes, d'aucuns rétorqueront que la présomption de paternité ne s'appliquait pas, de toute façon, dans tous les cas, mais, sur le plan symbolique, la loi, le Code civil, était de la partie en matière d'établissement de la filiation.

En somme, il importe de retenir que, à la différence des années antérieures à 1981, l'enfant qui naît dans le cadre du mariage depuis l'adoption de la *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*³² ne possède pas de filiation légalement établie, mais une filiation qui ne peut être que prouvée. Il s'agit d'une nuance extrêmement importante. À partir de ce moment, le *Code civil du Québec* ne dit plus qui est un père aux yeux de la loi, mais simplement comment il est possible de le prouver. Le législateur a alors remis entre les mains des individus une latitude bien plus grande dans la création des liens de filiation.

Dans une perspective psychanalytique du droit et des développements dont nous avons fait état, notamment le rôle de l'instance tierce, de la « Référence absolue » et de l'importance pour les individus de ne pas s'autofonder, les changements législatifs de 1981 constituent un séisme, c'est-à-dire l'entrée du lien filial dans une perspective binaire où il n'est plus que l'effet de la volonté des individus. Cela nous place devant un phénomène que Legendre nomme la « dé-Référence », où le sujet est affranchi du principe d'institutionnalité, où il n'a plus de lien avec la « Référence absolue ». À cet égard, Jacques Commaille donne une excellente définition du nouveau concept de filiation :

La filiation ne serait plus ce symbole au principe de la structuration sociale autant que personnelle, cet acte réel et symbolique posant tout autant la société que l'individu et, à juste titre, justifiant une mobilisation extrême des forces sociales pour en garantir les formes et les conditions ; elle serait dorénavant exposée au prétexte de

32. *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, précitée, note 20.

marchandages politiques ou corporatistes, de négociations susceptibles d'aboutir à des compromis, sinon à des compromissions³³.

Ce changement de vocation de la filiation, cette mutation importante du début des années 80 au Québec a évidemment emporté dans son sillage des changements législatifs, ce qui a octroyé toujours plus de marge de manœuvre aux individus dans ce domaine. À titre d'illustration, des modifications apportées à l'article 130 du *Code civil du Québec* en 1999 donnent désormais une voix au chapitre en matière de filiation à la mère d'un enfant et à l'enfant lui-même, s'il est âgé de plus de 14 ans, dans le cas d'une déclaration tardive de filiation au Directeur de l'état civil, par exemple de la part du père qui ne l'aurait pas fait dans les délais légaux³⁴. Cet exemple démontre que la filiation tend de plus en plus à devenir un concept qui se négocie entre les parties visées, le père, la mère et l'enfant, ce qui pourrait donner lieu à certaines « filiations préfabriquées », ne reposant sur aucun fondement telle une réalité biologique ou une possession d'état.

Un second exemple législatif, l'article 538.2, a été intégré au *Code civil du Québec* en juin 2002, lors de l'adoption de la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*³⁵. Cet article s'insère dans le chapitre concernant la filiation des enfants nés d'une procréation assistée et reprend d'abord le principe selon lequel aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur de l'apport de forces génétiques et l'enfant qui en est issu, par exemple dans le cas d'une insémination avec donneur. Toutefois, le second alinéa comporte une exception particulière prévoyant la possibilité de ce que certains auteurs ont qualifié de « procréation amicalement assistée », c'est-à-dire lorsque « l'apport de forces génétiques se fait par relation sexuelle³⁶ ». Dans ce cas particulier, par exemple si un couple de

33. J. COMMAILLE, « Une régulation juridico-politique du « privé » à la recherche politique d'un nouveau modèle démocratique », dans L. ASSIER-ANDRIEU et J. COMMAILLE (dir.), *Politique des lois en Europe ; la filiation comme modèle de comparaison*, Paris, L.G.D.J., 1995, p. 181.

34. Cela doit se faire normalement dans un délai de 30 jours suivant la naissance, selon l'article 113 du *Code civil du Québec*.

35. *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, c. 6. Outre la mise en place d'une nouvelle institution, c'est-à-dire l'union civile, cette loi a également créé un nouveau type de filiation, soit, d'une part, la filiation entre deux personnes de même sexe et un enfant, par la voie de l'adoption, et, d'autre part, à la suite d'une procréation médicalement assistée, dans le cas de deux femmes. Toutefois, bien que ce changement soit tout à fait exceptionnel et qu'il tranche avec le mode de filiation traditionnel occidental (celui d'une filiation « bisexuée »), le nouveau type de filiation ne sera pas discuté dans notre article puisqu'il demeure le résultat d'un choix législatif, et non d'un choix laissé entre les mains des individus. Il s'agit donc d'un tout autre débat.

36. Ce sont les termes employés dans le *Code civil du Québec*, art. 538.2, al. 2.

deux femmes fait appel à un « ami » pour l'aider à réaliser son propre projet parental, un lien de filiation pourra être créé entre cet « ami » et l'enfant pendant la première année suivant la naissance³⁷. L'enfant aura alors, dans ce cas, un père et une mère, si l'« ami » le décide dans le délai imparti, ou encore deux mères. La filiation devient encore une fois une question de volonté, une question de choix.

C'est de ce genre de nouveaux phénomènes, c'est-à-dire les articles 130 et 538.2 du *Code civil du Québec*, que s'indigne Legendre lorsqu'il écrit ces lignes :

Le contractualisme généralisé diffuse non seulement un mode d'organisation de marché, mais aussi une idéalisation du « volo », du « je veux » juridique, mais rabattu vers l'individu prétendu sujet-roi, dans des conditions où le rapport généalogique à la Référence absolue tend à être dénié, chaque individu se trouvant poussé, par un non-dit social, à prétendre être la Référence, c'est-à-dire à se mettre en position politique souveraine et toute-puissante³⁸.

Conclusion

Nous concluons cet article en formulant un souhait, celui d'avoir humblement contribué, à l'aide de l'approche psychanalytique et institutionnelle du droit, à apporter un regard nouveau et original sur le concept de filiation. Alors que dans la littérature québécoise la filiation est envisagée surtout d'un point de vue positiviste, particulièrement depuis la Révolution tranquille des années 60, nous espérons simplement avoir ouvert, ne serait-ce qu'une brèche, dans la conception du lien filial.

L'idée n'est en aucun cas de prétendre que le discours de la filiation est immuable et ne peut évoluer. Au contraire, selon l'approche que nous empruntons, l'ordre institutionnel peut accepter des changements, mais seulement dans la mesure où le discours substitué a une certaine valeur mythologique équivalente. C'est là où nous remettons en question les changements législatifs des dernières années en matière de filiation au Québec. C'est aussi pourquoi nous estimons essentiel de comprendre et de concevoir les constructions normatives classiques de la reproduction liées aux phénomènes de la pensée ou aux phénomènes inconscients, et donc de réapprendre à considérer une règle technique concrète, telle la présomption de paternité, comme étant davantage qu'une règle archaïque et dépassée

37. *Ibid.*

38. P. LEGENDRE, *L'inestimable objet de la transmission. Étude sur le principe généalogique en Occident*, op. cit., note 13, p. 359.

mais plutôt comme une manœuvre fondatrice du «vivant parlant³⁹», du moins dans le discours mythologique de l'Occident. C'est, à notre avis, dans une telle perspective qu'il est possible de mieux saisir toute l'ampleur du phénomène de la filiation, c'est-à-dire une construction de discours et d'images, une catégorie logique destinée à figurer le fait universel du refus de toute-puissance à tout individu. Il s'agit, enfin, d'un phénomène qui ne peut, à notre point de vue, être laissé entre les mains des individus qui en feraient ce qu'ils en voudraient bien.

Nous terminons par ces propos des auteurs Commaille et Martin résumant très bien, à notre avis, l'enjeu principal en matière de filiation : «La genèse du social réside précisément dans la façon dont les individus se voient ou non instituer leurs liens, à commencer par celui de la filiation, à partir de leur univers privé, quelle que soit la forme que prend ce dernier⁴⁰.»

39. L'expression est de Legendre.

40. J. COMMAILLE et C. MARTIN, *Les enjeux politiques de la famille*, Paris, Éditions Bayard, 1998, p. 275.