

Parenté, parentalité et filiation. Des questions cruciales pour l'avenir de nos enfants et de nos sociétés

Renée Joyal

Professeure associée, Faculté de science politique et de droit
Université du Québec à Montréal (Canada)
joyal.renee@uqam.ca

Résumé

L'apparition récente de situations familiales inédites et de demandes de reconnaissance associées à ces situations entraîne un réexamen des notions de parenté, de parentalité et de filiation. Qu'est-ce que la filiation? Quel en est le sens? Et la parenté, en quoi diffère-t-elle de la filiation? Quant à la parentalité, comment la situer au regard de la parenté et de la filiation? Le présent texte¹ examine ces questions du point de vue des enfants. Il brosse un tableau des réalités et des courants de pensée qui ont cours à ce sujet dans le monde occidental, en accordant une attention particulière à la situation canadienne.

Abstract

The recent emergence of unusual family situations and calls for their recognition entails a re-evaluation of the concepts of parent, parenthood and filiation. What is filiation? What meaning should it hold? And how does "parent" differ from "filiation"? As for parenthood, how does that fit in with the notions of "parent" and "filiation"? The present text considers these questions from the child's standpoint. It provides a picture of the realities and tendencies that are attached to the subject in the western world, and more particularly in Canada.*

¹ Ce texte se situe dans le prolongement d'une étude réalisée à la demande de la Family Service Association of Metropolitan Toronto à l'automne 2005.

Nouvelles réalités, questionnements inédits

Avec l'apparition de situations familiales inédites et de nouvelles demandes de reconnaissance sociale et légale de la part des personnes en cause, il est devenu indispensable de revoir et d'approfondir les notions de parenté, de parentalité et de filiation. Comment se crée le lien de filiation? Quel en est le sens? Et la parenté, en quoi diffère-t-elle de la filiation et comment y est-elle reliée? Quels sont les effets de ces deux liens? Comment se sont-ils façonnés au fil de l'histoire? Quant à la parentalité, terme relativement nouveau apparu à la faveur de changements récents dans l'univers familial, quelles en sont la signification et la portée? Comment situer la parentalité au regard de la parenté et de la filiation?

Ces questionnements sont en lien direct avec la précarité des liens conjugaux, l'apparition de nouvelles technologies et le développement de l'idéologie des droits qui marquent la fin du XXe et le début du XXIe siècle. D'abord, depuis quelques décennies, l'augmentation fulgurante des taux de divorce et de séparation a donné lieu, dans le cas où le couple initial avait des enfants, à ce que l'on a appelé des « recompositions » ou des « reconstitutions » familiales. Un nouveau conjoint ou une nouvelle conjointe apparaît dans la vie de l'un des parents, voire des deux parents, et joue un rôle parfois actif dans la prise en charge et l'éducation des enfants de l'autre. Ces nouveaux conjoints, surtout s'ils s'engagent dans une relation significative avec ces enfants et qu'ils assument à leur égard des responsabilités importantes et continues, sont souvent en quête d'un statut légal vis-à-vis de ceux-ci.

Ces familles recomposées peuvent être hétérosexuelles ou homosexuelles. Il arrive qu'après un divorce ou une séparation, l'un des conjoints se tourne vers une compagne ou un compagnon de même sexe. Par ailleurs, des couples de gais ou de lesbiennes, ou encore des hommes ou des femmes seuls forment d'eux-mêmes le projet d'élever un enfant comme le leur. Dans le cas d'hommes, ce projet prend le plus souvent la forme d'une adoption, puisque, pour le moment, plusieurs systèmes législatifs interdisent ou limitent le recours aux mères porteuses. Pour ce qui est des femmes, elles ont accès à l'adoption, mais, depuis peu également, à la procréation assistée, moyen accessible déjà depuis quelques décennies aux couples hétérosexuels souffrant d'infertilité. Nous examinerons les divers aspects de ces questions plus loin.

Ces phénomènes nouveaux et les demandes qu'ils suscitent reposent donc les questions cruciales de la paternité et de la maternité, des fondements de la filiation, de la parenté et des responsabilités parentales, ainsi que de la stabilité du cadre social et juridique entourant ces questions. Le présent texte examine ces phénomènes récents à la lumière des droits et de l'intérêt des enfants. Il rend compte, autant que faire se peut, des réalités, des courants de pensée et des normes juridiques² qui existent à cet égard en Amérique du Nord et dans certains pays d'Europe occidentale et porte une attention particulière à la situation québécoise et canadienne.

Les notions de filiation, de parenté et de parentalité : arrière-fond historique et anthropologique, définitions

En droit, la filiation est définie traditionnellement comme le lien juridique qui unit l'enfant à sa mère et à son père. Ce lien revêt une importance considérable, puisqu'il constitue, avec l'appartenance sexuelle, l'un des éléments fondateurs de l'identité d'une

² Ces normes ont évolué et continuent d'évoluer rapidement. Il est difficile de les regrouper ou de les comparer, en raison des particularités nationales. Nous espérons en donner un aperçu aussi précis que possible compte tenu du format de ce texte.

personne. La filiation introduit également l'enfant dans un espace généalogique, celui de ses ascendants paternels et maternels. C'est donc par l'intermédiaire de sa mère et de son père que l'enfant se rattache à l'espèce humaine, qu'il y trouve sa place et qu'il s'inscrit dans une continuité qui donne sens à sa vie (Legendre, 1985, p. 10). Les anthropologues distinguent quatre systèmes de filiation principaux. Il y a des systèmes unilinéaires où l'enfant entre soit dans le groupe de son père soit dans celui de sa mère, et des systèmes bilinéaires où l'enfant entre dans les deux groupes selon des modalités qui peuvent varier. Le système qui domine actuellement en Occident est dit « cognatique » ou « indifférencié ». Il s'agit d'un système bilinéaire où l'enfant est rattaché à ses deux parents, ses droits étant les mêmes par rapport à ceux-ci et à l'ensemble de ses ascendants paternels et maternels (Tahon, 2004, p. 43).

À côté de cette filiation par le sang existent aussi la filiation par adoption et la filiation découlant d'une procréation assistée. Même si ces formes de filiation n'ont pas la même portée symbolique que la filiation par le sang, elles produisent les mêmes effets juridiques que celle-ci, ou une partie de ces effets en fonction des systèmes juridiques considérés. Ces effets prennent essentiellement la forme des droits et des responsabilités des parents à l'égard de leurs enfants : exercice de l'autorité parentale (garde, surveillance et éducation) et obligation d'entretien (aliments, formation). On peut penser aussi à des obligations alimentaires réciproques, une fois l'enfant devenu adulte, et à des droits de succession. Les différences qui ont existé à cet égard en Europe occidentale (Meulders-Klein, 1988, p. 667) ou en Amérique du Nord (Poirier, 1998, p. 34) entre enfants légitimes (nés dans le mariage) et enfants illégitimes (nés hors mariage) sont aujourd'hui disparues ou tendent à disparaître.

La parenté, du point de vue du droit, se définit comme le lien juridique existant entre personnes qui descendent l'une de l'autre ou qui descendent d'un auteur commun : père, mère et enfants, grands-parents et petits-enfants, frères et sœurs, cousins et cousines, oncles et tantes, neveux et nièces. Il s'agit donc de la famille au sens large, qui regroupe plusieurs familles nucléaires; et c'est par la filiation que l'enfant trouve sa place dans cet ensemble. La parenté produit certains effets juridiques, variables selon les systèmes considérés : généralement il s'agit d'interdictions de mariage, d'obligations alimentaires entre proches parents et de droits successoraux. À cet égard comme à celui de la filiation, les enfants du monde occidental actuel, qu'ils soient nés dans le mariage ou hors mariage, se voient le plus souvent reconnaître les mêmes droits et obligations.

La parentalité, quant à elle, est un terme relativement récent, utilisé en marge du droit, et désignant le fait que des personnes autres que leurs parents légaux assument ou partagent la responsabilité quotidienne d'enfants, par exemple, le nouveau conjoint ou la nouvelle conjointe du père ou de la mère d'un enfant. Autrement dit, ces personnes jouent le rôle de parents sans que leur apport soit reconnu légalement. Par extension on parle aussi de parentalité pour désigner la prise en charge quotidienne des enfants par leurs parents légalement reconnus. À l'égard de ceux-ci, la parentalité renvoie aux droits et obligations qui découlent de la filiation. Récemment, certains groupes, notamment de gais et de lesbiennes, ont appuyé leurs revendications en matière de filiation sur les liens de « parentalité » existant entre eux et les enfants de leurs conjoints ou conjointes. Inversion des effets et de la cause, peut-on penser. Nous y reviendrons.

Les notions de parenté et de filiation se perdent dans la nuit des temps. Elles se sont forgées petit à petit, se nourrissant de l'expérience humaine et du sens que les sociétés ont voulu lui donner. La filiation, « construction » aux sens sociologique et anthropologique du terme, repose sur le fait biologique de la rencontre sexuelle de

l'homme et de la femme comme préalable nécessaire à la survenance d'une progéniture. La différence des sexes y joue donc un rôle essentiel, introduisant, sur le plan symbolique, l'idée d'altérité, d'Autre sexuel, cet Autre étant garant d'un échange appelé à faire apparaître une nouvelle vie et à contribuer, de ce fait, à la suite du monde (Legendre, 1985; Legendre et Papageorgiou-Legendre, 1990). De ce point de vue, la filiation est une institution généalogique sur laquelle a été calquée cette institution de remplacement qu'est l'adoption dans son acception moderne (XIX^e et XX^e siècles). Il en a été ainsi de la procréation assistée à ses débuts. Actuellement toutefois, tant l'adoption que la procréation assistée sont revendiquées par des personnes seules et des couples de même sexe, ce qui remet en cause les fondements anthropologiques de la filiation, plus précisément son caractère généalogique.

La prise en charge d'enfants par des personnes autres que leurs parents biologiques ou adoptifs : une longue histoire aux rebondissements inattendus

La prise en charge d'enfants par des personnes autres que leurs parents biologiques ou adoptifs n'est pas un phénomène récent, bien qu'il ait pris ces dernières décennies des formes nouvelles.

Avant les transformations sociales majeures survenues durant les dernières décennies du XX^e siècle, il y avait aussi de nombreuses ruptures familiales, causées cependant par d'autres facteurs que ceux qui prévalent actuellement. La mort prématurée de l'un des parents (les ravages de la tuberculose et les taux élevés de mortalité des femmes lors de l'accouchement évoquent encore des souvenirs douloureux) n'était pas un événement rare. On pense aussi à l'abandon ou à la désertion d'un parent, le plus souvent le père, à cause de facteurs personnels ou économiques. Des enfants se retrouvaient parfois complètement orphelins ou sans secours en raison de la combinaison de divers événements malheureux. Ces enfants pouvaient alors être confiés à des proches parents, voire à des amis ou à des voisins, qui agissaient comme familles d'accueil; l'enfant pouvait aussi y être reçu comme serviteur ou apprenti. Il arrivait aussi que le parent veuf se remarie ou que la mère abandonnée refasse sa vie avec un autre homme, à l'intérieur ou le plus souvent en dehors des liens du mariage. Des personnes autres que leurs parents d'origine prenaient alors charge des enfants.

Ces enfants se retrouvaient ainsi dans une famille recomposée avant la lettre ou dans une nouvelle famille. Il faut se garder de penser qu'ils y étaient forcément malheureux. L'archétype de la marâtre, tout comme celui des parents nourriciers cruels et sans scrupule véhiculé par la littérature populaire et le cinéma, n'était heureusement pas un modèle universel. Le plus souvent, cependant, le ou les nouveaux « parents » n'avaient pas de statut légal vis-à-vis de ces enfants. On peut toutefois penser qu'après l'avènement de l'adoption légale (en 1873 au Nouveau-Brunswick, en 1896 en Nouvelle-Écosse, en 1921 en Ontario, en 1924 au Québec, en 1927 en Alberta ... et ainsi de suite), un certain nombre de familles ont adopté légalement ces enfants orphelins ou abandonnés. Avant l'avènement de ces lois, les liens créés entre l'enfant et sa famille d'accueil demeuraient assez largement en marge de l'institution juridique, exception faite des lois régissant la protection de l'enfance ou les relations entre maîtres et apprentis. Le plus souvent, cet état de fait ne posait pas de problèmes particuliers. Cependant, des conflits sont parfois survenus, lorsque, par exemple, les parents d'origine ou l'un d'eux ont voulu reprendre l'enfant après plusieurs années passées par celui-ci dans une autre famille. Dans certains cas, ces conflits n'ont pas trouvé de solution à l'amiable et ont donné lieu à de longues sagas judiciaires (Boisclair, 1975, p. 15). On considérerait aussi qu'il était de l'intérêt des enfants orphelins ou abandonnés

d'être adoptés légalement, afin que leur situation juridique soit claire et que des liens permanents, reconnus légalement, les rattachent à leur famille d'adoption (Goubau et O'Neill, 2000, p. 98).

De nos jours, la prise en charge d'enfants par d'autres personnes que leurs parents d'origine ou d'adoption concerne plutôt, comme nous l'avons mentionné plus haut, les familles « recomposées » ou « reconstituées » à la suite d'une séparation ou d'un divorce, ou les couples de lesbiennes dont l'une donne naissance à un enfant à la suite d'une procréation assistée. On assiste à une revendication très forte de reconnaissance légale de la part de groupes représentant ceux et celles qui assument des responsabilités parentales sans jouir d'un statut à l'égard des enfants concernés.

La reconnaissance légale de nouvelles « réalités familiales » : un délicat équilibre à trouver entre des aspirations d'adultes et l'intérêt des enfants visés

Les formules envisageables de reconnaissance légale varient en fonction des situations vécues et des revendications formulées par les groupes concernés. Pour faciliter la lecture du texte, ces formules ont été regroupées sous deux rubriques, qui ne sont sans doute pas parfaitement étanches. Mais disons d'abord un mot de la notion d'intérêt de l'enfant.

L'intérêt de l'enfant

La notion d'intérêt de l'enfant fait son apparition, entre autres, dans les décisions judiciaires canadiennes relatives à la garde d'enfants au XX^e siècle. Antérieurement, s'était déjà développée, en matière de garde, la doctrine des « tender years », selon laquelle, à moins d'incapacité ou d'« indignité », la mère se voyait confier la garde des enfants en bas âge, étant jugée plus apte à en assumer la responsabilité quotidienne, alors que le père était confiné à son rôle de pourvoyeur. Bien que fondée sur une image toute faite des relations familiales, cette doctrine ouvrira la porte à la prise en considération de l'« avantage » ou du « bien » de l'enfant dans l'attribution de la garde. Ce souci de l'enfant occupera bientôt l'avant-scène et se cristallisera sous le vocable « intérêt » de l'enfant. Les conduites conjugales seront désormais appréciées dans la perspective des aptitudes parentales. Malgré cette préoccupation nouvelle, les décisions arbitraires ne manqueront pas. Une certaine « objectivation scientifique » sera donc recherchée, d'où le recours assez fréquent à l'expertise psychologique ou psychosociale, notamment dans les cas très litigieux (Joyal, 2002, p. 116-117). Aujourd'hui, en matière de garde, on peut dire que certaines constantes se dégagent de la jurisprudence, bien que l'interprétation de l'intérêt de l'enfant et des circonstances dans lesquelles il se trouve puisse donner lieu à une part d'appréciation subjective (Joyal, 1999, p. 116 et s.)

Dans les matières autres que l'attribution de la garde, l'intérêt de l'enfant doit également être le critère primordial des décisions affectant celui-ci. En vertu du *Code civil du Québec*, par exemple, « les décisions concernant l'enfant doivent être prises dans son intérêt et dans le respect de ses droits. Sont pris en considération, outre les besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques de l'enfant, son âge, sa santé, son caractère, son milieu familial et les autres aspects de sa situation » (art. 33). Il est à noter toutefois que l'on ne peut, en invoquant ce critère, passer outre à l'application de dispositions claires de la loi.

Les conjoints ou les nouveaux conjoints, hétérosexuels ou homosexuels

L'adoption plénière

Désireux de voir son engagement confirmé par un statut légal, le nouveau conjoint ou la nouvelle conjointe du père ou de la mère d'un enfant peut, lorsque l'autre parent d'origine de l'enfant est décédé, déchu de l'autorité parentale ou qu'il consent à l'adoption de son enfant (dans certains cas, ce consentement pourrait être jugé contraire à l'ordre public ou à l'intérêt de l'enfant), adopter lui-même cet enfant. Les conditions d'une telle adoption sont variables selon les systèmes légaux considérés : on exigera, par exemple, que le nouveau conjoint soit marié – c'est encore le cas dans quelques provinces canadiennes – ou autrement uni légalement au parent de l'enfant, ou encore on refusera cette possibilité au conjoint de même sexe que le parent – en France par exemple, où certaines instances ont cependant prononcé l'adoption simple en faveur de la conjointe homosexuelle de la mère d'un enfant. Des variations existent aussi quant au consentement de l'enfant lui-même, à la situation du parent d'origine de celui-ci et aux effets de l'adoption. Lorsqu'une adoption plénière est prononcée, elle rompt tous les liens juridiques de l'enfant avec son parent d'origine. Toutefois, dans nombre de provinces canadiennes et dans certains États américains, on retrouve désormais une certaine flexibilité dans les textes de loi et la jurisprudence à cet égard : ainsi le jugement ou l'ordonnance d'adoption peut parfois prévoir des droits de visite de l'enfant par le parent d'origine lorsque l'adoption est prononcée en faveur du nouveau conjoint de l'autre (Poirier, 1998, p. 49). De nombreuses expériences d'« adoption ouverte », à des degrés divers, ont également cours au Canada (Goubau, 2000, p. 63) et aux États-Unis (Heifetz-Hollinger, 2000, p. 45).

L'adoption simple

L'adoption simple, qui n'existe pas pour le moment au Canada, pourrait constituer une option valable pour le nouveau conjoint ou la nouvelle conjointe du parent d'un enfant lorsqu'il est dans l'intérêt de celui-ci de conserver certains liens juridiques avec son parent d'origine. Cette voie pourrait aussi être explorée, et éventuellement réaménagée, dans le cas de couples de lesbiennes désireuses, lorsque le donneur de sperme est connu et consentant, de préserver l'ascendance paternelle de l'enfant né de l'une d'elles.

Un modèle connu d'adoption simple est celui qui existe en France³. Tous les adultes concernés doivent évidemment consentir à l'adoption, ainsi que l'enfant lui-même s'il est âgé de plus de treize ans. L'enfant garde son nom d'origine, auquel s'ajoute le nom de l'adoptant; sur demande, et sous réserve du consentement de l'enfant âgé de plus de treize ans, le nom de l'adoptant peut remplacer le nom d'origine de celui-ci. L'adopté conserve ses droits à l'égard de sa famille d'origine, notamment ses droits héréditaires ; les prohibitions relatives au mariage entre proches parents subsistent. L'adoptant - les adoptants – devient toutefois le seul titulaire de l'autorité parentale; lorsqu'il adopte l'enfant de son conjoint, il devient co-titulaire de cette autorité avec celui-ci. Des obligations alimentaires réciproques sont créées entre l'adoptant – les adoptants – et l'adopté. Par ailleurs, les obligations alimentaires réciproques entre l'adopté et ses parents d'origine sont maintenues, mais les père et mère d'origine n'y sont tenus que si l'adopté ne peut les obtenir de l'adoptant – des adoptants. L'adopté a, dans la famille de l'adoptant – des adoptants –, les droits successoraux d'un enfant légitime.

³ Voir le *Code civil* français, articles 360 et s.

La pluriparentalité

Lorsque l'adoption – surtout dans un contexte d'adoption plénière – est impossible, parce que, par exemple, le candidat à l'adoption ne répond pas aux conditions prévues par la loi, ou que l'enfant ou le parent d'origine s'y oppose, ou encore qu'il semble important, dans l'intérêt de l'enfant, que des liens juridiques soient maintenus entre l'enfant et son autre parent d'origine, le nouveau conjoint peut, dans certains systèmes juridiques, se voir reconnaître le statut de « coparent », ce qui pourra se traduire entre autres par l'autorisation d'exercer certains droits découlant de l'autorité parentale, l'obligation de contribuer au soutien alimentaire de l'enfant, voire même la possibilité d'obtenir des droits de garde ou d'accès, en cas de séparation ou de divorce. Généralement, ce statut ne vaut que durant la minorité de l'enfant. Dans ce cas, la filiation de l'enfant se limite à ses parents d'origine, mais un ou plusieurs coparents se voient reconnaître des droits et des obligations sur le plan de la parentalité, c'est-à-dire de la prise en charge quotidienne de l'enfant. Des dispositions de cette nature existent en vertu du *Children's Law Reform Act*⁴ de l'Ontario, ainsi que dans d'autres lois canadiennes et européennes. Le Québec ne reconnaît pas un tel statut au nouveau conjoint ou à la nouvelle conjointe, même marié-e ou unie-e civilement au parent de l'enfant. L'Assemblée nationale du Québec a laissé passer en 2002 une occasion de modifier le Code civil en ce sens. Nous y reviendrons.

Cette « coparentalité » légale permet de résoudre certains problèmes relatifs à l'exercice de l'autorité parentale (autorisation de soins ou de sorties scolaires, entre autres) et d'éviter, en cas de séparation des conjoints, une rupture totale des relations entre l'enfant et une personne avec laquelle il a créé des liens significatifs. Ces relations doivent toutefois être bien balisées par la loi pour éviter, par exemple, qu'en cas de séparation, l'enfant ne se retrouve « écartelé » entre plusieurs personnes. Généralement, on considère qu'il est dans l'intérêt de l'enfant de maintenir, avec les personnes qui ont assuré son éducation et son entretien et avec lesquelles il a créé des liens significatifs, des relations régulières. Par contre, il serait sans doute jugé contraire à son intérêt qu'un trop grand nombre de personnes puissent se disputer sa garde et qu'il se retrouve, par conséquent, au centre de recours en cascades à cet égard. On n'ose penser au fardeau que pourraient faire peser sur l'enfant des ruptures et des recompositions familiales en série.

Les couples de même sexe

L'adoption consécutive au recours à une mère porteuse

Au Canada, la loi pénale n'interdit pas le recours à une mère porteuse. La récente *Loi sur la procréation assistée* (article 6)⁵ non encore en vigueur, interdit toutefois de rétribuer une femme pour qu'elle agisse à ce titre et de poser toute action visant l'obtention ou la prestation rétribuée de tels services. C'est donc la « commercialisation » de la maternité de substitution qui est visée par ces interdictions. D'ailleurs le texte de loi donne ouverture, au niveau des provinces, qui sont compétentes sur le plan constitutionnel, à la validité de telles ententes pourvu qu'elles n'aient pas de caractère commercial. Pour le moment, le *Code civil du Québec* (art. 541) prévoit la nullité absolue de ces contrats. Pour ce qui est des autres provinces ou territoires canadiens, ils n'ont pas légiféré en la matière. Toutefois, dans l'état actuel des choses, des ententes de ce type y seraient probablement considérées comme nulles sur la base des principes généraux de la common law, qui placent le

⁴ R. S. O. 1990, ch. 12.

⁵ S. C. 2004, ch. 2.

corps humain hors commerce (Poirier, 1998, p. 52). Dans ce cas, ces ententes ne seraient pas susceptibles d'exécution en justice. Toutefois, si la garde de l'enfant né d'une mère porteuse était contestée, c'est le critère du meilleur intérêt de celui-ci qui devrait normalement prévaloir devant les tribunaux canadiens.

Malgré la nullité qui pèse sur ces ententes, on sait que des couples gais, de même que des couples hétérosexuels ou des personnes seules, ont recours à des mères porteuses, avec tous les risques que cela comporte sur le plan de l'exécution de l'entente, et l'incertitude qui en découle concernant la filiation de l'enfant et l'adoption consécutive de celui-ci. Qu'arrive-t-il, entre autres, si, au moment de la naissance de l'enfant, les personnes qui ont retenu les services de la mère porteuse ne veulent plus donner suite à l'entente, parce que, par exemple, leurs projets ont changé ou que l'enfant, handicapé ou malade, ne répond pas à leurs attentes? Le risque d'instrumentalisation des femmes qui acceptent de jouer ce rôle et des enfants qui naissent dans un tel contexte est immense (Baudouin et Labrusse-Riou, 1987, p. 199). C'est pourquoi il convient de s'interroger sur l'ouverture de la *Loi sur la procréation assistée* à cet égard et de bien examiner la réglementation qui sera adoptée dans la foulée de cette loi.

L'adoption homoparentale

Longtemps impensable (l'adoption étant vue comme un calque de la filiation biologique), l'adoption par un couple homosexuel est devenue une revendication récurrente des groupes de gais et de lesbiennes. Quelques systèmes juridiques européens ont ouvert l'adoption à des couples de même sexe. Ainsi en est-il au Québec, de manière explicite depuis 2002. Dans plusieurs provinces et territoires canadiens, les lois provinciales n'interdisent pas aux conjoints de même sexe de présenter une demande d'adoption. Les tribunaux de quelques provinces ont par ailleurs autorisé des couples de lesbiennes à adopter l'enfant né de l'une d'elles à la suite d'une procréation assistée (Morin, 2003, p. 82).

La biparenté homosexuelle

La biparenté homosexuelle consiste à reconnaître une filiation homoparentale d'origine à un enfant au moyen d'une fiction juridique. Par exemple, un mécanisme prévu par la loi permet à la conjointe d'une mère lesbienne d'être reconnue elle aussi comme la mère de cet enfant. Une loi en ce sens a été adoptée en 2002 par l'Assemblée nationale du Québec⁶. L'existence d'un « projet parental avec assistance à la procréation » entre les deux femmes et la transmission par elles d'une déclaration de naissance au directeur de l'état civil suffisent à créer un double lien de filiation avec l'enfant. Cette forme de reconnaissance, tant dans son fondement que dans ses modalités, a soulevé et soulève d'intenses controverses. Elle n'existe pas ailleurs dans le monde occidental. Nous y reviendrons plus loin.

La pluriparenté

Ici, il est question de créer une filiation d'origine multiple, c'est-à-dire un lien de filiation qui rattacherait l'enfant à plus de deux parents dès le départ. L'hypothèse qui vient à l'esprit est celle du couple de lesbiennes dont l'une donne naissance à un enfant à la suite d'une procréation assistée, lorsque ces deux femmes veulent être reconnues comme les mères de l'enfant et qu'elles tiennent aussi à ce que le géniteur ou le donneur de sperme soit connu de l'enfant et joue le rôle de père dans la vie de celui-ci.

C'est un lien analogue à celui-ci qui résulte d'une adoption simple. Cependant, dans ce dernier cas, le lien est généralement créé à partir des circonstances et des accidents de

⁶ *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002., ch. 6.

la vie, tandis que, dans le cas d'une filiation d'origine multiple, ce lien résulterait, dès le départ, de la volonté des personnes en cause. Il n'existe pas, à notre connaissance, de régime juridique qui reconnaisse, pour le moment, un tel lien de filiation. Nombreux sans doute sont ceux qui seraient réticents à cette forme de « combinaison parentale » ou de « bricolage de filiation », selon les expressions utilisées par quelques auteurs, et se demanderaient de quel droit certaines personnes pourraient disposer ainsi de la filiation d'un enfant. D'autres verraient probablement d'un bon oeil cette possibilité de donner plus de deux parents à un enfant, dans la mesure où toutes les personnes en cause souhaiteraient la naissance de cet enfant et seraient désireuses d'en assumer la responsabilité.

Quoi qu'il en soit, si une telle filiation était reconnue légalement, elle soulèverait divers problèmes. Il faudrait que les droits et les obligations de toutes les personnes concernées soient soigneusement définis par la loi. La filiation est en effet d'ordre public. On dit généralement qu'elle est indisponible, c'est-à-dire que deux ou plusieurs personnes ne peuvent, à ce sujet, conclure un contrat « sur mesure » ou de convenance qui s'écarte des règles fixées par la loi. Semblables ententes n'auraient pas de valeur juridique. Déjà, le fait que la filiation d'un enfant puisse être discutée et planifiée apparaît, aux yeux de plusieurs, comme une entorse à ce principe de l'indisponibilité de la filiation (Labrusse-Riou, 1985, p. 266; Moore, 2003, p. 75).

On assigne en général trois objectifs au droit de la famille : protéger les personnes les plus vulnérables de la cellule familiale, en l'occurrence les enfants, prévoir des règles de résolution des conflits susceptibles de naître entre les membres de la famille et énoncer en la matière des normes « idéales » dans lesquelles une société se reconnaît ou souhaite se reconnaître. Cette dernière considération pose évidemment toute la question, évoquée plus haut, des fondements de la filiation et des divers courants de pensée qui s'expriment à ce sujet. Pour ce qui est des conflits susceptibles d'opposer entre eux les parents de l'enfant – quant à l'exercice de l'autorité parentale ou aux droits de garde et d'accès, par exemple –, ils risqueraient de se multiplier en cas de pluriparenté ou de pluriparentalité. C'est pourquoi il serait indispensable, si la loi reconnaissait ce type de liens, que ceux-ci soient bien balisés. Enfin, si on peut croire à première vue que l'intérêt de l'enfant serait bien servi par la présence dans sa vie de trois personnes – ou plus – qui lui seraient reliées légalement, avec chacune leurs droits et leurs obligations, on peut aussi craindre que cette situation particulière soit cause de tensions et de souffrances pour l'enfant et qu'il manifeste éventuellement son désaccord avec la répartition des responsabilités parentales en découlant. S'interrogeant à propos de la naissance éventuelle d'enfants posthumes à la suite de la congélation du sperme « paternel » ou de l'embryon du couple parental, le psychanalyste René Diatkine (1985, p. 281-282) écrit que « 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 souci du bien-être du futur enfant ».

À propos de l'article 8 de la *Convention européenne des droits de l'homme*⁷ qui protège le droit à la « vie privée » dans la mesure où ce droit est exercé d'une manière compatible avec « la protection des droits et libertés d'autrui », certains ont évoqué la possibilité que l'enfant puisse invoquer lui-même cet article pour faire valoir son propre droit à une « vie familiale normale » (Meulders-Klein, 1988, p. 666). Évidemment, on peut se demander ce qu'est une vie familiale normale et s'il est même

⁷ Conseil de l'Europe, en ligne.

possible d'en donner une définition. L'auteure pensait sans doute à la présence d'un père et d'une mère dans la vie de l'enfant. Dans le même sens, Jean-Louis Baudouin et Catherine Labrusse-Riou (1987, p. 226) ont écrit que « la volonté ou le désir de célibataires ou de couples homosexuels de procréer par insémination artificielle sans recourir à la sexualité doit être récusée parce qu'elle a pour effet de priver l'enfant de sa filiation envers le donneur ». D'autres, à l'inverse, croient que les nouvelles techniques de reproduction permettent, en dissociant les aspects génétique, gestationnel et social de la naissance, de repenser la filiation en fonction de l'effacement des différences sexuelles. Selon Roxanne Mykitiuk (2001, p. 772), « ARTS hold out a promise of alternative family forms. They invite a reconception of filiation by opening a view on the relationship of law to the social and biological construction of parenthood and, more significantly, the asymmetric, gendered relationships between paternity and maternity in family law ». Fiona Kelley (2004, p. 160-161) fait même état d'opinions (travaux de Nancy Polikoff notamment) voulant, dans le cas de couples de lesbiennes, qu'on exclue le géniteur, du moins à titre de père, de la vie de l'enfant.

La procréation assistée, une véritable boîte de Pandore

Pour bien comprendre les enjeux relatifs à la procréation assistée, il convient d'en retracer les principales étapes.

Un bref retour dans le temps

À l'origine, la procréation assistée avait pour but d'aider des couples hétérosexuels souffrant d'infertilité à concevoir et à mettre au monde des enfants. Après avoir eu recours à l'insémination artificielle de la femme par le sperme provenant de son mari ou de son conjoint, on a proposé divers traitements visant à stimuler la production de gamètes mâles ou femelles et, dans ce dernier cas à les prélever par voie chirurgicale, ou à en améliorer la qualité. Puis, dans le cas de maladies héréditaires graves chez l'un des parents potentiels, ou lorsque les gamètes de l'un de ceux-ci étaient inexistantes ou impropres à la procréation, on a eu recours à des gamètes mâles ou femelles provenant de donneurs externes (techniques hétérologues). On a alors parlé de donneuses d'ovocytes et de donneurs de sperme. Parallèlement à ces nouveaux modes de procréation assistée s'est développée la technique de la fécondation *in vitro* qui a permis de produire des embryons en laboratoire pour les implanter subséquemment dans l'utérus de la femme. En raison des choix qu'elles offrent (âge de la procréation, caractéristiques des donneurs de sperme ou des donneuses d'ovocytes, sélection préimplantatoire des embryons conçus *in vitro*, caractéristiques des embryons, etc.), ces dernières avancées ont été analysées par nombre d'auteurs comme marquant l'avènement d'une médecine du désir et ouvrant la porte à des dérives eugénistes (Vandelac, 1999, p. 390 et s.; Habermas, 2002).

L'accès aux procréations assistées

On sait que tant la Commission de réforme du droit⁸ que la Commission royale d'enquête sur les nouvelles techniques de reproduction⁹ considèrent que la situation des femmes seules ou des couples de lesbiennes est assimilable à celle des couples hétérosexuels confrontés à la stérilité ou à l'infertilité. Cette analyse ne rallie pas tous

⁸ Commission de réforme du droit, *La procréation médicalement assistée*, Document de travail no 65, Ottawa, Approvisionnement et services Canada, 1992, p. 136.

⁹ Commission royale d'enquête sur les nouvelles techniques de reproduction, *Un virage à prendre en douceur*, Ottawa, Approvisionnement et services Canada, 1993, p. 50.

les suffrages, loin s'en faut (Philips-Nootens, 1995, p. 179). À propos du désir d'enfant de ces femmes, Jean-Louis Baudouin et Catherine Labrusse-Riou (1987, p. 215) déplorent « la négation, au nom du désir individuel et du respect par la société de la vie privée des adultes, du caractère social de la filiation et, par la suite, des limites que la nature et la culture mêlées impriment sous forme d'interdits sociaux à la toute-puissance du désir ». Quoi qu'il en soit, la *Loi concernant la procréation assistée*, adoptée en 2004 mais non encore en vigueur¹⁰, reconnaît que « les personnes cherchant à avoir recours aux techniques de procréation assistée ne doivent pas faire l'objet de discrimination, notamment sur la base de leur orientation sexuelle ou de leur statut matrimonial » (art. 2).

La dissociation de la sexualité et de la procréation n'est pas sans bouleverser nos conceptions de la filiation. « Pour dire les choses très schématiquement, affirme Laurence Gavarini (2001, p. 241), nos règles anthropologiques en matière de filiation reposent sur un paradigme de la différenciation : différenciation des sexes, différenciation des générations ». Cette différenciation est remise en cause par les demandes de procréation assistée de femmes seules ou de couples de lesbiennes et par la possible utilisation, dans le cadre de procréations assistées, de gamètes provenant de personnes qui, sur la base de l'ordre généalogique ou de l'interdit de l'inceste, ne pourraient avoir de relations sexuelles entre elles. Cette différenciation des sexes et des générations n'est pas qu'une construction du droit. Ses fondements sont anthropologiques et elle trouve également des résonances psychanalytiques.

Les arguments des femmes seules et des couples de lesbiennes

Les revendications des femmes seules et des couples de lesbiennes s'appuient à cet égard sur le droit à l'égalité reconnu par les déclarations et les chartes des droits et sur l'obligation pour les sociétés démocratiques de favoriser l'exercice par les personnes, sans discrimination, de leurs droits individuels, dont celui de fonder une famille ferait partie. Il est à noter que, pour le moment, la *Déclaration universelle des droits de l'homme* (art. 16)¹¹ reconnaît que l'homme et la femme ont, à partir de l'âge nubile, le droit de se marier et de fonder une famille. La communauté des nations n'a pas, à ce jour, cru opportun d'étendre la reconnaissance de ce droit aux couples homosexuels, ou aux femmes seules dans le cas où il s'agit de fonder une famille.

Les revendications des couples de lesbiennes se réclament aussi de trois générations d'études menées auprès d'enfants élevés en milieu homosexuel et qui tendent à montrer que ces enfants se développent sensiblement de la même manière que ceux qui grandissent dans un milieu hétérosexuel et que, parmi ces enfants, on ne retrace pas plus de problèmes de comportement que chez les autres enfants. Les parents y seraient aussi compétents. On n'y retrouverait pas plus d'abus sexuels ou d'agressions sexuelles. Les enfants ne rencontreraient pas plus de problèmes d'identité de genre et ne seraient pas plus souvent homosexuels que ceux élevés par deux parents de sexe différent. Danielle Julien (2003, p. 364 et s.) a recensé toutes ces études. Les études de première génération, notamment celles de Golombok, Spencer et Rutter, de Kirkpatrick, Smith et Roy, de Pagelow, de Huggins, ont été menées il y a une vingtaine d'années, aux États-Unis et en Angleterre, et ont porté sur des enfants de mères lesbiennes divorcées vivant seules ou en couple. Ces enfants avaient tous un père légal et avaient déjà vécu dans un milieu hétérosexuel. Les questions ont été posées dans la perspective de l'attribution de la garde à la mère. Les études de seconde génération,

¹⁰ Précitée, note 5.

¹¹ Haut Commissariat aux droits de l'Homme, en ligne.

entre autres celles de Brewaeys, Ponjaert et Van Hall, de Flaks, Ficher, Masterpasqua et Joseph, de Golombok et Tasker, remontent aux années 1990 et ont porté sur des enfants de mères lesbiennes vivant en couple et dont les enfants sont le fruit de procréations assistées. Les conjointes de ces mères ne sont pas légalement les mères de ces enfants; les échantillons considérés sont limités quant aux nombres de personnes considérées; de plus ces études ont été menées dans des milieux aisés et instruits. Quant aux recherches de troisième génération, notamment celles de Cochran, de Jouvin, Julien et Chartrand, de Julien, Dubé et Gagnon, de Wainright et Patterson, de Perrin, elles sont très récentes (années 2000) et, s'il s'agit d'enquêtes plus larges, elles ne concernent toujours pas des enfants qui ont légalement deux mères ou deux pères. Ces études jettent un éclairage intéressant, quoique incomplet¹² sur les enfants qui ont vécu l'homoparentalité (prise en charge quotidienne par deux personnes de même sexe); elles ne peuvent cependant être concluantes en ce qui concerne les enfants qui expérimenteraient l'homoparenté (filiation d'origine à l'égard de personnes de même sexe). Danielle Julien reconnaît d'ailleurs qu'il reste beaucoup à faire tant au niveau de la composition des échantillons que des questions de recherche pour éclairer ces réalités.

La question des origines

Il est généralement reconnu en psychologie qu'il est avantageux pour le développement harmonieux d'un enfant que celui-ci puisse connaître ses origines biologiques. Dans le contexte de l'adoption, les études tendant à cette conclusion ont servi de base aux revendications des mouvements « Retrouvailles », qui ont débouché, au Québec et ailleurs, sur l'adoption de dispositions¹³ permettant, à certaines conditions, à un enfant adopté de retrouver ses parents d'origine. Existe-t-il pour autant un droit aux origines? L'article 7, par. 1, de la *Convention relative aux droits de l'enfant*¹⁴ prévoit que « l'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux ». On peut difficilement apercevoir dans cet énoncé un droit strict de tout enfant à connaître ses origines (Le Bris, 1994, p. 145). D'abord, on y trouve la mention « autant que possible » et on y reconnaît que la mise en œuvre de ce droit relève des États parties qui doivent agir en cette matière conformément à leur législation nationale. Ensuite, ce texte ne définit pas le mot « parents ». Réfère-t-il aux parents d'origine, dans le cas d'une adoption, au donneur de sperme ou à la donneuse d'ovocytes dans le cas d'une procréation assistée? Cela n'est pas précisé. On peut cependant voir dans cet énoncé le vœu que l'enfant ne soit pas indûment séparé de ses parents d'origine et que, le cas échéant, il puisse disposer, autant que possible, d'informations sur ceux-ci.

Dans la plupart des pays occidentaux, le don de sperme et le don d'ovocytes se font sous anonymat. Plusieurs États permettent, dans un cadre strict, le dévoilement de données dénominalisées d'ordre médical, dans l'intérêt de l'enfant ainsi conçu et de sa descendance. Il en est ainsi au Québec¹⁵. Par ailleurs, certains pays, notamment les Pays-Bas, permettent la transmission à l'enfant majeur qui le demande d'informations

¹² Certains de ces enfants, devenus adolescents ou jeunes adultes, manifestent dans divers forums leur désarroi profond au regard de cette décision de leur mère de les avoir conçus en écartant délibérément de leur vie une ascendance et une présence paternelles. Il est probable que ces manifestations poignantes se multiplieront avec les années.

¹³ Voir l'article 583 du Code civil du Québec.

¹⁴ Haut Commissariat aux droits de l'Homme, en ligne.

¹⁵ Voir l'article 584 du Code civil du Québec.

relatives entre autres à l'âge, à la profession et aux intérêts du donneur. Depuis 1985, la loi suédoise autorise, moyennant le consentement des parents, la levée de l'anonymat du donneur de sperme au moment de la « maturité » de l'enfant. La question a été débattue en Angleterre, où a été mis en place en 1991 un registre que les enfants du don pourront consulter à leur majorité afin d'obtenir des informations anonymes sur les donneurs de sperme ou d'ovocytes (Shenfield, 2004, p. 109). Depuis 2005, on y permettrait à l'enfant devenu majeur de connaître l'identité du donneur de sperme ou de la donneuse d'embryon ou d'ovocytes (Pratte, 2005, p. 204). Dans la plupart des pays d'Europe de l'Ouest, on a considéré jusqu'à maintenant que le droit à la vie privée des parents ayant eu recours à la procréation médicalement assistée et le droit des donneurs à la confidentialité prévalaient sur le droit de l'enfant de connaître ses origines biologiques. La Cour européenne des droits de l'Homme, dans une affaire provenant du Royaume-Uni (*X et A. c. Royaume-Uni*), a décidé que la question du dévoilement des origines relevait des États. Dans un autre cas provenant de la France et concernant l'accouchement sous X, donc le secret de l'identité de la mère (*Odièvre c. France*), la Cour a considéré que le droit au secret de la procréation protégé par la France l'emportait sur le droit pour l'enfant de connaître ses origines (Azoux-Bacrie, 2004, p. 98). L'intense controverse suscitée par cette possibilité d'accouchement sous X en France et les possibilités d'insémination artificielle de femmes seules ou de femmes vivant en couple homosexuel risquent cependant de remettre en cause cette attitude. Le fait de priver délibérément un enfant d'une partie de son ascendance ou de la connaissance de celle-ci apparaît à plusieurs comme une aberration, non compensée, dans le cas de femmes seules ou de lesbiennes élevant l'enfant né de l'une d'elles, par la présence d'un père « social ».

Les leçons à tirer de l'expérience québécoise récente en matière d'homoparenté

En adoptant en 2002 la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*¹⁶, l'Assemblée nationale du Québec permettait entre autres à deux personnes de même sexe, en l'occurrence des couples de lesbiennes, d'être reconnues légalement comme les mères de l'enfant né de l'une d'elles à la suite d'une procréation assistée, médicalement ou non. Voyons brièvement dans quel contexte cette transformation radicale a pu avoir lieu, la teneur de la nouvelle loi, les arguments invoqués pour et contre son adoption et l'analyse qui peut en être faite.

Le contexte et la teneur des changements apportés à la filiation

La loi de 2002 ne devait porter que sur l'union civile, institution nouvelle visant à permettre aux personnes de même sexe d'officialiser leur union et de prévoir pour celle-ci des effets juridiques analogues à ceux du mariage, sur lequel l'Assemblée nationale ne pouvait légiférer compte tenu de la compétence fédérale en la matière. Après une première étude en commission parlementaire, l'union civile fut ouverte aux couples hétérosexuels et un nouveau volet majeur, relatif à la filiation, fut intégré au projet. Il ne s'agissait plus simplement de permettre au conjoint de même sexe d'adopter, moyennant certaines conditions, l'enfant de son conjoint, mais également de donner explicitement accès à l'adoption aux couples de même sexe (cette possibilité n'était alors ni interdite ni explicitement prévue par le Code civil) et, dans le cas de lesbiennes, de permettre à la conjointe de celle qui donne naissance à un enfant à la suite d'une procréation assistée dans le cadre d'un projet parental commun, d'être

¹⁶ Précitée, note 6.

reconnue elle aussi comme la mère de cet enfant. L'accès à la procréation assistée était également explicitement ouvert aux femmes seules, toujours dans le cadre d'un projet « parental ». Notons que l'existence d'un tel projet parental, qui n'est entouré d'aucune formalité particulière, fait obstacle à l'établissement d'une filiation paternelle, sauf dans le cas d'une procréation assistée par relations sexuelles, où le géniteur dispose d'un délai d'un an suivant la naissance de l'enfant pour faire reconnaître sa paternité. En adoptant cette loi, le législateur québécois a donc reconnu explicitement la monoparenté et la biparenté homosexuelle d'origine.

En raison de ses enjeux, cette proposition aurait dû faire l'objet d'un large débat social et d'un examen minutieux par des experts de diverses disciplines. Ce n'est pas ce qui s'est produit. Le nouveau volet du projet n'a été ni diffusé ni expliqué à l'ensemble de la population. Il a fait l'objet d'une consultation restreinte de quelques jours où, sur invitation, quelques personnes et organismes, parmi lesquels on retrouve plusieurs des associations et regroupements de gais et de lesbiennes qui avaient réclamé ces nouvelles dispositions lors des audiences relatives à l'union civile, se sont fait entendre (Joyal, 2005, p. 163 et s.).

Les arguments des groupes de gais et de lesbiennes

Le *Journal des débats* de l'Assemblée nationale nous renseigne sur les arguments avancés par les groupes de gais ou de lesbiennes et les coalitions, notamment syndicales, qui appuyaient leurs demandes. Il y a d'abord celui de l'égalité, de la non-discrimination. Une représentante de l'un de ces groupes estime que « le projet de loi comprend [...] ce que nous considérons être des limites sérieuses en maintenant des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle en regard des droits parentaux des personnes homosexuelles »; une autre considère que les mots « père » et « mère » utilisés dans l'avant-projet de loi ne correspondent pas vraiment à la réalité d'aujourd'hui et qu'il vaudrait mieux, partout où cela est possible, utiliser le mot « parents ». « L'égalité, affirme-t-elle, c'est la même chose. C'est d'avoir les mêmes droits, d'avoir les mêmes choix et de pouvoir les exercer sans discrimination »¹⁷. On retrouve dans cette dernière intervention l'idée d'effacement de la différence sexuelle, appréhendée par certains auteurs (Tahon, 2004) et préconisée par d'autres (Mykitiuk, 2001).

Ces groupes s'appuient aussi sur certaines réalités, soit le fait que des couples de gais ou de lesbiennes prennent charge quotidiennement d'enfants; souvent, il s'agit d'enfants nés d'une précédente union hétérosexuelle. Ces enfants ne présenteraient, selon ces groupes, aucun problème particulier et se développeraient, dans l'ensemble, aussi bien que les enfants élevés dans un milieu hétérosexuel. C'est également ce que tendent à prouver les trois générations d'études empiriques dont nous avons fait état plus haut. Rappelons que si ces études sont encourageantes en ce qui concerne l'homoparentalité, elles ne peuvent être concluantes lorsqu'il est question d'homoparenté.

Le projet d'union civile avait été largement débattu dans la population et il ne semblait pas soulever d'objections majeures; par contre, le projet de réforme de la filiation, qui s'est ajouté par la suite, n'a pas fait l'objet d'une diffusion publique : par conséquent, relativement peu de personnes ou de groupes ont fait entendre un point de vue autre que ceux des associations de gais et de lesbiennes sur la question. Parmi ces quelques propos critiques, mentionnons ceux tenus par la sociologue Louise Vandelac sur la procréation assistée. La professeure a tenté d'expliquer aux parlementaires les risques

¹⁷ Assemblée nationale, *Journal des débats*, Commission des institutions, le 5 février 2002, en ligne.

associés à un usage non balisé des procréations assistées, notamment celui de l'instrumentalisation non seulement de l'enfant mais aussi du corps de l'homme et de la femme. De son côté, le Barreau du Québec a fait valoir que les difficultés pratiques – autorisations diverses, droits d'accès en cas de séparation – soulevées par la présence d'un nouveau conjoint ou d'une nouvelle conjointe, homosexuel ou hétérosexuel, dans la vie d'un enfant, pouvaient se régler par un réaménagement du cadre d'exercice de l'autorité parentale plutôt que par une transformation aussi radicale du droit de la filiation. Rejoignant là-dessus la position de l'Assemblée des évêques du Québec, le Barreau a rappelé la valeur symbolique de la filiation et souhaité la consultation d'experts et une réflexion en profondeur sur la question. Ces demandes, aussi raisonnables qu'elles aient été, n'ont pas fait le poids devant le discours univoque des groupes intéressés et de leurs supporteurs et la volonté du ministre de leur donner rapidement satisfaction (Joyal, 2005, p. 170 et s.).

Les difficultés et les remises en question soulevées par la nouvelle loi

La société québécoise se retrouve donc aujourd'hui avec une loi de filiation que certains ont vue comme un coup de force (Apollon, 2005, p. 375), que d'aucuns ne connaissent pas encore, les médias n'ayant pas osé aborder la question¹⁸, et dont d'autres ont pris connaissance avec stupeur. De plus, cette loi ne règle pas les problèmes pratiques soulevés par la présence de nouveaux conjoints ou de nouvelles conjointes dans la vie de nombreux enfants. Sur le plan technique, la nouvelle loi pose des problèmes d'interprétation et ouvre la porte à des abus, notamment en raison de cette notion mal définie et non balisée de « projet parental » qui y est introduite. Deux décisions récentes de la Cour supérieure du Québec en témoignent¹⁹.

Au-delà des difficultés d'application des nouvelles règles, on peut penser que le texte de loi, adopté sans débat social et sans véritable réflexion, ne favorise pas l'exercice d'une sexualité responsable, et ouvre la porte à des tractations peu reluisantes concernant la procréation et la filiation d'un enfant. « Les règles de filiation qui prévalent en cas de reproduction assistée par relation sexuelle permettent que deux ou trois personnes puissent, par entente privée, modifier les droits d'un enfant et ses recours en filiation et alimentaires, écrit à ce sujet le juge Jean-Pierre Senécal. Elles

¹⁸ Cette question est à coup sûr complexe. Plusieurs ont d'ailleurs confondu parenté et parentalité dans ce débat. De plus, le climat de rectitude politique entourant la question était peu propice à un débat social franc et ouvert. Les conditions d'un tel débat ne nous semblent toujours pas réunies.

¹⁹ Dans *F...P...pour S...P...c. R. C. et autres* (R.D.F. 2005, p. 268), un enfant intente une action en réclamation d'état (recherche de paternité) contre son prétendu père biologique. Le défendeur, sans nier qu'il ait eu des relations sexuelles avec la mère à l'époque de la conception, invoque l'inexistence d'un « projet parental » entre celle-ci et lui-même pour écarter sa paternité. La Cour supérieure estime que les conditions très particulières dans lesquelles l'absence d'un « projet parental » peut être invoquée n'existent pas dans le cadre de ce recours et déclare le défendeur père de l'enfant sur la base des règles générales de la filiation. Dans *S...G...c. L...C...et autres* (R.D.F. 2004, p. 517), le prétendu père biologique tente de faire reconnaître sa paternité et réclame des droits d'accès à l'égard de l'enfant qu'il a conçu (ce fait n'est pas contesté) avec la mère de celui-ci. À l'époque de la conception, la mère entretenait une relation homosexuelle avec une femme qui n'était pas intéressée au « projet parental » de sa conjointe. La mère et le prétendu père avaient convenu d'élever l'enfant ensemble. Toutefois, après la naissance de celui-ci, la mère et sa conjointe ont déclaré la naissance de l'enfant au Directeur de l'état civil à titre de mères et ont tenté d'écarter le géniteur de la vie de l'enfant. Estimant qu'il n'existait pas de « projet parental » entre la mère et sa compagne au moment de la conception, la Cour supérieure a accordé des droits d'accès au demandeur, à titre d'ordonnance de sauvegarde et en attendant le jugement sur la paternité. À la suite de plusieurs péripéties procédurales et autres, la Cour supérieure a reconnu la paternité du demandeur et l'acte de naissance de l'enfant a été rectifié en conséquence.

permettent à ces personnes de transiger sur la filiation, une matière qui a toujours été considérée d'ordre public et exclue du domaine contractuel. Un domaine dans lequel, au surplus, le législateur a toujours voulu d'abord et avant tout protéger les droits de l'enfant, mais où il permet maintenant qu'ils deviennent secondaires et que, dans certaines circonstances, on cherche plutôt à protéger prioritairement les droits du ou des auteurs du projet parental »²⁰.

Il s'agit là de l'expression du point de vue de ceux qui croient qu'il est contraire à l'intérêt d'un enfant de le priver délibérément de son ascendance paternelle et de la présence d'un père dans sa vie (Somerville, 2003, p. 61). D'autres, à l'inverse, croient que la science permet aujourd'hui d'oblitérer la différence sexuelle, même dans le champ généalogique, et d'inscrire le lien parental dans le seul champ de la volonté individuelle.

Conclusion

Les thèmes passés en revue dans ce texte ont suscité et suscitent d'intenses controverses dans le monde occidental. Au cours des dernières années, le Canada et les provinces et territoires canadiens ont accueilli favorablement plusieurs des demandes issues de groupes de gais et de lesbiennes à cet égard, notamment quant à la procréation assistée, pour l'ensemble du Canada, à la parentalité, dans les provinces et territoires de common law, et à la parenté, au Québec.

L'adoption par des couples de même sexe est par ailleurs assez largement reconnue dans les provinces et territoires canadiens. « À cet égard, écrit Michel Morin (2003, p. 82), la situation au Canada est aux antipodes de la position adoptée par la Cour européenne des droits de l'Homme (arrêt Fretté c. France), ainsi que par certains tribunaux américains ».

Selon une étude de législation comparée menée par le Sénat français en 2002, les Pays-Bas étaient alors le seul pays d'Europe de l'Ouest où un couple homosexuel pouvait adopter un enfant (cette possibilité a été récemment ouverte aux couples de même sexe en Espagne et en Belgique); par ailleurs, les législations danoise et néerlandaise étaient les seules à autoriser explicitement l'adoption d'un enfant par le partenaire homosexuel de son père ou de sa mère²¹. Enfin, les Pays-Bas, l'Angleterre, le Pays de Galles et, à un moindre degré l'Allemagne, permettaient aux partenaires homosexuels de partager l'autorité parentale à l'égard de l'enfant de l'un d'eux.

En Europe occidentale, seules l'Espagne et la Belgique ouvrent explicitement la procréation assistée à des couples de lesbiennes, alors que la France réserve cette possibilité aux couples hétérosexuels mariés. Par contre, plusieurs pays n'ont pas légiféré sur la question, les points de vue exprimés dans la population aussi bien qu'au sein des formations politiques étant fortement divergents : il en résulte un flou juridique qui laisse une marge de manoeuvre considérable aux cliniques et aux centres spécialisés, les seules normes applicables étant alors celles qui régissent la profession médicale ou qui émanent d'organismes d'accréditation. Il est à noter qu'en Allemagne, l'Ordre des médecins interdit à ses membres d'offrir la procréation assistée à des femmes ne faisant pas partie d'un couple hétérosexuel (Bleiklie, Goggin and Rothmayr,

²⁰ F...P...pour S...P... c. R...C...et autres, préc. note précédente, p. 274.

²¹ Ces adoptions sont parfois limitées aux enfants nés dans le pays. On connaît les réticences, voire l'opposition de certains pays d'origine, à confier des enfants nés sur leur territoire à des personnes seules ou faisant partie de couples homosexuels dans le cadre de projets d'adoption internationale.

2004). Selon un article récemment publié dans le quotidien français *Libération*²², la situation aurait évolué dans certains pays notamment quant à l'accès à la procréation assistée et à l'adoption pour les couples homosexuels. Seule une étude approfondie, dépassant le cadre de cet aperçu, pourrait permettre de faire le point avec certitude sur la question. Ce qui semble clair par contre, c'est qu'aucun système législatif européen n'a reconnu à ce jour l'homoparenté ou la pluriparenté d'origine.

Plusieurs États européens ont voulu prendre acte de certaines réalités et leur donner un cadre légal. Nombre d'auteurs se sont également prononcés en faveur de diverses formes de reconnaissance des liens parentaux multiples créés entre enfants et adultes (Cadoret, 2005; LeGall, 2005). Des études, quoique incomplètes, menées auprès d'enfants ayant grandi dans un milieu homosexuel, laissent voir des résultats encourageants en matière d'homoparentalité. Par contre, pour ce qui est de l'homoparenté, l'établir équivaldrait, selon plusieurs auteurs, au saut dans l'inconnu qu'a fait plus ou moins consciemment le législateur québécois en 2002 (Joyal, 2002, p. 307). Évoquant l'éventualité d'une filiation homoparentale (homoparenté), Jean Hauser (2005, p. 575) écrit que « les enfants seront alors les cobayes d'un activisme politico-législatif dont les résultats ne sont pas prévisibles, ni d'ailleurs étudiés sérieusement au préalable, tout ceci contrairement au principe de précaution qu'on applique partout... et au prix d'une expérimentation sociale sur l'homme, qu'on refuserait, avec des mines scandalisées, s'il s'agissait d'expérimentation médicale ».

L'homoparentalité est une réalité que les sociétés québécoise et canadienne semblent prêtes à reconnaître. L'homoparenté, en raison de la rupture symbolique qu'elle implique et de l'incertitude qu'elle fait peser sur le développement des enfants, constitue sans doute une forme de reconnaissance beaucoup plus problématique, surtout si elle a pour effet de priver un enfant de son ascendance paternelle et de la présence d'un père dans sa vie. Le sujet mérite une ample réflexion qui, sans faire fi des aspirations des groupes de gais et de lesbiennes, doit tenir compte avant tout de l'intérêt et des droits des enfants concernés. Comme le soulève un auteur (Libchaber, 2002, p. 615) à propos du discours égalitariste de certains groupes de pression, « cette dérive du débat public en dehors du champ de la libre discussion est-elle typique des renouvellements qu'impose l'idéologie des droits de l'Homme? On le croit volontiers : l'universalisme abstrait est susceptible de faire naître de violents sentiments de discrimination chez tous ceux qui inscrivent leur identité dans un groupe culturel spécifique ». Puisse le présent texte contribuer à une réflexion sérieuse et à un débat franc et ouvert sur ces questions cruciales pour nos enfants et nos sociétés!

²² Charlotte Rotman, 25 octobre 2005.

Bibliographie

Livres et monographies

BAUDOIN, Jean-Louis, et Catherine LABRUSSE-RIOU (1987), *Produire l'Homme : de quel droit? Étude juridique et éthique des procréations artificielles*, Paris, Presses universitaires de France.

BLEIKLIE, Ivar, GOGGIN, Malcolm L., and Christine ROTHMAYR (eds) (2004), *Comparative Biomedical Policy: Governing assisted reproductive technologies*, London, Routledge.

BOISCLAIR, Claude (1978), *Les droits et les besoins de l'enfant en matière de garde : réalité ou apparence?* Sherbrooke, Éditions de la Revue de droit.

GAVARINI, Laurence (2001), *La passion de l'enfant*, Paris, Éditions Denoël.

HABERMAS, Jurgen (2002), *Vers un eugénisme libéral?*, Paris, Gallimard.

JOYAL, Renée (1999), *L'Enfant, la société et l'état au Québec, 1608-1989. Jalons*, Montréal, Éditions Hurtubise HMH.

JOYAL, Renée (1999), *Précis de droit des jeunes, tome I, Droit civil de l'enfance et de l'adolescence*, Cowansville, Éditions Yvon Blais.

LAVALLÉE, Carmen (2005), *L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption, Regards sur le droit français et le droit québécois*, Montréal, Wilson & Lafleur.

LEGENDRE, Pierre (1985), *L'Inestimable objet de la transmission. Étude sur le principe généalogique en Occident*, Paris, Fayard.

LEGENDRE, Pierre, et Alexandra PAPAGEORGIOU-LEGENDRE (1990), *Filiation. Fondement généalogique de la psychanalyse*, Paris, Fayard.

POIRIER, Donald (1998), *La Famille*, Cowansville, Éditions Yvon Blais.

SCHIFFINO, Nathalie, et Frédéric VARONE (dir.) (2003), *Procréation médicalement assistée : régulation publique et enjeux bioéthiques*, Bruxelles, Bruylant.

SOMERVILLE, Margaret (2003), *Le canari éthique. Science, société et esprit humain*, Montréal, Liber.

TAHON, Marie-Blanche (2004), *Vers l'indifférence des sexes? Union civile et filiation au Québec*, Montréal, Boréal.

THÉRY, Irène (1998), *Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Paris, Odile Jacob.

Articles et contributions à des ouvrages collectifs

APOLLON, Willy, « Qui a le droit... et au nom de quoi? », *Familles en mouvance : quels enjeux éthiques?* (Françoise-Romaine Ouellette, Renée Joyal et Roch Hurtubise, dir.), Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 2005, p. 359.

AZOUX-BACRIE, Laurence, « Accès à la connaissance des origines personnelles et médiation », *Procréation et droits de l'enfant* (Gérard Teboul, dir.), Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 33.

CADORET, Anne, « Constructions familiales et engagement », *Familles en mouvance. Quels enjeux éthiques?* (Françoise-Romaine Ouellette, Renée Joyal et Roch Hurtubise, dir.), Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 2005, p. 89.

DIATKINE, René, « Fécondation in vitro, congélation d'embryons et mères de substitution. Le point de vue d'un psychanalyste », *Génétique, procréation et droit*, Paris, Actes Sud, 1985, p. 279.

GOUBAU, Dominique, « Open adoption au Canada », *Parents de sang. Parents adoptifs* (Agnès Fine et Claire Neirinck, dir.), Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2000, p. 63.

GOUBAU, Dominique, et Claire O'NEILL, « L'adoption, l'Église et l'État. Les origines tumultueuses d'une institution légale », *L'évolution de la protection de l'enfance au Québec. Des origines à nos jours* (Renée Joyal, dir.), Sainte-Foy, Presses de l'Université du Québec, 2002, p. 97.

HAUSER, Jean, « Mariage et couples homosexuels », (2005) *Revue trimestrielle de droit civil*, p. 574.

HEIFETZ-HOLLINGER, Joan, « L'adoption ouverte aux États-Unis », *Parents de sang. Parents adoptifs* (Agnès Fine et Claire Neirinck, dir.), Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2000, p. 45.

JOYAL, Renée, « La filiation homoparentale, rupture symbolique et saut dans l'inconnu. Quelques réflexions à la lumière de l'évolution récente du droit de la filiation », (Pierre-Claude Lafond et Brigitte Lefebvre, dir.), *L'union civile. Nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21^{ème} siècle*, Cowansville, Éditions Yvons Blais, 2003, p. 307.

JOYAL, Renée, « La prise en compte du point de vue de l'enfant dont la garde est contestée : examen des principaux dispositifs utilisés », (Richard Cloutier et Marie-Christine Saint-Jacques, dir.), *Séparation conjugale : pour qui les gains, pour qui les pertes?*, Québec, Université Laval, Centre de recherche sur l'adaptation des jeunes et des familles à risque, 2002, p. 111.

JOYAL, Renée, « Comment et pour qui modifier les lois, ou l'art d'oublier le quoi et le pourquoi. L'exemple récent des modifications au droit québécois de la parenté et de la filiation », *Familles en mouvance : quels enjeux éthiques?* (Françoise-Romaine Ouellette, Renée Joyal et Roch Hurtubise, dir.), Québec, Presses de l'Université Laval, 2005, p. 157.

JULIEN, Danielle, « Trois générations de recherches empiriques sur les mères lesbiennes, les pères gais et leurs enfants », *L'union civile, nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21^{ème} siècle* (Pierre-Claude Lafond et Brigitte Lefebvre, dir.), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 359.

KELLY, Fiona, « Nuclear Norms or Fluid Families? Incorporating Lesbian and Gay Parents and their Children into Canadian Family Law », (2004) *21 Canadian Journal of Family Law*, p. 133.

LABRUSSE-RIOU, Catherine, « Don et utilisation de sperme et d'ovocytes. Le point de vue d'une juriste », *Génétique, procréation et droit*, Paris, Actes Sud, 1985, p. 255.

LE BRIS, Sonia, « Procréation médicalement assistée et parentalité à l'aube du 21^{ème} siècle », (1994) *1 Revue de perfectionnement du Notariat*, p. 645.

LE GALL, « Discours et vécu de femmes en situation pluriparentale », *Familles en mouvance. Quels enjeux éthiques?* (Françoise-Romaine Ouellette, Renée Joyal et Roch Hurtubise, dir.), Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 2005, p. 69.

LIBCHABER, Rémy, « L'adoption par des homosexuels et le principe d'égalité : une nouvelle rhétorique dans le débat public, (2002) *Revue trimestrielle de droit civil*, p. 611.

MEULDERS-KLEIN, Marie-Thérèse, « Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées », (1988) 87 *Revue trimestrielle de droit civil*, p. 611.

MOORE, Benoît, « Les enfants du nouveau siècle (libres propos sur la réforme de la filiation) », *Barreau du Québec, Développements récents en droit familial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 75.

MOORE, Benoît, « Quelle famille pour le 21^{ème} siècle? Perspectives québécoises », (2003) 20 *Canadian Journal of Family Law*, p. 57.

MORIN, Michel, « La longue marche vers l'égalité des conjoints de même sexe », *L'union civile, nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21^{ème} siècle* (Pierre-Claude Lafond et Brigitte Lefebvre, dir.), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 63.

MYKITIUK, Roxanne, « Beyond Conception: Legal Determination of Filiation in the Context of Assisted Reproductive Technologies », (2001) 39 *Osgoode Hall Law Journal*, p. 771.

PHILIPS-NOOTENS, Suzanne, « De l'enfant conçu à l'enfant programmé : quand la liberté s'égaré », *Familles en mouvance : quels enjeux éthiques?* (Françoise-Romaine Ouellette, Renée Joyal et Roch Hurtubise, dir.), Québec, Presses de l'Université Laval, 2005, p. 177.

PRATTE, Marie, « L'homoparenté en droit québécois : questions et inquiétudes à propos d'une réforme inachevée », *Familles en mouvance : quels enjeux éthiques?* (Françoise-Romaine Ouellette, Renée Joyal et Roch Hurtubise, dir.), Québec, Presses de l'Université Laval, 2005, p. 193.

SHENFIELD, Françoise, « Don de gamètes et d'embryons. L'anonymat du don en question : la position britannique » *Procréation et droits de l'enfant* (Gérard Teboul, dir.), Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 109.

VANDELAC, Louise, « La famille reconstituée par la biologie : des flous du droit au droit floué? », (1999) 33 *Revue juridique Thémis*, p. 373.

Documents publics, rapports

Commission de réforme du droit du Canada (1992), *La procréation médicalement assistée*, Document de travail no 65, Ottawa, Approvisionnement et services Canada.

Commission royale d'enquête sur les nouvelles techniques de reproduction (1993), *Un virage à prendre en douceur*, Ottawa, Approvisionnement et services Canada.

Étude de législation comparée numéro 100, janvier 2002, Sénat de la République française, en ligne.

Génétique, procréation et droit, Actes du colloque tenu à la demande du Président de la République, Paris, Actes Sud, 1985.