

La nature des fictions juridiques au sein du nouveau mode de filiation unisexuée au Québec; un retour aux sources ?

Anne-Marie Savard

Volume 47, Number 2, 2006

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043889ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043889ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Savard, A.-M. (2006). La nature des fictions juridiques au sein du nouveau mode de filiation unisexuée au Québec; un retour aux sources ? *Les Cahiers de droit*, 47(2), 377–405. <https://doi.org/10.7202/043889ar>

Article abstract

While relatively unchanging and somewhat faithful to its bygone history over many decades, the legal regime governing filiation has sustained significant changes over the years, particularly in Québec. For example, contrary to the bisexual model of reproduction that has always existed here, since June 2002 it is henceforth possible for a same gender couple have a bond of parentage recognized with a child by means of adoption, or in the case of two women, following the resorting to medically-assisted conception.

Despite these profound changes in the way the law « approaches » the nature and the role of parental bonding, legal literature has broached the subject of the legal regime governing filiation mainly from a positivist standpoint. The purpose of this paper is to shed new light on this branch of legal thinking by resetting the institution of filiation in an historic perspective centred on an analysis of the fiction of law. More particularly, the author speculates as to whether the fictions upon which are founded this new unisexual parental bond joins with traditional Roman or medieval roots of fiction of law, or to the contrary would further depart from them.

Once having defined the groundwork of her legal enquiry in the introduction, the author divides her paper into two main parts. First, she briefly describes the evolution of the notion of fiction of law within the realm of civil law inspiration, beginning with Roman and then medieval law, both civil and canonical. Second, she demonstrates how the fictions found the new Québec law have more in common, with certain reservations, with Roman roots of legal fiction, a fiction devoid of limits, which represents a break in continuity with regard to the legal fiction model of medieval influence, which remained in force until quite recently.

La nature des fictions juridiques au sein du nouveau mode de filiation unisexuée au Québec ; un retour aux sources ?

Anne-Marie SAVARD

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. Par exemple, contrairement au modèle de la reproduction bisexuée y ayant toujours existé, il est désormais possible, depuis juin 2002, pour un couple de même sexe, de se voir reconnaître un lien de filiation avec un enfant, par l'entremise de l'adoption, ou encore, dans le cas de deux femmes, à la suite du recours à la procréation assistée.

Malgré ces changements profonds dans la façon dont le droit « aborde » la nature et le rôle du lien filial, la littérature juridique a surtout abordé le thème du droit de la filiation sous des angles positivistes. L'objet du présent article est d'apporter un éclairage nouveau à cette branche du droit en replaçant l'institution de la filiation dans une perspective historique axée sur l'étude de la fiction juridique. Plus particulièrement, l'auteure se demande si les fictions sur lesquelles repose ce nouveau lien filial unisexué rejoint les racines traditionnelles, romaines ou médiévales, de la fiction juridique ou encore s'en éloigne.

Après avoir défini les principaux termes de son questionnement juridique dans la partie introductive, l'auteure divise son article en deux parties principales. Dans un premier temps, elle décrit brièvement l'évolution de la notion de fiction juridique au sein du droit d'inspiration civiliste, d'abord en droit romain et ensuite en droit médiéval, autant civil que canonique. Dans un second temps, elle démontre comment les fictions qui se trouvent dans la nouvelle loi québécoise rejoignent davantage, avec certaines réserves, les racines romaines de la fiction juridique, fiction dénuée de limites, ce qui représente une rupture par rapport au modèle de la fiction d'influence médiévale, ayant régné jusqu'à tout récemment.

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

While relatively unchanging and somewhat faithful to its bygone history over many decades, the legal regime governing filiation has sustained significant changes over the years, particularly in Québec. For example, contrary to the bisexual model of reproduction that has always existed here, since June 2002 it is henceforth possible for a same gender couple have a bond of parentage recognized with a child by means of adoption, or in the case of two women, following the resorting to medically-assisted conception.

Despite these profound changes in the way the law «approaches» the nature and the role of parental bonding, legal literature has broached the subject of the legal regime governing filiation mainly from a positivist standpoint. The purpose of this paper is to shed new light on this branch of legal thinking by resetting the institution of filiation in an historic perspective centred on an analysis of the fiction of law. More particularly, the author speculates as to whether the fictions upon which are founded this new unisexual parental bond joins with traditional Roman or medieval roots of fiction of law, or to the contrary would further depart from them.

Once having defined the groundwork of her legal enquiry in the introduction, the author divides her paper into two main parts. First, she briefly describes the evolution of the notion of fiction of law within the realm of civil law inspiration, beginning with Roman and then medieval law, both civil and canonical. Second, she demonstrates how the fictions found the new Québec law have more in common, with certain reservations, with Roman roots of legal fiction, a fiction devoid of limits, which represents a break in continuity with regard to the legal fiction model of medieval influence, which remained in force until quite recently.

	<i>Pages</i>
1 La fiction et son application en matière de filiation : une influence historique.....	386
1.1 Le droit romain ou la fiction exempte de limites	386
1.2 Le droit médiéval ou la fiction limitée par la «nature» et la «vérité»	389
2 La fiction et son application en matière de filiation : le positionnement du nouveau modèle québécois	393
2.1 Le contexte avant la <i>Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation</i>	393

2.2 Le contexte depuis l'adoption de la <i>Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation</i>	400
Conclusion	404

En juin 2002, le concept juridique de filiation a subi une transformation radicale au Québec alors qu'il est désormais devenu possible, pour un couple de même sexe, de se voir reconnaître un lien de filiation avec un enfant¹. Cette réforme inédite² pose avec acuité la question du rapport

1. C'est la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, c. 6, adoptée en moins de deux mois, qui a créé cette possibilité. Le lien de filiation peut être établi, dans ce cas, par l'entremise de l'adoption, ou encore, pour deux femmes, à la suite du recours à la procréation assistée. Pour une analyse détaillée de cette réforme, voir notamment : B. MOORE, « Les enfants du nouveau siècle (libres propos sur la réforme de la filiation) », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit familial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 75 ; F. DUSSAULT, « Les nouvelles règles de filiation au Québec : les enjeux normatifs sur l'institution de la filiation », dans P.-C. LAFOND et B. LEFEBVRE (dir.), *L'union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21^e siècle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 313 ; S. PHILIPS-NOOTENS et C. LAVALLÉE, « De l'état inaliénable à l'instrumentalisation : la filiation en question », dans P.-C. LAFOND et B. LEFEBVRE (dir.), *op. cit.*, note 1, p. 337 ; M.-F. BUREAU, « L'union civile et les nouvelles règles de filiation : tout le monde à bord pour redéfinir la parentalité », dans P.-C. LAFOND et B. LEFEBVRE (dir.), *op. cit.*, note 1, p. 385 ; A. ROY, *La filiation homoparentale : esquisse d'une réforme précipitée*, [En ligne], 2004, [www.erudit.org/revue/efg/2004/v/n1/008896ar.html] (10 février 2006) ; et, enfin, M. PRATTE, « La filiation réinventée : l'enfant menacé ? », (2003) 33 *R.G.D.* 541.
2. Bien que certaines provinces canadiennes et certains pays, tels la Grande-Bretagne, la Belgique, l'Espagne, les Pays-Bas et l'Écosse, permettent, depuis quelques années et selon différentes modalités, l'adoption par des couples de même sexe, le Québec a été la première législature à introduire la possibilité pour deux femmes de se voir reconnaître un lien de filiation avec un enfant, à la suite du recours à la procréation assistée. Cette possibilité est refusée aux couples masculins puisque l'article 541 du Code civil du Québec interdit le recours aux mères porteuses. Depuis juillet 2005, la Suède a toutefois suivi l'exemple du Québec, en permettant à la conjointe de la femme ayant donné naissance à l'enfant, par l'intermédiaire du recours à la procréation assistée dans un hôpital public, de devenir automatiquement la « co-mère » de l'enfant né. Pour une revue des lois concernant les différents droits des couples de même sexe en la matière, voir : HOMOPARENTALITÉ, [En ligne], [www.homoparentalite.com/index.php] (27 janvier 2006). Pour une analyse particulière du processus d'adoption de la loi aux Pays-Bas, voir H. FULCHIRON, « La reconnaissance de la famille homosexuelle aux Pays-Bas », J.C.P. 2001, n^{os} 21-22. Plus généralement, voir aussi F. BOULANGER, *Enjeux et défis de l'adoption : étude comparative et internationale*, Paris, Economica, 2001, 312 p.

entre la notion de filiation et la nature. En effet, jusque-là, le lien de droit unissant un enfant avec ses parents se voulait généralement conforme au modèle de la reproduction bisexuée, et ce, même dans les cas de la filiation adoptive ou de la procréation assistée. En d'autres termes, les parents n'étaient peut-être pas, toujours et sans exception, les «géniteurs» de leur enfant, mais le «réfèrent biologique» demeurait la norme, de façon que les parents «fictifs» paraissent «vraisemblables» selon la nature.

Cependant, sur quelles bases le droit de la filiation doit-il refléter ce que seule la nature peut accomplir? Ou, au contraire, comment le droit est-il en mesure de s'émanciper de toute contrainte «naturelle» en matière de filiation? Quelles sont les limites que doit tracer le droit à cet égard et selon quels fondements? Pour esquisser quelques éléments de réponse intéressants sur le sujet et prendre un peu de distance dans l'analyse de ces changements législatifs fondamentaux, un regard porté sur la technique de la fiction juridique peut s'avérer fort utile. En effet, comme le suggère Yan Thomas, «sur le terrain de la technique fictionnelle est inlassablement posée la question, toujours subordonnée à des enjeux très concrets, de la construction du rapport entre droit et nature³». Ce procédé qui, comme nous le verrons, consiste à produire un autre monde, un monde faux selon la nature mais vrai selon le droit, a toujours été au cœur des montages de la filiation telle qu'elle a été conçue dans la culture juridique d'origine romano-canonique. La filiation juridique ne s'est jamais bornée à n'être que le «calque» des liens de sang: au contraire, elle a toujours intégré des éléments factices dans sa définition, dans la plupart des cas, au moyen de la fiction.

La relation entre la fiction juridique et la filiation sera donc au cœur de notre discussion, alors que nous tenterons de répondre à la question suivante: *Dans quelle mesure les fictions sur lesquelles repose le nouveau lien de filiation entre deux personnes de même sexe et un enfant au Québec⁴ rejoignent-elles la nature traditionnelle et historique de la fiction*

3. Y. THOMAS, «Fictio Legis. L'Empire de la fiction romaine et ses limites médiévales», (1995) 21 *Droits, Revue française de théorie juridique* 17, 48. Dans le même article, (p. 19), cet auteur regrette que les juristes se soucient trop peu de l'artifice du «comme si» et négligent de s'interroger sur le type de rapport qu'il suppose entre la construction juridique et la réalité naturelle.

4. Dans le but d'éviter toute confusion dans nos propos, notons une distinction essentielle entre la fiction au sein d'une filiation adoptive entre deux personnes de même sexe, hommes ou femmes, et un enfant (permise conjointement par les articles 546 et 115 du *Code civil du Québec*) et celle au cœur d'une filiation à la suite du recours par deux femmes à la procréation assistée, comme le prévoient les articles 538 et suivants du *Code civil*. Dans le premier cas, le lien de filiation établi entre chacun des membres du couple de même sexe nie la réalité biologique, tandis que dans le cas de deux femmes utilisant

juridique, telle qu'elle a été élaborée par le droit romain puis retravaillée par le droit médiéval, ou s'en éloignent-elles ?

Il est tout à fait légitime de se demander pourquoi accorder une importance particulière à ces deux phases historiques qui peuvent sembler bien éloignées des problèmes juridiques contemporains posés par la filiation, au Québec. En effet, pourquoi étudier le droit romain et le droit médiéval, aujourd'hui, et en quoi peuvent-ils apporter un éclairage instructif concernant une nouvelle loi québécoise sur le droit de la filiation ?

D'abord, afin de circonscrire avec toute la rigueur nécessaire le concept de fiction juridique et ainsi d'apporter un éclairage utile aux transformations récentes du droit québécois de la filiation, nous avons estimé impérieusement nécessaire de remonter aux origines, de «dépoussiérer», en quelque sorte, les fondements de la fiction juridique. Par ce retour aux sources historiques, le droit romain aurait néanmoins pu apparaître comme un «simple fait social, le produit d'un peuple particulier à un moment donné dans le temps⁵» et donc n'être utile aux juristes qu'à très peu d'égards. Au contraire, le droit romain a traversé le temps et a fortement influé sur le droit de plusieurs pays occidentaux, non sans toutefois passer par une importante «usine de transformation», soit celle de la scolastique médiévale. Grâce à cette opération d'envergure, que Pierre Legendre nomme la «Révolution de l'interprète⁶», où le droit romain a été «capté»,

les techniques de reproduction assistée, seul un des liens de filiation maternel nie cette réalité biologique : c'est évidemment celui de la mère n'ayant pas donné naissance à l'enfant.

5. H.P. GLENN, «La tradition juridique nationale», (2003) 2 *R.I.D.C.* 263, 272.
6. Après la chute de l'Empire romain (en 476), l'empereur Justinien 1^{er}, siégeant à Byzance, a commandé une entreprise de dépouillement de tout ce qui constituait le droit romain antécédent, une mise à jour des règles techniques et une relance de l'activité légiférante (le *Digeste* est une des deux parties constituant les collections justiniennes, l'autre étant le *Code* et son complément, les *Novelles*). Cette compilation est pratiquement tombée dans l'oubli jusqu'à la fin du XI^e et du début du XII^e siècle. Bien sûr, entre ces deux périodes importantes, le droit romain n'avait pas totalement disparu, mais «it had lost, for a while, its ability to convince people», comme le rappelle H.P. GLENN, *Legal Traditions of the World : Sustainable Diversity in Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 120-121. C'est lors de la période tumultueuse des XI^e et XII^e siècles, alors que se sont produites notamment la séparation de l'Église et de l'État en Europe occidentale, la naissance des universités et la création des professions légales, que l'Occident s'est réapproprié le droit romain, par l'entreprise des scolastiques médiévaux. En définitive, ce qui se produit alors, c'est l'accomplissement du droit romain par le christianisme. Pour plus de détails à ce sujet, voir 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. Voir aussi P. LEGENDRE, *Les enfants du texte : étude sur la fonction parentale des États (Leçons VI)*, Paris, Fayard, 1992, p. 110 et suiv. Voir également les pages 237 et suivantes, plus particulièrement la page 243,

«recuit» et «préservé», ce droit a alors acquis la légitimité nécessaire pour s'imposer et devenir la source du droit civil tel que nous le connaissons aujourd'hui⁷. C'est à partir de ce droit, «réusiné», que les représentations contemporaines en matière de filiation se sont pour la plupart construites et perpétuées, notamment par l'intermédiaire du droit français, dont le *Code civil du Bas Canada* de 1866 s'est fortement inspiré, surtout en ce qui a trait au droit des personnes et de la famille. La période clé du Moyen Âge et des scolastiques constitue donc, en quelque sorte, le «berceau» des montages contemporains de la filiation, au cœur desquels la fiction joue un grand rôle et constitue ainsi une richesse incontournable pour notre étude.

Une grande partie de l'intérêt du droit romain réside donc dans sa «réincarnation» dans le droit médiéval, et c'est pourquoi nous devons étudier ces deux droits de façon concomitante, afin qu'ils puissent apporter l'éclairage dont nous avons besoin en matière de fiction et de filiation. Cependant, il y a plus. En effet, il est possible que ce retour aux sources, que ce détour par le droit romain et le droit médiéval fasse apparaître, par contraste entre ces deux droits, «les traits les plus singuliers de ce droit [le droit romain], qui [n']est devenu le nôtre qu'après son absorption par le christianisme⁸». Ainsi, notre brève étude de la fiction romaine nous aidera peut-être à concevoir dans toute son ampleur le «radical détachement» de l'institution d'avec la nature, tandis que le détour par le droit médiéval permettra sans doute de mieux comprendre pour quelles raisons la fiction a semblé «reculer», à partir de cette période, période qui a laissé ses traces jusque dans le droit civil contemporain. Notre démarche doit

où Legendre considère que le droit civil romain, revisité par le christianisme pontifical et les commentateurs scolastiques, est le fondement, le pilier véritable des constructions normatives modernes.

7. H.P. GLENN, *loc. cit.*, note 5, 268, souligne à juste titre, à propos de l'origine du droit civil contemporain, que «[p]ersonne ne pouvait imposer un système juridique national au 12^e siècle avec la renaissance de la tradition romaniste. Il a fallu longuement réfléchir sur la place et la forme des coutumes, leur priorité originale sur toute notion de législation, le rôle, très important, de la jurisprudence, la structure de l'autorité médiévale, les rôles respectifs, donc comparés, de l'Église et des Rois, l'expérience et le territoire des voisins.» C'est donc davantage qu'une simple redécouverte du droit romain qui s'est produite du XI^e au XIII^e siècle: c'est en fait un véritable «retour documenté» du droit romain, qui s'est par la suite imposé comme le socle du droit civil contemporain. Notons au surplus que, dans cet article, l'auteur soutient que la notion de «système juridique» est «dépassée» et que celle-ci devrait être remplacée, par les juristes, par la notion de «tradition juridique», beaucoup plus opérationnelle, selon l'auteur, car elle est fondée sur ce qui est capté et préservé à travers le temps. La scolastique médiévale a expressément constitué en une «capture» et une «refondation» du droit romain à l'image de l'époque, traversée par une forte influence religieuse.
8. Y. THOMAS, *loc. cit.*, note 3, 20.

donc se concevoir dans une perspective historique dont l'objectif n'est pas simplement de mettre en parallèle le droit contemporain de la filiation au Québec et le droit romain, mais plutôt de mettre en évidence les sources de ce droit de façon à mieux comprendre les récentes transformations qu'il a subies.

Notre article se divise en deux parties principales. Après avoir défini les principaux termes du questionnement dans l'introduction, nous aborderons dans la première partie de l'article, plus descriptive, la notion de fiction juridique et son application en matière de filiation, telles qu'elles ont été développées par le droit romain, d'une part, et par le droit médiéval, d'autre part. Dans la seconde partie, nous démontrerons de quelle façon la part de fiction qui se trouve au sein de la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, principalement la possibilité d'une filiation unisexuée entre deux adultes et un enfant, s'éloigne désormais de ses racines médiévales mais se rapproche davantage, avec certains bémols toutefois, de ses racines romaines.

Quelques définitions

«La fiction prend pour vrai ce qui est certainement contraire au vrai» (*In re certa contrariae veritatis pro veritate assumptio*)⁹. Voilà sans doute la définition la plus complète et la plus juste de la fiction. L'élément d'*artifice* constitue en effet l'élément central de la notion¹⁰ et son rôle «est d'accroître l'extension de catégories juridiques préexistantes¹¹». Soulignons d'emblée la différence ontologique existant entre la *fiction* et la *présomption*, que d'aucuns ont souvent tendance à confondre : la première repose avant tout sur la *certitude du faux*, tandis que la seconde s'appuie plutôt sur l'*incertitude du vrai*¹². En d'autres termes, la présomption assume l'imperfection de la connaissance humaine tout en prenant des airs de certitude (tel est le cas, par exemple, de la présomption de paternité), tandis que la fiction est dans tous les cas de figure une négation du vrai manifeste. Elle ne se contente pas de mettre un terme à la recherche du vrai, comme dans le cas de la présomption, mais c'est plutôt cette recherche que d'emblée elle répudie, ce qui pose, bien sûr, la difficile, et peut-être même insurmontable,

9. Y. THOMAS, *loc. cit.*, note 3, 17, précise que cette définition a été élaborée par Cinus de Pistoia et recopiée ensuite par les juristes des XIV^e et XV^e siècles.

10. P. FORIERS, «Présomptions et fictions», dans C. PERELMAN et P. FORIERS (dir.), *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1974, p. 7, à la page 17.

11. L. SILANCE, «La personnalité juridique ; réalité ou fiction ?», dans C. PERELMAN et P. FORIERS (dir.), *op. cit.*, note 10, p. 287.

12. Y. THOMAS, *loc. cit.*, note 3, 18.

question de la place de la vérité en droit¹³. Pour Alain Supiot, les fictions du droit, notamment en matière de filiation, sont «des ressources techniques dont la fonction est d'inscrire tout être humain à la fois dans la vie biologique et dans la vie de la représentation, et de lui permettre d'accéder ainsi à la raison¹⁴».

La notion de filiation juridique, quant à elle, a davantage été définie et sa fonction «institutive¹⁵», pour l'être humain, demeure incontestable. Comme le souligne Pierre Legendre,

l'humain émerge d'un abîme indicible et construit son être en traversant l'équivalent d'une mort, la séparation d'avec l'objet premier: les paroles et les images qui nous fabriquent—les *Fata* des Anciens—nous fabriquent comme fils du discours, c'est-à-dire nous font naître une deuxième fois, non plus matériellement mais «de droit»¹⁶.

C'est ainsi que la filiation peut être considérée comme un «instrument juridique de la socialisation du sujet¹⁷», une «construction de discours, une élaboration dogmatique, l'artifice le plus directement lié dans l'humanité aux données immédiates de la reproduction de la vie¹⁸». Il est donc essentiel de poser, dans le présent article, que la notion de filiation juridique constitue davantage qu'un simple lien entre deux êtres. Elle remplit, avant tout, une fonction «vitale» pour l'être humain, en le faisant passer

13. C. PERELMAN, «Présomptions et fictions en droit, essai de synthèse», dans C. PERELMAN et P. FORIERS (dir.), *op. cit.*, note 10, p. 339. Sur la question du lien entre fiction et vérité, le lecteur pourra consulter avec intérêt le plus récent numéro (double) de *L'Homme, revue française d'anthropologie*, intitulé «Vérités de la fiction», publié en 2005. Plus particulièrement, en droit, Y. THOMAS, «Les artifices de la vérité en droit commun médiéval», *L'Homme, revue française d'anthropologie*, n°s 175-176, 2005, p. 113, signe un article fort enrichissant en ce qu'il met clairement en opposition les droits romain et médiéval en matière de fiction juridique.
14. A. SUPIOT, *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, Éditions du Seuil, 2005, p. 221.
15. P. Legendre, juriste (agrégé de droit romain et d'histoire du droit) et psychanalyste français, a beaucoup écrit, à travers ses innombrables Leçons, sur cette fonction institutive, propre au droit. Il résume ce rôle par une formule romaine, *vitam instituere*, qui signifie qu'il ne suffit pas de produire la chair humaine, encore faut-il l'instituer pour qu'elle vive, pour que la vie se reproduise. Sur cette notion centrale à l'œuvre de l'auteur, voir: P. LEGENDRE, *Leçons IV, suite 2. Filiation; fondement généalogique de la psychanalyse*, Paris, Fayard, 1990, p. 10; P. LEGENDRE, *L'inestimable objet de la transmission. Étude sur le principe généalogique en Occident (Leçons IV)*, Paris, Fayard, 1985, p. 135 et p. 349 et suiv.; et P. LEGENDRE, *op. cit.*, note 6, p. 90 et suiv. Voir aussi, dans le même sens, A. SUPIOT, *op. cit.*, note 14, p. 77.
16. P. LEGENDRE, *op. cit.*, note 6, p. 49.
17. P. LEGENDRE, *L'inestimable objet de la transmission. Étude sur le principe généalogique en Occident (Leçons IV)*, *op. cit.*, note 15, p. 105.
18. *Id.*, p. 127.

du «registre réel», c'est-à-dire de la naissance «brute», là où règnent le désordre et le chaos, au «registre symbolique», c'est-à-dire dans la vie des images et de la représentation, là où il pourra vivre et se reproduire.

La construction du discours de la filiation, par toute société, permettra donc de fonder l'identité personnelle des humains. Toutefois, cette construction n'est jamais arbitraire. Au contraire, l'éventail des formules élaborées par la société est très vaste certes, mais, «pour qu'elles fonctionnent comme des institutions, il faut qu'elles soient soutenues sans ambiguïté par la loi du groupe, qu'elles soient inscrites fermement dans la structure sociale et correspondent aux représentations locales de la personne et de l'identité¹⁹». Les images construites par la notion de filiation, ou, en quelque sorte, le «miroir» qui représente l'être humain et le définit, ne sont donc pas laissées à l'appréciation des individus. À ce titre, la définition de Pierre Verdier soutenant que la filiation est une «institution qui crée des liens de droit entre des personnes, et c'est une parole socialement reconnue qui établit la filiation²⁰», nous semble juste et intéressante en ce qu'elle précise clairement que le lien de filiation exige d'être un lien *inscrit* et non simplement un lien de fait²¹. En d'autres termes, l'essence même de l'institution de la filiation ne lui permet pas d'être une simple transcription d'une réalité biologique, comme les liens du sang, ou sociale, comme le fait pour un adulte de s'occuper d'un enfant : il s'agit, dans tous les cas, d'une construction de discours et d'images, cohérente pour une société donnée, et qui se superpose à une réalité toute nue.

Ces premiers jalons étant posés, un court voyage dans le temps s'impose pour mettre en lumière l'héritage du droit romain et du droit médiéval en matière de fiction juridique. Nous verrons également comment cette notion s'est traduite dans le domaine de la filiation.

19. F. HÉRITIER, *Masculin/Féminin II Dissoudre la hiérarchie*, Paris, Odile Jacob, 2002, p. 217.

20. P. VERDIER, «Ce que l'adoption nous apprend des enfants qui ne sont pas nés de la sexualité de leurs parents», dans M. GROSS (dir.), *Homoparentalités, état des lieux. Parentés et différences des sexes*, Issy-les-Moulineaux, ESF éditeur, 2000, p. 33, à la page 34.

21. I. THÉRY, «Différence des sexes et différence des générations. L'institution familiale en déshérence», *Esprit*, vol. 227, 1996, p. 73.

1 La fiction et son application en matière de filiation : une influence historique

1.1 Le droit romain ou la fiction exempte de limites

« On m'appelle nature et je suis tout art ²² ». Voilà qui décrit de belle façon l'esprit fondamental du droit romain. Comme nous le rappelle Olivier Cayla, la fiction « a connu son triomphe dans un univers conceptuel, celui du droit romain, pourtant présenté traditionnellement comme étant celui du naturalisme classique, c'est-à-dire réputé pour son attachement au respect du juste inscrit dans la nature des choses ²³ ». La fiction, telle qu'elle a été exploitée par le droit romain, exprimait plutôt un *hiatus*, une mise à distance importante entre la réalité et la façon dont elle était exprimée par la voix du droit. Autrement dit, à cette époque charnière pour le droit civil, la fiction juridique était une manière de « souligner l'écart au fait comme étant constitutif du droit ²⁴ ».

Ce procédé de la fiction juridique était utilisé à Rome principalement en vue d'assurer l'unité et la cohérence des règles institutionnelles. C'est cette motivation qui faisait de la fiction romaine une fiction qui n'était tempérée par *aucune* limite, qu'elle soit logique, naturelle, biologique ou spirituelle. Elle incarnait l'apogée d'un artificialisme débordant, au service, avant tout, du fonctionnement de cette société antique.

Il faut se replacer brièvement dans le contexte du droit romain pour percevoir les raisons précises motivant le recours à la technique fictionnelle, particulièrement en ce qui a trait à l'aménagement des liens familiaux à cette époque. Un des motifs principaux incitant les juristes à utiliser la fiction était la succession, la transmission des biens patrimoniaux ou l'héritage. La société romaine accordait en effet une importance fondamentale à la question de la succession. Succéder, c'est-à-dire « prendre la place de », constituait sans contredit la poutre maîtresse de toute l'organisation familiale romaine. C'est ainsi que les règles relatives au mariage et à la filiation étaient toutes orientées vers la perpétuation de la *domus*, la maison ou encore la descendance. Ainsi, à titre d'exemple, le concept de légitimité, à cette époque, ne s'inscrivait pas dans une opposition avec une filiation dite « naturelle », c'est-à-dire hors les liens du mariage, comme il le sera beaucoup plus tard, mais il faisait plutôt référence au seul mode de

22. Voltaire, cité dans O. CAYLA, « Ouverture : le jeu de la fiction entre « comme si » et « comme ça » » (1995) 21 *Droits, Revue française de théorie juridique* 3.

23. *Id.*, 6 et 7.

24. Y. THOMAS, *loc. cit.*, note 3, 20.

filiation susceptible de perpétuer la lignée, soit la *domus*²⁵. Deux moyens s'offraient au citoyen romain pour se « fabriquer » une descendance légitime : d'abord, la voie du mariage, qui créait un lien de filiation légitime entre l'enfant et le mari de la mère ; et aussi la voie fictive de l'adoption, « l'institution romaine par excellence »²⁶.

Comme l'exprime Yan Thomas, l'adoption à Rome « a ceci de particulier de n'être bornée par aucune limite naturelle. Tout en elle est artificiel et juridique »²⁷. C'était un homme, un citoyen romain, qui avait la faculté d'adopter, et il n'était pas nécessaire qu'il soit marié dans les faits²⁸. S'il l'était, sa femme n'était pas présente à l'acte. L'adoption romaine était donc une affaire d'hommes et ne constituait qu'un moyen de faire entrer un nouveau membre sous la puissance du *pater familias*, pour ne pas laisser s'éteindre la *domus*²⁹. Les fictions juridiques romaines refusaient donc

25. Pour une analyse en profondeur des institutions du mariage et de la filiation à Rome, le lecteur pourra consulter A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris, PUF, 1996. Voir aussi Y. THOMAS, *loc. cit.*, note 13, 114, qui souligne qu'à Rome était dite « naturelle » l'institution réemployée pour en forger une seconde et non une institution faisant référence à une réalité « préinstitutionnelle ». C'est pourquoi la filiation adoptive était qualifiée de filiation « naturelle », c'est-à-dire de filiation qui s'apparentait à la nature.

26. Y. THOMAS, *L'union des sexes : le difficile passage de la nature au droit. Entretien avec Yan Thomas*, p. 10, [En ligne], 1998, [www.revue-lebanquet.com/fr/art/1998/228.htm], (26 janvier 2006). Le même auteur précise qu'à l'époque « [l]es textes du Corpus ne qualifiaient certes pas la filiation adoptive de fictive, expression qui appartient en revanche aux glossateurs médiévaux, apôtres d'une filiation qui n'était pour eux véritable que par la chair et le sang » : Y. Thomas, *loc. cit.*, note 13, 124. En d'autres termes, le lien juridique que créait l'adoption ne pouvait donc être fictif puisque l'adoption constituait un mode de filiation légitime, autant que celui qui est créé par la naissance dans les liens du mariage. Toutefois, Thomas précise que l'acte juridique de l'adoption romaine, quant à lui, créait une véritable fiction, puisqu'il stipulait que l'adopté avait été engendré dans les liens du mariage, alors même que l'adoptant pouvait ne pas être marié ! Là est toute la nuance.

27. Y. THOMAS, *op. cit.*, note 26, p. 10.

28. Toutefois, comme cela a été mentionné plus haut, (Y. THOMAS, *op. cit.*, note 26), l'acte juridique créant le lien de filiation adoptif comportait la fiction de la procréation dans les liens du mariage.

29. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, note 25, p. 244. Voir aussi A. FINE, « Unifiliation ou double filiation dans l'adoption française », *Anthropologie et sociétés*, vol. 24, n° 3, 2000, particulièrement aux pages 24 et 25, où l'auteure parle de l'adoption romaine comme d'une filiation légitime unilinéaire exclusivement masculine, puisque l'épouse ne devenait pas la mère adoptive, tandis que le fils adoptif avait deux pères, soit son père par le sang et son père adoptif. Il conservait ses deux noms, mais héritait exclusivement de son père adoptif. Voir aussi Y. THOMAS, « À Rome, pères citoyens et cité des pères (II^e s. av. J.-C. – II^e s. ap. J.-C.) », dans A. BURGUIÈRE et autres (dir.), *Histoire de la famille*, t. 1, Paris, Armand Colin, 1986, p. 253.

toute référence aux données biologiques³⁰, si bien que l'on ne se préoccupait pas à Rome de l'écart d'âge entre l'adoptant et l'adopté, à tout le moins à l'époque classique, ni de savoir si l'adoptant était en état de procréer³¹. Il était même possible pour un homme d'adopter un fils plus âgé que lui, provoquant ce que la religion romaine appelait un « monstre » : un renversement de l'ordre des générations³². Tout, finalement, pour faire en sorte qu'un fils, produit « contre nature », hérite de son père.

Ce qui apparaît remarquable, donc, dans l'invention juridique romaine de l'adoption ou de l'adrogation³³, est cette « faculté de créer du lien social hors chair ³⁴ ». Le « modèle fictif » n'avait pas à calquer le « modèle réel », de façon à en imiter les principales caractéristiques, en somme, pour « avoir l'air vrai ». La « loi de la vraisemblance » ne jouait manifestement pas, comme elle le fera plus tard, au Moyen Âge, lorsque le christianisme pénétrera le droit romain, retravaillé par les scolastiques de l'époque. À Rome, le droit civil organisait des règles dénuées de toute référence avec la nature, à l'aide de la fiction, pour servir un des objectifs les plus fondamentaux de la société romaine : la succession.

Bien que la filiation adoptive ait constitué la fiction romaine par excellence, le droit romain regorgeait de multiples autres fictions, toutes plus artificielles les unes que les autres. Dans les faits, la fiction à Rome ne connaissait que deux formes : l'affirmation et la négation³⁵, c'est-à-dire celle qui invente et celle qui nie. Le droit des personnes utilisait davantage la fiction affirmative, comme celle de l'adoption, que nous venons d'étudier. D'autres brèves illustrations démontrent clairement que la logique de la fiction romaine était unique, c'est-à-dire qu'elle n'était livrée à aucune limite. Par exemple, il était postulé qu'un captif mort sous la puissance ennemie était mort avant sa captivité ou, toujours en rapport avec la réalité guerrière de l'époque, aussitôt rentré de captivité, le prisonnier de guerre reprenait ses droits dans l'état où ils auraient été s'il n'était jamais tombé

30. Y. THOMAS, *loc. cit.*, note 3, 49, à sa note 3.

31. Au sujet des impuissants, Y. THOMAS, *op. cit.*, note 26, p. 10, énonce que « c'était une manière de dire qu'on n'avait pas besoin d'être géniteur pour adopter, que la filiation n'avait rien à voir avec l'ordre des corps ».

32. *Ibid.*

33. L'adrogation, autre mode de filiation fictif à Rome, était comparable à l'adoption, mais n'était possible qu'à l'égard des adoptés *sui iuris*, c'est-à-dire libérés de la *patria potestas* (l'autorité paternelle), et non des *alieni iuris*, encore soumis à la *patria potestas* et candidats potentiels à l'adoption. L'adrogation redonnait à l'adrogé un statut d'« *alieni iuris* », car il devenait à nouveau soumis à l'autorité paternelle. Voir A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, note 25, p. 245.

34. Y. THOMAS, *op. cit.*, note 26.

35. Y. THOMAS, *loc. cit.*, note 3, 22.

au pouvoir de l'ennemi. Enfin, il existait une formule, encore bien connue des juristes contemporains, selon laquelle les Romains tenaient les enfants à naître pour déjà nés et les considéraient comme déjà présents parmi les êtres humains³⁶.

En somme, le droit romain et la technique de la fiction juridique à cette époque étaient empreints d'artifices et de contre-vérité et ne connaissaient pas les bornes de la « nature » et de la « vérité ». Dans la prochaine section, nous verrons comment le droit médiéval, autant le droit coutumier que le droit canonique, s'est employé à faire « reculer » la technique de la fiction juridique, en l'enfermant dans des limites très précises, où, notamment en matière de filiation, la chair et le sang sont devenus des références incontournables. Nous constaterons comment le droit canonique et l'interprétation chrétienne du droit romain se sont rendus jusqu'à aujourd'hui et ont produit une culture de la fiction qui demeure encore au cœur des représentations contemporaines.

1.2 Le droit médiéval ou la fiction limitée par la « nature » et la « vérité »

Aussitôt que le Corpus de Justinien a été redécouvert par les scolastiques médiévaux, à partir du XI^e siècle environ³⁷, et que ceux-ci ont pris la pleine mesure de toute l'artificialité du droit romain, particulièrement en matière de filiation, ils ont alors été placés devant la question suivante : comment concilier la capacité technique, proprement romaine, à créer du « faux », à des fins de stabilité de l'ordre social, avec un monde désormais sous l'emprise de la religion et où la nature, en tant que création divine, était indisponible³⁸ ? Comment, donc, accorder ces deux visions du monde, à première vue si opposées ?

Il est vrai que l'organisation sociale au sein de ces deux sociétés était structurée différemment, et ce, de façon draconienne. Comme nous l'avons vu, la vision du monde « à la romaine » reposait sur des principes dénués d'affectation religieuse, ce qui laissait une vaste marge de manœuvre aux juristes de l'époque pour mettre le droit en corrélation avec ces principes a-religieux, sans égard aux concepts de « nature » ou de « vérité ». À l'inverse, au Moyen Âge, sous le poids de l'Église et des modèles qu'elle proposait, notamment, en matière de reproduction, l'image d'Adam et Ève, une importance fondamentale a commencé à être accordée au sang et à la

36. Pour une recension exhaustive des différentes fictions romaines, textes à l'appui, consulter Y. THOMAS, *loc. cit.*, note 3, 52 et suiv.

37. À ce sujet, voir *supra*, 6.

38. Voir Y. THOMAS, *loc. cit.*, note 13, 113 et 115.

chair³⁹. Yan Thomas précise que «le corps, qui n'avait jamais été pensé par le droit romain, devient au Moyen Âge une figure centrale dans le champ institutionnel et politique⁴⁰». Cette affirmation se vérifie notamment en matière de mariage, où le seul consentement des époux n'était plus suffisant pour conclure l'union, celle-ci devant au surplus être «consommée». Elle se vérifie également par la possibilité des expertises de médecine légale, à partir du XIV^e siècle, pour établir la «vérité» de la filiation par le sang, au détriment de celle qui l'est par la présomption de paternité⁴¹. La valeur accordée à la chair et au sang se constate même jusque dans les formalités de l'adoption, lorsqu'elle était permise, puisque la présence des deux parties à l'acte juridique la consacrant, le père et le fils, était requise, étant donné que l'adoption, devant imiter la nature, se voulait semblable à un engendrement⁴².

C'est donc ce modèle de l'incarnation et de la vérité du sang qui a servi de référence culturelle aux glossateurs médiévaux, qui a influé, du même souffle, sur les interprétations qu'ils faisaient des textes romains et qui a entraîné une réélaboration médiévale de la fiction, telle qu'elle avait été préalablement inventée par le droit romain. En d'autres termes, comme l'exprime Yan Thomas, «les juristes du Moyen Âge eurent à prendre position, plus fondamentalement, sur la capacité des hommes à changer, par l'instrument des artifices institutionnels, l'organisation sociale, mais aussi, éventuellement, la nature physique⁴³». Cette prise de position s'est faite principalement par l'intermédiaire de l'interprétation ou de la glose sur les textes juridiques romains. Ce sont en effet ces outils qui ont donné aux juristes médiévaux la marge de manœuvre nécessaire pour, non pas abolir purement et simplement la technique fictionnelle, mais l'encadrer de façon rigoureuse, afin que les artifices qu'elle créait n'aillent pas à contre-courant des préceptes naturalistes et religieux de l'époque, lourds d'influence.

Dans ce contexte, il est aisé de comprendre que cette époque a marqué un point tournant dans le monde des fictions, qui devaient désormais répondre à des impératifs d'ordre biologique ou religieux. En somme, il s'agit d'une rupture draconienne qui a consisté à inscrire les techniques élaborées par le droit romain des siècles auparavant dans certaines limites,

39. Voir A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, note 25, p. 257 et suiv.

40. Y. THOMAS, *op. cit.*, note 26, p. 7.

41. *Ibid.*

42. Y. THOMAS, *loc. cit.*, note 13, 126. Comme le souligne cet auteur, «le lien de fiction se noue autour d'une présence charnelle du père au fils et du fils au père, simulée dans leur coprésence à l'acte juridique».

43. Y. THOMAS, *loc. cit.*, note 13, 116.

«posées au nom d'une intangibilité du monde créé⁴⁴», ce qui a fait ainsi entrer les notions de «nature» et de «vérité» au sein de l'ordre juridique. La loi du «mentir-vrai»⁴⁵, pour reprendre le terme de l'écrivain français Louis Aragon, est devenue la norme incontournable, en ce sens que le droit pouvait bien mentir, à l'aide des fictions, mais il était impératif qu'il ait toutes les apparences de la vérité.

C'est donc nettement à partir du Moyen Âge qu'il est apparu impossible aux juristes de dépasser ces bornes inconnues du droit romain. En particulier, les lois biologiques de la reproduction humaine ont pris toute leur importance, et il ne serait venu à l'idée d'aucun juriste de faire preuve de fantaisie dans ce domaine ! Cela ne signifie pas pour autant la disparition de la fiction, mais sa portée est alors devenue beaucoup plus limitée : fiction, oui, mais fiction fortement encadrée. Tout ce qui était «contraire à la vérité» ou «impossible selon la nature» ne pouvait être transformé, même par l'opération d'une fiction. Pour ces raisons, il est possible d'affirmer que la scolastique médiévale, dans son entreprise de réélaboration et de christianisation du droit romain, s'est employée à ériger des *bornes* à la fiction, ainsi que le rappelle Yan Thomas :

À lire les gloses médiévales sur les textes du droit romain antique, et à prendre ainsi toute la mesure de la distance que le Christianisme mit entre le droit romain et nous, on ne peut qu'être frappé de voir que la scolastique, d'Azon à Bartole, n'eut de cesse de *réduire la portée de ces fictions*⁴⁶.

On se doutera alors que l'adoption, filiation fictive par excellence et certainement la plus révélatrice dans le domaine qui nous intéresse, est devenue soumise à des limites importantes, l'écart d'âge en étant une, c'est-à-dire que l'adoptant se devait d'être plus âgé que son fils adoptif. Une autre obligation incontournable stipulait que l'adoptant devait être en état de procréer⁴⁷. Comme le souligne Anne Lefebvre-Teillard, l'adoption est donc devenue donc une stricte «imitation de la nature⁴⁸». Elle poursuit en affirmant que, dans cette vision des choses, l'adopté n'était pas un fils, il n'était que l'*image*, la représentation d'un fils, car seule la *Nature* peut donner un fils.

Cependant, comment partir des textes romains portant sur l'adoption, dégagés de toute contrainte, et arriver à de telles interprétations beaucoup plus strictes ? Yan Thomas précise que, pour les glossateurs médiévaux,

44. *Ibid.*

45. Tel est le titre d'un recueil de nouvelles de Louis ARAGON, *Le mentir-vrai*, Paris, Gallimard, 1980, 543 p.

46. Y. THOMAS, *loc. cit.*, note 3, 51-52 ; l'italique est de nous.

47. *Id.*, p. 50.

48. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, note 25, p. 289.

dans leur réflexion sur les rapports entre nature et droit, un passage des *Institutes* de l'empereur Justinien a été déterminant. En effet, ce passage affirme, suivant un adage attesté à Rome depuis toujours, que «l'adoption imite la nature». L'auteur ajoute ceci: «À partir de cette formule, glossateurs et commentateurs du droit romain en vinrent à développer une règle générale. Ils postulèrent que l'«art» du droit romain dans son ensemble «imite la nature» et ne s'exerce qu'à l'intérieur des bornes fixées par elle ⁴⁹». En d'autres termes, les glossateurs médiévaux ont interprété à leur convenance, à la lumière du contexte de l'époque, un passage qui se voulait certainement dénué de toute idéologie religieuse ou naturaliste. Concernant la question des eunuques, les scolastiques ont pris encore plus de liberté interprétative. En effet, un passage des *Institutes* interdisait aux castrats volontaires le droit d'adopter, comme sanction du crime par lequel ils s'étaient transformés en femmes. Toutefois, nous apprend Thomas, la glose médiévale d'Accurse a interprété *castratus* non comme «castrat» mais comme *caste natus*, c'est-à-dire impuissant de naissance, opérant ainsi un renversement total de la signification du texte en faveur d'une corrélation entre la filiation et l'apparence de la vérité du sang. Dans les faits, à partir de ce moment, les castrats volontaires ont acquis la capacité d'adopter parce que leur impuissance était accidentelle, tandis que les impuissants de naissance en étaient désormais privés puisque leur empêchement était naturel! Comme quoi, il était aisé, à cette époque de la glose médiévale, de faire dire à un énoncé tout et son contraire!

Finalement, les juristes médiévaux admettaient les filiations fictives, puisque tel enfant aurait toujours pu naître fils d'un tel, par exemple, mais ces fictions ne pouvaient «rendre père un impuissant de naissance, ni faire d'un plus vieux le fils d'un plus jeune que lui⁵⁰». La filiation médiévale se définissait comme purement charnelle, comme incarnation. Aussi, ces exemples illustrent très bien, à notre avis, les prises de position que les scolastiques médiévaux ont eu à prendre au Moyen Âge, à l'égard des textes romains, afin de rendre conformes les interprétations qu'ils en faisaient avec la réalité de l'époque qui accordait, nous le constatons, une importance accrue à la vérité de la chair et du sang.

Ce rapide retour dans le passé a permis de voir comment, d'une part, la fiction juridique d'inspiration civiliste a été inventée et mise en application par les Romains et comment, d'autre part, elle a été récupérée, pour ne pas écrire «réélaborée», par le droit médiéval. Il semble assez clair que «le droit médiéval, aussi bien civil que canonique, s'est employé à faire reculer

49. Y. THOMAS, *loc. cit.*, note 13, 125.

50. Y. THOMAS, *loc. cit.*, note 3, 50.

l'empire de la fiction⁵¹ ». Cet exercice nous permettra aussi de prendre une certaine distance et de considérer, peut-être sous un éclairage nouveau, la part de fiction qui se trouve désormais dans la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*. Nous y décèlerons sans doute des similitudes avec l'un ou l'autre droit et comprendrons possiblement mieux d'où provient le droit civil contemporain, en matière de filiation.

2 La fiction et son application en matière de filiation : le positionnement du nouveau modèle québécois

2.1 Le contexte avant la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*

Il n'entre pas dans le présent article de relater de manière exhaustive l'évolution de la fiction et son application en matière de filiation depuis l'époque médiévale jusqu'à l'adoption récente, au Québec, de la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*. Toutefois, il demeure essentiel de donner un aperçu de la façon dont ont été élaborées les fictions dans ce domaine, à partir de l'entrée en vigueur du *Code civil du Bas Canada* jusqu'à tout récemment, pour les mettre en parallèle avec l'histoire et ainsi mieux circonscrire le sens de leur évolution.

Il est clair que le droit québécois a subi très fortement l'influence médiévale, transportée qu'elle a été par le droit français, et cela s'est manifesté dans plusieurs domaines du droit civil, dont celui du droit des personnes. Bien que le droit québécois n'ait jamais nié, pour reprendre les propos de Françoise Héritier, que « la filiation n'est jamais un simple dérivé de l'engendrement⁵² », il a bâti en grande partie son droit de la filiation sur l'importance des fondements biologiques et des liens du sang, comme l'affirme, avec justesse, Frédéric Dussault : « notre système de parenté est fondé sur le modèle de la reproduction biologique selon lequel les géniteurs sont généralement désignés comme étant les parents⁵³ ».

Avant de voir comment le droit de la filiation se servait de la technique fictionnelle dans ce domaine, particulièrement dans le cas de l'adoption et de la procréation assistée, il importe d'observer de quelle façon la filiation

51. *Id.*, 39. Voir aussi I. THÉRY, « Différence des sexes, homosexualité et filiation », dans M. GROSS, *op. cit.*, note 20, p. 109, à la page 111.

52. F. HÉRITIER-AUGÉ, « La cuisse de Jupiter », *L'Homme*, n° 94, 1985, p. 5, citée dans A. CADORET, « La filiation des anthropologues face à l'homoparentalité », dans D. BORRILLO et É. FASSIN (dir.), *Au-delà du PACS. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, Paris, PUF, 1999, p. 209, à la page 215.

53. F. DUSSAULT, *loc. cit.*, note 1, 318.

s'établissait, de manière générale, à la fin du XIX^e siècle, pour préciser les traits notables de cette époque. S'agissant de ce qui est nommé désormais la « filiation par le sang »⁵⁴, le premier article du *Code civil du Bas Canada* se lisait de la façon suivante : « L'enfant conçu pendant le mariage est légitime et a pour père le mari »⁵⁵. Jusqu'à la réforme du droit de la famille, au Québec, en 1981, cet article n'avait pas changé depuis l'adoption de ce code civil, en 1866, qui s'était inspiré du Code Napoléon, lui-même reprenant à son compte la vieille règle issue du droit romain, soit la présomption de paternité⁵⁶. Si la présomption de paternité romaine servait presque exclusivement, comme nous l'avons vu, à rattacher un fils à son père, dans des objectifs successoraux, celle qui a été mise en place par les pères du *Code civil du Bas Canada* se situait davantage dans l'idéologie du Moyen Âge où religion, nature et vérité constituaient des valeurs essentielles. Dans les faits, jusqu'en 1981, la présomption de paternité était fondamentalement rattachée à l'institution du mariage dont elle était une conséquence. Comme l'expriment les auteurs français Planiol et Ripert, « la sécurité qui résulte d'une attribution légale de paternité a été voulue par le législateur afin de renforcer la solidité de cette famille (légitime) »⁵⁷. Bien que la présomption n'ait pas toujours été conforme à la vérité biologique des liens de filiation, celle-ci allait tout de même dans le sens d'un rattachement à cette vérité du sang. En effet, Marie Pratte rappelle avec justesse que l'« 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 conforme »⁵⁸. » La présomption

54. Nous utilisons cette catégorie contemporaine afin de la différencier de la filiation adoptive. Toutefois, elle n'existait pas comme telle dans le *Code civil du Bas Canada*. La filiation était alors légitime ou naturelle, selon que l'enfant était né ou non dans les liens du mariage.

55. Art. 218, al. 1, C.c.B.C..

56. 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.

57. M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 2, Paris, L.G.D.J., 1926, p. 650 et 651, cités dans M. PRATTE et É. MONJAL, « Présomption de paternité et vérité biologique en droit français et québécois », (1987) 18 *R.G.D.*, 421, 439. Voir aussi C. PERELMAN, *loc. cit.*, note 13, 340.

58. M. PRATTE, « La présomption de paternité : complice ou rivale de l'acte de naissance », (1986) 17 *R.G.D.*, 685, 701. Notons qu'il existait aussi les cas de « filiation naturelle », c'est-à-dire une filiation établie hors les liens du mariage. Ce mode de filiation était secondaire par rapport au premier mode de filiation légitime et les enfants « naturels » n'avaient pas les mêmes droits que les enfants « légitimes », notamment en ce qui a

de paternité constituait manifestement un moyen pour préserver l'image d'une famille fidèle aux liens du sang, avec la mère, le père et les enfants conçus dans le mariage.

En 1981, des changements en matière de filiation ont été apportés au Québec avec l'adoption de la *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*⁵⁹. Une des transformations fondamentales de cette réforme, en ce qui a trait à la filiation, réside dans le 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 filiation⁶⁰. La présomption de paternité, quant à elle, a été préservée, mais elle a changé considérablement de nature à cette époque. En effet, alors que, autrefois, elle 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 le contexte de l'époque. 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'époque⁶¹. Plusieurs années plus tard, le législateur a adopté la *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, ne retenant pas toutes les recommandations de l'ORCC, surtout en ce qui a

trait aux aliments et à la succession. En matière de filiation naturelle, il est intéressant d'observer une différence appréciable, à l'époque, entre le *Code civil des Français*, 1804, et le *Code civil du Bas Canada*. En effet, dans le premier cas, bien que la recherche de maternité ait été admise (art. 341 C. civ. Fr.), l'article 340 interdisait la recherche de paternité, tandis qu'au Québec autant la recherche judiciaire de la paternité que de la maternité était permise à l'enfant naturel. Le Québec allait donc plus loin que la France dans l'objectif d'une reconnaissance des liens biologiques.

59. *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39.

60. 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'entièreté du *Code civil du Québec*, en 1994, ce sont les articles 523 et suivants qui traitent de la filiation.

61. Sur le contexte général de l'entreprise de réforme du droit civil québécois à l'époque, le lecteur pourra lire avec intérêt les articles suivants : J.-L. BAUDOUIN, «Le Code civil québécois : crise de croissance ou crise de vieillesse», (1966) 44 *R. du B. can.* 391, et L. BAUDOUIN, «De certaines réformes nécessaires du droit québécois», (1968) 2 *Ottawa L. Rev.* 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.

trait à la présomption de paternité⁶². Il 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, soit l'égalité juridique des enfants et une plus grande conformité entre la filiation juridique et la filiation biologique⁶³.

Ce moment législatif, ce détachement de la filiation d'avec la situation matrimoniale des parents, pour mettre la filiation en corrélation avec la vérité biologique, a constitué un événement charnière en ce qui concerne le droit de la filiation au Québec. C'est en effet à partir de ce moment que le lien de filiation entre un enfant et ses parents n'avait plus, à proprement parler, de « mandat » à remplir, que ce soit pour des motifs d'ordre successoral ou de stabilité des familles. S'affranchissant de ces objectifs, le lien de filiation est apparu plus malléable, mais il a continué à vouloir, peut-être même de plus en plus, à calquer le modèle de la reproduction bisexuée, même dans ses versions fictives, comme nous en ferons état. L'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, en 1994, a surtout consisté, en matière de filiation, à ajouter une section portant sur la procréation médicalement assistée, sur laquelle nous reviendrons.

Le contexte de l'époque étant brièvement posé, nous devons désormais étudier de quelle manière le droit jouait avec les fictions en matière de filiation avant l'adoption de la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*.

En premier lieu, le lien de filiation adoptif, avec ses fictions juridiques, constitue un champ d'investigation privilégié, car il met en évidence la manière dont est pensé le lien de filiation dans une société donnée, à un moment donné⁶⁴. Au Québec, il faut savoir que l'adoption légale n'existe que depuis 1924 et a suscité, lors de l'adoption de la loi la permettant⁶⁵, de

62. En effet, l'ORCC avait d'abord proposé, dans son projet de code civil, une première section portant sur la filiation, intitulée «*De l'établissement de la filiation*», mettant au premier plan la présomption de paternité pour les couples mariés et l'élargissant même aux unions de fait, l'objectif étant de faire en sorte que la filiation soit mieux harmonisée avec les mœurs de l'époque. Voir OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, t. 1, Québec, Éditeur officiel, 1977, art. 266 et suiv. Le législateur a finalement 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, *loc. cit.*, note 58, 692.

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

64. A. FINE, *loc. cit.*, note 29, 21.

65. *Loi concernant l'adoption*, 14 Geo V, 1924, c. 75. Pour une analyse des origines de l'adoption légale au Québec ainsi que des débats idéologiques ayant entouré son introduction, voir D. GOUBAU et C. O'NEILL, «L'adoption, l'Église et l'État: les origines tumultueuses d'une institution légale», (1997) 38 *C. de D.* 769-804. Pour un ouvrage

vives réactions, notamment de la part du clergé, du monde juridique et de la presse catholique⁶⁶. Comme l'expliquent Dominique Goubau et Claire O'Neill, «la plupart des critiques voyaient principalement dans ce texte la violation du père de famille à l'égard de ses enfants, alors que «le Législateur n'avait ni le droit ni le pouvoir de substituer une paternité et une filiation fictives aux relations du sang»⁶⁷». Il est clair que l'atmosphère à forte tendance religieuse de l'époque, privilégiant la famille traditionnelle et les liens du sang, pratiquement de la même manière qu'au Moyen Âge, expliquait en grande partie ces prises de position, si bien que, sous la pression, la loi de 1924 a été profondément modifiée un an plus tard, de façon à restreindre le droit à l'adoption⁶⁸. Finalement, la législation concernant l'adoption a subi d'autres modifications substantielles en 1969, alors que, pour la première fois, une entorse était faite à la «fiction de l'adopté né de ses parents adoptifs», puisque l'adoption par une personne non mariée a commencé à être autorisée si l'enfant était de même sexe que l'adoptant⁶⁹. En 1981, la législation concernant l'adoption a été intégrée au *Code civil du Québec*, dont les dispositions concernant le droit de la famille entraient en vigueur⁷⁰. L'adoption par une personne majeure seule a continué d'être permise⁷¹. Agnès Fine explique cet éloignement du modèle de la reproduction sexuée, c'est-à-dire la possibilité de l'adoption par une personne célibataire, en ce qu'elle «se fondait sur un modèle antique de filiation fictive unilinéaire masculine dont la fonction était essentiellement successorale⁷²». Toutefois, le *Code civil du Québec* imposait un écart d'âge minimal

juridique rigoureux et récent sur l'adoption, en France et au Québec, voir C. LAVALLÉE, *L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption. Regards sur le droit français et le droit québécois*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2005.

66. D. GOUBAU et C. O'NEILL, *loc. cit.*, note 65, 772.

67. D. GOUBAU et C. O'NEILL, *id.*, citent L. PELLAND, *La Loi de l'adoption de 1924 – Examen critique en regard de la saine tradition philosophique et juridique*, Québec, Léo Pelland, 1924, p. 12. Précisons que la loi de 1924 ouvrait la voie à l'adoption tant aux enfants illégitimes ou sans famille qu'aux enfants légitimes. C'est d'ailleurs cet aspect qui suscitait autant de critiques.

68. *Loi modifiant la Loi concernant l'adoption*, 15 Geo V, 1925, c. 75. Par exemple, la nouvelle loi ne permettait l'adoption que des enfants illégitimes et, de façon restreinte, des enfants légitimes, c'est-à-dire que, dans ce cas, ces derniers devaient être orphelins de père et mère ou avoir des parents irrémédiablement privés de raison. Pour plus de précisions à ce sujet, voir D. GOUBAU et C. O'NEILL, *loc. cit.*, note 65.

69. Voir *Loi de l'adoption*, L.Q. 1969, c. 64. Voir aussi D. GOUBAU et C. O'NEILL, *loc. cit.*, note 65, 802.

70. Art. 595-632 C.c.Q.

71. Art. 598 C.c.Q. C'est désormais l'article 546 C.c.Q. qui le prévoit.

72. Souvenons-nous, à cet égard, du modèle de l'adoption romaine. A. FINE, «Adoption, filiation, différence des sexes», dans M. GROSS, *op. cit.*, note 20, p. 73, à la page 83.

de dix-huit ans entre l'adopté et l'adoptant, sauf si ce dernier était l'enfant de son conjoint⁷³.

Donc, en ce qui concerne l'adoption, plus précisément l'adoption plénière⁷⁴, la seule que connaît le droit québécois, elle apparaissait clairement comme une fiction du droit qui dissociait la procréation et la filiation légale, en se fondant sur le caractère social de la parenté. Les auteures Philips-Nootens et Lavallée précisent toutefois ceci, qui est de toute première importance :

Le couple hétérosexuel constitue un couple *en apparence* procréatif et permet le maintien du modèle qui consiste à considérer, *par substitution*, les parents adoptifs comme les « parents véritables » de l'enfant, ce que traduit le nouvel acte de naissance de l'adopté⁷⁵.

En général, ce modèle de la vraisemblance primait en matière d'adoption, jusqu'à juin 2002. Nous avons toutefois vu que, pour les raisons exposées plus haut, l'adoption pouvait se faire par une personne majeure célibataire, mais cette situation ne contredisait pas carrément le modèle de la « vérité biologique », en ce qu'elle laissait planer le doute sur le sort de l'autre parent, ce dernier pouvant être décédé ou disparu, par exemple. À notre avis, cette possibilité, qui existait depuis 1969, allait néanmoins dans le sens d'une plus grande ouverture concernant les liens de filiation, ouverture qui se concrétisera toujours davantage.

En second lieu, les fictions créées par les liens de filiation d'un enfant issu de la procréation assistée calquaient également, jusqu'à tout récemment, le modèle biologique de la reproduction⁷⁶. Les premières dispositions concernant la procréation médicalement assistée sont entrées en vigueur en même temps que le nouveau *Code civil du Québec*, en 1994⁷⁷. Celles-ci ne concernaient que la procréation hétérologue, c'est-à-dire celle qui fait intervenir les forces génétiques d'une tierce personne au sein d'un couple⁷⁸,

73. Art. 599 C.c.Q.. Cette exigence existe toujours au sein du Code civil, à l'article 547.

74. Il est alors question d'une adoption *exclusive*, où toute trace des liens unissant l'enfant et ses géniteurs est effacée, par opposition à une adoption *simple*, soit une adoption *inclusive*, qui permet à l'enfant, selon différentes modalités, de cumuler liens adoptifs et liens biologiques.

75. S. PHILIPS-NOOTENS et C. LAVALLÉE, *loc. cit.*, note 1, 351 ; l'italique est de nous. Dans le même sens, voir A. FINE, *loc. cit.*, note 72, 84.

76. Bien sûr, nous ne nions pas que le lien de filiation issu d'une procréation assistée contient aussi une part de volonté dans la création de ce lien, tout comme le lien adoptif, d'ailleurs, mais notre propos est de démontrer que les « arrangements » juridiques en cette matière tendaient à copier le modèle de la reproduction biologique.

77. Art. 538-542 C.c.Q.

78. Le Code civil n'ouvrait la possibilité, à mots couverts il est vrai, de recourir à de telles techniques qu'aux couples hétérosexuels.

et ne permettaient—et ne permettent toujours pas d'ailleurs—de fonder aucun lien de filiation entre l'auteur de la contribution et l'enfant issu de cette procréation⁷⁹. Cette situation législative faisait en sorte que la paternité apparaissait comme une véritable fiction, puisque ici, dans tous les cas de figure, le père par le droit n'était pas le géniteur. Contrairement à la présomption, le faux l'emportait sans exception sur le «vrai» génétique, puisque était niée délibérément la paternité du géniteur⁸⁰. Le modèle de la reproduction bisexuée demeurait toutefois intact. Il est remarquable de constater que, par le camouflage à tout prix du véritable lien de filiation génétique, c'est moins la différence des sexes que le droit voulait préserver que l'exclusivité du lien, c'est-à-dire un seul père et une seule mère.

De manière générale, avant l'adoption de la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, en 2002, nous avons pu observer que le droit civil québécois construisait la filiation fictive autour de la différence des sexes et que le lien de filiation était exclusif⁸¹. En effet, autant l'adoption, depuis qu'elle existe légalement au Québec, que la procréation médicalement assistée, plus tard, se sont en grande partie alignées sur la procréation naturelle et ont ainsi cherché à reproduire le modèle de la reproduction sexuée, le modèle de la substitution. Dans la culture québécoise, donc, les liens de parenté entretenaient des rapports très étroits avec la nature. Comme nous l'avons vu, la période médiévale a produit cette culture des liens de filiation, dont le droit contemporain a subi l'influence, comme le rappelle Yan Thomas :

Le droit canonique et l'interprétation chrétienne du droit romain ont produit une culture qui reste au cœur des représentations contemporaines. Nous sommes devenus des intégristes du corps, du sexe, du sang et de la vérité génétique. Les procédures de procréation médicalement assistée renforcent même cette tendance :

-
79. Voir l'ancien article 538 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64. Ce principe est repris désormais au premier alinéa de l'article 538.2. Toutefois, une exception a été incluse, par la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, précitée, note 1, lorsque l'apport de forces génétiques se fait par relation sexuelle. Voir le second alinéa de l'article 538.2.
80. Voir L. SILANCE, *loc. cit.*, note 11, 289. Voir aussi M.-B. TAHON, «Sexe, mariage et indifférence : le coup de grâce à la paternité», *Argument*, vol. 6, n° 1, automne 2003, p. 6, où l'auteure estime en effet que l'insémination avec donneur maintient la «fiction de la paternité».
81. M.-F. NICOLAS-MAGUIN, «Parentés et différence des sexes. La liberté des personnes face au cadre de la loi», dans M. GROSS, *op. cit.*, note 20, p. 64, à la page 67. Voir dans le même sens F. DUSSAULT, *loc. cit.*, note 1, 319. Voir aussi A. CADORET, «Le bricolage de la parenté», *Comprendre*, n° 2, 2001, p. 265, où l'auteure affirme que le modèle de base au sein de la culture occidentale est celui qui est incarné par un seul père et une seule mère, même dans les cas d'adoption ou de procréation assistée.

la technique ne nous aide certainement pas à échapper à cette représentation purement biologique de la filiation⁸².

Ce qu'il sera intéressant de vérifier, dès à présent, est si l'adoption de la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation* a contribué à changer la donne en la matière. A-t-elle provoqué une rupture dans la longue tradition de la culture contemporaine où domine un système de filiation dont les valeurs sont issues en grande partie de l'époque médiévale, système basé principalement sur les concepts de nature et de vérité ?

2.2 Le contexte depuis l'adoption de la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*

Dans un ouvrage portant sur la crise de la transmission, le philosophe français Alain Finkielkraut a fait l'affirmation suivante, qui pourrait bien s'appliquer au contexte entourant l'adoption de la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*. Il a écrit ceci : « Tout se passe comme si la politique elle-même avait été gagnée par la frénésie de notre système économique [...]. La réforme, le changement, l'innovation forment le lexique commun de tous les décideurs⁸³. » Les propos tenus par le premier ministre du Québec lors des débats portant sur l'adoption de la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, selon lesquels la législature québécoise s'apprêtait à faire un « geste historique qui va mettre le Québec à l'avant-garde des nations évoluées sur la question de l'union civile et [des] règles de filiation⁸⁴ » s'inscrivent exactement dans la logique à laquelle se réfère Finkielkraut.

Il va sans dire que l'adoption de cette loi a été guidée non seulement par des objectifs de réforme et de concurrence internationale, mais aussi par un idéal d'égalité⁸⁵, où le législateur souhaitait répondre aux revendications des homosexuels, concernant leur désir d'avoir des enfants, dans le cas qui nous intéresse. C'est ainsi que, désormais, au Québec, tout couple homosexuel peut établir une filiation entre lui et un enfant, non seulement

82. Y. THOMAS, *op. cit.*, note 26, p. 8.

83. A. FINKIELKRAUT, « La crise de la transmission. Entretien avec Alain Finkielkraut », *Esprit*, n° 227, décembre 1996, p. 55.

84. Ce sont les propos du premier ministre, Bernard Landry, lors des débats portant sur l'adoption du projet de loi : QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 112 (7 juin 2002) aux pages 6734-6736. Il importe de souligner que cette importante réforme a été adoptée en moins de deux mois.

85. M. PRATTE, *loc. cit.*, note 1, 544.

en ayant recours à l'adoption⁸⁶, mais également de façon « automatique », à la suite d'une procréation assistée, cette dernière éventualité ne s'adressant qu'aux femmes puisque les contrats de mères porteuses demeurent interdits au Québec⁸⁷. En permettant ainsi qu'un enfant s'inscrive généalogiquement, et de façon automatique, dans deux lignées maternelles, le législateur québécois a gagné son pari : innover. Le Québec est en effet une des seules nations⁸⁸ à avoir créé la possibilité d'une filiation entre un couple de même sexe et un enfant, s'établissant comme une véritable filiation par le sang, c'est-à-dire par l'acte de naissance ou par la possession d'état⁸⁹, ce qui nie du même coup tout lien biologique antérieur, et à avoir institué également une véritable *présomption de parentalité*⁹⁰.

N'eût été de ces nouvelles et importantes possibilités concernant une filiation entre deux personnes de même sexe et un enfant, rompant avec les principes fondateurs du système de filiation québécois, la Loi instituant l'union civile semblait *a priori* aller plutôt dans le sens d'un « plus de vérité génétique ». En effet, la section concernant les actions relatives à la filiation s'est vu ajouter, à ce moment, une nouvelle disposition législative prévoyant clairement une ordonnance du tribunal permettant, par prélèvement d'une substance corporelle, d'établir l'empreinte génétique d'une personne⁹¹. La vérité du sang semblait, par cette seule disposition,

86. Notons que les anciens articles du *Code civil du Québec* concernant l'adoption n'interdisaient pas explicitement l'adoption par un couple de même sexe ; cependant, l'établissement juridique d'un double lien de paternité ou de maternité n'était pas envisagé. Désormais, les articles 115, 555 et 578.1 du Code civil le permettent explicitement.

87. En effet, l'article 541 du Code civil établit que « la convention par laquelle une femme s'engage à procréer ou à porter un enfant pour le compte d'autrui est nulle de nullité absolue », ce qui ne permet donc pas aux couples de même sexe masculin d'obtenir une double filiation en ayant recours à la procréation assistée. L'apparente neutralité des articles 538 et suivants du Code civil est donc vite effacée par cet article, qui confirme que la filiation d'un enfant avec deux personnes de même sexe, autrement que par adoption, ne concerne que les femmes.

88. Voir *supra*, l'introduction.

89. Voir les articles 115 (pour l'acte de naissance) et 538.1 du Code civil.

90. Voir l'article 538.3 du Code civil. Certains pourraient d'ailleurs s'étonner du choix du législateur concernant le terme « présomption » dans le cas de deux femmes, puisque la filiation ne repose pas, dans ce cas, sur la vraisemblance de la filiation. En effet, elle n'écarte pas un doute, mais impose plutôt une véritable fiction, car sur le plan physiologique, la vérité affirmée est fausse, et chacun le sait. Voir M. PRATTE, *loc. cit.*, note 1, 571 et 572.

91. Il s'agit de l'article 535.1 du Code civil. Le premier alinéa concerne les cas de contestation : par exemple, le cas où la mère contesterait la paternité de son mari, établie par présomption, comme le prévoit l'article 531, al. 2, tandis que le second alinéa de l'article 535.1 concerne les cas de réclamation de filiation. Dans ce dernier cas, le tribunal ne peut

triompher encore un peu plus et aller dans la droite ligne des montages de la filiation issus de la période médiévale.

Les nouveaux modes de filiation homoparentale au Québec, établis par la même loi, que ce soit par adoption ou encore par procréation assistée, rompent toutefois, de façon manifeste, avec ce modèle de la reproduction sexuée, que le législateur avait jusqu'à présent tenté de préserver, du moins en apparence. Au surplus, le montage de la filiation adoptive et la filiation établie par la conjointe de la mère, à la suite d'une procréation assistée, font appel à des fictions juridiques — puisqu'ici le doute ne peut même pas être entretenu — qui se montrent sous un nouveau jour. Désormais, la Loi instituant l'union civile « remet définitivement en question l'image « biologique » des liens de parenté propre à la conception contemporaine de la filiation⁹² ». Comme le souligne Anne Cadoret, avec l'homoparentalité, « il n'est donc plus possible de bricoler pour se conformer au modèle de référence. Il faut inventer⁹³. » C'est ainsi que de ce point de vue, la fiction, telle que l'a conçue la Loi instituant l'union civile, paraît rejoindre de façon beaucoup plus marquée l'essence même de la fiction juridique romaine, c'est-à-dire une fiction totalement dégagée de tout fondement biologique. Si, à l'époque romaine classique, il était possible pour un homme d'adopter un fils plus âgé que lui, aussi invraisemblable cela soit-il dans la réalité, cet état de fait s'apparente à l'heure actuelle à la filiation entre deux personnes de même sexe et un enfant. En effet, dans les deux cas, un « impossible naturel » est manifeste. Si ces constructions de la filiation semblent difficilement imaginables et en choquent plusieurs, cela est dû, notamment, à la tradition juridique provenant du Moyen Âge, qui a laissé dans l'imaginaire social de très lourdes empreintes, comme l'exprime Yan Thomas :

Nous ne pouvons plus nous figurer des liens électifs entre les individus, qui puissent être validés juridiquement sans aucune référence à leur substrat corporel. Nous pensons nos institutions familiales sur un mode organique, plutôt que sur le

toutefois rendre une ordonnance d'empreinte génétique « que s'il y a commencement de preuve établi par le demandeur ou si les présomptions ou indices résultant des faits déjà clairement établis par celui-ci sont assez graves pour justifier l'ordonnance ».

92. H. BELLEAU, *Être parent aujourd'hui : la construction du lien de filiation dans l'univers symbolique de la parenté*, [En ligne], 2004, [www.erudit.org/revue/efg/2004/v/n1/008891ar.html] (8 février 2006).
93. A. CADORET, La filiation des anthropologues face à l'homoparentalité», dans D. BORRILLO et É. FASSIN (dir), *op. cit.*, note 52, p. 209, à la page 228. Voir dans le même sens, G. DELAISI de PARSEVAL, « Qu'est-ce qu'un parent suffisamment bon », dans M. GROSS, *op. cit.*, note 20, p. 213. A. Cadoret écrit aussi que l'adoption par des couples homosexuels fait « tomber la fiction de l'enfant adopté « né » de ses parents adoptifs » : voir A. CADORET, « L'homoparentalité, construction d'une nouvelle figure familiale », *Anthropologie et sociétés*, vol. 24, n° 3, p. 47. Voir également F. DUSSAULT, *loc. cit.*, note 1, 322, ainsi que S. PHILIPS-NOOTENS et C. LAVALLÉE, *loc. cit.*, note 1, 339.

terrain de la fiction, qui se prête tellement mieux à l'invention sociale [...] Ce qui, par contraste, m'apparaît remarquable dans l'invention juridique romaine, c'est cette faculté de créer du lien social hors chair⁹⁴.

Il serait donc possible, avec la nouvelle loi québécoise, de donner tort à Yan Thomas en plaissant qu'elle constitue un retour à l'usage de la fiction juridique romaine dans toute son amplitude, particulièrement en faisant tomber la fiction de l'enfant né de ses parents, autant qu'une rupture dracoenienne avec la tradition de la fiction médiévale. En effet, s'il est connu et manifeste biologiquement que deux hommes ou encore deux femmes ne peuvent avoir conçu ensemble un « enfant de leur chair », le droit a franchi sans obstacle cette barrière de la différence des sexes pour inclure dans son corpus la possibilité de l'établissement d'un lien de filiation entre deux personnes de même sexe et un enfant. Toutefois, à y regarder de plus près, il ne s'agit peut-être pas d'un réel retour aux sources romaines, en ce que les nouvelles dispositions juridiques consacrant une telle possibilité la cantonnent toujours, avec plus ou moins de cohérence, il faut le dire, dans l'ancien modèle où le principe de l'exclusivité du lien parental constitue le second principe fondateur du système de filiation au Québec⁹⁵.

En d'autres termes, bien que le législateur se soit en effet rapproché des racines romaines de la filiation, il a tout de même accompli ce changement fondamental dans les « meubles d'inspiration médiévale », où le modèle du couple possédant des liens de filiation exclusifs avec l'enfant primait. En effet, la lecture des articles 538 et suivants du *Code civil du Québec* démontre bien que les concepts pour établir la filiation par le sang ont été conservés et s'appliquent, de manière simiesque, à ces nouveaux modes de filiation. Si la preuve de filiation par acte de naissance peut sembler moins curieuse dans le contexte, il en va autrement des deux autres modes de preuve, soit la présomption de parentalité et la possession d'état. En effet, lorsqu'ils sont utilisés au sein d'un couple de sexe différent, ces deux modes de preuve s'expliquent bien, puisqu'ils font appel à la vraisemblance, à la possibilité que le lien soit « vrai », pour établir ce lien de filiation. Il en va visiblement autrement du couple de même sexe. Pourquoi alors avoir repris les mêmes catégories ? Certains auteurs se demandent également si le cantonnement à deux liens de filiation tout au plus est la meilleure voie juridique pour l'établissement d'un nouveau modèle de filiation. À ce sujet, Yan Thomas affirme ceci :

Les couples homosexuels qui voudraient absolument être co-parents raisonnent dans le cadre étroit duquel ils voudraient s'émanciper : le couple matrimonial, le

94. Y. THOMAS, *op. cit.*, note 26, p. 8.

95. À ce sujet, voir M. PRATTE, *loc. cit.*, note 1, 560.

couple nuptial, qu'ils veulent imiter à tout prix [...] La seule solution serait de reconnaître la multiplicité des liens. Le conjoint homosexuel d'un parent homosexuel devrait être contraint de reconnaître la position singulière de l'enfant de son compagnon ou de sa compagne, sans prétendre exiger que soit niée la réalité, à savoir que cet enfant a un autre parent, père ou mère⁹⁶.

C'est de cette façon que nous pouvons conclure que le retour aux sources romaines est mitigé. Pour revenir vers des bases romaines, c'est-à-dire vraiment détachées d'une influence médiévale, où tout est pensé selon la nature, le couple et la vérité, tel que nous l'avons étudié, il est vrai que tout le système de filiation aurait à être revu. Cette entreprise dépasse malheureusement le contexte de nos propos actuels !

Conclusion

Comprendre les enjeux fondamentaux d'une réforme de la filiation, telle que l'a connue le Québec récemment par l'adoption de la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, requiert davantage qu'une analyse positiviste. La question que nous avons eue l'occasion de discuter permet en ce sens, nous le croyons, de prendre la mesure de ces enjeux en remontant aux origines d'une des plus anciennes techniques juridiques, la fiction, et de son application en matière de filiation.

À ce titre, il nous a été donné de voir de quelle façon les fictions juridiques qui se trouvent au sein de la nouvelle législation rompent en grande partie avec les préceptes traditionnellement dévolus à la fiction juridique médiévale, d'une part, mais rejoignent davantage, bien qu'avec certaines réserves, ceux qui sont issus du droit romain, d'autre part. Si nous remontons ainsi aux sources du droit civil contemporain, il est certainement plus aisé de comprendre la raison d'être de nos modèles de filiation autant que de considérer sous un angle original et instructif celui, inédit, qui est proposé dans la loi. Peut-être que cet exercice contribue également à démythifier ce nouveau modèle en le faisant apparaître, dans une certaine mesure, en droite ligne avec l'origine des origines du droit civil contemporain, c'est-à-dire le droit romain. Comme nous l'avons mentionné, toutefois, les modalités de ce nouveau type de filiation seraient certainement à revoir afin que, nous aurions envie d'écrire, « tant qu'à faire », la filiation s'émancipe réellement et complètement du modèle biologique de la filiation, issu surtout de l'époque médiévale, et s'ouvre à des modèles originaux,

96. Y. THOMAS, *op. cit.*, note 26, p. 11. Voir aussi F. DESINGLY, « Un lien qui ne soit pas qu'une chaîne », *Comprendre*, n° 2, 2001, p. 24. L'auteur y soutient que « mieux vaut assumer la pluriparentalité que de feindre la simplicité en occultant tel ou tel acteur ».

par exemple celui de la pluriparentalité, qui correspondent davantage à sa nouvelle nature.

En terminant, nous ne saurions passer sous silence un questionnement qui nous a accompagnée tout au long de notre article et qu'il serait intéressant, à notre avis, d'approfondir ultérieurement. Pour synthétiser ce questionnement, il est utile de poser que la problématique de la fiction juridique renvoie nécessairement à celle de la «réalité juridique», c'est-à-dire que la fiction se positionne constamment *par rapport* à cette réalité, préalablement déterminée. Cela signifie que, dans la mesure où la réalité juridique se définit autrement, la fiction se modifie ou même disparaît⁹⁷. La question à étudier deviendrait donc la suivante : les fictions mises en place par la Loi instituant l'union civile en sont-elles vraiment ? En effet, il peut être envisagé que la filiation entre un enfant et deux personnes de même sexe ne constitue pas une fiction mais bel et bien une *nouvelle réalité juridique* au sein de la législation québécoise. Cet exercice exigerait, comme le fait remarquer Perelman, de remettre en question toute la place de la vérité en droit, puisque la fiction n'est jamais fiction que *par rapport* à une réalité juridique prédéterminée. À notre avis, il serait intéressant de poursuivre cette réflexion, qui nous amènerait sans doute à considérer en des termes différents des types de filiation traditionnellement vus comme des fictions, notamment l'adoption ou la procréation assistée.

Nous le constatons, bien que la nouvelle législation ait été adoptée rapidement et sans qu'un réel débat ait eu lieu au sein de la société québécoise, les questionnements qu'elle suscite n'ont pas été étouffés et continueront sans doute d'intéresser la communauté juridique. Cette dernière ne peut demeurer indifférente devant un tel remaniement de tout le système de filiation juridique du Québec. C'est à ce titre qu'il nous semblait important de poser quelques jalons à partir desquels il serait possible de poursuivre la réflexion.

97. Voir C. PERELMAN, *loc. cit.*, note 13, 347, où l'auteur affirme que, «*pour qu'il y ait fiction, il faut que la disposition déforme sciemment la réalité juridique*» (l'italique est de nous). Pour reprendre les termes d'Olivier Cayla, «le «comme si» de la fiction renvoie nécessairement et doublement au «comme ça» de la réalité qu'il présuppose au fond parfaitement connu» : voir O. CAYLA, *loc. cit.*, note 22, 8. L'exemple de la notion de la personnalité juridique (à quel moment une personne l'acquiert-elle ?) est manifeste puisque dans un système juridique donné, tel celui du droit civil québécois, si la réalité juridique veut que la naissance d'un enfant vivant et viable constitue le point de départ de la personnalité juridique, c'est au moyen de la fiction qu'il sera possible d'octroyer certains droits à l'enfant simplement conçu mais non encore né. À l'inverse, si, dans un système juridique différent, la personnalité juridique commence dès la conception de l'enfant, une telle fiction serait, dans ce cas, inutile.