

Les couples de même sexe en droit québécois

Alain Roy

Volume 35, Number 1, 2005

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1027332ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1027332ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Roy, A. (2005). Les couples de même sexe en droit québécois. *Revue générale de droit*, 35(1), 161–182. <https://doi.org/10.7202/1027332ar>

Les couples de même sexe en droit québécois

ALAIN ROY*

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal

SOMMAIRE

Introduction.....	161
1. La conjugalité homosexuelle	162
2. L'homoparentalité.....	168
Conclusion	181

INTRODUCTION

Les changements socio-économiques qui ont marqué la plupart des sociétés occidentales depuis le début des années 60 ont profondément modifié les structures et les fondements de la famille. Délivrée de l'emprise jadis exercée par la religion, la famille s'est libéralisée. Au contact des valeurs égalitaristes et autonomistes aujourd'hui dominantes, elle s'est démocratisée, privatisée et diversifiée. Le cadre homogène qui prévalait autrefois a fait place à une pluralité de modèles, dont la légitimité sociale ne fait plus aujourd'hui aucun doute. Pensons simplement à l'union de fait, aux recompositions familiales, à l'adoption internationale et à la procréation assistée. Autant de phénomènes qui ont contribué à enrichir la trame familiale et à brouiller les repères du passé¹.

*Ce texte représente la version française d'un article publié en espagnol dans le numéro de septembre 2004 de la *Revista de Derecho Comparado* (Argentine).

1. Sur les transformations de la famille, voir généralement M.-B. TAHON, *La famille désinstituée*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 1995, 230 pages.

Pensons également aux couples de même sexe dont les aspirations égalitaires se sont matérialisées au cours des dernières années, tant en Amérique qu'en Europe. Non seulement la plupart des États occidentaux ne discriminent plus les personnes sur la base de leur orientation sexuelle, mais ils sont de plus en plus nombreux à accorder aux conjoints de même sexe des droits comparables à ceux dont jouissent les conjoints hétérosexuels².

Au Québec, l'année 2002 a marqué de manière éclatante l'aboutissement des revendications homosexuelles. Depuis le 24 juin 2002, le *Code civil du Québec* permet aux couples de même sexe d'adhérer à un cadre juridique quasi similaire à celui auquel les couples de sexe opposé peuvent traditionnellement se soumettre par le mariage. En parallèle, les gais et lesbiennes se sont vu attribuer les mêmes droits parentaux que les hétérosexuels³.

Autrefois marginalisés, les couples de même sexe ont donc, au Québec, franchi le seuil de la légitimité sociale et juridique, mais non sans créer certains remous autour d'eux. Des remous dont on commence à peine à saisir la portée. Certaines des ruptures symboliques provoquées par la réforme du 24 juin 2002 sont uniques au monde, d'où l'intérêt de s'y attarder. Les observateurs étrangers seront ainsi en mesure d'apprécier l'expérience québécoise sur l'un des thèmes qui, encore aujourd'hui, divisent les esprits et soulèvent les passions dans de nombreux pays.

1. LA CONJUGALITÉ HOMOSEXUELLE

Au Québec, les rapports entre conjoints mariés font depuis toujours l'objet d'un encadrement législatif relativement étroit⁴. En revanche, la relation des conjoints de fait n'est nullement réglementée par le Code civil. Bien que ceux-ci aient

2. Voir A. ROY, « Le partenariat civil, d'un continent à l'autre », *Revue Internationale de droit comparé* 2002.3.759 et « Uniones entre personas del mismo sexo », (2001) *Revista de Derecho Comparado*.

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

4. Voir A. ROY, *Le contrat de mariage réinventé. Perspectives socio-juridiques pour une réforme*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 9-43.

accès aux mêmes bénéfices sociaux que les époux⁵, le Code civil n'organise pas pour autant leurs rapports mutuels⁶. À cet égard, le Québec se distingue des autres provinces canadiennes qui assujettissent les conjoints de fait à une obligation alimentaire réciproque⁷. Le Québec résiste à ce mouvement généralisé en invoquant les principes de liberté de choix et d'autonomie de la volonté. Si les conjoints de fait ne se marient pas, prétend-on, c'est qu'ils ne veulent pas des conséquences juridiques qui accompagnent le statut matrimonial.

5. Les conjoints de fait hétérosexuels bénéficient des mêmes avantages sociaux que les époux depuis une dizaine d'années, tant au provincial qu'au fédéral : voir l'énumération des législations présentée par D. GOUBAU, G. OTIS, D. ROBITAILLE dans « La spécificité patrimoniale de l'union de fait : Le libre choix et ses "dommages collatéraux" », (2003) 44 *Cahiers de droit* 3, 10, note 11. Des droits et des obligations sont également reconnus aux conjoints de fait en matière fiscale. Voir : *Loi modifiant la Loi sur les impôts, la Loi sur la taxe de vente du Québec et d'autres dispositions législatives d'ordre fiscal*, L.Q. 1994, c. 22, art. 44 et *Loi modifiant la Loi sur les impôts, la Loi sur la taxe de vente du Québec et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1995, c. 1, art. 13. Les législateurs québécois et fédéral ont récemment modifié l'ensemble de leurs législations sociales et fiscales de manière à reconnaître aux conjoints de fait homosexuels des avantages en tout point équivalents. Au Québec, voir *Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant les conjoints de fait*, L.Q. 1999, c. 14. Au fédéral, voir *Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations*, L.C. 2000, c. 12. Sur le sujet, voir B. LEFEBVRE, « L'évolution de la notion de conjoint en droit québécois », dans P.-C. LAFOND, B. LEFEBVRE (dir.), *L'union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21^e siècle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 3, aux pages 14 et suiv.

6. Notons toutefois que le *Code civil du Québec* (ci-après cité C.c.Q.) reconnaît expressément certaines prérogatives aux conjoints de fait. Il en est ainsi en matière d'adoption (depuis la réforme de 1994 : voir C.c.Q., art. 555 et 579); de droit au maintien dans les lieux loués (depuis 1980 : voir C.c.Q., art. 1938); et de reprise de logement dans un immeuble détenu en copropriété indivise (depuis 1987 : voir C.c.Q., art. 1958). Voir aussi l'article 540 C.c.Q. introduit lors de la réforme de 1994 qui consacre la responsabilité des conjoints de fait en matière de procréation assistée. Depuis le 24 juin 2002, les conjoints de fait (hétérosexuels ou homosexuels) bénéficient également d'un statut privilégié en matière de consentement aux soins : C.c.Q., art. 15, tel que modifié aux termes de l'article 1 de la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, c. 6.

7. Notons également que la province de la Saskatchewan a modifié ses législations familiales dans le but d'étendre aux conjoints de fait, quelle que soit leur orientation sexuelle, l'ensemble des droits et des obligations de nature civile applicables aux conjoints mariés : sur le sujet, voir A. ROY, « La liberté contractuelle des conjoints de fait réaffirmée par la Cour d'appel... Un avant-goût des jugements à venir? », (2003) 103 *Revue du Notariat* 457 et D.G. CASSWELL, « Moving Toward Same-Sex Marriage », (2001) 80 *Revue du Barreau canadien* 810, 820.

Certes, on ne peut aborder les conjoints de fait homosexuels sous cet angle, le mariage étant traditionnellement défini, en droit canadien, comme étant l'union légitime d'un homme et d'une femme⁸. On ne saurait ainsi leur prêter d'intention implicite. En instituant l'union civile, le législateur québécois entendait donc établir, à leur bénéfice, un cadre semblable à celui auquel les couples hétérosexuels peuvent volontairement se soumettre par le mariage.

Mais qu'est-ce que l'union civile précisément? L'union civile est une copie quasi conforme du mariage, accessible à tous les couples, sans égard à l'orientation sexuelle des conjoints⁹. Ainsi, à quelques exceptions près, l'union civile est célébrée aux mêmes conditions que le mariage¹⁰. Les célébrants habilités à unir les époux et les conjoints civils sont les mêmes¹¹. Comme le mariage, l'union civile entraîne la création d'un acte d'état civil consigné au registre de l'état civil¹². Les effets de l'union civile sont également calqués sur ceux du mariage, qu'il s'agisse des effets relatifs à la contribution aux charges du ménage, au devoir de fidélité ou au devoir de secours et d'assistance¹³. Les époux et les conjoints civils sont

8. Le Parlement fédéral a, en 2000, précisé formellement l'exigence d'un consentement au mariage entre un homme et une femme dans la *Loi visant à harmoniser le droit fédéral avec le droit civil de la province de Québec et modifiant certaines lois pour que chaque version linguistique tienne compte du droit civil et de la common law*, L.C. 2001, c. 4, art. 5. Voir également les précisions faites dans la *Loi visant la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations*, L.C. 2000, c. 12, art. 1.1. En common law, l'exigence découle traditionnellement de l'affaire *Hyde c. Hyde*, (1866) L.R. 1 P. & D. 130 et d'arrêts subséquents, dont *Corbett c. Corbett*, [1970] 2 All E.R. 22, 48 (Pr. Division). Voir *infra*, p. 165.

9. C.c.Q., art. 521.1.

10. En vertu de l'article 521.1, l'union civile ne peut être contractée qu'entre personnes ayant atteint l'âge de 18 ans. En matière matrimoniale, l'âge minimal pour contracter mariage est établi, par le droit fédéral, à 16 ans : *Loi visant à harmoniser le droit fédéral avec le droit civil de la province de Québec et modifiant certaines lois pour que chaque version linguistique tienne compte du droit civil et de la common law*, L.C. 2001, c. 4. L'union civile ne peut être contractée par des personnes qui sont, l'une par rapport à l'autre, un ascendant, un descendant, un frère ou une sœur. En matière matrimoniale, le droit fédéral autorise le mariage entre demi-frère et demi-sœur par adoption : *Loi concernant le droit interdisant le mariage entre personnes apparentées*, L.C. 1990, c. 46.

11. C.c.Q., art. 521.2 à 521.4.

12. C.c.Q., art. 521.5 et 121.1 à 121.3.

13. C.c.Q., art. 521.6.

en outre soumis aux mêmes régimes primaire et secondaire et peuvent prétendre à des droits successoraux équivalents¹⁴.

En somme, mise à part l'accessibilité de l'union civile à l'ensemble des couples, hétérosexuels comme homosexuels, la seule véritable différence entre l'union civile et le mariage concerne les modes de dissolution. Alors que les époux doivent impérativement solliciter l'intervention du tribunal afin d'obtenir un jugement de divorce et de sceller définitivement le sort des conséquences accessoires en résultant¹⁵, les conjoints civils sans enfant ont, quant à eux, la possibilité de dissoudre conventionnellement leur relation devant un notaire¹⁶.

Pourquoi avoir tant copié le mariage? N'aurait-il pas été plus simple de permettre aux couples de même sexe de se marier? Sans doute, mais le législateur québécois n'aurait pu procéder ainsi, la compétence législative relative aux conditions de fond du mariage appartenant au Parlement fédéral aux termes de la Constitution canadienne¹⁷. S'il en avait eu le pouvoir, le gouvernement du Québec aurait ouvert les portes du mariage aux gais et lesbiennes, sans aucune hésitation. C'est à tout le moins ce que l'on peut déduire des déclarations faites par le ministre de la Justice lors des travaux parlementaires :

Si le Québec exerçait une totale et entière compétence sur le droit de la famille et particulièrement sur la détermination des conditions de fond du mariage et sur le divorce, la proposition législative que nous aurions examinée se réduirait à peu de chose. Elle aurait prévu que, sans égard à l'orientation sexuelle, le mariage

14. C.c.Q., art. 521.6 al. 4 et 5 et 521.8. En matière successorale, voir C.c.Q., art. 653. Voir également l'article 61.1 de la *Loi d'interprétation* (L.R.Q., c. I-16) dont le premier alinéa définit ainsi le terme « conjoint » : « Sont des conjoints les personnes liées par un mariage ou par une union civile ».

15. *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), c. 3 (2^e suppl.), art. 3(1), 4(1) et 8(1). Voir, sur le sujet, A. ROY, « Déjudiciarisation et divorce consensuel : perspectives socio-juridiques », dans N. KASIRER, P. NOREAU (dir.), *Sources et instruments de justice en droit privé*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 287.

16. C.c.Q., art. 521.12 à 521.16.

17. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3, art. 91(26). Au sujet du partage des compétences constitutionnelles en matière de mariage, voir M. MORIN, « La longue marche vers l'égalité des conjoints de même sexe », 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. 63, aux pages 85 à 88. Voir également, dans le même ouvrage, H. CYR, « La conjugalité dans tous ses états : La validité constitutionnelle de l'union civile » sous l'angle du partage des compétences constitutionnelles », p. 193, aux pages 200 et suiv.

peut être contracté entre deux personnes qui expriment publiquement leur consentement libre et éclairé à cet égard.¹⁸

À cet égard, la démarche du Québec ne peut donc être comparée à celle des autres législateurs qui, au cours des dernières années, ont instauré différentes structures de partenariat civil au profit des couples gais. À l'étranger, on a mis en place de tels régimes parce qu'on ne souhaitait vraisemblablement pas reconnaître le mariage gai¹⁹. En revanche, le législateur québécois a adopté l'union civile, à défaut de pouvoir modifier lui-même la définition du mariage au profit des couples de même sexe, en raison de limitations d'ordre constitutionnel.

Cela dit, les gais et lesbiennes du Québec n'ont pas pour autant abandonné l'idée d'obtenir la reconnaissance du mariage gai. Déterminés à poursuivre leur marche vers l'égalité pleine et entière, ils ont depuis transporté leurs revendications à Ottawa, se joignant à leurs homologues des autres provinces pour convaincre le législateur fédéral d'exercer sa compétence en leur faveur. Et leurs démarches pourraient bientôt porter fruits...

En effet, au mois de juillet 2003, le ministre fédéral de la Justice a saisi la Cour suprême d'un renvoi sur la constitutionnalité d'un avant-projet de loi autorisant le mariage entre conjoints de même sexe. L'avant-projet de loi propose une conception dite inclusive du mariage civil en le définissant comme étant « [...] l'union légitime de deux personnes à l'exclusion de toute autre personne [...] ». Bien que l'on puisse anticiper un avis favorable de la Cour²⁰, on peut difficilement spéculer sur

18. Journal des débats, Commission permanente des institutions, 5 février 2002, [En ligne] : www.assnat.qc.ca/fra/Publications/debats/journal/ci.htm.

19. Pensons, par exemple, à l'expérience française. Manifestement, le PaCS (Pacte Civil de Solidarité) se voulait la réponse finale aux revendications égalitaires des couples de même sexe.

20. Décret C.P. 2003-1055, 16 juillet 2003. En fait, trois questions ont d'abord été adressées à la Cour suprême : 1) La proposition de loi concernant certaines conditions de fond du mariage civil relève-t-elle de la compétence exclusive du Parlement du Canada? Dans la négative, à quel égard et dans quelle mesure? 2) Si la réponse à la question 1 est affirmative, l'article 1 de la proposition, qui accorde aux personnes de même sexe la capacité de se marier, est-il conforme à la *Charte canadienne des droits et libertés*? Dans la négative, à quel égard et dans quelle mesure? 3) La liberté de religion, que garantit l'article 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, protège-t-elle les autorités religieuses de la contrainte d'avoir à marier deux personnes du même sexe, contrairement à leurs croyances religieuses? Une quatrième question a été ajoutée par la suite, soit le 28 janvier 2004 : l'exigence, sur le plan civil, selon laquelle

le sort que réserveront les parlementaires à l'avant-projet. Compte tenu du caractère soi-disant moral des enjeux en cause, le gouvernement fédéral pourrait éventuellement autoriser la tenue d'un vote libre. Or, tout semble indiquer que les parlementaires canadiens soient encore et toujours divisés sur la question, quelle que soit leur allégeance politique²¹. Mais qu'importent les délibérations à venir, il est loin d'être sûr que le débat appartienne encore aux seuls parlementaires.

Au cours des deux dernières années, des tribunaux du Québec²², de l'Ontario²³, de la Colombie-Britannique²⁴, du Yukon²⁵, du Manitoba²⁶, de la Nouvelle-Écosse²⁷ et de la Saskatchewan²⁸ ont déclaré invalide et inopérante la règle fédérale réservant le mariage aux couples hétérosexuels, eu égard aux droits à l'égalité enchâssés dans la *Charte canadienne des droits et libertés*²⁹. Contre toute attente, le procureur général du Canada a décidé de ne pas interjeter appel des décisions ainsi rendues, ce qui a eu pour effet d'en consacrer le caractère pleinement exécutoire³⁰. Les couples de même

deux personnes de sexe opposé peuvent se marier, prévue par la common law et, pour le Québec, à l'article 5 de la *Loi d'harmonisation no. 1 du droit fédéral avec le droit civil*, est-elle conforme à la *Charte canadienne des droits et libertés*? Dans la négative, à quel égard et dans quelle mesure? Voir le communiqué émis par le ministère de la Justice du Canada, disponible [En ligne] : www.canada.justice.gc.ca/fr/news/fs/2004/doc_31110.html. Les audiences de la Cour suprême ont eu lieu les 6 et 7 octobre dernier.

21. L. SOUMIS, « Le mariage gai déchire les libéraux », *Journal de Montréal*, 17 septembre 2003.

22. Voir *Hendrick c. P.G.*, [2002] R.J.Q. 2506 (C.S.).

23. Voir *Halpern c. Canada (Attorney General)*, 172 O.A.C. 276 et *Halpern c. Canada (Attorney General)*, [2003] S.C.C.A. N° 337. Pour une analyse du jugement et de ses retombées, voir N. BALA, « Controversy Over Couples in Canada : The Evolution of Marriage and Other Adult Interdependent Relationships », (2003) *Queen's Law Journal* 41.

24. Voir *Egale Canada inc. c. Canada (Attorney General)*, 2003 B.C.C.A. 251 et *Egale Canada inc. c. Canada (Attorney General)*, 2003 B.C.C.A. 406.

25. *Dunbar c. Yukon*, 2004 YKSC 434.

26. *Vogel c. Canada (Attorney General)*, [2004] M.J. N° 418.

27. *Boutilier c. Nova Scotia (Attorney General)*, [2004] N.S.J. N° 357.

28. *N.W. c. Canada (Attorney General)*, 2004, SKQB 434.

29. (Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*) [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982), R.-U., c. 11]), art. 15.

30. À défaut d'appel, l'arrêt de la Colombie-Britannique a acquis l'autorité de la chose jugée le 8 juillet 2003 et celui de l'Ontario, le 9 octobre 2003, à la suite de la décision de la Cour suprême du Canada de rejeter la requête pour permission d'appeler

sexe du Québec, de l'Ontario, de la Colombie-Britannique, du Yukon, du Manitoba, de la Nouvelle-Écosse et de la Saskatchewan peuvent donc aujourd'hui, à l'intérieur des limites de leur province respective, convoler en justes noces. Manifestement, les élus se sont fait doubler au passage par les tribunaux, perdant en conséquence la marge de manœuvre qu'ils auraient pu autrement espérer. Comment, en effet, pourront-ils faire fi des acquis juridiques et sociaux dont jouissent actuellement les couples de même sexe, sans courir le risque de susciter une véritable crise politique?

De toute évidence, l'éventuelle consécration législative du mariage gai remettra en cause la pertinence de l'union civile québécoise et pourrait incidemment amener le législateur du Québec à en proposer l'abrogation³¹. Dans cette perspective, la nouvelle institution n'aura été qu'une étape provisoire ou une simple halte sur le parcours menant au mariage³².

2. L'HOMOPARENTALITÉ

Il y a quelques années à peine, la réalité des enfants pris en charge par les couples de même sexe était ignorée, voire

présentée par The Interfaith Coalition on Marriage and Family. Au Québec, c'est le 19 mars 2004 que la Cour d'appel (*Ligue catholique pour les droits de l'homme c. Hendricks* [2004] R.J.Q. 851 (C.A.)) a rejeté pour cause d'absence d'intérêt juridique l'appel de la Ligue catholique pour les droits de l'homme, à l'encontre du jugement de la Cour supérieure qui avait déclaré invalide la règle réservant le mariage civil aux seuls couples hétérosexuels, mais qui avait néanmoins suspendu les déclarations d'invalidité pour une période de deux ans. Le procureur général du Canada, qui s'était initialement porté appelant, s'est désisté de son appel en juillet 2003. En janvier 2004, il a renoncé à la suspension des déclarations d'invalidité énoncées par la Cour supérieure.

31. D'ailleurs, un projet de loi vient tout juste d'être présenté par le ministre de la Justice du Québec pour permettre aux couples unis civilement de se marier sans avoir à dissoudre préalablement leur union civile : *Loi modifiant le Code civil relativement au mariage*, Projet de loi 59, 1^{re} session, 37^e législature (Québec). Cela dit, plutôt que d'abroger la nouvelle institution, le législateur pourrait avantageusement en remodeler le régime juridique dans le but de le distinguer de celui qui prévaut en matière matrimoniale, auquel cas l'union civile pourrait peut-être prétendre à une vie propre : A. ROY, « Le régime juridique de l'union civile : Entre symbolisme et anachronisme », dans P.-C. LAFOND, B. LEFEBVRE (dir.), *L'union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21^e siècle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 165, aux pages 187-192.

32. Pour une perspective plus générale sur le sens des régimes de partenariat civil, voir A. ROY, « Le partenariat civil, d'un continent à l'autre », *Revue Internationale de droit comparé* 2002.3.759, 785.

objet d'ostracisme. Dans l'esprit d'une majorité de personnes, la parentalité ne pouvait être que le reflet, réel ou fictif, de la réalité biologique³³. D'ailleurs, selon un sondage réalisé au mois de décembre 2001, 51 % des Québécois se disaient contre l'adoption d'un enfant par un couple d'homosexuels³⁴.

Face à l'enjeu fondamental que représente le bien-être de l'enfant et devant les résistances révélées par les sondages d'opinions, on aurait pu s'attendre à des années de débats enflammés avant de voir poindre à l'horizon un projet de loi attribuant des droits parentaux aux couples de même sexe. La réalité aura été tout autre. Depuis le 24 juin 2002, le législateur du Québec reconnaît le principe d'une filiation homoparentale³⁵. Le nouvel article 115 du Code civil consacre cette réalité en ces termes :

La déclaration de naissance énonce le nom attribué à l'enfant, son sexe, les lieux, date et heure de la naissance, le nom et le domicile des père et mère et du témoin, de même que le lien de parenté du déclarant avec l'enfant. *Lorsque les parents sont de même sexe, ils sont désignés comme les mères ou les pères de l'enfant, selon le cas.*³⁶

La filiation d'un enfant avec deux parents de même sexe peut d'abord résulter d'un jugement d'adoption. En droit québécois, l'adoption d'un enfant est prononcée en faveur d'une personne seule³⁷ ou d'un couple³⁸, sur la base du consentement

33. Le droit québécois lui-même a traditionnellement fait écho à cette perception. Qu'elle soit fondée sur la réalité biologique ou non, la filiation reconnue par le droit québécois a toujours été compatible avec le modèle de la parenté généalogique. Ainsi, l'adoption se voulait jusqu'à tout récemment le reflet « fictif » de la réalité biologique, puisque les dispositions législatives la régissant étaient fondées sur le schème père-mère, du moins en principe.

34. S. GALIPEAU, *Les enfants de l'homoparentalité*, Montréal, La Presse, 27 février 2002, p. B-1.

35. Selon des données inédites obtenues de l'Institut de la Statistique du Québec, en date du 1^{er} juin 2004, l'acte de naissance de 68 actes enfants nés depuis l'entrée en vigueur des nouvelles mesures attestait d'un lien de filiation bimaternel.

36. Nos italiques.

37. C.c.Q., art. 546. Depuis plusieurs années, une personne célibataire peut adopter un enfant, et ce, quelle que soit son orientation sexuelle. Voir A. ROY, « L'adoption en droit québécois : aspects civils et procéduraux », dans *La Famille — Extraits du Répertoire de droit/Nouvelle série*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 163, à la page 173.

38. C.c.Q., art. 546. Par ailleurs, notons que, selon l'article 547 C.c.Q., l'adoptant doit avoir au moins 18 ans de plus que l'adopté, sauf si ce dernier est l'enfant de son conjoint ou si le tribunal n'en décide autrement, dans l'intérêt de l'adopté.

des parents biologiques ou d'une déclaration judiciaire d'admissibilité à l'adoption³⁹. Alors qu'on interprétait naguère la notion de « couple » en référence exclusive aux conjoints hétérosexuels, qu'ils soient ou non mariés⁴⁰, on doit désormais en élargir la portée pour y intégrer les conjoints homosexuels, qu'ils soient légalement unis ou non.

Dans les faits, l'établissement d'un lien de filiation adoptif entre un enfant et deux personnes du même sexe résultera le plus souvent d'un consentement spécial du parent biologique de l'enfant en faveur de son nouveau conjoint⁴¹. Évidemment, pour qu'un tel scénario soit légalement admissible, l'enfant ne devra avoir aucun autre lien de filiation préexistant. Si tel est le cas, le conjoint du parent ne pourra adopter l'enfant de ce dernier, à moins que l'autre parent ne soit décédé ou déchu de son autorité parentale⁴².

39. C.c.Q., art. 540. Notons que, en principe, l'enfant âgé de 10 ans ou plus doit également apporter son consentement à sa propre adoption : C.c.Q., art. 549. Pour de plus amples explications sur les conditions relatives à l'adoption et le processus d'ouverture du dossier d'adoption, voir A. ROY, « L'adoption en droit québécois : aspects civils et procéduraux », dans *La Famille — Extraits du Répertoire de droit/Nouvelle série*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 163, à la page 175 et suiv.

40. Voir A. ROY, « Partenariat civil et couples de même sexe : La réponse du Québec », (2001) 35 *Revue Juridique Thémis* 663, 685.

41. Selon l'article 555 C.c.Q., le consentement spécial à l'adoption ne peut être donné qu'en faveur d'un ascendant de l'enfant, d'un parent en ligne collatérale jusqu'au troisième degré ou du conjoint (marié, civil ou de fait) de cet ascendant ou parent. Il peut également être donné en faveur du conjoint (marié, civil ou de fait) du père ou de la mère. Cependant, lorsqu'il s'agit de conjoints de fait, ces derniers doivent cohabiter depuis au moins trois ans. Selon l'article 579 C.c.Q., l'adoption par une personne, de l'enfant de son conjoint (marié, civil ou de fait) ne rompt pas le lien de filiation établi entre ce conjoint et son enfant.

42. Le parent avec qui un lien de filiation subsisterait pourrait-il donner un consentement spécial en faveur du conjoint de l'autre parent pour parfaire le processus d'adoption? Bien que les auteurs (et, semble-t-il, certains tribunaux inférieurs (voir à cet égard l'article de Michèle Rivet cité à la fin de cette note)) répondent affirmativement à cette question, on peut entretenir de sérieux doutes quant à la conformité d'une telle interprétation avec l'intention du législateur. À notre avis, l'article 555 C.c.Q. consacre le droit d'une personne de donner un consentement spécial à l'adoption de son enfant par son conjoint, mais non par le conjoint de l'autre parent. Dans ses commentaires sur l'article 555 C.c.Q., le ministre de la Justice n'évoque d'ailleurs que cette première hypothèse, sans envisager la seconde, ni même indirectement : *Commentaires du ministre de la Justice*, tome 1, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 333. Par ailleurs, autoriser un parent à se délester *privément* de son lien de filiation en faveur du conjoint de l'autre (dans un contexte de recomposition familiale) ne risque-t-il pas de transformer l'enfant en monnaie d'échange? Dans le cadre d'une adoption intrafamiliale où l'intervention étatique est réduite au minimum, une telle perspective pourrait fort bien s'avérer contraire à

Bref, l'enfant ne pourrait, dans l'état actuel du droit québécois, avoir un lien de filiation avec plus de deux personnes.

Quant aux couples de même sexe qui voudront adopter un enfant au Québec par suite d'un consentement général ou d'une déclaration judiciaire d'admissibilité à l'adoption, ils seront confrontés aux mêmes réalités que les couples hétérosexuels. Il leur faudra donc soumettre leur demande au Centre de protection de l'enfance et de la jeunesse (CPEJ), satisfaire aux différentes conditions administratives⁴³ et attendre patiemment qu'on les interpelle...⁴⁴ Compte tenu du peu d'enfants adoptables au Québec, les délais entre l'expression d'une première volonté et l'enclenchement du processus d'adoption à proprement parler s'étirent généralement sur plusieurs années⁴⁵. À l'instar des couples hétérosexuels, les couples homosexuels

l'intérêt de l'enfant (C.c.Q., art. 543). À l'appui d'une interprétation favorable au consentement donné par un parent en faveur du conjoint de l'autre parent, voir, notamment, M. PRATTE, «Le nouveau Code civil du Québec: Quelques retouches en matière de filiation», dans E. CAPARROS, *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, p. 283, à la page 302 et R. JOYAL, «La filiation homoparentale, rupture symbolique et saut dans l'inconnu», dans P.-C. LAFOND, B. LEFEBVRE, (dir.), *L'union civile: nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21^e siècle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 307, à la page 308. En obiter dictum, voir également E.W. c. B.B., J.E. 2003-2242 (C.S.) et T.D. (*Dans la situation de*), [2004] R.D.F. 703 (C.Q.). Sur le sujet, voir aussi M. RIVET, «La vérité et le statut juridique de la personne», (1987) 18 *Revue générale de droit* 843, 852.

43. Tous les adoptants potentiels doivent faire l'objet d'une évaluation psychosociale destinée à déterminer s'ils sont en mesure d'assumer les responsabilités inhérentes à l'adoption d'un enfant. Si l'évaluation s'avère positive, leurs noms s'ajouteront à la liste des postulants tenue par les C.P.E.J. Dans la sélection des adoptants, «le respect de l'ordre chronologique d'inscription sur la liste est subordonné aux besoins et aux caractéristiques des enfants disponibles pour adoption et aux attentes des parents biologiques»: *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1., art. 72.3. Voir également DIRECTION DE L'ADAPTATION SOCIALE, *L'adoption, un projet de vie — Cadre de référence en matière d'adoption au Québec*, Québec, Ministère de la Santé et des Services sociaux, 1994, p. 19.

44. DIRECTION DE L'ADAPTATION SOCIALE, *L'adoption, un projet de vie — Cadre de référence en matière d'adoption au Québec*, Québec, Ministère de la Santé et des Services sociaux, 1994, p. 36. Selon des données (non officielles) rapportées dans l'édition du 2 mars 2003 du journal *Le Soleil*, environ 8 couples de même sexe auraient, depuis le 24 juin 2002, déposé une demande d'adoption: C. SAMSON, *Un geste d'amour, non de charité*, Québec, *Le Soleil*, 2 mars 2003, p. A-1.

45. Alors que le nombre annuel d'adoptions était de 4 000 dans les années 1960, seulement 312 adoptions ont eu lieu entre le 31 mars 1991 et le 31 mars 1992. À cette date, le nombre de couples et d'individus inscrits sur la liste d'attente s'élevait à 3 843: DIRECTION DE L'ADAPTATION SOCIALE, *L'adoption, un projet de vie — Cadre de référence en matière d'adoption au Québec*, Québec, Ministère de la Santé et des Services sociaux, 1994, p. 69 et 77.

pourront également se porter candidats pour héberger, à titre de famille d'accueil, un enfant à risque ou en situation d'abandon, en espérant pouvoir éventuellement l'adopter à travers la « Banque-Mixte »⁴⁶.

Dans le cadre de l'adoption internationale, les couples de même sexe auront à faire face à une réalité juridique beaucoup moins favorable. En effet, les pays étrangers d'où proviennent la majorité des enfants adoptables se réservent généralement le droit de sélectionner les adoptants, en fonction de critères plus ou moins précis. Or, dans l'état actuel des choses, la Chine, le Viêt-Nam ou Haïti, pour ne nommer que ceux-là, refusent de cautionner l'adoption d'un de leurs ressortissants par un couple homosexuel⁴⁷. À moins de revirements inattendus, les critères de sélections élaborés par les autorités étrangères feront donc obstacle au projet d'adoption internationale des couples de même sexe⁴⁸.

46. La Banque-Mixte est composée de couples ou d'individus désireux d'adopter un enfant. À ce titre, ils sont inscrits comme postulants à l'adoption et acceptent de jouer le rôle de famille d'accueil auprès d'un enfant à risque élevé d'abandon et dont le projet de vie est l'adoption à court ou moyen terme. En effet, l'enfant en famille d'accueil pourrait bien devenir, à plus ou moins long terme, adoptable, par suite d'un consentement général des parents biologiques ou par déclaration judiciaire d'admissibilité à l'adoption. La famille d'accueil avec qui l'enfant aura peut-être développé des liens affectifs pourra, dans ce cas, proposer un projet d'adoption aux autorités. Voir les renseignements publiés sur la Banque-Mixte, [En ligne] : www.quebecadoption.net.

47. Selon certaines sources, il n'existerait pas d'État qui accepte que des enfants ressortissants du pays soient adoptés par des homosexuels. Voir les renseignements publiés sur le site de l'organisation « Homoparentalité », [En ligne] : www.cometes.net/hmprt/adopt.php.

48. Pour contourner la difficulté, certains conjoints de même sexe seront tentés de procéder par une démarche en deux étapes. Cette démarche pourrait se traduire de la façon suivante : l'un des conjoints entreprend seul les démarches d'adoption internationale dans un pays qui accepte l'adoption par un célibataire et ment sur son orientation sexuelle, afin de préserver ses droits d'adoptant. Une fois les formalités édictées par les autorités étrangères complétées et l'adoption prononcée conformément à la loi, le parent adoptif de l'enfant donne, à son retour au Québec, un consentement spécial en faveur de son conjoint, aux conditions prévues par l'article 555 C.c.Q. Bien qu'attrayante, cette stratégie pourrait, à plus ou moins long terme, se retourner contre les couples de même sexe. Selon certaines sources, la Chine aurait déjà « [...] restreint le nombre d'enfants confiés à des Suédois vivant seuls après avoir découvert que certains d'entre eux avaient dissimulé leur homosexualité » : A. JACOB, *La difficile adoption d'enfants étrangers par les homosexuels en Suède*, Paris, *Le Monde*, 6 février 2003, [En ligne] : www.lemonde.fr/imprimer_article_ref/0,5987,3210--308085,00.html.

Outre l'adoption, la filiation de l'enfant avec deux parents de même sexe peut également résulter d'un *projet parental* avec assistance à la procréation, auquel cas le lien sera évidemment bimaternel. Selon l'article 538 C.c.Q., il y a projet parental avec assistance à la procréation dès lors qu'une femme, seule ou de concert avec son conjoint ou sa conjointe, décide de recourir aux forces génétiques d'un tiers pour concevoir l'enfant. Les forces génétiques peuvent d'abord être fournies au moyen d'une insémination artificielle. L'enfant conçu au terme d'un tel processus aura naturellement, suite à la naissance, un lien de filiation avec la mère dont il est issu⁴⁹. Dans la mesure où le projet parental n'est pas exclusif à cette dernière, mais partagé avec une conjointe, un second lien de filiation pourra être établi entre l'enfant et la conjointe.

Le mode d'établissement de ce deuxième lien maternel varie en fonction du statut juridique du couple de lesbiennes. Si le couple est légalement uni⁵⁰, la conjointe de la mère inséminée artificiellement sera présumée co-mère de l'enfant en vertu d'une présomption de parenté étroitement inspirée de la présomption de paternité depuis toujours applicable en matière matrimoniale⁵¹. Si le couple est plutôt en union de fait, aucune présomption de parenté ne trouvera application, mais la conjointe de la mère pourra reconnaître l'enfant auprès du Directeur de l'état civil. Sa déclaration suffira à établir son lien de filiation avec l'enfant, sans qu'il ne lui soit nécessaire d'entreprendre des procédures d'adoption ou toute autre démarche⁵². À défaut de reconnaissance volontaire par la conjointe, une possession constante d'état pourrait

49. Selon l'article 538.1 C.c.Q., « La filiation de l'enfant né d'une procréation assistée s'établit, comme une filiation par le sang, par l'acte de naissance. À défaut de ce titre, la possession d'état suffit; celle-ci s'établit par une réunion suffisante de faits qui indiquent le rapport de filiation entre l'enfant [...] [et] la femme qui lui a donné naissance [...] ».

50. Par l'union civile ou le mariage.

51. C.c.Q., art. 538.3 et 525. Cette présomption est toutefois écartée à l'égard de l'ex-conjointe lorsque l'enfant naît plus de trois cents jours de la fin de l'union, mais après l'union civile ou le mariage subséquent de la femme qui lui a donné naissance : C.c.Q., art. 538.3 al. 3.

52. C.c.Q., art. 540 *a contrario*. Voir A. ROY, « Filiation homosexuelle. La conjointe de la mère doit-elle adopter l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée? », (2003) 105 *Revue du Notariat* 119.

suffire⁵³. Quant au tiers-donneur, il ne pourra d'aucune façon revendiquer l'établissement d'un lien de filiation avec l'enfant, pas plus qu'il ne pourrait lui-même être poursuivi aux termes d'une action en réclamation de paternité⁵⁴.

Cela dit, une femme pourrait solliciter l'intervention d'un tiers pour mener à terme le projet parental qu'elle partage avec sa conjointe de manière... un peu plus conviviale. En effet, l'apport de forces génétiques peut se réaliser non seulement par voie d'insémination artificielle, mais également par relation sexuelle⁵⁵. Par opposition à la procréation médicalement assistée, on pourrait, à l'instar de certains parlementaires, désigner ce processus sous le nom de « procréation amicalement assistée »⁵⁶.

Comme en matière d'insémination artificielle, l'enfant ainsi conçu bénéficiera d'un lien de filiation avec la mère dont il est issu⁵⁷. Eu égard au projet parental partagé, un second lien de filiation pourra être établi entre l'enfant et la conjointe de la mère, soit par le jeu de la présomption de parenté à laquelle nous avons déjà fait référence, si le couple est légalement uni,

53. C.c.Q., art. 538.1 et 524. Sur l'application de la possession d'état dans un contexte homoparental, voir B. MOORE, « Les enfants du nouveau siècle. Libres propos sur la réforme de la filiation », dans *Développements récents en droit de la famille 2002*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 75, aux pages 82-83. Si une possession d'état ne peut être invoquée, aucun lien de filiation ne sera établi entre l'enfant et la conjointe, malgré son consentement initial au projet parental. Cependant, la conjointe engagera sa responsabilité envers l'enfant et la mère de celui-ci : C.c.Q., art. 540.

54. C.c.Q., art. 538.2. Si les gamètes ont été obtenues par l'intermédiaire d'une banque de sperme, les renseignements nominatifs relatifs au donneur demeureront confidentiels, sauf si, en l'absence de tels renseignements, un préjudice grave risque d'être causé à la santé de l'enfant ou de ses descendants, auquel cas le tribunal pourrait en permettre la transmission aux autorités médicales concernées : C.c.Q., art. 542. Ce principe de confidentialité des données nominatives a été introduit en 1994. Sous réserve de considérations médicales, la confidentialité des donneurs est également garantie par les articles 14 et suiv. de la nouvelle *Loi [fédérale] concernant la procréation assistée et la recherche connexe*, L.C. 2004, c. 2. Notons que l'article 17 de cette loi prévoit la mise en place d'une agence gouvernementale [l'Agence canadienne de contrôle de la procréation assistée] qui aura notamment pour mandat de voir à la tenue d'un registre national où devront figurer « [...] les renseignements médicaux sur les donneurs de matériel reproductif humain et d'embryons in vitro, les personnes ayant eu recours à une technique de procréation assistée et les personnes qui sont issues d'une telle technique ».

55. C.c.Q., art. 538.2, al. 2.

56. Voir Journal des débats, Commission permanente des institutions, 15 mai 2002, [En ligne] : www.assnat.qc.ca/fra/Publications/debats/journal/ci.htm.

57. C.c.Q., art. 538.1

soit à la suite d'une reconnaissance volontaire ou d'une possession d'état, si le couple est plutôt en union de fait⁵⁸.

Toutefois, contrairement au tiers-donneur, le tiers-géniteur jouira d'un délai d'un an à compter de la naissance pour revendiquer un lien de filiation avec l'enfant et, incidemment, faire échec au lien de filiation avec la conjointe de la mère⁵⁹. Le législateur préserve donc temporairement les droits de l'« ami dévoué » qui, suite à la naissance, pourrait bien se découvrir une « vocation à la paternité »⁶⁰. Pendant ce délai, la filiation de l'enfant sera donc incertaine. Pour reprendre les termes employés par un auteur, elle sera sous condition suspensive pour le géniteur et sous condition résolutoire pour la conjointe de la mère⁶¹. Le sort du deuxième lien de filiation de l'enfant pourrait ainsi dépendre d'une négociation privée entre la mère, sa conjointe et le géniteur. Une telle perspective, convenons-en, soulève d'importantes questions d'ordre éthique auxquelles le législateur québécois ne semble pas avoir prêté attention.

Comme on aura pu le constater, la réforme de la filiation du 24 juin 2002 opère une importante rupture avec le passé. En permettant l'établissement d'un lien filial entre un enfant et deux personnes de même sexe, le législateur québécois reconnaît non seulement des responsabilités parentales aux couples homosexuels, il déconstruit les fondements d'une institution qui paraissait pourtant immuable. Certains ont applaudi cette initiative législative; d'autres l'ont pourfendue sans ménagement. Plus de deux ans après l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions, les tensions émotives se sont doucement apaisées, mais une question revient aujourd'hui nous

58. C.c.Q., art. 538.3, 538.1, 540 et 524.

59. C.c.Q., art. 538.2 al.2 : « [...] [l]orsque l'apport de forces génétiques se fait par relation sexuelle, un lien de filiation peut être établi, dans l'année qui suit la naissance, entre l'auteur de l'apport et l'enfant. Pendant cette période, le conjoint [ou la conjointe] de la mère qui a donné naissance à l'enfant ne peut, pour s'opposer à cette demande, invoquer une possession d'état conforme au titre ».

60. S. PHILIPS-NOOTENS, C. LAVALLÉE, « De l'état inaliénable à l'instrumentalisation : la filiation en question », dans P.-C. LAFOND, B. LEFEBVRE, (dir.), *L'union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21^e siècle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 337, à la page 343.

61. B. MOORE, « Les enfants du nouveau siècle. Libres propos sur la réforme de la filiation », dans *Développements récents en droit de la famille 2002*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 75, à la page 93.

hanter : la reconstruction de la filiation en marge de la réalité biologique peut-elle se justifier à la lumière de l'intérêt de l'enfant, seul bénéficiaire avoué de l'opération législative?

La grande majorité des études scientifiques démontrent qu'un enfant évoluant auprès de figures parentales homosexuelles aimantes se développe adéquatement⁶². Ainsi, le bien-être d'un enfant ne dépendrait pas de l'orientation sexuelle des personnes qui le prennent en charge, mais des soins et de l'amour qu'il reçoit d'elles. À la lumière de ces conclusions, l'intérêt de l'enfant commandait donc l'aménagement d'un cadre juridique consacrant l'imputabilité des personnes agissant, à son endroit, à titre de parents, peu importe leur orientation sexuelle.

Cela dit, plusieurs mécanismes juridiques reconnaissant à deux hommes ou deux femmes des responsabilités de nature parentale à l'égard d'un enfant auraient pu être envisagés, sans qu'on en fasse pour autant ses pères ou ses mères, aux termes de son acte de naissance. Ainsi, le législateur aurait-il pu autoriser le parent de l'enfant à consentir, devant notaire ou autrement, au partage de l'autorité parentale en faveur de son nouveau conjoint⁶³. Subsidiairement, il aurait pu organiser l'attribution judiciaire d'une « parentalité psychologique »⁶⁴ pleine et entière en faveur du conjoint qui, au quotidien, remplit depuis un certain temps et de manière constante un rôle parental auprès de l'enfant de son conjoint⁶⁵. L'introduction de telles mesures aurait permis d'encadrer la réalité des enfants

62. Voir, notamment, D. JULIEN, M. DUBÉ, I. GAGNON, « Le développement des enfants de parents homosexuels comparés à celui des enfants de parents hétérosexuels », (1994) 15 *Revue québécoise de psychologie* 1.

63. La Cour d'appel du Québec a eu récemment l'occasion de rappeler que les dispositions actuelles du *Code civil du Québec* ne permettaient pas un tel partage : *Droit de la famille-3444*, [2000] R.J.Q. 2533 (C.A.).

64. J'emprunte l'expression au professeur D. GOUBAU : « Le caractère contraignant de l'obligation alimentaire des parents psychologiques », (1991) 51 *R. du B.* 625.

65. Notons que l'attribution judiciaire d'une autorité parentale au conjoint du parent existe en droit néo-écossais, sous le nom de « residence order » : *Children and Law Family Services Act*, S.N.S. 1990, c. 5, art. 79 et 106(9). Dans le même sens, le droit belge prévoit la « tutelle officieuse », institution par laquelle les parents peuvent consentir, sous contrôle judiciaire, à déléguer d'importants attributs de leur autorité parentale en faveur de tiers : *Code civil belge*, art. 475bis et suiv. Sur le sujet, voir J. SOSSON, « Les aspects juridiques du droit belge en matière de formes alternatives d'accueil », dans M.-T. MEULDER-KLEIN (dir.), *Adoption et formes alternatives d'accueil*, Bruxelles, Éditions Story-Scientia, 1990, p.153, aux pages 155-160.

pris en charge par deux conjoints de même sexe, qu'ils aient été conçus dans le cadre de l'union hétérosexuelle antérieure de l'un ou l'autre ou qu'ils soient liés à l'un d'eux par suite d'un jugement d'adoption ou d'une procréation assistée⁶⁶. Quelle que soit l'hypothèse en cause, le conjoint homosexuel se serait vu reconnaître un rôle formel et, incidemment, aurait pu exercer toute la gamme des droits relevant usuellement du statut parental, sans que la filiation de l'enfant n'en soit pour autant modifiée⁶⁷. L'intervention du législateur aurait porté sur la parentalité et non sur la filiation, deux concepts distincts⁶⁸. La filiation, est-il utile de le mentionner, inscrit l'enfant sur l'axe généalogique, alors que la parentalité confère l'exercice des droits et des devoirs originellement attribués aux père et mère, mais néanmoins susceptibles de délégation⁶⁹ et de subdivision⁷⁰, voire de déchéance⁷¹.

Inscrire l'homoparentalité dans la filiation même de l'enfant n'était donc pas la seule option législative disponible. Était-ce la plus favorable à l'enfant? Bien que le ministre de

66. Évidemment, le partage d'autorité parentale, de même que l'institution d'une parentalité psychologique, se seraient avérés incompatibles avec l'adoption extrafamiliale où, à l'origine, l'enfant n'est filialement lié à aucun des conjoints. Les procédures d'adoption sur consentement général ou déclaration judiciaire auraient donc dû être menées par un seul conjoint, quitte à ce que ce dernier consente par la suite au partage de l'autorité parentale en faveur de l'autre ou, à défaut, qu'un tribunal lui attribue une parentalité psychologique. Pour d'autres réflexions sur le sujet, voir A. FINE, « Pluriparentalités et systèmes de filiation dans les sociétés occidentales », dans D. LE GALL, Y. BETTAHAR (dir.), *La pluriparentalité*, Paris, P.U.F., 2001, p. 69, à la page 89.

67. Le législateur aurait pu rattacher des droits successoraux aux prérogatives parentales reconnues au conjoint de même sexe, de manière à permettre à l'enfant d'hériter *ab intestat* de ce dernier, et vice-versa.

68. A. FINE, « Vers une reconnaissance de la pluriparentalité », (2001) 273 *Esprit* 40, 52.

69. Selon l'article 601 C.c.Q., le titulaire de l'autorité parentale peut déléguer à tout tiers la garde, la surveillance ou l'éducation de l'enfant. C'est dans cette disposition que, par exemple, la gardienne d'enfant ou les établissements scolaires puisent leur autorité. Comme l'a précisé la Cour d'appel, la délégation ne peut toutefois être que temporaire et demeure susceptible de révocation unilatérale par le titulaire de l'autorité parentale : *Droit de la famille-3444*, [2000] R.J.Q. 2533 (C.A.).

70. Ainsi, la tutelle, la garde et les droits d'accès sont autant d'attributs de l'autorité parentale qui peuvent être divisés entre plusieurs personnes : C.c.Q., art. 605.

71. C.c.Q., art. 606 et suiv. Sur la question, voir généralement A. FINE, « Pluriparentalités et systèmes de filiation dans les sociétés occidentales », dans D. LE GALL, Y. BETTAHAR (dir.), *La pluriparentalité*, Paris, P.U.F., 2001, p. 69, à la page 89.

la Justice du Québec se soit, à maintes reprises, réclamé de l'intérêt de l'enfant pour appuyer l'option choisie⁷², aucune étude empirique réalisée auprès d'enfants filialement liés à deux mères ou deux pères n'a été produite au soutien de ses prétentions et pour cause : le Québec fait office de pionnier en la matière. Les précédents législatifs sont non seulement peu nombreux, ils ne datent que de quelques années seulement⁷³. Aucune étude sérieuse ne peut aujourd'hui être réalisée sur la base d'un tel échantillonnage. Qui plus est, certaines législations étrangères, souvent citées en exemple, ne peuvent être abordées qu'avec circonspection, les effets de la filiation adoptive n'étant pas nécessairement les mêmes d'un État à l'autre. Il en est ainsi du droit néerlandais où l'adoption d'un enfant, depuis peu accessible aux couples de même sexe, entraîne non pas la création d'un nouvel acte de naissance, mais l'inscription du nom des adoptants en marge de l'acte

72. Voir, notamment, les remarques finales du ministre de la Justice, Monsieur Paul Bégin, à l'occasion des travaux en commission parlementaire : Journal des débats, Commission permanente des institutions, 15 mai 2002, [En ligne] : www.assnat.qc.ca/fra/Publications/debats/journal/ci/020221.htm.

73. Il semble qu'aucun autre État que le Québec n'ait reconnu, à ce jour, l'établissement d'une filiation homoparentale autrement qu'à travers un processus d'adoption. En matière d'adoption, le premier précédent remonte au 24 mai 1995, date à laquelle la Cour provinciale de l'Ontario déclarait invalide (parce que contraire au droit à l'égalité consacré par l'article 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982), R.-U., c. 11]) la disposition de la loi ontarienne niant aux couples de même sexe le droit de présenter une demande d'adoption : *Re K.*, (1995) 125 D.L.R. (4th) 653. À l'heure actuelle, l'adoption est (en principe) accessible aux couples de même sexe dans d'autres provinces canadiennes et dans certains États étrangers, que ce soit en vertu de dispositions législatives qui définissent le terme « conjoint » de manière inclusive ou de jugements prononcés par des tribunaux. Outre l'Ontario, tel est le cas de la Colombie-Britannique, de la Saskatchewan, de l'Alberta, du Manitoba, de la Nouvelle-Écosse, de Terre-Neuve, des Territoires du Nord-Ouest, du Yukon et de l'État du Vermont. Pour un exposé sur le sujet, voir M. MORIN, « La longue marche vers l'égalité des conjoints de même sexe », dans P.-C. LAFOND, B. LEFEBVRE, (dir.), *L'union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21^e siècle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 63, aux pages 82 à 85. En revanche, la Cour européenne des droits de l'homme a récemment refusé d'autoriser l'adoption d'un enfant par un couple de même sexe : *Affaire Fretté c. France* (Hudoc référence REF0000334). De même, la Belgique — qui vient tout juste d'autoriser le mariage gai — a, par la même occasion, fermé la porte de l'adoption aux couples de même sexe : *Loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil* (adoptée le 30 janvier 2003, publiée le 28 février 2003 et entrée en vigueur le 1^{er} juin 2003), art. 14, [En ligne] : www.moniteur.be/index_fr.htm.

d'origine⁷⁴. Au-delà des droits parentaux dont elle permet la transmission, l'adoption néerlandaise ne vise pas, contrairement à l'adoption québécoise, à resituer l'enfant sur un nouvel axe généalogique⁷⁵.

Sans doute, dans une vingtaine d'années, les chercheurs pourront-ils disposer de données leur permettant d'évaluer scientifiquement l'impact, sur l'enfant devenu adulte, d'une filiation homoparentale instituée en rupture du modèle de filiation généalogique sur lequel les sociétés occidentales comparables à la nôtre ont érigé leur conception de la parenté⁷⁶. Dans l'intervalle, nul ne saurait objectivement prévoir les conséquences psychologiques qu'occasionnera la formalisation d'une telle filiation au registre de l'état civil⁷⁷, et ce, indépendamment des habiletés parentales dont auront su faire preuve les personnes concernées. Consacrer l'engagement des conjoints de même sexe à l'égard d'un enfant est une chose, lui reconnaître deux mères ou deux pères, dans son acte de naissance, en est une autre. Car, faut-il le rappeler, la filiation n'est pas qu'un montage juridique porteur d'autorité

74. I. LAMMERANT, *L'adoption et les droits de l'Homme en droit comparé*, Bruylant, Bruxelles et L.G.D.J., Paris, 2001, n° 573, p. 553. Tel est aussi le cas de l'adoption simple du droit français (Code civil français, art. 362). Voir P. COURBE, *Droit de la famille*, 2^e édition, Paris, Armand Colin, 2001, p. 388, n° 995.

75. Voir S. PHILIPS-NOOTENS, C. LAVALLÉE, « De l'état inaliénable à l'instrumentalisation : La filiation en question », dans P.-C. LAFOND, B. LEFEBVRE, (dir.), *L'union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21^e siècle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 337, à la page 357.

76. En vertu de ce modèle, conceptualisé par l'anthropologue québécoise Francoise-Romaine Ouellette, « [...] chaque individu est issu de deux autres individus d'une génération ascendante et de sexe différent qui l'auraient en principe conjointement engendré, ses père et mère » : F.-R. OUELLETTE, « Les usages contemporains de l'adoption », dans A. FINE (dir.), *Adoptions : ethnologie des parentés choisies*, Paris, Maison des sciences de l'homme, 1998, p. 153, aux pages 156-157. Pour un exposé sur les autres modèles de parenté qui ont pu exister dans certaines sociétés, voir A. CADORET, « La filiation des anthropologues face à l'homoparentalité », dans D. BORRILLO, É. FASSIN, M. IACUB, *Au-delà du PaCS. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, Paris, P.U.F., 1999, p. 205.

77. Évidemment, il faut demeurer conscient qu'en matière de régulation sociale, l'objectivité ne sera jamais que relative. Commentant cette réalité, Danièle Loschak observe : « [...] derrière les calculs prétendument objectifs se dissimulent des systèmes d'évaluation qui restent fondamentalement normatifs et n'échappent pas à l'emprise des valeurs dominantes » : « Droit, normalité et normalisation », dans *Le droit en procès*, Paris, P.U.F., 1983, p. 52, à la page 75.

parentale. Lourdemment chargée sur le plan symbolique⁷⁸, elle contribue également à la construction de l'identité sociale et psychologique des personnes⁷⁹.

Au-delà des polémiques d'ordre historique⁸⁰, anthropologique⁸¹, moral⁸², théologique⁸³ et juridique⁸⁴ que soulève la filiation homoparentale et en dépit des préjugés favorables que l'on peut entretenir sur la question, l'importance des enjeux en

78. Voir I. THÉRY, « Le contrat d'union sociale en question », (1997) 236 *Esprit* 159, 179-182.

79. Voir P. LEGENDRE, « Analecta », dans *Leçons IV, suite 2, Filiation — Fondement généalogique de la psychanalyse*, Paris, Fayard, 1990, p. 187. Voir également F. HÉRITIER-AUGÉ, « De l'engendrement à la filiation. Approche anthropologique », (1989) 44 *Topique — Revue Freudienne* 173, 174.

80. Voir É. ROUDINESCO, *La famille en désordre*, Paris, Fayard, 2002.

81. Anticipant l'accroissement constant des demandes d'adoption présentées par les couples de même sexe, l'anthropologue québécoise Françoise-Romaine Ouellette écrivait, en 1996 : « [l'enfant adopté par deux personnes de même sexe [...] serait [...] délibérément marginalisé par rapport à un système de filiation que l'on peut considérer comme un bien symbolique commun. [...] [s]i un jour le législateur permet à deux personnes de même sexe d'adopter conjointement un enfant, le sens de l'adoption — et, avec elle, du lien parent-enfant, s'en trouvera nécessairement altéré » : F.-R. OUELLETTE, « Les usages contemporains de l'adoption », dans A. FINE (dir.), *Adoptions : ethnologie des parentés choisies*, Paris, Maison des sciences de l'homme, 1998, p. 153, à la page 168. D'autres classent plutôt l'adoption homoparentale au rang des « innovations » que pourraient justifier les changements qu'a connu le « contenu de l'adoption » au cours de l'histoire : A. FINE, « Adoption, filiation, différence des sexes », dans M. GROSS (dir.), *Homoparentalités, état des lieux. Parentés et différence de sexe*, Issy-les-Moulineaux, ESF, 2000, p. 73, à la page 85. Pour une synthèse du débat anthropologique que soulèvent la conjugalité homosexuelle et la filiation homoparentale, voir É. FASSIN, « La voix de l'expertise et les silences de la science dans le débat démocratique », dans D. BORRILLO, É. FASSIN, M. IACUB (dir.), *Au-delà du PaCS. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, Paris, P.U.F., 1999, p. 89.

82. Voir F. DAGOGNET, « La famille sans la nature : une politique de la morale contre le moralisme », dans D. BORRILLO, É. FASSIN, M. IACUB (dir.), *Au-delà du PaCS. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, Paris, P.U.F., 1999, p. 79.

83. D. MÜLLER, « La filiation et la promesse. D'une éthique de l'égalité dans la différence à une reprise théologique de la différenciation », (2003) 225 *Revue d'éthique et théologie morale-Le supplément* 111.

84. Certains prennent appui sur le système juridique de l'adoption simple pour plaider en faveur de la filiation homoparentale. Ainsi, Pierre Verdier écrit : « Peut-on avoir deux pères et deux mères ? La question ne se pose pas, puisque, de fait, certains enfants ont plusieurs pères et mères. Par hypothèse, tout ce qui existe est possible. Le droit le prévoit d'ailleurs dans le système de l'adoption simple où un enfant peut légalement avoir deux pères et deux mères, l'adoption simple étant une nouvelle filiation qui s'ajoute à la filiation d'origine » : P. VERDIER, « Ce que l'adoption nous apprend à propos des enfants qui ne sont pas nés de la sexualité de leurs parents », dans M. GROSS (dir.), *Homoparentalités, état des lieux. Parentés et différence de sexe*, Issy-les-Moulineaux, ESF, 2000, p. 33, à la page 38. D'autres encore évoquent l'admissibilité légale d'une adoption par un célibataire pour appuyer leurs

cause aurait d'abord justifié l'instauration de mécanismes législatifs portant sur la parentalité, dans l'attente des bilans que l'on dressera éventuellement des expériences législatives étrangères⁸⁵. En joignant le rang des États qui ont agi précipitamment, le Québec a-t-il fait de l'enfant un objet d'expérimentation? Cette question est certes troublante, mais le fait que l'on n'ait pas pu suffisamment en débattre avant l'entrée en vigueur des nouvelles mesures l'est davantage.

CONCLUSION

Les modifications apportées en juin 2002 aux cadres législatifs régissant la conjugalité et la filiation sont révolutionnaires. En dépit de l'importance des enjeux sociaux en cause,

prétentions. Le droit, observent-ils, cautionne donc des dérogations au schème biologique : « [...] notre société accepte que des individus célibataires adoptent (ce qui veut dire explicitement que, pour la loi, l'enfant n'a pas besoin d'une mère et d'un père présents) [...] » : G. DELAISI DE PARSEVAL, « Qu'est-ce qu'un parent suffisamment bon? », dans M. GROSS (dir.), *Homoparentalités, état des lieux. Parentés et différence de sexe*, Issy-les-Moulineaux, ESF, 2000, p. 207, à la page 208. Sur la rationalité juridique du mariage gai et, plus accessoirement, de la filiation homoparentale, voir également D. BORRILLO, « Fantômes des juristes vs Ratio juris : la doxa des privatistes sur l'union entre personnes de même sexe », dans D. BORRILLO, É. FASSIN, M. IACUB (dir.), *Au-delà du PaCS. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, Paris, P.U.F., 1999, p. 161.

85. Une attente pendant laquelle les représentations culturelles de la filiation auraient sans doute évolué, sous l'impulsion des vents de changements sociaux et juridiques qui, ces dernières années, ont propulsé la conjugalité homosexuelle et l'homoparentalité à l'avant-scène. Dans cette perspective, on peut penser que la prégnance du modèle de parenté généalogique sur lequel notre système de filiation est fondé se relativisera avec les années et que d'autres modèles de filiation s'en trouveront légitimés, y compris la filiation homoparentale. Ainsi, comme l'affirme Marie-Élizabeth Handman, « [...] ce qui semble relever de la nature dans notre société relève uniquement de la culture. À quoi on m'objectera que, même si les cultures sont d'une grande diversité, la nôtre est la nôtre et que l'on ne saurait impunément en saper les fondements. Or il est non moins évident, au vu des évolutions historiques, que les fondements pris pour naturels de chaque culture évoluent sous des pressions d'ordre divers et que les cultures ne sont en rien figées » : « Sexualité et famille : approche anthropologique », dans D. BORRILLO, É. FASSIN, M. IACUB (dir.), *Au-delà du PaCS. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, Paris, P.U.F., 1999, p. 245, à la page 259. Voir également M. MAILFERT, « Homosexualité et parentalité », (2002) 11 *Revue Socio-Anthropologie* 1, 2, disponible [En ligne] : <http://revel.unice.fr/anthropo/document.html?id=140>. Voir cependant F. HÉRITIER-AUGÉ, « De l'engendrement à la filiation. Approche anthropologique », (1989) 44 *Topique — Revue Freudienne* 173, 174.

les autorités gouvernementales du Québec ont procédé à l'élaboration et au dépôt des propositions législatives avec une rapidité déconcertante. Il aura fallu moins de huit mois au gouvernement pour déposer un avant-projet de loi, consulter une cinquantaine d'intervenants en commission parlementaire et présenter le projet pour adoption à l'Assemblée nationale⁸⁶.

Le droit doit évidemment s'ajuster aux mœurs. Comme les autres institutions, la conjugalité et la filiation doivent être revues à la lumière des changements sociaux. Mais on ne peut, nous semble-t-il, intervenir en semblable matière sans prendre le recul et le temps nécessaires. Aussi juste et noble soit-elle, la cause des couples de même sexe ne justifiait pas pareille précipitation. Une réflexion approfondie aurait sans doute favorisé l'élaboration de solutions législatives susceptibles de répondre aux besoins des uns, sans que ne soit pour autant négligé l'intérêt des autres.

Alain Roy
Faculté de droit
Université de Montréal
C.P. 6128, succ. Centre-ville
MONTREAL (Qué.) H3C 3J7
Tél. : (514) 343-2358
Télec. : (514) 343-2199
Courriel : alain.roy@umontreal.ca

86. En fait, un avant-projet a été présenté par le ministre de la Justice le 7 décembre 2001. Des auditions en commission parlementaire se sont déroulées du 5 au 21 février 2002, après quoi un projet de loi a été formellement déposé le 25 avril 2002.