

La Loi 84, le mariage et l'égalité des sexes et des enfants*

par Marie-Blanche Tahon

Vers l'indifférence des sexes ? Union civile et filiation au Québec. On ne peut l'entendre, mais on peut le voir : « Vers l'indifférence des sexes » est suivi d'un point d'interrogation. J'y tiens beaucoup, parce que c'est dans ce point d'interrogation que se cristallise un aspect important de ma perspective. Je ne prône pas l'indifférence des sexes ; je ne prétends pas que la Loi 84 instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation prône l'indifférence des sexes. Je me contente juste, d'un point de vue de sociologue, d'attirer l'attention sur cette éventuelle conséquence de la Loi 84 — et dorénavant de la loi C-38 sur le « mariage civil » de deux personnes, adoptée en juillet 2005 — qui reste inaperçue par le législateur, qu'il soit provincial ou fédéral.

Ottawa et Québec. Mariage et filiation

Le Canada constitue un cas exceptionnel pour une sociologue qui, comme moi, tente d'articuler sociologie de la famille et sociologie politique. Plus personne n'ignore désormais la désarticulation assez originale qui prévaut, au Canada, dans

* Version mise à jour d'une communication présentée à l'occasion d'un débat organisé par *Conjonctures* le 25 avril 2005 autour des thèses proposées dans *Vers l'indifférence des sexes ? Union civile et filiation au Québec*, Boréal, Montréal, 2004. Elle avait été préparée en tenant compte des questionnements transmis par le collectif de la revue. Elle a été complétée par une première lecture des débats fédéraux qui ont abouti à l'adoption de la loi C-38 (« mariage civil », 2005) et de la loi C-6 (« procréation assistée », 2004).

la dévolution des compétences entre le fédéral et les provinces quant à l'institution familiale. Il revient au fédéral de définir le mariage et aux provinces de fixer sa célébration et les conditions qui l'entourent. C'est la raison pour laquelle le Québec a dû inventer, en 2002, une troisième forme de conjugalité, l'union civile, entre l'union de fait et le mariage. Il ne pouvait en effet donner une définition élargie ou neutralisée du mariage, puisque c'est là une prérogative fédérale.

Plus important encore, la désarticulation entre le fédéral et les provinces tient à ce que le fédéral définit le mariage tandis qu'il revient aux provinces de fixer les règles de filiation. Cette désarticulation restait inaperçue tant que le mariage était – fédéralement – conçu comme l'union légitime d'un homme et d'une femme, tandis qu'il était attendu – provincialement – que cet homme et cette femme deviennent respectivement le père et la mère de leur enfant. La pratique voilait l'écart imposé par cet arrangement institutionnel. Il n'en est plus de même quand le mariage devient, avec l'adoption de la loi C-38, l'union de deux personnes.

Dans le débat autour du projet C-38, certains soutenaient que le principe de l'égalité des homosexuels et des hétérosexuels pourrait être respecté tout en réservant l'institution du mariage aux seuls hétérosexuels. À travers l'union civile, arguaient-ils, on pouvait dépasser la simple union de fait qui, depuis 2000 au niveau fédéral et 1999 au niveau québécois, plaçait déjà sur le même plan concubins hétérosexuels et concubins homosexuels en matière de droits sociaux dérivés. Comme au Québec, l'union civile fédérale aurait pris la société à témoin de l'engagement des couples de même sexe à vivre ensemble. Dans son discours de ralliement au projet C-38, en février 2005, le Premier ministre du Canada s'est clairement opposé à cette perspective. À ses yeux dessillés par le jugement de la Cour suprême de décembre 2004, l'union civile ne peut constituer une réponse adéquate à la question de l'égalité des Canadiens quand est revendiqué le droit au ma-

riage pour tout un chacun, quelle que soit son orientation sexuelle. En effet, même si l'union civile ouvrait exactement aux mêmes conséquences que le mariage, il reste que le mot distinct utilisé indiquerait une égalité, mais une égalité séparée. Or, comme dit Martin : « *il ne faut jamais oublier que la notion 'séparé, mais égal' ne se traduit pas par l'égalité* ». C'est là un aspect intéressant, qui réfère aux débats autour de ce qu'il est convenu d'appeler « l'ordre symbolique ». L'expression n'a guère été utilisée au Québec et au Canada. Elle l'a été abondamment en France lors du débat qui a eu lieu autour du Pacte civil de solidarité (PACS). Là, cette expression a été le plus souvent utilisée comme l'épouvantail à abattre pour viser l'établissement de l'égalité des sexualités. Ici, sans être nommé, l'ordre symbolique est appelé à la rescousse pour justifier que les homosexuels ont droit à la symbolique du mariage.

La distinction québécoise

Avec l'union civile, ce qui constitue la distinction québécoise – et qui est maintenu au Québec avec le mariage civil fédéral –, c'est l'établissement de nouvelles règles de filiation. Le Canada n'est pas le premier État à instituer le mariage homosexuel, mais le Québec restera à l'avant-garde. En effet, les Pays-Bas et la Belgique, ainsi que récemment l'Espagne, l'ont déjà institué. Aux Pays-Bas comme en Espagne¹, le mariage ouvre aux couples de même sexe le droit d'adopter des enfants. Des enfants nationaux comme il se doit, puisque les Pays-Bas et l'Espagne, comme le Canada et le Québec n'ont aucune prise sur l'adoption internationale en matière de critères posés pour y accéder. Par cette mesure, les Pays-Bas comme l'Espagne tendent à élargir l'égalité formelle de leurs citoyens, en y incluant le droit au mariage et à ses consé-

¹ Jusqu'à présent, la Belgique admet le mariage des couples de même sexe mais leur refuse l'adoption.

quences limitées toutefois à l'adoption (y compris de l'enfant du conjoint ou de la conjointe).

Ce qui n'est pas le cas au Québec. En promulguant de « nouvelles règles de filiation », en fait, *une* nouvelle règle de filiation qui entérine symboliquement le recours des femmes à l'assistance à la procréation, tout en l'interdisant aux hommes², la Loi 84 rompt l'égalité formelle entre les citoyens de sexe féminin et de sexe masculin. Elle rompt également cette égalité formelle entre citoyennes. En effet, l'interdit du recours à la mère porteuse empêche un couple de gais ou un homme seul de devenir pères, mais cet interdit empêche aussi une femme incapable de gestation et d'accouchement de devenir mère si elle est hétérosexuelle, alors qu'une lesbienne peut le devenir, même si elle ne porte ni n'accouche. Inclure l'accès à la maternité et à la paternité comme l'une des modalités de l'établissement de l'égalité formelle des citoyens peut sembler peu orthodoxe en théorie politique. Cette inclusion est le fait de la Loi 84. Loi 84 qui, pour empêcher toute égalité séparée sur la base de l'orientation sexuelle, introduit de l'inégalité entre adultes sur la base de l'appartenance de sexe.

Le principe de l'égalité des enfants

Cette loi établit aussi formellement une égalité séparée entre les enfants. Tous les enfants québécois sont égaux, tous ont droit à deux parents. Mais sur l'acte de naissance des uns, il est inscrit qu'ils sont fils ou filles d'un père et d'une mère et sur l'acte de naissance des autres, il est inscrit qu'ils sont fils

² À l'occasion de la Loi 84 (2002) est réaffirmé au Québec l'interdit du recours à la mère porteuse. Celui-ci a pourtant sauté avec l'adoption de la loi fédérale C-6 (2004) sur la procréation assistée. Le recours à la mère porteuse est légal à condition que celle-ci ne soit pas rémunérée. Par ailleurs, cette loi fédérale, adoptée avant la loi C-38 (2005), stipule que l'orientation sexuelle ne peut constituer un motif d'empêchement à la procréation assistée. On peut donc estimer que les gais et les hommes seuls québécois aussi pourront recourir à cette forme de procréation assistée. Reste que la Loi 84, à propos de laquelle a été rédigé *Vers l'indifférence des sexes ?* l'empêchait.

ou filles de deux mères. J'insiste sur l'aspect formel de l'égalité séparée. Non seulement pour marquer mon adhésion à la perspective selon laquelle les enfants élevés par deux femmes n'ont et n'auront pas plus de problèmes que ceux élevés par un homme et une femme. Mais j'insiste aussi sur cet aspect formel parce que c'est à lui qu'il a été fait appel pour amener le législateur québécois à élargir l'union civile aux hétérosexuels. Le raisonnement était le suivant : si l'union civile est réservée aux homosexuels, il s'agira d'une institution « égale » au mariage, mais « séparée ».

« Égale », puisque l'union civile québécoise ne se distingue du mariage que sur 2 points : elle ne peut être contractée qu'à 18 ans alors qu'il suffit d'avoir 16 ans pour se marier ; sa rupture est enregistrée par un notaire si les conjoints n'ont pas d'enfants en commun, alors qu'un couple marié dans la même situation doit recevoir la sanction d'un juge. « Séparée » puisque non universelle, spécifique aux homosexuels. Ce qui était perçu comme une discrimination, voire un ostracisme : il suffirait de savoir qu'un couple est en « union civile », pour immédiatement en déduire qu'il est composé de personnes de même sexe. Le législateur québécois s'est montré compréhensif et a ouvert l'union civile aux hétérosexuels.

Autrement dit, l'union civile et maintenant le mariage civil universels sont là pour libérer les adultes de la publicisation de leur orientation sexuelle. Mais il revient à leurs enfants de le faire. Eux n'échappent pas à voir inscrite l'orientation sexuelle de leurs parents sur le papier qui officialise leur entrée dans la communauté des citoyens : sur leur acte de naissance qui les suivra toute leur vie. Si le mariage est désormais l'union légitime de deux personnes, comme l'union civile au Québec, la nouvelle règle de filiation qui en découle établit une institution de la filiation égale, mais séparée. « Égale », puisque tous les enfants québécois ont deux parents. « Séparée », puisque leur acte de naissance établit que les uns ont deux mères et les autres un père et une mère.

Différence des sexualités et différence des sexes

La fabrication de la Loi 84, parce qu'elle a été placée sous les auspices du rejet formel de l'égalité séparée entre adultes, repose sur un mimétisme étonnant dans la gestion de la différence des sexes et de la différence des sexualités. Pour annuler la seconde (la différence des sexualités), y compris en matière de procréation, on a renaturalisé la première (la différence des sexes), en resacralisant le ventre³ et en confondant du sperme avec de l'eau de pluie. Ce à quoi se sont ralliés tous les députés québécois, puisque la loi a été votée à l'unanimité. L'Assemblée nationale étant composée, faut-il le rappeler, de 75 % de députés de sexe masculin... Il est probable que le ministre de la Justice de l'époque était favorable à admettre l'adoption par une lesbienne de l'enfant de sa compagne inséminée. Il s'est pourtant laissé convaincre que cette mesure établirait une « égalité séparée ». En effet, ont plaidé quelques porte-parole de la « communauté gaie et lesbienne » québécoise, quand un couple hétéro recourt à l'IAD (insémination avec donneur), le donneur reste anonyme et le conjoint de la femme inséminée est déclaré le père de l'enfant sans passer par son adoption. Ce serait discriminatoire de ne pas appliquer la même formule à un couple lesbien. La conjointe se substitue symétriquement au conjoint : s'il est déclaré père, elle a le droit d'être déclarée mère. C'est bien plus simple !

Pour faire admettre leur « droit » à avoir deux mères « d'origine », on s'est basé sur le principe maintes fois répété du

³ Non seulement dans les débats à la Commission des institutions et entre ministre et députés, était-il question de « mère biologique », mais il s'avère, à la lecture de l'article 539.1 du Code civil (révisé pour tenir compte de la Loi 84) que l'on assiste à une resexualisation des parents, estompée, en 1977, avec le passage de la « puissance paternelle » à l'« autorité parentale ». Dans la distinction des deux mères, la « vraie » mère, c'est la mère « biologique », et « celle des deux mères qui n'a pas donné naissance à l'enfant » se voit attribuer « les droits et obligations que la loi attribue au père ». Tout cela pour permettre à la « vraie » mère de toucher les allocations familiales !

« droit des enfants québécois, de tous les enfants québécois, à avoir deux parents ». Ce mimétisme a pour effet de laisser dans une situation identique à celle qui prévalait avant l'adoption de la Loi 84, les enfants et les adultes qui vivaient et qui vivent encore dans des homofamilles recomposées, ce qui représente 90 % des homofamilles, selon la porte-parole de la Coalition québécoise pour la reconnaissance des conjoints et conjointes de même sexe. Pour cette écrasante majorité de la population québécoise vivant en homofamille⁴, la Loi 84 ne change strictement rien à la situation que plusieurs lesbiennes ont pourtant dépeinte, lors des audiences de la Commission des institutions en février 2002, comme particulièrement dramatique : n'étant pas la « mère biologique » de l'enfant, elles ne pouvaient l'amener à l'urgence de l'hôpital, voir l'enseignante de l'enfant pour un problème scolaire ou passer la frontière... Ces récits pathétiques ont ému ministre et députés, mais ceux-ci ont fini par les ignorer dans les corrections qu'ils ont apportées au Code civil.

Cette omission résulte, partiellement du moins, de la confusion qui régnait dans le Salon bleu de l'Assemblée nationale quant aux distinctions à opérer entre « parentalité » (tâches et responsabilités à accomplir pour qu'un enfant devienne adulte) et « filiation » ou « parenté » (inscription dans une lignée) ; confusion entretenue par les plaidoyers des porte-parole féminines⁵ de la « communauté gaie et lesbienne ». Or, dans une « communauté » qui réhabilite la mixité, la division du travail quant aux revendications est singulièrement sexuée : aux lesbiennes les enfants ; aux gais, les sous. Aucun porte-parole de la « communauté » n'a soulevé la question de l'accès à la paternité et la porte-parole de la Coalition québé-

⁴ Aux 9 enfants sur 10 s'ajoutent 9 adultes sur 10 qui vivent en famille homosexuelle *recomposée*.

⁵ L'usage du terme « sopranos » — féminisation de « ténors » — utilisé lors de la présentation orale, ayant été perçu comme un indice de lesbophobie, je me résous ici à une formule plus *straight*. Le terme « communauté gaie et lesbienne » a, quant à lui, été largement mis de l'avant par celles et ceux qui s'en revendiquent.

coise pour la reconnaissance des conjoints et conjointes de même sexe n'a pas craint, dans son discours de remerciement au ministre de la Justice en mai 2002, d'énoncer dans un même souffle que « la communauté gaie et lesbienne » était unanime pour rejeter le recours à la mère porteuse et que « le désir d'enfant n'est pas un choix ». Quand ce n'est pas un choix, en la matière, l'explication ne réside-t-elle pas dans la « nature », voire dans l'instinct ? Trente ans de féminisme pour en arriver là !

Une occasion manquée de repenser le droit de la famille

En tant que sociologue qui travaille sur la famille en ne la réduisant pas au lieu du partage des tâches⁶, je regrette que les législateurs québécois ou canadiens, dans leurs acrobaties constitutionnelles, n'aient pas saisi l'occasion de la revendication du « mariage gai » pour mettre à plat le droit de la famille, qu'elle soit hétéro ou homoparentale.

De plus en plus d'enfants québécois vivent en famille recomposée : ils ont un père et une mère et un beau-père ou une belle-mère. L'exercice quotidien de la parentalité reste pourtant du ressort exclusif du privé et peut éventuellement poser des problèmes dans les rapports avec les institutions publiques (école, hôpital, frontières), comme l'ont souligné des lesbiennes à la Commission des institutions. Ils ne concernent pas seulement les conjoints de même sexe, ils se posent également aux beaux-parents dans les hétérofamilles recomposées. Il s'agit donc de penser la pluriparentalité, tant pour les adultes que pour les enfants. Une réflexion sur ce thème est d'autant moins aisée que les secondes unions ne sont pas plus stables que les premières. Avant sa majorité, un enfant risque bien de vivre avec deux ou trois beaux-pères ou avec

⁶ Voir *La famille désinstituée. Introduction à la sociologie de la famille*, Ottawa, PUO, 1995.

deux ou trois belles-mères. Ce qui a notamment pour effet, dans le meilleur des cas, de renforcer le maintien du couple parental d'origine séparé en tant que couple conjugal. Il aura éventuellement plusieurs « demi » ou « quasi » frères et sœurs dont il risque d'être brutalement séparé quand sa mère quittera leur père, par exemple.

Se pose également avec de plus en plus d'acuité la question de l'adoption simple. Au Québec, seule prévaut l'adoption plénière qui élimine toute référence aux parents d'origine pour faire « comme si » l'enfant adopté était né de ses parents adoptifs. Dans d'autres États civilistes, comme la France et la Belgique, existe aussi l'adoption simple qui fait coexister la référence aux parents d'origine (ou à la mère, en cas de « père inconnu ») et aux parents adoptifs. Ce qui constituerait, peut-être, un début de solution au phénomène des enfants ballotés entre famille d'origine et familles d'accueil.

Aveugle aux réalités contemporaines, la Loi 84 a explicitement reconfirmé la paire parentale en tant que noyau de la famille stable pour la vie, comme dans le bon vieux temps. Ainsi, l'une des cofondatrices de l'Association des mères lesbiennes du Québec se faisait-elle la porte-parole d'autres militantes à la Commission des institutions, quand elle disait : *« Nous, ce qu'on demande, ce n'est pas de modifier les choses. [...] Je pense que, avant de demander de changer toute la notion de famille, on aimerait être incluses dans une famille nucléaire normale, avec deux parents, si on peut appeler ça normal. O.K. »*

L'inscription de la co-maternité dans l'ordre symbolique (québécois) passe paradoxalement par l'imitation de la famille hétérosexuelle la plus traditionnelle. L'avant-gardisme québécois est parfois bien imprévisible. Il est vrai que vouloir conjuguer égalité des sexes et égalité des sexualités pour rencontrer le droit à l'enfant pose d'épineuses questions que la Loi 84 n'a pas abordées. Faut-il rappeler que du dépôt du projet de loi à son adoption se sont écoulés six mois ?

Loi 84 : occasions ratées

Que l'on soit contre cette loi qui menace de détruire l'ordre symbolique, ou qu'on lui soit favorable en tant que première étape vers un avenir meilleur, on est obligé de constater que la Loi 84, rapidement adoptée, a peut-être « oublié » quelques détails qui déséquilibrent la situation.

Le cas des mères porteuses

Au Québec, l'article 541 du Code Civil interdit toute convention par laquelle une femme s'engagerait à procréer ou à porter un enfant pour le compte d'autrui. Alors qu'à Ottawa, la loi de mars 2004 n'avance que deux restrictions : les mères porteuses doivent avoir au moins 21 ans et aucune rétribution ne doit être versée. Le Code Civil ayant préséance au Québec sur la loi fédérale, il en découle que deux femmes lesbiennes peuvent recourir à l'insémination artificielle, ou avoir recours à un homme-ami, qui aura un an pour renoncer à sa paternité. Mais un couple gai devra se rendre dans une province anglophone puisque les mères porteuses sont interdites au Québec.

La pluriparenté

Les gais et les lesbiennes, seul-es ou en couples, peuvent adopter un enfant. Mais on a gardé le principe de la dualité : un enfant ne peut avoir que deux parents.

Il n'existe au Québec que l'adoption dite « plénière », qui fait table rase du passé de l'enfant et lui alloue son parent adoptif ou ses deux parents adoptifs comme seuls et véritables parents : il est vrai qu'on peut parfaitement être « parents » sans être les géniteurs. Mais l'adoption dite « simple » ne viendrait-elle pas résoudre bon nombre de cas-problèmes, en donnant à l'enfant la possibilité légale d'avoir deux pères et deux mères et en donnant une importance officielle au co-parent ? Au lieu de couper l'enfant de son origine biologique, on lui donnerait plusieurs niveaux de parenté, biologique et sociale. (J. A.)