

Famille et Droit

Quand les transformations familiales croisent les politiques familiales

*Jean-Paul Sanderson,
Maria-Cristina Sousa Gomes (éditeurs)*



Paris, 2018
ISBN 978-2-901107-01-9

ASSOCIATION INTERNATIONALE DES DÉMOGRAPHES DE LANGUE FRANÇAISE
A I D E L F • 133, boulevard Davout – 75980 Paris Cedex 20 (France) – <http://www.aidelf.org>

Famille et Droit : quand les transformations familiales croisent les politiques familiales

Édité par Jean-Paul Sanderson et Maria Cristina Sousa Gomes
2018

Céline Le Bourdais

Transformations familiales : entre démographie et droit

Elena Ambrosetti et Donatella Strangio

Évolution historique et développements récents des politiques publiques en Italie

Anne Salles

Quel impact de l'Union Européenne sur les réformes
de politique familiale et sur les représentations et pratiques en Allemagne ?

Svetlana Russkikh

Politique familiale en Russie depuis 2007 : retour à la famille « traditionnelle » ?

Maria Cristina Sousa Gomes, Adelaide Freitas, Maria Luísa Rocha Pinto

Familles et mobilité, les défis pour les politiques familiales

Alberto Capote, José Antonio Nieto

Le mariage entre personnes du même sexe en Espagne :
une évolution stable avec une distribution géographique très inégale

Martine Gross, Michelle Giroux et Laurence Brunet

Analyse comparée franco-qubécoise du droit applicable aux mères lesbiennes
à la lumière de données qualitatives recueillies auprès de familles françaises vivant au Québec

Association internationale des démographes de langue française

Transformations familiales : entre démographie et droit

LE BOURDAIS Céline*

■ Résumé

Pendant plus de 100 ans, le droit de la famille est demeuré à peu près inchangé au Canada et au Québec. Les transformations profondes qu'ont connues les familles au cours des 40-50 dernières années ont cependant appelé à une révision majeure du droit de la famille. Le texte qui suit revient sur ces deux expériences fascinantes et extrêmement enrichissantes qui illustrent dans quelle mesure les transformations familiales interpellent le droit. Auparavant, une brève présentation de l'évolution du droit de la famille au Québec et au Canada s'impose afin de rendre intelligibles les enjeux auxquels le législateur et les juristes de la famille ont été confrontés au cours des dernières décennies.

Ces évolutions et les réponses que le droit doit y apporter soulèvent de nombreuses questions. Par le passé, le Québec a su faire preuve d'audace et d'avant-gardisme en reconnaissant par exemple le principe d'égalité des enfants lors de l'adoption. Est-il prêt maintenant à se lancer dans une réforme en profondeur du droit familial et d'affirmer, à l'instar du Comité, que c'est dorénavant l'enfant plus que l'union conjugale qui fonde la famille ?

Introduction

Pendant plus de 100 ans, le droit de la famille est demeuré à peu près inchangé au Canada et au Québec. Les transformations profondes qu'ont connues les familles au cours des 40-50 dernières années ont cependant appelé à une révision – voire à une redéfinition – majeure du droit de la famille. En tant que démographe, spécialiste de l'étude des changements familiaux, j'ai été appelée à jouer un rôle actif dans la réflexion qui a eu cours récemment au Québec. Ainsi, avec ma collègue, Évelyne Lapierre-Adamcyk, j'ai agi comme témoin expert pour le Procureur général du Québec dans la cause fortement médiatisée et connue sous le nom de *Éric c. Lola*. J'ai également eu l'immense privilège d'être invitée à siéger sur le *Comité consultatif sur le droit de la famille* mis sur pied en 2013 par le Ministre de la Justice et Procureur général du Québec. Dans un premier temps, le Comité avait comme mandat d'évaluer l'opportunité de revoir ou non l'ensemble du droit de la famille québécois. Concluant à la nécessité de le faire, le Comité s'est attardé par la suite à définir les éléments de cette réforme, en s'intéressant principalement au droit de la conjugalité et au droit de la filiation et de la parentalité.

Le texte qui suit revient sur ces deux expériences fascinantes et extrêmement enrichissantes qui illustrent dans quelle mesure les transformations familiales interpellent le droit. Auparavant, une brève présentation de l'évolution du droit de la famille au Québec et au Canada s'impose afin de rendre

* Université McGill.

intelligibles les enjeux auxquels le législateur et les juristes de la famille ont été confrontés au cours des dernières décennies.

De l'étude des individus à l'étude de la famille

En novembre 1986 se tenait à Ottawa un important colloque, intitulé *Crise de la famille : crise démographique ?*, organisé par la Fédération canadienne de démographie et parrainé par la Société royale du Canada (voir Légaré *et al.*, 1989). Avant cette date, peu d'études démographiques prenaient directement la *famille* comme objet d'analyse au Canada. Certes, les démographes s'intéressaient aux divers phénomènes constitutifs de la vie familiale à travers l'étude de la fécondité, de la nuptialité et de la divortialité à partir des données de l'état civil. Les recensements permettaient également de documenter à différents points dans le temps la part des familles monoparentales parmi l'ensemble des familles et pour la première fois en 1981, l'importance des couples en union libre. Les sources existantes ne permettaient cependant nullement d'analyser dans leur dynamique la constitution et la dissolution des familles.

Prenant appui sur la réalisation de deux enquêtes rétrospectives menées au Canada en 1984 et portant, l'une sur la fécondité¹, l'autre sur la famille², le colloque de 1986 visait précisément à examiner dans quelle mesure les changements enregistrés du côté de la fécondité et de la conjugalité venaient modifier la composition et la dynamique des familles. Ces deux enquêtes ont ouvert la porte à de nombreuses recherches dont il est impossible ici de rendre compte. Par exemple, elles ont permis de documenter la montée de l'union libre comme voie privilégiée par les jeunes pour entamer la vie conjugale (Balakrishnan, Lapierre-Adamcyk et Krotki, 1993) ou encore la durée variable des épisodes de vie passés en famille monoparentale selon les circonstances (naissance hors union, séparation ou veuvage) ayant entouré l'entrée en monoparentalité (Moore, 1988).

Tout comme en démographie, la *famille* est demeurée absente du droit passablement longtemps. En effet, il faut attendre 1964 pour voir le mot « famille » apparaître dans certains articles du *Code civil du Bas Canada* en vigueur au Québec. Ces articles régissent les rapports entre certains membres de la famille (par exemple, entre époux ou entre parents et enfants) mais ne s'attardent pas à la famille comme telle. En d'autres termes, « c'est moins en elle-même que la famille a été appréhendée par le droit qu'au travers de ce qui la structure : le mariage, la filiation... » (Lefebvre-Teillard citée par Pineau et Pratte, 2006 : 2). Pour cela, il faudra attendre le *Code civil du Québec* institué par une loi sanctionnée en décembre 1980. Ayant clairement pour objectif de moderniser le droit de la famille, ce nouveau code réserve un livre autonome à la famille, alors que les chapitres portant sur la famille se retrouvaient sous le titre général « Des personnes » dans le code précédent.

Dans l'allocution de clôture qu'il prononce lors du colloque de 1986, Guy Rocher soutient que le droit de la famille colligé dans le Code civil de 1980 est dorénavant en avance sur les changements sociaux de la société québécoise plutôt qu'à leur remorque, comme c'est traditionnellement le cas. Il cite comme exemple de cette avancée le principe d'égalité des filiations reconnaissant à tous les enfants les mêmes

¹ La *Canadian Fertility Survey* conduite sous les auspices de trois universités canadiennes (pour une présentation, voir Balakrishnan, Lapierre-Adamcyk et Krotki, 1993).

² L'*Enquête sur la famille de 1984* réalisée par Statistique Canada (pour une présentation, voir Burch et Madan, 1986).

droits et obligations, peu importe les circonstances de leur naissance. De même, il souligne le fait que le nom de l'enfant ne soit plus automatiquement celui de son père mais puisse être le nom de l'un de ses deux parents ou un composé de leurs deux noms. Pour bien comprendre ce dont il est ici question, la section suivante dresse un bref portrait de l'histoire du droit familial au Québec.

Petite histoire du droit de la famille

Entré en vigueur en 1866, soit un an avant la création de la fédération canadienne, le *Code civil du Bas Canada* est l'ancêtre du *Code civil du Québec*. Il est largement inspiré du *Code de Napoléon* de 1804, mais on y retrouve également une forte influence du droit canon. Ainsi, contrairement au Code de Napoléon, le Code civil du Bas Canada ne reconnaît pas l'adoption, laquelle ne sera institutionnalisée au Québec qu'à partir de 1924 (Roy, 2015). De plus, il refuse toute forme de laïcisation du mariage. Sacrement indissoluble, le mariage ne peut être rompu autrement que par la mort d'un époux³. Parallèlement, le droit ne reconnaît comme légitimes que les enfants conçus dans le mariage, lesquels bénéficient d'un « statut enviable » par opposition aux enfants naturels, *c'est-à-dire* nés hors mariage, qui ont « très peu de droits » (Roy, 2015 : 27).

En 1867, la Confédération canadienne est créée (voir le tableau joint). En vertu de la Loi constitutionnelle de 1867, le Parlement fédéral se voit attribuer le droit exclusif de légiférer sur les conditions de fond du mariage (incluant entre autres sa définition, l'âge requis pour contracter un mariage, la qualité du consentement) et sur le divorce. En revanche, les législations provinciales héritent de la compétence législative en matière des conditions de célébration du mariage et de droit privé (Roy, 2015). Comme c'est encore le cas aujourd'hui, les époux se doivent « fidélité, vie commune, secours et assistance » ; ils sont « également tenus à une obligation alimentaire mutuelle » (Roy, 2015 : 12). Frappée d'incapacité juridique, la femme mariée demeure dépendante et soumise à l'autorité de son mari, tout comme les enfants qui sont assujettis à l'autorité paternelle. Deux régimes matrimoniaux coexistent : la communauté légale de meubles et acquêts et la séparation de biens. Applicable en l'absence d'un contrat de mariage, le premier présuppose un partage des biens acquis durant le mariage au moment de la dissolution de l'union, alors que le second prévoit que les époux reprennent chacun leurs biens respectifs.

Au cours des années 1960 un véritable vent de changement souffle dans plusieurs pays industrialisés. Qualifié de *Révolution tranquille* au Québec, celui-ci entraîne plusieurs transformations juridiques. En 1964, la femme mariée obtient sa pleine émancipation juridique, et la direction morale et matérielle de la famille se voit dorénavant attribuée aux deux époux. En 1965, une première loi sociale reconnaît par ailleurs certains avantages sociaux à une « concubine », en accordant à « une veuve non mariée le droit de recevoir une rente viagère à la suite du décès de son conjoint » après sept ans de vie commune (CCDF, 2015 : 374).

En 1968, le Parlement fédéral adopte la *Loi concernant le divorce* qui permet aux époux d'obtenir un jugement de divorce pour faute (adultère, cruauté ou abandon) ou au terme d'une période relativement longue (de trois à cinq ans) de séparation. Auparavant, les couples québécois qui voulaient divorcer

³ Une séparation de corps peut être prononcée par le tribunal mais celle-ci n'autorise pas le remariage. Seule l'annulation du mariage le permet, mais celle-ci demeure exceptionnelle et pour des motifs particuliers, comme la non-consommation du mariage.

devaient requérir du Parlement fédéral un « bill privé » prononçant le divorce (Pineau et Pratte, 2006 : 313), seul le mariage religieux étant jusque-là reconnu au Québec. Enfin, en 1969, les premiers mariages civils sont célébrés au Québec à la suite de l'adoption en 1968 par le législateur québécois de la *Loi concernant le mariage civil* qui reconnaît à certains laïcs⁴ le droit de célébrer des mariages.

En 1970, le nouveau régime matrimonial de la société d'acquêts est introduit. Il vise à contrer l'exode vers le régime de la séparation de biens qui attire la majorité (70 %) des conjoints et provoque des injustices économiques dont les femmes sont les principales victimes. Le nouveau régime combine plusieurs avantages, dont « l'autonomie et l'égalité des conjoints, la séparation des patrimoines et des dettes,... et surtout, une justice garantie par le partage des valeurs acquises grâce aux efforts conjugués des conjoints » (Roy, 2002 : 62). Au cours des décennies suivantes, le pourcentage de couples régis par la société d'acquêts passera de 48 % pour les couples mariés entre 1971 et 1980 à 61 % pour ceux unis dans les années 1980.

Compte tenu des bouleversements profonds que connaît la société québécoise, les modifications successives apportées au droit de la famille dans les années 1960 et 1970 ne suffisent pas à répondre aux besoins des individus et des familles. La nécessité d'une réforme d'ensemble s'impose. En 1980, « l'aventure de la mise au monde du Code civil du Québec » commence avec l'adoption de la *Loi instituant un nouveau code civil et portant réforme sur le droit de la famille*, dite « Loi 89 » (Goubau, 2011 : 2). Dans la foulée de la *Charte des droits et libertés de la personne* entrée en application cinq ans plus tôt, la Loi 89 consacre le paradigme d'égalité des conjoints mariés. Les époux ont désormais les mêmes droits et les mêmes obligations. La femme mariée ne prend plus le nom de son mari et conserve dorénavant son nom de naissance (Roy, 2015). De même, l'usage de « considérer le nom de famille comme un bien héréditaire transmis uniquement par les mâles » (comme l'écrit Albert Mayrand, cité par Roy 2015 :31) ne résiste pas à la réforme. L'enfant peut dorénavant porter le nom de son père ou de sa mère ou un nom composé formé de leurs deux noms.

Évolution du droit québécois en matière de conjugalité et de filiation de 1866 à nos jours

Conjugalité	Filiation
Code civil du Bas Canada (1866)	
Mariage : sacrement indissoluble	Filiation légitime vs naturelle
[1867 : conditions de fond du mariage et du divorce tombent sous l'autorité du Parlement fédéral]	
Obligation alimentaire mutuelle	Adoption non reconnue (jusqu'en 1924)
Puissance paternelle (dépendance de femme mariée)	Enfant assujetti à autorité paternelle
2 régimes matrimoniaux	
– communauté légale de meubles/acquêts (défaut)	
– séparation de biens	

⁴ À l'origine, ce droit est réservé aux protonotaires et à leurs adjoints. Il faudra attendre 2002 pour que le bassin de célébrants possibles soit grandement élargi.

Conjugalité	Filiation
Révolution tranquille	
1964 : Émancipation juridique de femme mariée	1964 : Direction morale de famille aux 2 époux
1965 : 1 ^{re} loi donnant avantages sociaux à concubine	
1968 : Loi sur le divorce (Parlement fédéral)	
1969 : Loi concernant le mariage civil	
1970 : Nouveau régime de sociétés d'acquêts (modifiable)	1977 : Autorité parentale remplace puissance paternelle
Réforme du droit de la famille de 1980	
Nouveau paradigme : égalité des époux [femme garde son nom]	Égalité des filiations
Prestation compensatoire (vise femme demeurée à la maison)	Nom de l'enfant pas nécessairement celui du père
Reconnaît conventions entre conjoints de fait	Adoption : règles inscrites au Code civil
Les années 1980	
Assimilation des conjoints de fait aux époux dans les lois sociales	
1985 : Loi sur le divorce (tempère 'accusations')	
1989 : Loi instituant le patrimoine familial	
Les années 1990	
Réforme de 1994 : ouverture de l'adoption aux conjoints de fait	Section sur la procréation médicalement assistée
Attribution de droits au conjoint de fait à titre de « proche »	1995 : Perception automatique des pensions alimentaires
	1996 : Table de fixation des pensions alimentaires
2002 : Union civile et Nouvelles règles de filiation	
Union civile : droits calqués sur le mariage	Procréation médicalement ou « amicalement » assistée
Conjoint de fait reconnu dans la notion de « conjoint »	Reconnaissance de filiation bimaternelle
Mariage entre conjoints de même sexe	
Autorisé au Québec en 2004. Loi sur le mariage civil adopté par le Parlement fédéral en 2005.	

Enfin, la distinction entre filiation légitime et naturelle devient chose du passé, et ce, même si les naissances hors mariage sont encore relativement peu nombreuses. La Loi 89 maintient cependant la présomption de paternité dans le mariage ; le père conjoint de fait doit signer l'acte de naissance pour être reconnu comme parent légal.

La Loi 89 introduit une nouvelle mesure, la « prestation compensatoire ». « Pièce maîtresse » de la réforme, celle-ci est vue comme un instrument d'équité en vue « d'assurer l'indemnisation de l'époux ayant contribué par son apport 'en biens ou en services' à l'enrichissement du patrimoine de son conjoint » (Roy, 2006 : 671). Cette mesure vise essentiellement à contrer les injustices économiques dont sont victimes les femmes demeurées à la maison et mariées sous le régime de la séparation de biens. Enfin, les conjoints de fait entrent dans la licéité, c'est-à-dire qu'ils peuvent dorénavant en appeler au droit, soit signer des conventions, pour encadrer leur relation.

Les années 1980 voient une accélération de l'assimilation des conjoints de fait aux époux dans les diverses lois sociales et fiscales, tant au niveau provincial que fédéral. Par ailleurs, en 1985, le Parlement fédéral adopte la *Loi sur le divorce*, laquelle tempère la perspective accusatrice de la loi précédente. Dorénavant, le divorce peut être obtenu après un an de séparation ou en raison de la faute d'un époux ; cette dernière n'a cependant plus d'incidence sur le droit de ce dernier à une pension alimentaire ou à l'attribution de la garde des enfants (Roy, 2015).

En 1989, le législateur québécois adopte la *Loi instituant le patrimoine familial*. Peu importe leur contrat de mariage, les époux sont désormais dans l'obligation de partager au moment de la rupture la valeur des biens (résidences principale et secondaire, meubles et véhicules automobiles) et des régimes de retraite qu'ils ont accumulés durant le mariage (Roy, 2006). Cette mesure impérative vise à garantir la protection économique du conjoint vulnérable, en majorité les femmes, ce que la prestation compensatoire introduite neuf ans plus tôt n'est pas parvenue à réaliser, la Cour d'appel du Québec ayant refusé en 1985 de considérer le travail au foyer comme un apport susceptible de donner lieu à une prestation compensatoire⁵.

En 1991 entre en vigueur le *Code civil du Québec* qui a pour objet de remplacer le *Code civil du Bas Canada*. Celui-ci apporte très peu de modifications au droit de la famille, l'essentiel des règles adoptées onze ans plus tôt n'ayant pas encore subi l'usure du temps. Lors de la réforme subséquente du Code civil en 1994, le législateur ouvre l'adoption aux conjoints de fait et leur attribue des droits à titre de « proche » ou de « personne intéressée » (Roy, 2015 : 23). Il consacre une section distincte du Code civil à la procréation assistée dans laquelle il indique clairement sa volonté de ne pas reconnaître les contrats de mère porteuse. Les années 1990 voient également la mise en place d'un système automatique de perception des pensions alimentaires et l'établissement d'une table de fixation des pensions alimentaires pour enfants.

Dès 1998, le Québec s'engage à modifier les définitions de « conjoint de fait » contenues aux différentes lois statutaires afin d'y intégrer les conjoints de même sexe. En 2002, se prévalant de sa compétence en droit privé, le législateur aménage un nouveau régime conjugal – l'union civile – ouvert aux couples de sexe opposé ou de même sexe, dont les droits sont calqués, à deux exceptions près⁶, sur ceux du mariage. Il profite également de cette nouvelle loi⁷ pour élargir la notion de « conjoint » laquelle recouvre désormais les conjoints de fait aussi bien que les conjoints mariés ou unis civilement. Comme l'écrit Roy (2015 : 25), avec cette nouvelle définition, « un conjoint de fait n'est pas moins 'conjoint' de droit ». S'il veut moduler les droits des uns et des autres, le législateur devra désormais employer des termes distincts.

La procréation assistée fait l'objet d'un tout nouveau chapitre séparé dans la loi de 2002. Celle-ci ne requiert plus obligatoirement une intervention médicale et peut se réaliser au moyen d'une insémination artisanale ou d'une relation sexuelle, ce que certains qualifieront de procréation « amicalement »

⁵ Cette interprétation restrictive de la prestation compensatoire sera renversée par la Cour suprême du Canada lors de deux arrêts en 1990 et 1992.

⁶ L'âge requis pour contracter une union civile est de 18 ans, comparativement à 16 ans pour le mariage, et le processus de dissolution d'une union civile peut être entièrement déjudiciarisé, ce que ne permet pas la loi fédérale sur le divorce (CCDF, 2015 : 380).

⁷ *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*.

assistée (Roy, 2005). La notion de « projet parental » est au cœur de la procréation assistée, laquelle est ouverte aux couples hétérosexuels ainsi qu'aux femmes seules et aux couples de lesbiennes.

Enfin en 2005, le Parlement fédéral adopte la *Loi sur le mariage civil* reconnaissant aux couples de même sexe le droit de se marier, devenant ainsi le troisième pays, après les Pays-Bas et la Belgique, à autoriser le « mariage gay ». Tour à tour, les tribunaux supérieurs de plusieurs provinces canadiennes avaient, au cours des années précédentes, autorisé le mariage gai à l'intérieur de leur juridiction, dont le Québec à partir de 2004 (Roy, 2005).

Droits et obligations lors d'une rupture conjugale : oubli ou choix délibéré du législateur ?⁸

Tel qu'on l'a vu précédemment, peu importe l'année ou la durée de leur mariage, les époux sont tenus à une obligation alimentaire et au partage du patrimoine familial (résidences, meubles, voitures et régimes de retraite) qu'ils ont accumulé en cours d'union au moment de la séparation. À l'inverse, alors qu'ils bénéficient sensiblement des mêmes avantages sociaux et fiscaux que les couples mariés lorsqu'ils vivent ensemble, les conjoints de fait ne sont tenus à aucune obligation autre que ce dont ils ont convenu entre eux, et ce, peu importe la durée de leur union ou la présence d'un enfant. Doit-on voir dans la façon distincte dont les couples mariés et en union de fait sont traités au moment d'une séparation un oubli ou un choix délibéré du législateur ? Pour répondre à cette question, il est fort pertinent d'examiner les propos tenus par le législateur et certains intervenants-clés lorsque des amendements ont été apportés aux textes de lois ou que certaines réformes ont été entreprises.

Lors de la réforme du droit de la famille en 1980, le législateur reconnaît la validité des conventions rédigées par les conjoints de fait pour encadrer leur relation, signifiant ainsi la fin d'une époque où l'union de fait était vue comme « contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs » (Deleury cité par Roy, 2008 : 7). De même, en abolissant la distinction entre enfants légitimes et naturels (illégitimes), il confirme que le mariage n'est plus nécessairement le cadre obligé de la famille. Ces interventions étant somme toute assez limitées, certains y ont vu un manque d'égard du législateur face à l'union de fait. Les propos du ministre de la Justice lors d'une session de l'Assemblée nationale montrent cependant qu'il n'en est rien et témoignent plutôt d'une volonté d'assurer leur autonomie et leur liberté :

« ...la plupart des mémoires soumis demandaient aux législateurs de respecter cette volonté des couples non mariés de distinguer leur choix de formule de vie par rapport au mariage. Il nous a donc paru opportun de ne pas intervenir face à ce mode de vie librement décidé ; il n'y a donc pas lieu de l'institutionnaliser ou de le réglementer » (cité dans Roy 2008 : 11).

Allant dans le même sens, le Conseil du statut de la femme, organisme chargé de défendre et de promouvoir les droits des femmes, insiste dans son mémoire déposé en 1979 sur les principes d'égalité

⁸ Cette section emprunte largement au texte d'Alain Roy (2008) traitant de *L'évolution de la politique législative de l'union de fait au Québec. Analyse de l'approche autonomiste du législateur québécois sous l'éclairage du droit comparé*.

des hommes et des femmes et de la liberté des personnes d'organiser leurs relations conjugales et familiales pour justifier sa recommandation de ne pas encadrer les rapports des conjoints de fait.

À maintes occasions par la suite, la question de la réglementation ou non de l'union de fait a été soulevée. Le document de consultation qui a servi à la rédaction du projet de loi sur le patrimoine familial adopté en 1989 ne traitait pas directement de l'union libre. Aussi, peu des mémoires déposés y ont fait référence. Parmi ceux-ci on retrouve le mémoire du Conseil du statut de la femme qui réitère son opposition à toute forme d'encadrement (Roy, 2008). La ministre déléguée à la Condition féminine justifie l'exclusion des conjoints de fait des règles de partage du patrimoine familial lors de l'adoption de principe du projet de loi par l'Assemblée nationale en s'interrogeant sur le sens ou la valeur qu'aurait le mariage si on l'assimilait à l'union de fait.

En 1991, lors de la réforme du *Code civil du Québec*, la question est de nouveau débattue et, encore une fois, le législateur s'abstient d'encadrer les relations des conjoints de fait en invoquant les principes d'autonomie et de liberté de choix des individus.

Enfin, la loi instituant l'union civile de 2002 redonne au législateur l'occasion de se prononcer sur les droits et obligations des conjoints de fait. Lors de l'adoption de principe de ce projet de loi, le ministre de la Justice déclare :

« Le projet de loi reconnaît trois types de conjugalité : celle des conjoints unis en mariage, celle des conjoints en union civile et celle des conjoints de fait. Le projet de loi ne propose aucune modification touchant la modalité de vie commune des conjoints de fait qui conservent ainsi la liberté d'établir les modalités régissant leur couple » (cité dans Roy, 2008 : 33).

Seulement quatre des 56 mémoires soumis durant la consultation entourant ce projet de loi traitent directement de la situation juridique des conjoints de fait, et parmi ceux-ci, un seul dénonce le maintien de la liberté de choix des conjoints de fait. De son côté, le Conseil du statut de la femme suggère que « toute la question de la conjugalité, autant légale que de fait... (devrait faire) l'objet d'une réflexion globale au Québec » (Roy, 2008 : 39).

Bref, on le voit, l'absence d'encadrement législatif de l'union de fait n'est pas un oubli, ni un manque d'égard du législateur québécois face à cette forme d'union. Elle ne traduit pas une hiérarchisation des différents modes de vie conjugale mais plutôt la volonté de préserver l'autonomie et le libre choix des individus à organiser leurs relations privées, à tout le moins de ceux qui optent pour l'union de fait, les conjoints mariés étant soumis impérativement à l'approche interventionniste qui sous-tend la *Loi sur le patrimoine familial*. Par ailleurs, on notera le caractère partisan des échanges, la position des partis changeant au gré de leur fonction à l'Assemblée nationale. Comme l'écrit Roy :

« Lors de la réforme de 1980, le Parti Québécois, formant le gouvernement, défendait le principe du libre choix, alors que l'Opposition formée par le Parti Libéral le remettait en cause. Les rôles étaient inversés en 1989, lors de l'adoption de la loi instituant le patrimoine familial. Cette fois, c'est le Parti Libéral, formant le gouvernement, qui défendait le principe du libre choix, alors que l'Opposition péquiste le remettait en cause. En 1999, lors de l'adoption de la Loi 32, le gouvernement péquiste a réitéré son attachement à ce principe, alors que des députés libéraux se sont ouvertement interrogés sur son bien-fondé et sa pertinence » (Roy, 2008 : 41)

L'affaire *Éric c. Lola*

Une fois ce détour par l'histoire du droit familial terminé, examinons maintenant cette cause de rupture conjugale qui a occupé une place de premier plan dans le monde juridique et des médias au Québec entre 2008 et 2013 : l'affaire connue sous le nom de *Éric c. Lola*.

Bref rappel des faits⁹

En 1992, Éric, un riche homme d'affaires québécois âgé de 32 ans, rencontre Lola, alors âgée de 17 ans dans son pays natal au Brésil. Au cours des deux années suivantes, Éric et Lola se fréquentent de façon sporadique pendant que Lola poursuit ses études et habite chez ses parents au Brésil. Au début de l'année 1995, les deux parties conviennent que Lola vienne vivre avec Éric au Québec.

Des difficultés surgissent rapidement dans le couple et une première rupture survient à la fin du mois de juillet 1995. Les parties se revoient pendant la période des fêtes suivante et à nouveau en février 1996. Lola devient enceinte de leur premier enfant qui naît en octobre 1996. Un deuxième enfant suivra en 1999, et un troisième en 2001.

À différentes occasions, Lola exprime le souhait de se marier, mais Éric refuse prétextant ne pas croire en l'institution du mariage. Pendant la vie commune, au-delà de quelques tentatives pour amorcer une carrière de mannequin, Lola n'occupe pas d'emploi. Éric pourvoit alors à ses besoins économiques de même qu'à ceux des enfants.

Quelques mois après la naissance du troisième enfant, les parties envisagent de se séparer. La rupture définitive survient en octobre 2001 et Lola entame des procédures en février 2002. La cohabitation aura alors duré environ sept ans.

Le 16 mai 2006, la Cour supérieure du Québec accorde la garde partagée des enfants aux parties. Éric se voit imposé le paiement d'une pension alimentaire aux enfants de 34 260 \$ par mois (soit 411 122 \$ par an)¹⁰ en plus des frais reliés à leurs activités scolaires et de loisir. La Cour lui ordonne également de verser à Lola différents frais pour couvrir l'entretien et la rénovation de la maison de 2,5 M\$¹¹ dont il est propriétaire et que Lola pourra habiter. À ces frais s'ajoutent le coût du personnel (deux nounous, une cuisinière et un chauffeur) affecté à cette résidence et divers autres émoluments.

Au-delà des montants et avantages qu'elle reçoit pour les enfants, Lola revendique le droit de demander une pension alimentaire pour elle-même (qu'elle chiffre à 56 000 \$ net par mois). Elle exige également le partage du patrimoine familial et de la société d'acquêts, une prestation compensatoire ainsi que l'application des mesures de protection de la résidence familiale (Roy, 2013). En d'autres termes, elle requiert de bénéficier des mêmes avantages que ceux consentis aux femmes mariées dans les différents textes de lois, bref, « de faire reconnaître l'union qu'elle a connue avec (Éric) comme étant un mariage »

⁹ Ces faits sont tirés du Jugement de la Cour supérieure de 2009.

¹⁰ Soit l'équivalent d'environ 24 550 € par mois ou 294 595 € par an.

¹¹ Nearly 1,8 M €.

(Cour supérieure, 2009 : 11). Pour appuyer son argument, Lola invoque la discrimination. Selon elle, l'exclusion des conjoints de fait des articles du Code civil portant sur ces matières s'avère contraire à l'article 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* adoptée en 1982, ci-après « la Charte ». En d'autres termes, l'état matrimonial constituerait en soi un motif de discrimination, les femmes en union de fait souffrant d'une injustice économique face à leurs consœurs mariées au moment d'une séparation.

L'argument de la discrimination

L'argument de la discrimination envers les conjoints de fait avait déjà été invoqué une première fois ailleurs au Canada dans une cause introduite en Nouvelle-Écosse, province de *common law*. Cette cause portait sur un couple en union de fait ayant cohabité pendant dix ans et ayant eu deux enfants. La conjointe demandait que soit déclarée inconstitutionnelle la définition de « conjoint » de la *Matrimonial Property Act* de la Nouvelle-Écosse puisqu'elle ne lui permettait pas de bénéficier du partage des biens matrimoniaux consenti aux conjoints mariés, soit en violation de l'article 15(1) de la Charte (Jugement de la Cour suprême, 2002).

La Cour de première instance ayant conclu que l'exclusion des conjoints de fait de la définition de conjoint n'était pas discriminatoire, et la Cour d'appel ayant infirmé cette décision, la Cour suprême du Canada est saisie de cette cause, la question étant de savoir si toute différence de traitement entre conjoints mariés et conjoints de fait est discriminatoire. Dans la décision *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh* rendue en décembre 2002, la Cour reconnaît que l'exclusion des conjoints de fait du régime matrimonial représente un traitement différent fondé sur un motif de discrimination – l'état matrimonial – analogue à ceux énumérés¹² par la Charte. Toutefois, la Cour conclut que cette exclusion ne porte pas atteinte à leur dignité, ni ne perpétue l'opinion que les conjoints non mariés sont moins dignes que leurs vis-à-vis mariés. Elle réitère plutôt l'importance de la liberté garantie par la Charte qu'ont les individus de faire des choix fondamentaux dans leur vie, et la nécessité de respecter le libre choix des conjoints de fait. Selon le jugement rendu, faire fi de ce choix reviendrait « à neutraliser la liberté de chacun de choisir un type de famille non traditionnel et de voir ce choix respecté par l'État » (Jugement de la Cour suprême, 2002).

Introduisant sa requête quelque six ans après le jugement de la Cour suprême du Canada, Lola demande à la Cour de déclarer que le gouvernement fédéral est seul compétent pour définir le mariage et que « toutes définitions du mariage excluant les "conjoints de fait" violent le droit à l'égalité (de ceux-ci) en vertu du paragraphe 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés » (Jugement de la Cour supérieure du Québec, 2009 : 9). En conséquence, elle requiert de déclarer inopérants tous les articles du Code civil du Québec attribuant aux conjoints de fait des droits et obligations différents de ceux impartis aux époux, telle l'exclusion des conjoints de fait du partage du patrimoine familial. Pour soutenir sa requête, elle postule entre autres qu'après un certain nombre d'années de vie commune ou la naissance d'un enfant commun, les conjoints de fait ne se distinguent plus des couples mariés. C'est en partie pour

¹² Les motifs énumérés dans l'article 15(1) de la Charte sont : la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

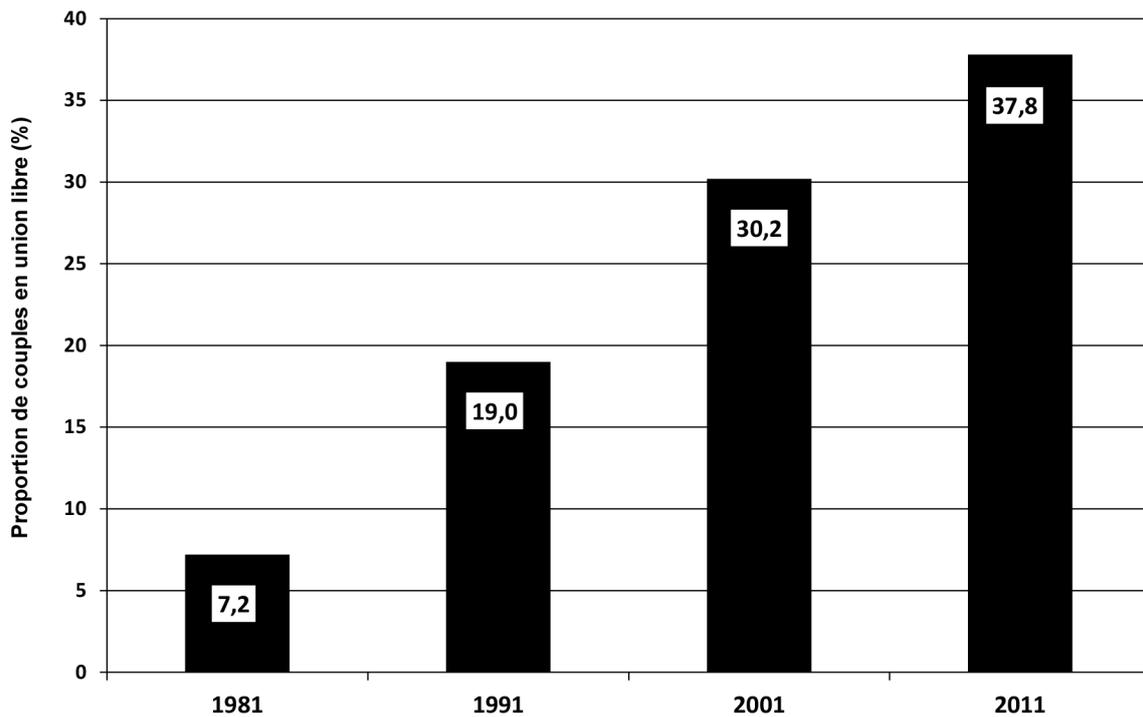
examiner cette assertion que le Procureur général du Québec nous a approchées, Évelyne Lapierre-Adamcyk et moi, pour agir comme témoins-experts dans la cause *Éric c. Lola*.

Mariage et union de fait : similitudes et différences

Similitudes . . .

L'union de fait a connu une formidable progression en 30 ans au Québec. Tel qu'on peut le voir à la figure 1, la proportion de couples en union libre parmi l'ensemble des couples a été multipliée par plus de cinq, passant de 7,2 % en 1981 à 37,8 % en 2011. Le Québec devançait ainsi plusieurs pays enregistrant une proportion élevée de couples en union libre, comme la Suède, la Finlande ou la Norvège (Statistique Canada, 2012). Ailleurs au Canada, la hausse a été beaucoup plus modeste, le pourcentage moyen de couples en union libre augmentant de 5 % en 1981 à 14 % en 2011.

Figure 1. Proportion de couples en union libre parmi l'ensemble des couples, Québec, 1981-2011

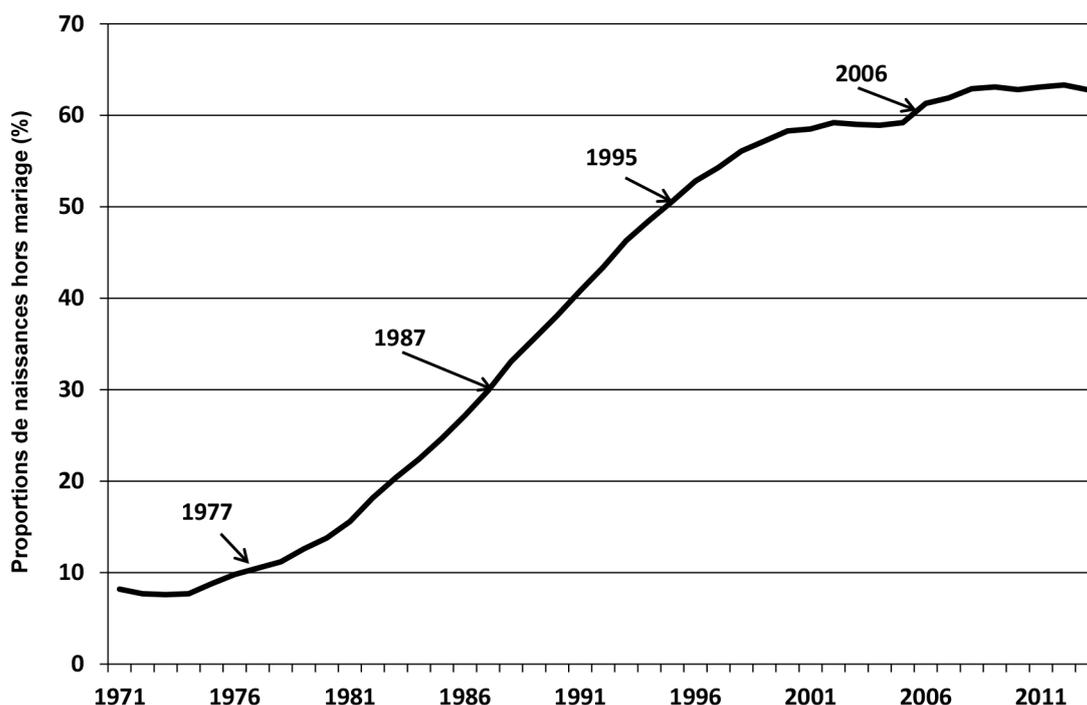


Source : Statistique Canada, Recensement du Canada, tableaux thématiques, 2011 : 98-312-X2011019 ; 2001 : 95F0316X2001003 ; 1991 : Tableau sur le Pays 1996, Familles (partie 1 : nombre, type et structure) ; 1981 : 97F0005XCD2001002

La figure 2 illustre par ailleurs la progression fulgurante des naissances hors mariage au Québec. En 1971, moins de 10 % des enfants naissaient hors mariage, la forte majorité d'entre eux d'une mère vivant seule. En 1980, au moment où la distinction entre filiation légitime et naturelle a été abolie, la proportion (13,8 %) d'enfants nés hors mariage était encore somme toute relativement modeste, et ce n'est qu'au cours de cette décennie qu'elle a pris véritablement son envol. Le pourcentage de naissances hors mariage est passé à environ 40 % au début des années 1990 pour atteindre 60 % au milieu des années 2000. Depuis quelques années, ce sont près de deux enfants sur trois qui naissent hors

mariage. Les estimations effectuées par l'Institut de la statistique du Québec suggèrent qu'un peu plus de 55 % des enfants naissent aujourd'hui de parents en union libre (Le Bourdais et Lapierre-Adamcyk, 2015). En 2011, la moitié des couples comptant au moins un enfant âgé de moins de 18 ans à la maison vivait en union libre, l'autre moitié en mariage (Statistique Canada, 2016). L'état matrimonial n'apparaît donc plus, on le voit, comme un signe distinctif de la vie conjugale et parentale au Québec.

Figure 2. Proportions de naissances hors mariage (%) parmi l'ensemble des naissances, Québec, 1971-2013

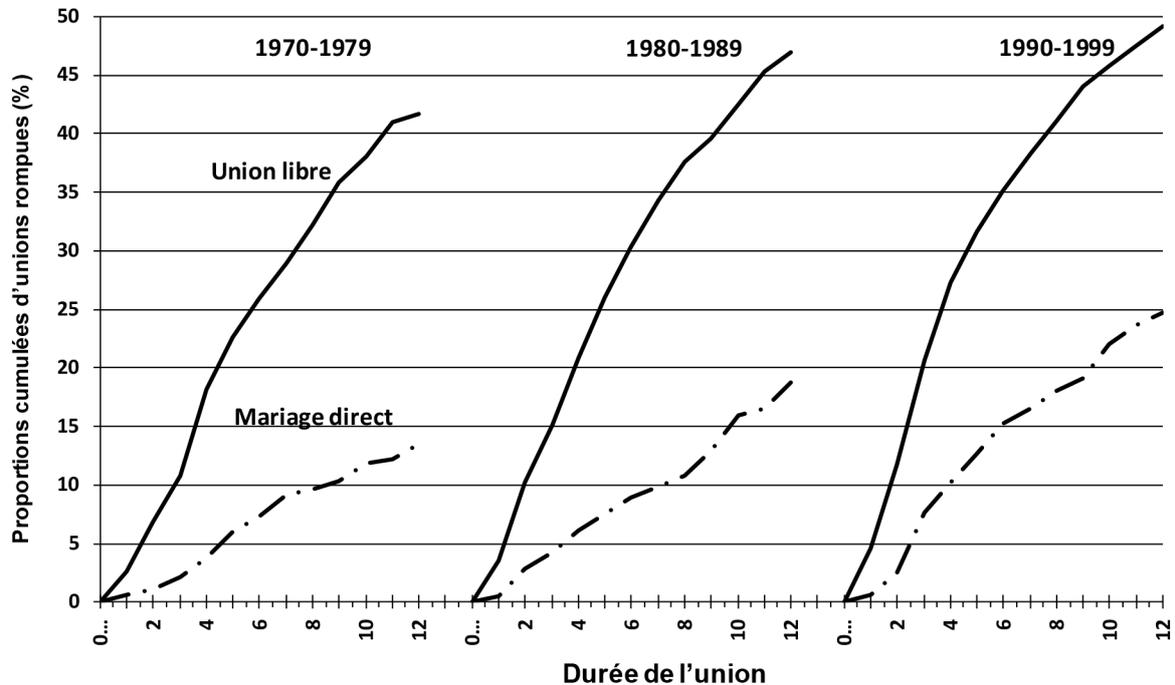


Source : ISQ (2014). <http://www.stat.gouv.qc.ca/statistiques/population-demographie/naissance-fecondite/tableaux>: « Naissances selon l'état matrimonial des parents, 1951-2012 »

... et différences

Formée en dehors du cadre institutionnel qui régit le mariage et ne requérant pas nécessairement un engagement formel des conjoints, l'union libre demeure cependant nettement plus instable que le mariage. La figure 3, qui présente les proportions cumulées d'unions conjugales qui se sont soldées par une rupture, selon le type d'union lors de la mise en couple, illustre cette réalité. Ainsi, un peu plus de 40 % des unions libres formées dans les années 1970 avaient mené à une séparation douze ans après le début de l'union, peu importe que celle-ci ait ou non été suivie d'un mariage, comparativement à moins de 15 % des mariages. Parmi les unions conclues dans les années 1990, c'est près de la moitié des premières et du quart des secondes qui se sont soldées par une séparation. L'écart séparant les deux types d'union s'est quelque peu réduit au fil des ans. Ainsi, le pourcentage des unions libres des années 1970 ayant mené à une séparation qui était près de trois fois plus élevé que celui des mariages n'est plus que deux fois plus élevé dans les années 1990. Le rétrécissement observé tient non à une stabilité accrue des unions libres mais bien plutôt au fait que l'instabilité des mariages a progressé plus rapidement.

Figure 3 : Proportions cumulées d'unions rompues selon les modalités d'entrée en union et selon la période de formation et la durée de l'union, Québec



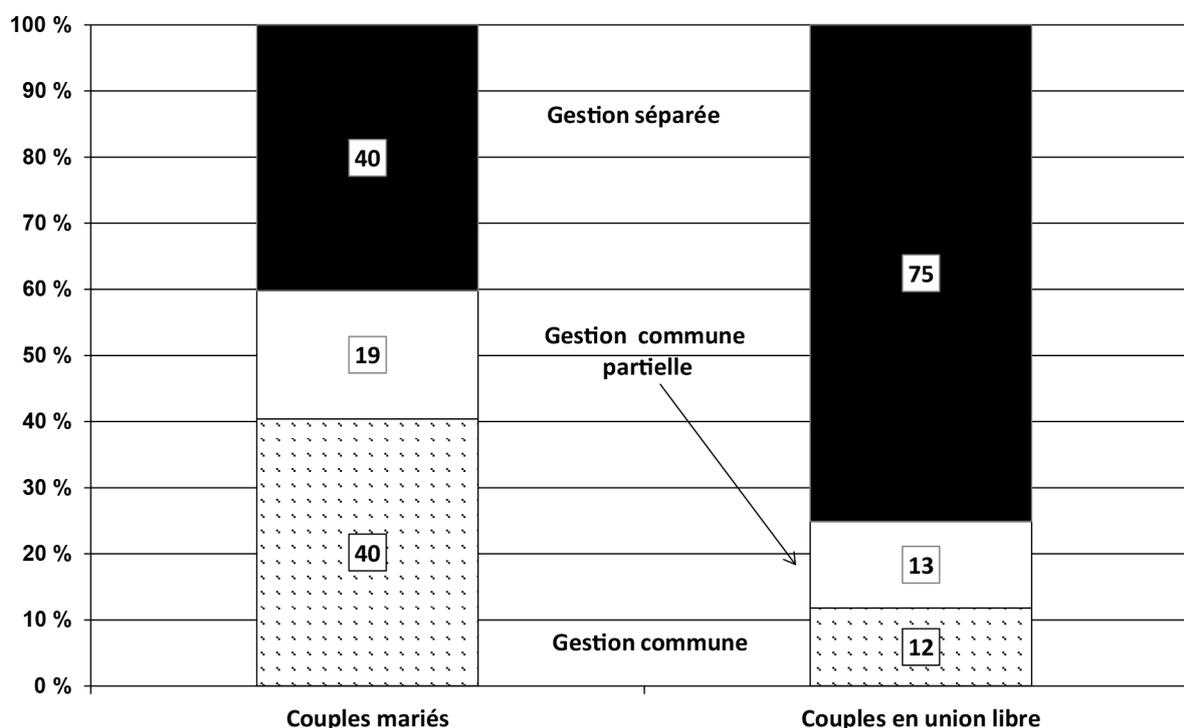
Source : Estimations de Le Bourdais et Lapierre-Adamcyk, 2008, à partir de Statistique Canada, Fichier de microdonnées à grande diffusion de l'Enquête sociale générale sur la famille (ESG 2006), cycle 20

Une étude récente examinant les facteurs démographiques qui affectent la stabilité des unions libres au Canada a, par ailleurs, montré que l'arrivée d'un enfant dans le couple réduit de 30 % le risque de séparation des conjoints de fait alors que la transformation de l'union en mariage diminue de moitié le risque de rupture, une fois contrôlé l'effet de la période de formation de l'union, de la région, de l'âge au début de l'union et du rang de l'union (Le Bourdais, Lapierre-Adamcyk et Roy, 2013). Au Québec comme ailleurs au Canada, la prise en compte à la fois du moment de la transformation de l'union en mariage et de la naissance d'un enfant a pour effet de diminuer sensiblement l'impact de l'enfant sur la propension des couples à se séparer mais non celui de la transformation de l'union en mariage. En d'autres termes, les résultats de cette analyse suggèrent que l'engagement que les conjoints prennent l'un face à l'autre en se mariant constitue un gage de stabilité de l'union nettement plus grand que la venue d'un enfant. À première vue, cela peut sembler surprenant, car la venue d'un enfant comporte des responsabilités qui affectent davantage le mode de vie des couples que le mariage et qui perdurent une fois l'union rompue. Il se peut cependant que la « décision » d'avoir un enfant ne soit pas prise conjointement par les deux membres du couple ou encore que la conception de l'épanouissement personnel tienne davantage à la relation de couple qu'à l'enfant, d'autant plus que la séparation ne brise pas le lien parent-enfant.

Une autre différence qui sépare les couples mariés des conjoints de fait est la façon dont ils gèrent leur argent. Les données collectées en 2011 par Statistique Canada lors de l'Enquête sociale générale (ESG) portant sur la famille ont permis, pour la première fois, de documenter cet aspect de la vie des couples au Canada et au Québec. L'information recueillie porte sur le type de compte bancaire (conjoint ou personnel) que chacun des conjoints possède et sur la façon dont leurs revenus sont déposés dans ces

comptes. Trois modalités de gestion ont été identifiées. La 'gestion commune' réfère aux couples ayant seulement un compte bancaire conjoint et ceux ayant plus d'un compte mais dont tous les revenus sont déposés dans le compte conjoint. La 'gestion commune partielle' concerne les couples qui versent une fraction de leurs revenus dans un compte conjoint et une autre dans un compte personnel. Enfin, la 'gestion séparée' s'applique aux couples qui déposent chacun leurs revenus dans des comptes personnels.

Figure 4. Répartition des couples mariés et en union libre selon les modalités de gestion de leurs revenus, Québec 2011



Source : Statistique Canada, Enquête sociale générale 2001. Figure établie à partir du tableau 2 dans Hamplová *et al.*, 2014.
« Is the Cohabitation-Marriage Gap Universal ? », *Journal of Marriage and Family*, 76, p. 992

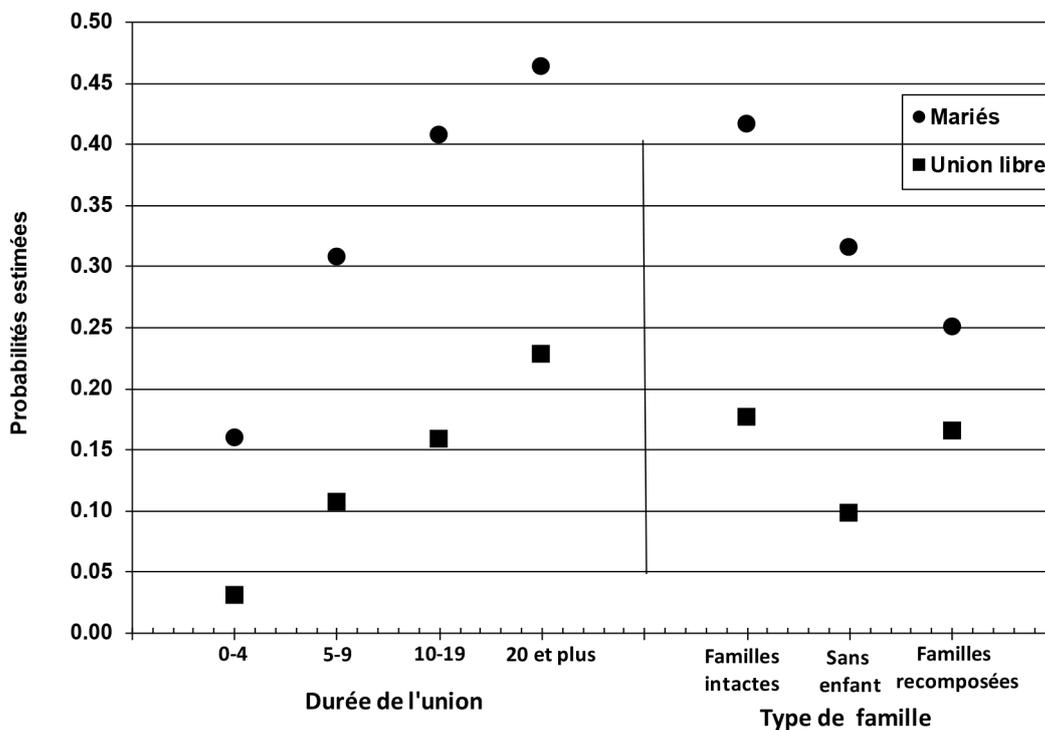
Tel que le montre la figure 4, les conjoints de fait se distinguent nettement des couples mariés au regard des modalités de gestion de leurs revenus. La très grande majorité (75 %) des conjoints de fait optent pour une gestion séparée de leur argent. À l'opposé, près de 60 % des couples mariés optent pour une gestion commune totale (40 %) ou partielle (19 %) de leurs revenus (Hamplová, Le Bourdais et Lapierre-Adamcyk, 2014). Ces données portent sur l'ensemble des couples, peu importe la durée de leur union et le fait qu'ils aient ou non eu des enfants ensemble. Or, on peut penser que le type de gestion adoptée par les conjoints de fait se rapprochera de celui des couples mariés à mesure que la durée de leur union croît ou à la suite de l'arrivée d'un enfant. Une analyse statistique multivariée, dont les résultats sont illustrés à la figure 5, a été menée pour vérifier cette hypothèse.¹³ Celle-ci fournit la probabilité que les couples mariés et en union libre adoptent une gestion commune (plutôt qu'une gestion commune partielle ou séparée) de leur argent en fonction de la durée de leur

¹³ Pour plus d'information sur la méthode, on réfèrera à Hamplová, Le Bourdais et Lapierre-Adamcyk, 2014.

union et de la composition de leur famille, une fois neutralisé l'effet de plusieurs caractéristiques sociodémographiques.¹⁴

Contrairement aux attentes, l'analyse ne révèle aucun rapprochement entre couples mariés et en union libre en fonction de la durée de l'union (voir la partie gauche de la figure 5). Certes, la probabilité estimée des couples de mettre leur argent en commun croît à mesure que la durée de l'union augmente, mais l'écart séparant les couples mariés des conjoints de fait a tendance à s'élargir plutôt qu'à diminuer avec le temps. De même, le fait d'avoir des enfants en commun et de former une famille dite 'intacte' ne contribue pas à rapprocher les conjoints de fait de leurs vis-à-vis mariés : l'écart qui les sépare n'est pas plus étroit que celui que l'on observe parmi les couples qui sont sans enfant. Seuls les couples qui vivent en famille recomposée affichent un écart nettement plus étroit, et cela tient en grande partie à la probabilité plus faible des couples mariés de verser tous leurs revenus dans un compte conjoint.

Figure 5 : Probabilités estimées^a que les couples mariés et en union libre adoptent une gestion commune de leurs revenus selon la durée de l'union et le type de famille, Québec, 2011



Source : Figure établie par les auteures à partir de Hamplová *et al.*, 2014

^a Une fois contrôlé l'effet des facteurs suivants : l'âge, le sexe et le niveau d'éducation des répondants ; le revenu du ménage ; la différence d'âge et de niveau d'éducation des conjoints ; le régime de travail du couple ; le statut d'immigration des conjoints ; le type de famille ; le rang et la durée de l'union

L'union libre a connu une progression rapide et soutenue au cours des 30 dernières années au Québec et elle constitue dorénavant le cadre privilégié d'entrée dans la vie conjugale et de constitution des familles. Indéniablement cependant, il appert que les conjoints de fait se distinguent de leurs homologues mariés

¹⁴ Ces caractéristiques sont : l'âge, le sexe et le niveau d'éducation des répondants à l'enquête ; le revenu du ménage ; la différence d'âge et de niveau d'éducation des conjoints ; le régime de travail du couple ; le statut d'immigration des conjoints ; le type de famille ; le rang et la durée de l'union.

au regard de la stabilité de leur union et de la gestion de leurs revenus, ce qui traduit peut-être un niveau différent d'engagement.

Décision des tribunaux

Prenant acte des divers rapports d'expertise déposés et des plaidoiries des parties investies dans la cause *Éric c. Lola*, la Cour supérieure du Québec a rendu sa décision en juillet 2009. La Cour reconnaît qu'il existe une différence de traitement entre conjoints mariés et en union de fait au moment de la séparation, mais conclut que cette différence « ne perpétue aucun préjugé et ne résulte pas de l'application de stéréotypes » (Cour supérieure du Québec, 2009, n° 286), bref, qu'elle n'est pas discriminatoire au sens de l'article 15(1) de la Charte. La juge Hallée rappelle également, à l'instar du jugement Walsh de la Cour suprême, que le « droit à la liberté » constitue « une des valeurs fondamentales de la Charte » et qu'il incombe davantage au législateur qu'au Tribunal de légiférer sur l'équilibre à accorder entre « d'une part, la protection économique des conjoints défavorisés économiquement lors de la rupture d'une union et, d'autre part, la préservation de la liberté de choix » (Idem : n° 283). Elle reconnaît également qu'aucune règle constitutionnelle n'oblige le Québec à étendre aux conjoints de fait les protections octroyées aux conjoints mariés au moment d'une séparation. Au terme de son analyse, la juge Hallée refuse donc à Lola l'ensemble de ses revendications, dont le droit de demander une pension alimentaire pour elle-même ainsi que le partage du patrimoine.

Insatisfaite du jugement rendu par la juge Hallée, Lola se tourne dès lors vers la Cour d'appel du Québec pour en appeler de cette décision. Elle argue que la juge de première instance a erré en décidant que l'arrêt Walsh réglait la question pour le Québec, étant donné que Madame Walsh a pu obtenir une pension alimentaire pour elle, en plus de celle octroyée à ses enfants. En effet, le *Maintenance and Custody Act*, en Nouvelle-Écosse, permet au tribunal de prononcer une ordonnance alimentaire en faveur d'un conjoint de fait, ce que n'autorise pas le Code civil du Québec (Cour d'appel du Québec, 2010)¹⁵. De nouveau, Lola plaide que les conjoints de fait souffrent de discrimination au sens de la Charte et demande à la fois une pension alimentaire pour elle-même et le partage du patrimoine accumulé pendant l'union. Cette fois-ci, la Cour donne raison à Lola en ce qui a trait à l'obligation alimentaire, mais non au partage du patrimoine. La Cour conclut que l'omission des conjoints de fait de l'article 585 du Code civil du Québec qui porte sur l'obligation alimentaire des conjoints mariés et unis civilement l'un envers l'autre crée une distinction discriminatoire au sens de la Charte. Elle considère que « la pension alimentaire répond à des besoins de base et participe de la solidarité sociale » et elle demande, par conséquent, que le droit aux aliments prescrit à l'article 585 du Code civil soit étendu aux conjoints de fait (Cour d'appel du Québec, 2010, n° 68). La Cour estime par ailleurs que le partage des biens correspond à un simple engagement contractuel, établi directement par contrat ou indirectement par mariage. En l'absence d'un tel contrat, Lola se voit donc refusé le partage du patrimoine familial acquis durant son union avec Éric.

À la suite de la décision de la Cour d'appel lui imposant d'assimiler les conjoints de fait aux conjoints mariés au regard de l'obligation alimentaire en cas de séparation, le Procureur général du Québec porte

¹⁵ Madame Walsh avait toutefois vu sa demande de partage des biens matrimoniaux refusée puisque le *Matrimonial Property Act*, lequel édicte une présomption de partage égal des biens matrimoniaux, ne s'appliquait alors qu'aux conjoints mariés, d'où le litige qui est allé jusqu'en Cour suprême.

la cause en appel auprès de la Cour suprême du Canada. Il soutient que l'exclusion des conjoints de fait de l'obligation alimentaire et du partage du patrimoine familial n'est pas discriminatoire en vertu de l'article 15(1) de la Charte et il conteste la validité constitutionnelle du jugement de la Cour d'appel. Plus d'un an s'écoule entre l'audition de la cause et la décision, extrêmement partagée, rendue par la Cour suprême en janvier 2013. À la première question qui examine si l'exclusion des conjoints de fait de plusieurs articles du Code civil du Québec contrevient à la Charte des droits et libertés, quatre des neuf juges de la Cour suprême répondent par la négative. La majorité, soit cinq d'entre eux, soutient toutefois qu'il y a discrimination. La juge Abella considère comme étant discriminatoires toutes les exclusions des conjoints de fait des différents articles du Code civil en matière de droit familial. Trois juges soutiennent la position adoptée par la Cour d'appel du Québec ; ils reconnaissent qu'il y a discrimination, mais seulement au regard de l'obligation alimentaire, et ils recommandent au législateur québécois d'élargir la portée de l'article 585 du Code civil. Enfin, la juge en chef McLachlin reconnaît également que « l'exclusion intégrale (des conjoints de fait) du champ d'application des dispositions du Code civil en matière familiale » mine leur droit à l'égalité et est donc discriminatoire en vertu de la Charte (Roy, 2013 : 288). À la deuxième question à laquelle n'ont pas à répondre les quatre juges aux yeux desquels aucune discrimination n'a été prouvée, la juge McLachlin ajoute sa voix en confirmant la validité des règles québécoises même si elles portent atteinte au droit à l'égalité des personnes. En d'autres termes, à cinq juges contre quatre, la Cour suprême conclut que certains articles du Code civil du Québec sont discriminatoires et portent atteinte à la dignité des personnes, mais à cinq contre quatre, la Cour estime que le Québec n'est pas en faute au plan constitutionnel et respecte les valeurs du fédéralisme canadien. Comme l'écrit Roy (2013 : 267), « C'est donc la juge en chef qui... "sauve" la politique législative du Québec dans son intégralité ».

L'après *Éric c. Lola*

Le jugement de la Cour suprême du Canada clôt l'affaire *Éric c. Lola*, mais ne met pas fin au débat qui se déplace de l'arène judiciaire vers le milieu politique, comme le recommandait d'ailleurs la juge Hallée dans son jugement de première instance¹⁶. Le jugement de la Cour suprême place le législateur dans une position délicate. La Cour reconnaît qu'en vertu du partage des compétences entre le Parlement fédéral et les provinces, le traitement des conjoints de fait après une séparation relève du gouvernement québécois ; elle n'en conclut pas moins cependant à la majorité que les conjoints de fait font l'objet, à des degrés variables, de discrimination au Québec au sens de la Charte des droits et libertés.

Au cours des quatre années qu'a duré l'affaire Lola et au lendemain du jugement de la Cour suprême, plusieurs observateurs ont pressé le ministre de la Justice du Québec d'entreprendre une réforme en profondeur du droit familial (voir Goubau, 2011 ; Leckey, 2009 ; Roy 2013). En avril 2013, le ministre de la Justice, M^e Bertrand St-Arnaud reconnaît que « l'heure est venue d'amorcer une réflexion en profondeur sur les orientations de notre législation, pour déterminer si elle répond adéquatement aux besoins des familles d'aujourd'hui » et annonce du même coup la création du Comité consultatif sur le droit de

¹⁶ Dans son jugement, la juge Hallée écrit : « s'il est loisible de débattre de la meilleure politique publique pour les conjoints de fait, l'arène politique demeure le forum le plus approprié pour un tel débat. En tentant de transposer un débat politique publique au sein d'un forum judiciaire, la requérante fait abstraction des rôles institutionnels respectifs du pouvoir judiciaire et du pouvoir politique » (Cour supérieure du Québec, 2009, n^os 291).

la famille (ci-après « le Comité ») sur lequel j'ai eu le privilège d'être nommée (Ministère de la Justice du Québec, 2013). Le Comité a d'abord comme mandat d'évaluer l'opportunité de revoir l'ensemble du droit de la famille québécois et, dans l'affirmative, de proposer au ministre les éléments devant être revus. Dès septembre, le Comité, sous la présidence de M^e Alain Roy, dépose son rapport préliminaire. Il conclut « à l'existence d'un décalage significatif entre le modèle familial reconnu au Code civil et les diverses configurations conjugales et familiales qui cohabitent » au Québec et à la nécessité de réformer le droit de la famille (Comité consultatif sur le droit de la famille, 2013 : 2). Le Comité constate que si les interventions législatives apportées depuis l'adoption du Code civil en 1980 ont permis de « colmater certaines des fissures provoquées par les mutations sociales », elles ont « aussi multiplié les problèmes d'incohérence interne qui parsèment aujourd'hui le droit de la famille québécois » (Idem : 7), d'où l'importance de procéder à une réforme globale. Le Comité amorce par la suite un long travail d'analyse et de réflexion qui s'étend sur une période de près de deux ans et qui mène au dépôt en juin 2015 d'un volumineux rapport auprès de la ministre de la Justice, M^e Stéphanie Vallée (voir Comité consultatif sur le droit de la famille, 2015).

Il ne saurait être ici question de présenter de façon détaillée l'ensemble de l'analyse et des recommandations contenues dans ce rapport qui compte près de 800 pages. On se contentera plutôt de mentionner les six principes directeurs ayant guidé la réflexion du Comité et les quatre grandes orientations qui sous-tendent ses recommandations. Le premier principe affirme que *l'intérêt et les droits de l'enfant* doivent être au cœur des priorités de la réforme. Le deuxième principe ayant orienté la réflexion soutient que la réforme doit apporter *une réponse inclusive et adaptée à la diversité des couples et des familles* ; elle doit s'adapter à la diversité des familles québécoises et ne saurait servir à légitimer un modèle de famille en particulier. Le troisième principe rappelle que *l'enfant est une responsabilité commune et une source d'interdépendance*. Le droit québécois reconnaît déjà l'enfant comme étant une responsabilité commune des parents, qu'ils soient ou non mariés. Ce principe va plus loin en ce qu'il pose que l'enfant crée non seulement un lien vertical entre lui et chacun des parents mais également un lien horizontal, une source d'interdépendance entre les parents. Le quatrième principe réaffirme l'importance des *valeurs d'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle* dont les conjoints doivent bénéficier dans l'organisation de leurs relations. Le Comité estime cependant qu'un certain recadrage s'impose, l'opposition entre mariage et union de fait n'étant plus de mise aujourd'hui. Le cinquième principe insiste sur la nécessité que les individus soient mieux *éclairés sur leurs droits et leurs obligations* en matière familiale, diverses études passées ayant révélé la méconnaissance dans la population des droits consentis aux conjoints de fait après une séparation. Enfin, le sixième et dernier principe réitère que la *justice familiale doit être accessible* pour tous ; l'État doit ici jouer un rôle proactif en développant des outils et mesures axés sur la négociation et la médiation.

La réforme que propose le Comité s'articule autour des deux grands axes qui, selon lui, fondent la définition de la famille, soit la filiation et la conjugalité. Sans nier que « le couple soit toujours porteur de liens familiaux », le Comité remarque que « c'est davantage par la filiation que la famille d'aujourd'hui se révèle » (CCDF, 2015 : 84). Aussi n'est-il pas surprenant de constater que la première grande orientation de la réforme s'articule autour de l'établissement d'un *régime parental impératif*. Celui-ci établit entre les parents d'un enfant commun des droits et des obligations réciproques qui perdurent tant durant leur vie commune qu'après leur séparation ou alors même qu'ils n'ont jamais fait vie commune. Ainsi, quel que soit leur statut conjugal, les parents d'un enfant à charge se voient soumis aux mesures de protection et d'attribution de la résidence familiale. Ils sont également tenus de partager certains des

désavantages économiques qui résultent de la prise en charge de leur enfant au moyen de la nouvelle « prestation parentale compensatoire » que le Comité recommande de créer.

En deuxième lieu, le Comité prône la mise en place d'un « régime conjugal résolument axé sur l'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle des conjoints » (CCDF, 2015 : 6). Pour les couples mariés actuellement soumis de manière impérative au partage du patrimoine familial, cette orientation passe par l'établissement d'un droit de retrait ('opting out') leur permettant de se soustraire des certains droits et obligations associés au mariage. À l'inverse, le Comité suggère d'introduire des dispositions simplifiant les procédures d'adhésion ('opting in') à ces mêmes droits et obligations aux conjoints de fait désireux d'en bénéficier. Soucieux d'éviter que la liberté contractuelle des conjoints ne résulte dans la création d'injustices économiques envers le conjoint vulnérable, le Comité suggère d'étendre à l'ensemble des couples, mariés ou non, le champ d'application de la prestation compensatoire introduite en 1980 par la Loi 89.

La troisième grande orientation de la réforme concerne la définition d'un « régime de filiation où les droits de l'enfant se voient affirmés ou réaffirmés sans compromis » (CCDF, 2015 : 7). À ce chapitre, le Comité suggère entre autres d'encadrer et de resserrer l'établissement des règles de filiation peu importe le type de procréation (naturelle ou assistée) menant à la naissance d'un enfant, y inclus le recours à une mère porteuse, ce que le Code civil actuel ne permet pas. Enfin, la dernière orientation prône le développement d'un régime d'autorité parentale et d'obligation alimentaire centré sur la protection des droits de l'enfant où est précisé le rôle que peut jouer le beau-parent (nouveau conjoint d'un parent) auprès d'un enfant et qui exprime haut et fort le caractère inacceptable des punitions corporelles imposées aux enfants.

Par le passé, le Québec a su faire preuve d'audace et d'avant-gardisme en reconnaissant par exemple le principe d'égalité des enfants lors de l'adoption de la *Loi instituant un nouveau code civil et portant réforme sur le droit de la famille* en 1980 ou la conjugalité homosexuelle lors de la création de l'union civile en 2002. Est-il prêt maintenant à se lancer dans une réforme en profondeur du droit familial et d'affirmer, à l'instar du Comité, que c'est dorénavant l'enfant plus que l'union conjugale qui fonde la famille ? Au moment du dépôt, le 8 juin 2015, du rapport du Comité consultatif sur le droit familial, le gouvernement libéral en place semblait vouloir aller de l'avant. À cette occasion, la ministre de la Justice, M^e Stéphanie Vallée, mentionnait : « Le travail rigoureux et de grande qualité de ces experts nous sera très utile... Notre gouvernement fera connaître au cours des prochains mois les suites qu'il entend réaliser, en vue de moderniser notre droit de la famille pour mieux répondre aux besoins actuels des couples et des familles » (CNW Telbec, 2015), laissant sous-entendre qu'il allait y donner suite rapidement.

Le 7 juin 2016, soit un an presque jour pour jour après le dépôt du rapport, un éditorial du quotidien *Le Devoir* titrait : « La réforme du droit familial paralysée » (Bourgault-Coté, 2016). Citant un document confidentiel de source gouvernementale obtenu par le quotidien, Bourgault-Coté écrivait pourtant que la ministre de la Justice avait rédigé une note destinée au Conseil des ministres. Celle-ci proposait d'élaborer et de « rendre public un document de consultation basé sur les recommandations du rapport, lequel ferait l'objet d'une consultation publique ». La note signée de la main de la ministre précisait qu'un document de consultation et un questionnaire « pourraient être en ligne à la mi-juin » en vue d'une tournée pouvant se tenir dans différentes villes de la fin août à la fin octobre (Bourgault-Coté,

2016). Le même jour, un autre quotidien, *La Presse mobile*, rapportait que les partis d'opposition réclamaient en chœur « une commission parlementaire... dont le mandat serait de mener une consultation sur le rapport (du Comité), en vue de mettre la table au dépôt d'un projet de loi ».

En ce 21 juin 2016, les vacances approchent. Au retour, le rapport risque-t-il d'être oublié et 'tabletté' ? Espérons qu'il ne mourra pas au feuillet, victime d'une lutte partisane entre les partis politiques au Québec. À cet égard, il convient de rappeler que le Comité consultatif sur le droit familial a été créé par un gouvernement péquiste, alors que c'est le parti libéral qui détient actuellement le pouvoir. L'histoire est à suivre...¹⁷

Remerciements

Cette recherche a bénéficié de l'appui financier du Conseil de recherche en sciences humaines (CRSH) du Canada et de la Chaire de recherche du Canada en *Statistiques sociales et changement familial* de l'Université McGill. Les analyses statistiques à la base des figures ont été réalisées au Centre interuniversitaire québécois de statistiques sociales (CIQSS), membre du Réseau canadien des centres de données de recherche (RCCDR). Les activités du CIQSS sont rendues possibles grâce à l'appui financier du CRSH, des IRSC, de la FCI, de Statistique Canada, du FRQSC ainsi que de l'ensemble des universités québécoises qui participent à leur financement. Les idées exprimées dans ce texte sont celles de l'auteure et non celles des partenaires financiers.

Références

- Balakrishnan T.R., Lapierre-Adamcyk É., Krotki K.J. 1993. *Family and Childbearing in Canada : A Demographic Analysis*, Toronto, University of Toronto Press, 329 p.
- Burch Th. K., Madan A.K. 1986. Formation et rupture d'unions. Résultats de l'Enquête sur la famille de 1984. Ottawa, *Statistique Canada* (cat. n° 99-963), 34 p.
- Comité Consultatif sur le droit de la famille (CCDF), Alain Roy (prés.). 2015. *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Montréal, Éditions Thémis, 794 p.
- Comité Consultatif sur le droit de la famille (CCDF). 2013. *Rapport préliminaire*, Québec, *ministère de la Justice*, 19 octobre, 14 p.
- Cour d'appel du Québec. 2010. *A c. B*, 2010 QCCA 1978, n° dossier 102866. (<http://citoyens.soquij.qc.ca/php/decision.php?ID=A1A43E2AA907EA9F439770829CEE0DEE&page=1>).
- Cour supérieure du Québec. 2009. *A c. B*, 2009 QCCS 3210, n° dossier 091768 (<http://citoyens.soquij.qc.ca/php/decision.php?ID=2EFD5F0688CA2D98025333F00FD351C2&page=1>).
- Cour suprême du Canada. 2013. *Procureur général du Québec c. A*, 2013 CSC 5, 1 R.C.S. 61, n° dossier 33990. (<http://citoyens.soquij.qc.ca/php/decision.php?ID=902DC0E9E2D81954C15A5E73F60E1637&page=1>).

¹⁷ Pour la petite histoire, en janvier 2017, au moment où ces lignes ont été écrites, le gouvernement libéral toujours en poste n'avait annoncé aucune action indiquant sa volonté d'entreprendre une réforme du droit familial.

- Cour suprême du Canada. 2002. *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, 2002 CSC 83, 4 RCS 325, n° dossier 28179. (<http://citoyens.soquij.qc.ca/php/decision.php?ID=20B18CB85E76840E5E04FF88676A9021>).
- Goubau D. 2011. Livre II : de la Famille, communication au colloque *Les Livres du Code civil du Québec*, Sherbrooke (Québec), Université de Sherbrooke, juin, 15 p.
- Hamplová D., Le Bourdais C., Lapierre-Adamcyk É. 2014. Is the Cohabitation-Marriage Gap in Money Pooling Universal ?, *Journal of Marriage and Family*, 76 (5), 983-997.
- Institut de la statistique du Québec (ISQ) 2017. Tableau statistique « Naissances selon l'état matrimonial des parents, Québec, 1951-2015 », Québec, Institut de la statistique du Québec, <<http://www.stat.gouv.qc.ca/statistiques/population-demographie/naissance-fecondite/410.htm>>, consulté le 3 janvier 2017.
- Le Bourdais C., Lapierre-Adamcyk É. 2015. Portrait sociodémographique des changements familiaux au Québec, in Comité Consultatif sur le droit de la famille, Alain Roy (prés.), *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Montréal, Éditions Thémis, pp. 35-73.
- Le Bourdais C., Lapierre-Adamcyk É. 2008. *L'union libre au Canada et au Québec – Point de vue démographique*, Rapport soumis à la Direction du contentieux – Rapport d'expertise, Ministère de la Justice du Québec – Procureur général du Québec, 57 p.
- Le Bourdais C., Lapierre-Adamcyk É., Roy A. 2013. Instabilité des unions libres : Une analyse comparative des facteurs démographiques, *Recherches sociographiques*, 55 (1), 53-78.
- Leckey R. 2009. Families in the Eyes of the Law : Contemporary Challenges and the Grip of the Past, *IRPP Choices*, 15, 8, 44 p.
- Légaré J., Balakrishnan T.R., Beaujot R.P. (dir.). 1989. *The Family in Crisis : A Population Crisis ? / Crise de la famille : Crise démographique ?*. Ottawa, Société royale du Canada, 463 p.
- Ministère de la Justice du Québec. 2013. *Le ministre de la Justice annonce la création d'un comité consultatif sur le droit de la famille*, Québec, ministère de la Justice du Québec, 19 avril.
- Moore M. 1988. Les femmes à la tête d'une famille monoparentale : pendant combien de temps ?, *Tendance sociales canadiennes*, 10, 40-42.
- Pineau J., Pratte M. 2006. *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 1057 p.
- Roy A. 2015. Survol historique du droit de la famille québécois, in Comité Consultatif sur le droit de la famille, Alain Roy (prés.), *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Montréal, Éditions Thémis, pp. 13-34.
- Roy A. 2013. Affaire Éric c. Lola : Une fin aux allures de commencement, *Cours de perfectionnement du Notariat*, avril, 259-308.
- Roy A. 2008. *L'évolution de la politique législative de l'union de fait au Québec. Analyse de l'approche autonomiste du législateur québécois sous l'éclairage du droit comparé*. Rapport d'expertise, Ministère de la Justice du Québec – Procureur général du Québec, 79 p.
- Roy A. 2006. Le contrat de mariage en droit québécois : un destin marqué du sceau du paradoxe, *McGill Law Journal / Revue de droit de McGill*, 51, 665-692.
- Roy A. 2005. Le nouveau cadre juridique de la procréation assistée en droit québécois ou l'œuvre inachevée d'un législateur trop pressé, *L'observatoire de la génétique*, 23, 1-8.
- Roy A. 2002. *Le contrat de mariage réinventé. Perspectives socio-juridiques pour une réforme*, Montréal, Éditions Thémis, 455 p.

Statistique Canada 2017. Groupe d'âge des enfants à la maison et structure de la famille de recensement pour les familles de recensement dans les ménages privés, *Recensement du Canada de 2011, Tableaux thématiques* 98-312-XCB2011035, <<http://www12.statcan.gc.ca/census-recensement/2011/dp-pd/tbt-tt/Rp-fra.cfm?TABID=2&LANG=F&APATH=3&DETAIL=0&DIM=0&FL=A&FREE=0&GC=0&GK=0&GRP=1&PID=102087&PRID=0&PTYPE=101955&S=0&SHOWALL=0&SUB=0&Temporal=2011&THEME=89&V-ID=0&VNAMEE=&VNAMEF=>>>, consulté le 9 janvier 2017.

Statistique Canada. 2012. Portrait des familles et situation des particuliers dans les ménages au Canada. Familles, ménages et état matrimonial, Recensement de la population de 2011, Ottawa, *Statistique Canada* (cat. n° 98-312-X2011001), consulté le 3 janvier 2017.