

SURVOL HISTORIQUE DU DROIT DE LA FAMILLE QUÉBÉCOIS

Alain Roy

Volume 119, numéro 3, 2017

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1058331ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1058331ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (imprimé)

2369-6184 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Roy, A. (2017). SURVOL HISTORIQUE DU DROIT DE LA FAMILLE QUÉBÉCOIS. *Revue du notariat*, 119(3), 425–469. <https://doi.org/10.7202/1058331ar>

LA FAMILLE D'HIER À AUJOURD'HUI

| | |
|---|-----|
| I. SURVOL HISTORIQUE DU DROIT DE LA FAMILLE QUÉBÉCOIS (Alain Roy) | 431 |
| INTRODUCTION | 431 |
| 1. La conjugalite | 435 |
| 1.1 Le <i>Code civil du Bas Canada</i> de 1866 et ses suites législatives. | 435 |
| 1.2 La Révolution tranquille | 441 |
| 1.3 La réforme du droit de la famille de 1980 | 444 |
| 1.4 Les années 1980. | 447 |
| 1.5 La réforme du Code civil de 1994 | 450 |
| 1.6 L'union civile | 453 |
| 1.7 Le mariage entre conjoints de même sexe | 455 |
| 2. La parenté et la filiation | 455 |
| 2.1 Le <i>Code civil du Bas Canada</i> de 1866 | 455 |
| 2.2 La Révolution tranquille | 460 |
| 2.3 La réforme du droit de la famille de 1980 | 462 |
| 2.4 Les années 1990. | 465 |
| 2.5 La réforme de la filiation de 2002 | 467 |
| CONCLUSION | 469 |

| | |
|---|-----|
| II. CHANGEMENTS FAMILIAUX AU QUÉBEC DU MILIEU DES ANNÉES 1970 AU MILIEU DES ANNÉES 2010 (Céline Le Bourdais et Évelyne Lapierre-Adamcyk) | 471 |
| INTRODUCTION | 471 |
| 1. Les transformations de la conjugalité. | 472 |
| 1.1 Le recul du mariage et la montée du divorce. | 472 |
| 1.2 La progression de l'union libre et de l'instabilité conjugale | 478 |
| 1.3 Les nouvelles formes d'unions conjugales : unions civiles et mariages entre conjoints de même sexe | 481 |
| 1.4 L'instabilité des unions libres : impact du mariage et de la venue d'un enfant | 483 |
| 1.5 Les couples en union libre : importance relative parmi l'ensemble des couples | 484 |
| 2. La fécondité et l'union libre. | 485 |
| 2.1 La fécondité et la progression des naissances hors mariage | 485 |
| 2.2 Comparaison de la fécondité des couples mariés et des couples en union libre | 488 |
| 3. La diversification de la structure des familles. | 490 |
| 3.1 L'évolution de la composition des familles biparentales et monoparentales | 490 |
| 3.2 L'évolution des familles : l'effet de la recomposition familiale et de l'instabilité conjugale | 492 |
| 3.3 L'environnement familial des enfants | 496 |
| 4. Quelques caractéristiques de la vie familiale contemporaine | 500 |
| 4.1 L'évolution de l'activité économique des femmes québécoises | 500 |

| | |
|---|-----|
| 4.2 Les divers types de famille et le revenu | 503 |
| 4.3 Comparaison des gains d'emploi des conjoints | 505 |
| 4.4 La gestion de l'argent chez les couples en union libre et les couples mariés | 510 |
| CONCLUSION | 512 |

NOTE DE PRÉSENTATION

Plus de deux années se sont écoulées depuis la publication du Rapport Roy*. Totalisant près de 800 pages, ce document irremplaçable où est retracée l'évolution de la famille québécoise restera dans les annales comme un témoignage en prise directe avec la société de notre époque. Les analyses juridiques et socio démographiques qui y sont développées témoignent non seulement de la vaste expertise scientifique des membres du Comité consultatif, mais également de leur attachement à promouvoir le mieux-être de leurs concitoyens.

À ce titre, la réaction du politique suivant la publication du Rapport n'est évidemment pas déterminante de ce que les prochaines générations de juristes, de sociologues, de démographes ou de lecteurs simplement curieux pourront y trouver : une importante source d'information sur le droit de la famille québécois.

C'est dans cette perspective que la direction de la *Revue du notariat* a jugé utile d'offrir à la lecture les deux articles qui suivent.

Le titre de la présente publication (« La famille d'hier à aujourd'hui ») reprend le titre de la première partie du Rapport, telle qu'elle figure dans la version publiée par les Éditions Thémis en 2015. Les deux articles que chapeaute ce titre en constituaient pour leur part les deux chapitres.

Il importe également de souligner que les deux contributions qu'on va lire forment des articles complets en soi et qu'elles doivent être citées indépendamment l'une de l'autre selon la méthode habituelle**.

* 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, 2015. Reproduit avec l'autorisation de l'éditeur et des auteurs.

** Alain ROY, « Survol historique du droit de la famille québécois », (2017) 119 *R. du N.* 431. Céline LE BOURDAIS et Évelyne LAPIERRE-ADAMCYK, « Changements familiaux au Québec du milieu des années 1970 au milieu des années 2010 », (2017) 119 *R. du N.* 471. À l'origine publié sous le titre « Portrait sociodémographique des changements familiaux du Québec » (Partie I, ch. 2 du Rapport).

SURVOL HISTORIQUE DU DROIT DE LA FAMILLE QUÉBÉCOIS

Alain ROY*

Le droit n'est pas un phénomène abstrait dont l'émergence et le développement s'opèrent en vase clos. Produit de l'évolution sociale, le droit prend racine dans l'histoire. Le législateur ne saurait donc appréhender la réforme du droit de la famille au moyen d'une approche systémique qui, en postulant l'étanchéité du domaine juridique, négligerait les réalités externes qui l'entourent.

En consacrant la première partie de son rapport à l'histoire du droit de la famille depuis la codification et aux changements socio-démographiques qui ont marqué le Québec au cours des dernières décennies, le Comité témoigne de sa volonté d'accomplir son mandat à la lumière des sciences sociales. Tout au long du rapport, le Comité se référera d'ailleurs aux données présentées dans chacun des chapitres de la présente partie pour appuyer ses réflexions et ses recommandations.

INTRODUCTION

Ancêtre du Code civil actuel, le *Code civil du Bas Canada*¹ entre en vigueur en 1866, soit un an avant la création de la fédération canadienne. Après plusieurs années de labeur, les codificateurs parviennent à structurer les règles de droit privé appliquées au sein de la colonie, en reprenant « la même somme de détails sur chaque sujet que les codes français connus sous les noms de *code civil*, *code de commerce* et *code de procédure civile* »².

* Notaire professeur titulaire, Faculté de droit, Université de Montréal.

1. *Acte concernant le Code civil du Bas Canada*, S.P.C. 1865, c. 41.

2. *Acte pour pourvoir à la codification des lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles et à la procédure*, S.P.C. 1857, c. 43, art. 7. Voir Paul-André CRÉPEAU, « La renaissance du droit civil canadien », dans Jacques BOUCHER et André MOREL (dir.), *Le droit dans la vie familiale – Livre du centenaire du Code civil*, t. 1, Montréal, P.U.M., 1970, p. XIII. Sur le Code civil français de 1804 en (à suivre...)

Plusieurs dispositions du *Code civil du Bas Canada* reproduisent les règles qui figurent déjà au Code Napoléon de 1804, notamment en matière de mariage et de succession. L'influence du droit civil français sur le droit de la famille québécois est donc indéniable. Trois exceptions notoires doivent toutefois être relevées, et ce, dès le premier titre : on refuse d'abord toute forme de laïcisation du mariage. Contrairement au droit français forgé à l'aune des idées révolutionnaires, le droit québécois de la famille restera quant à lui imprégné du droit canon³. Sans doute cette influence religieuse explique-t-elle également la deuxième exception : le *Code civil du Bas Canada* ne reconnaît pas l'institution de l'adoption⁴. D'abord chargés de codifier le droit existant et non de créer de nouvelles règles⁵, les Codificateurs se bornent à constater l'inexistence de l'institution dans la colonie⁶, mais on peut valablement supposer qu'ils répugnent à l'idée de substituer une parenté et une filiation fictive aux liens du sang institués par le Créateur. La troisième exception excède quelque peu le champ d'application du droit de la

(...suite)

matière familiale, voir Jean LECLAIR, « Le Code civil des Français de 1804 : une transaction entre révolution et réaction », (2002) 36 *R.J.T.* 1, 65 et s.

3. Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 1, Montréal, C. Théoret Éditeur, 1895, p. 475 et Jean PINEAU, *La famille. Droit applicable au lendemain de la « Loi 89 »*, Montréal, P.U.M., 1982, n° 10, p. 4.
4. Dominique GOUBAU, « Le droit de la famille au Québec : un exemple de construction juridique par des apports de droit externe », dans H. Patrick GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 245, aux p. 246-248.
5. Cela dit, il est également loisible aux Codificateurs de suggérer l'adoption de nouvelles règles, en rédigeant une proposition d'amendement à cet effet. D'ailleurs, les codificateurs se prévaudront de cette possibilité en droit de la famille dans le but de renforcer la liberté contractuelle, tout en conservant intégralement certaines règles du droit coutumier bas-canadien que le Code Napoléon avaient adoucies. Voir John E.C. BRIERLEY, « Quebec's Codification Viewed and Reviewed », (1968) 14 *R.D. McGill* 521 ; Michel MORIN, « La perception de l'ancien droit et du nouveau droit français au Bas-Canada, 1774-1866 », dans H. Patrick GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 1, aux p. 38-39 ; Sylvio NORMAND, « La codification de 1866 : contexte et impact », dans H. Patrick GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 43 et Brian YOUNG, *The Politics of Codification, The Lower Canadian Civil Code of 1866*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1994.
6. Pour de plus amples explications, voir Carmen LAVALLÉE, *L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption. Regards sur le droit français et le droit québécois*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, n° 32, p. 23 et Dominique GOUBAU et Claire O'NEILL, « L'adoption, l'Église et l'État : les origines tumultueuses d'une institution légale », (1997) 38 *C. de D.* 769.

famille au sens strict, mais son incidence y est indéniable. Fidèle aux dispositions de l'*Acte de Québec de 1774*⁷ qui a introduit dans la Colonie le principe de la liberté illimitée de tester provenant du droit anglais⁸, le *Code civil du Bas Canada* ignore la réserve héréditaire que le droit français prévoit en faveur des descendants du défunt⁹.

Le *Code civil du Bas Canada* aborde l'ensemble des matières familiales, y compris celles qui tomberont un an plus tard sous l'égide du Parlement fédéral. En vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁰, le Parlement fédéral se verra effectivement attribuer le pouvoir exclusif de légiférer sur les conditions de fond du mariage et sur le divorce¹¹. Entrées en vigueur un an avant la Constitution, les dispositions du Code civil traitant de questions désormais soumises à la compétence du législateur fédéral demeureront néanmoins valides après 1867. Il en est ainsi, notamment, des règles relatives à l'âge requis pour contracter mariage¹², à la qualité que doit revêtir le consentement des futurs époux¹³, à leur statut civil¹⁴, à leur état

7. R.-U., 14 Geo. III, c. 83, reproduit dans L.R.C. (1985), app. II, n° 2. En 1801, une loi a été adoptée pour mettre fin aux incertitudes qui résultaient de la rédaction de l'Acte de Québec et, partant, confirmer la liberté illimitée de tester : *Acte pour expliquer et amender la Loi concernant les Testaments et Ordonnances de dernière volonté*, 41 Geo. III, c. 4.
8. À ce sujet, voir André MOREL, *Les limites de la liberté testamentaire dans le droit civil de la province de Québec*, Paris, L.G.D.J., 1960 et Christine MORIN, « La liberté de tester : évolution et révolution dans les représentations de la doctrine québécoise », (2008) 38 *R.D.U.S.* 339.
9. En 1891, le législateur français instituera une certaine réserve héréditaire en faveur du conjoint survivant : Pedro MORAL LOPEZ, « Les droits successoraux du conjoint survivant en droit espagnol et en droit français comparés », (1959) 11 *R.I.D.C.* 34.
10. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.). Avant 1982, cette loi était connue sous l'appellation donnée par le Parlement du Royaume-Uni, soit l'« Acte de l'Amérique du Nord britannique » (A.A.N.B.). Elle fait partie de la « Constitution du Canada » au sens du paragraphe 52(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.).
11. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), art. 91(26). En revanche, les législatures provinciales hériteront de la compétence législative en matière de conditions de célébration du mariage et de droit privé (incluant les effets du mariage) : art. 92(12) et (13).
12. Art. 115 C.c.B.C. : « L'homme, avant quatorze ans révolus, la femme, avant douze ans révolus, ne peuvent contracter mariage ».
13. Art. 116 C.c.B.C. : « Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a pas de consentement ».
14. Art. 118 C.c.B.C. : « On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier ».

physiologique¹⁵ et aux empêchements au mariage¹⁶. Cela étant, toute modification ou abrogation de ces règles sera désormais refusée au législateur provincial, comme le prévoit l'article 129 de la Loi de 1867 :

Sauf toute disposition contraire prescrite par la présente loi, – toutes les lois en force en Canada, dans la Nouvelle-Écosse ou le Nouveau-Brunswick, lors de l'union, [...] continueront d'exister dans les provinces d'Ontario, de Québec, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick respectivement, comme si l'union n'avait pas eu lieu ; mais [elles] pourront, néanmoins [...] être révoqué[e]s, aboli[e]s ou modifié[e]s par le parlement du Canada, ou par la législature de la province respective, conformément à l'autorité du parlement ou de cette législature en vertu de la présente loi.

Bien que le Comité tienne son mandat du ministère de la Justice du Québec et que seules les dispositions qui relèvent aujourd'hui du pouvoir législatif de la province fassent l'objet des recommandations qu'il soumet¹⁷, le présent historique aborde le droit de la famille dans une perspective d'ensemble, sans égard au

15. Art. 117 C.c.B.C.: « L'impuissance naturelle ou accidentelle existant lors du mariage, le rend nul, mais dans le cas seulement où elle est apparente et manifeste [...] ».
16. Art. 124 C.c.B.C. : « En ligne directe, le mariage est prohibé entre les ascendants et les descendants et entre les alliés, soit légitimes, soit naturels » ; art. 125 : « En ligne collatérale, le mariage est prohibé entre le frère et la sœur, légitimes ou naturels, et entre les alliés au même degré, aussi légitimes et naturels ; mais il est permis entre un homme et la sœur de sa femme défunte » ; art. 126 : « Le mariage est aussi prohibé entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu » ; art. 127 : « Les autres empêchements, admis d'après les différentes croyances religieuses, comme résultant de la parenté ou de l'affinité et d'autres causes, restent soumises aux règles suivies jusqu'ici dans les diverses églises et sociétés religieuses. Il en est de même quant au droit de dispenser de ces empêchements, lequel appartiendra tel que ci-devant, à ceux qui en ont joui par le passé ». Au cours des années subséquentes, la jurisprudence restreindra la portée de l'art. 127 à une simple réaffirmation de la coexistence des empêchements prévus par le code et de ceux prévus par les différentes religions, sans que les époux soient tenus de respecter ces derniers : voir Michel MORIN, « De la reconnaissance officielle à la tolérance des religions : l'état civil et les empêchements de mariage de 1628 à nos jours », dans Jean-François GAUDREAU-DESBIENS (dir.), *Le droit, la religion et le « raisonnable »*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 53. Voir également Maximilien CARON, « De la physiologie, de l'évolution et de l'avenir du Code civil », dans Jacques BOUCHER et André MOREL (dir.), *Le droit dans la vie familiale – Livre du centenaire du Code civil*, t. 1, Montréal, P.U.M., 1970, p. 3, à la p. 17.
17. Comme il en sera question dans la troisième partie, le Comité recommande toutefois au gouvernement québécois d'entamer des discussions avec les autorités fédérales afin de récupérer les compétences législatives qui lui échappent en matière familiale.

découpage des compétences législatives prévu dans la Constitution canadienne. L'objectif est de permettre au lecteur de prendre acte des grandes transformations qu'a connues le droit de la famille québécois depuis la première codification, tant dans son volet conjugalité que dans son volet parenté et filiation.

1. La conjugalité

1.1 *Le Code civil du Bas Canada de 1866 et ses suites législatives*

Le *Code civil du Bas Canada* de 1866 témoigne de la conception sociale et religieuse du mariage qui prévaut alors. Sacrement indissoluble, le mariage est principalement voué à perpétuer les familles, voire la « race »¹⁸. Dès lors, l'union matrimoniale ne peut être contractée qu'entre un homme et une femme¹⁹. Seul un célébrant appartenant à la confession religieuse des mariés, en général leur propre curé, peut procéder à sa célébration²⁰. Le divorce judiciaire n'a bien sûr aucune existence légale²¹. Le lien matrimonial peut tou-

18. Ce n'est qu'accessoirement que le mariage cherche à assurer secours et assistance mutuels aux époux, sous la gouverne expresse du mari : Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 1, Montréal, C. Théoret Éditeur, 1895, p. 331.

19. *Stricto sensu*, le *Code civil du Bas Canada* ne contenait pas de disposition prévoyant que le mariage devait être célébré entre deux personnes de sexe différent. C'était une condition sous-entendue, qui participait de l'essence même du mariage. Pineau écrit ainsi : « Cette condition est si essentielle et évidente que le législateur n'a pas cru bon de l'explicitier » : Jean PINEAU, *La famille*, Montréal, P.U.M., 1972, n° 26, p. 23. Lors de la réforme du Code civil de 1980, croyant pouvoir éventuellement récupérer toute compétence en matière de mariage, le législateur québécois précisera toutefois cette condition à l'art. 401 C.c.Q. L'objectif constitutionnel n'ayant pas été atteint, l'article n'est jamais entré en vigueur. La précision sera formellement codifiée sous forme de condition de célébration à l'art. 373 C.c.Q. lors de la réforme de 1994, mais elle disparaîtra en 2002, à la suite de l'entrée en vigueur de la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, c. 6. Sachant fort bien que le sexe des époux demeure une condition de fond du mariage relevant de la compétence du Parlement fédéral (malgré l'étiquette qu'on pourra lui accoler), le législateur québécois a ainsi posé un geste symbolique démontrant son ouverture face à l'avènement du mariage gai (que le Parlement fédéral admettra finalement en 2005 – voir *infra*, p. 455).

20. En vertu de l'art. 127 C.c.B.C., le défaut de respecter cette condition constituait un empêchement dirimant au mariage, lequel prenait sa source dans le droit canon. Voir Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 1, Montréal, C. Théoret Éditeur, 1895, p. 376.

21. Art. 185 C.c.B.C. Sur l'indissolubilité du mariage, voir Benoît LAPLANTE, « L'union de fait comme mariage romain : Rome, l'Église, la France d'Ancien (à suivre...) »

tefois faire l'objet d'un relâchement par l'obtention d'une séparation de corps prononcée par le tribunal sur la base d'une « cause déterminée »²², soit l'adultère, « l'excès, les sévices et injures graves » ou le « refus du mari de recevoir sa femme et de lui fournir les choses nécessaires à la vie »²³. La séparation de corps n'entraîne pas la dissolution du mariage ; elle ne fait que délier les époux de leur devoir de vivre ensemble²⁴. Sous réserve du pouvoir du Parlement fédéral d'adopter une loi privée dissolvant un mariage précis²⁵, seule la mort naturelle d'un époux peut donc provoquer la fin du mariage²⁶.

Plus nombreux qu'aujourd'hui, les effets personnels du mariage traduisent la volonté du législateur d'assujettir les époux aux préceptes du clergé²⁷. Comme c'est toujours le cas, ceux-ci se doivent d'abord fidélité, vie commune, secours et assistance²⁸. Les époux sont également tenus à une obligation alimentaire mutuelle. Contrairement à la situation qui prévaut aujourd'hui, chacun d'eux est en outre tenu de verser des aliments aux parents de l'autre, de même qu'à leurs ascendants au degré subséquent, et réciproquement²⁹. Comme l'écrit Mignault :

Quoique la loi ne parle que des beaux-pères et belles-mères, on admet généralement que chacun des époux doit des aliments, non seulement

(...suite)

régime », (2014) 48 *R.J.T.U.M.* 89 et « L'union de fait comme mariage romain. L'Angleterre avant 1857 et la situation actuelle en Angleterre, en France et au Québec », (2014) 48 *R.J.T.U.M.* 291.

22. Art. 186 C.c.B.C.

23. Art. 187 à 217 C.c.B.C. Jusqu'en 1954, l'adultère de la femme mariée sera puni plus sévèrement que celui du mari : alors que l'époux est autorisé à demander une séparation de corps contre l'épouse adultère en quelque lieu qu'elle l'ait commis, l'épouse n'y sera autorisée que si son mari a tenu sa « concubine » dans la maison commune. Voir art. 187 et 188 C.c.B.C. et *Loi modifiant le Code civil*, S.Q. 1954-55, c. 48.

24. Art. 206-207 C.c.B.C.

25. Marcel GUY, « Un peu d'histoire, beaucoup d'espoir », (1993) 23 *R.D.U.S.* 454, 466.

26. Art. 185 C.c.B.C.

27. Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 1, Montréal, C. Théoret Éditeur, 1895, p. 477.

28. Art. 173 C.c.B.C. Notons que le devoir de fidélité n'était pas précisé en toutes lettres, mais que tous s'entendaient pour y voir un effet inhérent au mariage : Jean PINEAU, *La famille. Droit applicable au lendemain de la "Loi 89"*, Montréal, P.U.M., 1982, n° 106, p. 80. Ce n'est que lors de la réforme de 1980 que le législateur a jugé bon de le codifier formellement : art. 441 al. 2 C.c.Q. (1980) (aujourd'hui l'art. 392 al. 2 C.c.Q.).

29. Art. 167 et 168 C.c.B.C.

aux père et mère de l'autre, mais encore à ses autres ascendants ; et réciproquement, que les aliments sont dus, non seulement par les père et mère au conjoint de leur enfant, mais encore par les autres ascendants au conjoint de leur petit-fils ou de leur arrière-petit-enfant. L'esprit de la loi est d'assimiler, en ce qui touche les aliments, les alliés à titre d'ascendants et de descendants aux ascendants et descendants eux-mêmes.³⁰

Les autres effets personnels du mariage traduisent la dépendance de la femme mariée à l'égard de son mari. Ainsi, l'épouse doit obéissance à son mari et celui-ci lui doit protection³¹. En vertu de la « puissance maritale » dont il est investi, le mari peut utiliser la force publique pour contraindre son épouse à intégrer ou réintégrer le domicile conjugal qu'il aura préalablement établi³². Frappée d'incapacité juridique³³, la femme mariée ne peut ni contracter³⁴, ni ester en justice³⁵ sans l'autorisation de son mari ou du tribunal³⁶. Les rapports entre époux sont donc foncièrement inégalitaires et campés dans deux rôles distincts : d'une part, le mari-pourvoyeur, maître et chef de la famille, et d'autre part, la femme dévouée et mère aimante.

30. Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 1, Montréal, C. Théoret Éditeur, 1895, p. 484.

31. Art. 174 C.c.B.C. Voir également l'art. 1259.

32. Art. 175 C.c.B.C. Voir également l'art. 83 qui précise que la femme n'a pas d'autre domicile légal que celui de son mari. Notons que l'art. 175 C.c.B.C. sera légèrement remanié en 1964, aux termes de la *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*, S.Q. 1964, c. 66.

33. Cette incapacité ne sera levée qu'en 1964. Voir *infra*, p. 441-443.

34. Art. 986 al. 4 et 177 C.c.B.C. L'art. 986 précisait : « Sont incapables de contracter : les mineurs dans les cas et suivant les dispositions contenues dans ce Code ; les interdits ; les femmes mariées, excepté dans les cas spécifiés par la loi ; ceux à qui des dispositions spéciales de la loi défendent de contracter, à raison de leurs relations ensemble, ou de l'objet du contrat ; les personnes aliénées ou souffrant d'une aberration temporaire causée par maladie, accident, ivresse ou autre cause, ou qui, à raison de la faiblesse de leur esprit, sont incapables de donner un consentement valable ; ceux qui sont frappés de dégradation civique ». En 1955, le législateur, « sans doute las de s'entendre blâmer de laisser figurer les femmes mariées, à côté des interdits et des fous, modifia cette disposition pour en sortir la mention des épouses ». Celle-ci sera remplacée par l'art. 986a qui se bornera à affirmer que « la capacité de contracter des femmes mariées, comme leur capacité d'ester en justice, est déterminée par la loi » : *Loi modifiant le Code civil*, S.Q. 1954-55, c. 48, art. 3. Voir Maximilien CARON, « De la physionomie, de l'évolution et de l'avenir du Code civil », dans Jacques BOUCHER et André MOREL (dir.), *Le droit dans la vie familiale – Livre du centenaire du Code civil*, t. 1, Montréal, P.U.M., 1970, p. 3, à la p. 16.

35. Art. 176 C.c.B.C.

36. Art. 180 C.c.B.C.

La perspective inégalitaire du *Code civil du Bas Canada* s'observe également à travers les règles qui régissent les rapports pécuniaires des époux. À l'origine, deux grands régimes matrimoniaux coexistent³⁷ : d'une part, la communauté légale de meubles et acquêts et douaire coutumier³⁸ et, d'autre part, la séparation de biens. Applicable de plein droit aux époux qui se marient sans contrat de mariage³⁹, le premier régime suppose le partage, au moment de la dissolution, d'une masse étendue de biens « communs », principalement composée des biens meubles acquis avant et durant le mariage et des biens immeubles acquis durant le mariage⁴⁰. Chef de la communauté, le mari dispose pendant l'union d'importants pouvoirs d'administration et d'aliénation sur les biens communs, la femme lui étant complètement subordonnée⁴¹. Le second régime, de nature conventionnelle, suppose plutôt la remise en état des époux lors de la dissolution, ceux-ci étant alors appelés à reprendre leurs biens respectifs. Durant le mariage, la femme séparée de biens conserve l'administration de ses biens meubles et immeubles et la libre jouissance de ses revenus⁴², sous certaines réserves tenant à l'incapacité juridique dont elle est l'objet. Elle ne peut toutefois, sans l'autorisation de son mari ou du tribunal, aliéner ses immeubles, ni accepter une donation immobilière⁴³.

Si, au moment de la codification, le régime légal de la communauté de meubles et acquêts semble bien adapté aux besoins de la population, les époux s'en distancieront progressivement dès le début du XX^e siècle en lui préférant la séparation conventionnelle de biens⁴⁴. Généralement assortis de donations entre vifs et à cause de

37. Les dispositions relatives aux régimes matrimoniaux des époux étaient prévues aux art. 1257 à 1471 C.c.B.C. Voir Roger COMTOIS, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, Montréal, Le recueil de droit et de jurisprudence, 1964.

38. Art. 1260 et 1426 et s. C.c.B.C. Voir Mireille D. CASTELLI, « Le douaire en droit coutumier ou la déviation d'une institution », (1979) 20 *C. de D.* 315.

39. Art. 1260 C.c.B.C.

40. Art. 1272 C.c.B.C.

41. Art. 1292 C.c.B.C. Et également sur les biens propres de la femme : art. 1298 C.c.B.C. Les pouvoirs du mari seront amoindris au cours des décennies suivantes. Sur le sujet, voir Albert MAYRAND, « Égalité en droit familial québécois », (1985) 19 *R.J.T.* 249, 254 et 262.

42. Art. 1422 à 1425 C.c.B.C. Voir Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 1, Montréal, C. Théoret Éditeur, 1895, p. 510 et 511.

43. Art. 1422 al. 2 et 1424 C.c.B.C.

44. En 1902, Mignault écrit : « [Le régime de la communauté de biens] commence à tomber en défaveur ; on lui préfère celui de la séparation de biens, qui laisse à (à suivre...)

mort⁴⁵, les contrats de mariage par lesquels ils se soumettront à la séparation de biens seront considérés comme des pactes de famille immuables⁴⁶ dont ils ne pourront plus modifier le contenu après la célébration de leur mariage⁴⁷. Cette immutabilité témoigne de la profonde méfiance qu'entretient alors le législateur à l'égard des arrangements dont voudraient convenir les époux. Une méfiance qui s'observe également à travers l'interdiction qui leur est faite de conclure entre eux des contrats de vente et de donation, sous peine de nullité absolue⁴⁸.

Quel que soit le régime matrimonial applicable au couple, le mari demeure en tout temps et en tout lieu le « chef de la famille ». À ce titre, il lui revient d'en assurer la direction morale et matérielle, à l'exclusion de la femme. Celle-ci est toutefois admise à le représenter

(... suite)

chaque époux l'administration de ses biens et prévient des procès et des contestations regrettables. La présomption légale que les parties qui ne s'en expliquent pas ont choisi la communauté est donc moins conforme qu'autrefois à la réalité des faits, mais le législateur n'a pas cru devoir innover à une législation séculaire » : Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 6, Montréal, C. Thémis Éditeur, 1902, p. 135. Sur la question, voir également Alain ROY, *Le contrat de mariage réinventé. Perspectives socio-juridiques pour une réforme*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 58.

45. Avant leur mariage, les futurs époux peuvent en effet convenir de diverses conventions matrimoniales par contrat de mariage, dont des donations entre vifs et à cause de mort, dans le respect de l'ordre public et des bonnes mœurs : art. 1257-1258 et 757-758 C.c.B.C. Certains couples stipulent une institution contractuelle, aussi désignée sous l'appellation de « clause au dernier vivant les biens », par laquelle ils conviennent de se léguer mutuellement l'universalité de leurs biens. Sur les conditions applicables aux donations par contrat de mariage, voir Alain ROY, *Le contrat de mariage réinventé. Perspectives socio-juridiques pour une réforme*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 66-79.
46. Art. 1265 C.c.B.C.
47. Alain ROY, *Le contrat de mariage réinventé. Perspectives socio-juridiques pour une réforme*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 69, 95-106.
48. C.c.B.C., art. 1265 al. 2 (donations) et 1483 (vente). L'article 1301 C.c.B.C. interdisait pour sa part à la femme de s'obliger avec ou pour son mari, autrement qu'en qualité de commune. La règle sera précisée en 1904 aux termes de la *Loi amendant l'article 1301 du Code civil, relativement à la capacité juridique de la femme mariée de faire certains contrats*, S.Q. 1904, c. 42 : « L'article 1301 C.c.Q. ne s'est jamais appliqué aux achats, ventes ou échanges d'immeubles ni aux baux emphytéotiques faits par les femmes mariées ». Toutes les prohibitions légales de contracter seront levées le 1^{er} juillet 1970, aux termes de la *Loi concernant les régimes matrimoniaux*, L.Q. 1969, c. 77. Sur ces règles (et les controverses jurisprudentielles et doctrinales en découlant), voir Louis MARCEAU, *De l'admissibilité des contrats entre époux dans le droit privé de la province de Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1960 et Alain ROY, *Le contrat de mariage réinventé. Perspectives socio-juridiques pour une réforme*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 106-125.

auprès des tiers pour les besoins courants du ménage et l'entretien des enfants, suivant ce qu'il est convenu d'appeler le « mandat domestique »⁴⁹.

En 1915, une première modification d'envergure est apportée au droit de la famille par le législateur québécois. Aux termes de la « Loi Pérodeau », le conjoint devient héritier régulier en se voyant accorder le droit de concourir à la succession du défunt avec les proches parents de ce dernier⁵⁰. Alors qu'il ne pouvait autrefois hériter qu'à défaut de successibles jusqu'au douzième degré⁵¹, il pourra dorénavant toucher la totalité de la succession du défunt dans la mesure où celui-ci meurt « sans postérité et sans père ou mère vivants ou sans parents collatéraux jusqu'aux neveux et nièces au premier degré inclusivement »⁵². En présence de telle postérité ou de tels ascendants ou collatéraux privilégiés, le conjoint héritera d'une part de la succession⁵³, sans toutefois pouvoir cumuler les droits successoraux ainsi établis et les droits lui résultant de son régime matrimonial, le cas échéant⁵⁴.

En 1931, au terme des travaux de la Commission Dorion sur les droits civils de la femme⁵⁵, le législateur améliore quelque peu la

49. D'abord dégagé par la jurisprudence (mandat tacite), ce mandat sera codifié à l'art. 180 C.c.B.C. en 1964, aux termes de l'art. 1 de la *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*, S.Q. 1964, c. 66. Lors de la réforme de 1980, le mandat sera bilatéralisé à l'art. 447 C.c.Q. (1980) (aujourd'hui l'art. 398 C.c.Q.).

50. Art. 598, 606-607 et 636 C.c.B.C., tels qu'introduits par la *Loi amendant le Code civil relativement aux successions*, S.Q. 1915, c. 74. Sur cette loi, voir Christine MORIN, *L'émergence des limites à la liberté de tester en droit québécois. Étude socio-juridique de la production du droit*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 97-104.

51. La femme mariée était ainsi préférée au... Souverain. Voir art. 598, 606-607, 614, 625-626, 628, 630-631 et 634 à 638 C.c.B.C. (tels qu'ils existaient avant la Loi « Pérodeau »). Voir Germain BRIÈRE, *Les successions*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1994, n° 22, p. 27.

52. Art. 624a C.c.B.C., tel qu'introduit par la *Loi amendant le Code civil relativement aux successions*, S.Q. 1915, c. 74.

53. Le tiers ou la moitié, selon les circonstances : art. 624b et 624c C.c.B.C., tels qu'introduits par la *Loi amendant le Code civil relativement aux successions*, S.Q. 1915, c. 74.

54. Art. 624c C.c.B.C., tel qu'introduit par la *Loi amendant le Code civil relativement aux successions*, S.Q. 1915, c. 74. Cette disposition interdisant le cumul des droits successoraux et matrimoniaux sera abrogée en 1989 aux termes de la *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L.Q. 1989, c. 55.

55. Voir Christine MORIN, *L'émergence des limites à la liberté de tester en droit québécois. Étude socio-juridique de la production du droit*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 169 à 184.

situation juridique de la femme mariée en lui accordant une mince part d'autonomie dans la gestion de ses actifs⁵⁶. Celle-ci pourra dorénavant administrer et, à certaines conditions, aliéner seule ses biens dits « réservés », soit le produit de son travail personnel, les économies en provenant et les meubles ou immeubles acquis en emploi de ces sommes.

1.2 La Révolution tranquille

Au début des années 1960, sous l'impulsion des vents de changement soufflés par la Révolution tranquille, l'équilibre sur lequel repose depuis toujours le droit de la famille québécois est sérieusement remis en question⁵⁷. Plusieurs transformations juridiques d'importance en témoignent, tant en droit privé qu'en droit social. Ainsi, en 1964, la femme mariée obtient sa pleine émancipation juridique suivant la *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*⁵⁸.

56. *Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile, relativement aux droits civils de la femme*, S.Q. 1930-1931, c. 101, introduisant les art. 1425a à 1425i C.c.B.C.

57. Voir Jean-Louis BAUDOIN, « La famille face à un code moderne », dans Jacques BOUCHER et André MOREL (dir.), *Le droit dans la vie familiale – Livre du centenaire du Code civil*, t. 1, Montréal, P.U.M., 1970, p. 49, aux p. 50-52. Dans le même ouvrage, voir également le texte du sociologue Marc-Adélar TREMBLAY, « Le rajeunissement du Code civil : une entreprise multidisciplinaire », à la p. 67.

58. *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*, S.Q. 1964, c. 66. Cette loi a entraîné l'abrogation du devoir d'obéissance de la femme à l'égard de son mari, ainsi que l'élimination ou l'assouplissement d'autres dispositions accessoires. Voir Marcel GUY, « De l'accession de la femme au gouvernement de la famille », dans Jacques BOUCHER et André MOREL (dir.), *Le droit dans la vie familiale – Livre du centenaire du Code civil (1)*, Montréal, P.U.M., 1970, p. 199, à la p. 205. Paradoxalement, toutefois, certaines règles inégalitaires sont demeurées au Code ou y ont été ajoutées. Notons, par exemple, le pouvoir du mari de choisir seul la résidence familiale (art. 175 C.c.B.C.), la nécessité pour la femme d'obtenir l'autorisation de son mari pour accepter une succession (art. 643 C.c.B.C.), pour consentir ou recevoir une donation entre vifs (art. 763 al. 4 C.c.B.C.) ou pour accepter une charge d'exécuteur testamentaire (art. 906 C.c.B.C.). Ces règles ne seront abrogées que le 1^{er} juillet 1970, aux termes de la *Loi concernant les régimes matrimoniaux*, L.Q. 1969, c. 77. Notons également la conservation de la coutume permettant à la femme mariée de prendre le nom de son époux, coutume qui ne disparaîtra qu'en 1980, avec la réforme du droit de la famille (voir *infra*, p. 445-446). Notons enfin l'adoption, en 1964 (c'est-à-dire aux termes mêmes de la *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*), d'une règle obligeant le mari à fournir à sa femme tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie selon ses facultés et son état (art. 164 C.c.B.C.), de même que l'établissement d'un mandat légal au profit de la femme pour les besoins courants du ménage et l'entretien des enfants (art. 180 C.c.B.C.). Ces règles ne seront abrogées (ou plutôt bilatéralisées) qu'en 1980, aux termes de la *Loi insti-*
(à suivre...)

Sous réserve des limites prévues à son régime matrimonial⁵⁹, elle pourra désormais, « sans autorisation, passer tous les actes de la vie juridique »⁶⁰. Une première loi à caractère social reconnaissant des avantages sociaux aux « concubins » voit par ailleurs le jour en 1965⁶¹ et les premiers mariages civils sont célébrés quelques années plus tard⁶². Outre les ministres du culte des religions reconnues⁶³, les protonotaires et les protonotaires adjoints pourront dorénavant agir à titre d'officiers célébrants, l'institution matrimoniale reconnue par la loi n'étant plus nécessairement liée au sacrement religieux.

En 1967, le Parlement fédéral sanctionne la *Loi concernant le divorce*⁶⁴ qui permet aux époux d'obtenir un jugement de divorce, principalement pour cause d'adultère, de cruauté ou d'abandon⁶⁵. Cette loi marque une véritable rupture juridique et sociale avec le droit antérieur qui postulait jusqu'alors l'indissolubilité du

(...suite)

tuant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille, L.Q. 1980, c. 39. Sur le sujet, voir Jean PINEAU, *La famille*, Montréal, P.U.M., 1972, nos 192 et 200, p. 176 et 181.

59. Voir Jean PINEAU, *La famille*, Montréal, P.U.M., 1972, nos 194-195, p. 177-178. Notons que le régime de la communauté de biens, bien que toujours soumis à la primauté du mari, a fait l'objet de réaménagements concomitants. En somme, le législateur a multiplié les cas où le mari se voit imposer l'obligation d'obtenir le concours de son épouse pour disposer des biens communs. Il a également accru les pouvoirs de la femme sur ses biens réservés : art. 1292 et 1425a C.c.B.C. (1964). Des modifications ont aussi permis à la femme d'administrer seule ses biens personnels : art. 1297 C.c.B.C. (1964). Le législateur est en outre intervenu pour accorder les pleins pouvoirs à la femme séparée de biens : art. 1422 C.c.B.C. (1964). Voir Germain BRIÈRE, « L'épouse et l'administration de ses biens », dans Jacques BOUCHER et André MOREL (dir.), *Le droit dans la vie familiale – Livre du centenaire du Code civil*, t. 1, Montréal, P.U.M., 1970, p. 215, aux p. 219-221.

60. Art. 177 C.c.B.C. (1964).

61. *Loi sur le régime des rentes du Québec*, S.Q. 1965, c. 24, art. 105. On reconnaît alors, moyennant certaines conditions, à une veuve non mariée le droit de recevoir une rente viagère à la suite du décès de son conjoint avec lequel elle faisait vie commune depuis au moins sept ans. À ce sujet, voir Brigitte LEFEBVRE, « L'évolution de la notion de conjoint de fait en droit québécois », dans Pierre-Claude LAFOND et Brigitte LEFEBVRE (dir.), *L'union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21^e siècle*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 12.

62. Plus précisément en avril 1969 : *Loi concernant le mariage civil*, S.Q. 1968, c. 82.

63. Art. 129 et 44 C.c.B.C.

64. *Loi concernant le divorce*, S.C. 1967-68, ch. 24.

65. *Loi concernant le divorce*, S.C. 1967-68, ch. 24, art. 3. La loi, axée sur une logique de « divorce-sanction », admettait au total 14 motifs de divorce.

mariage⁶⁶. Elle innove également en consacrant le droit d'ex-époux, pourtant déliés de tout lien juridique, de se réclamer mutuellement une pension alimentaire⁶⁷. Ce droit connaît toutefois différentes limites, auxquelles participent notamment les agissements fautifs de l'ex-époux. Ainsi, le tribunal pourra-t-il tenir compte de la conduite des parties pendant le mariage pour disposer de leurs droits alimentaires au moment du divorce⁶⁸.

L'entrée en vigueur du nouveau régime matrimonial de la société d'acquêts le 1^{er} juillet 1970 vient ajouter à l'effervescence législative de l'époque⁶⁹. Remplaçant la communauté de meubles et d'acquêts à titre de régime légal supplétif⁷⁰, le nouveau régime à caractère participatif consacre un tournant dans l'affirmation du caractère égalitaire des rapports pécuniaires entre époux⁷¹ : durant le mariage, chacun d'eux demeure libre d'administrer et de disposer de ses biens, propres ou acquêts⁷², mais il est tenu, au moment de la dissolution, de partager ses biens acquêts⁷³. Le législateur profite également de la réforme des régimes matrimoniaux pour reconnaître aux époux le droit de modifier sous contrôle judiciaire leurs conventions matrimoniales après la célébration de leur mariage⁷⁴,

66. *Loi modifiant le Code civil*, S.Q. 1969, c. 74, art. 5. L'ancien art. 185 C.c.B.C. prescrivait l'indissolubilité du mariage, qui ne pouvait se dissoudre que par la mort naturelle (par opposition à la mort civile) de l'un des conjoints.

67. *Loi concernant le divorce*, S.C. 1967-68, ch. 24, art. 10-12.

68. *Loi concernant le divorce*, S.C. 1967-68, ch. 24, art. 11.

69. *Loi concernant les régimes matrimoniaux*, L.Q. 1969, c. 77, introduisant les art. 1266c à 1267d C.c.B.C.

70. Alors délaissé par 70 % des couples, ce régime devient le 1^{er} juillet 1970 un simple régime conventionnel auquel les époux peuvent adhérer, mais à condition de le prévoir dans leur contrat de mariage. Voir Alain ROY, *Le contrat de mariage réinventé. Perspectives socio-juridiques pour une réforme*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 58-65.

71. « C'est un régime qui, tout à la fois [respecte] l'autonomie, l'égalité et l'indépendance des deux époux [...] » : QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission de l'administration de la justice*, 4^e sess., 28^e légis., 1969, « Bill 10 – Régimes matrimoniaux », Québec, Notes explicatives, n^o 8.

72. Toutefois, l'époux qui entend aliéner un bien acquêt à titre gratuit doit obtenir l'accord de l'autre : art. 1266o C.c.B.C. (aujourd'hui l'art. 462 C.c.Q.).

73. Art. 1267b C.c.B.C. (aujourd'hui l'art. 481 C.c.Q.). Pour l'essentiel, les biens acquêts sont composés des actifs accumulés ou acquis durant le mariage. Pour une définition complète, voir CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, *Dictionnaire de droit privé de la famille et lexiques bilingues*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 2-3.

74. Art. 1265 C.c.B.C. (1970), tel que modifié par la *Loi concernant les régimes matrimoniaux*, L.Q. 1969, c. 77, art. 27. Lors de la réforme de 1980, le législateur éliminera toutes les formalités judiciaires, le changement de régime pouvait dès (à suivre...)

portant ainsi atteinte au principe d'immutabilité des conventions matrimoniales qui prévalait jusqu'alors⁷⁵. Dans la même mouvance, le législateur lèvera l'ensemble des prohibitions légales de contracter auxquelles les époux sont assujettis depuis la codification⁷⁶.

1.3 La réforme du droit de la famille de 1980

Aussi fondamentales soient-elles, les modifications ponctuelles dont le droit de la famille fait l'objet durant les années 1960 et 1970 ne suffisent pas. Au tournant des années 1980, le besoin d'une réforme d'ensemble devient on ne peut plus évident. L'Office de révision du Code civil travaille d'ailleurs à la réforme du *Code civil du Bas Canada* depuis le milieu des années 1950⁷⁷. Et c'est en droit de la famille que les travaux de l'Office seront d'abord mis à profit. L'adoption d'une première tranche du *Code civil du Québec* en 1980 permettra au législateur de faire entrer le droit de la famille dans la modernité⁷⁸.

Sacralisée cinq ans plus tôt par la *Charte des droits et libertés de la personne*⁷⁹, l'égalité des époux constitue le nouveau paradigme

(suite...)

lors s'effectuer aux termes d'un contrat de mariage, sans plus : art. 470 C.c.Q. (1980) (aujourd'hui l'art. 438 C.c.Q.). Sur le passage de l'immutabilité à la mutabilité, voir Alain ROY, *Le contrat de mariage réinventé. Perspectives socio-juridiques pour une réforme*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 96-106.

75. Art. 1265 et s. C.c.B.C.

76. *Loi concernant les régimes matrimoniaux*, L.Q. 1969, c. 77, art. 27. Voir *supra*, p. 439-440.

77. *Loi concernant la révision du Code civil*, S.Q. 1955, c. 47. En effet, « [e]n 1955, le gouvernement du Québec entreprend la réforme du Code civil en adoptant la *Loi concernant la révision du Code civil*. Pour mener à bien ce projet, il crée alors l'Office de révision du Code civil. Il met également en place différents comités chargés de proposer des réformes dans certains secteurs du droit civil. Le fruit des travaux de l'Office et des comités est soumis à la consultation avant d'être intégré dans un rapport déposé à l'Assemblée nationale du Québec, en 1978, sous la forme d'un projet de Code civil commenté ». GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Bref historique de la réforme du Code civil*, Québec, ministère de la Justice du Québec, en ligne : <<http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/ministere/dossiers/code/code.htm>> (site consulté le 7 janvier 2015).

78. *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39. La loi a été sanctionnée le 19 décembre 1980 et mise en vigueur en deux étapes, soit le 2 avril 1981 et le 1^{er} décembre 1982. Voir Marcel GUY, « Un peu d'histoire, beaucoup d'espoir », (1993) 23 *R.D.U.S.* 454, 470 et s.

79. L.Q. 1975, c. 6, art. 47.

du droit réformé⁸⁰. Consacrée au chapitre des droits et devoirs des époux, de portée impérative, la norme égalitaire est élevée au rang de valeur sociale et juridique, toutes les dispositions du droit de la famille devant désormais y faire écho. Les époux se voient donc reconnaître les mêmes droits et les mêmes obligations⁸¹ ; ils doivent assurer ensemble la direction morale et matérielle de la famille⁸² et sont tenus solidairement responsables des dettes contractées par l'un ou l'autre pour les besoins courants du ménage⁸³. Par ailleurs, l'établissement de la résidence familiale ne relève plus du mari exclusivement ; il revient maintenant aux deux époux de la choisir « de concert »⁸⁴. Enfin, la femme mariée ne prend plus le nom de son mari ; conservant sa personnalité propre en mariage comme hors mariage, la femme gardera dorénavant son nom de naissance après le mariage⁸⁵.

Transparaît également du nouveau Code civil le souci du législateur d'assurer une certaine équité entre les époux, tant durant le mariage qu'au jour de la dissolution. Sont ainsi aménagées différentes mesures visant à assurer la protection de la résidence familiale et

80. Benoît MOORE, « Culture et droit de la famille : de l'institution à l'autonomie individuelle », (2009) 54 *R.D. McGill* 257 et Marie PRATTE, « La situation juridique de la famille de 2020 », dans Gilles PRONOVOST, Chantale DUMONT et Isabelle BITAUDEAU (dir.), *La famille à l'horizon de 2020*, Trois-Rivières, P.U.Q., 2008, p. 401, à la p. 403.

81. Art. 441 C.c.Q. (1980) (aujourd'hui à l'art. 392 C.c.Q.).

82. Art. 443 C.c.Q. (1980) (aujourd'hui l'art. 394 C.c.Q.). Aucun d'eux n'ayant préséance sur l'autre, tout différend sera soumis à l'arbitrage du tribunal : art. 448 C.c.Q. (1980) (aujourd'hui l'art. 400 C.c.Q.). Par ailleurs, chacun d'eux pourra donner à l'autre mandat de le représenter auprès des tiers, le mandat étant présumé lorsqu'un époux est dans l'impossibilité de manifester sa volonté pour quelque cause que ce soit ou ne peut le faire en temps utile : art. 447 C.c.Q. (1980) (aujourd'hui l'art. 398 C.c.Q.).

83. Art. 446 C.c.Q. (1980) (aujourd'hui l'art. 397 C.c.Q.).

84. Art. 444 C.c.Q. (1980) (aujourd'hui l'art. 395 C.c.Q.).

85. Art. 442 C.c.Q. (1980) (aujourd'hui l'art. 393 C.c.Q.). En vertu d'une coutume bien établie (consacrée par l'ancien art. 56a C.c.B.C. introduit en 1951), la femme mariée avant la réforme de 1980 avait effectivement la possibilité de prendre le nom de son mari. L'art. 79 de la *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille* (L.Q. 1980, c. 89) a abrogé cette coutume, tout en permettant aux femmes mariées avant le 2 avril 1981 de continuer à utiliser le nom de leur mari. Denyse Fortin explique ainsi l'ancienne coutume : « [l]e mari étant le chef de la famille dans laquelle la femme entrait par son mariage et exerçant l'autorité parentale sur celle-ci, il allait de soi que la femme mariée prenne le nom de son mari » : Denyse FORTIN, *Évolution du droit de la famille : filiation, rapports personnels et rapports patrimoniaux entre conjoints*, dans Chambre des Notaires du Québec, *Le manuel du notaire*, Partie I, Traité – Formulaire, Montréal, 1975, p. 19, à la p. 99.

des meubles du ménage, sans égard au régime matrimonial des époux. Désormais, l'époux qui en est le propriétaire ou le locataire – généralement le mari – doit obtenir le concours de l'autre pour en disposer. Les nouvelles règles permettent également au tribunal d'attribuer au moment de la rupture certains droits dans la résidence familiale ou dans les meubles du ménage à l'époux qui n'en est pourtant pas le propriétaire ou le locataire⁸⁶. En outre, le législateur met en place un nouveau droit à la « prestation compensatoire »⁸⁷. Dorénavant, les tribunaux disposeront d'un instrument d'équité susceptible 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 »⁸⁸. Essentiellement, la prestation compensatoire doit permettre à la femme demeurée à la maison durant la vie commune d'obtenir sa juste part dans les actifs de son mari, en dépit du régime de la séparation de biens auquel elle aura pu souscrire au moment de son mariage ou postérieurement. D'ailleurs, les époux sont désormais tenus de contribuer aux charges du mariage à proportion de leurs facultés respectives peu importe leur régime matrimonial⁸⁹, l'un d'eux pouvant toutefois s'acquitter de sa contribution par son activité au foyer⁹⁰.

C'est également lors de la réforme du droit de la famille de 1980 que la conjugalité hors mariage entre dans la licéité. Une entrée tout en douceur provoquée par l'abrogation des dispositions de l'article 768 C.c.B.C. qui prohibait jusqu'alors les donations entre

86. Art. 449 à 462 C.c.Q. (1980) (aujourd'hui les art. 401 à 413 C.c.Q.).

87. Art. 459, 533 et 559 C.c.Q. (1980) et art. 735.1 C.p.c. (aujourd'hui à l'art. 427 C.c.Q.). Notons que les dispositions relatives à la prestation compensatoire subiront d'importantes modifications en 1989, aux termes de la *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L.Q. 1989, c. 55.

88. Art. 459, 533 et 559 C.c.Q. (1980) et art. 735.1 C.p.c. (aujourd'hui l'art. 427 C.c.Q.).

89. Avant la réforme de 1980, la contribution aux charges du mariage n'était pas véritablement un effet du mariage, mais une simple règle gouvernée par le régime matrimonial des époux : art. 1266q C.c.B.C. (société d'acquêts), art. 1438 (séparation de biens) et art. 1425h (communauté de biens). La règle de l'art. 176 C.c.B.C. introduite en 1964 aux termes de la *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée* (S.Q. 1964, c. 66) (auparavant l'art. 175) interférait toutefois avec les dispositions du régime matrimonial en ce qu'elle obligeait le mari à fournir à sa femme tout ce qui était nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état. Voir sur le sujet Jean PINEAU et Danielle BURMAN, *Effets du mariage et régimes matrimoniaux*, Montréal, Éditions Thémis, 1984, p. 42-43.

90. Art. 445 C.c.Q. (1980) (aujourd'hui l'art. 396 C.c.Q.).

« concubins »⁹¹. En éliminant cette dernière limite à la liberté contractuelle des conjoints de fait, le législateur leur confère implicitement le bénéfice d'en appeler au droit pour encadrer leur relation⁹². Désormais, toutes les conventions dont ils pourront convenir seront jugées valides et exécutoires devant les tribunaux, sans que l'on puisse y voir une atteinte directe ou indirecte à l'ordre public et aux bonnes mœurs⁹³. Au nom de la liberté contractuelle et de l'autonomie de la volonté, le législateur se refuse toutefois à assortir leurs rapports mutuels de quelques effets juridiques que ce soit⁹⁴.

1.4 Les années 1980

Amorcé en 1965 aux termes de la *Loi sur le régime des rentes du Québec*⁹⁵, le mouvement d'assimilation des conjoints de fait aux époux dans les lois à caractère social et fiscal s'accélère dans les années 1980, tant au niveau provincial que fédéral. Les conjoints de fait pourront bientôt prétendre à l'ensemble des avantages sociaux auxquels les époux ont traditionnellement accès ; incidemment, ils seront assujettis aux mêmes obligations fiscales⁹⁶. Accessoirement, certaines dispositions du Code civil, dont la vocation n'est pas d'instituer des obligations entre les conjoints mais de leur procurer un statut à l'égard des tiers, seront également étendues aux conjoints de fait. Tel est précisément le cas de la règle permettant au conjoint du locataire d'être maintenu dans les lieux loués à

91. *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39, art. 35. Évidemment, l'institution du principe d'égalité entre les enfants (consacré à l'art. 594 C.c.Q., aujourd'hui l'art. 522 C.c.Q.) – voir *infra*, p. 444-447 – consolidait également l'élévation juridique de l'union de fait. Voir Alain ROY, « 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 », (2012) 1 *C.P. du N.* 235.

92. D'aucuns ont vu dans l'abrogation de l'art. 768 C.c.B.C. une manifestation du droit à l'égalité garanti par la Charte québécoise des droits et libertés adoptée quelques années plus tôt : André COSSETTE, « Le concubinage au Québec », (1985) 88 *R. du N.* 43.

93. Soulignons toutefois que l'art. 768 C.c.B.C. faisait déjà, depuis quelques années, l'objet d'une interprétation restrictive de la part des tribunaux. Voir Michel LÉGARÉ, « Libérations des donations entre vifs entre concubins », (1977) 79 *R. du N.* 278.

94. Alain ROY, « 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 », (2012) 1 *C.P. du N.* 235.

95. S.Q. 1965, c. 24, art. 105.

96. Voir Alain ROY, « 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 », (2012) 1 *C.P. du N.* 235.

la suite d'une séparation ou d'un décès⁹⁷, de même que celle autorisant la personne qui est copropriétaire d'un immeuble avec son conjoint à reprendre possession d'un logement qui s'y trouve⁹⁸.

En 1985, le Parlement fédéral remplace la *Loi concernant le divorce* de 1968⁹⁹ par une loi plus libérale et plus progressive, l'actuelle *Loi sur le divorce*¹⁰⁰. La nouvelle loi tempère la perspective accusatrice sur laquelle reposait l'ancienne. Dorénavant, un divorce pourra être prononcé non seulement en raison d'un adultère et d'un acte de cruauté, mais il pourra également être obtenu à la requête conjointe des deux époux ayant vécu séparément pour une période d'au moins une année¹⁰¹. Le cas échéant, la faute de l'époux responsable de l'échec du mariage n'aura plus d'incidence sur son droit à la pension alimentaire, de même que sur l'attribution de la garde des enfants¹⁰².

En 1989, le législateur québécois consolide les mesures législatives visant à garantir la protection économique du conjoint vulnérable par l'adoption de la loi instituant le « patrimoine familial »¹⁰³.

97. En fait, cette disposition a été introduite dans le C.c.B.C. en 1979, aux termes de la *Loi instituant la Régie du logement et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1979, c. 48. La disposition se trouvait alors aux art. 1657.2 et 1657.3 C.c.B.C., aujourd'hui l'art. 1938 C.c.Q. Sur le sujet, voir André COSSETTE, « Le concubinage au Québec », (1985) 88 R. du N. 42, 49.

98. Art. 1659(1^o) C.c.B.C. Cette disposition a été introduite dans le C.c.B.C. en 1987, aux termes de la *Loi modifiant la Loi sur la Régie du logement et le Code civil*, L.Q. 1987, c. 77 (aujourd'hui l'art. 1958 C.c.Q.). Pour une revue exhaustive des dispositions du Code civil étendues aux conjoints de fait, voir Alain ROY, « 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 », (2012) 1 C.P. du N. 235.

99. *Loi concernant le divorce*, S.C. 1967-68, ch. 24.

100. *Loi sur le divorce*, art. 8(2)a).

101. En somme, le divorce ne connaît qu'une seule cause, soit « l'échec du mariage », qui se prouve ou s'établit par l'adultère, la cruauté physique ou mentale ou la séparation de fait des époux. Cette séparation doit avoir existé au moment de l'introduction de l'action et doit s'être poursuivie pendant au moins un an au moment du prononcé du jugement de divorce : *Loi sur le divorce*, art. 8(2)a).

102. *Loi sur le divorce*, art. 15.2(5) et 16(9).

103. *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L.Q. 1989, c. 55. Accessoirement, le législateur intervient également pour introduire au *Code civil du Bas-Canada* des règles permettant, à certaines conditions, la survie de l'obligation alimentaire dont bénéficient les conjoints et les ex-conjoints (et autres créanciers) : art. 607.1 à 607.11 C.c.B.C. (aujourd'hui les art. 684 à 695 C.c.Q.). Ainsi, écrit Marie Pratte, « [l]e Code civil force en effet la succession à remédier au manque de solidarité du testateur, lorsque ce dernier a négligé d'aider financièrement (à suivre...)

Cette loi entend cristalliser l'égalité économique des époux que la prestation compensatoire introduite neuf ans plus tôt n'aura pas permis d'assurer¹⁰⁴. Contre toute attente, la Cour d'appel a en effet refusé de voir dans le travail domestique un apport susceptible d'indemnisation. Selon la Cour, accorder à l'épouse séparée de biens une prestation en compensation du travail accompli au foyer constituerait une forme déguisée de partage, au mépris de la liberté conventionnelle¹⁰⁵ :

Dire que la prestation compensatoire a pour effet de faire renaître le droit au partage, c'est prononcer l'abolition du principe de la liberté des conventions, c'est instituer *a posteriori* la société d'acquêts comme régime légal obligatoire. Si le législateur avait voulu qu'il en soit ainsi, il lui incombait de le dire et non pas qu'on le lui fasse dire.¹⁰⁶

Par l'adoption du patrimoine familial, le législateur répond donc clairement au message lancé par le tribunal¹⁰⁷. Quelle que soit la date de leur mariage et peu importe leur régime matrimonial ou leur contrat de mariage, les époux seront désormais tenus de partager au jour de la rupture, en valeur et en parts égales, un certain nombre de biens à caractère familial, soit les résidences de la famille, les meubles ornant ou garnissant ces résidences, les véhicules servant au déplacement de la famille, les droits accumulés durant le mariage au titre d'un régime de retraite et les gains inscrits durant le mariage aux termes du régime des rentes du Québec¹⁰⁸.

Au tournant des années 1990, le Parlement fédéral se prévaut de sa compétence législative en matière de mariage pour déterminer les empêchements résultant des liens de parenté ou de consanguini-

(...suite)

certain membres de sa famille dans le besoin » : Marie PRATTE, « La situation juridique de la famille de 2020 », dans Gilles PRONOVOST, Chantale DUMONT et Isabelle BITAUDEAU (dir.), *La famille à l'horizon de 2020*, Trois-Rivières, P.U.Q., 2008, p. 401, à la p. 408. Voir aussi Nicole ROY, « L'autorité parentale et l'obligation alimentaire des parents envers leur enfant : deux institutions proposant une conception de l'intérêt de l'enfant et de la famille », (2001) 61 *R. du B.* 51, 157-158.

104. Alain ROY, « Le contrat de mariage en droit québécois : un destin marqué du sceau du paradoxe », (2006) 51 *R.D. McGill* 665, 671 et 672 et Marcel GUY, « Un peu d'histoire, beaucoup d'espoir », (1993) 23 *R.D.U.S.* 454, 484 et s.

105. *Droit de la famille - 67*, [1985] C.A. 135, 145.

106. *Ibid.*, p. 144-145.

107. Nicholas KASIRER, « Testing the Origins of the Family Patrimony in Every Day Law », (1995) 36 *C. de D.* 795, 820.

108. Art. 462.1 à 462.17 C.c.Q. (1989) (aujourd'hui les art. 415 à 426 C.c.Q.). Voir aussi Jean PINEAU et Marie PRATTE, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 199 et s.

nité entre époux¹⁰⁹. Jusqu'alors valides en vertu de l'article 129 de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹¹⁰, les règles prévues à ce sujet au *Code civil du Bas Canada* de 1866 deviennent dès lors caduques¹¹¹. Depuis, l'existence d'un lien de parenté ou d'alliance entre les époux ne peut faire échec à leur mariage et entraîner sa nullité, sauf s'ils sont parents en ligne directe (par consanguinité ou par adoption) ou s'il s'agit du frère et de la sœur ou du demi-frère et de la demi-sœur¹¹².

1.5 La réforme du Code civil de 1994

La réforme du Code civil de 1994 procure au législateur l'occasion d'apporter certains ajustements plus au moins accessoires au droit de la famille, notamment au chapitre des conditions du mariage¹¹³. À l'avenir, écrit Monique Ouellette, seules des « conditions de célébration » seront posées. De façon peut-être habile mais néanmoins évidente, ajoute la professeure, le législateur québécois cherche manifestement à évacuer le problème constitutionnel¹¹⁴.

109. *Loi sur le mariage (degrés prohibés)*, L.C. 1990, ch. 46. Notons que le Parlement fédéral était déjà intervenu en 1882 et en 1890 (interventions recensées dans la *Loi concernant le mariage*, S.R.C. 1970, ch. M-5) pour valider certains mariages entre alliés au sujet desquels on pouvait entretenir certains doutes en raison des termes de l'art. 125 C.c.B.C. : « Un mariage n'est pas invalide du seul fait que la femme est la sœur de l'épouse décédée du mari ou la fille d'une sœur ou d'un frère de l'épouse décédée du mari. De même, un mariage n'est pas invalide du seul fait que le mari est le frère de l'époux décédé d'une femme ou le fils d'un frère ou d'une sœur du mari décédé de la femme » : S.C.R. 1942, ch. 176. Cette règle a été reproduite aux articles 125 et 126 du *Code civil du Bas Canada* en 1969 aux termes de la *Loi modifiant le Code civil*, L.Q. 1969, c. 74, art. 2.

110. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.).

111. C.c.B.C., art. 124 à 126. Voir *supra*, note 55.

112. Précisons qu'à l'origine, le mariage entre un demi-frère et une demi-sœur par adoption était permis. Le législateur fédéral est intervenu en 2005 pour le prohiber : *Loi concernant certaines conditions de fond du mariage civil*, L.C. 2005, ch. 33, art. 13. Notons également que l'art. 578 al. 2 C.c.Q. (règle introduite lors de la réforme de 1980 à l'art. 406 C.c.Q. (1980)) prévoit que le tribunal peut autoriser un mariage en ligne collatérale entre l'adopté et un membre de sa famille d'adoption. Certains doutent de la validité constitutionnelle de cette disposition qui ne comporte pas d'équivalent dans la législation fédérale : Monique OUELLETTE, « Livre deuxième : de la famille », dans BARREAU DU QUÉBEC ET CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil*, t. 1, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 151, à la p. 155.

113. Monique OUELLETTE, « Livre deuxième : de la famille », dans BARREAU DU QUÉBEC ET CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil*, t. 1, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 151.

114. Monique OUELLETTE, « Livre deuxième : de la famille », dans BARREAU DU QUÉBEC ET CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil*, t. 1, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 151, à la p. 152.

Ainsi, le célébrant ne pourra-t-il célébrer le mariage qu'après avoir fait certaines vérifications relativement à l'âge des futurs époux, à leur lien de parenté éventuel et à l'absence de tout lien matrimonial¹¹⁵. La question de l'âge ne passe pas inaperçue. Alors que le *Code civil du Bas Canada* fixait les seuils d'âge requis pour contracter mariage à 12 ans pour les filles et 14 ans pour les garçons¹¹⁶, le nouveau Code les établit à 16 ans pour les deux époux¹¹⁷. La validité constitutionnelle de ce changement sera à juste titre mise en cause¹¹⁸. S'agissant d'une condition de fond du mariage dont on ne saurait changer la nature en la qualifiant autrement, la détermination du seuil d'âge requis pour contracter mariage relève exclusivement du Parlement fédéral. Le problème sera réglé en 2001 lorsque le Parlement fédéral interviendra aux termes de la *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*¹¹⁹ pour faire sien le changement ainsi intégré.

Le législateur profite également de la réforme de 1994 pour ajouter de nouvelles composantes au statut des conjoints de fait. Le conjoint de fait d'un parent se voit d'abord attribuer le droit d'adopter l'enfant de ce dernier sur la base d'un simple consentement spécial¹²⁰. Cette prérogative était jusqu'alors réservée aux époux. En matière de procréation assistée, celui qui refuse de reconnaître l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée à laquelle il a

115. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 2.

116. Art. 115 C.c.B.C. Rappelons que cet article du C.c.B.C. de 1866 est demeuré valide après 1867. Voir *supra*, note 51.

117. Art. 373 C.c.Q. (1994).

118. Monique OUELLETTE, « Livre deuxième : de la famille », dans BARREAU DU QUÉBEC ET CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil*, t. 1, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 151, aux p. 154-155. Sur les difficultés constitutionnelles soulevées par les autres changements, voir p. 155-156.

119. L.C. 2001, ch. 4.

120. Art. 555 C.c.Q. Avant l'introduction de cette disposition, le conjoint de fait ne pouvait adopter l'enfant de son conjoint qu'aux termes d'un consentement général, lequel implique l'intervention du directeur de la protection de la jeunesse dans le dossier. Loin de bouleverser l'économie générale du droit de la famille, cette nouvelle disposition permet de corriger une lacune, voire un oubli. En effet, les conjoints de fait et les conjoints mariés jouissaient d'ores et déjà des mêmes droits dans toutes les autres sphères du droit de l'adoption, le législateur n'exigeant plus, depuis 1982, qu'un couple présentant une demande d'adoption dans toute autre circonstance soit uni par les liens du mariage. Dans cette perspective, l'assimilation du conjoint de fait au conjoint marié en matière d'adoption sur consentement spécial parut s'imposer d'elle-même.

pourtant consenti encourra désormais une responsabilité envers cet enfant et la mère (sa conjointe) qui lui a donné naissance¹²¹.

Mis à part ces références expresses au conjoint de fait, le législateur adopte également des dispositions générales qui, sans mentionner spécifiquement le conjoint de fait, lui attribuent indirectement des droits à titre de « proche » ou de « personne intéressée ». Tel est le cas en matière successorale où l'héritier qui réside dans la résidence principale avec le défunt se voit accorder le droit de demander qu'on lui attribue, par voie de préférence, l'immeuble qui servait de résidence au défunt¹²². Tel est également le cas en matière de responsabilité civile où toute personne (et non plus seulement les ascendants, descendants et époux¹²³) se voit attribuer le droit d'exercer un recours direct en responsabilité à la suite du décès d'un proche¹²⁴, de même qu'en matière d'assurance personnelle où l'on reconnaît la validité d'une assurance souscrite par une personne sur la vie de celui ou de celle qui contribue à son soutien¹²⁵. Soulignons également l'adoption, en matière de soins requis par l'état de santé d'un majeur inapte, d'une disposition permettant à un proche parent ou à une personne démontrant un intérêt particulier pour le majeur de fournir le consentement requis, dans le cas où le majeur en question n'a ni représentant légal, ni conjoint marié¹²⁶.

121. Lors de la commission parlementaire chargée d'étudier le projet de loi article par article, la portée de la disposition a été largement commentée, le ministre insistant pour préciser que la responsabilité du conjoint de fait n'était justifiée qu'en raison du « bris de contrat » résultant de son changement d'attitude et non d'une quelconque volonté d'élargir la portée de l'obligation alimentaire en toute circonstance : QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Sous-commission des institutions*, 1^{re} sess., 34^e légis., 5 septembre 1991, n° 7, « Étude détaillée du projet de loi n° 125, *Code civil du Québec* », p. SCI-249 à SCI-250.

122. Art. 857 C.c.Q.

123. Voir l'ancien art. 1056 C.c.B.C.

124. Voir Jean-Louis BAUDOUIN, *La responsabilité civile*, 4^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 200-202 et Claude MASSE, « La responsabilité civile », dans BARREAU DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil*, t. II, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 235, aux p. 269 et 270. Dans la mesure où l'accident subi par la personne n'était pas mortel, son concubin pouvait intenter un recours direct en dommages-intérêts contre l'auteur du dommage en vertu de l'interprétation généreuse que la Cour supérieure avait retenue, en 1976, de l'art. 1053 C.c.B.C. dans l'affaire *Therrien c. Gunville*, (1976) C.S. 777.

125. Art. 2419 C.c.Q.

126. Ou en cas d'empêchement de ce représentant légal ou conjoint marié. En 2002, le législateur ajoutera le conjoint de fait à la disposition en le mettant sur le même pied que le conjoint marié : *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, c. 6, art. 1.

1.6 L'union civile

À l'aube du XXI^e siècle, ce sera au tour des couples de même sexe d'obtenir la faveur du législateur, mais non sans peine. Pressés par la Cour suprême d'éliminer toute forme de distinction contraire aux droits à l'égalité garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*¹²⁷, les législateurs provincial et fédéral élargiront d'abord le champ d'application de leurs lois sociales et fiscales respectives au profit des conjoints de fait homosexuels¹²⁸.

Puis, en 2002, le législateur québécois se prévaudra de sa compétence en droit privé pour aménager au profit de tous les couples, qu'ils soient de sexe opposé ou non, un tout nouveau régime de conjugalité sous le nom d'« union civile »¹²⁹. Calquée sur le mariage et produisant à quelques exceptions près les mêmes effets¹³⁰, l'union civile permettra aux couples gais et lesbiens d'obtenir un statut civil et conjugal quasi équivalent au mariage. Les personnes autorisées à célébrer le mariage, au rang desquelles se trouveront désormais les notaires, les élus municipaux et toute autre personne spécifiquement désignée par le ministre de la Justice¹³¹, disposeront des mêmes attributs en matière d'union civile¹³². Comme

127. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)], art. 15. Notons que c'est dans l'affaire *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, que la Cour suprême du Canada a reconnu l'orientation sexuelle comme « une caractéristique profondément personnelle qui est soit immuable, soit susceptible de n'être modifiée qu'à un prix inacceptable et qui, partant, entre dans le champ de protection de l'article 15 parce qu'elle est analogue aux motifs énumérés ».

128. Pour le 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, ch. 12.

129. *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, c. 6, intégrant au Code civil les articles 521.1 à 521.19. Voir Hugo CYR, « La conjugalité dans tous ses états : la validité constitutionnelle de l'union civile sous l'angle du partage des compétences constitutionnelles », dans Pierre-Claude LAFOND et Brigitte LEFEBVRE (dir.), *L'union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21^e siècle*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 193.

130. Les seules véritables différences (juridiques) résident dans l'âge requis pour contracter l'union civile (établi à 18 ans aux termes de l'art. 521.1 C.c.Q.) et non à 16 ans comme en matière matrimoniale, et le mode de dissolution de l'union civile qui peut emprunter une voie entièrement déjudiciarisée (art. 521.12 et s. C.c.Q.), ce que le droit fédéral sur le divorce ne permet pas.

131. Art. 366 C.c.Q., tel que modifié par l'art. 20 de la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, c. 6.

132. Art. 521.2 C.c.Q.

l'exprime le ministre de la Justice de l'époque au moment du dépôt du projet de loi, trois types de conjugalité auront dès lors cours au Québec, soit « celle des conjoints unis en mariage, celle des conjoints en union civile et celle des conjoints de fait »¹³³.

Les conjoints de fait seront également favorisés par la nouvelle loi. En effet, le législateur procédera à l'ajout d'une définition formelle de l'union de fait dans la *Loi d'interprétation*¹³⁴. Alors qu'il lui fallait auparavant mentionner spécifiquement les conjoints de fait pour que les droits et obligations découlant d'une disposition leur soient reconnus, le législateur n'aura désormais qu'à employer le terme « conjoint » pour en élargir le champ d'application au-delà des seuls conjoints légalement unis. Bien qu'en apparence technique, ce changement de paradigme est porteur d'une puissante charge symbolique : en droit québécois, la notion de « conjoints » n'est plus l'apanage des époux et des conjoints unis civilement. Autrement dit, un conjoint de fait n'est pas moins « conjoint » qu'un conjoint de droit, d'où la nouvelle définition. Si, au plan substantif, le législateur souhaite moduler les droits et obligations des uns et des autres, il lui incombera dorénavant d'employer une terminologie distinctive.

Ainsi, en matière de patrimoine familial, de régimes matrimoniaux et d'obligation alimentaire, les conjoints de fait ne peuvent-ils être assimilés aux conjoints légaux, le législateur ayant délimité le champ d'application des dispositions pertinentes par l'emploi des termes « époux » et « conjoints unis civilement ». Les conjoints de fait seront cependant assimilés à ces derniers en matière d'assurance-vie (art. 2419 C.c.Q.), de rentes (art. 2380 C.c.Q.) et de régimes de protection (art. 264, 266 et 269 C.c.Q.) puisqu'on y emploie le terme « conjoint », sans autre indication. Forts de l'appellation spécifique nouvellement prévue dans la *Loi d'interprétation*, les conjoints de fait exerceront dorénavant les droits prévus dans ces articles en qualité de réels conjoints et non plus en tant que simple « proche » ou « personne intéressée ».

Les conjoints de fait se verront également accorder une pleine reconnaissance en matière de consentement aux soins. En effet, le

133. Propos du ministre Paul Bégin : QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 2^e sess., 36^e légis., 7 mai 2002, n^o 96, « Adoption du principe du projet de loi n^o 84 – *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation* », p. 5816.

134. RLRQ, c. I-16, art. 61.1.

consentement aux soins requis par l'état de santé d'une personne inapte à consentir non légalement représentée sera désormais donné par le conjoint, qu'il soit marié, en union civile ou en union de fait, de préférence à tout autre proche parent ou personne démontrant un intérêt particulier pour le majeur¹³⁵.

1.7 Le mariage entre conjoints de même sexe

En 2005, sous la pression des tribunaux supérieurs de plusieurs provinces¹³⁶, le législateur fédéral accorde enfin aux couples de même sexe le droit de convoler en justes noces. Les autorités religieuses se voient du même coup reconnaître le droit de refuser de célébrer ces unions si tant est qu'elles s'avèrent contraires à leurs croyances¹³⁷. Fort d'un avis de la Cour suprême reconnaissant la validité constitutionnelle d'une telle évolution¹³⁸, le Canada devient ainsi le troisième État à accepter formellement ce qu'il est aujourd'hui convenu d'appeler le « mariage gai »¹³⁹.

2. La parenté et la filiation

2.1 Le Code civil du Bas Canada de 1866

En 1866, le droit de la famille bas-canadien forme un tout parfaitement cohérent. À l'instar de la conjugalité, la parenté n'a de sens et de valeur sociale et juridique que dans la mesure où elle se fonde sur le sacrement du mariage. Une telle conception se reflète aussi bien dans la filiation reconnue aux enfants nés pendant le mariage de leurs parents que dans les catégorisations dont font l'objet les autres enfants, selon les circonstances de leur naissance.

À l'origine, le *Code civil du Bas-Canada* distingue deux espèces de filiation, soit la filiation « légitime » et la filiation « naturelle », cette dernière se déclinant en trois catégories : la filiation naturelle

135. *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, c. 6, art. 1, modifiant l'art. 15 C.c.Q.

136. Au Québec, voir *Ligue catholique pour les droits de l'homme c. Hendricks*, [2004] R.J.Q. 851 (C.A.), confirmant *Hendricks c. Québec (Procureur général)*, [2002] R.J.Q. 2506 (C.S.).

137. *Loi sur le mariage civil*, L.C. 2005, ch. 33. Voir Alain ROY, « Les couples de même sexe en droit québécois », (2005) 35 R.G.D. 161.

138. *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698.

139. Les Pays-Bas (2002) et la Belgique (2003) sont les seuls pays à avoir précédé le Canada. L'Espagne (2005) et l'Afrique du Sud (2006) ont été les quatrième et cinquième pays à se joindre au mouvement.

simple, la filiation naturelle adultérine et la filiation naturelle incestueuse¹⁴⁰. On remarque l'absence d'une troisième espèce de filiation, soit la filiation « adoptive ». Tel que nous l'avons précédemment mentionné, le législateur de 1866 refuse de reconnaître l'adoption, les liens du sang établis par le Créateur lui apparaissant inaltérables. Les premières dispositions législatives sur le sujet ne feront leur apparition qu'en 1924¹⁴¹.

On qualifie d'enfants légitimes ceux qui ont été conçus durant le mariage¹⁴² ou qui seront « légitimés » par le mariage subséquent de leurs parents, aux conditions prévues par la loi¹⁴³. En vertu de la présomption de paternité applicable en mariage, le mari hérite de la paternité, sans autre formalité¹⁴⁴. Il ne sera admis à désavouer l'enfant qu'aux termes de conditions très strictes¹⁴⁵. À l'opposé, on qualifie d'enfants naturels ceux qui ont été conçus hors mariage, sans avoir été par la suite légitimés. L'enfant est dit naturel « simple » s'il n'est pas né d'un « commerce constituant un adultère ou un inceste ». Il est considéré comme « adultérin » dès lors que, à l'époque de sa conception, l'un de ses parents n'a pu se marier avec l'autre étant donné l'existence d'un lien matrimonial unissant déjà l'un d'eux avec une autre personne. Finalement l'enfant est considéré comme « incestueux » s'il est né de parents à l'égard desquels il existe, à l'époque de sa conception, un empêchement au mariage dû à l'existence d'un lien de parenté ou d'alliance¹⁴⁶.

140. Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 2, Montréal, C. Théoret Éditeur, 1895, p. 58.

141. *Loi concernant l'adoption*, 14 Geo. V, 1924, c. 75. Pour un exposé sommaire des dispositions législatives de cette loi, voir Renée JOYAL, *Les enfants, la société et l'État au Québec. 1608-1989 Jalons*, coll. « Cahiers du Québec », Montréal, Éditions Hurtubise HMH, 1999, p. 140-145. Notons que l'adoption de fait existait avant 1924. Pour une perspective sociohistorique de l'adoption au Québec, voir Dominique GOUBAU et Claire O'NEILL, « L'adoption, l'Église et l'État : les origines tumultueuses d'une institution légale », (1997) 38 *C. de D.* 769 ; Carmen LAVALLÉE, *L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption. Regards sur le droit français et québécois*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, p. 21-29 et Alain ROY, *Droit de l'adoption*, 2^e éd., coll. « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, p. 7-11.

142. Notons que l'enfant légitime dont l'acte de naissance est conforme à la possession d'état bénéficie d'une filiation inattaquable : art. 231 C.c.B.C. Voir Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 2, Montréal, C. Théoret Éditeur, 1895, p. 96.

143. Art. 237 à 239 C.c.B.C.

144. Art. 218 C.c.B.C.

145. Art. 220 à 226 C.c.B.C.

146. Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 2, Montréal, C. Théoret Éditeur, 1895, p. 58 et 59.

L'enfant légitime (ou légitimé) bénéficie d'un statut enviable¹⁴⁷, non seulement auprès de ses père et mère qui sont tenus de le nourrir et de l'entretenir¹⁴⁸, mais également à l'égard de leur famille respective. L'enfant légitime « entre littéralement dans la famille de ses père et mère » et se voit inscrit sur un axe généalogique précis¹⁴⁹. Il bénéficie en cela d'un droit de successibilité générale¹⁵⁰. Une obligation alimentaire réciproque le relie également à l'ensemble de ses ascendants à quelque degré que ce soit, de même qu'à leurs alliés¹⁵¹.

En revanche, l'enfant naturel n'a que très peu de droits. Certes, ses parents peuvent le reconnaître volontairement ou y être forcés¹⁵², mais cette reconnaissance ne lui permettra pas d'intégrer formellement leurs familles respectives. Comme l'écrit Migneault, même reconnu, « l'enfant naturel n'a point de famille »¹⁵³. De fait, l'enfant naturel reconnu n'aura de lien qu'avec ses père et mère, lesquels seront légalement tenus de le nourrir et de l'entretenir et, le cas échéant, de lui verser des aliments¹⁵⁴. Contrairement aux enfants légitimes, l'enfant naturel ne pourra faire valoir aucun droit alimentaire à l'encontre de ses autres ascendants, et ne sera titulaire d'aucune vocation successorale¹⁵⁵. Quant aux enfants adulté-

147. L'enfant légitimé profitera de ce statut uniquement à compter de la célébration du mariage de ses parents : art. 239 C.c.B.C. Voir Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 2, Montréal, C. Théoret Éditeur, 1895, p. 59 et 117 et s.

148. C.c.B.C., art 165.

149. Voir Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 2, Montréal, C. Théoret Éditeur, 1895, p. 59.

150. Art. 598 et 606 C.c.B.C.

151. Art. 166 à 168 C.c.B.C. L'obligation alimentaire du gendre ou de la belle-fille à l'égard de son beau-père ou de sa belle-mère cessait toutefois lorsque la belle-mère convolait en deuxièmes noces ou lorsque celui des époux qui produisait l'affinité et les enfants de son union avec l'autre décédait : art. 167. Voir Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 1, Montréal, C. Théoret Éditeur, 1895, p. 480-496 et p. 128.

152. Art. 240 C.c.B.C.

153. Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 1, Montréal, C. Théoret Éditeur, 1895, p. 452.

154. Art. 240 C.c.B.C. En raison des doutes qui divisaient jusqu'alors la jurisprudence et la doctrine, cette obligation alimentaire a été formellement déclarée réciproque par le législateur en 1970 par l'ajout de l'art. 240a C.c.B.C. : *Loi modifiant le Code civil et concernant les enfants naturels*, L.Q. 1970, c. 62, art. 9. Notons que l'enfant naturel reconnu avait également le droit de porter le nom de celui ou de ceux qui le reconnaissaient et était soumis à leur droit de garde. Voir Jean PINEAU, *La famille*, Montréal, P.U.M., 1972, n° 147, p. 129.

155. Art. 598, 624a, 624b et 625 C.c.B.C. Voir Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 2, Montréal, C. Théoret Éditeur, 1895, p. 59. Rien n'empêchait toutefois le parent d'avantager son enfant naturel (simple) par des donations (à suivre...)

rins et incestueux, ils sont, écrit Mignault, encore plus « bas que les enfants naturels simples »¹⁵⁶. Ce sont, ajoute Baudouin, de « véritables parias de la société »¹⁵⁷. Bien qu'ils puissent aussi faire l'objet d'une reconnaissance volontaire et bénéficier des avantages en résultant, ils ne pourront recevoir de donations entre vifs de leurs parents, sous réserve de la portion dite alimentaire¹⁵⁸. Pire, ils ne pourront jamais être légitimés par le mariage subséquent de leurs parents¹⁵⁹.

Par ces règles, le droit se porte clairement à la défense de la famille légitime. Comme justification, on évoque la volonté de protéger la famille unie par le mariage, le refus d'admettre une conduite jugée répréhensible et contraire aux bonnes mœurs, de même que la nécessité de freiner le concubinage¹⁶⁰.

Jusqu'à ce qu'ils aient atteint l'âge de 21 ans ou qu'ils aient obtenu leur émancipation¹⁶¹, les enfants légitimes restent assujettis à l'autorité de leur père, connue sous le nom de « puissance pater-

(...suite)

entre vifs ou des libéralités testamentaires. Toutefois, comme l'écrit André Cossette, « [...] rares sont les testateurs qui iront, par leur testament, rendre public un fait qui n'est connu que par eux et qui, par surcroît, viendrait ternir la bonne réputation qu'ils avaient de leur vivant, car, il faut se rappeler que la naissance d'un enfant hors mariage était encore considérée, jusqu'à récemment, comme étant le signe visible d'un dérèglement des mœurs, le résultat d'un acte méprisable... » : André COSSETTE, « Le concubinage au Québec », (1985) 88 R. du N. 43, 48.

156. Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 2, Montréal, C. Théoret Éditeur, 1895, p. 59.

157. Voir Jean-Louis BAUDOIN, « La famille face à un code moderne », dans Jacques BOUCHER et André MOREL (dir.), *Le droit dans la vie familiale – Livre du centenaire du Code civil*, t. 1, Montréal, P.U.M., 1970, p. 49, à la p. 58.

158. Art. 768 C.c.B.C.

159. Art. 237 C.c.B.C. Ce n'est qu'en 1971 qu'on permettra la légitimation des enfants naturels adultérins : *Loi modifiant de nouveau le Code civil*, L.Q. 1971, c. 85.

160. Voir Jean-Louis BAUDOIN, « Examen critique de la situation juridique de l'enfant naturel », (1966) 12 R.D. McGill 157, 158. Voir également Ernest CAPARROS, « Observations sur la première partie du Rapport de l'O.R.C.C. sur la famille », (1975) 16 C. de D. 621, 623 et Jean PINEAU, « La situation juridique des enfants nés hors mariage », (1973) 8 R.J.T. 209.

161. Art. 246 C.c.B.C. L'âge de la majorité sera ramené à 18 ans le 24 décembre 1971 aux termes de la *Loi modifiant de nouveau le Code civil*, L.Q. 1971, c. 85. Notons que l'émancipation résulte alors du mariage (art. 314 C.c.B.C.) ou d'un jugement du tribunal (art. 315 C.c.B.C.) (comme c'est d'ailleurs toujours le cas aujourd'hui : art. 175 C.c.Q.).

nelle »¹⁶². La mère ne peut exercer de droits à l'égard de l'enfant¹⁶³ qu'à la suite du décès du père, de son absence ou de son interdiction¹⁶⁴. L'enfant naturel reconnu par ses père et mère fait quant à lui l'objet d'une prise en charge égalitaire, la puissance paternelle étant alors exercée de manière conjointe par les deux parents¹⁶⁵.

La puissance paternelle comprend le droit de garde et d'éducation de l'enfant. Par éducation, on entend le droit des parents d'élever leur enfant, c'est-à-dire de voir au développement de ses aptitudes physiques et morales, en choisissant notamment le type d'éducation – ou d'instruction – qu'il doit recevoir. Un droit de correction est assorti à la puissance paternelle¹⁶⁶. Le père peut donc utiliser une force modérée et raisonnable pour corriger son enfant¹⁶⁷. La correction imposée doit toutefois être proportionnelle à la faute de l'enfant, et ne pas supposer l'infliction de blessures graves¹⁶⁸. Quant au droit de garde, il permet au père de retenir son enfant dans la maison paternelle¹⁶⁹. La puissance paternelle comporte également d'autres prérogatives, dont le droit du père de consentir au mariage de l'enfant mineur (ou de s'y opposer) et la tutelle¹⁷⁰. Par ailleurs, l'enfant doit honneur et respect à ses deux

162. Art. 243 C.c.B.C.. Voir aussi l'art. 1259.

163. Art. 243 C.c.B.C.

164. Art. 243 et 113 C.c.B.C.. Voir également Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 2, Montréal, C. Théoret Éditeur, 1895, p. 143.

165. Jean PINEAU, *La famille*, Montréal, P.U.M., 1972, n° 213, p. 191-192. Le législateur confirmera cette interprétation en 1970 en ajoutant l'art. 245a C.c.B.C. (*Loi modifiant le Code civil et concernant les enfants naturels*, L.Q. 1970, c. 62, art. 10).

166. Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 2, Montréal, C. Théoret Éditeur, 1895, p. 142. Voir aussi Nicole ROY, « L'autorité parentale et l'obligation alimentaire des parents envers leur enfant : deux institutions proposant une conception de l'intérêt de l'enfant et de la famille », (2001) 61 *R. du B.* 51, 67.

167. Ce droit de correction pouvait être délégué et exercé par ceux à qui l'éducation de l'enfant était confiée : art. 245 C.c.B.C.

168. Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 2, Montréal, C. Théoret Éditeur, 1895, p. 145-151. Pour un exposé exhaustif au sujet des attributs de l'autorité parentale sous l'ancien droit, voir Édith DELEURY, Michèle RIVET et Jean-Marc NEAULT, « De la puissance paternelle à l'autorité parentale : une institution en voie de trouver sa vraie finalité », (1974) 15 *C. de D.* 779, 814 et s.

169. Art. 244 C.c.B.C. L'art. 83 C.c.B.C. précise d'ailleurs que le mineur non émancipé a son domicile chez ses père et mère ou tuteur (comme c'est d'ailleurs encore le cas aujourd'hui : art. 80 C.c.Q.).

170. Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 2, Montréal, C. Théoret Éditeur, 1895, p. 142. Voir également Jean PINEAU, *La famille*, Montréal, P.U.M., 1972, nos 47-49, p. 36-37.

parents, de même qu'à tous ses ascendants, sans égard à son âge¹⁷¹.

2.2 La Révolution tranquille

Sous réserve de l'intervention des tribunaux qui, dès la première moitié du XX^e siècle, ont tempéré les pouvoirs du père en subordonnant la puissance paternelle au principe de l'intérêt de l'enfant¹⁷², les règles relatives à la filiation et à la puissance paternelle contenues au *Code civil du Bas Canada* sont demeurées pratiquement inchangées pendant plus de cent ans. En 1964, une première brèche législative est apportée au droit applicable. Tout en mettant fin à l'incapacité juridique de la femme mariée, le législateur attribue la direction morale et matérielle de la famille aux deux époux¹⁷³. La puissance paternelle demeure, mais sa portée doit être relativisée en fonction de cette nouvelle attribution¹⁷⁴. Treize ans plus tard, le législateur termine le travail en remplaçant purement et simplement la puissance paternelle par l'autorité parentale¹⁷⁵, dont les deux parents deviendront titulaires à part entière¹⁷⁶.

171. Art. 242 C.c.B.C. Voir également Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 2, Montréal, C. Théoret Éditeur, 1895, p. 142.

172. Alain ROY, « L'intérêt de l'enfant », dans Benoît MOORE (dir.), *Les grands classiques du droit civil*, Montréal, Éditions Thémis, à paraître.

173. Art. 174 C.c.B.C. Cette disposition sera reconduite sous une nouvelle formulation lors de la réforme de 1980 à l'art. 443 C.c.Q. (1980) (aujourd'hui l'art. 394 C.c.Q.). Voir Éthel GROFFIER-ATALA, « De la puissance paternelle à l'autorité parentale », (1977) 8 *R.G.D.* 223, 224 et Nicole ROY, « L'autorité parentale et l'obligation alimentaire des parents envers leur enfant : deux institutions proposant une conception de l'intérêt de l'enfant et de la famille », (2001) 61 *R. du B.* 51, 68 et 69.

174. Jean PINEAU, *La famille. Droit applicable au lendemain de la "Loi 89"*, Montréal, P.U.M., 1982, nos 115-119, p. 88-91.

175. *Loi modifiant le Code civil*, L.Q. 1977, c. 72. Le concept d'autorité parentale sera reconduit lors de la réforme de 1980 aux art. 645 à 659 C.c.Q. (1980) (aujourd'hui les art. 597 à 612 C.c.Q.). Voir Édith DELEURY, Michèle RIVET et Jean-Marc NEAULT, « De la puissance paternelle à l'autorité parentale : une institution en voie de trouver sa vraie finalité », (1974) 15 *C. de D.* 779.

176. Intitulé du Titre Huitième du Livre Premier « De l'autorité parentale » et art. 244 C.c.B.C., introduit par la *Loi modifiant le Code civil*, L.Q. 1977, c. 72, art. 4 et 5. Voir Renée JOYAL, « La Loi 89 et l'autorité parentale », (1982) 13 *R.G.D.* 97, 98. En corollaire, les deux parents (et non plus seulement le père) deviendront responsables du dommage causé par l'enfant sujet à cette autorité : art. 1054 al. 2 C.c.B.C. (1977). Voir Albert MAYRAND, « La présomption de faute du titulaire de l'autorité parentale et les diverses ordonnances de garde de l'enfant », (1988) 33 *R.D. McGill* 257.

L'autorité parentale renvoie à « l'ensemble des pouvoirs et des droits que la loi accorde aux père et mère sur la personne de leurs enfants mineurs, pour leur permettre de remplir leur devoir de parents, et auxquels il est impossible de se soustraire ou de déroger conventionnellement »¹⁷⁷. Les décisions relatives à la garde de l'enfant, à son éducation, à sa surveillance et son entretien leur reviennent donc conjointement¹⁷⁸. En cas de différend, il incombera au tribunal de trancher¹⁷⁹.

En toute hypothèse, l'autorité parentale et les prérogatives qui y sont rattachées doivent être exercées en fonction de l'intérêt de l'enfant. L'autorité parentale se conçoit donc comme un devoir ou une responsabilité des parents, et non comme un ensemble de droits parentaux auxquels l'enfant est simplement assujéti. D'ailleurs, la déchéance de l'autorité parentale devient possible dès lors qu'un motif grave et l'intérêt de l'enfant le justifient¹⁸⁰. Bien que la puissance paternelle et l'autorité parentale fassent toutes deux référence aux pouvoirs décisionnels des parents sur leurs enfants, chacun des concepts relève donc d'une perspective fort différente¹⁸¹.

Le passage de la puissance paternelle à l'autorité parentale en 1977 s'inscrit évidemment dans la mouvance d'émancipation indi-

177. Jean PINEAU et Marie PRATTE, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 823.

178. Art. 244 C.c.B.C. introduit par la *Loi modifiant le Code civil*, L.Q. 1977, c. 72, art. 5.

179. Art. 245d C.c.B.C. introduit par la *Loi modifiant le Code civil*, L.Q. 1977, c. 72, art. 5.

180. Art. 245e C.c.B.C. introduit par la *Loi modifiant le Code civil*, L.Q. 1977, c. 72, art. 5. À l'origine, la déchéance de l'autorité parentale était irrévocable, contrairement à la situation qui prévaut actuellement (art. 610 C.c.Q.). Voir Renée JOYAL, « La Loi 89 et l'autorité parentale », (1982) 13 *R.G.D.* 97, 99. En revanche, le droit à la puissance paternelle ne pouvait être retiré au père ; seul l'exercice de ce droit pouvait faire l'objet de restrictions judiciaires. Voir Jean PINEAU, *La famille*, Montréal, P.U.M., 1972, n° 214, p. 196.

181. Ce n'est pas dire, cependant, que la puissance paternelle était assimilée à la *patria potestas* du droit romain qui conférait au père une autorité perpétuelle et sans limite sur ses enfants... Même à l'époque de la codification, la puissance paternelle était tout de même envisagée en termes de « domination protectrice » : Albert MAYRAND, « Égalité en droit familial québécois », (1985) 19 *R.J.T.* 249, 260. Pour un exposé sur la portée des attributs dont était assortie la *patria potestas*, voir Jean ROUILLARD, « La place de l'enfant dans l'évolution des lois du Québec et du Canada », (1982) 33 *Critères* 239.

viduelle déclenchée par la Révolution tranquille¹⁸². Cette mouvance amène également le législateur à atténuer les distinctions entre enfants légitimes et naturels. Dès le début des années 1970, on affirme formellement le devoir des parents de nourrir, d'entretenir et d'élever leurs enfants naturels¹⁸³, tout en permettant aux parents d'un enfant naturel adultérin de le légitimer par leur mariage¹⁸⁴. On intervient également pour accorder à l'enfant naturel un droit d'action contre la personne responsable du décès de son père ou de sa mère, et vice-versa¹⁸⁵. Les enfants légalement adoptés se voient quant à eux accorder les mêmes droits que les enfants légitimes¹⁸⁶. Alors qu'on limitait autrefois la portée de leur lien de filiation aux seuls père et mère adoptants, on leur permet désormais d'intégrer juridiquement la famille de leurs parents au sens large, que ce soit à des fins successorales ou alimentaires¹⁸⁷.

2.3 La réforme du droit de la famille de 1980

La réforme du droit de la famille de 1980 permet au législateur de préciser et d'achever les réaménagements amorcés¹⁸⁸. Le principe d'égalité des filiations trône au centre des nouveautés. Toute distinction entre filiation légitime et naturelle devient chose du passé. Les enfants, écrit Monique Ouellette, cesseront « d'expié les

182. Voir Jean-Louis BAUDOIN, « La famille face à un code moderne », dans Jacques BOUCHER et André MOREL (dir.), *Le droit dans la vie familiale – Livre du centenaire du Code civil*, t. 1, Montréal, P.U.M., 1970, p. 49, aux p. 55-57. Dans le même ouvrage, voir également le texte du sociologue Marc-Adélar TREMBLAY, « Le rajeunissement du Code civil : une entreprise multidisciplinaire », à la p. 67.

183. *Loi modifiant le Code civil et concernant les enfants naturels*, L.Q. 1970, c. 62, art. 9, introduisant un nouvel art. 240 C.c.B.C. Cette disposition est plus symbolique qu'autre chose puisqu'il était déjà admis qu'il revenait aux parents ayant reconnu leur enfant naturel de le nourrir et de l'entretenir. Voir Marie PRATTE, « Les nouvelles règles relatives à la filiation », (1982) 13 R.G.D. 159, 160 et Nicole ROY, « L'autorité parentale et l'obligation alimentaire des parents envers leur enfant : deux institutions proposant une conception de l'intérêt de l'enfant et de la famille », (2001) 61 R. du B. 51, 151 et 152. Voir également Jean-Louis BAUDOIN, « Examen critique de la situation de l'enfant naturel », (1966-67) 12 R.D. McGill 157.

184. *Loi modifiant de nouveau le Code civil*, L.Q. 1971, c. 85.

185. *Loi modifiant le Code civil et concernant les enfants naturels*, L.Q. 1970, c. 62, art. 11, introduisant l'art. 1056 C.c.B.C. (1970).

186. *Loi sur l'adoption*, L.Q. 1969, c. 64, art. 3 al. 2.

187. *Loi sur l'adoption*, L.Q. 1969, c. 64, art. 38a).

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

péchés de leurs parents »¹⁸⁹. En somme, tous les enfants dont la filiation est établie auront dorénavant les mêmes droits et les mêmes obligations, sans égard aux circonstances de leur naissance¹⁹⁰. Que ses parents soient ou non mariés, que sa filiation soit établie par le sang ou par l'adoption, l'enfant pourra notamment prétendre à un droit alimentaire à l'égard de tous ses ascendants¹⁹¹, de même qu'à une vocation successorale pleine et entière¹⁹².

Les modes d'établissement de la filiation par le sang traduisent toutefois la réticence du législateur à abandonner ses anciens repères. Ainsi, en mariage, la présomption de paternité demeure-t-elle applicable, mais elle se voit réduite au rang de preuve subsidiaire¹⁹³. Ce n'est qu'à défaut pour le « vrai père » de reconnaître sa filiation dans la déclaration de naissance qu'on pourra dorénavant y recourir¹⁹⁴. En somme, le mariage ne fonde plus la filiation en tant que tel, mais il permettra néanmoins d'en faciliter la preuve. Cela dit, sous réserve de l'action en désaveu de paternité du mari¹⁹⁵, toute filiation résultant d'un acte de naissance et d'une possession d'état qui y est conforme se voit déclarée inaltérable et inattaquable¹⁹⁶. Dans ces circonstances, la stabilité de la filiation de l'enfant l'emportera donc sur toute autre considération.

Jusqu'alors consignées dans une loi particulière, les règles relatives à l'adoption sont quant à elles introduites dans le Code

189. Monique OUELLETTE, « La loi 89 : la filiation par le sang et l'adoption », (1981) 1 *C.P. du N.* 123, 127.

190. Art. 594 C.c.Q. (1980) (aujourd'hui l'art. 522 C.c.Q.). Voir Marie PRATTE, « Les nouvelles règles relatives à la filiation », (1982) 13 *R.G.D.* 159.

191. Art. 633 C.c.Q. (1980) (aujourd'hui l'art. 585 C.c.Q.).

192. Art. 614 C.c.Q. (1980) (aujourd'hui l'art. 653 C.c.Q.).

193. Art. 574 C.c.Q. (1980) (aujourd'hui l'art. 525 C.c.Q.).

194. C'est à tout le moins l'interprétation que retiendra la jurisprudence postérieure : Alain ROY, *La filiation par le sang et par la procréation assistée (art. 522 à 542 C.c.Q.)*, coll. « Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ) », Montréal, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 25.

195. Non plus seulement le mari, mais la mère pourra dorénavant contester la paternité du mari. L'action devra être intentée dans les douze mois de la naissance de l'enfant ou, en ce qui a trait au mari, de la connaissance qu'il en acquiert : art. 581 et 582 C.c.Q. (1980).

196. Art. 587 C.c.Q. (1980). La réserve relative à l'action en désaveu sera abandonnée en 1994 (art. 530 C.c.Q.), sans que l'on puisse parler d'un véritable changement de fond. En effet, le court délai de douze mois à l'intérieur duquel l'action en désaveu peut être intentée n'a jamais permis de fonder une possession constante d'état : Alain ROY, *La filiation par le sang et par la procréation assistée (art. 522 à 542 C.c.Q.)*, coll. « Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ) », Montréal, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 74.

civil¹⁹⁷. Aux termes des nouvelles dispositions, une personne seule ou deux personnes conjointement, qu'elles soient mariées ou non, se voient conférer le droit de présenter une demande d'adoption¹⁹⁸. En réponse aux avancées médicales, le législateur ajoute également aux règles relatives à la filiation dite « par le sang » les toutes premières dispositions traitant de l'insémination artificielle avec donneur¹⁹⁹.

Institué trois ans plus tôt, le principe d'égalité des parents à l'égard de leurs enfants trouve quant à lui une nouvelle forme d'expression : le nom de l'enfant ne sera plus nécessairement celui du père. Pour employer les termes d'Albert Mayrand, « [...] l'usage immémorial de considérer le nom de famille comme un bien héréditaire transmis uniquement par les mâles » ne résiste pas à la réforme²⁰⁰. Dorénavant, les parents de l'enfant pourront lui attribuer le nom de l'un d'eux ou un nom composé reflétant sa double filiation²⁰¹.

Enfin, le principe de l'intérêt de l'enfant fait son apparition au chapitre des droits de la personnalité. Ainsi, proclame le nouvel article 30 du *Code civil du Bas Canada*, « [t]outes les décisions qui concernent l'enfant doivent être prises dans son intérêt et dans le respect de ses droits ». Soucieux de préserver cet intérêt en dépit du contexte familial, le législateur instaure par ailleurs un nouveau droit au bénéfice des grands-parents : dorénavant, les père et mère ne pourront plus faire obstacle aux relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents, à moins qu'ils ne puissent justifier leur décision par un motif grave²⁰².

197. Art. 595 à 630 C.c.Q. (1980) (aujourd'hui les art. 543 à 584 C.c.Q.).

198. Art. 598 C.c.Q. (1980) (aujourd'hui l'art. 546 C.c.Q.).

199. Art. 586 C.c.Q. (1980) et 588 C.c.Q. Ces règles précisait qu'on ne pouvait contester la filiation paternelle (au terme d'une action en désaveu ou en contestation d'état) pour le seul motif que l'enfant ait été conçu au moyen des forces génétiques d'un tiers.

200. Albert MAYRAND, « Égalité en droit familial québécois », (1985) 19 *R.J.T.* 249, 258.

201. Art. 56.1 C.c.B.C. (1980) (aujourd'hui l'art. 51 C.c.Q.).

202. Art. 659 C.c.Q. (1980) (aujourd'hui l'art. 611 C.c.Q.). Voir Marcel GUY, « Un peu d'histoire, beaucoup d'espoir », (1993) 23 *R.D.U.S.* 454, 475. Voir également Dominique GOUBAU, « Relations grands-parents/petits-enfants : un juste équilibre entre l'intérêt légitime et l'intrusion », dans S.F.P.B.Q., vol. 58, *Développements récents en droit familial*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 67.

2.4 Les années 1990

La réforme du Code civil de 1994 offre au législateur l'occasion d'apporter certaines retouches à l'ensemble législatif mis en place quatorze ans plus tôt. La procréation médicalement assistée fait désormais l'objet d'une section distincte au chapitre de la filiation par le sang²⁰³. Le législateur y exprime pour la première fois sa volonté de ne pas reconnaître les contrats de mère porteuse. Ceux-ci sont frappés de nullité absolue, peu importe que la mère porteuse ait ou non fourni ses gamètes²⁰⁴. On institue également le principe suivant lequel l'apport de forces génétiques au projet parental d'autrui ne peut fonder aucun lien de filiation entre l'auteur de l'apport et l'enfant qui en est issu²⁰⁵.

Un chapitre portant sur les droits de l'enfant est par ailleurs intégré au Titre deuxième (sur les droits de la personnalité) du Livre premier (sur les personnes). Outre le principe de l'intérêt de l'enfant²⁰⁶, on y consigne le droit de l'enfant à la protection, à la sécurité et à l'attention que ses parents ou les personnes qui en tiennent lieu peuvent lui donner²⁰⁷. Au chapitre de l'autorité parentale, le législateur abroge la disposition accordant aux parents un droit de correction modéré²⁰⁸. Toutefois, ceux qui continueront à employer la force pour corriger un enfant pourront bénéficier de l'immunité que leur procure toujours l'article 43 du *Code criminel* canadien²⁰⁹. L'intervention législative québécoise ne revêt donc qu'une portée symbolique. Enfin, le législateur ajoutera aux préro-

203. Art. 538 à 542 C.c.Q. (1994)

204. Art. 541 C.c.Q.

205. Art. 538 C.c.Q. (1994) (aujourd'hui l'art. 538.2 al. 1 C.c.Q.).

206. Voir Andréanne MALACKET, *L'intérêt de l'enfant : notion polymorphe susceptible d'instrumentalisation ou de détournement – L'exemple de l'avant-projet de Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2010, p. 33.

207. On reconduit également, à l'art. 34 C.c.Q., le droit de l'enfant d'être entendu par le tribunal chaque fois qu'il est saisi d'une demande mettant en jeu l'intérêt d'un enfant, dans la mesure où son âge et son discernement le permettent. Cette disposition avait été intégrée à l'art. 31 C.c.B.C. lors de la réforme de 1980.

208. Notons que le libellé de la disposition reconnaissant ce droit de correction aux parents avait été légèrement modifié en 1977 : *Loi modifiant le Code civil*, L.Q. 1977, c. 72, art. 5.

209. Dans l'arrêt *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, la Cour suprême a défini les contours du « droit de correction » prévu à l'art. 43 du *Code criminel*.

gatives des parents en leur confiant la tutelle légale de leurs enfants. Ceux-ci assumeront désormais la charge tutélaire, sans besoin d'y être désignés par le tribunal²¹⁰.

En décembre 1995, un tout nouveau système de perception automatique des pensions alimentaires voit le jour²¹¹. Les créanciers alimentaires, au rang desquels se trouvent évidemment les enfants à charge, peuvent maintenant obtenir le paiement des aliments qui leur sont dus par l'intermédiaire du gouvernement, sans qu'il leur soit nécessaire de démontrer le défaut du débiteur. Il revient désormais aux autorités du ministère du Revenu de collecter systématiquement le montant de la pension entre les mains du parent débiteur²¹², pour ensuite le redistribuer au créancier alimentaire.

En 1996, en réponse aux protestations émanant de groupes d'aînés, le législateur intervient pour rétrécir le champ d'application de l'obligation alimentaire. Liant depuis toujours les parents en ligne directe ascendante et descendante à quelque degré que ce soit, l'obligation alimentaire n'aura désormais prise qu'entre parents au premier degré²¹³. Les grands-parents ou autres aïeux ne pourront donc plus être appelés à assumer les besoins alimentaires de leurs petits-enfants ou autres descendants, et réciproquement.

La même année, le mode de fixation des pensions alimentaires que les parents doivent verser à leurs enfants fait l'objet d'importants réaménagements. Le montant de la pension alimentaire ne sera plus établi au terme d'une évaluation subjective des besoins de l'enfant et des moyens des parents, il sera plutôt déterminé à partir

210. Art 192 C.c.Q. Les parents doivent toutefois être majeurs ou émancipés. Leur tutelle s'étend également à l'enfant conçu mais non encore né.

211. *Loi facilitant le paiement des pensions alimentaires*, L.Q. 1995, c. P-2.2. En fait, ce système remplace celui qui avait été implanté en 1981 et qui permettait au percepteur du ministère de la Justice d'intervenir si le débiteur faisait défaut de payer la pension (ordonnée par jugement) et si le créancier lui faisait une demande de perception : art. 659.1 à 659.4 C.p.c. aujourd'hui abrogés.

212. Sous réserve des exceptions prévues par la loi. Voir la *Loi facilitant le paiement des pensions alimentaires*, L.Q. 1995, c. P-2.2, art. 3.

213. *Loi modifiant le Code civil en matière d'obligation alimentaire*, L.Q. 1996, c. 28. Voir Renée JOYAL, « Les obligations familiales et les enfants : de l'exclusion horizontale à l'exclusion verticale ? », (1999) 33 *R.J.T.* 327 ; Nicole ROY, « L'autorité parentale et l'obligation alimentaire des parents envers leur enfant : deux institutions proposant une conception de l'intérêt de l'enfant et de la famille », (2001) 61 *R. du B.* 51, 154-156 et Alain ROY, « Le droit de la famille – une décennie d'effervescence législative », (2003) 105 *R. du N.* 215.

de paramètres objectifs contenus dans un formulaire et une table de fixation réglementaires²¹⁴, soit le revenu des parents, le nombre d'enfants concernés par la demande et le temps de garde²¹⁵. Par ce nouvel outil qui permettra d'assurer une plus grande uniformité des ordonnances alimentaires, le législateur espère favoriser la négociation entre les parents et, incidemment, la conclusion d'ententes.

Manifestement convaincu des bienfaits d'une approche non contentieuse du droit, le législateur introduira l'année suivante de nouvelles règles dans le *Code de procédure civile* pour instituer la « médiation familiale préalable »²¹⁶. Ainsi :

[...] aucune demande mettant en jeu l'intérêt des parties et celui de leurs enfants ne pourra [plus] être entendue par le tribunal, lorsqu'il existe entre les parties un différend relativement à la garde des enfants, aux aliments dus à une partie ou aux enfants ou au patrimoine familial et aux autres droits patrimoniaux résultant du mariage ou de l'union civile, à moins que les parties n'aient préalablement participé à une séance d'information sur la médiation et qu'une copie du rapport du médiateur ou, le cas échéant, d'une attestation de participation n'ait été produite au moment de l'audience.²¹⁷

2.5 La réforme de la filiation de 2002

En 2002, les règles relatives à la procréation médicalement assistée font l'objet d'une importante réforme. Elles ne constitueront plus une simple section du chapitre sur la filiation par le sang, mais un chapitre distinct du Titre sur la filiation intitulé « De la filiation des enfants nés d'une procréation assistée »²¹⁸. L'assistance à la procréation peut désormais prendre différentes formes qui ne supposent pas nécessairement d'intervention médicale ou clinique²¹⁹.

214. *Loi modifiant le Code civil du Québec et le Code de procédure civile relativement à la fixation des pensions alimentaires pour enfants* (L.Q. 1996, c. 68, a. 1), introduisant les art. 587.1 à 587.3 C.c.Q.

215. Notons qu'au montant établi par la table de fixation pourront être ajoutés des frais relatifs à l'enfant s'ils sont raisonnables eu égard aux besoins et facultés de chacun. Voir art. 587.1 al. 2 C.c.Q.

216. Art. 814.3 à 814.14 C.p.c., tels qu'introduits par la *Loi instituant au Code de procédure civile la médiation préalable en matière familiale et modifiant d'autres dispositions de ce code*, L.Q. 1997, c. 42, art. 7.

217. Art. 814.3 C.p.c.

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

219. Jean PINEAU et Marie PRATTE, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 590, 593 et 670-678. Au sujet des nouvelles règles sur la filiation par (à suivre...)

En fait, l'apport de forces génétiques du tiers au projet parental pourra se réaliser au moyen d'une relation sexuelle ou d'une insémination « domestique ou artisanale ». L'existence d'un projet parental constituant la pierre d'assise de la filiation de l'enfant né d'une procréation assistée, le tiers restera à l'abri d'une action en réclamation d'état²²⁰. Par exception au principe, le législateur permet toutefois au tiers qui fournit son apport par relation sexuelle de revendiquer une filiation avec l'enfant dans l'année de sa naissance²²¹.

Par ailleurs, les nouvelles règles s'appliquent non plus seulement aux couples hétérosexuels, mais également aux femmes seules et aux couples de lesbiennes²²². Le législateur déroge donc à la tradition en consacrant non seulement la filiation unilinéaire²²³, mais également la filiation homoparentale²²⁴. Ainsi, dans la mesure où elle est partie au projet parental, la conjointe de la femme qui accouche de l'enfant se verra attribuer le titre de co-mère de l'enfant sur simple déclaration de naissance ou par le jeu de la présomption de parenté, si le couple est marié ou uni civilement²²⁵. Les couples gais ne pourront quant à eux recourir aux nouvelles dispositions, le législateur ayant reconduit le principe de nullité absolue des contrats de mère porteuse²²⁶. L'établissement d'une filiation bipater-

(...suite)

procréation assistée, voir Benoît MOORE, « Les enfants du nouveau siècle (libres propos sur la réforme de la filiation) », dans S.F.P.B.Q., vol. 176, *Développements récents en droit familial*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 75 et Marie PRATTE, « La filiation réinventée : l'enfant menacé ? », (2003) 33 *R.G.D.* 541.

220. Art. 538.2 al. 1 C.c.Q.

221. Art. 538.2 al. 2 C.c.Q.

222. Art. 538 C.c.Q.

223. Rappelons que le législateur avait déjà admis la possibilité d'une filiation unilinéaire en matière d'adoption en permettant, dès la réforme de 1980, à une personne seule d'adopter un enfant : art. 598 C.c.Q. (1980) (aujourd'hui l'art. 546 C.c.Q.).

224. Benoît MOORE, « Les enfants du nouveau siècle (libres propos sur la réforme de la filiation) », dans S.F.P.B.Q., vol. 176, *Développements récents en droit familial*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 75 ; Marie PRATTE, « La filiation réinventée : l'enfant menacé ? », (2003) 33 *R.G.D.* 541 et Alain ROY, « La filiation homoparentale : Esquisse d'une réforme précipitée », (2004) 1 *Enfances, Familles*, en ligne : <<http://www.erudit.org/revue/efg/2004/v/n1/008896ar.html>> (site consulté le 7 janvier 2015).

225. Art. 538.1 et 538.3 C.c.Q.

226. Art. 540 C.c.Q. Notons que les couples désireux de faire appel aux services d'une mère porteuse pourront, en certains cas, passer par la voie de l'adoption sur consentement spécial (art. 555 C.c.Q.) pour parachever leur projet parental. En principe, suivant l'état actuel de la jurisprudence, c'est uniquement
(à suivre...)

nelle créée aux termes des dispositions du chapitre sur la procréation assistée demeure donc à ce jour impossible. La nouvelle loi prévoit toutefois la possibilité pour des conjoints de même sexe d'adopter un enfant²²⁷.

CONCLUSION

Comme l'écrivait l'historien Fernand Braudel, « pour espérer, pour aller de l'avant, il faut savoir aussi d'où l'on vient »²²⁸. Cette pensée s'applique aussi bien aux cheminements des personnes que des sociétés. Pour réformer le droit de la famille, il importe donc d'en connaître les sources et l'évolution.

Le survol historique présenté dans le présent chapitre aura permis de constater les grandes transformations dont le droit de la famille a fait l'objet depuis la codification de 1866. On aura notamment remarqué le changement de rythme qui s'est opéré depuis la Révolution tranquille. À la retenue dont le législateur a fait preuve jusqu'au début des années 1960 s'est alors substitué un interventionnisme croissant dont les orientations sont multiples.

La réforme de 1980 n'a pas freiné le mouvement, le législateur ayant multiplié les interventions au cours des décennies suivantes dans le but de répondre tant bien que mal aux nouveaux besoins mis au jour par l'évolution des réalités familiales et conjugales. Les quelque 35 années qui nous séparent de cette réforme se seront en effet révélées extrêmement riches en transformations sociales, comme le démontrera le prochain chapitre.

(...suite)

dans la mesure où un lien de filiation biologique pourra être établi avec l'un des conjoints, parent d'intention, et sur accord de la mère porteuse, qu'un consentement spécial à l'adoption pourra être donné en faveur du second parent d'intention et qu'une adoption pourra être prononcée, rendant ainsi « parfait » le lien de filiation entre l'enfant et ses deux parents d'intention. Voir *Adoption – 1445*, 2014 QCCA 1162.

227. Art. 546 C.c.Q. En effet, alors qu'on interprétait autrefois la notion de couple en référence exclusive aux conjoints hétérosexuels, qu'ils soient ou non mariés, il faut dorénavant en élargir la portée pour y intégrer les conjoints homosexuels, qu'ils soient unis de fait, unis civilement ou mariés. Voir Alain ROY, *Droit de l'adoption*, 2^e éd., coll. « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, p. 44-46.

228. Fernand BRAUDEL, « Préface », dans Joseph KI-ZERBO, *Histoire de l'Afrique noire*, Paris, Hatier, 1972.