

# Conjugalité et famille en droit québécois : Vers un changement de paradigme dans l'intérêt de tous les enfants\*

Christine Morin\*\*

Résumé . . . . .	417
Introduction . . . . .	419
1. Des inégalités <i>de facto</i> entre les enfants. . . . .	422
1.1 Des distinctions explicites en matière de filiation . . . . .	422
1.2 Une protection matérielle de la famille liée au statut des parents . . . . .	425
2. Des fonctions du Code civil en droit patrimonial de la famille . . . . .	430
2.1 Vers un objectif d'égalité et de protection . . . . .	432

\* Cet article porte sur le droit de la famille, un des thèmes de recherche de la professeure Deleury, auteure prolifique et collègue civiliste appréciée à la Faculté de droit de l'Université Laval. Voir notamment Édith Deleury, « L'union homosexuelle et le droit de la famille » (1984) 25 C. de D. 751 ; Édith Deleury et Marlène Cano, « Le concubinage au Québec et dans l'ensemble du Canada. Deux systèmes juridiques, deux approches » dans Jacqueline Rubellin-Devichi, dir., *Des concubinages dans le monde*, Paris, Éditions du C.N.R.S., 1990, 85.

\*\* Professeure titulaire de la Chaire de recherche Antoine-Turmel sur la protection juridique des aînés à la Faculté de droit de l'Université Laval. Cet article a été réalisé à l'aide d'une subvention de la Fondation du Barreau du Québec que l'auteure remercie. Elle remercie également Louis Turgeon-Dorion et Marianne Bédard, étudiants à la Faculté de droit, pour leur collaboration à la recherche. La recherche est à jour au 1<sup>er</sup> août 2014.

2.2 Des exemples tirés du passé . . . . .	436
Conclusion . . . . .	438

## RÉSUMÉ

L'auteure propose une réflexion critique sur la conjugalité et la famille en droit québécois et sur les fonctions du Code civil en matière de droit patrimonial de la famille. L'exclusion des conjoints de fait de l'application de la plupart des mesures de protection législatives de la famille prévues dans le Code civil a, outre des impacts majeurs pour les conjoints, des répercussions considérables sur leurs enfants. À la lumière de la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Éric c. Lola*, qui a reconnu la liberté de choix des couples non mariés, et la validité constitutionnelle du traitement législatif différencié entre couples mariés et non mariés, l'auteure rappelle que les différences dans le traitement des conjoints en fonction de leur statut conjugal ont aussi des conséquences pour leurs enfants. On peut comprendre le désir du législateur de respecter le choix des conjoints qui ne se sont pas mariés ni unis civilement, mais les enfants n'ont rien à voir avec ce choix. Par conséquent, il est difficile d'admettre qu'ils soient traités différemment. Dès lors, on peut s'interroger sur le rôle du Code civil pour favoriser l'égalité réelle et concrète de tous les enfants et pour assurer leur protection sur le plan économique. L'auteure considère qu'une intervention législative en droit de la famille est à la fois justifiée et imminente.



## INTRODUCTION

Il est difficile de définir la famille. Le législateur québécois n'en donne d'ailleurs aucune définition. La famille existe à travers les représentations que s'en font les citoyens, mais elle est également tributaire des normes qui la régissent<sup>1</sup>. Si ces deux réalités peuvent se recouper, il arrive également que le droit ne se préoccupe que de certains types de famille.

Par exemple, il y a une cinquantaine d'années, la famille québécoise était généralement perçue comme la réunion d'un homme et d'une femme unis pour la vie par les liens du mariage et de leurs enfants<sup>2</sup>. Seule cette forme de vie familiale était d'ailleurs considérée et régie par le droit. Qu'en est-il aujourd'hui ?

L'exigence de l'union d'un homme et d'une femme est disparue puisque les couples homosexuels sont reconnus tant sur le plan social que juridique. Les conjoints de même sexe ont la possibilité de s'unir au même titre que les conjoints hétérosexuels, que ce soit par les liens du mariage ou par ceux de l'union civile<sup>3</sup>. Les couples ne sont cependant pas tenus de se marier ou de s'unir civilement pour fonder une famille. Les conjoints peuvent choisir de vivre en union de fait. C'est le choix que font plusieurs couples québécois, qu'il s'agisse de couples homosexuels ou hétérosexuels<sup>4</sup>. En

1. Sur les représentations de la famille chez les enfants, voir Claire Ganne, « L'enfance en situation familiale complexe : regarder la famille du point de vue des enfants » (2014) 20 *Revue internationale enfances familles et générations* 1.
2. Philippe Garigue, *La vie familiale des Canadiens français*, Montréal, P.U.M., 1962.
3. *Loi sur le mariage civil*, L.C. 2005, c. 33, art. 2. Union civile : art. 521.1 C.c.Q.
4. Soulignons à ce titre que le Québec est parmi les champions mondiaux de l'union libre puisque 37 % des couples québécois optent pour cette forme de vie conjugale. Les données détaillées par provinces et territoires précisent que la fréquence de l'union libre au Québec se compare avec celle observée dans les trois territoires canadiens, mais qu'elle contraste grandement avec celle enregistrée dans les autres provinces. Seul le Nunavut affiche une fréquence d'union libre plus élevée (44 %) que le Québec. Les Territoires du Nord-Ouest suivent le Québec de près avec 36 % de même que le Yukon avec 31 %. Institut de la statistique du Québec, *Le bilan démographique du Québec, édition 2012* (bilan) Québec, Gouvernement du Québec, 2012 à la p. 104 [Institut de la statistique du Québec, « Bilan démographique »].

effet, les statistiques nous apprennent que plus d'un enfant québécois sur deux naît de parents qui ne sont pas mariés<sup>5</sup>.

Si, dans les faits, il est généralement difficile de distinguer les familles dont les conjoints sont mariés ou unis civilement de celles où les conjoints ne le sont pas<sup>6</sup>, juridiquement leur situation est distincte. Les différences sont particulièrement évidentes lorsque survient une rupture ou au moment où l'un des conjoints décède sans avoir laissé de testament. Cette différence s'explique par le fait que jusqu'à présent, le législateur québécois a choisi d'assurer une certaine protection de la famille ou de ses membres grâce à des mesures qui sont subordonnées à l'existence d'un mariage ou d'une union civile. C'est le cas des normes en matière de résidence familiale, de patrimoine familial, de prestation compensatoire, de régime matrimonial, d'obligation alimentaire entre conjoints et de droits successoraux entre conjoints, qui sont toutes conditionnelles au mariage ou à l'union civile.

À l'opposé, les familles dont les conjoints vivent en union de fait sont exclues de ces mesures de protection législatives et demeurent totalement libres d'aménager leurs rapports patrimoniaux à leur convenance, au nom du respect de l'autonomie et de la liberté des conjoints, ce qu'a d'ailleurs confirmé la Cour suprême<sup>7</sup>. Cette

5. En 2009, environ 63 % des naissances surviennent en dehors des liens du mariage, ce qui classe le Québec au second rang mondial en la matière, après l'Islande (64,1 %). Ministère de la famille et des aînés, *Un portrait statistique des familles au Québec*, - Québec, Gouvernement du Québec, 2011 [Ministère de la famille et des aînés, « Portrait statistique »]. Institut de la statistique du Québec, « Bilan démographique », *ibid.* à la p. 44. Pour illustrer davantage la diversité des profils familiaux au Québec, rappelons que les familles monoparentales sont nombreuses. En 2006, 27,8 % des familles québécoises sont monoparentales. Les familles dites « recomposées » le sont également. Elles représentent 10,7 % des familles avec enfants (biparentales et monoparentales) ou 14,2 % des familles biparentales. Ministère de la famille et des aînés, « Portrait statistique », *ibid.* aux pp. 8 et 12. Par ailleurs, un enfant peut avoir deux parents de même sexe, soit deux pères ou deux mères (art. 522, 523 et 539.1 C.c.Q.).
6. Pour une étude comparative de la situation factuelle des couples mariés et de fait, voir Hélène Belleau, *L'union de fait et le mariage au Québec : analyse des différences et des similitudes*, INRS, novembre 2007, 48 p.
7. *Québec (Procureur général) c. A.*, 2013 CSC 5. Rappelons que dans cette décision, la Cour suprême a confirmé la constitutionnalité de plusieurs dispositions du Code civil dont l'application est réservée aux conjoints mariés ou unis civilement. La Cour a alors justifié ces dispositions contestées par l'objectif du législateur québécois de promouvoir le libre choix et le respect de l'autonomie des conjoints de fait. À la suite de cet arrêt, les dispositions du Code civil en matière de protection de la résidence familiale, de patrimoine familial, de prestation compensatoire, de régime matrimonial légal et d'obligation alimentaire continuent donc de ne s'appliquer qu'aux conjoints mariés ou unis civilement, qu'ils aient des enfants ou non, à l'exclusion des conjoints de fait.

exclusion des conjoints de fait de l'application de la plupart des mesures de protection législatives de la famille prévues dans le Code civil a, outre des impacts majeurs pour les conjoints, des répercussions considérables sur leurs enfants. Par conséquent, on peut légitimement s'interroger à savoir si le *Code civil du Québec* veille adéquatement à la protection « des familles ».

Comme la définition sociale de la famille a changé, le droit de la famille québécois est peut-être appelé à évoluer, à nouveau, à son tour. Sachant qu'une majorité d'enfants naissent de parents qui ne sont ni mariés, ni unis civilement, est-il toujours opportun de légiférer de manière à protéger tous les couples mariés ou unis civilement, alors que les conjoints de fait sont libres d'aménager leurs rapports patrimoniaux comme ils l'entendent ? Quelles sont les conséquences de ce choix législatif du point de vue des enfants ? Le Code civil est-il appelé à jouer un rôle pour assurer une meilleure protection de tous les enfants ?

Puisque, socialement, une famille peut exister sans que les membres du couple soient mariés ou unis civilement, il semble y avoir lieu de revoir le paradigme dominant en matière de protection de la famille. Dans la foulée de la décision de la Cour suprême sur les droits des conjoints de fait et des travaux du Comité consultatif sur le droit de la famille mis en place par le gouvernement du Québec<sup>8</sup>, ce texte propose une réflexion critique sur la conjugalité et la famille en droit québécois et sur les fonctions du Code civil en matière de droit patrimonial de la famille<sup>9</sup>.

- 
8. Ce comité a pour mandat d'évaluer l'opportunité de revoir l'ensemble du droit de la famille québécois et, dans l'affirmative, de proposer au ministre de la Justice les éléments qui devraient être revus, tels la conjugalité, la parentalité, la filiation et le droit successoral. Il doit également faire des recommandations pour répondre aux préoccupations de certains groupes d'intervenants. Le premier rapport du comité a été remis au ministre de la Justice le 12 septembre 2013. Voir Comité consultatif sur le droit de la famille (12 septembre 2013), en ligne : ministère de la justice <[http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/pdf/rapp\\_prelim\\_CCDF.pdf](http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/pdf/rapp_prelim_CCDF.pdf)>. Le comité soumet : « On ne peut donc que conclure à l'existence d'un décalage significatif entre le modèle familial reconnu par le Code civil et les diverses configurations conjugales et familiales qui cohabitent aujourd'hui. »
9. Nous poursuivons ici une réflexion sur les fonctions du Code civil amorcée dans Christine Morin, « La contractualisation du mariage : réflexions sur les fonctions du *Code civil du Québec* dans la famille » (2008) 49 C. de D. 527, aussi publié dans *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, 2009-1, n° XXXIV-126, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 27, et Christine Morin, *L'émergence des limites à la liberté de tester en droit québécois : Étude socio-juridique de la production du droit*, coll. Minerve, Cowansville, Yvon Blais, 2009 aux pp. 310-372.

## 1. Des inégalités *de facto* entre les enfants

Outre le droit à l'égalité prévu dans la Charte québécoise<sup>10</sup>, il est bien connu que le Code civil énonce le principe de l'égalité entre les enfants :

Tous les enfants dont la filiation est établie ont les mêmes droits et les mêmes obligations, quelles que soient les circonstances de leur naissance<sup>11</sup>.

Le Code civil déclare ainsi que le statut conjugal des parents n'affecte pas leurs enfants puisque tous les enfants sont égaux<sup>12</sup>. Il convient cependant de s'interroger sur le caractère formel ou réel de cette égalité.

Certaines dispositions du Code civil qui intéressent les enfants ne s'appliquent qu'en présence de conjoints mariés ou, depuis 2002, unis civilement. Par conséquent, elles établissent des distinctions, directes ou indirectes, entre les enfants selon le type de conjugalité choisi par leurs parents. Si ces différences sont parfois explicites, il arrive également qu'elles découlent des distinctions entre les types d'unions conjugales.

### 1.1 *Des distinctions explicites en matière de filiation*

Dès sa naissance, l'enfant né de conjoints de fait est désavantagé relativement à l'établissement de sa filiation si on le compare aux enfants nés de parents mariés ou unis civilement.

En effet, certains articles du Code civil ne s'appliquent que lorsque les parents sont mariés ou unis civilement. C'est le cas de la présomption de paternité prévue aux articles 525 et 538.3 du Code civil et de la possibilité de déclarer la paternité ou la maternité d'un conjoint.

---

10. *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, art. 10 [*Charte québécoise*]. Relativement aux enfants, voir également l'article 39.

11. Art. 522 C.c.Q.

12. Sur cette question en Angleterre, en Allemagne et dans le reste du Canada, voir notamment Anne Sanders, « Cohabitants in Private Law: Trust, Frustration and Unjust Enrichment in England, Germany and Canada » (2013) 62:3 *International and Comparative Law Quarterly* 629 à la p. 630. Sur les différents couples, voir également Nicholas Bala, « Controversy Over Couples in Canada: The Evolution of Marriage and Other Adult Interdependent Relationships » (2003) 29 *Queen's L.J.* 41.



L'article 525 du Code civil dispose que : « L'enfant né pendant le mariage ou l'union civile de personnes de sexe différent ou dans les 300 jours après sa dissolution ou son annulation est présumé avoir pour père le conjoint de sa mère ». Grâce à cette présomption de paternité, l'enfant né de parents mariés ou unis civilement bénéficie automatiquement d'une filiation paternelle, que le conjoint de sa mère déclare ou non sa paternité au registre de l'état civil. Au contraire, l'enfant né d'une union de fait ne profite pas de cette présomption. Si le conjoint de la mère de l'enfant ne déclare pas sa paternité, cet enfant devra nécessairement tenter une action en réclamation d'état afin de bénéficier d'une filiation paternelle.

La présomption de paternité joue également lorsqu'un enfant naît à la suite d'une procréation assistée<sup>13</sup>. Dans ce dernier cas, la présomption peut même équivaloir à une présomption de comaternité dans la mesure où le couple qui a formé le projet parental est composé de deux femmes qui sont mariées ou unies civilement. Cette présomption est cependant réservée aux couples mariés ou unis civilement qui ont recours à la procréation assistée. Par conséquent, si une femme qui vit une union de fait donne naissance à un enfant à la suite d'une procréation assistée, son conjoint ou sa conjointe n'est pas présumé être le second parent de l'enfant, et ce, même si il ou elle a consenti à la procréation assistée. Le partenaire de fait de la mère de l'enfant qui choisit de ne pas déclarer sa filiation n'engage que sa responsabilité envers l'enfant et la mère de celui-ci<sup>14</sup>. Dans un tel cas, l'enfant n'a qu'une filiation maternelle avec la femme qui lui a donné naissance.

La différence de traitement entre les enfants qui découle de la présomption de paternité est fondamentale puisque plusieurs autres droits de l'enfant sont conditionnels à l'établissement de sa filiation. C'est le cas du droit à des aliments<sup>15</sup>, du droit à l'éducation par ses parents<sup>16</sup> et du droit de succéder en l'absence de dispositions testamentaires<sup>17</sup>. La distinction établie selon que la mère de

13. Art. 538.3 C.c.Q.

14. Art. 540 C.c.Q. Le professeur Moore explique que dans pareil cas, l'enfant est, en quelque sorte, un enfant naturel contemporain. Benoît Moore, « Les enfants du nouveau siècle (libres propos sur la réforme de la filiation) » dans *Service de la formation permanente, Barreau du Québec*, vol. 176, *Développements récents en droit familial* (2002), Cowansville, Yvon Blais, 2002, 75 aux pp. 84 et 85 [Moore, « Les enfants du nouveau siècle »].

15. Art. 585 C.c.Q.

16. Art. 599 C.c.Q.

17. Art. 655 et 666 à 669 C.c.Q.

l'enfant est mariée, unie civilement ou qu'elle est simplement en union de fait est généralement justifiée par les obligations de fidélité et de vie commune auxquels sont tenus les époux et les conjoints unis civilement<sup>18</sup>. Pour la professeure Pratte, cette présomption symbolise l'engagement du mari – ou de la conjointe mariée ou unie civilement – d'accepter la paternité des enfants qu'il aura de son épouse. Il est vrai que pareille obligation n'existe pas pour les couples qui ne sont ni mariés ni unis civilement. Néanmoins, le professeur Moore croit que cette justification est désormais passiste<sup>19</sup>. Il propose plutôt que, dans le contexte actuel, le fondement de la présomption de parentalité doit être la stabilité de l'union et du cercle familial<sup>20</sup>.

Quels que soient les fondements de la distinction, celle-ci est dénoncée par la doctrine depuis un bon nombre d'années déjà, eu égard à ses conséquences pour les enfants nés de conjoints qui vivent une union de fait<sup>21</sup>. Il y a assurément une différence de traitement entre les enfants, selon le statut conjugal des parents.

Il existe une seconde distinction relative à l'établissement de la filiation des enfants qui dépend du statut matrimonial des parents et qui est en lien avec cette présomption de paternité. Cette autre distinction résulte de l'article 114 du Code civil qui prévoit que seuls le père ou la mère peuvent déclarer la filiation de l'enfant à leur égard, à moins que la conception ou la naissance survienne pendant le mariage ou l'union civile. Dans ce cas, l'un des conjoints peut déclarer la filiation de l'enfant à l'égard de l'autre. La faculté de déclarer la paternité ou la maternité de son conjoint est ainsi

18. Art. 392 et 521.6 C.c.Q. Marie Pratte, « Le nouveau *Code civil du Québec* : retouches en matière de filiation » dans Ernest Caparros, dir., *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, 283 à la p. 286 [Pratte, « Le nouveau Code civil du Québec »].

19. Moore, « Les enfants du nouveau siècle », *supra* note 14 aux pp. 83-84.

20. *Ibid.* à la p. 84.

21. Christianne Dubreuil, « L'union de fait au Québec : inexistence dans le Code civil » (1999) 28 *Cahiers québécois de démographie* 229 [Dubreuil, « L'union de fait »] ; Dominique Goubau, « Le Code civil du Québec et les concubins : un mariage discret » (1995) 74 *R. du B. can.* 474 [Goubau, « Le Code civil du Québec »] ; Benoît Moore, « La discrimination dans le droit québécois de la famille » dans Jean-Louis Baudouin et Patrice Deslauriers, dir., *Droit à l'égalité et discrimination : aspects nouveaux*, Cowansville, Yvon Blais, 2002, 265 aux pp. 288 et 289 [Moore, « La discrimination »]. Moore, « Les enfants du nouveau siècle », *supra* note 14. *Contra* : Pratte, « Le nouveau Code civil du Québec », *supra* note 18 à la p. 286. Une certaine reconnaissance de l'union de fait était d'ailleurs proposée par l'Office de révision du Code civil dès 1978. Office de révision du code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec. Projet de Code civil*, vol. 1, livre 2, Québec, Éditeur officiel, 1978.

réservée aux conjoints qui sont mariés ou unis civilement. Il s'agit d'un avantage de la plus haute importance pour les enfants qui sont nés de parents mariés ou unis civilement puisque l'acte de naissance constitue la meilleure preuve de la filiation<sup>22</sup>. Au contraire, en dehors d'une union officialisée, les parents ne peuvent déclarer que leur propre filiation, quelle que soit la durée de l'union de fait<sup>23</sup>.

Dans le cas où un parent est dans l'impossibilité de déclarer sa filiation, par exemple parce qu'il est décédé avant ou pendant la naissance de l'enfant, on comprend que des procédures judiciaires seront requises afin que l'enfant puisse jouir d'une filiation à l'égard de ce parent décédé<sup>24</sup>. L'établissement d'une telle filiation est notamment nécessaire pour que l'enfant puisse hériter de son parent décédé en vertu des règles de la dévolution légale ou réclamer des aliments à sa succession<sup>25</sup>. Elle l'est également pour que l'enfant puisse porter le nom de ce parent puisque la loi prévoit que le nom de famille d'un enfant ne peut être formé que des noms de famille ou d'une partie des noms de famille de ses parents<sup>26</sup>. Le désavantage pour les enfants nés hors mariage ou union civile est évident et ne nécessite pas d'explications supplémentaires.

Outre ces distinctions relatives à la filiation, d'autres dispositions du Code civil qui ont trait à la protection plus spécifique des conjoints sont également susceptibles de désavantager les enfants nés de conjoints de fait par rapport aux autres enfants.

### **1.2 Une protection matérielle de la famille liée au statut des parents**

Il existe différentes mesures de protection de la famille ou de ses membres qui ont été mises en place par le législateur québécois au fil du temps. Ces mesures sont cependant tributaires du type d'union choisi par le couple puisqu'elles sont établies à titre d'effets du mariage ou de l'union civile. C'est le cas des règles en matière de protection de la résidence familiale, de patrimoine familial et de prestation compensatoire<sup>27</sup> qui sont toutes prévues au chapitre

22. Art. 523 C.c.Q. *Droit de la famille – 09358*, 2009 QCCA 332 au para. 39.

23. Art. 114 C.c.Q.

24. *P.R. c. S.B. (Succession de)*, [2003] R.D.F. 40 (C.S.).

25. Art. 585, 655, 666, 667 et 684 C.c.Q.

26. Art. 51 C.c.Q.

27. Art. 427 à 430 C.c.Q.

quatrième « Des effets du mariage » qui s'appliquent également à l'union civile<sup>28</sup>.

Même si le nom de certaines de ces mesures – patrimoine *familial* et protection de la résidence *familiale* – laisse entendre qu'elles ont été adoptées afin de protéger le cadre matériel de la « famille », elles sont réservées aux couples mariés ou unis civilement, que ceux-ci aient des enfants ou non. Qui plus est, comme elles sont d'ordre public, les conjoints mariés ou unis civilement ne peuvent s'y soustraire, et ce, même s'il s'agit d'une deuxième ou d'une troisième union, que les conjoints sont très âgés et qu'ils n'ont pas d'enfants<sup>29</sup>.

En ce qui a trait aux règles relatives à la protection de la résidence familiale, rappelons que celles-ci visent à obliger le propriétaire ou le locataire de la résidence de la famille à obtenir le consentement de son conjoint avant d'aliéner ou d'hypothéquer cette résidence ou encore de transporter les meubles qui servent à l'usage du ménage hors de celle-ci<sup>30</sup>. Par cette mesure, le législateur entend protéger le milieu de vie de la famille en prévenant des actes qui pourraient être préjudiciables pour le conjoint qui n'a pas de droits sur la résidence familiale ou sur les meubles de la famille. Par ricochet, les enfants dont les parents sont mariés ou unis civilement bénéficient de cette protection de leur lieu de vie.

Les avantages qui découlent de cette protection de la résidence familiale sont d'autant plus avérés lorsque survient une rupture du couple. En cas de séparation de corps, de dissolution ou de nullité du mariage ou de l'union civile, le tribunal peut, à la demande de l'un des conjoints, attribuer au conjoint du locataire le bail de la résidence familiale<sup>31</sup>. Le tribunal peut également attribuer à l'un des conjoints ou au survivant la propriété ou l'usage de meubles de son conjoint, qui servent à l'usage du ménage<sup>32</sup>. Il peut aussi attribuer au conjoint auquel il accorde la garde d'un enfant un droit d'usage de la résidence familiale<sup>33</sup>. Une attribution préférentielle de ces mêmes biens est également possible à la suite du décès d'un

28. Art. 521.6, al. 4 C.c.Q.

29. Art. 391 C.c.Q.

30. Art. 401 à 413 C.c.Q.

31. Art. 409 C.c.Q.

32. Art. 410 C.c.Q.

33. Art. 410 C.c.Q.

conjoint, puisque le conjoint survivant peut réclamer l'attribution de ceux-ci lors du partage successoral, s'il fait partie des héritiers<sup>34</sup>. Ces diverses attributions ont pour effet de préserver le milieu de vie des enfants, peu importe le parent à qui leur garde est confiée<sup>35</sup>. Comme cette mesure de protection de la famille est un effet du mariage ou de l'union civile, les conjoints de fait – et leurs enfants – n'en bénéficient pas<sup>36</sup>. Pourtant, tous les enfants auraient intérêt à jouir d'une telle protection à la suite de la rupture de l'union de leurs parents<sup>37</sup>. Dès 1995, le professeur Goubau suggérait que le droit d'usage de la résidence familiale apparaît comme un accessoire au droit de garde, une protection de l'enfant et non pas une protection du conjoint et que la protection devrait être étendue à tous les enfants<sup>38</sup>. Il expliquait que le droit d'usage de la résidence familiale permet d'atténuer les conséquences malheureuses de l'éclatement de la famille<sup>39</sup>.

Constatant l'inégalité de traitement subie par les enfants en raison du statut matrimonial de leurs parents, des juges ont tenté de minimiser ces impacts négatifs grâce à une interprétation large, libérale et généreuse du Code civil<sup>40</sup>. Par exemple, des juges ont accepté d'accorder un droit d'usage de la résidence familiale au conjoint de fait qui avait la garde des enfants au stade intérimaire de la procédure ou pendant la période où la résidence était mise en

34. Art. 856 C.c.Q. Cet article dispose expressément que le conjoint survivant devait être lié au défunt par mariage ou union civile pour présenter une telle demande.

35. Différents types d'attribution existent, mais tous sont liés à l'existence d'un mariage ou d'une union civile, voir les articles 410, 420, 429 et 482 C.c.Q.

36. *Droit de la famille – 113436*, 2011 QCCS 5824 au para. 63 ; *N.L. c. L.B.*, [2004] R.D.F. 550 (C.S.) ; *S. c. P.*, [1997] R.L. 438 (C.S.).

37. Voir également Dubreuil, « L'union de fait », *supra* note 21 à la p. 235 ; Robert Leckey, « Family Outside the Book on the Family » (2009) 88 R. du B. can. 541 ; Moore, « La discrimination », *supra* note 21 à la p. 291 ; Claudia P. Prémont et Michèle Bernier, « Un engagement distinct qui engendre des conséquences distinctes » dans *Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 140, Développements récents sur l'union de fait (2000)*, Cowansville, Yvon Blais, 2000, 1 aux pp. 13 à 16 [Prémont et Bernier, « Un engagement »] ; Michel Tétrault, « De choses et d'autres en droit de la famille – Les conséquences de la rupture chez les conjoints de fait : le prix de la marginalité » dans *Congrès annuel du Barreau du Québec (2003)*, Service de la formation permanente, Montréal, Barreau du Québec, 2003, 267 au para. 103 et pp. 299-301 aux para. 111 et 112 [Tétrault, « De choses et d'autres »].

38. Goubau, « Le Code civil du Québec », *supra* note 21 aux pp. 481 et 482. Cette représentation de l'usage de la résidence familiale comme un élément du droit de garde a été retenu dans *Boily c. Lamarre* (23 mai 1996), Québec 200-04-000380-947 (C.S.), juge Dufour.

39. Goubau, « Le Code civil du Québec », *supra* note 21 aux pp. 481 et 482.

40. Voir notamment Raymonde Lasalle, « Les conjoints de fait et la résidence familiale » dans *Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 140, Développements récents sur l'union de fait*, Cowansville, Yvon Blais, 2000, 99.

vente<sup>41</sup>. Il leur est également arrivé d'accorder un droit d'usage de certains meubles du ménage à un conjoint de fait qui avait la garde des enfants<sup>42</sup>. Les juges ont alors justifié leurs décisions de diverses façons : soit par l'intérêt de l'enfant et son droit à la protection de ses parents<sup>43</sup> ; soit en vertu des articles 522 du Code civil et 10 de la Charte québécoise qui prévoient que tous les enfants sont égaux devant la loi ; soit en raison de l'obligation des parents de garder, de nourrir et d'entretenir leurs enfants<sup>44</sup> ; soit encore en associant étroitement la question du logement familial et celle de l'obligation alimentaire des parents à l'égard de leurs enfants<sup>45</sup>. Ces efforts des magistrats en vue d'assurer une meilleure protection de tous les enfants sont certes louables, mais force est de constater la différence de traitement qui perdure en raison des textes législatifs.

Pour ce qui est du patrimoine familial, on sait qu'il a été adopté afin d'assurer une meilleure protection économique des conjoints mariés – et, depuis 2002, unis civilement – à la fin de l'union<sup>46</sup>. Bien que l'objectif fût la protection des membres du couple, on ne peut nier que les enfants bénéficient également de cette protection à la suite de la rupture de leurs parents<sup>47</sup>.

En effet, le partage automatique de la valeur des biens qui font partie du patrimoine familial – les résidences de la famille ou les droits qui en confèrent l'usage, les meubles qui les garnissent ou les ornent et qui servent à l'usage du ménage, les véhicules automobiles utilisés pour les déplacements de la famille, les droits accumulés durant le mariage au titre d'un régime de retraite, les gains inscrits,

41. *Droit de la famille* – 111682, 2011 QCCA 1153 (conf. en partie par 2011 QCCA 2320) ; *Droit de la famille* – 071829, 2007 QCCS 3571 ; *Droit de la famille* – 3457, [1999] R.D.F. 777 (C.S.).

42. *N.L. c. F.B.*, B.E. 2004 BE-850 (C.S.).

43. Art. 32 et 33 C.c.Q. et *Charte québécoise*, *supra* note 10, art. 39.

44. Art. 598 et 599 C.c.Q.

45. Art. 585 et s. C.c.Q.

46. Art. 414 à 426 C.c.Q.

47. Sur le sujet, voir également Dubreuil, « L'union de fait », *supra* note 21 aux pp. 234 et 235 ; Dominique Goubau, « La conjugalité en droit privé : comment concilier "autonomie" et "protection" ? » dans Pierre-Claude Lafond et Brigitte Lefebvre, dir., *L'union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21<sup>e</sup> siècle*, Cowansville, Yvon Blais, 2003, 153 [Goubau, « La conjugalité en droit privé »] ; Dominique Goubau, Ghislain Otis et David Robitaille, « La spécificité patrimoniale de l'union de fait : le libre choix et ses « dommages collatéraux » » (2003) 44 C. de D. 3 [Goubau, Otis et Robitaille, « La spécificité patrimoniale »] ; Jocelyne Jarry, *Les conjoints de fait au Québec : vers un encadrement légal*, Cowansville, Yvon Blais, 2008 [Jarry, « Les conjoints de fait »] ; Moore, « La discrimination », *supra* note 21 à la p. 292 ; Benoît Moore, « La notion de « parent psychologique » et le Code civil du Québec » (2001) 103 R. du N. 115 [Moore, « La notion »] ; Tétrault, « De choses et d'autres », *supra* note 37.

durant le mariage, au nom de chaque époux en application de la *Loi sur le régime de rentes du Québec* (chapitre R-9) ou de programmes équivalents<sup>48</sup> – a pour effet d’assurer un minimum de ressources financières au conjoint le moins fortuné à la fin de l’union. Comme la garde complète ou partagée des enfants peut être confiée à ce conjoint, le partage de la valeur du patrimoine familial a pour effet de lui assurer un meilleur niveau de vie dont profiteront ultimement les enfants<sup>49</sup>.

La prestation compensatoire, qui permet au tribunal d’ordonner le versement d’une somme d’argent au conjoint qui s’est appauvri à la suite de sa collaboration régulière à l’entreprise de son conjoint alors que ce dernier s’est enrichi, est une autre forme de protection dont bénéficient uniquement les couples mariés ou unis civilement<sup>50</sup>. Soulignons, de surcroît, que le tribunal a la possibilité d’ordonner que la prestation soit payée par l’attribution de droits dans certains biens, notamment la résidence familiale, les meubles qui servent à l’usage du ménage ou les droits accumulés au titre d’un régime de retraite<sup>51</sup>. À nouveau, on comprend que seuls les enfants issus d’un couple marié ou uni civilement sont susceptibles de bénéficier, indirectement, de l’application de ces mesures de protection. Pour ce qui est des conjoints de fait, leur seul recours consiste à prouver l’existence d’un enrichissement injustifié en vertu des règles de droit commun<sup>52</sup>.

Enfin, rappelons qu’il n’existe aucune obligation alimentaire entre les conjoints de fait – contrairement aux conjoints mariés ou unis civilement –, tel que l’a confirmé la Cour suprême<sup>53</sup>. Bien que, en principe, tous les enfants sont égaux et qu’ils ont eux-mêmes le droit d’obtenir une pension alimentaire de leurs parents, l’absence de droit aux aliments pour le conjoint de fait à qui est attribuée la

48. Art. 415 C.c.Q.

49. Le professeur Goubau rappelle l’appauvrissement de plusieurs femmes à la suite d’une rupture. Goubau, « La conjugalité en droit privé », *supra* note 47 aux pp. 157, 161 et 162.

50. Art. 427 C.c.Q.

51. Art. 429C.c.Q.

52. Sur le sujet, voir notamment *Droit de la famille – 132495*, 2013 QCCA 1586 ; Christine Morin, « L’enrichissement injustifié entre conjoints de fait : vers une meilleure prise en compte des situations vécues », dans *Droit de la famille en bref*, chronique, n° 9, *La Référence*, Yvon Blais, janvier 2013, EYB2013REP1301. Voir, dans le présent ouvrage, Louise Langevin, « Une histoire privée et du privé : conjointes de fait, exploitation et libre choix ».

53. *Québec (Procureur général) c. A.*, *supra* note 7.

garde des enfants est susceptible d'avoir un impact négatif sur le niveau de vie des enfants<sup>54</sup>. À ce sujet, des auteurs rappellent que le phénomène de la pauvreté des enfants qui vivent au sein d'une famille monoparentale est connu et documenté<sup>55</sup>. Les statistiques font largement état de l'appauvrissement général des femmes et des enfants dont elles ont la garde à la suite de la rupture du couple<sup>56</sup>.

Rappelons également que lorsqu'il y a un divorce, les enfants peuvent réclamer une pension alimentaire à l'ex-conjoint de leur parent qui a agi *in loco parentis* à leur égard, tel que prévu dans la *Loi sur le divorce*<sup>57</sup>. Les enfants dont un parent a été marié bénéficient conséquemment d'un débiteur alimentaire supplémentaire, si on les compare avec les autres enfants.

On le constate, les différences dans le traitement des conjoints en fonction de leur statut conjugal ne sont pas sans conséquence pour leurs enfants. On peut comprendre le désir du législateur de respecter le choix des conjoints qui ne se sont pas mariés ni unis civilement<sup>58</sup>, mais les enfants n'ont rien à voir avec ce choix. Par conséquent, il est difficile d'admettre qu'ils soient traités différemment. Dès lors, on peut s'interroger sur le rôle du Code civil pour favoriser l'égalité réelle et concrète de tous les enfants et pour assurer leur protection sur le plan économique.

## 2. Des fonctions du Code civil en droit patrimonial de la famille

Le professeur Noreau a écrit que l'enfant est « devenu le véritable fondement de la famille, au-delà de la pérennité de la vie de

54. Sur le sujet, voir également Dubreuil, « L'union de fait », *supra* note 21 aux pp. 234 et 235 ; Dominique Goubau, « Droit de la famille – Le caractère contraignant de l'obligation alimentaire des parents psychologiques » (1991) 51 R. du B. 625 à la p. 628 ; Goubau, « La conjugalité en droit privé », *supra* note 47 ; Goubau, Otis et Robitaille, « La spécificité patrimoniale », *supra* note 47 ; Jarry, « Les conjoints de fait », *supra* note 47 ; Moore, « La discrimination », *supra* note 21 à la p. 292 ; Moore, « La notion », *supra* note 47 ; Tétrault, « De choses et d'autres », *supra* note 37. *Contra* : Prémont et Bernier, « Un engagement », *supra* note 37 à la p. 21.

55. Goubau, Otis et Robitaille, « La spécificité patrimoniale », *supra* note 47 aux pp. 46-48. Ces auteurs réfèrent notamment à l'arrêt *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670 à la p. 673.

56. *Ibid.*

57. *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, c. 3, art. 2(2).

58. *Québec (Procureur général) c. A.*, *supra* note 7 ; *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, 2002 CSC 83.



couple »<sup>59</sup>. Le comité sur le droit de la famille arrive à une conclusion semblable :

L'enfant est au centre de la vocation ou mission du droit de la famille, dans son volet filiation et parentalité. S'il n'en est pas le seul sujet, il doit en demeurer le principal bénéficiaire. En d'autres termes, c'est autour du principe de l'intérêt de l'enfant que le droit de la filiation et de la parentalité doit s'articuler<sup>60</sup>.

La Cour suprême a également expliqué que l'intérêt de l'enfant est désormais « la pierre angulaire des décisions prises à son endroit »<sup>61</sup>. La place cardinale de l'intérêt de l'enfant est aussi reconnue en droit international. En effet, la *Convention relative aux droits de l'enfant*<sup>62</sup>, qui a été ratifiée par le Canada, prévoit à son article 3 que :

1. Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.
2. Les États parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, compte tenu des droits et des devoirs de ses parents, de ses tuteurs ou des autres personnes légalement responsables de lui, et ils prennent à cette fin toutes les mesures législatives et administratives appropriées. [...]

Sachant que tous les enfants sont en principe égaux, mais qu'ils ne bénéficient pas des mêmes avantages selon le statut conjugal de leurs parents et reconnaissant la primauté de l'intérêt de

59. Pierre Noreau, « Formes et significations de la vie familiale : Des liens entre famille, espace public et le droit » dans Conseil de la famille et de l'enfance, *Démographie et famille, les impacts sur la société de demain*, Québec, Conseil de la famille et de l'enfance, 2000, 45 à la p. 55. Il explique que les facultés de droit ont saisi ce changement puisqu'elles ont graduellement remplacé les cours de droit matrimonial par des cours de droit de la famille, de droit patrimonial de la famille ou de droit de la famille et de l'enfant.

60. Comité consultatif sur le droit de la famille, *Rapport sur l'opportunité d'une réforme globale du droit de la famille québécois*, supra note 8 à la p. 5.

61. Voir les propos du juge Beetz à C. (G.) c. V.-F. (T.), [1987] 2 R.C.S. 244 aux pp. 269 et 270. Les articles 33 du Code civil, 57 de la *Charte québécoise*, supra note 10, et 3 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, RLRQ, c. P-34.1, réfèrent à cet intérêt de l'enfant.

62. *Convention relative aux droits de l'enfant*, Doc. NU 44/25 (1989). Voir dans le présent ouvrage, Hugues Fulchiron, « Droits de l'enfant et intérêt de l'enfant, libres propos sur les interactions entre deux notions clés de la protection de l'enfant ».

l'enfant, des modifications législatives doivent-elles être envisagées ?

Pour répondre à cette interrogation, il est utile de revenir sur certaines fonctions qui sont reconnues au *Code civil du Québec* en ce qui a trait à la famille, notamment à l'aide de références à la sociologie du droit.

### 2.1 Vers un objectif d'égalité et de protection

Pour mieux expliquer les raisons pour lesquelles nous croyons qu'une intervention législative en droit de la famille est à la fois justifiée et imminente, il nous apparaît intéressant de revenir sur différents postulats de la sociologie du droit<sup>63</sup>.

D'abord, la sociologie du droit nous rappelle la relativité du droit. En effet, la sociologie enseigne que le contenu du droit et que la place qui lui est accordée varie d'une société à une autre, d'une époque à une autre, et qu'il n'existe pas de droit neutre et universel<sup>64</sup>. Le droit familial est un bon exemple de ce qui précède puisque les règles qui régissent les familles diffèrent d'une province, d'un pays ou d'un État à un autre, mais aussi selon les époques. Par conséquent, le droit n'est pas porteur de valeurs absolues, transcendantes ou universelles en la matière. Il a nécessairement vocation à évoluer.

La sociologie du droit propose ensuite que, lorsqu'il s'agit d'étudier le droit, il est important de considérer son caractère à la fois autonome et dépendant<sup>65</sup>. Étant donné que l'élaboration et l'interprétation du droit « reposent sur une rationalité, une logique, un raisonnement qui lui sont propres », on peut considérer qu'il jouit d'une certaine autonomie<sup>66</sup>. Cette autonomie du droit doit dès lors être prise en compte lorsqu'on analyse les conditions

63. Nous référons ici aux principaux postulats de la sociologie du droit, tels qu'ils ont été définis par le professeur Rocher. Guy Rocher, « Le droit canadien : un regard sociologique » dans Ivan Bernier et Andrée Lajoie, dir., *Les Études/Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada*, vol. 46, Ottawa, Centre d'édition du gouvernement du Canada, 1986, 151 [Rocher, « Le droit canadien »].

64. *Ibid.* à la p. 161. Carbonnier parle de droit variable et sujet à des transformations, voir Jean Carbonnier, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2001 aux pp. 12 et 13.

65. Rocher, « Le droit canadien », *supra* note 63 à la p. 161.

66. *Ibid.*

d'élaboration des normes. L'autonomie du droit est cependant relative puisque le législateur n'est pas le seul à faire les lois<sup>67</sup>. Que ce soit lors de l'élaboration, de l'interprétation ou de l'application du droit, on remarque des « processus où s'exercent des stratégies de pouvoir, des jeux d'intérêt, des pressions, inspirés par les attitudes, les idéologies, les valeurs de tous ceux qui participent à ces processus à un titre ou à un autre »<sup>68</sup>. La sociologie du droit nous rappelle ainsi que l'ensemble des acteurs sociaux joue un rôle actif dans la construction du droit<sup>69</sup>.

Parmi les différentes postures de la sociologie qui contribuent à expliquer l'évolution du droit, l'approche constructiviste sociologique enseigne que cette évolution est liée aux acteurs sociaux et à leurs représentations de la réalité<sup>70</sup>. Pour comprendre les raisons pour lesquelles le contenu d'une loi est modifié, il faudrait donc rechercher ce qui a changé dans les représentations sociales et comment les acteurs expliquent et justifient ces changements. Selon cette approche, c'est lorsqu'une condition sociale ne correspond plus aux représentations valorisées à l'intérieur d'une société que certains acteurs peuvent dénoncer le caractère problématique de cette condition pour ensuite chercher à améliorer la situation par divers moyens, notamment en recourant au droit.

Nous avons déjà relevé l'évolution des représentations de la famille au Québec et le fait que le modèle proposé dans le Code civil ne correspond plus aux différentes formes familiales contemporaines. Bien que le contenu du Code civil diffère désormais des représentations multiples de la famille, des modifications législatives n'apparaissent pas forcément possibles ou nécessaires. Nous avons mentionné que, du point de vue du sociologue, le droit jouit d'une autonomie relative à l'intérieur de la société. Cette autonomie dépend notamment des fonctions qui lui sont reconnues et qui contribuent à expliquer que tout changement dans les représentations

---

67. *Ibid.*

68. *Ibid.*

69. Sur l'analyse de la construction sociale du droit, voir notamment Douglas Litowitz, « The Social Construction of Law: Explanations and Implications » (2000) 21 *Studies in Law, Politics and Society* 215 ; Valentin Petev, « Virtualité et construction de la réalité sociale et juridique » (1999) 43 *Arch. phil. droit* 27.

70. Joseph R. Gusfield, « On the side: Practical Action and Social Constructivism in Social Problems Theory » dans John W. Schneider et John I. Kitsuse, dir., *Studies in the Sociology of Social Problems*, 2<sup>e</sup> éd., New Jersey, Ablex Publishing Corporation, 1987, 31, aux pp. 38-41.

sociales n'est pas nécessairement reproduit dans le droit positif<sup>71</sup>. En effet, quelles que soient les transformations des représentations sociales relatives à la famille observées dans la société, ces transformations ne seront transposées dans le droit que si elles sont aussi en accord avec les représentations sociales sur le droit, notamment quant à ses fonctions. Dans le cas contraire, il pourra y avoir modification de la norme sociale, mais non de la règle juridique. Autrement dit, à partir du moment où on reconnaît qu'une condition sociale est problématique, on ne peut y apporter une solution juridique que dans la mesure où on reconnaît que la solution peut ou doit passer par le droit, qu'elle correspond à une de ses fonctions, c'est-à-dire à « la tâche, ou l'ensemble des tâches, que le droit – conçu en général ou dans ses institutions particulières – accomplit (ou doit accomplir) dans la société humaine »<sup>72</sup>.

Pour qu'une question sociale soit juridicisée, son objet doit donc pouvoir être associé à une fonction que les acteurs sociaux, qu'ils soient juristes ou non, reconnaissent au droit. Une problématique sociale sera résolue autrement que par l'intermédiaire du droit dans la mesure où on considère que ce n'est ni le rôle ni l'une des tâches du droit d'intervenir en une matière ou en vue de résoudre un type de problème particulier, d'où l'importance de connaître les principales fonctions attribuées au droit à un moment précis du débat social<sup>73</sup>.

- 
71. Voir aussi Jean-Maurice Brisson et Nicholas Kasirer, « La femme mariée et le Code civil du Bas Canada : une commune émancipation ? » dans H. Patrick Glenn, dir., *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Yvon Blais, 1993, 221 aux pp. 223 et 224 où les auteurs soulignent que la parcimonie des réformes de 1931 et de 1964 en droit de la famille est liée au fait qu'il ne s'agit pas seulement de relations hommes-femmes, mais aussi de l'équilibre du droit familial. Les auteurs expliquent que les modifications législatives proposées devaient à la fois s'inscrire dans l'ensemble des lois et coutumes générales du pays et demeurer conformes au modèle civiliste.
72. Bien qu'il n'existe pas de définition universellement acceptée des fonctions du droit (André-Jean Arnaud et Maria José Farinas Dulce, *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 1998 aux pp. 111, 114 et 115 [Arnaud et Farinas Dulce, « Introduction »]), nous retenons la définition générale proposée dans : André-Jean Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 1993 à la p. 266 [Arnaud, « Dictionnaire »].
73. Arnaud et Farinas Dulce, « Introduction », *ibid.* à la p. 110 où les auteurs expliquent que l'étude des fonctions du droit permet de comprendre à quoi sert le droit et quelles sont les tâches qu'il accomplit pour la société. Soulignons que lorsque nous référons aux fonctions du droit, nous ne faisons pas référence à l'analyse dite fonctionnelle du droit, mais nous discutons plutôt des fonctions qui sont reconnues au droit par les acteurs sociaux, que ces fonctions répondent à un besoin symbolique ou instrumental.

Dans le cas qui nous intéresse, nous croyons que c'est la reconnaissance de la fonction d'outil de changement social du Code civil qui permettra que la loi soit modifiée<sup>74</sup>. En effet, si le Code civil a autrefois surtout été décrit comme un agent de réglementation des conduites individuelles et d'organisation du pouvoir dans la famille, il semble désormais davantage perçu comme un outil d'orientation globale de la société vers des buts unitaires<sup>75</sup>. Alors que des auteurs ont autrefois expliqué que le Code civil avait un rôle formel qui consistait à décrire la famille<sup>76</sup>, nombreux sont ceux qui lui reconnaissent maintenant un rôle matériel dans la prévention des situations problématiques<sup>77</sup>. Le Code civil devient ainsi un outil pour parvenir à un certain « idéal » de société fondé sur des valeurs sociales dominantes, telles l'égalité et la solidarité familiale. Le droit, notamment le Code civil, a davantage une fonction pratique qui lui est reconnue dans l'amélioration de la société<sup>78</sup>.

Une telle représentation du Code civil comme un outil de changement social confirme que des modifications législatives sont

- 
74. Le fait de reconnaître que le droit est « un moyen d'action sociale utilisable en vue de projets élaborés par des sujets sociaux concrets permet de constater, par exemple, que le droit est, bien entendu, un moyen d'orientation sociale, mais fondamentalement variable et incertain parce qu'il dépend, pour la signification des modèles normatifs, des attributions de sens qui prévalent dans le cours de l'interaction conflictuelle » Arnaud, « Dictionnaire », *supra* note 72 à la p. 268.
75. Rappelons que le professeur Issalys faisait un rapprochement entre le droit du mariage et le droit social dans un mémoire déposé à l'Assemblée nationale. Pierre Issalys, *Observations sur le document intitulé les droits économiques des conjoints*, août 1988.
76. À titre d'exemples, Anonyme, « Nos régimes matrimoniaux (suite et fin) » (1930) 8 R. du D. 517 à la p. 533 ; Charles-Édouard Dorion, « La philosophie du Code civil » (1925) 4 R. du D. 134 aux pp. 140 et 142 ; Louis-Amable Jetté, « Cours Jetté : Du mariage » (1928) 7 R. du D. 33 aux pp. 34 et 46 ; Léo Pelland, « Causerie du directeur » (1930) 8 R. du D. 330 aux pp. 330 et 331 ; Commission des droits civils de la femme, *Premier rapport des commissaires*, Québec, 6 février 1930 à la p. 17 ; Commission des droits civils de la femme, *Deuxième rapport des commissaires*, Québec, 15 mars 1930 à la p. 49.
77. Nous utilisons les expressions « formel » et « matériel » selon le sens commun de ces termes qui, selon nous, décrit bien les deux représentations du rôle du Code civil qui s'opposent lorsqu'il est question de l'argent dans la famille. Sur le rôle de la législation familiale en France, voir Christian Atias, « Les réformes de la législation familiale » (2002) 53 : 220 *La revue réformée* 71. Celui-ci retient quatre rôles principaux de la loi : décrire ; prescrire et proscrire ; inciter ; construire.
78. Le professeur Issalys réfère au phénomène de « l'instrumentalisation de la loi » et le professeur Grimaldi à celui de l'instrumentalisation du droit civil. Pierre Issalys, « La loi dans le droit : tradition, critique et transformation » (1992) 33 C. de D. 665 à la p. 683. Michel Grimaldi, « "Codes et codification" : pour souligner le dixième anniversaire de l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* et le bicentenaire du Code Napoléon » (2005) 46 C. de D. 11 à la p. 26. Sur le sujet, voir aussi Brian Z. Tamanaha, *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law*, New York, Cambridge University Press, 2006.

envisageables afin d'assurer une meilleure protection économique à tous les enfants et de favoriser leur égalité réelle. Ce type de perception des fonctions du Code civil a d'ailleurs été évoqué pour justifier d'autres modifications apportées en droit de la famille.

## 2.2 *Des exemples tirés du passé*

Différentes réformes du droit de la famille québécois ont été motivées par la recherche de l'égalité<sup>79</sup> et par une volonté de protéger des personnes jugées vulnérables dans des circonstances précises.

On peut penser, à titre d'exemple, à la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*<sup>80</sup>. En effet, les discussions qui ont précédé l'adoption de cette loi témoignent d'une représentation du Code civil comme un outil de changement social. Suivant la compréhension d'acteurs qui ont participé aux débats entourant l'adoption de cette loi, elle est née d'une volonté « d'offrir aux couples homosexuels les mêmes droits que ceux dévolus aux conjoints hétérosexuels »<sup>81</sup>. Certains ont d'ailleurs souligné le rôle important du « lobbying homosexuel » pour l'avancement des droits des conjoints<sup>82</sup>. Dans les notes explicatives du projet de loi, le législateur indique qu'il modifie le Code civil afin de reconnaître un nouveau statut aux personnes liées par une union civile, de manière à ce qu'elles aient les mêmes droits et les mêmes obligations que les personnes liées par le mariage, en plus de rendre applicables à tous les conjoints certaines dispositions législatives qui visent des situations de vie commune. L'objectif social était alors clairement de favoriser l'égalité entre les conjoints de même sexe et les conjoints hétérosexuels<sup>83</sup>.

79. Sur ce point, voir également : Benoît Moore, « Culture et droit de la famille : de l'institution à l'autonomie individuelle » (2009) 54 R.D. McGill 257 aux pp. 264-267.

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

81. Voir les propos du ministre de la Justice, Paul Bégin, sur *l'Avant-projet de loi instituant l'union civile des personnes de même sexe et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives* et du document intitulé *Pour un traitement égalitaire : l'union civile*, Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, 36<sup>e</sup> lég., 2<sup>e</sup> sess., Éditeur officiel du Québec (7 décembre 2001).

82. Brigitte Lefebvre, « L'évolution de la notion de conjoint en droit québécois » dans Pierre-Claude Lafond et Brigitte Lefebvre, dir., *L'union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21<sup>e</sup> siècle*, Cowansville, Yvon Blais, 2003, 3 à la p. 21.

83. Voir entre autres Mireille D.-Castelli et Dominique Goubau, *Le droit de la famille au Québec*, 5<sup>e</sup> éd., Québec, P.U.L., 2005 aux pp. 81 et 82 [D.-Castelli et Goubau, « Le droit de la famille »].

La *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux* représente un autre exemple de législation qui a été largement justifiée par des impératifs d'égalité. Le titre de la loi à cet égard est éloquent : favoriser l'égalité économique des époux. L'adoption de cette loi visait manifestement à corriger des problèmes constatés lors de la rupture de certains mariages<sup>84</sup>. À travers les débats sur les droits économiques des conjoints, le patrimoine familial a d'ailleurs été décrit comme un « projet de changement de société »<sup>85</sup>, un levier nécessaire au changement social<sup>86</sup>. Une professeure a même affirmé que le Code civil devait être le premier gardien de l'égalité et qu'il devait en garantir le respect<sup>87</sup>.

Rappelons que la réforme du droit de la famille de 1980 avait aussi été justifiée par la recherche de l'égalité, même si la réforme a par la suite été jugée trop timide à cet égard<sup>88</sup>. En effet, lors du dépôt du projet de loi instituant un nouveau Code civil en droit de la famille, la doctrine expliquait que le projet s'appuyait sur deux principes fondamentaux, le respect de la liberté des personnes et l'égalité des époux entre eux et devant la loi<sup>89</sup>. Parmi les changements apportés au Code civil à ce moment, on note la présence d'une mention explicite selon laquelle « les époux ont, en mariage, les mêmes droits et les mêmes obligations »<sup>90</sup>. Lors des débats parlementaires, certains avaient d'ailleurs souligné le devoir du législateur de combattre toutes les formes de discrimination « dans un souci d'équité et de justice sociale », notamment celles qui existent entre les hommes et les femmes<sup>91</sup>. À cet égard, l'adoption des règles

84. *Ibid.* aux pp. 123 et 124.

85. Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, 33<sup>e</sup> lég., 2<sup>e</sup> sess., (20 juin 1989) à la p. 6872, Éditeur officiel du Québec (Monique Gagnon-Tremblay).

86. Louise Harel, citant le professeur Issalys : *ibid.* aux pp. 6874 et 6875. Cette façon de voir était partagée par plusieurs personnes et groupes qui se sont exprimés à la suite de la publication du document de consultation sur les droits économiques des conjoints, notamment par le professeur Issalys dont les propos ont été abondamment repris tant par Monique Gagnon-Tremblay que par Louise Harel pour expliquer la réforme.

87. Monique Ouellette, « L'égalité sous le Code civil : la réalité et l'espoir » dans Les journées Maximilien-Caron 1990, *Enjeux et valeurs d'un Code civil moderne*, Montréal, Thémis, 1990, 13.

88. *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39 (P.L. 89). Voir notamment, Jean Pineau et Marie Pratte, *La famille*, Montréal, Thémis, 2006 aux pp. 2, 11 et 14.

89. D.-Castelli et Goubau, « Le droit de la famille », *supra* note 83 aux pp. 95, 101 et 102.

90. Art. 392 C.c.Q.

91. Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, 31<sup>e</sup> lég., 6<sup>e</sup> sess. (4 décembre 1980) aux pp. 606 et s., Éditeur officiel du Québec (Marc-André Bédard) [Bédard, « Journal des débats »].

en matière de protection de la résidence familiale était alors décrite comme un « moyen de protéger la femme, en particulier, contre bien des abus dont elle a été la victime dans le passé, étant donné l'absence à peu près complète de garanties en sa faveur dans le Code civil »<sup>92</sup>. On expliquait également les changements souhaités en matière de filiation par un esprit d'égalité :

C'est là l'une des réformes les plus fondamentales du droit de la famille que propose le projet de loi, celle de l'abolition de toute distinction entre les enfants dits légitimes ou naturels. Les différences de traitement juridique entre les membres d'une famille ont souvent conduit à des injustices dont les enfants ont été les seuls à porter le poids ; ceci n'est plus acceptable aujourd'hui<sup>93</sup>.

À partir de ces quelques exemples, il est possible d'avancer que si de telles représentations des fonctions matérielles – ou du rôle instrumental – du Code civil demeurent contemporaines, le législateur en viendra vraisemblablement à modifier à nouveau le Code<sup>94</sup>. Après avoir légiféré pour atteindre l'égalité juridique formelle des époux, il l'a fait de nouveau pour favoriser leur égalité économique. Après avoir affirmé l'égalité formelle de tous les enfants, il s'agit d'une nouvelle étape qui doit être franchie afin d'assurer leur égalité réelle. Le changement est possible dès lors qu'il s'agit d'un objectif social.

## CONCLUSION

La plupart des lois canadiennes et québécoises considèrent déjà les conjoints de fait au même titre que les conjoints mariés ou unis civilement<sup>95</sup>. Quelques dispositions du *Code civil du Québec* le font également, dans la mesure où une situation implique une même réalité pour tous les types d'unions<sup>96</sup>. Le temps semble venu

92. Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, 31<sup>e</sup> lég., 6<sup>e</sup> sess. (5 décembre 1980) aux pp. 663 et s., Éditeur officiel du Québec (Claude Ryan).

93. Bédard, « Journal des débats », *supra* note 91 aux pp. B-456 et s. Voir également : Jean-Louis Baudouin, « Examen critique de la situation juridique de l'enfant naturel » (1966) 12 R.D. McGill 157.

94. C'est la conclusion à laquelle nous arrivions dans Christine Morin, « La contractualisation du mariage : réflexions sur les fonctions du *Code civil du Québec* dans la famille » (2008) 49 C. de D. 527.

95. Voir notamment la définition du terme « conjoint » prévue à : *Loi d'interprétation*, RLRQ, c. I-16, art. 61.1.

96. Art. 15, 266, 555, 579, 723, 759, 1938, 1958 et 1974.1 C.c.Q.



de repenser l'ensemble des situations où des distinctions persistent, peut-être inutilement.

Étant donné les similitudes fonctionnelles qui existent entre les différentes formes d'unions, particulièrement en présence d'enfants, le droit de la famille québécois mérite d'être repensé<sup>97</sup>. Comme le professeur Goubau, nous croyons que c'est la présence d'enfants qui doit devenir « un nouvel élément déclencheur de mesures patrimoniales »<sup>98</sup>, plutôt que l'existence d'un mariage ou d'une union civile.

Comme tous les enfants sont égaux et que tous méritent de bénéficier du plus grand confort matériel que peuvent leur fournir leurs parents, le Code civil doit tenir compte de toutes les familles, quel que soit le statut matrimonial des conjoints. Il est temps de transformer l'égalité formelle des enfants déclarée par le Code civil en une égalité bien réelle. Il s'agit d'une des fonctions du *Code civil du Québec*.

---

97. Dans son dernier avis, le Conseil du statut de la femme réclame que les conjoints de fait soient davantage protégés économiquement en vertu des dispositions du Code civil. Le Conseil croit même que toutes les conjointes de fait, qu'elles aient des enfants ou non, doivent être protégées en cas de rupture si la cohabitation a eu une durée raisonnable. Conseil du statut de la femme, *Pour une véritable protection juridique des conjointes de fait*, Québec, Éditeur Conseil du statut de la femme, 2014 à la p. 76). La professeure Langevin partage cet avis : « Les femmes, avec ou sans enfants, font souvent des choix dictés par la solidarité familiale et conjugale pouvant avoir des effets sur leurs capacités financières. Les lois des autres provinces canadiennes ne limitent pas le versement de la pension alimentaire aux cas de rupture de conjoints de fait avec enfants. De même, chez les couples mariés, le versement d'une pension alimentaire en cas de rupture n'est pas lié seulement à la présence d'enfants. Louise Langevin, « Liberté de choix et protection juridique des conjoints de fait en cas de rupture : difficile exercice de jonglerie » (2009) 54 R.D. McGill 697 à la p. 712.

98. Goubau, Otis et Robitaille, « La spécificité patrimoniale », *supra* note 47 à la p. 49. Voir également : Goubau, « La conjugalité en droit privé », *supra* note 47 aux pp. 161 et 162.

