
Culture et droit de la famille : de l'institution à l'autonomie individuelle

Benoît Moore*

Au Québec, au cours du vingtième siècle, la progression de l'autonomie individuelle et la perte d'influence de l'Église catholique, accompagnée de la concurrence religieuse induite par le multiculturalisme, ont profondément transformé le droit de la famille. L'ancienne législation visait à favoriser la conception unitaire de la famille, basée sur le mariage, au nom de l'intérêt supérieur de la société. L'auteur estime qu'il existe désormais un nouveau régime du droit de la famille, dont l'objectif principal est d'assurer la protection, notamment économique, des membres de la cellule familiale. Le corps familial, institution sociétale centrale, dont la conception traditionnelle et religieuse faisait reposer l'autorité absolue sur le mari, n'échappe dorénavant plus à la volonté individuelle et fonde ses grandes lignes sur les valeurs fondamentales que sont l'égalité et l'autonomie individuelle.

Over the course of the twentieth century, the progression of individual autonomy and the loss of the influence of the Catholic Church in Quebec, accompanied by the religious diversity introduced by multiculturalism, has profoundly transformed family law. Old legislation favoured the traditional conception of a nuclear family, based on marriage, in the name of overriding societal interests. The author argues that a new regime of family law is now in place, the principal objective of which is to assume the protection, notably the economic protection, of members of the family unit. This family unit, a central societal and cultural institution that was traditionally conceived as being under the absolute authority of the husband, can no longer escape the influence of individual liberty. Rather, the family is now defined by the fundamental values of equality and individual autonomy.

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, titulaire de la Chaire Jean-Louis Baudouin en droit civil, secrétaire général du groupe québécois de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française. L'auteur tient à remercier Mme Martine Sirois pour l'aide apportée à la rédaction de ce texte. Ce dernier reprend le rapport soumis aux Journées louisianaises de l'Association Henri Capitant tenues en mai 2008. Il demeure donc essentiellement, dans la forme comme dans le fond, un texte de conférence.

© Benoît Moore 2009

Mode de référence : (2009) 54 R.D. McGill 257

To be cited as: (2009) 54 McGill L.J. 257

Introduction	259
I. Éclatement du référent religieux : entre laïcité et confessionnalité multiple	261
A. <i>La sécularisation de la famille</i>	261
B. <i>La concurrence religieuse et la nécessaire neutralité de l'État</i>	263
II. Éclatement du référent social : l'ascension de l'autonomie individuelle	264
A. <i>L'égalité : valeur fondatrice</i>	264
B. <i>Le rôle croissant de la volonté : la privatisation de la famille</i>	267
Conclusion	272

Introduction

Tout comme son modèle français, le droit de la famille québécois a longtemps été fondé sur une double puissance : la puissance paternelle et la puissance maritale. C'est cette conception de la famille autorité, laquelle réside dans la réunion de personnes autour d'un chef absolu¹, qui est retenue en 1866 lors de l'adoption du *Code civil du Bas Canada*. Le père exerce seul, en principe, l'autorité sur les enfants². L'épouse, devenue incapable par le mariage, est soumise à son mari³ ; elle lui doit obéissance et a l'obligation de vivre avec lui⁴. En ce sens, la famille du *Code civil du Bas Canada* est traditionnelle et se rapproche de la famille française.

Une différence importante avec la France existe toutefois en ce qui a trait à l'influence religieuse. À l'époque de la codification de 1866, la France reconnaît depuis la Constitution de 1791 le mariage comme un simple contrat, dont la célébration est civile depuis une loi du 20 septembre 1792. Également, le divorce, bien qu'abrogé depuis 1816, avait été introduit par la loi de 1792 et reconduit dans le code de 1804⁵. Les idées laïques révolutionnaires à l'origine de ces réformes n'ont pas traversé l'océan pour pénétrer le Bas-Canada, où l'influence de l'Église est encore très forte. La célébration du mariage y demeure l'apanage du religieux et est, avant la conquête britannique, le monopole de l'Église catholique. Après la conquête, grâce à l'*Acte de Québec de 1774*⁶, l'Église catholique continue de procéder à la célébration du mariage, mais partage cette charge avec l'Église protestante puis, progressivement, avec d'autres religions⁷.

L'importance sociale et politique de la religion se retrouve dans les négociations constitutionnelles qui ont mené à la *Loi constitutionnelle de 1867*. La compétence sur le mariage et la question du divorce, ce dernier étant admis chez les protestants, sont des enjeux importants des discussions. Le compromis retenu consiste à reconnaître à l'État fédéral la compétence sur le mariage et le divorce, et aux provinces celle de la célébration du mariage. La décision de donner au palier fédéral la compétence sur le mariage est fondée sur la volonté d'assurer la validité, partout au pays, d'un mariage célébré dans une province. Comme pour d'autres domaines, dont les banques et la faillite, les pères de la Constitution s'assurent de l'existence d'un organe de coordination central afin de faciliter les échanges et mouvements d'une partie à

¹ Voir Jean Pineau et Marie Pratte, *La famille*, Montréal, Thémis, 2006 à la p. 5.

² Art. 243 C.c.B.-C. (avant 1977).

³ Art. 174 C.c.B.-C. (avant 1964).

⁴ Art. 175 C.c.B.-C. (avant 1980).

⁵ Voir Anne Lefebvre-Teillard, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris, Presses Universitaires de France, 1996 à la p. 193.

⁶ (R.-U.), 14 Geo. III, c. 83, art. 5, 8, reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, n° 2. Les articles 5 et 8 de l'*Acte de Québec de 1774* permettaient respectivement aux sujets catholiques d'exercer librement leur religion et d'appliquer le droit en vigueur avant la conquête en matière de droit privé au Québec.

⁷ Voir Pierre-Gabriel Jobin, «Loi concernant le mariage civil» (1969) 10 C. de D. 211 à la p. 212.

l'autre du pays»⁸. Ce partage n'a toutefois pas de conséquence immédiate sur les règles de formation du mariage puisque le Parlement fédéral n'intervient pas. Les règles adoptées en 1866 dans le *Code civil du Bas Canada* continuent donc d'être appliquées. Parallèlement à cette compétence sur les conditions de fond du mariage et afin d'écartier toute crainte du clergé catholique, qui contrôle la célébration des mariages sur le territoire du Bas-Canada, une compétence provinciale est ajoutée à l'article 92(12) de la loi constitutionnelle en matière de célébration du mariage. Cette compétence provinciale n'est pas une garantie constitutionnelle que l'Église catholique conservera ce pouvoir, puisque la compétence en cette matière n'est pas attribuée sur une base «*confessionnelle*», mais «*territoriale*»⁹. C'est toutefois, à court terme, une garantie factuelle puisque l'Église catholique conserve une grande influence sur la population francophone et le pouvoir politique provincial.

Quant au divorce, c'est le pouvoir fédéral qui en reçoit la compétence¹⁰. Ce choix vise à satisfaire les membres des deux Églises majoritaires. D'un côté, il est prévu que l'Église protestante, majoritaire au Canada anglais et minoritaire au Québec, conserve le droit au divorce. D'un autre côté, l'Église catholique, majoritaire au Québec, reçoit l'assurance que ce problème délicat sera réglé par les autorités fédérales et non provinciales. Cette solution n'est pourtant qu'un succès partiel puisque le législateur fédéral attend jusqu'en 1968 pour adopter sa première loi sur le divorce. Pendant près de cent ans, le divorce n'est donc possible au Québec que par l'adoption d'une loi fédérale d'intérêt privé et à partir de 1963, par une résolution du Sénat¹¹.

Cette conception de la famille basée sur la tradition, sur l'autorité d'un chef de famille et sur l'influence dominante de la religion s'érode progressivement au vingtième siècle. Particulièrement à compter des années 1960, des phénomènes aussi nombreux que connus interviennent : la diminution, voire la disparition progressive de l'autorité sociale et politique de la religion ; la libération sexuelle ; la revendication par les femmes de l'égalité de droit ; et plus généralement, les revendications de toutes sortes fondées sur les droits et libertés de la personne. Le droit de la famille, par ces phénomènes sociaux, ce changement de valeurs et de culture, se transforme

⁸ Hugo Cyr, «La conjugalité dans tous ses états : la validité constitutionnelle de "l'union civile" sous l'angle du partage des compétences législatives» dans Pierre-Claude Lafond et Brigitte Lefebvre, dir., *L'union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21^e siècle*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2003, 193 à la p. 218. L'auteur relève à la page 220 que l'attribution de la compétence sur le mariage à l'État fédéral suscitait des craintes : «L'on craignait donc une compétence fédérale étendue qui aurait pu permettre au Parlement de s'immiscer dans pratiquement tous les domaines du droit civil touchant la famille. Or la famille était justement perçue comme le dernier retranchement des Canadiens-Français face à la puissance britannique».

⁹ *Ibid.* à la p. 223.

¹⁰ Voir Anne-Marie Bilodeau, «Quelques aspects de l'influence religieuse sur le droit de la personne et de la famille au Québec» (1984) 15 R.G.D. 573 à la p. 586 ; François Chevette et Herbert Marx, *Droit constitutionnel : notes et jurisprudence*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1982 à la p. 656.

¹¹ Chevette et Marx, *ibid.* à la p. 657.

profondément autour de deux grands axes : l'éclatement du référent religieux (I) et l'éclatement du référent social par l'ascension de l'autonomie individuelle (II)¹².

I. Éclatement du référent religieux : entre laïcité et confessionnalité multiple

L'éclatement du référent religieux procède d'une double manière. D'abord, la religion catholique majoritaire perd son influence et par conséquent, la famille se sécularise (A). Ensuite, l'immigration massive et le multiculturalisme mènent à une concurrence religieuse qui interpelle l'État dans son devoir de neutralité (B).

A. La sécularisation de la famille

Sécularisation de l'état civil. Les codificateurs de 1866 refusent la sécularisation des actes d'état civil à laquelle la France a procédé dans sa loi du 20 septembre 1792¹³. Dans la colonie, puis dans la province de Québec, les actes d'état civil, qu'ils soient de naissance, de mariage ou de décès, sont confessionnels et la conservation de ceux-ci relève des paroisses¹⁴. Les parents qui ne désirent pas faire baptiser leurs enfants peuvent toutefois les déclarer auprès du secrétaire-trésorier ou du greffier municipal ou d'un juge de paix¹⁵. Certaines autres exceptions existent en matière de décès et à compter de 1969, pour le mariage civil¹⁶. Évidemment, ce système, en plus d'être techniquement inefficace et artificiellement complexe, correspond de moins en moins à la réalité sociologique où coexistent une pluralité de croyances et une laïcité croissante. La sécularisation, devenue nécessaire, n'intervient toutefois qu'en 1991 dans le cadre de la réforme du *Code civil*, qui entre en vigueur en 1994. Les actes de l'état civil sont désormais centralisés sous la responsabilité d'un fonctionnaire civil, le directeur de l'état civil.

¹² Voir Bjarne Melkevik, «Penser le droit québécois entre culture et positivisme : quelques considérations critiques» dans Bjarne Melkevik, dir., *Transformation de la culture juridique québécoise*, Sainte-Foy (Qc), Presses de l'Université Laval, 1998, 9 («Le changement fondamental est sûrement la victoire de l'individualisme et de la sécularisation» à la p. 10).

¹³ Voir Canada, Commissaires pour la codification des lois du Bas Canada qui se rapportent aux matières civiles, *Code civil du Bas Canada. Premier, second et troisième rapports*, Québec, George E. Desbarats, 1865 («Ce nouvel ordre de choses [...] n'a pas paru aux Commissaires préférable à celui qui a été constamment en usage dans le pays depuis son établissement, et qui est si intimement lié avec ses institutions ; ils croient devoir conserver le système actuel et sont d'avis qu'il ne pourrait être supprimé sans de grands inconvénients» à la p. 156). Sur la codification de 1866, voir généralement Brian Young, *The Politics of Codification: The Lower Canadian Civil Code of 1866*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1994.

¹⁴ Bilodeau, *supra* note 10 aux pp. 576-77.

¹⁵ Art. 53(a) C.c.B.-C. Voir Bilodeau, *ibid.* à la p. 578.

¹⁶ Voir Édith Deleury et Dominique Goubau, *Le droit des personnes physiques*, 4^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008 à la p. 326.

Apparition du mariage civil. Le système qui lie nécessairement le mariage à une célébration religieuse demeure en vigueur au Québec jusqu'en 1968, année où le législateur adopte la *Loi concernant le mariage civil*¹⁷. Cette loi ajoute aux célébrants du mariage, lesquels étaient jusqu'alors nécessairement religieux, un officier civil, le protonotaire ou un adjoint, pouvant célébrer le mariage¹⁸. Cette création d'une célébration civile convient aux communautés religieuses puisque celles-ci se voyaient souvent dans l'obligation morale de célébrer des unions de complaisance, les couples n'ayant pas d'autre alternative. Ce compromis est aussi un moindre mal puisque certaines personnes avaient réclamé l'adoption d'un système similaire à celui de la France, où le mariage civil est célébré distinctement du mariage religieux¹⁹. Plutôt que d'aller dans cette voie, soit une réelle sécularisation du mariage, l'État maintient aux communautés religieuses la compétence de célébrer le mariage civil et crée parallèlement une célébration purement civile.

Les faits semblent donner raison à l'Église puisque le mariage civil peine à s'établir malgré l'affaiblissement de la religion dans les valeurs collectives. En 1981, il ne représente que 20,2 pour cent des mariages célébrés et 29,4 pour cent en 1999²⁰. Quoiqu'en hausse, ces chiffres sont peu élevés, d'autant plus que la célébration civile est souvent choisie en raison de l'impossibilité de la célébration religieuse. Cet état de fait laisse à penser que le mariage demeure un acte religieux dans la conscience collective et que la concurrence au mariage religieux repose, comme nous le verrons, bien plus dans l'union de fait que dans le mariage civil. Il est aussi permis de penser que le mariage civil est peu populaire car il doit en principe être célébré au palais de justice devant un fonctionnaire de la cour. Afin de donner un peu plus de «romantisme» au mariage civil, le législateur étend en 2002 le pouvoir de célébrer les mariages aux notaires, aux maires, à d'autres membres des conseils municipaux et à toute autre personne désignée par le ministre de la Justice²¹. De même, le mariage peut être célébré dans le lieu choisi par les époux, dans la simple limite que ce lieu respecte le caractère solennel de la cérémonie. Malgré ces modifications, le mariage civil ne représente toujours en 2007 que 38,4 pour cent des mariages célébrés²².

Si l'Église a disparu du domaine des actes d'état civil, elle est toujours présente dans celui du mariage, que l'officier religieux peut encore célébrer au nom de l'État. Comme le fait remarquer le professeur Louis Baudouin, concernant les actes d'état civil, «[o]n se trouve ainsi en face d'une situation pour le moins curieuse : celle d'un droit civil qui entérine et donne pleine valeur juridique à des actes d'origine

¹⁷ L.Q. 1968, c. 82.

¹⁸ *Ibid.*, art. 1.

¹⁹ Voir Jobin, *supra* note 7 aux pp. 214-15.

²⁰ Institut de la statistique du Québec, «Mariages selon le type (religieux ou civil) et la catégorie du célébrant, Québec, 1969-2008» (2 juin 2009), en ligne : Institut de la statistique du Québec <http://www.stat.gouv.qc.ca/donstat/societe/demographie/etat_matrm_marg/513.htm>.

²¹ Art. 366 C.c.Q.

²² *Supra* note 20.

religieuse, dressés uniquement par des membres qualifiés de chaque religion»²³. Si cette situation peut sembler anachronique, elle est aussi problématique dans un pays qui ne connaît pas de religion d'État et qui compte, parmi sa population, une grande diversité de cultes.

B. La concurrence religieuse et la nécessaire neutralité de l'État

L'éclatement du référent religieux procède d'abord de la perte d'influence de l'Église, mais aussi de la diversification des cultes pratiqués. Or, tant la *Charte canadienne des droits et libertés*²⁴ que la *Charte des droits et libertés de la personne*²⁵ reconnaissent à tout citoyen la liberté de religion et de conscience. Ces garanties impliquent que l'État doit permettre le libre exercice des dogmes religieux, mais aussi qu'il doit demeurer neutre, c'est-à-dire ne pas favoriser une religion plutôt qu'une autre. Elles se manifestent en matière familiale lorsque l'État persiste à impliquer la religion dans le droit ou encore lorsque le dogme religieux s'oppose au droit civil.

Célébration du mariage. Nous avons vu que la célébration du mariage civil, si elle n'est plus l'apanage de l'ordre religieux, peut encore être le fait d'un célébrant religieux. Pour ce faire, ce dernier doit être autorisé par le ministre responsable de l'état civil, lequel vérifie que sont remplies les conditions légales dont celle «que l'existence, les rites et les cérémonies de [la] confession aient un caractère permanent»²⁶. Cette délégation peut mettre en péril l'obligation de neutralité de l'État, puisque celui-ci reconnaît le pouvoir de célébrer un mariage civil à certains groupes religieux et non à d'autres et se trouve nécessairement à favoriser les premiers par rapport aux seconds. Afin d'écarter cette difficulté et plutôt que d'abolir cette délégation au pouvoir religieux, le choix a été d'appliquer avec une très grande souplesse les conditions légales et de reconnaître comme célébrant compétent, non seulement les grandes religions, mais aussi des groupes religieux plus confidentiels, voire sectaires ou artificiels²⁷. Nous verrons qu'à terme, cette façon de faire a participé à une dénaturation de la célébration du mariage.

Divorce religieux. La première loi sur le divorce au Canada date de 1968. Quelques années après son adoption, les tribunaux ont conclu que cette loi ne violait pas la liberté de croyance de l'époux qui refusait le divorce²⁸, essentiellement parce

²³ Louis Baudouin, *Les aspects généraux du droit privé dans la province de Québec*, Paris, Dalloz, 1967 à la p. 173.

²⁴ Art. 2(a), partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [*Charte canadienne*].

²⁵ L.R.Q. c. C-12, art. 3 [*Charte québécoise*].

²⁶ Art. 366 C.c.Q.

²⁷ Voir Alain Roy, «Le droit de la famille — une décennie d'effervescence législative» (2003) 105 R. du N. 215 à la p. 229 ; Benoît Moore, «Le droit de la famille et les minorités» (2003-04) 34 R.D.U.S. 229 à la p. 236.

²⁸ *Baxter v. Baxter* (1983), 45 O.R. (2^e) 348, 6 D.L.R. (4^e) 557 (H.C. Ont.) ; *Droit de la famille — 1326*, [1990] R.D.F. 401 (C.S. Qc).

qu'elle ne concernait que le mariage civil. Toutefois, l'étanchéité entre la rupture civile et religieuse ne va pas toujours sans poser de problème, par exemple pour la religion juive, au sein de laquelle la rupture religieuse implique que l'homme remette à son épouse le *get*. Sans celui-ci, la femme demeure «enchaînée» à son mari et ne peut se remarier religieusement ; au regard de la religion, ses éventuels enfants seront illégitimes. Or, une pratique de chantage s'est développée, liant le *get* aux relations civiles : le mari soumettait son consentement au *get* à la renonciation par la femme de certains droits civils concernant les aliments ou la garde des enfants²⁹.

Pour mettre fin à ces pratiques contraires à l'esprit de la législation civile, le législateur fédéral est intervenu en 1990 en ajoutant à la *Loi sur le divorce* une disposition qui permet au tribunal de rejeter tout affidavit, demande ou autre acte de procédure de l'époux qui refuse de supprimer tout obstacle au remariage religieux de son conjoint³⁰. Plus encore, la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Bruker c. Marcovitz*³¹, a récemment condamné un homme à payer des dommages-intérêts à son ex-épouse pour défaut d'avoir consenti au *get* alors qu'il s'était *contractuellement* engagé à le faire dans la convention de divorce civil. Outre le respect de la parole donnée, l'égalité entre hommes et femmes est au centre de cette décision de la Cour suprême. Pour cette dernière, si le droit à la différence, notamment religieuse, est un trait distinctif de la culture juridique canadienne, certaines différences sont incompatibles avec les valeurs fondamentales de la société, de sorte qu'il peut être nécessaire de fixer des limites.

II. Éclatement du référent social : l'ascension de l'autonomie individuelle

Il est un lieu commun de dire que la période contemporaine est celle des droits individuels et de la liberté, lesquels prennent l'ascendant sur les institutions. Il n'en demeure pas moins que le droit de la famille est affecté de manière toute particulière par ce phénomène. Celui-ci connaît une pluralisation du modèle familial où l'égalité est la valeur fondatrice (A) et où l'autonomie individuelle tend à concurrencer le statut institutionnel (B).

A. L'égalité : valeur fondatrice

La juge Abella de la Cour suprême écrivait récemment dans l'affaire *Bruker* que le droit à la différence et, pouvons-nous ajouter, à l'égalité en tant que corollaire de

²⁹ Voir John Tibor Syrtash, *Religion and Culture in Canadian Family Law*, Toronto, Butterworths, 1992 à la p. 121.

³⁰ *Loi modifiant la Loi sur le divorce (obstacles au remariage religieux)*, L.C. 1990 c. 18, art. 21.1(2) ; *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985 (2^e supp.), c. 3, art. 21(1). Voir notamment *Droit de la famille — 08491*, 2008 QCCS 838, [2008] R.D.F. 273.

³¹ 2007 CSC 54, [2007] 3 R.C.S. 607, 288 D.L.R. (4^e) 257 [*Bruker*]. Les motifs de la majorité sont rendus par la juge Abella et ceux de la dissidence par la juge Deschamps.

celui-ci, «est devenu un élément déterminant de notre caractère national»³². Cette valorisation de l'égalité suit les modifications profondes qu'a connues la société québécoise et découle de l'avènement et de la place qu'ont su prendre la *Charte québécoise* et la *Charte canadienne* dans notre inconscient collectif et notre identité nationale. Le droit à l'égalité juridique est présent dans tous les secteurs du droit et il innerve d'une manière toute particulière le droit de la famille en assurant l'égalité des membres de celle-ci, tant dans le rapport conjugal que filial.

Égalité et rapport conjugal. Si le droit de la famille retranscrit une société traditionnelle patriarcale lors de l'adoption du *Code civil du Bas Canada*, le *Code civil du Québec* reconnaît aujourd'hui le mariage comme une union où «[l]es époux ont [...] les mêmes droits et les mêmes obligations»³³. Cette égalité est le fruit de réformes successives au cours desquelles la femme mariée a progressivement obtenu des droits.

Ainsi, à titre d'illustration, en 1931³⁴ la femme mariée obtient le droit de gérer elle-même les produits de son travail, à l'exception du droit d'aliéner à titre gratuit : ce sont les biens réservés de la femme mariée. Puis, en 1964³⁵, elle se voit reconnaître «la pleine capacité juridique, quant à ses droits civils, sous la seule réserve des restrictions découlant du régime matrimonial», lequel est à l'époque celui de la communauté de biens. En 1969, le législateur crée un nouveau régime légal, qui subsiste encore aujourd'hui : la société d'acquêts³⁶, qui allie l'indépendance de gestion de la séparation de biens et la protection économique de la communauté de biens. La réforme de 1980 complète la reconnaissance de l'égalité dans le couple et cette réforme est reconduite en 1994 dans le code actuel. Il est ainsi prévu que les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille (article 394 C.c.Q.) ; qu'ils doivent contribuer en proportion de leurs facultés respectives aux charges du ménage (article 396 C.c.Q.) ; que l'époux qui contracte pour les besoins courants de la famille engage pour le tout son conjoint non séparé de corps (article 397 C.c.Q.) ; ou encore qu'ils choisissent de concert la résidence familiale (article 395 C.c.Q.). Un autre changement fondamental concerne le nom. L'article 393 C.c.Q. prévoit que «[c]hacun des époux conserve, en mariage, son nom ; il exerce ses droits

³² Bruker, *ibid.* au para. 1.

³³ Art. 392 C.c.Q.

³⁴ *Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile, relativement aux droits civils de la femme*, L.Q. 1930-31, c. 101. Nous pouvons également mentionner la «loi Perodeau» (*Loi amendant le Code civil relativement aux successions*, L.Q. 1915, c. 74) qui permettait à une personne de succéder *ab intestat* à son conjoint. Avant cela, le conjoint ne venait à la succession qu'après les parents au douzième degré. Sur l'historique du statut juridique de la femme mariée, voir généralement Jacques Boucher, «L'histoire de la condition juridique et sociale de la femme au Canada français» dans Jacques Boucher et André Morel, dir., *Le droit dans la vie familiale : Livre du centenaire du Code civil (I)*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1970, 155 ; Marcel Guy, «De l'accession de la femme au gouvernement de la famille» dans Boucher et Morel, *ibid.*, 199.

³⁵ *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*, L.Q. 1964, c. 66 ; art. 177 C.c.B.-C.

³⁶ *Loi concernant les régimes matrimoniaux*, L.Q. 1969, c. 77.

civils sous ce nom». Cette disposition vise à mettre impérativement de côté la règle selon laquelle l'épouse prenait le nom de son mari, règle qui, quoique coutumière³⁷ et facultative, avait une emprise très forte dans la conscience collective.

Égalité et rapport filial. L'égalité a également joué un rôle important à l'intérieur des rapports de filiation en reconnaissant l'égalité entre les parents et les enfants. Le *Code civil du Bas Canada* soumettait l'enfant mineur à l'autorité de ses père et mère, mais confiait en principe l'exercice de cette autorité à la seule puissance paternelle, la mère n'ayant que certains droits ponctuels³⁸. Ce caractère patriarcal du droit de la famille québécois est aboli en 1977³⁹. Le législateur remplace la notion de puissance paternelle par celle d'autorité parentale. Depuis cette date, les père et mère, même non mariés, exercent ensemble l'autorité parentale⁴⁰. En cas de conflit entre les parents, c'est le juge qui doit trancher en fonction du meilleur intérêt de l'enfant⁴¹. En 1980, le législateur complète cette réforme en prévoyant que le choix du prénom et du nom de famille de l'enfant relève tant de la mère que du père, même non mariés⁴². Le nom de famille peut être «formé d'au plus deux parties provenant de celles qui forment les noms de famille de ses parents»⁴³. Il n'est même pas nécessaire que les enfants nés des mêmes père et mère portent le même nom de famille.

Dans les rapports entre enfants, le *Code civil du Bas Canada* établissait une distinction entre les enfants légitimes, naturels, adultérins et incestueux en matière successorale⁴⁴ et alimentaire⁴⁵. La réforme de 1980 modifie cet état de droit en établissant l'égalité de tous les enfants, quelles que soient les circonstances de leur naissance⁴⁶. Tout enfant dont la filiation est établie possède les mêmes droits et

³⁷ Sous réserve de l'art. 115 C.p.c. (avant 1982) qui prévoyait expressément que la femme mariée (incluant la veuve) pouvait, dans le cadre d'une action en justice, utiliser le nom de son mari pourvu que soient ajoutés les mots «épouse de» et la désignation du mari.

³⁸ Par exemple, en cas de disparition du père (art. 113 C.c.B.-C. avant 1980) ou pour le consentement au mariage des enfants mineurs (art. 119 C.c.B.-C.).

³⁹ *Loi modifiant le Code Civil*, L.Q. 1977, c. 72.

⁴⁰ Art. 600 C.c.Q. («Les père et mère exercent ensemble l'autorité parentale»).

⁴¹ Art. 604 C.c.Q.

⁴² Art. 56(1) C.c.B.-C. (à partir de 1980) et 51 C.c.Q. Voir *Droit de la famille — 113*, [1984] C.S. 119.

⁴³ Art. 51 C.c.Q. Voir Albert Mayrand, «Égalité en droit familial québécois» (1985) 19 R.J.T. 249 à la p. 260.

⁴⁴ Art. 624(a)-(d) et 625 C.c.B.-C. Cet article prévoyait qu'il n'y avait aucune distinction basée sur le sexe ou sur la primogéniture dans l'ordre de succession et dans la détermination des parts. Voir Mayrand, *ibid.* à la p. 274 ; Germain Brière, *Les successions ab intestat*, Montréal, Thémis, 1979 à la p. 49. Par ailleurs, le professeur Pineau fait remarquer que l'inaccessibilité à la succession *ab intestat* pour l'enfant naturel peut être écartée par le principe de la liberté de tester de l'article 831 C.c.B.-C. Un père pouvait donc tout léguer à son enfant adultérin si tel était son désir. Voir Jean Pineau, *La famille*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1972 aux pp. 130-31.

⁴⁵ Art. 240 C.c.B.-C. (avant 1980).

⁴⁶ Art. 594 C.c.Q. (1980) ; art. 522 C.c.Q.

devoirs envers ses parents : il hérite *ab intestat*⁴⁷, est créancier d'aliments et est soumis à leur autorité.

Si cette quête d'égalité s'est d'abord concrétisée à l'intérieur d'une famille uniforme, institutionnalisée par le mariage et la filiation, elle a dû progressivement s'adapter à la pluralisation des types de relations conjugales et filiales. À terme, la reconnaissance de cette pluralité a provoqué un retrait de l'État face à la volonté dans les choix individuels et, par conséquent, mené à une privatisation de la famille.

B. Le rôle croissant de la volonté : la privatisation de la famille

L'ancienne conception juridique de la famille reflétait les valeurs traditionnelles et religieuses de la société québécoise. L'État y voyait la cellule fondatrice de la société, qu'il entendait favoriser en protégeant sa stabilité et sa pérennité. C'est pourquoi la famille échappait en grande partie à la volonté individuelle, au nom de l'intérêt général. Cela était vrai tant pour l'union, qui procédait nécessairement du mariage validement célébré par un représentant de l'État, que pour la filiation, qui reposait sur les lois de la nature et échappait au pouvoir individuel. Cette conception statique et institutionnelle de la famille laisse toutefois progressivement place à une famille privatisée, à une famille où l'autonomie individuelle prend une place de plus en plus importante. Il est possible d'illustrer cette mutation par trois phénomènes contemporains.

Reconnaissance et popularité de l'union de fait. Le législateur a longtemps été hostile à l'union de fait. Elle a été combattue, puisque perçue comme un obstacle à la stabilité et à la paix des familles et comme une menace à l'intégrité de la lignée filiale. Cette philosophie disparaît avec l'abrogation en 1981 de l'article 768 C.c.B.-C., lequel prévoyait que «les donations entre vifs faites par le donateur à celui ou à celle avec qui il a vécu en concubinage [...] sont limité[e]s à des aliments». Parallèlement, l'union de fait prend une importance sociologique et s'impose au Québec comme un mode de vie non seulement accepté, mais qui menace aussi la préséance du mariage. En effet, si 8,2 pour cent des couples vivent en union de fait en 1981⁴⁸, cette proportion passe à 24 pour cent en 1996⁴⁹ puis à 34,6 pour cent en 2006⁵⁰. Le Québec est même, semble-t-il, l'endroit au monde où le phénomène de l'union de fait est le

⁴⁷ Voir Germain Brière, «Rapports canadiens, droit des successions» dans *Travaux de l'Association Henri Capitant : Aspects de l'évolution récente du droit de la famille (Journées turques)*, t. 39, Paris, Economica, 1988, 223 à la p. 230.

⁴⁸ Canada, Statistique Canada, *Rapport sur l'état de la population du Canada*, Ottawa, Statistique Canada, 1996 à la p. 135.

⁴⁹ Statistique Canada, «Le Pays — État matrimonial/union libre» (1996), en ligne : Statistique Canada <<http://www.statcan.gc.ca/c1996-r1996/oct14-14oct/nalis2-fra.htm>>.

⁵⁰ Statistique Canada, «Recensement de 2006 : Portrait de famille : continuité et changement dans les familles et les ménages du Canada en 2006 : Provinces et territoires. Québec : plus du tiers des couples vivent en union libre» (2006), en ligne : <<http://www12.statcan.gc.ca/census-recensement/2006/as-sa/97-553/p24-fra.cfm>>.

plus important⁵¹. Les raisons de cette transformation sont nombreuses : rejet de l'héritage inégalitaire de l'institution du mariage, perte d'influence de l'Église et suprématie de l'individualisme. À ces raisons s'ajoute la transformation du rôle social du mariage :

Tant qu'il s'agissait d'échanger des femmes et des biens, d'assurer un lignage et de fournir des membres à la cité, le mariage régnait en maître. Voici que dans l'Occident chrétien naissent, tantôt hors du mariage et tantôt dans le mariage, des couples échangeant tendresse, parole, amour dans la conscience d'être avant tout des personnes⁵².

Le mariage n'est plus affaires mais amour et il y a une volonté certaine de ne pas soumettre ses amours au contrôle de l'État.

Cette concurrence au mariage, fondée sur l'égalité et la liberté, impose nécessairement un changement d'attitude de la part du législateur. À compter des années 1970, ce dernier étend aux unions de fait les avantages accordés par certaines lois aux époux, par exemple en matière de régime de retraite ou d'indemnisation des accidents du travail ou de la route⁵³. Cette reconnaissance s'accroît dans les années 1980 et 1990, notamment par l'intervention des tribunaux, qui retiennent à plusieurs reprises que la limitation de ces lois au seul mariage est discriminatoire en vertu de l'article 15 de la *Charte canadienne*⁵⁴. Ainsi, l'existence d'une pluralité conjugale est acceptée et le statut des différents types d'union s'égalise sur la base des chartes. Cette quête d'égalité se déplace à la fin des années 1990 et au début des années 2000 vers les unions homosexuelles, lesquelles reçoivent le même traitement législatif que l'union de fait hétérosexuelle⁵⁵ et ont accès au mariage partout au Canada depuis le 20 juillet 2005⁵⁶.

La transformation du rôle de l'État dans les relations conjugales semble donc totale. D'une législation impérative avantageant et protégeant l'institution du mariage au nom de l'intérêt supérieur de la société, la législation vise maintenant principalement à assurer la protection, notamment économique, des membres de la cellule familiale. Si la loi respecte ainsi la liberté de choix quant au mode de constitution de l'union, elle impose un modèle associationniste du mariage afin de protéger les époux de l'interdépendance créée par l'union.

⁵¹ Isabelle Rodrigue, «Les québécois sont champions de l'union libre» *Le Droit* (13 septembre 2007) 2.

⁵² *Encyclopædia Universalis*, 5^e éd., vol. 14, «Mariage», par Marie-Odile Métral-Stiker à la p. 381.

⁵³ Sur l'évolution historique de l'union de fait en droit québécois, voir généralement Brigitte Lefebvre, «L'évolution de la notion de conjoint en droit québécois» dans Lafond et Lefebvre, *supra* note 8, 3. Sur l'union de fait en général, voir Dominique Goubau, «Le Code civil du Québec et les concubins : un mariage discret» (1995) 74 R. du B. can. 474.

⁵⁴ Voir par ex. *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, 124 D.L.R. (4^e) 693.

⁵⁵ Au Québec, voir la *Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant les conjoints de fait*, L.Q. 1999, c. 14 ; au Canada, voir la *Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations*, L.C. 2000, c. 12.

⁵⁶ *Loi sur le mariage civil*, L.C. 2005, c. 33.

Il se pose maintenant la question de savoir si cette législation protectrice devrait aussi exister, partiellement ou totalement, pour les conjoints de fait afin de protéger le conjoint vulnérable dans ce type d'union, qui représente une part de plus en plus importante de la conjugalité. Le législateur québécois, quoiqu'il y ait été tenté lors de la réforme du *Code civil*⁵⁷, s'est refusé jusqu'à présent à le faire, non pas au nom de la moralité ou de l'intérêt public comme jadis, mais au nom du respect de la liberté des conjoints de fait, certes épris l'un de l'autre, mais aussi de liberté. Cet état du droit, qui distingue le Québec de toutes les autres provinces, qui reconnaissent à tout le moins une obligation alimentaire entre conjoints de fait⁵⁸, fait actuellement l'objet d'une contestation judiciaire⁵⁹.

Privatisation de la célébration du mariage. Parallèlement à cette pluralisation de la conjugalité, symbole de liberté individuelle et de la diminution du caractère institutionnel de l'union, se produit aussi une certaine privatisation du mariage. Si le mariage a toujours été l'union conjugale de référence, que l'union de fait copie⁶⁰, récemment le phénomène inverse s'est produit : le mariage a perdu, dans le désintérêt complet, l'une de ses caractéristiques principales, la célébration par un *représentant* de l'État. Nous avons déjà vu que le législateur est intervenu en 2002 afin d'autoriser la célébration dans tout lieu respectant le caractère solennel de la cérémonie. Il a aussi ajouté aux célébrants compétents les notaires ainsi que «toute autre personne désignée par le ministre de la Justice, notamment des maires, d'autres membres des conseils municipaux»⁶¹. Cette réforme était nécessaire pour mettre un frein au phénomène des nouveaux rites participant au marché lucratif de la célébration du mariage. Les groupes qui mettent en place ces nouveaux rites n'ont pas réellement de légitimité dans leur statut de représentant de l'État. La réforme entendait donc élargir le cercle des célébrants compétents afin de les rendre plus accessibles, tout en préservant le mariage et en lui redonnant son caractère officiel.

Or, cette disposition a été appliquée de manière très souple et a donné lieu à la désignation de personnes liées aux mariés comme célébrants compétents, tels les parents, amis, frères ou sœurs, lesquels obtiennent une désignation ponctuelle pour ce seul mariage⁶². Cette interprétation de la réforme par les fonctionnaires a tout lieu de

⁵⁷ Québec, Office de révision du Code civil du Québec, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 2, Québec, Éditeur officiel, 1978 à la p. 63.

⁵⁸ Voir généralement Benoît Moore, «Quelle famille pour le XXI^e siècle ? : Perspectives québécoises» (2003-04) 20 Can. J. Fam. L. 57 à la p. 87 ; 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.

⁵⁹ *Droit de la famille* — 091768, 2009 QCCS 3210.

⁶⁰ Jean Carbonnier, *Droit civil 2 / La famille : L'enfant, le couple*, 20^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1999 à la p. 701.

⁶¹ Art. 366 C.c.Q.

⁶² Voir Pineau et Pratte, *supra* note 1 à la p. 90. Voir par ex. Simon Thibault, «Choisir le lieu, la date et... l'ami-célébrant» *La Presse* (7 juillet 2007) A6. L'auteur écrit que seulement vingt-trois célébrants avaient été accrédités en 2004, alors que mille quatre cent quarante-cinq l'ont été pour la période

surprendre, d'abord parce que le texte ne la laissait aucunement présager, mais surtout pour le message qu'elle véhicule. Alors que le but était de freiner les mariages célébrés par des pseudo-sociétés religieuses non représentatives, la réforme a accentué le phénomène par l'acceptation de la célébration du mariage par toute personne, sans qu'elle ne soit, de par son rôle social, sa profession ou son statut d'élu, un véritable représentant de la puissance publique. Quoique symbolique à bien des égards, cette réforme participe d'une manière éclatante à la désinstitutionnalisation de la famille.

Privatisation de la filiation. La filiation n'a jamais eu comme ambition exclusive de respecter la réalité biologique, mais elle s'est toujours efforcée de la «cloner» le plus possible et d'être vraisemblable. Certes, la possession d'état et la présomption de paternité constituaient des moyens d'établissement de la filiation qui laissaient une place à la réalité sociale, possiblement contraire à la vérité biologique. Toutefois, sur ses bases fondatrices, la filiation demeurait toujours vraisemblable : elle était binaire et sexuée. Même la filiation adoptive, pourtant filiation fictive, devait se faire par des personnes dont la différence d'âge avec l'enfant laissait le lien filial vraisemblable. Aussi, et sous réserve du cas de l'adoption, la volonté comptait peu dans l'établissement du lien filial. L'accouchement établissait la maternité même contre la volonté de la mère et le lien filial à l'égard du père pouvait également être établi à son encontre. Or, les choses ont fondamentalement changé lors d'une réforme intervenue en 2002⁶³. Certains points méritent d'être soulevés. Ils participent tous du passage d'une filiation à charge symbolique à une filiation à charge fonctionnelle, laquelle fait de la volonté individuelle un élément clé et diminue beaucoup le rôle de l'État et le caractère institutionnel de la filiation.

D'abord, la réforme de 2002 permet l'établissement du lien filial de manière purement administrative lorsqu'une personne déclare son lien avec l'enfant après le délai légal de trente jours prévu à l'article 113 C.c.Q. L'article 130 C.c.Q. donne dans ce cas le pouvoir au directeur de l'état civil d'ajouter ce lien filial sans intervention judiciaire si celui-ci ne contredit pas l'acte existant et si l'auteur de la déclaration existante y consent. Cette disposition prévoit également que l'enfant de quatorze ans ou plus qui fait l'objet de cette déclaration tardive doit consentir à l'ajout. Cela laisse penser que cette possibilité ne vise pas uniquement le retard de quelques jours, mais vise la désinstitutionnalisation de la filiation en donnant à la déclaration volontaire un statut qu'elle n'avait pas auparavant.

Surtout, la réforme de 2002 déssexualise le couple parental. L'article 115 C.c.Q., qui concerne la déclaration de naissance, précise désormais que «[l]orsque les parents sont de même sexe, ils sont désignés comme les mères ou les pères de l'enfant, selon

allant du 1 janvier au 5 juillet 2007. La procédure est simple, il suffit de remplir un formulaire et de le faire parvenir au Ministère de la Justice. Le célébrant doit être majeur, citoyen canadien et ne pas avoir de dossier criminel.

⁶³ *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, c. 6. Voir Marie Pratte, «La filiation réinventée : l'enfant menacé ?» (2003) 33 R.G.D. 541.

le cas». Cette déssexualisation a certes une incidence sur l'adoption, qui devient possible pour les couples de même sexe, mais aussi sur la procréation assistée, laquelle est profondément modifiée d'une double manière. Celle-ci est d'abord accessible à toute personne (article 538 C.c.Q.). Cela signifie qu'une femme seule ou deux femmes peuvent recourir à la procréation assistée⁶⁴, de même qu'un couple hétérosexuel marié ou non. Celle-ci n'est alors plus un simple mode subsidiaire de procréation, mais bien un mode alternatif⁶⁵. Un droit à l'enfant est ici reconnu, encore au nom de l'égalité⁶⁶. Ensuite, la procréation assistée n'est plus nécessairement médicale. Elle peut intervenir par relation sexuelle avec un tiers, qui n'intervient qu'à titre de géniteur. Il pourra, s'il le désire⁶⁷, réclamer un lien filial, mais il aura pour le faire une seule année à compter de la naissance⁶⁸. À l'expiration de ce délai, seuls les parents d'intention pourront réclamer un lien filial et il ne sera plus possible, même pour l'enfant, de réclamer un lien filial à l'égard du tiers géniteur. Il s'agit ici d'une exception importante au principe de l'indisponibilité de l'état civil d'une personne. Le droit québécois accepte que la filiation de l'enfant soit soumise à des concessions consenties en privé, réduisant l'enfant plus ou moins à une chose⁶⁹.

⁶⁴ Deux hommes ne peuvent pas avoir accès à la procréation assistée puisque le contrat de mère porteuse n'est pas accepté dans notre droit. Voir art. 541 C.c.Q. Plusieurs auteurs ont soulevé qu'il y avait là une inégalité de traitement à l'égard des couples d'hommes, alors même que la réforme prenait sa justification dans le droit à l'égalité. Voir Suzanne Philips-Nootens et Carmen Lavallée, «De l'état inaliénable à l'instrumentalisation : la filiation en question» dans Lafond et Lefebvre, *supra* note 8, 337 à la p. 353 ; Pineau et Pratte, *supra* note 1 à la p. 683. Sur le contrat de mère porteuse et l'adoption, voir *Adoption — 091*, 2009 QCCQ 628.

⁶⁵ Jean-Louis Baudouin et Catherine Labrusse-Riou, *Produire l'homme : de quel droit ? — Étude juridique et éthique des procréations artificielles*, Paris, Presses Universitaires de France, 1987 à la p. 147 et s.

⁶⁶ Avant la réforme, le *Code civil* était silencieux sur la question de l'accessibilité aux techniques médicales de reproduction et les cliniques établissaient leur propre politique. Il reste que la Commission royale d'enquête sur les nouvelles techniques de reproduction et la Commission de réforme du droit du Canada avaient soutenu que l'accessibilité à la procréation médicalement assistée ne devrait pas être liée au statut civil ou à l'orientation sexuelle, cela pouvant être discriminatoire en vertu de la *Charte canadienne*. Voir Benoît Moore, «Les enfants du nouveau siècle (libres propos sur la réforme de la filiation)» dans *Développements récents en droit familial (2002)*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2002, 75 à la p. 87 [Moore, «Les enfants»].

⁶⁷ La question de savoir si, pendant l'année où le tiers géniteur a l'option de réclamer ou non le lien filial, l'enfant peut lui aussi le réclamer, est fortement contestée en doctrine. Voir Pineau et Pratte, *supra* note 1 à la p. 699.

⁶⁸ Art. 538.2 C.c.Q.

⁶⁹ Cette réforme importante a fait l'objet de commentaires divergents. Pour des réactions négatives, voir Moore, «Les enfants», *supra* note 66 ; Pratte, *supra* note 63 ; Philips-Nootens et Lavallée, *supra* note 64. Pour une réaction favorable, voir Marie-France Bureau, «L'union civile et les nouvelles règles de filiation au Québec : contrepoint discordant ou éloge de la parenté désirée» (2003) 105 R. du N. 901.

Conclusion

La famille reflète les mouvances d'une société. En cela, le droit qui la régit est amené à prendre en compte les changements idéologiques et culturels qui la traversent, voire à les devancer, tel que l'illustre le droit québécois des cinquante dernières années.

La religion assurait autrefois la cohésion et l'homogénéité. En matière familiale elle imposait, directement ou indirectement, une conception unitaire de la famille basée sur le mariage, sacrement religieux et institution civile, lequel n'était pas dissoluble. Le corps familial échappait à la volonté individuelle en constituant l'institution centrale de la société dont le chef absolu était le mari. L'éclatement du référent religieux, tant par l'affaiblissement de son pouvoir que par la multiplication des dogmes, a été un élément déclencheur du repositionnement du droit de la famille. Les valeurs fondamentales que sont l'égalité et l'autonomie individuelle ont pris le relais et sont devenues les lignes fondatrices de cette révolution familiale.

C'est ainsi que d'une loi prophylactique⁷⁰ qui «prétend[ait] dresser les mœurs»⁷¹ en institutionnalisant la famille dans le meilleur intérêt de la société, le droit québécois s'est transformé en une législation ouverte dont le mot d'ordre est le respect de la pluralité des modèles familiaux tout en maintenant, par ailleurs, une législation impérative dans l'objectif de protéger le conjoint économiquement vulnérable. D'un rôle organique, le droit de la famille est passé à un rôle individuel, l'objectif de celui-ci n'étant plus de protéger la société, mais de proposer un équilibre, pourtant difficile à atteindre, entre la protection de l'égalité des membres de la famille et le respect de leur liberté.

⁷⁰ Philippe Malaurie, «L'effet prophylactique du droit civil» dans *Études de droit de la consommation : Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris, Dalloz, 2004, 669.

⁷¹ Jean-Jacques Lemouland, «Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ?» D. 1997.Chron.133 à la p. 134.