Comité consultatif sur le droit de la famille

Sous la présidence de

Alain ROY

Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales

---

Juin 2015

Ce rapport a été produit par le Comité consultatif sur le droit
de la famille, sous la présidence de Alain Roy.

Le lecteur peut également le consulter sur le site Web du Ministère,
à l'adresse **www.justice.gouv.qc.ca**, et sur les sites Web de ses partenaires.

Le présent rapport représente l'opinion des membres experts du Comité.
Son contenu n'engage que ces derniers.

ISBN : 978-2-550-72991-4 (imprimé)
ISBN : 978-2-550-72992-2 (PDF)

Dépôt légal - Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2015

Note : La forme masculine est utilisée dans le but d'alléger le texte et désigne aussi bien les femmes que les hommes.

Le présent rapport peut être cité ainsi :

COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, Alain ROY (prés.), *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Québec, Ministère de la Justice du Québec, 2015.

Composition du Comité

Membres experts

P^r^ Alain ROY, président

Docteur en droit, M^e^ Alain Roy est professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et notaire. Il est également chercheur associé à la Chaire du Notariat. Le professeur Roy concentre ses activités de recherche et d'enseignement dans les domaines du droit de la famille, du droit de l'enfant et du droit de la jeunesse. Il est l'auteur de quatre monographies, de plus d'une trentaine d'articles parus dans des revues scientifiques et professionnelles et de plusieurs rapports de recherche. De 2009 à 2013, il a agi à titre d'expert du Procureur général du Québec dans le cadre de l'affaire connue du grand public sous le nom d'*Éric* c. *Lola*. Le professeur Roy a été président du Comité en droit de la famille de la Chambre des notaires du Québec de 2012 à 2014. Il a assumé la présidence du comité scientifique du Conseil de développement de la recherche sur la famille du Québec de 2004 à 2007 et la direction de la *Revue internationale Enfances, Familles, Générations* de 2006 à 2009. Il a obtenu la Médaille d'honneur de la Chambre des notaires du Québec en 2012.

M^e^ Marie-Josée BRODEUR

Admise au Barreau en 1979, M^e^ Marie-Josée Brodeur est spécialisée en droit de la famille, des personnes et des successions. Elle est également médiatrice accréditée en plus de pratiquer le droit collaboratif. En 2009, elle s'est vue décerner le mérite du Barreau du Québec, de même que le titre d'avocate émérite. Souvent sollicitée par le Barreau et autres organismes intéressés par le droit familial, M^e^ Brodeur prononce chaque année plusieurs conférences et publie des articles sur des sujets d'actualité. Elle est coauteure de la *Loi sur le divorce annotée* (avec Catherine La Rosa, maintenant juge à la Cour supérieure) dont la 3^ième^ édition est actuellement en préparation. Chargée de cours, elle enseigne le droit patrimonial à l'Université Laval.

P^r^ Dominique GOUBAU

Avocat depuis 1979, M^e^ Dominique Goubau est professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université Laval où il enseigne le droit des personnes, le droit de la famille et le droit de la jeunesse. Le professeur Goubau est chercheur régulier au sein de plusieurs équipes de recherche multidisciplinaires, dont le Réseau Universitaire International de Bioéthique et le JEFAR (Jeunes et Familles à Risque) de l'Université Laval. Conférencier et auteur de nombreux ouvrages et articles dans le domaine du droit de la famille, il est membre du conseil de direction de l'Association internationale de droit de la famille ainsi que du Comité permanent du Barreau du Québec sur le droit de la famille.

M^e^ Suzanne GUILLET

Admise au Barreau du Québec en 1978, M^e^ Suzanne GUILLET est spécialisée en droit familial, en droit des personnes et en droit successoral. Elle est également médiatrice accréditée. Après avoir été chargée de cours à l'École du Barreau pendant plus de 20 ans, ainsi qu'à l'université, elle est devenue formatrice en médiation familiale. M^e^ Guillet donne à l'occasion des

conférences sur des sujets relevant de ses domaines d'expertise. Elle est également l'auteure du texte intitulé « Les droits de l'enfant à l'occasion d'un litige familial », publié dans la Collection de droit l'École du Barreau. M[e] Guillet est inspectrice au service de l'inspection professionnelle du Barreau du Québec, ainsi que membre du Comité permanent du Barreau du Québec sur le droit de la famille.

M[e] Christiane LALONDE

Admise au Barreau du Québec en 1983, M[e] Christiane Lalonde se spécialise en droit familial. Elle pratique au sein du bureau d'aide juridique de Laval depuis plus de 20 ans. Elle est chargée de cours à l'École du Barreau en droit des personnes et en droit de la famille, membre du Comité du droit sur la famille du Barreau du Québec et administratrice de l'Association des avocats et avocates en droit de la famille du Québec. M[e] Lalonde prononce, à l'occasion, des conférences portant sur le droit familial. Elle est également auteure dans la Collection de droit de l'École du Barreau et est responsable de la mise à jour du chapitre portant sur le patrimoine familial dans « Droit de la famille Québécois » publié par LexisNexis Canada Inc. (anciennement connu sous Wolters Kluwer Québec CCH).

M[e] Jean LAMBERT

Profession qu'il exerce depuis 45 ans, principalement en droit des personnes, M[e] Jean Lambert est admis au notariat en 1969 après avoir obtenu un baccalauréat ès Arts et une licence en droit de l'Université de Montréal. Sa formation de base s'enrichit d'un diplôme de troisième cycle de la Faculté pour l'étude du droit international privé comparé de Strasbourg, France. Membre de la Commission d'étude et d'action sur l'avenir du notariat qui produit un ouvrage important sur l'avenir de cette profession en 1980, il est élu en 1984, président de la chambre des notaires du Québec, fonction qu'il occupera pour deux termes (un précédent) jusqu'à 1990. Au cours de ces années, M[e] Lambert s'investit à fond dans les travaux parlementaires menant à l'adoption, en 1991, du *Code civil du Québec*. Apôtre de la déjudiciarisation, il propose en 1988, le concept du mandat de protection. Il reviendra à la présidence de la Chambre des notaires du Québec en décembre 2009 qu'il quittera en avril 2014.

P[re] Céline LE BOURDAIS

Détentrice d'une maîtrise (M. Sc.) en démographie de l'Université de Montréal et d'un doctorat (Ph.D) en sociologie de la Brown University, la professeure Céline Le Bourdais est titulaire de la Chaire de recherche du Canada en Statistiques sociales et changement familial et directrice du Département de sociologie de l'Université McGill. Souvent motivées par des questions de politiques publiques, ses recherches ont examiné les bouleversements profonds que les familles ont connus au cours des 40 dernières années au Canada et au Québec. Utilisant des méthodes d'analyse statistique, ses travaux ont bien souvent été les premiers à mesurer l'ampleur des changements, tels la progression des familles recomposées, ou encore la propension croissante des hommes à exercer un rôle parental dans le cadre d'unions successives. Plus récemment, elle s'est intéressée à la signification de l'union libre qu'elle examine à travers le prisme de la stabilité des unions et le partage de l'argent au sein des couples. Céline Le Bourdais est membre de la Société royale du Canada. En 2013, elle a reçu le « Canadian Population Society Award » pour son apport remarquable au développement de la démographie au Canada et le

prix Thérèse Gouin-Décarie de l'ACFAS pour sa contribution dans le domaine des sciences sociales.

M^e^ Renée MADORE

M^e^ Renée Madore a été admise au Barreau en 1989. Après avoir exercé dans diverses directions d'affaires juridiques au gouvernement du Québec, elle accède à un poste de gestion en 2001. Elle a été successivement secrétaire générale et directrice des affaires juridiques de la Régie des rentes du Québec, puis à la CARRA, avant de prendre le poste de directrice de la Direction des orientations et politiques du ministère de la Justice du Québec en juin 2008, puis de sous-ministre associée à la Direction générale de l'accès à la justice en février 2015. À ce titre, elle est notamment responsable de proposer à la ministre de la Justice des orientations en matière familiale et de développer des services visant à aider les parents qui vivent des situations de rupture et leurs enfants. Elle a assuré, de concert avec le président, la coordination des travaux du Comité.

M^me^ Anne ROBERGE

Anne Roberge détient un baccalauréat en géographie et une maîtrise ès sciences de l'Université de Sherbrooke. Elle est responsable de la Direction du développement des politiques – Familles (ministère de la Famille). La Direction est notamment responsable de concevoir des orientations, des politiques et des stratégies en faveur des familles dans le cadre d'une vision intégrée des enjeux qui les touchent et d'effectuer des analyses portant sur ces matières. M^me^ Roberge a également été directrice (ministère de l'Emploi et de la Solidarité sociale) de la Direction des politiques de lutte contre la pauvreté qui assurait la mise en œuvre et le suivi du Plan d'action gouvernemental et de la *Loi visant à lutter contre la pauvreté et l'exclusion sociale*. Elle a occupé divers postes professionnels et de gestion au sein de la fonction publique québécoise depuis 1985. Elle a notamment été responsable de dossiers portant sur la condition féminine et le développement de la main d'œuvre.

P^re^ Marie-Christine SAINT-JACQUES

Marie-Christine Saint-Jacques, t.s., Ph.D., est professeure titulaire à l'École de service social de l'Université Laval et directrice scientifique d'un partenariat de recherche interdisciplinaire portant sur la séparation parentale et la recomposition familiale. Elle a dirigé pendant plusieurs années le Centre de recherche JEFAR, de même que l'équipe Jeunes et familles à risque. La professeure Saint-Jacques mène des recherches sur les transitions familiales depuis près de 30 ans. Elle a publié de nombreux articles scientifiques, des chapitres de livres et des communications et a dirigé la publication de plusieurs ouvrages sur la question. Son expertise dans ce champ est reconnue et sollicitée tant par les milieux scientifiques, cliniques, politiques, de planification des programmes que par les médias. Elle est aussi membre du groupe d'experts « Parce que la vie continue » (Agence de la santé publique du Canada). Elle a été finaliste dans le cadre du concours Femmes de mérite de la YWCA pour son engagement social envers le bien-être des familles séparées et recomposées.

Équipe ministérielle

M^e^ Myriam ANCTIL – Avocate, Direction des affaires juridiques, ministère de la Justice du Québec

M^e^ Monique DUCHARME – Avocate, Direction des affaires juridiques, ministère de la Justice du Québec

M^me^ Marie-Hélène FILTEAU – Analyste, Direction des orientations et politiques, ministère de la Justice du Québec

M^e^ Annie GAUTHIER – Avocate, Direction des orientations et politiques, ministère de la Justice du Québec

M^me^ Marie-Claude GIGUÈRE – Économiste, Direction du développement des politiques - Famille, ministère de la Famille du Québec

M^e^ Pierre TANGUAY – Avocat, Direction des orientations et politiques, ministère de la Justice du Québec

M^e^ Marie TRAHAN – Avocate, Direction des orientations et politiques, ministère de la Justice du Québec

Mot du Président du Comité

Nous voilà rendus à l'étape cruciale, celle du grand dévoilement.

Le rapport que nous présentons aujourd'hui représente l'aboutissement d'un long processus. Deux ans de discussions et de réflexions, parfois vives et enflammées. Des échanges passionnés, mais toujours respectueux. Des enjeux délicats à chaque intersection. Le sentiment de participer à quelque chose d'important, et pour cause. La famille... les enfants..., n'est-ce pas ce qu'il y a de plus fondamental ? N'est-ce pas là ce qui, par-delà nos trajectoires de vie, nos parcours professionnels, nos différences, nous ramène à l'essentiel ? Voilà sans doute ce pourquoi nous avons tous accepté, sans hésiter, de relever l'imposant défi que nous a confié le ministère de la Justice du Québec, celui de tracer les grandes lignes d'une réforme du droit de la famille.

En parcourant les 463 pages et les 1 292 notes de fin de document qui constituent le présent rapport, le lecteur sera à même de constater le sérieux avec lequel le Comité s'est acquitté de sa tâche. Une première lecture, sans les notes, lui permettra de s'approprier facilement nos analyses et nos recommandations. Une seconde lecture, avec les notes, l'amènera à en découvrir les fondements théoriques.

Au nom des membres du Comité, je tiens à remercier sincèrement toutes les personnes et organisations qui ont contribué, d'une manière ou d'une autre, à soutenir nos travaux.

Le premier remerciement s'adresse à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et, plus particulièrement, aux doyens Guy Lefebvre et Benoît Moore, qui ont cru à ce projet au point de me permettre d'y consacrer entièrement mon année sabbatique 2013-2014 et de limiter ma charge d'enseignement pour les trimestres d'automne 2014 et d'hiver 2015. Sans l'appui professionnel et financier de la Faculté de droit et de ses doyens, je n'aurais pu m'acquitter de l'imposante charge de travail qu'ont représentée la présidence du Comité, la rédaction du présent rapport et la recherche afférente.

J'exprime également ma vive reconnaissance aux nombreuses personnes qui ont bien voulu échanger avec moi sur les enjeux contemporains du droit de la famille. Les riches discussions que nous avons eues m'ont outillé tout au long de mon mandat, notamment dans la préparation des innombrables documents de réflexion et d'orientations que j'ai soumis au Comité. Je remercie tout particulièrement mon père, M^{e} Julien Roy, de même que M^{e} Jocelyne Jarry et les professeures Julie Cousineau et Anne-Marie Savard. Je remercie également les personnes suivantes : M^{e} Raphaël Amabili-Rivest, M^{me} Doris Baril, P^{r} Stéphane Beaulac, P^{re} Hélène Belleau, M^{me} Marie-Lyne Bergeron, M^{e} Sylvie Berthold, D^{r} François Bissonnette, P^{re} Marie-France Bureau, P^{r} Jean-Guy Belley, D^{r} Jean-François Chicoine, P^{r} Pierre Ciotola, M^{e} Johanne Clouet, P^{re} Denyse Côté, P^{re} Francine Cyr, P^{r} Jean-François Gaudreault-Desbiens, P^{re} Michelle Giroux, P^{r} Gérald Goldstein, P^{re} Marie-Annick Grégoire, P^{re} Évelyne Lapierre-Adamcyck, P^{r} Benoît Laplante, P^{re} Carmen Lavallée, M^{me} Dominique Lebrun, P^{r} Jean Leclair, P^{r} Robert Leckey, P^{re} Brigitte Lefebvre, M^{me} Marie-France Ouimet, M^{e} Andréanne Malacket, P^{r} Ghislain Massé, P^{r} Benoît Moore, P^{re} Christine Morin, P^{r} Michel Morin, P^{re} Françoise-Romaine Ouellette, M^{e} Julie Perreault, P^{r} Adrian Popovici, M^{e} Suzanne Pringle, D^{r} Pierre Shébib, M^{e} Régine Tremblay et P^{re} Louise Vandelac.

Je tiens également à remercier mes assistantes de recherche pour leur dévouement. Leur travail m'a aidé à constituer une banque de ressources documentaires dont on saisira l'ampleur en jetant un simple coup d'œil à la bibliographie du rapport. Merci à M^me^ Dominique Lebrun, M^e^ Andréanne Malacket, M^e^ Christine Charest, M^e^ Julie Perreault et M^me^ Sonia Keenan pour leur très précieuse collaboration. Un merci tout spécial à une assistante tout aussi spéciale, M^e^ Dominique Barsalou, qui m'a accompagné tout au long de l'aventure. Sa vivacité d'esprit, son jugement, sa sensibilité et son humanisme en font une juriste et une personne d'exception. Merci également à M^e^ Christian St-Georges et à M^me^ Sylvie Thériault-Sylvestre qui se sont chargés de l'imposant travail d'édition du rapport. Leur patience et leur grande assiduité m'ont été d'un grand secours.

Pour leur soutien financier, un grand merci à l'Alliance de recherche universités – communautés Séparation parentale – Recomposition familiale; au Barreau du Québec et à la Chambre des notaires du Québec; à la Chaire du Notariat de l'Université de Montréal; à la Faculté des arts de l'Université McGill et à la Chaire de recherche du Canada en Statistiques sociales et changement familial.

Au nom du ministère de la Justice du Québec, je remercie bien sûr les membres du Comité dont la contribution, comme la mienne, a été entièrement bénévole. Le temps et l'énergie qu'ils ont consacrés sans ménagement témoignent de leur profond engagement envers l'imposant projet social que constitue la réforme du droit de la famille québécois. Leur générosité et leur disponibilité méritent d'être saluées haut et fort. Un merci tout particulier à la professeure Céline Le Bourdais qui a rédigé, avec sa collègue Évelyne Lapierre-Adamcyk, le chapitre deuxième de la première partie intitulé « Portrait sociodémographique des changements familiaux au Québec ».

Je tiens de même à souligner la participation des membres des équipes ministérielles du ministère de la Justice et du ministère de la Famille qui, avec professionnalisme, ont mis leur expertise à la disposition du Comité tout au long de ses travaux. Merci également à M^e^ Frédérique Sabourin, avocate (ministère de la Justice du Québec), à M. Ghislain Nadeau, actuaire (vice-président principal, Aon Hewitt), à M. Louis Martin, actuaire (président, Groupe-conseil CGAS), à M^me^ Marjorie Tousignant, actuaire (conseillère principale, Aon Hewitt) et à M. Denis Guertin, actuaire (associé, Aon Hewitt) pour l'accompagnement ponctuel qu'ils nous ont procuré.

Au nom du Comité et en mon nom personnel, je remercie enfin la coordonnatrice du Comité, M^e^ Renée Madore, sous-ministre associée. Son engagement indéfectible et son sens de l'organisation ont grandement facilité nos travaux. À l'occasion de la préparation des documents de réflexion et d'orientation et de la rédaction du rapport, j'ai également pu bénéficier de sa complicité et de son jugement juridique hors du commun.

Alain Roy
Président du Comité

Table des matières

Composition du Comité iii

Mot du Président du Comité ix

Introduction générale 1

PREMIÈRE PARTIE
LA FAMILLE D'HIER À AUJOURD'HUI

Chapitre premier – Survol historique du droit de la famille québécois 11

SECTION 1 – LA CONJUGALITÉ 12
- A. Le Code civil du Bas Canada de 1866 et ses suites législatives 12
- B. La Révolution tranquille 14
- C. La réforme du droit de la famille de 1980 14
- D. Les années 80 15
- E. La réforme du Code civil de 1994 16
- F. L'union civile 17
- G. Le mariage entre conjoints de même sexe 18

SECTION 2 – LA PARENTÉ ET LA FILIATION 19
- A. Le Code civil du Bas Canada de 1866 19
- B. La Révolution tranquille 20
- C. La réforme du droit de la famille de 1980 21
- D. Les années 90 22
- E. La réforme de la filiation de 2002 23

Chapitre deuxième – Portrait sociodémographique des changements familiaux au Québec 25

SECTION 1 – LES TRANSFORMATIONS DE LA CONJUGALITÉ 25
- A. Le recul du mariage et la montée du divorce 25
- B. La progression de l'union libre et de l'instabilité conjugale 29
- C. Les nouvelles formes d'unions conjugales : unions civiles et mariages entre conjoints de même sexe 31

D. L'instabilité des unions libres : impact du mariage et de la venue d'un enfant 33
E. Les couples en union libre : importance relative parmi l'ensemble des couples 33

SECTION 2 – LA FÉCONDITÉ ET L'UNION LIBRE 34
A. La fécondité et la progression des naissances hors mariage 34
B. Comparaison de la fécondité des couples mariés et des couples en union libre 36

SECTION 3 – LA DIVERSIFICATION DE LA STRUCTURE DES FAMILLES 38
A. L'évolution de la composition des familles biparentales et monoparentales 38
B. L'évolution des familles : l'effet de la recomposition familiale et de l'instabilité conjugale 39
C. L'environnement familial des enfants 42

SECTION 4 – QUELQUES CARACTÉRISTIQUES DE LA VIE FAMILIALE CONTEMPORAINE 44
A. L'évolution de l'activité économique des femmes québécoises 44
B. Les divers types de famille et le revenu 46
C. Comparaison des gains d'emploi des conjoints 48
D. La gestion de l'argent chez les couples en union libre et les couples mariés 51

DEUXIÈME PARTIE
LES PRINCIPES DIRECTEURS DE LA RÉFORME

1. L'intérêt et les droits de l'enfant au cœur des priorités 57
2. Une réponse inclusive et adaptée à la diversité des couples et des familles 57
3. L'enfant, une responsabilité commune source d'interdépendance 58
4. Le couple, un espace d'autonomie de la volonté et de liberté contractuelle 58
5. Des justiciables éclairés sur leurs droits et leurs obligations 59
6. Une justice familiale accessible 60

TROISIÈME PARTIE
LES ORIENTATIONS DE LA RÉFORME

Mise en contexte La question de départ 67

1. La mission du droit de la famille 67
2. Les sources d'interdépendance conjugale ou familiale 68
3. L'enfant comme critère de détermination des droits et obligations 68

Chapitre premier – Le régime parental impératif 71

SECTION 1 – LA CONTRIBUTION AUX CHARGES DE LA FAMILLE 72

SECTION 2 – LA PROTECTION ET L'ATTRIBUTION DE LA RÉSIDENCE FAMILIALE 73

SECTION 3 – LA COMPENSATION DES DÉSAVANTAGES ÉCONOMIQUES SUBIS EN RAISON DE LA PRISE EN CHARGE DE L'ENFANT COMMUN 75

A. Les options rejetées 76
   1. Le partage des biens familiaux 76
   2. L'obligation alimentaire de nature compensatoire 77

B. L'option retenue : la « prestation compensatoire parentale » 79
   1. Compensation des désavantages économiques subis durant la vie commune en raison du partage des rôles parentaux 80
      a) Non-proportionnalité des désavantages économiques subis par le parent ayant assumé un rôle parental 80
         1° Rôle parental 81
         2° Nature des désavantages 81
         3° Critère de proportionnalité 82
         4° Délai de la demande 82
         5° Détermination du quantum 83
         6° Modalités de paiement 85
         7° Présomptions 86
         8° Mesures « provisoires et conservatoires » 87
      b) Contribution excédentaire aux charges de la famille 89
         1° Intention libérale 90
         2° Quantum, modalités de paiement, mesures conservatoires et provisoires et délais 90
   2. Compensation des désavantages économiques subis à la suite de la rupture de l'union conjugale ou en l'absence de vie commune des parents 91
      a) Désintérêt, désengagement ou autre manquement important d'un parent dans l'exercice de ses devoirs parentaux 92
         1° Manquement important 93

2° Exclusions, délais, quantum, modalités de paiement et mesures conservatoires et provisoires....93
b) Enfant dont l'état de santé commande une présence ou un soutien exceptionnel....95

Chapitre deuxième – Le régime conjugal....99

SECTION 1 – L'UNION DE FAIT....100
A. L'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle comme toile de fond....100
B. Un cadre juridique spécifique basé sur une logique d'« opting in »....103
1. Les conditions de reconnaissance de l'union de fait....104
2. La preuve de l'union de fait....104
3. Le contrat d'union de fait....105
4. La fin de l'union de fait....107
C. Enrichissement injustifié ou prestation compensatoire....107
D. Droit successoral et assurance-vie....109
E. Prescription entre conjoints....113

SECTION 2 – LE MARIAGE....113
A. Une toile de fond… aux mêmes couleurs d'autonomie de la volonté et de liberté contractuelle....113
B. Un cadre juridique basé sur une logique d'« opting out »....116
1. Les effets patrimoniaux....117
a) La contribution aux charges du mariage et la responsabilité des dettes....117
b) La protection et l'attribution de la résidence familiale....118
c) Le partage des biens....119
d) La prestation compensatoire....123
e) L'obligation alimentaire....124
2. Les effets extrapatrimoniaux....126
a) Les devoirs de respect, de fidélité, de secours, d'assistance et de vie commune....126
b) La direction morale et matérielle de la famille, le mandat et la responsabilité solidaire à l'égard des dettes du ménage....128
c) Le nom des époux....129
C. Le contrat de mariage....131
D. Droit successoral et assurance-vie....132
E. La célébration du mariage....134
1. Attestation préalable....134
2. Célébrant proche parent d'un des futurs époux....135
F. La dissolution du mariage et la séparation de corps....137

SECTION 3 – L'UNION CIVILE....137

Chapitre troisième – La filiation 139

SECTION 1 – LA DISPOSITION GÉNÉRALE 140

SECTION 2 – LA FILIATION PAR LE SANG 141

A. Un nouveau titre : « De la filiation de l'enfant né d'une procréation naturelle » 143

B. Des modes d'établissement de la filiation de l'enfant né d'une procréation naturelle 143

1. L'établissement non judiciaire de la filiation 144

a) La filiation maternelle 144

b) La filiation paternelle 144

1° La déclaration de paternité aux fins de l'acte de naissance et la possession constante d'état ou le fondement volontariste de la filiation paternelle 145

2° La présomption de paternité : élargissement ou abrogation ? 147

3° La reconnaissance volontaire : un « aveu » plus qu'un mode d'établissement réel 150

2. L'établissement judiciaire de la filiation et la contestation 151

a) Les actions relatives à la filiation 153

1° L'uniformisation des actions visant à contester la filiation paternelle 153

2° L'imprescriptibilité des actions relatives à la filiation 154

SECTION 3 – LA FILIATION DE L'ENFANT ISSU DE LA PROCRÉATION ASSISTÉE 154

A. Le projet parental avec recours à l'assistance d'un tiers à la procréation (procréation assistée « classique ») 156

1. Les conditions d'existence et la preuve du projet parental 156

2. L'établissement de la filiation de l'enfant issu d'une procréation assistée classique 158

a) L'établissement non judiciaire de la filiation 158

1° La filiation maternelle (avec la mère de naissance) 158

2° La seconde filiation 159

i. La déclaration de naissance et la possession constante d'état 159

ii. La présomption de parenté 160

b) L'établissement judiciaire de la filiation et la contestation 161

1° Réclamation d'état 161

2° Contestation d'état 163

3° Renvoi 164

3. Le statut de l'auteur de l'apport des forces génétiques 164

B. Le projet parental avec recours à une mère porteuse 166

1. Cadre légal actuel 166

2. Constat, principes-cadres et orientations 170

3. Cadre juridique proposé 171

a) La voie administrative 172

1° Formalités précédant la conception de l'enfant 173

i. L'acte notarié 173
ii. Le volet psychosocial 173
2° Établissement de la filiation après la naissance de l'enfant 174
i. Toutes les parties impliquées consentent à donner suite au projet parental notarié 175
ii. La mère porteuse refuse de donner suite au projet parental 175
iii. Les parents d'intention refusent de donner suite au projet parental 176
iv. Un des protagonistes décède, devient inapte ou disparaît avant d'avoir manifesté sa volonté 177
b) La voie judiciaire 178
1° Substitution de la filiation après la naissance de l'enfant 179
i. Toutes les parties impliquées entendent donner suite au projet parental 179
ii. La mère porteuse refuse de donner suite au projet parental 180
iii. Les parents d'intention refusent de donner suite au projet parental 180
iv. Un des protagonistes décède, devient inapte ou disparaît avant d'avoir pu manifester sa volonté 181
4. Autres questionnements 181
a) Âge minimal et maximal de la mère porteuse 182
b) Contribution génétique de la mère porteuse 183
c) Expérience de grossesse et de naissance de la mère porteuse 183
d) Liens de parenté de la mère porteuse avec le ou les parents d'intention 184
e) Nombre de contributions à titre de mère porteuse 185
f) Contribution génétique des parents d'intention 185
g) Grossesse multiple de la mère porteuse 186
h) Capacités parentales des parents d'intention 186

SECTION 4 – LA FILIATION ADOPTIVE 189

SECTION 5 – LA PREUVE DE LA FILIATION 189

SECTION 6 – L'ACCÈS AUX DOSSIERS D'ADOPTION ET DE PROCRÉATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE 190
A. Le principe de confidentialité et ses tempéraments 190
1. L'adoption 190
2. La procréation médicalement assistée 192
B. Le droit de l'enfant à la connaissance de ses origines 193
1. Fondements et finalités 193
2. Un droit qui appartient à l'enfant 195
a) Une consécration dans la Charte québécoise des droits et libertés 195

b) Un encadrement dans le Code civil....196
1° Les principes-cadres....196
2° Les conditions d'exercice....197
i. Âge de l'enfant....197
ii. Veto à la divulgation de l'identité en matière d'adoption et infanticide....198
iii. Veto de contact....198
iv. Droit des parents d'origine et des donneurs de gamètes à la connaissance de l'identité de l'enfant....199
v. Droit transitoire....201

Chapitre quatrième – L'autorité parentale et l'obligation alimentaire 203

SECTION 1 – APERÇU SOMMAIRE DES INSTITUTIONS....204
A. L'autorité parentale....204
B. L'obligation alimentaire....205

SECTION 2 – ENJEUX SPÉCIFIQUES....207
A. Statut juridique du beau-parent....207
1. Statut durant la vie commune....207
2. Statut lors de la rupture conjugale....211
3. Régime parental impératif....216
a) Durant la vie commune....217
b) Au jour de la rupture....217
B. La punition corporelle....218

Chapitre cinquième – Le droit transitoire.... 223

SECTION 1 – LE RÉGIME PARENTAL IMPÉRATIF....224
A. Imposition aux parents de l'obligation de contribuer aux charges de la famille proportionnellement à leurs facultés respectives....224
B. Assujettissement des parents aux mesures de protection et d'attribution de la résidence familiale....224
C. Aménagement du droit à la prestation compensatoire parentale....225
1. Compensation des désavantages économiques subis durant la vie commune....225
a) Non-proportionnalité des désavantages économiques....225
b) Contribution excédentaire aux charges de la famille....225
2. Compensation des désavantages économiques subis à la suite de la rupture de l'union conjugale ou en l'absence de vie commune des parents....225

SECTION 2 – LE RÉGIME CONJUGAL....225
A. Le mariage....225

1. Aménagement d'un droit de retrait par contrat de mariage aux effets du mariage (« opting out ») 225
2. Substitution du « régime légal du patrimoine familial » à la société d'acquêts....226
3. Aménagement de nouvelles modalités en matière de prestation compensatoire conjugale....226
4. Abrogation du mandat présumé entre époux et du principe de solidarité à l'égard du tiers pour les dettes du ménage....226
5. Nom du conjoint et changement de nom....226
6. Abrogation de la possibilité pour les époux de se consentir des donations à cause de mort à titre irrévocable 226
7. Renversement de la présomption d'irrévocabilité au profit d'une présomption de révocabilité en matière d'assurance-vie 226

B. L'union de fait 227
1. Établissement de nouvelles conditions de reconnaissance de l'union de fait 227
2. Établissement de nouvelles règles régissant la preuve de l'union de fait 227
3. Établissement de nouvelles règles consacrant formellement le contrat d'union de fait 227
4. Établissement de nouvelles règles régissant la fin de l'union de fait....227
5 Élargissement aux conjoints de fait du droit de réclamer une prestation compensatoire conjugale....227
6. Révocation des legs consentis entre conjoints de fait....227
7. Élargissement au profit des conjoints de fait de la règle successorale prévoyant le droit à une attribution préférentielle de la résidence familiale et des meubles du ménage 227
8. Élargissement de la règle établissant l'insaisissabilité du produit d'assurance-vie au profit des conjoints de fait 228
9. Caducité de la désignation du conjoint de fait à titre de bénéficiaire d'une police d'assurance-vie....228
10. Suspension de la prescription durant la vie commune....228

C. L'union civile 228

SECTION 3 – LA FILIATION....228

A. La filiation actuellement dite par le sang....228
1. Nouvelle définition de la possession constante d'état....228
2. Nouvelle définition du « verrou de filiation » de l'actuel article 530 C.c.Q. 228
3. Maintien de la présomption de paternité et élargissement au conjoint de fait, ou abrogation (selon la thèse avancée)....229
4. Uniformisation des actions en contestation de la filiation (si la présomption de paternité devait être maintenue)....229
5. Imprescriptibilité des actions en réclamation ou en contestation d'état (sous réserve des délais de déchéance imposés en cas de décès)....229

B. La filiation de l'enfant né d'une procréation assistée 229
1. La procréation assistée dite classique 229

a) Nouvelle définition de la possession constante d'état.....229
b) Abrogation de la présomption de parenté.....230
c) Établissement judiciaire de la filiation sur la base du projet parental, sans égard au statut conjugal des parents.....230
d) Nouvelle définition du « verrou de filiation » de l'actuel article 530 C.c.Q. 230
e) Application des règles de preuve et de procédure relatives aux actions en contestation et en réclamation d'état de l'enfant issu d'une procréation naturelle, compte tenu des adaptations nécessaires.....230
f) Interdiction pour l'auteur de l'apport des forces génétiques au projet parental d'autrui de réclamer une filiation avec l'enfant, peu importe la forme qu'aura empruntée son assistance à la procréation 230
2. La procréation assistée dite classique impliquant le recours à une mère porteuse 231
a) Établissement de la filiation avec les parents d'intention par la voie administrative 231
b) Établissement de la filiation avec les parents d'intention par la voie judiciaire 231
3. Le droit à la connaissance des origines 231

SECTION 4 – AUTORITÉ PARENTALE ET OBLIGATION ALIMENTAIRE 231
A. Partage d'autorité parentale 231
B. Statut *in loco parentis* 231
C. Maintien des relations personnelles 232

Chapitre sixième – Politique de diffusion du droit de la famille..... 233

SECTION 1 – NOUVEAUX ÉPOUX 235

SECTION 2 – NOUVEAUX CONJOINTS DE FAIT 236

SECTION 3 – NOUVEAUX PARENTS.....237

SECTION 4 – DROIT TRANSITOIRE RELATIF AU RÉGIME PARENTAL IMPÉRATIF ET AU RÉGIME CONJUGAL 237

SECTION 5 – FILIATION, AUTORITÉ PARENTALE ET OBLIGATION ALIMENTAIRE.....238

Conclusion de la Troisième partie – Esquisse d'une table des matières du Livre deuxième sur la famille 241

Notes de fin de document..... 245

Sommaire des recommandations 383

Table de la législation 407

Table des jugements 418

Bibliographie 425

Annexes

Annexe I – Rapport préliminaire du Comité consultatif sur le droit de la famille 465

Annexe II – Tableau sur le droit applicable aux conjoints de fait dans les provinces et territoires canadiens anglais 481

Annexe III – Tableau sur le droit applicable à la maternité de substitution dans les provinces et territoires canadiens anglais 507

Annexe IV – Aperçu des principaux transferts gouvernementaux et mesures fiscales reliés à la famille 517

Annexe V – Harmonisation du droit social et fiscal avec le droit privé de la famille 527

Annexe VI – Enjeux d'une proposition de lignes directrices 535

Annexe VII – Note sur le droit international privé 575

Annexe VIII – Motifs de la dissidence de Dominique Goubau 581

Annexe IX – Motifs de la dissidence de Suzanne Guillet 591

Introduction générale

Le 23 janvier 2013, la Cour suprême du Canada rendait sa décision dans l'affaire connue du grand public sous le nom de *Éric* c. *Lola*[1]. Plus de trois ans après le jugement de première instance[2], le plus haut tribunal du pays mettait ainsi fin à l'une des causes les plus médiatisées des dernières décennies. À cinq juges contre quatre, la Cour suprême a formellement confirmé la validité constitutionnelle de la politique législative du Québec en matière familiale, se refusant d'y voir une atteinte injustifiée aux droits à l'égalité garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*[3].

Vieille de trente ans[4], cette politique réserve les droits et obligations conjugaux énoncés au Livre deuxième du Code civil aux conjoints mariés ou unis civilement, les conjoints de fait ne pouvant pour leur part en revendiquer directement l'application[5]. N'ayant pas fait le choix commun de se lier légalement, ceux-ci se voient imputer une volonté par défaut, celle de vivre leur conjugalité en marge des mesures que le Code civil prévoit au profit des conjoints unis par le mariage ou l'union civile[6]. Ainsi, seuls ces derniers pourront obtenir l'un de l'autre une pension alimentaire au jour de leur séparation[7] ou se réclamer le partage du patrimoine familial et, le cas échéant, celui du régime matrimonial[8]. Les mesures de protection de la résidence familiale[9], tout comme la prestation compensatoire[10], relèvent également de leurs prérogatives exclusives. Les conjoints de fait ne pourront quant à eux s'en prévaloir, à moins de l'avoir expressément prévu dans un contrat d'union de fait. À défaut, seuls les recours de droit commun leur seront accessibles[11].

La culture juridique spécifique du Québec aura donc résisté au couperet de la *Charte canadienne des droits et libertés*[12], dont certains ont pu craindre l'effet unificateur *a mari usque ad mare.* Par opposition à certaines provinces de common law qui soumettent les conjoints de fait au même cadre juridique que les époux en vertu d'une approche dite fonctionnaliste[13], le Québec s'est vu reconnaître le pouvoir d'articuler sa politique législative sur la base d'une approche formaliste axée sur le consentement[14] qui ne trouve pas d'équivalent ailleurs sur le territoire canadien[15].

Au-delà des conclusions de la Cour suprême, le débat judiciaire entourant l'affaire *Lola* aura également permis de mettre en lumière l'évolution des situations conjugales et familiales qu'a connue le Québec au cours des dernières décennies[16]. Alors que le mariage constituait autrefois la seule et unique manière socialement acceptable de former couple et famille, plus de la moitié des enfants naissent aujourd'hui de conjoints de fait[17]. Qu'elles résultent ou non d'un mariage, les unions conjugales sont davantage précaires et de moins longue durée qu'auparavant[18]. Partant, la proportion des familles monoparentales et recomposées a sensiblement augmenté[19]. À ce tableau s'ajoute l'avènement des couples de même sexe qui ont su, au cours des années 90, tirer profit des chartes pour obtenir une pleine reconnaissance sociale et juridique[20]. Dès le début des années 2000, les familles homoparentales québécoises ont par ailleurs pu bénéficier de nouvelles règles législatives en matière de filiation pour accéder à la parenté en bonne et due forme[21].

Dans la plupart des sociétés occidentales, la dynamique interne des rapports conjugaux a également subi de profondes mutations. Les impératifs sociaux et religieux qui dictaient autrefois le partage des rôles familiaux et les finalités du couple se sont étiolés[22]. Pour reprendre les termes du sociologue britannique Anthony Giddens, le domaine interpersonnel s'est privatisé et démocratisé[23]. Le politologue français Jacques Commaille remarque dans le même sens

l'effacement du caractère institutionnel du mariage au profit d'un « individualisme affectif » croissant à travers lequel chaque couple est appelé à identifier les ingrédients nécessaires à la réussite de son projet de vie commun[24].

Dans toute cette diversité[25], une constante domine toutefois le paysage : quelle que soit la configuration familiale en cause, l'enfant émerge en tant que véritable pivot de la famille. Il en est devenu le véritable fondement[26]. Au Québec comme ailleurs, il constitue l'artère principale qui innerve le système familial :

> Le couple est plus que jamais une valeur, mais ce n'est pas une « valeur sûre ». Marié ou non, personne n'a d'assurances à vie. Du coup sans qu'on en prenne conscience, un changement fondamental s'est produit : le principe d'indissolubilité du mariage s'est déplacé du mariage vers la filiation. En d'autres termes, puisqu'on peut tout perdre – conjoint, travail, maison –, du jour au lendemain, l'enfant devient le seul et unique lien « à vie ».[27]

À la lumière de cette évolution, d'aucuns se sont questionnés sur l'adéquation du Code civil aux réalités actuelles. Bien que les règles adoptées au tournant des années 80 satisfassent aux exigences de la *Charte canadienne des droits et libertés*[28], se pourrait-il qu'elles ne soient plus tout à fait en phase avec le vécu des couples et des familles québécoises ? Se pourrait-il qu'elles n'appréhendent plus la famille à la lumière des conceptions et des valeurs qui permettent aux conjoints et aux parents d'aujourd'hui de se retrouver et de se reconnaître, en dépit de la diversité et de l'hétérogénéité de leurs projets conjugaux et familiaux ?

Fort de ce questionnement, plusieurs observateurs ont interpelé le ministre de la Justice du Québec au lendemain du jugement de la Cour suprême pour le sensibiliser à l'importance d'une réflexion globale sur la question[29]. Le 19 avril 2013, le ministre de l'époque, M^{e} Bertrand St-Arnaud, a répondu à leurs préoccupations en annonçant en ces termes la création du **Comité consultatif sur le droit de la famille** (ci-après « le Comité ») :

> Depuis la grande réforme du droit de la famille en 1980, la société québécoise s'est transformée. Les dernières années ont été marquées de plusieurs avancées pour les familles, notamment en ce qui concerne le patrimoine familial ainsi qu'en matière d'union civile et de reconnaissance des conjoints de même sexe, mais, ces changements aux lois ont été faits à la pièce. L'heure est venue d'amorcer une réflexion en profondeur sur les orientations de notre législation pour déterminer si elle répond adéquatement aux besoins des familles d'aujourd'hui.[30]

On peut comprendre des propos du ministre que la réflexion attendue du Comité excède clairement l'enjeu du statut juridique des conjoints de fait auquel la Cour suprême s'est attardée dans l'arrêt *Lola*. Conscient des transformations sociales dont l'ampleur pourrait remettre en cause l'économie générale du droit de la famille, le ministre a confié au Comité la tâche d'examiner chacune des pièces de la mosaïque que constitue le Livre deuxième du Code civil. Les deux questions suivantes permettent de cerner plus précisément l'étendue de son mandat :

- Est-il opportun de revoir l'ensemble du droit de la famille québécois ?
- Dans l'affirmative, en quoi doit consister la réforme du droit de la famille, tant en matière de conjugalité que de filiation et de parentalité ?

Le Comité a répondu à la première question dans son rapport préliminaire déposé le 19 octobre 2013 (produit à l'Annexe 1)[31]. Sans revenir sur les prémisses à la base de cette réflexion préalable, qu'il nous soit permis d'en reproduire ici la conclusion :

> À l'unanimité, le Comité conclut […] à l'opportunité de réformer le droit de la famille dans sa globalité. Plus de 30 ans après la réforme de 1980, il convient d'en revoir le contenu en fonction des réalités familiales et conjugales qui caractérisent la société québécoise d'aujourd'hui. On ne saurait se contenter des interventions législatives à la pièce qui se sont succédé au cours des dernières décennies. Bien qu'elles aient permis de colmater certaines des fissures provoquées par les mutations sociales, ces interventions ont aussi multiplié les problèmes d'incohérence interne qui parsèment aujourd'hui le droit de la famille québécois. C'est donc aux fondations mêmes de l'édifice qu'il nous faut maintenant nous attaquer. À défaut, les tribunaux continueront d'en maçonner les contours au cas par cas, par le biais de solutions individualisées. Non seulement le législateur doit-il se réapproprier son rôle en redonnant au droit de la famille la pertinence et la cohérence perdues au fil des années, mais il doit également garder à l'esprit qu'une intervention de sa part pourra contribuer à déjudiciariser les rapports conjugaux et familiaux […].[32]

Depuis le dépôt de son rapport préliminaire, le Comité s'est employé à échafauder les axes de la réforme. Après avoir tenu 26 rencontres d'une journée complète, le Comité est fier de présenter ses recommandations finales à la ministre de la Justice du Québec. Celles-ci sont le fruit de longues et riches réflexions menées par les experts qui composent le Comité et par les membres des équipes ministérielles qui les ont accompagnés tout au long du processus.

Plan du rapport et contenu

Le présent rapport se divise en trois grandes parties. Conscient du fait qu'une réforme globale s'inscrit dans un continuum, le Comité a d'abord cru nécessaire d'assortir ses recommandations d'une large **mise en contexte socio-historique**. La première partie recense donc les grandes étapes qui ont marqué le droit de la famille québécois depuis la codification de 1866, tout en brossant un portrait sociodémographique des couples et des familles d'hier à aujourd'hui.

La deuxième partie présente les six **principes directeurs** à la base de la réflexion du Comité[33]. Conjugués l'un à l'autre, ces principes permettent d'identifier les fondements de la réforme proposée :

1) ***L'intérêt et les droits de l'enfant au cœur des priorités –*** Le droit de la famille doit refléter le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et promouvoir ses droits avec force et conviction;

2) ***Une réponse inclusive et adaptée à la diversité des couples et des familles –*** Le droit de la famille ne doit pas servir à légitimer un modèle conjugal ou familial au détriment d'un autre; au contraire, il doit s'adapter à la diversité et à l'hétérogénéité des familles qui caractérisent la société québécoise;

3) ***L'enfant, une responsabilité commune, source d'interdépendance –*** Le droit de la famille doit reconnaître la principale source d'interdépendance familiale que constitue la prise en charge d'un enfant en ajoutant, au lien juridique vertical qui relie chaque parent à l'enfant, un lien juridique horizontal porteur d'obligations mutuelles entre les deux parents;

4) ***Le couple, un espace d'autonomie de la volonté et de liberté contractuelle –*** Sous réserve des obligations mutuelles que leur statut parental pourra éventuellement justifier et des principes d'équité, le droit de la famille doit refléter l'égalité formelle des conjoints, mariés ou non, en leur conférant le pouvoir d'aménager librement le cadre juridique de leurs rapports conjugaux;

5) ***Des justiciables éclairés sur leurs droits et leurs obligations –*** Les choix et consentements dont peut dépendre l'application des règles juridiques qui composent le droit de la famille doivent être éclairés; à cet égard, l'État doit non seulement aménager dans la loi les conditions susceptibles d'assurer la qualité des consentements, mais il doit également faire preuve de leadership en se reconnaissant la responsabilité d'informer le mieux possible les justiciables de leurs droits et obligations;

6) ***Une justice familiale accessible –*** L'État doit promouvoir l'accès à la justice familiale par la mise en place de mesures et d'outils favorisant l'exercice des droits et le respect des obligations et, s'il y a lieu, la médiation des parties au litige familial, en accord avec le droit et l'équité.

La troisième partie expose concrètement l'ensemble des éléments de la réforme que préconise le Comité. Pour l'essentiel, ces éléments s'articulent autour des quatre **grandes orientations** suivantes :

Un **régime parental impératif** établissant entre les parents d'un enfant commun des droits et des obligations réciproques, tant durant leur vie commune qu'après leur séparation (ou alors même qu'ils n'ont jamais fait vie commune); quel que soit leur statut conjugal (mariés ou unis de fait[34]), ce régime parental impératif soumettra les parents d'un enfant à charge aux mesures de protection et d'attribution de la résidence familiale, tout en les obligeant à partager certains désavantages économiques résultant de la prise en charge de leur enfant au moyen d'une nouvelle mesure compensatoire;

Sous réserve des obligations prévues au régime parental impératif, un **régime conjugal** résolument axé sur l'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle des conjoints; pour les couples mariés, cette orientation se traduit par l'établissement d'un droit de retrait aux droits et obligations dont sera assorti le statut matrimonial (« opting out »), alors que pour les conjoints de fait, elle se concrétise par l'introduction de dispositions qui permettront de structurer et de simplifier leur adhésion mutuelle à ces mêmes droits et obligations (« opting in »); dans un cas comme dans l'autre, la liberté contractuelle des conjoints ne saurait toutefois permettre l'enrichissement injustifié de l'un d'eux au détriment de l'autre, d'où l'extension du champ d'application de la prestation compensatoire telle qu'on la connaît depuis 1981 à tous les couples, mariés ou non;

Un **régime de filiation** où les droits de l'enfant se voient affirmés ou réaffirmés sans compromis; cette orientation se matérialise par le resserrement des règles régissant l'établissement de la filiation des enfants nés d'une procréation naturelle ou d'une procréation assistée, par l'aménagement d'un cadre juridique rattachant des effets au projet parental impliquant le recours à une mère porteuse et par la reconnaissance du droit fondamental de l'enfant à la connaissance de ses origines;

Un **régime d'autorité parentale et d'obligation alimentaire** également centré sur la protection des droits de l'enfant et le respect de son intérêt; la mise en place de règles reflétant le rôle que peut tenir le nouveau conjoint d'un parent auprès de l'enfant (« beau-parent »), de même que l'expression claire et formelle du caractère socialement et juridiquement inacceptable que revêt la punition corporelle, permettront de replacer l'enfant au centre des enjeux que soulève l'exercice des droits et des devoirs parentaux et le respect des obligations qui s'y rattachent.

Démarche du Comité et limites

Le Comité a tenu l'ensemble de ses rencontres en présence du personnel des équipes ministérielles chargé de l'accompagner, sans autre participant, intervenant ou auditoire. Les recommandations soumises aux termes du présent rapport reflètent la vision du droit de la famille qui a fait consensus parmi ses membres. Cette vision repose non seulement sur leur expertise et leur expérience complémentaires, mais elle s'appuie également sur de solides fondements. Chacun des sujets abordés a été soigneusement analysé à la lumière de la littérature scientifique et du droit comparé.

La vision que propose le Comité ne prétend à aucune représentativité sociale. Aucun groupe, organisme ou personne n'a d'ailleurs comparu devant lui pour lui faire part de ses attentes et de sa conception des choses. Tel n'était d'ailleurs pas son mandat. En somme, le Comité n'avait pas pour tâche de recueillir le point de vue des acteurs sociaux sur les sujets étudiés et d'en présenter la synthèse, mais de soumettre à la ministre de la Justice une réflexion de principes ancrée sur sa compréhension des nouvelles réalités conjugales et familiales.

Droit substantif et droit procédural – Les éléments de réforme proposés par le Comité portent sur le droit substantiel de la famille et non sur ses aspects procéduraux, ceux-ci ayant été par ailleurs remaniés aux termes de la *Loi instituant un nouveau Code de procédure civile*[35]. Toutes les questions de procédure n'ont pas pour autant été évacuées. Ainsi, le Comité s'y est intéressé dans la mesure où la mise en œuvre du droit substantiel nouvellement proposé le justifiait. Les orientations de nature procédurale susceptibles de refléter les principes directeurs à la base des réflexions du Comité ont également fait l'objet d'une attention spécifique.

Droit privé et droit social et fiscal – Les enjeux juridiques qui intéressent la famille ne se limitent pas au droit privé consigné au Livre deuxième du Code civil. En effet, de larges pans du droit de la famille interpellent l'État en sa qualité de fournisseur de services sociaux ou de percepteur de taxes et d'impôts. Dans le cadre de ses politiques sociales et fiscales, l'État procure des avantages sociaux ou impose des fardeaux fiscaux aux citoyens en fonction de leur situation personnelle, conjugale et familiale[36]. Alors que le Code civil régit les rapports obligationnels des membres de la famille entre eux, les législations à caractère social et fiscal gouvernent quant à elles les relations de l'État avec les couples et les familles.

Au cours des dernières années, certains ont dénoncé la double logique du législateur québécois qui, d'une part, distingue les conjoints de fait des époux en droit privé et, d'autre part, assimile les uns aux autres dans ses lois sociales et fiscales[37]. D'autres, en revanche, ont défendu cette « apparente contradiction » en invoquant la rationalité juridique propre à chacune des sphères d'intervention : en droit privé, avancent-ils, l'État respecte le libre choix des individus de se soumettre ou non à des obligations mutuelles, par le mariage ou l'union civile, alors qu'il ne lui revient pas de distinguer en fonction du statut matrimonial lorsque vient le temps d'élaborer les politiques sociales et fiscales en vertu desquelles les citoyens pourront bénéficier d'avantages

sociaux et, corollairement, seront appelés à y contribuer par leurs taxes et impôts[38]. Peu importe la posture adoptée, tous sont en mesure de reconnaître la confusion que peut générer ces distinctions dans l'esprit des principaux intéressés[39].

Le mandat attribué au Comité ne porte que sur le droit privé énoncé au Code civil, à l'exclusion du droit social et fiscal dont la finalité, on l'aura compris, relève d'une tout autre perspective. Le Comité reconnaît toutefois les difficultés que soulève l'absence d'arrimage entre ces deux grandes sphères complémentaires du droit de la famille. En ignorant, dans les législations sociales et fiscales, les principes et les valeurs auxquels il accorde tant d'importance en droit privé de la famille, le législateur fait preuve d'une certaine incohérence, voire d'une incohérence certaine. Bien qu'il ne lui revienne pas de déterminer les orientations précises qu'on devrait privilégier pour éliminer ou, à tout le moins, atténuer la portée de cette incohérence, le Comité se croit néanmoins autorisé à dénoncer la « logique de silos » qui prévaut depuis trop longtemps. Puisqu'elles s'inscrivent en marge du mandat qui lui est confié, cette prise de position, et les interrogations qui permettent d'en mesurer l'étendue, sont exprimées à l'Annexe 5.

Droit interne et droit international privé – Comme c'est le cas dans tous les domaines du droit privé, les enjeux sur lesquels porte le droit de la famille se répercutent au Livre dixième du Code civil consacré au droit international privé. Les dispositions prévues dans ce Livre identifient la loi applicable à une situation qui présente un ou plusieurs éléments d'extranéité. Elles déterminent également les critères ou facteurs sur la base desquels les autorités judiciaires québécoises ou étrangères pourront en disposer, tout en délimitant les conditions de reconnaissance des décisions qui auront été rendues hors Québec.

L'expertise du Comité ne porte que sur le droit interne de la famille. L'analyse des dispositions du droit international privé applicables aux matières familiales excède donc la compétence de ses membres. Cela dit, les juristes du ministère de la Justice du Québec spécialisés dans le domaine se sont penchés sur le sujet. À la lumière des recommandations formulées par le Comité sur le droit interne, ils ont été appelés à identifier les principaux enjeux que la réforme proposée pourrait soulever sur le plan du droit international privé, de même que les orientations qui pourraient être éventuellement privilégiées par le législateur. Leur analyse, à laquelle le Comité souscrit, est consignée à l'Annexe 6.

Politique législative et analyse technique – Si l'observation des réalités conjugales et familiales contemporaines peut justifier l'adoption d'une nouvelle politique législative, l'analyse minutieuse de la jurisprudence et de la doctrine peut quant à elle nous permettre d'identifier les difficultés d'ordre technique et les problèmes d'interprétation que soulèvent les dispositions actuelles du Livre deuxième du Code civil. Au-delà des grands axes autour desquels s'articule le droit de la famille, chacune des dispositions qui lui donnent corps peut faire l'objet d'une microréforme. Songeons simplement aux articles 450 et suiv. C.c.Q. portant sur la qualification des biens en société d'acquêts ou à l'article 418 C.c.Q. qui permet d'établir la valeur partageable des biens du patrimoine familial.

Les ressources très limitées dont le Comité a pu bénéficier pour accomplir son mandat dans les délais convenus l'ont forcé à restreindre son intervention aux travaux de « gros œuvre » qu'un regard macroscopique permet de justifier. Bien que fondamental, le volet de la réforme que constitue l'analyse technique des règles de droit devra donc être redéployé à l'occasion d'un autre chantier que celui auquel le Comité s'est consacré au cours des deux dernières années.

PREMIÈRE PARTIE

LA FAMILLE D'HIER À AUJOURD'HUI

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

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

Chapitre premier
Survol historique du droit de la famille québécois

Ancêtre du Code civil actuel, le *Code civil du Bas Canada*[40] entre en vigueur en 1866, soit un an avant la création de la fédération canadienne. Après plusieurs années de labeur, les codificateurs parviennent à structurer les règles de droit privé appliquées au sein de la colonie, en reprenant « la même somme de détails sur chaque sujet que les codes français connus sous les noms de *code civil*, *code de commerce* et *code de procédure civile* »[41].

Plusieurs dispositions du *Code civil du Bas Canada* reproduisent les règles qui figurent déjà au Code Napoléon de 1804, notamment en matière de mariage et de succession. L'influence du droit civil français sur le droit de la famille québécois est donc indéniable. Trois exceptions notoires doivent toutefois être relevées, et ce, dès le premier titre : on refuse d'abord toute forme de laïcisation du mariage. Contrairement au droit français forgé à l'aune des idées révolutionnaires, le droit québécois de la famille restera quant à lui imprégné du droit canon[42]. Sans doute cette influence religieuse explique-t-elle également la deuxième exception : le *Code civil du Bas Canada* ne reconnaît pas l'institution de l'adoption[43]. D'abord chargés de codifier le droit existant et non de créer de nouvelles règles[44], les Codificateurs se bornent à constater l'inexistence de l'institution dans la colonie[45], mais on peut valablement supposer qu'ils répugnent à l'idée de substituer une parenté et une filiation fictive aux liens du sang institués par le Créateur. La troisième exception excède quelque peu le champ d'application du droit de la famille au sens strict, mais son incidence y est indéniable. Fidèle aux dispositions de l'*Acte de Québec de 1774*[46] qui a introduit dans la Colonie le principe de la liberté illimitée de tester provenant du droit anglais[47], le *Code civil du Bas Canada* ignore la réserve héréditaire que le droit français prévoit en faveur des descendants du défunt[48].

Le *Code civil du Bas Canada* aborde l'ensemble des matières familiales, y compris celles qui tomberont un an plus tard sous l'égide du Parlement fédéral. En vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*[49], le Parlement fédéral se verra effectivement attribuer le pouvoir exclusif de légiférer sur les conditions de fond du mariage et sur le divorce[50]. Entrées en vigueur un an avant la Constitution, les dispositions du Code civil traitant de questions désormais soumises à la compétence du législateur fédéral demeureront néanmoins valides après 1867. Il en est ainsi, notamment, des règles relatives à l'âge requis pour contracter mariage[51], à la qualité que doit revêtir le consentement des futurs époux[52], à leur statut civil[53], à leur état physiologique[54] et aux empêchements au mariage[55]. Cela étant, toute modification ou abrogation de ces règles sera désormais refusée au législateur provincial, comme le prévoit l'article 129 de la Loi de 1867 :

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

Bien que le Comité tienne son mandat du ministère de la Justice du Québec et que seules les dispositions qui relèvent aujourd'hui du pouvoir législatif de la province fassent l'objet des recommandations qu'il soumet[56], le présent historique aborde le droit de la famille dans une

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

SECTION 1 – LA CONJUGALITÉ

A. Le Code civil du Bas Canada de 1866 et ses suites législatives

Le *Code civil du Bas Canada* de 1866 témoigne de la conception sociale et religieuse du mariage qui prévaut alors. Sacrement indissoluble, le mariage est principalement voué à perpétuer les familles, voire la « race »[57]. Dès lors, l'union matrimoniale ne peut être contractée qu'entre un homme et une femme[58]. Seul un célébrant appartenant à la confession religieuse des mariés, en général leur propre curé, peut procéder à sa célébration[59]. Le divorce judiciaire n'a bien sûr aucune existence légale[60]. Le lien matrimonial peut toutefois faire l'objet d'un relâchement par l'obtention d'une séparation de corps prononcée par le tribunal sur la base d'une « cause déterminée »[61], soit l'adultère, « l'excès, les sévices et injures graves » ou le « refus du mari de recevoir sa femme et de lui fournir les choses nécessaires à la vie »[62]. La séparation de corps n'entraîne pas la dissolution du mariage; elle ne fait que délier les époux de leur devoir de vivre ensemble[63]. Sous réserve du pouvoir du Parlement fédéral d'adopter une loi privée dissolvant un mariage précis[64], seule la mort naturelle d'un époux peut donc provoquer la fin du mariage[65].

Plus nombreux qu'aujourd'hui, les effets personnels du mariage traduisent la volonté du législateur d'assujettir les époux aux préceptes du clergé[66]. Comme c'est toujours le cas, ceux-ci se doivent d'abord fidélité, vie commune, secours et assistance[67]. Les époux sont également tenus à une obligation alimentaire mutuelle. Contrairement à la situation qui prévaut aujourd'hui, chacun d'eux est en outre tenu de verser des aliments aux parents de l'autre, de même qu'à leurs ascendants au degré subséquent, et réciproquement[68]. Comme l'écrit Mignault :

> Quoique la loi ne parle que des beaux-pères et belles-mères, on admet généralement que chacun des époux doit des aliments, non seulement aux père et mère de l'autre, mais encore à ses autres ascendants; et réciproquement, que les aliments sont dus, non seulement par les père et mère au conjoint de leur enfant, mais encore par les autres ascendants au conjoint de leur petit-fils ou de leur arrière-petit-enfant. L'esprit de la loi est d'assimiler, en ce qui touche les aliments, les alliés à titre d'ascendants et de descendants aux ascendants et descendants eux-mêmes[69].

Les autres effets personnels du mariage traduisent la dépendance de la femme mariée à l'égard de son mari. Ainsi, l'épouse doit obéissance à son mari et celui-ci lui doit protection[70]. En vertu de la « puissance maritale » dont il est investi, le mari peut utiliser la force publique pour contraindre son épouse à intégrer ou réintégrer le domicile conjugal qu'il aura préalablement établi[71]. Frappée d'incapacité juridique[72], la femme mariée ne peut ni contracter[73], ni ester en justice[74] sans l'autorisation de son mari ou du tribunal[75]. Les rapports entre époux sont donc foncièrement inégalitaires et campés dans deux rôles distincts : d'une part, le mari-pourvoyeur, maître et chef de la famille, et d'autre part, la femme dévouée et mère aimante.

La perspective inégalitaire du *Code civil du Bas Canada* s'observe également à travers les règles qui régissent les rapports pécuniaires des époux. À l'origine, deux grands régimes matrimoniaux coexistent[76] : d'une part, la communauté légale de meubles et acquêts et douaire coutumier[77] et, d'autre part, la séparation de biens. Applicable de plein droit aux époux qui se marient sans contrat de mariage[78], le premier régime suppose le partage, au moment de la dissolution, d'une masse étendue de biens « communs », principalement composée des biens meubles acquis avant et durant le mariage et des biens immeubles acquis durant le mariage[79]. Chef de la communauté, le mari dispose pendant l'union d'importants pouvoirs d'administration et d'aliénation sur les biens communs, la femme lui étant complètement subordonnée[80]. Le second régime, de nature conventionnelle, suppose plutôt la remise en état des époux lors de la dissolution, ceux-ci étant alors appelés à reprendre leurs biens respectifs. Durant le mariage, la femme séparée de biens conserve l'administration de ses biens meubles et immeubles et la libre jouissance de ses revenus[81], sous certaines réserves tenant à l'incapacité juridique dont elle est l'objet. Elle ne peut toutefois, sans l'autorisation de son mari ou du tribunal, aliéner ses immeubles, ni accepter une donation immobilière[82].

Si, au moment de la codification, le régime légal de la communauté de meubles et acquêts semble bien adapté aux besoins de la population, les époux s'en distancieront progressivement dès le début du XX^{e} siècle en lui préférant la séparation conventionnelle de biens[83]. Généralement assortis de donations entre vifs et à cause de mort[84], les contrats de mariage par lesquels ils se soumettront à la séparation de biens seront considérés comme des pactes de famille immuables[85] dont ils ne pourront plus modifier le contenu après la célébration de leur mariage[86]. Cette immutabilité témoigne de la profonde méfiance qu'entretient alors le législateur à l'égard des arrangements dont voudraient convenir les époux. Une méfiance qui s'observe également à travers l'interdiction qui leur est faite de conclure entre eux des contrats de vente et de donation, sous peine de nullité absolue[87].

Quel que soit le régime matrimonial applicable au couple, le mari demeure en tout temps et en tout lieu le « chef de la famille ». À ce titre, il lui revient d'en assurer la direction morale et matérielle, à l'exclusion de la femme. Celle-ci est toutefois admise à le représenter auprès des tiers pour les besoins courants du ménage et l'entretien des enfants, suivant ce qu'il est convenu d'appeler le « mandat domestique »[88].

En 1915, une première modification d'envergure est apportée au droit de la famille par le législateur québécois. Aux termes de la « Loi Pérodeau », le conjoint devient héritier régulier en se voyant accorder le droit de concourir à la succession du défunt avec les proches parents de ce dernier[89]. Alors qu'il ne pouvait autrefois hériter qu'à défaut de successibles jusqu'au douzième degré[90], il pourra dorénavant toucher la totalité de la succession du défunt dans la mesure où celui-ci meurt « […] sans postérité et sans père ou mère vivants ou sans parents collatéraux jusqu'aux neveux et nièces au premier degré inclusivement »[91]. En présence de telle postérité ou de tels ascendants ou collatéraux privilégiés, le conjoint héritera d'une part de la succession[92], sans toutefois pouvoir cumuler les droits successoraux ainsi établis et les droits lui résultant de son régime matrimonial, le cas échéant[93].

En 1931, au terme des travaux de la Commission Dorion sur les droits civils de la femme[94], le législateur améliore quelque peu la situation juridique de la femme mariée en lui accordant une mince part d'autonomie dans la gestion de ses actifs[95]. Celle-ci pourra dorénavant administrer et, à certaines conditions, aliéner seule ses biens dits « réservés », soit le produit de son travail personnel, les économies en provenant et les meubles ou immeubles acquis en remploi de ces sommes.

B. La Révolution tranquille

Au début des années 60, sous l'impulsion des vents de changements soufflés par la Révolution tranquille, l'équilibre sur lequel repose depuis toujours le droit de la famille québécois est sérieusement remis en question[96]. Plusieurs transformations juridiques d'importance en témoignent, tant en droit privé qu'en droit social. Ainsi, en 1964, la femme mariée obtient sa pleine émancipation juridique suivant la *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*[97]. Sous réserve des limites prévues à son régime matrimonial[98], elle pourra désormais, « […] sans autorisation, passer tous les actes de la vie juridique »[99]. Une première loi à caractère social reconnaissant des avantages sociaux aux « concubins » voit par ailleurs le jour en 1965[100] et les premiers mariages civils sont célébrés quelques années plus tard[101]. Outre les ministres du culte des religions reconnues[102], les protonotaires et protonotaires adjoints pourront dorénavant agir à titre d'officiers célébrants, l'institution matrimoniale reconnue par la loi n'étant plus nécessairement liée au sacrement religieux.

En 1967, le Parlement fédéral sanctionne la *Loi concernant le divorce*[103] qui permet aux époux d'obtenir un jugement de divorce, principalement pour cause d'adultère, de cruauté ou d'abandon[104]. Cette loi marque une véritable rupture juridique et sociale avec le droit antérieur qui postulait jusqu'alors l'indissolubilité du mariage[105]. Elle innove également en consacrant le droit d'ex-époux, pourtant déliés de tout lien juridique, de se réclamer mutuellement une pension alimentaire[106]. Ce droit connaît toutefois différentes limites, auxquelles participent notamment les agissements fautifs de l'ex-époux. Ainsi, le tribunal pourra-t-il tenir compte de la conduite des parties pendant le mariage pour disposer de leurs droits alimentaires au moment du divorce[107].

L'entrée en vigueur du nouveau régime matrimonial de la société d'acquêts le 1er juillet 1970 vient ajouter à l'effervescence législative de l'époque[108]. Remplaçant la communauté de meubles et d'acquêts à titre de régime légal supplétif[109], le nouveau régime à caractère participatif consacre un tournant dans l'affirmation du caractère égalitaire des rapports pécuniaires entre époux[110] : durant le mariage, chacun d'eux demeure libre d'administrer et de disposer de ses biens, propres ou acquêts[111], mais il est tenu, au moment de la dissolution, de partager ses biens acquêts[112]. Le législateur profite également de la réforme des régimes matrimoniaux pour reconnaître aux époux le droit de modifier sous contrôle judiciaire leurs conventions matrimoniales après la célébration de leur mariage[113], portant ainsi atteinte au principe d'immutabilité des conventions matrimoniales qui prévalait jusqu'alors[114]. Dans la même mouvance, le législateur lèvera l'ensemble des prohibitions légales de contracter auxquelles les époux sont assujettis depuis la codification[115].

C. La réforme du droit de la famille de 1980

Aussi fondamentales soient-elles, les modifications ponctuelles dont le droit de la famille fait l'objet durant les années 60 et 70 ne suffisent pas. Au tournant des années 80, le besoin d'une réforme d'ensemble devient on ne peut plus évident. L'Office de révision du Code civil travaille d'ailleurs à la réforme du *Code civil du Bas Canada* depuis le milieu des années 50[116]. Et c'est en droit de la famille que les travaux de l'Office seront d'abord mis à profit. L'adoption d'une première tranche du *Code civil du Québec* en 1980 permettra au législateur de faire entrer le droit de la famille dans la modernité[117].

Sacralisée cinq ans plus tôt par la *Charte des droits et libertés de la personne*[118], l'égalité des époux constitue le nouveau paradigme du droit réformé[119]. Consacrée au chapitre des droits et

devoirs des époux, de portée impérative, la norme égalitaire est élevée au rang de valeur sociale et juridique, toutes les dispositions du droit de la famille devant désormais y faire écho. Les époux se voient donc reconnaître les mêmes droits et les mêmes obligations[120]; ils doivent assurer ensemble la direction morale et matérielle de la famille[121] et sont tenus solidairement responsables des dettes contractées par l'un ou l'autre pour les besoins courants du ménage[122]. Par ailleurs, l'établissement de la résidence familiale ne relève plus du mari exclusivement; il revient maintenant aux deux époux de la choisir « de concert »[123]. Enfin, la femme mariée ne prend plus le nom de son mari; conservant sa personnalité propre en mariage comme hors mariage, la femme gardera dorénavant son nom de naissance après le mariage[124].

Transparait également du nouveau Code civil le souci du législateur d'assurer une certaine équité entre les époux, tant durant le mariage qu'au jour de la dissolution. Sont ainsi aménagées différentes mesures visant à assurer la protection de la résidence familiale et des meubles du ménage, sans égard au régime matrimonial des époux. Désormais, l'époux qui en est le propriétaire ou le locataire – généralement le mari – doit obtenir le concours de l'autre pour en disposer. Les nouvelles règles permettent également au tribunal d'attribuer au moment de la rupture certains droits dans la résidence familiale ou dans les meubles du ménage à l'époux qui n'en est pourtant pas le propriétaire ou le locataire[125]. En outre, le législateur met en place un nouveau droit à la « prestation compensatoire »[126]. Dorénavant, les tribunaux disposeront d'un instrument d'équité susceptible d'assurer l'indemnisation de l'époux ayant contribué, par son apport « en biens ou en services, à l'enrichissement du patrimoine de son conjoint »[127]. Essentiellement, la prestation compensatoire doit permettre à la femme demeurée à la maison durant la vie commune d'obtenir sa juste part dans les actifs de son mari, en dépit du régime de la séparation de biens auquel elle aura pu souscrire au moment de son mariage ou postérieurement. D'ailleurs, les époux sont désormais tenus de contribuer aux charges du mariage à proportion de leurs facultés respectives peu importe leur régime matrimonial[128], l'un d'eux pouvant toutefois s'acquitter de sa contribution par son activité au foyer[129].

C'est également lors de la réforme du droit de la famille de 1980 que la conjugalité hors mariage entre dans la licéité. Une entrée toute en douceur provoquée par l'abrogation des dispositions de l'article 768 C.c.B.C. qui prohibait jusqu'alors les donations entre « concubins »[130]. En éliminant cette dernière limite à la liberté contractuelle des conjoints de fait, le législateur leur confère implicitement le bénéfice d'en appeler au droit pour encadrer leur relation[131]. Désormais, toutes les conventions dont ils pourront convenir seront jugées valides et exécutoires devant les tribunaux, sans que l'on ne puisse y voir une atteinte directe ou indirecte à l'ordre public et aux bonnes mœurs[132]. Au nom de la liberté contractuelle et de l'autonomie de la volonté, le législateur se refuse toutefois d'assortir leurs rapports mutuels de quelques effets juridiques que ce soit[133].

D. Les années 80

Amorcé en 1965 aux termes de la *Loi sur le régime des rentes du Québec*[134], le mouvement d'assimilation des conjoints de fait aux époux dans les lois à caractère social et fiscal s'accélère dans les années 80, tant au niveau provincial que fédéral. Les conjoints de fait pourront bientôt prétendre à l'ensemble des avantages sociaux auxquels les époux ont traditionnellement accès; incidemment, ils seront assujettis aux mêmes obligations fiscales[135]. Accessoirement, certaines dispositions du Code civil, dont la vocation n'est pas d'instituer des obligations entre les conjoints mais de leur procurer un statut à l'égard des tiers, seront également étendues aux conjoints de fait. Tel est précisément le cas de la règle permettant au conjoint du locataire d'être

maintenu dans les lieux loués à la suite d'une séparation ou d'un décès[136], de même que celle autorisant la personne qui est copropriétaire d'un immeuble avec son conjoint de reprendre possession d'un logement qui s'y trouve[137].

En 1985, le Parlement fédéral remplace la *Loi concernant le divorce* de 1968[138] par une loi plus libérale et plus progressive, l'actuelle *Loi sur le divorce*[139]. La nouvelle loi tempère la perspective accusatrice sur laquelle reposait l'ancienne. Dorénavant, un divorce pourra être prononcé non seulement en raison d'un adultère et d'un acte de cruauté, mais il pourra également être obtenu à la requête conjointe des deux époux ayant vécu séparément pour une période d'au moins une année[140]. Le cas échéant, la faute de l'époux responsable de l'échec du mariage n'aura plus d'incidence sur son droit à la pension alimentaire, de même que sur l'attribution de la garde des enfants[141].

En 1989, le législateur québécois consolide les mesures législatives visant à garantir la protection économique du conjoint vulnérable par l'adoption de la loi instituant le « patrimoine familial »[142]. Cette loi entend cristalliser l'égalité économique des époux que la prestation compensatoire introduite neuf ans plus tôt n'aura pas permis d'assurer[143]. Contre toute attente, la Cour d'appel a en effet refusé de voir dans le travail domestique un apport susceptible d'indemnisation. Selon la Cour, accorder à l'épouse séparée de biens une prestation en compensation du travail accompli au foyer constituerait une forme déguisée de partage, au mépris de la liberté conventionnelle[144] :

> Dire que la prestation compensatoire a pour effet de faire renaître le droit au partage, c'est prononcer l'abolition du principe de la liberté des conventions, c'est instituer *a posteriori* la société d'acquêts comme régime légal obligatoire. Si le législateur avait voulu qu'il en soit ainsi, il lui incombait de le dire et non pas qu'on le lui fasse dire.[145]

Par l'adoption du patrimoine familial, le législateur répond donc clairement au message lancé par le tribunal[146]. Quelle que soit la date de leur mariage et peu importe leur régime matrimonial ou leur contrat de mariage, les époux seront désormais tenus de partager au jour de la rupture, en valeur et à parts égales, un certain nombre de biens à caractère familial, soit les résidences de la famille, les meubles ornant ou garnissant ces résidences, les véhicules servant au déplacement de la famille, les droits accumulés durant le mariage au titre d'un régime de retraite et les gains inscrits durant le mariage aux termes du régime des rentes du Québec[147].

Aux tournants des années 90, le Parlement fédéral se prévaut de sa compétence législative en matière de mariage pour déterminer les empêchements résultant des liens de parenté ou de consanguinité entre époux[148]. Jusqu'alors valides en vertu de l'article 129 de la *Loi constitutionnelle de 1867*[149], les règles prévues à ce sujet au *Code civil du Bas Canada* de 1866 deviennent dès lors caduques[150]. Depuis, l'existence d'un lien de parenté ou d'alliance entre les époux ne peut faire échec à leur mariage et entraîner sa nullité, sauf s'ils sont parents en ligne directe (par consanguinité ou par adoption) ou s'il s'agit du frère et de la sœur ou du demi-frère et de la demi-sœur[151].

E. La réforme du Code civil de 1994

La réforme du Code civil de 1994 procure au législateur l'occasion d'apporter certains ajustements plus au moins accessoires au droit de la famille, notamment au chapitre des conditions du mariage[152]. À l'avenir, écrit Monique Ouellette, seules des « conditions de

célébration » seront posées. De façon peut-être habile mais néanmoins évidente, ajoute la professeure, le législateur québécois cherche manifestement à évacuer le problème constitutionnel[153]. Ainsi, le célébrant ne pourra-t-il célébrer le mariage qu'après avoir fait certaines vérifications relativement à l'âge des futurs époux, à leur lien de parenté éventuel et à l'absence de tout lien matrimonial[154]. La question de l'âge ne passe pas inaperçue. Alors que le *Code civil du Bas Canada* fixait les seuils d'âge requis pour contracter mariage à 12 ans pour les filles et 14 ans pour les garçons[155], le nouveau Code les établit à 16 ans pour les deux époux[156]. La validité constitutionnelle de ce changement sera à juste titre mise en cause[157]. S'agissant d'une condition de fond du mariage dont on ne saurait changer la nature en la qualifiant autrement, la détermination du seuil d'âge requis pour contracter mariage relève exclusivement du Parlement fédéral. Le problème sera réglé en 2001 lorsque le Parlement fédéral interviendra aux termes de la *Loi d'harmonisation n^{o} 1 du droit fédéral avec le droit civil*[158] pour faire sien le changement ainsi intégré.

Le législateur profite également de la réforme de 1994 pour ajouter de nouvelles composantes au statut des conjoints de fait. Le conjoint de fait d'un parent se voit d'abord attribuer le droit d'adopter l'enfant de ce dernier sur la base d'un simple consentement spécial[159]. Cette prérogative était jusqu'alors réservée aux époux. En matière de procréation assistée, celui qui refuse de reconnaître l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée à laquelle il a pourtant consenti encourra désormais une responsabilité envers cet enfant et la mère (sa conjointe) qui lui a donné naissance[160].

Mis à part ces références expresses au conjoint de fait, le législateur adopte également des dispositions générales qui, sans mentionner spécifiquement le conjoint du fait, lui attribuent indirectement des droits à titre de « proche » ou de « personne intéressée ». Tel est le cas en matière successorale où l'héritier qui réside dans la résidence principale avec le défunt se voit accorder le droit de demander qu'on lui attribue, par voie de préférence, l'immeuble qui servait de résidence au défunt[161]. Tel est également le cas en matière de responsabilité civile où toute personne (et non plus seulement les ascendants, descendants et époux[162]) se voit attribuer le droit d'exercer un recours direct en responsabilité à la suite du décès d'un proche[163], de même qu'en matière d'assurance personnelle où l'on reconnaît la validité d'une assurance souscrite par une personne sur la vie de celui ou de celle qui contribue à son soutien[164]. Soulignons également l'adoption, en matière de soins requis par l'état de santé d'un majeur inapte, d'une disposition permettant à un proche parent ou à une personne démontrant un intérêt particulier pour le majeur de fournir le consentement requis, dans le cas où le majeur en question n'a ni représentant légal, ni conjoint marié[165].

F. L'union civile

À l'aube du XXI^{e} siècle, ce sera au tour des couples de même sexe d'obtenir la faveur du législateur, mais non sans peine. Pressés par la Cour suprême d'éliminer toute forme de distinction contraire aux droits à l'égalité garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*[166], les législateurs provincial et fédéral élargiront d'abord le champ d'application de leurs lois sociales et fiscales respectives au profit des conjoints de fait homosexuels[167].

Puis, en 2002, le législateur québécois se prévaudra de sa compétence en droit privé pour aménager au profit de tous les couples, qu'ils soient de sexe opposé ou non, un tout nouveau régime de conjugalité sous le nom d'« union civile »[168]. Calquée sur le mariage et produisant à quelques exceptions près les mêmes effets[169], l'union civile permettra aux couples gais et

lesbiens d'obtenir un statut civil et conjugal quasi équivalent au mariage. Les personnes autorisées à célébrer le mariage, au rang desquelles se trouveront désormais les notaires, les élus municipaux et toute autre personne spécifiquement désignée par le ministre de la Justice[170], disposeront des mêmes attributs en matière d'union civile[171]. Comme l'exprime le ministre de la Justice de l'époque au moment du dépôt du projet de loi, trois types de conjugalité auront dès lors cours au Québec, soit « celle des conjoints unis en mariage, celle des conjoints en union civile et celle des conjoints de fait »[172].

Les conjoints de fait seront également favorisés par la nouvelle loi. En effet, le législateur procèdera à l'ajout d'une définition formelle de l'union de fait dans la *Loi d'interprétation*[173]. Alors qu'il lui fallait auparavant mentionner spécifiquement les conjoints de fait pour que les droits et obligations découlant d'une disposition leur soient reconnus, le législateur n'aura désormais qu'à employer le terme « conjoint » pour en élargir le champ d'application au-delà des seuls conjoints légalement unis. Bien qu'en apparence technique, ce changement de paradigme est porteur d'une puissante charge symbolique : en droit québécois, la notion de « conjoints » n'est plus l'apanage exclusif des époux et conjoints unis civilement. Autrement dit, un conjoint de fait n'est pas moins « conjoint » qu'un conjoint de droit, d'où la nouvelle définition. Si, au plan substantif, le législateur souhaite moduler les droits et obligations des uns et des autres, il lui incombera dorénavant d'employer une terminologie distinctive.

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

Les conjoints de fait se verront également accorder une pleine reconnaissance en matière de consentement aux soins. En effet, le consentement aux soins requis par l'état de santé d'une personne inapte à consentir non légalement représentée sera désormais donné par le conjoint, qu'il soit marié, en union civile ou en union de fait, de préférence à tout autre proche parent ou personne démontrant un intérêt particulier pour le majeur[174].

G. Le mariage entre conjoints de même sexe

En 2005, sous la pression des tribunaux supérieurs de plusieurs provinces[175], le législateur fédéral accorde enfin aux couples de même sexe le droit de convoler en justes noces. Les autorités religieuses se voient du même coup reconnaître le droit de refuser de célébrer ces unions si tant est qu'elles s'avèrent contraires à leurs croyances[176]. Fort d'un avis de la Cour suprême reconnaissant la validité constitutionnelle d'une telle évolution[177], le Canada devient ainsi le troisième État à accepter formellement ce qu'il est aujourd'hui convenu d'appeler le « mariage gai »[178].

SECTION 2 – LA PARENTÉ ET LA FILIATION

A. Le Code civil du Bas Canada de 1866

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

À l'origine, le *Code civil du Bas-Canada* distingue deux espèces de filiation, soit la filiation « légitime » et la filiation « naturelle », cette dernière se déclinant en trois catégories : la filiation naturelle simple, la filiation naturelle adultérine et la filiation naturelle incestueuse[179]. On remarque l'absence d'une troisième espèce de filiation, soit la filiation « adoptive ». Tel que précédemment mentionné, le législateur de 1866 refuse de reconnaître l'adoption, les liens du sang établis par le Créateur lui apparaissant inaltérables. Les premières dispositions législatives sur le sujet ne feront leur apparition qu'en 1924[180].

On qualifie d'enfants légitimes ceux qui ont été conçus durant le mariage[181] ou qui seront « légitimés » par le mariage subséquent de leurs parents, aux conditions prévues par la loi[182]. En vertu de la présomption de paternité applicable en mariage, le mari hérite de la paternité, sans autre formalité[183]. Il ne sera admis à désavouer l'enfant qu'aux termes de conditions très strictes[184]. À l'opposé, on qualifie d'enfants naturels ceux qui ont été conçus hors mariage, sans avoir été par la suite légitimés. L'enfant est dit naturel « simple » s'il n'est pas né d'un « commerce constituant un adultère ou un inceste ». Il est considéré comme « adultérin » dès lors que, à l'époque de sa conception, l'un de ses parents n'a pu se marier avec l'autre étant donné l'existence d'un lien matrimonial unissant déjà l'un d'eux avec une autre personne. Finalement l'enfant est considéré comme « incestueux » s'il est né de parents à l'égard desquels il existe, à l'époque de sa conception, un empêchement au mariage dû à l'existence d'un lien de parenté ou d'alliance[185].

L'enfant légitime (ou légitimé) bénéficie d'un statut enviable[186], non seulement auprès de ses père et mère qui sont tenus de le nourrir et de l'entretenir[187], mais également à l'égard de leur famille respective. L'enfant légitime « entre littéralement dans la famille de ses père et mère » et se voit inscrit sur un axe généalogique précis[188]. Il bénéficie en cela d'un droit de successibilité générale[189]. Une obligation alimentaire réciproque le relie également à l'ensemble de ses ascendants à quelque degré que ce soit, de même qu'à leurs alliés[190].

En revanche, l'enfant naturel n'a que très peu de droits. Certes, ses parents peuvent le reconnaître volontairement ou y être forcés[191], mais cette reconnaissance ne lui permettra pas d'intégrer formellement leurs familles respectives. Comme l'écrit Migneault, même reconnu, « l'enfant naturel n'a point de famille »[192]. De fait, l'enfant naturel reconnu n'aura de lien qu'avec ses père et mère, lesquels seront légalement tenus de le nourrir et de l'entretenir et, le cas échéant, de lui verser des aliments[193]. Contrairement aux enfants légitimes, l'enfant naturel ne pourra faire valoir aucun droit alimentaire à l'encontre de ses autres ascendants, et ne sera titulaire d'aucune vocation successorale[194]. Quant aux enfants adultérins et incestueux, ils sont, écrit Mignault, encore plus « bas que les enfants naturels simples»[195]. Ce sont, ajoute Beaudouin, de « véritables parias de la société »[196]. Bien qu'ils puissent aussi faire l'objet d'une reconnaissance volontaire et bénéficier des avantages en résultant, ils ne pourront recevoir de

donations entre vifs de leurs parents, sous réserve de la portion dite alimentaire[197]. Pire, ils ne pourront jamais être légitimés par le mariage subséquent de leurs parents[198].

Par ces règles, le droit se porte clairement à la défense de la famille légitime. Comme justification, on évoque la volonté de protéger la famille unie par le mariage, le refus d'admettre une conduite jugée répréhensible et contraire aux bonnes mœurs, de même que la nécessité de freiner le concubinage[199].

Jusqu'à ce qu'ils aient atteint l'âge de 21 ans ou qu'ils aient obtenu leur émancipation[200], les enfants légitimes restent assujettis à l'autorité de leur père, connue sous le nom de « puissance paternelle »[201]. La mère ne peut exercer de droits à l'égard de l'enfant[202] qu'à la suite du décès du père, de son absence ou de son interdiction[203]. L'enfant naturel reconnu par ses père et mère fait quant à lui l'objet d'une prise en charge égalitaire, la puissance paternelle étant alors exercée de manière conjointe par les deux parents[204].

La puissance paternelle comprend le droit de garde et d'éducation de l'enfant. Par éducation, on entend le droit des parents d'élever leur enfant, c'est-à-dire de voir au développement de ses aptitudes physiques et morales, en choisissant notamment le type d'éducation – ou d'instruction – qu'il doit recevoir. Un droit de correction est assorti à la puissance paternelle[205]. Le père peut donc utiliser une force modérée et raisonnable pour corriger son enfant[206]. La correction imposée doit toutefois être proportionnelle à la faute de l'enfant, et ne pas supposer l'infliction de blessures graves[207]. Quant au droit de garde, il permet au père de retenir son enfant dans la maison paternelle[208]. La puissance paternelle comporte également d'autres prérogatives, dont le droit du père de consentir au mariage de l'enfant mineur (ou de s'y opposer) et la tutelle[209]. Par ailleurs, l'enfant doit honneur et respect à ses deux parents, de même qu'à tous ses ascendants, sans égard à son âge[210].

B. La Révolution tranquille

Sous réserve de l'intervention des tribunaux qui, dès la première moitié du XX^{e} siècle, ont tempéré les pouvoirs du père en subordonnant la puissance paternelle au principe de l'intérêt de l'enfant[211], les règles relatives à la filiation et à la puissance paternelle contenues au *Code civil du Bas Canada* sont demeurées pratiquement inchangées pendant plus de cent ans. En 1964, une première brèche législative est apportée au droit applicable. Tout en mettant fin à l'incapacité juridique de la femme mariée, le législateur attribue la direction morale et matérielle de la famille aux deux époux[212]. La puissance paternelle demeure, mais sa portée doit être relativisée en fonction de cette nouvelle attribution[213]. Treize ans plus tard, le législateur termine le travail en remplaçant purement et simplement la puissance paternelle par l'autorité parentale[214], dont les deux parents deviendront titulaires à part entière[215].

L'autorité parentale renvoie à « l'ensemble des pouvoirs et des droits que la loi accorde aux père et mère sur la personne de leurs enfants mineurs, pour leur permettre de remplir leur devoir de parents, et auxquels il est impossible de se soustraire ou de déroger conventionnellement »[216]. Les décisions relatives à la garde de l'enfant, à son éducation, à sa surveillance et son entretien leur reviennent donc conjointement[217]. En cas de différend, il incombera au tribunal de trancher[218].

En toute hypothèse, l'autorité parentale et les prérogatives qui y sont rattachées doivent être exercées en fonction de l'intérêt de l'enfant. L'autorité parentale se conçoit donc comme un

devoir ou une responsabilité des parents, et non comme un ensemble de droits parentaux auxquels l'enfant est simplement assujetti. D'ailleurs, la déchéance de l'autorité parentale devient possible dès lors qu'un motif grave et l'intérêt de l'enfant le justifient[219]. Bien que la puissance paternelle et l'autorité parentale fassent toutes deux référence aux pouvoirs décisionnels des parents sur leurs enfants, chacun des concepts rèleve donc d'une perspective fort différente[220].

Le passage de la puissance paternelle à l'autorité parentale en 1977 s'inscrit évidemment dans la mouvance d'émancipation individuelle déclenchée par la Révolution tranquille[221]. Cette mouvance amène également le législateur à atténuer les distinctions entre enfants légitimes et naturels. Dès le début des années 70, on affirme formellement le devoir des parents de nourrir, d'entretenir et d'élever leurs enfants naturels[222], tout en permettant aux parents d'un enfant naturel adultérin de le légitimer par leur mariage[223]. On intervient également pour accorder à l'enfant naturel un droit d'action contre la personne responsable du décès de son père ou de sa mère, et vice-versa[224]. Les enfants légalement adoptés se voient quant à eux accorder les mêmes droits que les enfants légitimes[225]. Alors qu'on limitait autrefois la portée de leur lien de filiation aux seuls père et mère adoptants, on leur permet désormais d'intégrer juridiquement la famille de leurs parents au sens large, que ce soit à des fins successorales ou alimentaires[226].

C. La réforme du droit de la famille de 1980

La réforme du droit de la famille de 1980 permet au législateur de préciser et d'achever les réaménagements amorcés[227]. Le principe d'égalité des filiations trône au centre des nouveautés. Toute distinction entre filiation légitime et naturelle devient chose du passé. Les enfants, écrit Monique Ouellette, cesseront « d'expier les péchés de leurs parents »[228]. En somme, tous les enfants dont la filiation est établie auront dorénavant les mêmes droits et les mêmes obligations, sans égard aux circonstances de leur naissance[229]. Que ses parents soient ou non mariés, que sa filiation soit établie par le sang ou par l'adoption, l'enfant pourra notamment prétendre à un droit alimentaire à l'égard de tous ses ascendants[230], de même qu'à une vocation successorale pleine et entière[231].

Les modes d'établissement de la filiation par le sang traduisent toutefois la réticence du législateur à abandonner ses anciens repères. Ainsi, en mariage, la présomption de paternité demeure-t-elle applicable, mais elle se voit réduite au rang de preuve subsidiaire[232]. Ce n'est qu'à défaut pour le « vrai père » de reconnaître sa filiation dans la déclaration de naissance qu'on pourra dorénavant y recourir[233]. En somme, le mariage ne fonde plus la filiation en tant que tel, mais il permettra néanmoins d'en faciliter la preuve. Cela dit, sous réserve de l'action en désaveu de paternité du mari[234], toute filiation résultant d'un acte de naissance et d'une possession d'état qui y est conforme se voit déclarée inaltérable et inattaquable[235]. Dans ces circonstances, la stabilité de la filiation de l'enfant l'emportera donc sur toute autre considération.

Jusqu'alors consignées dans une loi particulière, les règles relatives à l'adoption sont quant à elles introduites dans le Code civil[236]. Aux termes des nouvelles dispositions, une personne seule ou deux personnes conjointement, qu'elles soient mariées ou non, se voient conférer le droit de présenter une demande d'adoption[237]. En réponse aux avancées médicales, le législateur ajoute également aux règles relatives à la filiation dite « par le sang » les toutes premières dispositions traitant de l'insémination artificielle avec donneur[238].

Instituée trois ans plus tôt, le principe d'égalité des parents à l'égard de leurs enfants trouve quant à lui une nouvelle forme d'expression : le nom de l'enfant ne sera plus nécessairement celui du père. Pour employer les termes d'Albert Mayrand, « […] l'usage immémorial de considérer le nom de famille comme un bien héréditaire transmis uniquement par les mâles » ne résiste pas à la réforme[239]. Dorénavant, les parents de l'enfant pourront lui attribuer le nom de l'un d'eux ou un nom composé reflétant sa double filiation[240].

Enfin, le principe de l'intérêt de l'enfant fait son apparition au chapitre des droits de la personnalité. Ainsi, proclame le nouvel article 30 du *Code civil du Bas Canada*, « [t]outes les décisions qui concernent l'enfant doivent être prises dans son intérêt et dans le respect de ses droits ». Soucieux de préserver cet intérêt en dépit du contexte familial, le législateur instaure par ailleurs un nouveau droit au bénéfice des grands-parents : dorénavant, les père et mère ne pourront plus faire obstacle aux relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents, à moins qu'ils ne puissent justifier leur décision par un motif grave[241].

D. Les années 90

La réforme du Code civil de 1994 offre au législateur l'occasion d'apporter certaines retouches à l'ensemble législatif mis en place quatorze ans plus tôt. La procréation médicalement assistée fait désormais l'objet d'une section distincte au chapitre de la filiation par le sang[242]. Le législateur y exprime pour la première fois sa volonté de ne pas reconnaître les contrats de mère porteuse. Ceux-ci sont frappés de nullité absolue, peu importe que la mère porteuse ait ou non fourni ses gamètes[243]. On institue également le principe suivant lequel l'apport de forces génétiques au projet parental d'autrui ne peut fonder aucun lien de filiation entre l'auteur de l'apport et l'enfant qui en est issu[244].

Un chapitre portant sur les droits de l'enfant est par ailleurs intégré au Titre deuxième (sur les droits de la personnalité) du Livre premier (sur les personnes). Outre le principe de l'intérêt de l'enfant[245], on y consigne le droit de l'enfant à la protection, à la sécurité et à l'attention que ses parents ou les personnes qui en tiennent lieu peuvent lui donner[246]. Au chapitre de l'autorité parentale, le législateur abroge la disposition accordant aux parents un droit de correction modéré[247]. Toutefois, ceux qui continueront à employer la force pour corriger un enfant pourront bénéficier de l'immunité que leur procure toujours l'article 43 du Code criminel canadien[248]. L'intervention législative québécoise ne revêt donc qu'une portée symbolique. Enfin, le législateur ajoutera aux prérogatives des parents en leur confiant la tutelle légale de leurs enfants. Ceux-ci assumeront désormais la charge tutélaire, sans besoin d'y être désignés par le tribunal[249].

En décembre 1995, un tout nouveau système de perception automatique des pensions alimentaires voit le jour[250]. Les créanciers alimentaires, au rang desquels se trouvent évidemment les enfants à charge, peuvent maintenant obtenir le paiement des aliments qui leur sont dus par l'intermédiaire du gouvernement, sans qu'il leur soit nécessaire de démontrer le défaut du débiteur. Il revient désormais aux autorités du ministère du Revenu de collecter systématiquement le montant de la pension entre les mains du parent débiteur[251], pour ensuite le redistribuer au créancier alimentaire.

En 1996, en réponse aux protestations émanant de groupes d'aînés, le législateur intervient pour rétrécir le champ d'application de l'obligation alimentaire. Liant depuis toujours les parents en ligne directe ascendante et descendante à quelque degré que ce soit, l'obligation alimentaire

n'aura désormais prise qu'entre parents au premier degré[252]. Les grands-parents ou autres aïeux ne pourront donc plus être appelés à assumer les besoins alimentaires de leurs petits-enfants ou autres descendants, et réciproquement.

La même année, le mode de fixation des pensions alimentaires que les parents doivent verser à leurs enfants fait l'objet d'importants réaménagements. Le montant de la pension alimentaire ne sera plus établi au terme d'une évaluation subjective des besoins de l'enfant et des moyens des parents, il sera plutôt déterminé à partir de paramètres objectifs contenus dans un formulaire et une table de fixation réglementaires[253], soit le revenu des parents, le nombre d'enfants concernés par la demande et le temps de garde[254]. Par ce nouvel outil qui permettra d'assurer une plus grande uniformité des ordonnances alimentaires, le législateur espère favoriser la négociation entre les parents et, incidemment, la conclusion d'ententes.

Manifestement convaincu des bienfaits d'une approche non contentieuse du droit, le législateur introduira l'année suivante de nouvelles règles dans le *Code de procédure civile* pour instituer la « médiation familiale préalable »[255]. Ainsi, « aucune demande mettant en jeu l'intérêt des parties et celui de leurs enfants ne pourra [plus] être entendue par le tribunal, lorsqu'il existe entre les parties un différend relativement à la garde des enfants, aux aliments dus à une partie ou aux enfants ou au patrimoine familial et aux autres droits patrimoniaux résultant du mariage ou de l'union civile, à moins que les parties n'aient préalablement participé à une séance d'information sur la médiation et qu'une copie du rapport du médiateur ou, le cas échéant, d'une attestation de participation n'ait été produite au moment de l'audience »[256].

E. La réforme de la filiation de 2002

En 2002, les règles relatives à la procréation médicalement assistée font l'objet d'une importante réforme. Elles ne constitueront plus une simple section du chapitre sur la filiation par le sang, mais un chapitre distinct du Titre sur la filiation intitulé « De la filiation des enfants nés d'une procréation assistée »[257]. L'assistance à la procréation peut désormais prendre différentes formes qui ne supposent pas nécessairement d'intervention médicale ou clinique[258]. En fait, l'apport de forces génétiques du tiers au projet parental pourra se réaliser au moyen d'une relation sexuelle ou d'une insémination « domestique ou artisanale ». L'existence d'un projet parental constituant la pierre d'assise de la filiation de l'enfant né d'une procréation assistée, le tiers restera à l'abri d'une action en réclamation d'état[259]. Par exception au principe, le législateur permet toutefois au tiers qui fournit son apport par relation sexuelle de revendiquer une filiation avec l'enfant dans l'année de sa naissance[260].

Par ailleurs, les nouvelles règles s'appliquent non plus seulement aux couples hétérosexuels, mais également aux femmes seules et aux couples de lesbiennes[261]. Le législateur déroge donc à la tradition en consacrant non seulement la filiation unilinéaire[262], mais également la filiation homoparentale[263]. Ainsi, dans la mesure où elle est partie au projet parental, la conjointe de la femme qui accouche de l'enfant se verra attribuer le titre de co-mère de l'enfant sur simple déclaration de naissance ou par le jeu de la présomption de parenté, si le couple est marié ou uni civilement[264]. Les couples gais ne pourront quant à eux recourir aux nouvelles dispositions, le législateur ayant reconduit le principe de nullité absolue des contrats de mère porteuse[265]. L'établissement d'une filiation bipaternelle créée aux termes des dispositions du chapitre sur la procréation assistée demeure donc à ce jour impossible. La nouvelle loi prévoit toutefois la possibilité pour des conjoints de même sexe d'adopter un enfant[266].

*** * ***

Comme l'écrivait l'historien Fernand Braudel, « pour espérer, pour aller de l'avant, il faut savoir aussi d'où l'on vient »[267]. Cette pensée s'applique aussi bien aux cheminements des personnes que des sociétés. Pour réformer le droit de la famille, il importe donc d'en connaitre les sources et l'évolution.

Le survol historique présenté dans le présent chapitre aura permis de constater les grandes transformations dont le droit de la famille a fait l'objet depuis la codification de 1866. On aura notamment remarqué le changement de rythme qui s'est opéré depuis la Révolution tranquille. À la retenue dont le législateur a fait preuve jusqu'au début des années 60 s'est alors substitué un interventionnisme croissant dont les orientations sont multiples.

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

Chapitre deuxième

Portrait sociodémographique des changements familiaux au Québec*

À l'instar de ce qui se passait en Occident, le Québec a connu au cours des trois dernières décennies du XX^{e} siècle des changements familiaux importants. Poursuivant les transformations enclenchées par la baisse de la fécondité au tournant des années 1960 et la réduction de la taille des familles, les années 1970 et 1980 ont été témoins de changements, tout aussi profonds, qui ont affecté la conjugalité et bouleversé la dynamique des familles. Le présent chapitre présente les grands traits de cette évolution. L'analyse s'intéressera d'abord aux comportements en matière de nuptialité et mettra en évidence le recul du mariage, la montée graduelle de l'union libre** et la progression de l'instabilité conjugale. Suivront ensuite un examen de l'effet de ces phénomènes sur la fécondité et la composition des familles, ainsi qu'une présentation de leur impact sur la vie des enfants. Finalement, on abordera quelques aspects des conditions de vie des familles. On examinera en particulier la progression continue de l'accès des mères au marché du travail, la distribution du revenu en fonction de la structure des familles, la distribution des gains d'emploi et des revenus des conjoints et, enfin, la façon dont les couples québécois gèrent leurs revenus.

SECTION 1 – LES TRANSFORMATIONS DE LA CONJUGALITÉ

A. Le recul du mariage et la montée du divorce

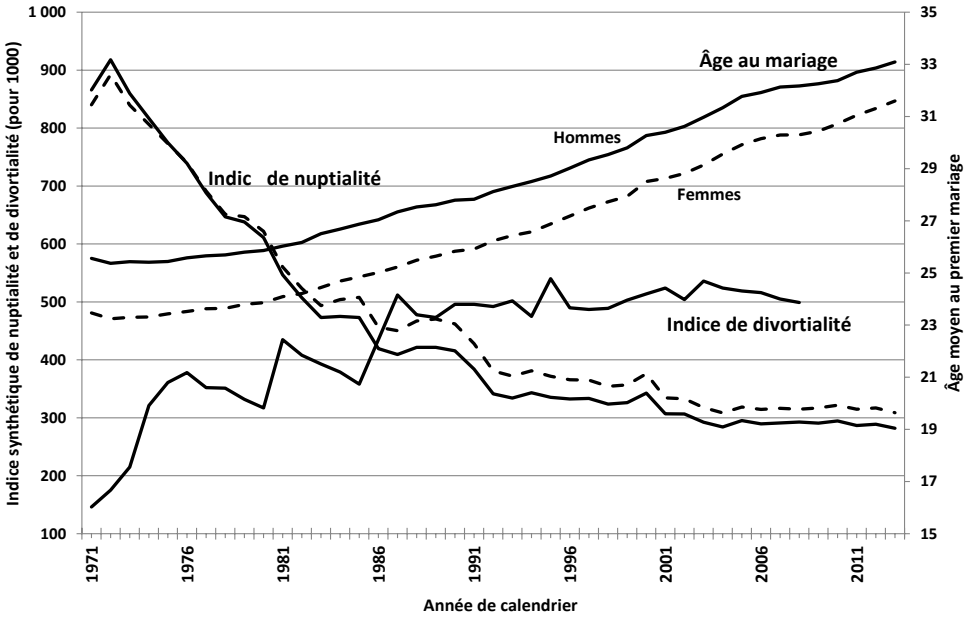
Au Québec, le mariage a constitué le mode privilégié de formation des couples et de constitution des familles jusqu'au début des années 1970. Historiquement, comme le rappelle Péron, « [i]ndispensable pour vivre en couple et fonder une famille, le mariage était quasi universel bien que pratiquement indissoluble, sauf naturellement par décès »[268]. Cet auteur qualifie de « temps du mariage obligatoire »[269] la période de 1900-1968, ce que confirment les données démographiques. Ainsi, l'indice synthétique de nuptialité, qui estime la proportion des hommes ou des femmes qui se marieraient au moins une fois si les comportements observés au cours d'une année se maintenaient tout au long de leur vie, se situe toujours, à la fin des années 1960, autour de 900 premiers mariages pour 1 000 hommes ou femmes[270].

---

* Ce chapitre a été rédigé par les professeures Céline Le Bourdais, membre du Comité, et Évelyne Lapierre-Adamcyk. Certaines des analyses contenues dans ce texte ont été réalisées au Centre interuniversitaire québécois de statistiques sociales (CIQSS), membre du Réseau canadien des centres de données de recherche (RCCDR). Les activités du CIQSS sont rendues possibles grâce à l'appui financier du CRSHC, des IRSC, de la FCI, de Statistique Canada, du FRQSC ainsi que de l'ensemble des universités québécoises qui participent à leur financement. Les idées exprimées dans ce texte sont celles des auteures et non celles des partenaires financiers.

** Dans le présent chapitre, on emploie l'expression « union libre » utilisée par Statistique Canada pour désigner les couples qui vivent ensemble sans être mariés, alors qu'ailleurs dans le rapport on utilise les termes « union de fait ».

Figure 1. Indice synthétique de nuptialité et de divortialité et âge moyen au premier mariage, Québec



Source: ISQ, 2014. http://www.stat.gouv.qc.ca/statistiques/population-demographie/mariages-divorces. Tableaux: « Taux de nuptialité des célibataires, indice synthétique de nuptialité et âge moyen au premier mariage » et « Nombre de divorces et indice synthétique de divortialité».

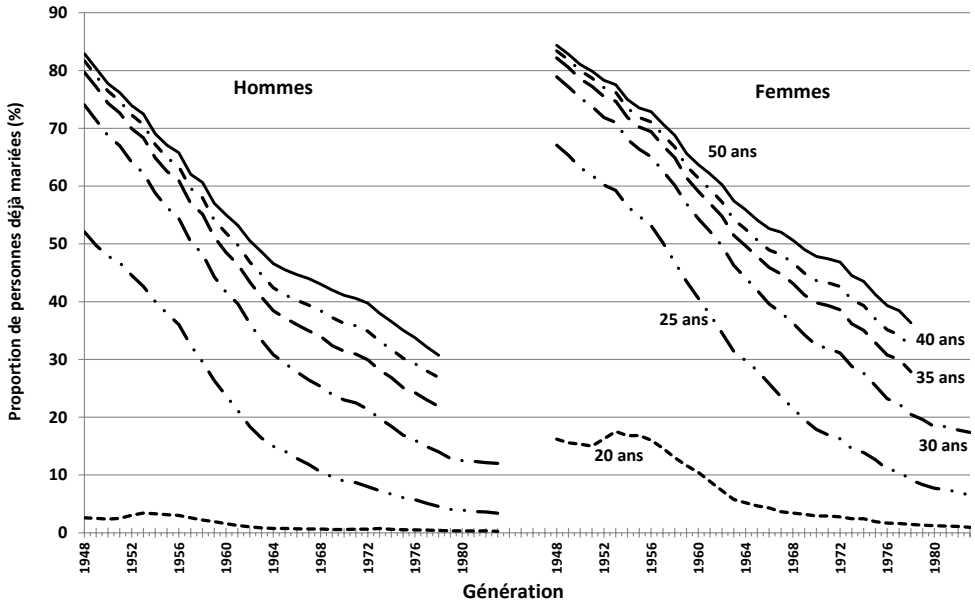
Ce niveau très élevé manifeste à l'évidence le caractère presque obligatoire du mariage qui demeure la porte d'entrée obligée dans la vie de couple.

La décennie suivante marque le début du recul du mariage et de la progression graduelle de l'union libre. Tel qu'on peut le voir à la figure 1, l'indice de nuptialité diminue rapidement à partir des années 1970 : il passe d'un peu plus de 600 mariages pour chaque sexe en 1980 à un peu plus de 400 pour les hommes et de 450 pour les femmes en 1990, pour atteindre environ 300 mariages pour chaque sexe, niveau où il se situe depuis le tournant du millénaire. Parallèlement, l'âge moyen au premier mariage s'est modifié. En baisse depuis la Seconde Guerre mondiale, il a atteint son point minimum (25,4 ans chez les hommes; 23,2 ans chez les femmes) au début des années 1970 et n'a cessé d'augmenter depuis lors pour atteindre 33,0 ans chez les hommes et 31,6 ans chez les femmes en 2013 (figure 1, courbes à lire sur l'axe de droite).

Cette évolution mérite qu'on s'y arrête, car l'indice synthétique de nuptialité, qui s'interprète comme une mesure de la propension des individus à se marier au cours de leur vie, se prête à des variations conjoncturelles qui s'expliquent en grande partie par des changements dans l'âge au mariage. Ainsi, lorsque les hommes et les femmes se marient de plus en plus jeunes, et que, conséquemment, l'âge moyen au mariage diminue, l'indice synthétique se maintient à un niveau élevé; c'est ce qui s'est produit jusqu'en 1970. Lorsqu'il y a retournement de tendance et que les gens se marient de plus en plus tardivement, l'âge moyen au premier mariage commence à remonter, les taux de nuptialité baissent aux jeunes âges (données non présentées) et l'indice synthétique plonge, comme on le voit à la figure 1. Pendant la période où ces changements se produisent, il est difficile d'interpréter la signification de l'indice synthétique de nuptialité : s'agit-il simplement d'un report du moment du mariage ou d'une baisse réelle de la propension à se marier ?

Les données longitudinales disponibles montrent bien qu'il s'agit ici d'une baisse réelle de la propension à se marier. La figure 2 présente les proportions d'hommes et de femmes déjà mariées à certains âges dans les générations nées de 1948 à 1984, lesquelles se sont mariées à partir du milieu des années 1960. La génération la plus âgée a eu 20 ans en 1968 et a amorcé son entrée dans la vie conjugale juste avant que le mariage n'entame son recul. À 25 ans, la moitié des hommes et les deux-tiers des femmes de cette génération s'étaient déjà mariés, et à 50 ans, plus de 80 % d'entre eux avaient connu cet évènement au moins une fois. Les générations suivantes ont enclenché un mouvement de désaffection à l'égard du mariage qui s'est traduit par une baisse soutenue de la proportion des personnes déjà mariées à l'âge de 25 ans et 30 ans. Si cette désaffection n'avait été que temporaire, reflétant un simple report du mariage, on aurait observé un rattrapage de la proportion de personnes déjà mariées au-delà de ces âges, mais un tel retournement ne s'est pas produit, et ce, tant chez les hommes que chez les femmes. La proportion de personnes déjà mariées à 50 ans amorce donc une baisse graduelle et inéluctable dans toutes les générations qui ont suivi celle de 1948. Parmi la génération de 1958, née dix ans plus tard, à peine 60,6 % des hommes et 68,8 % des femmes se sont mariés avant d'atteindre l'âge de 50 ans, et on s'attend à ce que seulement le tiers des hommes et 40 % des femmes se marient dans les générations les plus récentes pour lesquelles les tendances ont été extrapolées. Même si les données de l'état civil montrent actuellement une légère remontée des taux de nuptialité après l'âge de 30 ans, celle-ci touche une proportion trop faible de personnes pour entraîner un redressement de la courbe du pourcentage de personnes déjà mariées à 50 ans[271]. Pour une proportion de plus en plus importante d'individus, le choix semble plutôt s'être porté vers une autre forme de vie conjugale, comme nous le verrons plus loin.

Figure 2. Proportion de personnes déjà mariées à l'âge indiqué selon la génération, 1948 à 1984, Québec



Source: ISQ, *Le bilan démographique 2014*, figure 5.4 (figure reproduite grâce aux données de base transmises par Chantal Girard). Seules les générations nées en 1958 et avant ont été observées jusqu'à l'âge de 50 ans. Pour les générations suivantes, les proportions présentées ont donc fait l'objet d'extrapolations fondées sur les tendances des générations précédentes au-delà de l'âge atteint en 2014. Les estimations n'ont pas été faites au-delà de l'âge de 30 ans pour les générations nées après 1978.

Indéniablement, le mariage a perdu son caractère quasi obligatoire pour amorcer la vie de couple. De façon analogue, la propension à se remarier après un divorce a fortement diminué, l'indice synthétique de remariage des divorcés passant d'environ 50 % vers 1975 à un peu plus

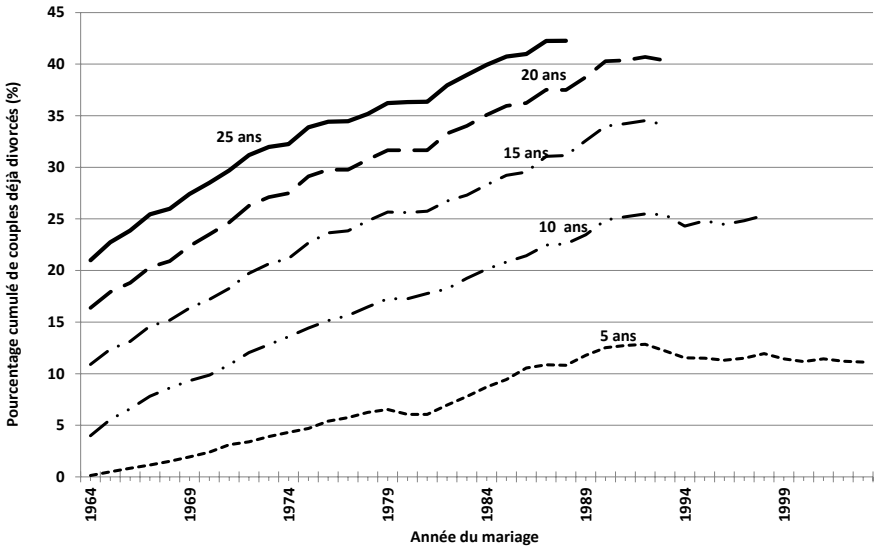
de 20 % au milieu des années 1990 chez les femmes (données non présentées). La tendance est sensiblement la même chez les hommes, l'indice synthétique se situant cependant à un niveau légèrement plus élevé[272]. Les comportements semblent, depuis lors, s'être stabilisés à ce niveau[273].

Avant 1968, seul le mariage religieux était reconnu légalement au Québec. En 1968, la *Loi concernant le mariage civil*[274] a été adoptée et les premiers mariages civils ont été célébrés en 1969. Ces mariages représentaient à peine 2,2 % de l'ensemble des mariages célébrés cette année-là. Ce pourcentage a augmenté graduellement par la suite et se situait autour de 30 % pendant les années 1990. L'entrée en vigueur en 2002 d'une nouvelle loi qui habilite de nouveaux officiants (notaires et personnes désignées par le ministre de la Justice) à célébrer les mariages civils a été suivie d'une hausse progressive du nombre de mariages civils, lesquels constituent en 2013 un peu plus de la moitié des mariages hétérosexuels[275].

Le recul du mariage a été accompagné par une fragilisation de l'union conjugale et par la montée du divorce. En effet, la *Loi sur le divorce* adoptée par le Parlement canadien en 1968 qui libéralisait l'accès au divorce a coïncidé avec le début de la chute de la nuptialité (figure 1). Très faible avant l'entrée en vigueur de la loi, l'indice synthétique de divortialité, qui mesure la propension des couples à divorcer[276] au cours des 25 années suivant la célébration du mariage, a rapidement évolué à la hausse pour atteindre plus de 350 divorces pour 1 000 mariages dès 1975. L'accroissement de l'indice s'est poursuivi par la suite, enregistrant des fluctuations qui l'ont amené à plus de 500 pour 1 000 en 1987. La première baisse enregistrée dans la deuxième moitié des années 1970 qui a été suivie d'un rattrapage rapide est liée à une accumulation des causes de divorce dans les cours du Québec, alors que la seconde est associée aux nombreux couples qui ont choisi de retarder leur demande de divorce dans l'attente de l'adoption de la nouvelle loi en décembre 1985[277]. Depuis, l'indice oscille autour de la même valeur[278], soit un mariage sur deux se soldant par un divorce.

Tout comme l'indice synthétique de nuptialité est influencé par les modifications de l'âge au mariage, l'indice synthétique de divortialité peut être affecté par des variations dans la durée du mariage au moment du divorce. Lorsque cette durée raccourcit, elle provoque une hausse de l'indice de divortialité. La perspective longitudinale, illustrée à la figure 3, donne une idée de ce phénomène. L'augmentation substantielle que l'on observe au fil des promotions de mariage de la proportion de couples déjà divorcés après moins de dix ans en union montre que les couples divorcent de plus en plus tôt. Ainsi, après dix ans de mariage, près du quart des couples mariés en 1989 avaient divorcé, comparativement à un peu moins de 10 % parmi la promotion des couples mariés quelque vingt ans plus tôt, en 1969, soit après l'adoption de la *Loi sur le divorce*. Le pourcentage de couples divorcés après dix ans d'union semble se stabiliser autour de 25 % pour ceux qui se sont mariés au cours des années 1990. Par ailleurs, on voit que, non seulement les couples ont divorcé plus rapidement, mais qu'ils l'ont fait en plus grand nombre. Ainsi, alors qu'à peine un peu plus de 20 % des couples mariés en 1964 avaient divorcé avant d'atteindre leur 25^{e} anniversaire de mariage, ce pourcentage n'a cessé de croître dans les cohortes qui les ont suivis pour atteindre un peu plus de 40 %. Aucune n'a toutefois atteint le pourcentage de 50 % de l'indice synthétique, lequel surestime légèrement la propension des couples à divorcer, en raison du raccourcissement de la durée des mariages au moment du divorce. Les statistiques sur le divorce n'étant plus disponibles depuis 2008, il devient malheureusement impossible de suivre directement la propension des couples à divorcer parmi les cohortes récentes. Les données d'enquêtes devront y suppléer, comme nous le verrons dans la section suivante.

Figure 3. Pourcentage de couples déjà divorcés diverses durées écoulées depuis l mariage selon l'année du mariage, Québec



Source: ISQ, 2014. http://www.stat.gouv.qc.ca/statistiques/population-demographie/mariages-divorces/ Tableau:« Proportion des mariages rompus par un divorce à certaines durées depuis le mariage ». Série terminée en 2008.

En bref, le mariage légal est devenu au cours des dernières décennies le choix d'une minorité de couples pour amorcer leur vie conjugale, et la libéralisation de la *Loi sur le divorce*, en facilitant la dissolution du mariage, a mis en évidence la fragilisation du caractère autrefois irrévocable du mariage.

B. La progression de l'union libre et de l'instabilité conjugale

Si le mariage a perdu de son attrait, la vie de couple continue néanmoins de faire partie des projets de l'immense majorité des hommes et des femmes, comme en témoigne la progression graduelle de l'union libre au détriment du mariage comme mode d'entrée dans la vie conjugale[279]. Tel qu'on peut le voir à la figure 4, le pourcentage d'unions libres est passé de 33 % parmi les premières unions formées en 1970-1979 à 80 % parmi celles conclues au cours de la première décennie des années 2000. L'augmentation observée a ralenti entre 1990-1999 et 2000-2009, suggérant ainsi une stabilisation de la popularité de l'union libre comme mode de formation de la première union, le mariage demeurant la route suivie par une minorité d'environ 20 %. L'union libre constitue également l'option privilégiée des couples après une séparation ou un divorce; plus de 80 % des couples formés dans les années 1970 et les décennies suivantes ont emprunté cette voie à la suite d'une rupture d'un mariage ou d'une union libre (données non présentées)[280].

Figure 4. Modalités d'entrée en union selon l'année de formation de la première union, Québec

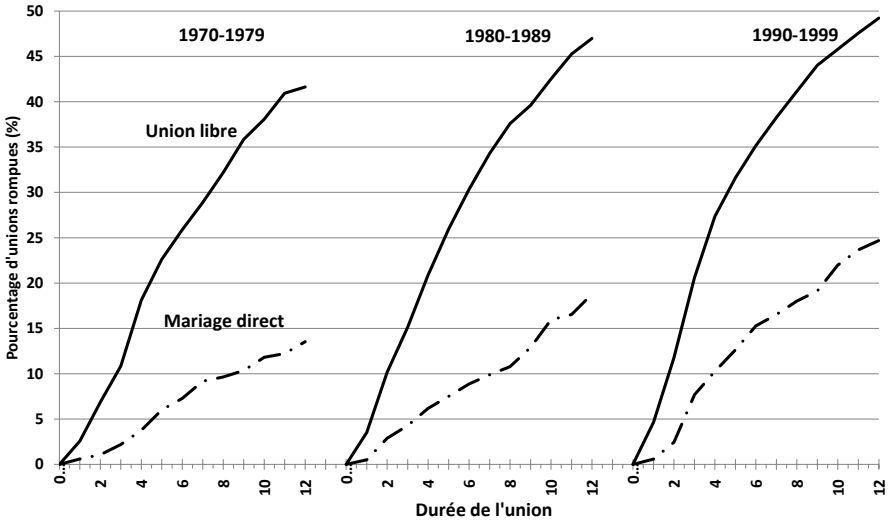
Source: Figure établie à partir de Statistique Canada, Fichier de microdonnées à grande diffusion de l'Enquête sociale générale (ESG) sur le s familles, cycle 25 (2011).

Nombre de couples qui commencent leur vie conjugale par une union libre choisissent par la suite de légaliser leur union. Ainsi, près du tiers des premières unions libres formées entre 1977 et 2000 se sont transformées en mariage dans les dix ans qui ont suivi la mise en couple[281], ce qui témoigne du maintien d'une certaine attraction du mariage. Toutefois, ce pourcentage s'est atténué avec le temps, passant de 40 % pour les unions formées en 1977-1986 à 20 % pour celles conclues après 1991[282]. On notera que le pourcentage d'unions libres qui se transforment en mariage est encore plus faible dans le cas des deuxièmes unions.

Formée en dehors du cadre institutionnel qui régit le mariage et ne requérant pas nécessairement un engagement formel des conjoints, l'union libre apparaît plus instable que le mariage. La figure 5, qui présente les proportions cumulées d'unions conjugales qui se sont soldées par une rupture, selon le type d'union emprunté lors de la mise en couple, illustre cette réalité. On constate tout d'abord que la fréquence cumulée des ruptures est nettement plus forte parmi les couples ayant opté pour l'union libre, que celle-ci ait ou non été suivie d'un mariage, que parmi ceux qui se sont mariés sans avoir cohabité au préalable, et ce peu importe la période considérée. Par exemple, un peu plus de 40 % des unions libres formées dans les années 1970 avaient mené à une séparation douze ans après le début de la mise en couple, comparativement à moins de 15 % des mariages. En second lieu, on voit que la fréquence des ruptures augmente d'une cohorte à l'autre, tant pour les unions libres que pour les mariages, mais que l'écart séparant les deux types d'union s'est quelque peu réduit au fil des ans. Ainsi, le pourcentage d'unions formées dans les années 1990 qui ont mené à une séparation est deux fois plus élevé parmi les unions libres que les mariages, alors qu'il était près de trois fois plus élevé dans les années 1970. Cette constatation met en lumière le fait que l'instabilité a

progressé plus rapidement parmi les mariages (une augmentation de 82 % de 1970-1979 à 1990-1999) que parmi les unions libres (18 %).

Figure 5. Pourcentage d'unions rompues selon le modalités d'entrée e union et selon la période de formation et la durée de l'union Québec



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

En résumé, l'instabilité des couples caractérise la vie conjugale d'aujourd'hui. La progression de l'union libre contribue à cette fragilisation des unions mais, on l'a vu, le mariage est devenu plus instable et n'est plus nécessairement un gage de stabilité.

C. Les nouvelles formes d'unions conjugales : unions civiles et mariages entre conjoints de même sexe

Au moment où la conjugalité entre hommes et femmes se transformait de façon inexorable, les revendications soutenues des couples homosexuels pour avoir accès au mariage ont été entendues, et la définition du mariage, qui se limitait à l'union entre un homme et une femme, a été modifiée par le Parlement du Canada en 2005, ouvrant la porte au mariage homosexuel. Au Québec, en 2002, avant la décision de la Cour d'appel du Québec de 2004[283] et la décision du Parlement canadien autorisant le mariage entre conjoints de même sexe, l'union civile a été créée pour répondre à la demande des couples homosexuels d'avoir accès à une forme d'union reconnue officiellement. Étant donné la possibilité pour les conjoints de même sexe de se marier dès 2004 au Québec, l'union civile n'a cependant pas connu de développement fulgurant au sein de cette communauté, ni non plus, par ailleurs, parmi les couples hétérosexuels qui y ont également accès.

La figure 6 montre l'évolution de l'union civile ainsi que des mariages entre conjoints de même sexe en fonction du sexe des conjoints. Le plus grand nombre (342)[284] d'unions civiles a été enregistré en 2003, première année de calendrier complète après l'instauration de ce type d'union en juin 2002. Leur nombre est tombé à moins de 180 en 2004 et 2005, et oscille depuis lors entre 240 et 290. En 2002, la très grande majorité (94 %)[285] des unions civiles était le fait de

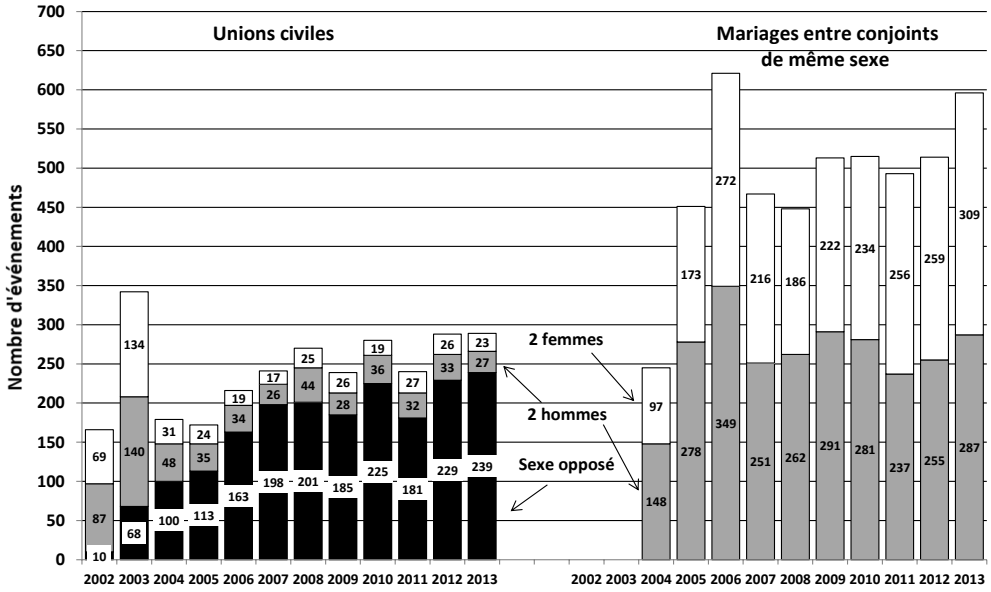
conjoints de même sexe. Ce pourcentage a diminué rapidement par la suite et correspond au quart ou moins des unions civiles depuis 2006. Tout au long de la période, les unions civiles unissant deux hommes ont été proportionnellement un peu plus nombreuses que celles impliquant deux femmes.

La partie droite de la figure 6 montre que le nombre de mariages entre conjoints de même sexe est passé de 245 en 2004 à 621 en 2006; il est retombé quelque peu par la suite, se situant autour de 500 entre 2009 et 2012, avant de remonter à près de 600 en 2013. L'importance relative des mariages qui unissent deux femmes a augmenté au fil du temps, passant d'environ 40 % au début de la période à un peu plus de 50 % depuis 2011.

À la lecture de la figure 6, force est de constater que l'union civile créée au départ en grande partie pour répondre aux besoins des couples homosexuels dessert aujourd'hui en majorité les couples hétérosexuels qui recherchent une union officielle en dehors du mariage. À l'opposé, les couples de même sexe qui désirent officialiser leur union se tournent de façon majoritaire vers le mariage : plus de 90 % d'entre eux ont opté pour le mariage plutôt que pour l'union civile en 2013.

En terminant, mentionnons que le nombre d'unions civiles et de mariages entre conjoints de même sexe reste modeste. En 2013, 289 unions civiles et 596 mariages entre conjoints de même sexe ont été célébrés contre 22 558 mariages hétérosexuels; les premières constituent à peine 1,2 % de l'ensemble des unions formelles (mariages et unions civiles), et les seconds, 2,5 %. On ne peut cependant comparer la part de ces unions face à l'ensemble des nouvelles unions formées chaque année, car les unions libres ne sont soumises à aucune forme d'enregistrement, et leur nombre reste inconnu. Enfin, aucune information n'existe concernant la stabilité de ces nouvelles unions.

Figure 6. Évolution du nombre d'unions civiles et du nombre de mariages entre conjoints de même sexe, suivant le sexe des conjoints, Québec



Source: Figure établie à partir de ISQ, *Le Bilan démographique 2014*, tableau 5.2, p. 99.

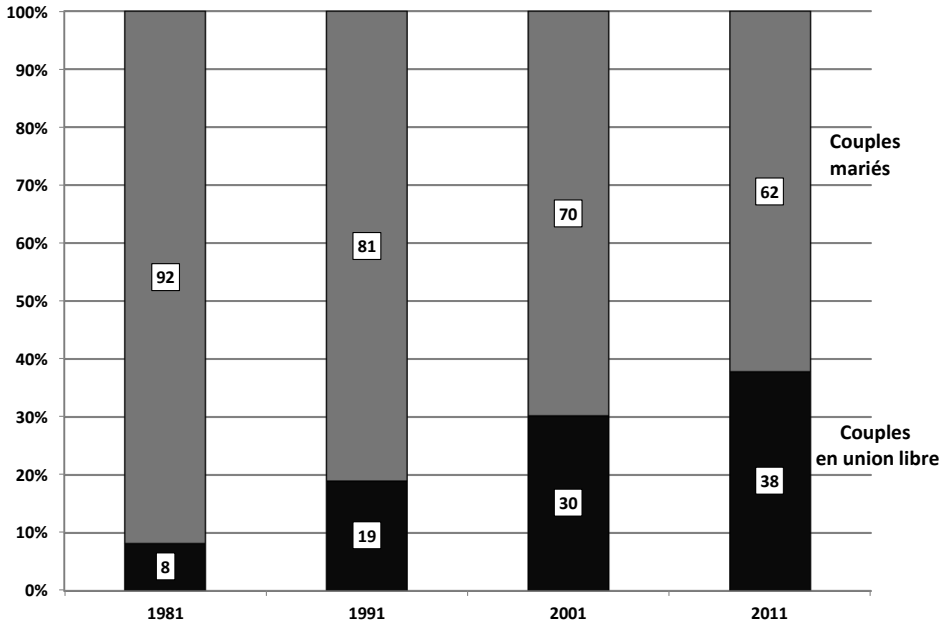
D. L'instabilité des unions libres : impact du mariage et de la venue d'un enfant

Nous avons montré que l'instabilité des unions libres, incluant celles qui ont été suivies d'un mariage, est plus grande que celle des mariages directs. Dans une recherche publiée récemment, nous nous sommes interrogées sur les facteurs sociodémographiques susceptibles d'affecter la stabilité des unions libres, plus particulièrement l'effet que le mariage et la venue d'un enfant exercent sur les risques de séparation des couples. Cette étude révèle que le fait de se marier, tout comme l'arrivée d'un enfant dans le couple, renforce la stabilité de l'union, mais que le mariage exerce un effet plus déterminant[286]. L'analyse statistique multivariée[287] que nous avons menée montre que les couples qui ont un enfant dans le cadre de l'union libre voient leur risque de séparation réduit de 29 % comparativement à leurs vis-à-vis qui sont toujours sans enfant, mais que la conclusion d'un mariage parmi les couples sans enfant diminue ce risque par plus de 50 %. Le fait d'être marié et d'avoir un enfant exerce un effet protecteur additionnel, les couples ayant connu les deux évènements ayant 60 % moins de chances de se séparer que leurs homologues non mariés et sans enfant. En d'autres termes, cette analyse suggère que « l'engagement que les conjoints prennent l'un face à l'autre en se mariant semble constituer un gage de stabilité de l'union nettement plus grand que la venue d'un enfant, face auquel les droits et obligations des parents demeurent qu'ils soient ensemble ou séparés »[288].

E. Les couples en union libre : importance relative parmi l'ensemble des couples

Jusqu'ici nous avons examiné les changements dans les comportements conjugaux que les hommes et les femmes ont connus au fil des années. Les recensements permettent de mesurer comment l'effet de ces comportements se répercute sur la composition de l'ensemble des couples à divers moments dans le temps. La figure 7, qui fournit la distribution des couples en fonction du type de leur union[289], présente une image qui, à première vue, peut paraître surprenante compte tenu de l'évolution présentée dans les sections précédentes. Entre les recensements de 1981 à 2011, la proportion des couples en union libre parmi l'ensemble des couples vivant avec ou sans enfant est passée de 8 % à 38 %. Ces proportions, nettement plus faibles que celles associées aux modalités de formation de la première union (voir la figure 4), sont la résultante de l'ensemble des comportements observés au cours des décennies précédant les recensements et reflètent l'inertie des phénomènes démographiques. Elles incluent l'ensemble des couples, quels que soient leur âge et le moment où ils ont formé leur union, et comptent donc une large fraction de couples âgés, mariés ou remariés, qui ont conclu leur union bien avant la diffusion de l'union libre. Les couples mariés englobent également les couples qui ont entamé la vie conjugale par le biais de l'union libre et qui se sont mariés ultérieurement. Échappent cependant à cette observation les couples qui se sont séparés, à moins qu'ils n'aient formé une nouvelle union, une union libre ou un mariage. Il n'y a donc pas d'incohérence entre les deux portraits présentés, seulement une différence de perspective.

Figure 7. Distribution de l'ensemble des couples, avec ou sans enfant, selon le type d'union, Québec



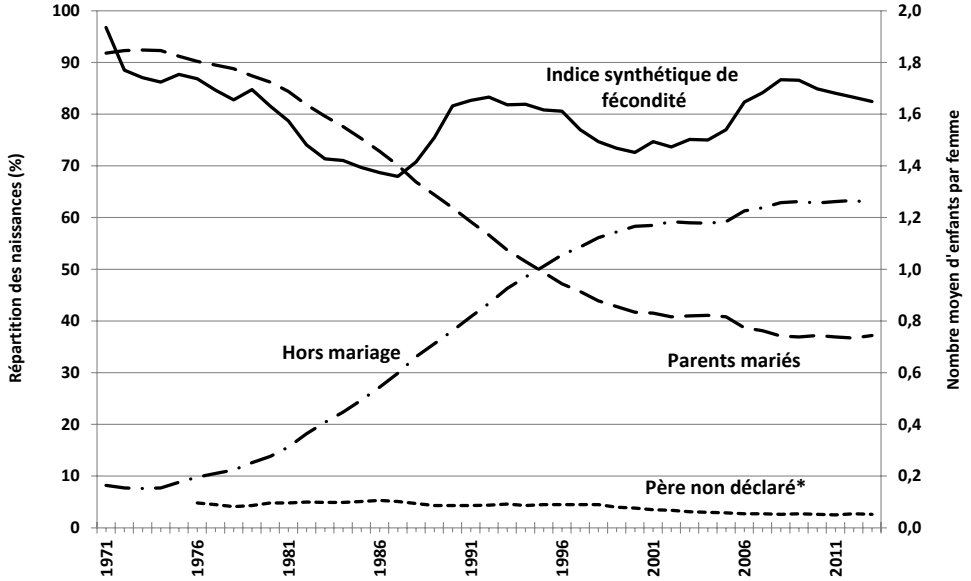
Source: Statistique Canada, Recensement du Canada, tableaux thématiques, 2011: 98-312-X2011019; 2001: 95F0316X2001003; 1991: Tableau sur le Pays 1996, Familles (partie 1: nombre, type et structure); 1981: 97F0005XCD2001002

SECTION 2 – LA FÉCONDITÉ ET L'UNION LIBRE

A. La fécondité et la progression des naissances hors mariage

Tout aussi significatifs que les transformations de la conjugalité sont les changements qui ont affecté la fécondité, en regard du nombre d'enfants mis au monde et des circonstances entourant leur naissance. La figure 8 présente l'indice synthétique de fécondité de 1971 à 2013, lequel mesure le nombre moyen d'enfants qu'aurait une femme au cours de sa vie, si les comportements observés chaque année demeuraient constants (échelle à droite de la figure 8). D'environ 4 enfants en moyenne en 1960 (données non présentées), le nombre d'enfants par femme est tombé en chute libre durant la décennie suivante pour atteindre 1,9 enfants en 1971, soit avant que ne s'enclenchent les transformations de la conjugalité. L'indice a poursuivi sa descente et a atteint un plancher de moins de 1,4 enfants par femme en 1987 avant de remonter progressivement par la suite. Il oscille depuis quelques années entre 1,65 et 1,70 enfants par femme.

Figure 8. Répartition des naissances selon la situation conjugale des parents et indice synthétique de fécondité, Québec



Source: ISQ (2014). http://www.stat.gouv.qc.ca/statistiques/population-demographie/naissance-fecondite/tableaux:
« Indice synthétique de fécondité et taux de fécondité selon le groupe d'âge de la mère, 1951-2012»;
« Naissances selon l'état matrimonial des parents, 1951-2012 ».
* Les naissances "Père non déclaré " sont aussi incluses dans la courbe "Hors mariage".

Parallèlement à l'évolution observée de l'indice synthétique de fécondité, l'âge moyen à la maternité s'est modifié. Il a d'abord enregistré une baisse liée à la réduction de la proportion des femmes ayant des enfants de rangs élevés (rang 4 et plus) auxquels elles donnaient naissance à des âges plus avancés, pour atteindre un minimum d'environ 27 ans au milieu des années 1970; il a remonté par la suite et se situe à 30 ans en 2011, en raison de l'augmentation de l'âge des femmes à la première maternité qui atteint 28,4 ans en 2011 (tableau 1).

Tableau 1. Âge moyen à la maternité et à la première naissance, Québec

	Maternité	Première naissance
1971	27,9	24,7[a]
1981	27,5	25,5
1991	27,8	26,1
2001	28,7	27,1
2011	30,1	28,4

Source : Institut de la statistique du Québec, site Web.
[a] Donnée transmise par Chantal Girard de l'ISQ, 2014-12-19.

Non seulement l'âge des mères à la naissance de leurs enfants a-t-il fluctué au fil du temps, mais leur situation conjugale a aussi changé. Dans les années 1970 jusqu'au début des années 1980, les couples vivant en union libre s'engageaient dans le mariage au moment d'avoir un enfant. Ces comportements se sont modifiés graduellement, et les couples sont devenus de plus en plus nombreux à avoir des enfants tout en continuant de vivre en union libre[290]. Ce

changement s'est traduit par une augmentation de la proportion des enfants nés hors mariage, comme on peut le voir à la figure 8. Cette figure montre bien que c'est à partir des années 1980 que la proportion des naissances hors mariage a pris son envol. Le pourcentage de naissances hors mariage est ainsi passé de 15 % au tournant des années 1980, à environ 40 % au début des années 1990 pour atteindre 60 % au milieu des années 2000. Depuis quelques années, ce sont près de deux enfants sur trois qui naissent hors mariage.

La très grande majorité des enfants sont reconnus par leur père : dans moins de 3 % des cas[291], le père est non déclaré sur le bulletin de naissance. Certaines imprécisions quant à la situation conjugale des parents empêchent cependant de déterminer de façon exacte la proportion des naissances qui sont le fait de parents en union libre. Les estimations effectuées par l'Institut de la statistique du Québec (ISQ) à partir des données de recensement ou du fichier des naissances suggèrent qu'environ 7 % des naissances seraient le fait de femmes vivant hors union[292]. Un peu plus de 55 % des enfants naîtraient donc aujourd'hui de parents en union libre.

Par ailleurs, si au début des années 1980, les couples avaient encore tendance à transformer leur union en mariage au moment d'avoir un premier enfant, avec le temps on constate que non seulement le premier enfant naît hors mariage, mais que les naissances subséquentes se produisent aussi de plus en plus fréquemment hors mariage. Ainsi, alors qu'en 1980, la proportion des naissances hors mariage était environ deux fois et demie plus élevée pour les naissances de rang 1 comparativement à celles de rang 2 (21 % contre 8 %), ces proportions sont relativement proches en 2013, 69 % des premières naissances et 62 % des secondes étant hors mariage (données non présentées[293]).

Bref, on le voit, le lien traditionnel existant entre mariage et constitution de la famille s'est considérablement affaibli; dorénavant, une forte proportion de couples se forment, fondent leur famille et ont leurs enfants sans institutionnaliser leur union.

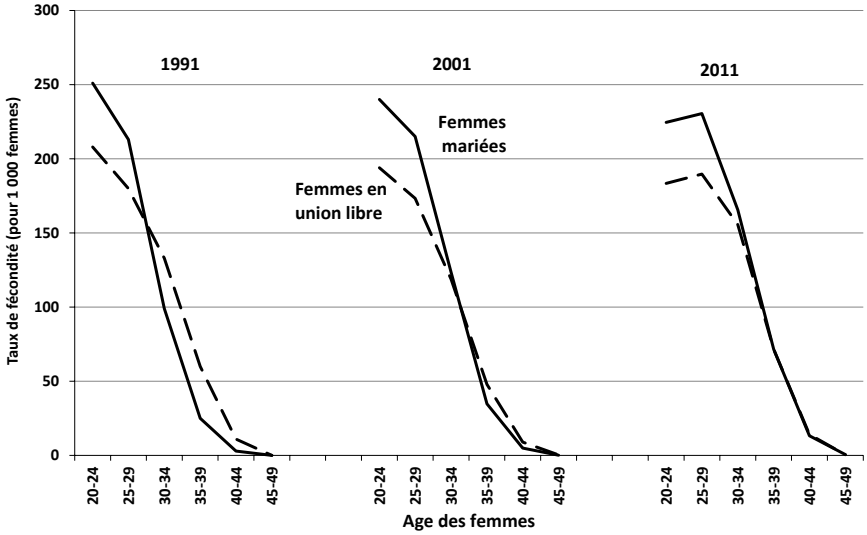
B. Comparaison de la fécondité des couples mariés et des couples en union libre

La section précédente a mis en évidence l'importance grandissante de la fréquence des naissances hors mariage et a montré que plus de la moitié des enfants naissent aujourd'hui de parents en union libre. Peut-on en conclure pour autant que les couples en union libre ont autant d'enfants que les couples mariés ? L'union libre n'étant pas comme le mariage soumise à un enregistrement formel et compte tenu du fait que les bulletins d'enregistrement des naissances ne permettent pas toujours de bien identifier la situation conjugale des parents, il n'est pas facile de mesurer la fécondité des couples mariés et des couples en union libre. Deux essais de mesure ont fait l'objet de recherches récentes.

La première étude[294], dont les résultats présentés ici ont été mis à jour, repose sur une estimation des taux de fécondité par groupe d'âge établis en rapportant le nombre de naissances enregistrées sur les effectifs de femmes mariées et en union libre dénombrés lors des recensements de 1991, 2001 et 2011[295]. La figure 9 présente les taux de fécondité par classe d'âge des femmes mariées et des femmes en union libre pour ces trois années de recensement. Les femmes mariées affichent une fécondité plus élevée que les femmes en union libre avant l'âge de 30 ans dans les trois périodes considérées, et jusqu'à l'âge de 35 ans en 2001 et 2011. Entre 25 et 29 ans, par exemple, soit aux âges où la fécondité de l'ensemble des femmes résidant au Québec est la plus forte, 231 femmes mariées sur 1 000 ont donné naissance à un

enfant en 2011, comparativement à 190 femmes en union libre. Les différences observées sont d'autant plus significatives que toutes les naissances hors mariage (y compris celles des femmes seules, célibataires, divorcées ou veuves sans conjoint) ont été attribuées aux femmes en union libre, les données disponibles ne permettant pas de les distinguer. Les taux de fécondité des femmes en union libre sont donc légèrement surestimés, ce qui a pour effet de réduire quelque peu l'écart observé entre femmes mariées et en union libre. Passé 30 ans, les taux de fécondité diminuent en même temps que l'écart entre couples mariés et en union libre rétrécit et, au-delà de l'âge de 35 ans, les taux sont très proches les uns des autres en 2001 et 2011.

Figure 9. Taux de fécondité (pour 1000) des femmes en union libre et des femmes mariées, Québec



Source: Estimations établies par les auteures. Pour 1991 et 2001, voir Le Bourdais et Lapierre-Adamcyk, 2008, engagement no 6; pour 2011, calculs faits à partir des tableaux du site web de l'ISQ: Naissances selon le rang et le groupe d'âge de la mère, Québec, 2003-2013, et Proportion des naissances hors mariage selon l'âge des femmes, et de Statistique Canada, Effectifs des femmes mariées et en union libre, Recensement du Canada, 2011..

La deuxième étude, fondée sur une exploitation des données de recensement, arrive à des résultats qui vont dans le même sens que ceux présentés ci-dessus : avant l'âge de 35 ans, les femmes mariées sont plus fécondes que les femmes en union libre[296], et cette réalité prévaut depuis 1996[297]. En d'autres termes, la fécondité des couples en union libre demeure inférieure à celle des couples mariés. Le fait que les premiers soient proportionnellement plus nombreux que les seconds aux âges où la fécondité est la plus élevée explique le résultat montrant que la majorité des naissances sont aujourd'hui issues de couples en union libre.

Ces mesures de la fécondité sont ponctuelles. Elles ne permettent pas de montrer si, à la fin de leur vie fertile, les femmes qui ont vécu en union libre à certains moments de leur vie, auront eu en définitive moins d'enfants que celles qui ne l'ont jamais fait. Pour cela, il faudrait être en mesure de suivre les femmes tout au long de leur vie afin d'identifier les naissances qui surviennent dans le cadre d'une union libre, avant qu'elle ne se transforme en mariage ou, à l'inverse, selon qu'elle fasse suite à un mariage rompu.

SECTION 3 – LA DIVERSIFICATION DE LA STRUCTURE DES FAMILLES

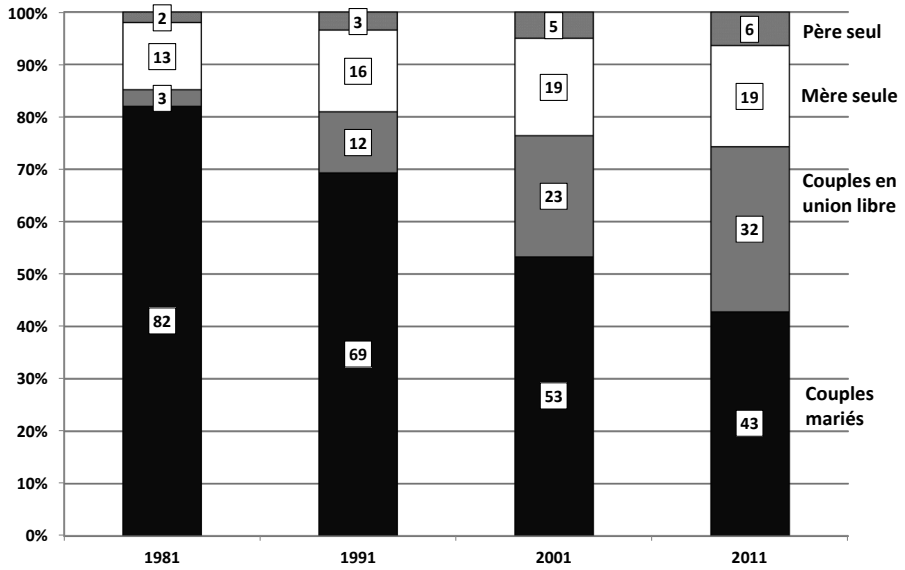
L'évolution des comportements conjugaux a provoqué une diversification de la structure des familles. En particulier, elle a donné lieu à une augmentation de l'importance relative des familles monoparentales et recomposées, ainsi que des familles sous la responsabilité de couples en union libre.

A. L'évolution de la composition des familles biparentales et monoparentales

La progression de l'union libre et l'augmentation de la fréquence des naissances hors mariage, combinées à l'instabilité conjugale, ont modifié considérablement le paysage familial lorsqu'on l'envisage sous l'angle de la nature des unions des couples à la tête des familles ainsi que de la proportion des familles sous la responsabilité d'un parent seul. Il convient de rappeler ici que la définition statistique de la famille, retenue par Statistique Canada dans les recensements et les enquêtes, inclut comme membres de la famille uniquement les personnes liées par des liens conjugaux ou filiaux qui résident sous un même toit. Sont ainsi exclus de la famille d'un parent séparé les enfants qui habitent la majeure partie du temps avec leur autre parent, ainsi que les enfants partageant leur temps également entre leurs deux parents qui, le jour du recensement, se trouvaient chez leur autre parent.

La figure 10 présente l'évolution de la distribution des familles comptant au moins un enfant de moins de 25 ans selon le type de famille de 1981 à 2011[298]. Les changements sont frappants. Les familles sous la responsabilité d'un couple marié ont vu leur part décroître de façon spectaculaire, leur pourcentage parmi l'ensemble des familles avec enfants chutant de 82 % en 1981 à 43 % en 2011. À l'inverse, les familles de couples en union libre ont connu une progression soutenue, et formaient 32 % des familles avec enfants en 2011 comparativement à 3 % seulement en 1981. Lorsqu'on retient seulement les familles comptant au moins un enfant âgé de moins de 15 ans, le pourcentage de couples en union libre surpasse légèrement celui des couples mariés (41 % contre 37 % en 2011; données non présentées)[299]. Résultant principalement depuis le début des années 1970 de l'instabilité conjugale, la proportion des familles monoparentales a aussi connu une hausse non négligeable, passant de 15 % à 25 %. Les familles monoparentales dirigées par un homme restent largement minoritaires; leur importance relative parmi l'ensemble des familles monoparentales a toutefois augmenté de 17 % à 25 % au cours des 30 dernières années.

Figure 10. Distribution des familles ayant au moins un enfant de moins de 25 ans selon le type de famille, Québec



Source: Statistique Canada, Recensement du Canada, site web, tableaux thématiques, 2011: cat. 98-312-X2011034; 2001: cat. 95F0316X20010034 1991: Tableau sur le Pays 1996, Familles (partie 1: nombre, type et structure) cat. 93F0022XDB96008; 1981: cat. 97F0005XCD2001002.

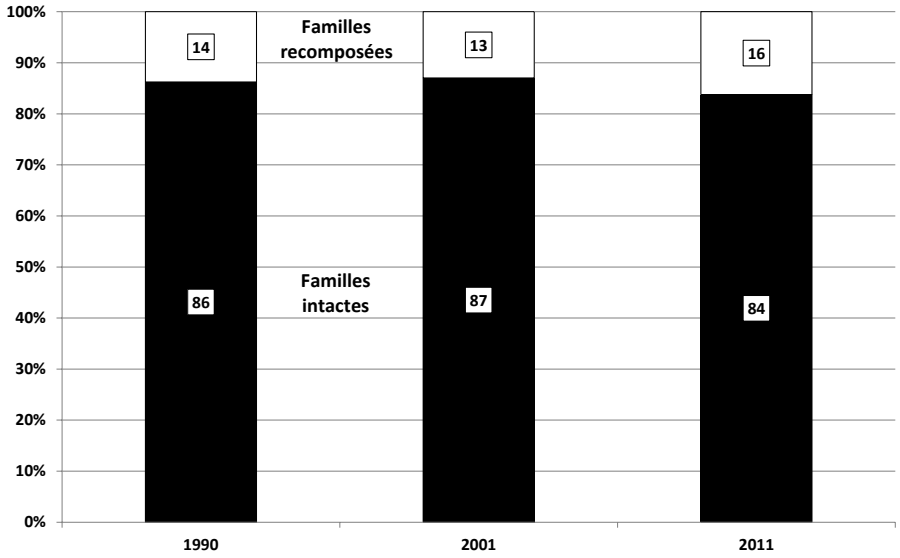
B. L'évolution des familles : l'effet de la recomposition familiale et de l'instabilité conjugale

Au-delà du classement des familles en fonction du type d'union des couples, on peut aussi regrouper les familles biparentales selon que les deux conjoints sont les parents biologiques ou adoptifs de tous les enfants présents dans le foyer, ou selon qu'au moins un des enfants présents est né d'une union antérieure de l'un des deux conjoints. Les premières forment des familles dites « intactes »[300] et les secondes, des familles recomposées. Ces dernières ont été identifiées lors d'un recensement pour la première fois en 2011; pour les années antérieures, on doit, pour les repérer, recourir à des données d'enquête[301].

La figure 11 présente l'évolution de l'importance relative des familles intactes et recomposées parmi l'ensemble des familles biparentales. Les changements semblent peu importants à première vue : de 1990 à 2011[302], le pourcentage de familles intactes reste élevé (autour de 85 %) alors que le pourcentage des familles recomposées passe de 14 % à 16 %. Cependant, à l'intérieur de ces deux groupes, on remarque une évolution contrastée, en particulier en ce qui concerne le type d'union qui unit les conjoints à la tête de ces familles. La figure 12 montre que les couples en union libre prédominent largement parmi les familles recomposées. Se situant déjà à plus de 60 % en 1990, leur proportion est passée à 70 % en 2001, niveau où elle se maintient en 2011. À l'opposé, le pourcentage de couples en union libre, d'abord faible parmi les familles intactes (9 % en 1990), a progressé graduellement pour atteindre 38 % en 2011.

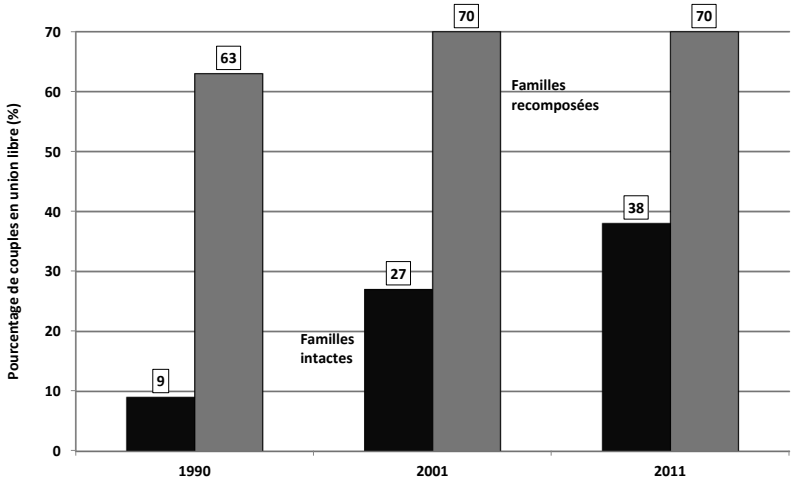
Compte tenu des comportements conjugaux différents selon le type de famille, la proportion de familles recomposées avec enfants de moins de 25 ans est plus élevée parmi les couples en union libre que parmi les couples mariés. Ainsi, en 2011, le quart (26 %) des premiers appartenaient à une famille recomposée, comparativement à 9 % des seconds (données non présentées).

Figure 11. Distribution des familles ayant des enfants de moins de 21 ans* selon qu'elle sont intactes ou recomposées Québec



Source: Pour 1990 et 2001, Le Bourdais et Lapierre-Adamcyk, 2008. Pour 2011, Statistique Canada, Recensement de 2011, site web, « Familles et ménages – Faits saillants en tableaux, Recensement de 2011 », Tableau 3 – catalogue No 98-312-XWF2011002
* Enfants de moins de 25 ans en 2011.

Figure 12. Pourcentage de couples en union libre parmi les familles ayant des enfants de moins de 21 ans*, intactes et recomposées, Québec



Source: Le Bourdais et Lapierre-Adamcyk, 2008 pour 1990 et 2001. Pour 2011, Ministère de la famille, compilation effectuée à partirr du tableau B4 de la commande spéciale CO-1362 adressée à Statistique Canada, Recensement de 2011.
*Enfants de moins de 25 ans en 2011.

Les familles recomposées peuvent prendre diverses formes. Elles peuvent être simples et comprendre les enfants d'une seule fratrie, ou complexes et regrouper les enfants issus d'unions différentes. En 2011, six familles recomposées sur dix comptaient uniquement les enfants d'un seul conjoint; deux fois sur trois, ces familles regroupaient une mère vivant avec ses enfants biologiques ou adoptés et un beau-père, et une fois sur trois, un père vivant avec ses enfants et une belle-mère (tableau 2). Les familles recomposées complexes comprennent soit un enfant de

l'un des conjoints et un enfant commun au couple, soit des enfants de chacun des deux conjoints, peu importe qu'ils aient ou non eu un enfant ensemble. Le plus souvent (30,4 %), ces familles comprennent au moins un enfant issu de l'union en cours et au moins un enfant né d'une union antérieure de l'un des conjoints. Moins fréquentes (8,2 %) sont les familles qui comptent à la fois des enfants issus d'une union antérieure de chacun des conjoints, sans qu'il n'y ait d'enfant commun; enfin, plus rares (1,6 %) sont les familles qui regroupent à la fois au moins un enfant commun et des enfants issus d'une union antérieure de chacun des deux conjoints.

Tableau 2. Distribution (en %) des familles recomposées comptant des enfants de moins de 25 ans selon la composition de la famille

Composition de la famille	%
Familles recomposées simples	**59,8**
• Enfant de la mère seulement	39,7
• Enfant du père seulement	20,1
Familles recomposées complexes	**40,2**
• Enfants des deux conjoints sans enfant commun	8,2
• Enfants de la mère ou du père et enfant commun	30,4
• Enfants des deux conjoints et enfant commun	1,6

Source : Recensement de 2011. Ministère de la Famille, 2014, vol. 2, n° 3.

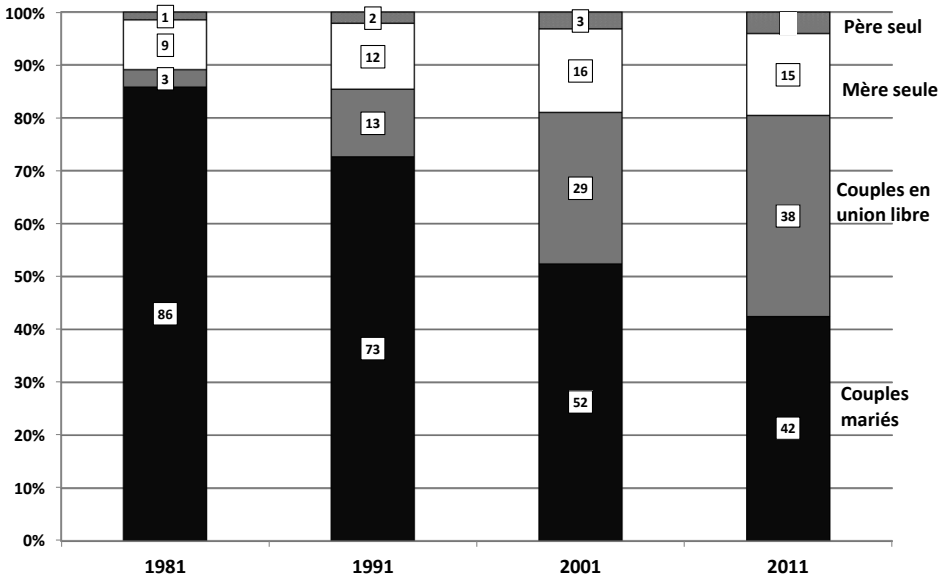
Par ailleurs, la stabilité de l'importance relative des familles recomposées parmi l'ensemble des familles notée précédemment entre 1990 et 2011 n'est qu'apparente et occulte en partie les changements familiaux que les individus connaissent au cours de leur vie. En effet, la composition des familles se modifie au fil du temps en fonction de plusieurs facteurs, au nombre desquels l'instabilité conjugale et la mobilité des enfants sont des plus importants. Une famille intacte dont le couple se sépare se subdivise en deux unités résidentielles dont le statut varie; celles-ci comprendront soit une famille monoparentale et une personne (un parent) vivant seule, soit deux familles monoparentales si les enfants vivent en garde partagée avec leurs deux parents. Les parents séparés pourront par la suite chacun de leur côté former une union avec un nouveau partenaire et ainsi créer, soit une famille recomposée et un couple sans enfant, soit deux familles recomposées selon la présence ou non d'enfants dans leur foyer. Les données d'enquête ou de recensement qui fournissent un portrait de la situation des familles à un moment donné dans le temps arrivent mal à saisir ces réalités changeantes. D'une part, on l'a vu, les enfants de parents séparés ne sont comptés que dans un seul des deux ménages de leurs parents, ce qui entraîne une sous-estimation de la proportion de foyers monoparentaux et recomposés entre lesquels les enfants circulent. D'autre part, le portrait instantané que l'on dégage au moment d'une enquête ou d'un recensement cache l'histoire passée de ces familles et la complexité des parcours individuels qui les sous-tendent[303]. Ainsi, si les familles recomposées ne représentent qu'environ 16 % des couples avec enfants de moins de 25 ans

lors du recensement de 2011, on ne peut en déduire que le pourcentage d'individus qui, à titre de parent ou beau-parent, d'enfant biologique ou enfant par alliance, auront appartenu à ce type de famille à un moment ou à un autre est sensiblement le même. Pour cela, il faut disposer d'enquêtes longitudinales dont la fiabilité dépend de plusieurs facteurs, au premier chef le fait que le répondant à qui l'on s'adresse ait joué un rôle de parent biologique ou de beau-parent pendant l'épisode de vie en famille recomposée[304].

C. L'environnement familial des enfants

Les données présentées plus haut illustrent les changements examinés sous l'angle des unités familiales. On peut aussi envisager cette évolution du point de vue des enfants, c'est-à-dire observer les types de famille dans lesquels les enfants vivent et grandissent. La figure 13 présente la répartition des enfants âgés de moins de 15 ans en fonction du type de famille à laquelle ils appartenaient lors de recensements menés au cours des 30 dernières années. En 1981, 86 % de ces enfants vivaient dans une famille de conjoints mariés, 3 % dans une famille où le couple était en union libre, et 10 % dans une famille monoparentale. Quelque 30 ans plus tard, en 2011, moins de la moitié (42 %) habitaient avec des parents mariés, 38 % vivaient avec des parents en union libre, et 19 % avec un parent seul.

Figure 13. Répartition des enfants de moins de 15 ans selon le type de famille, Québec

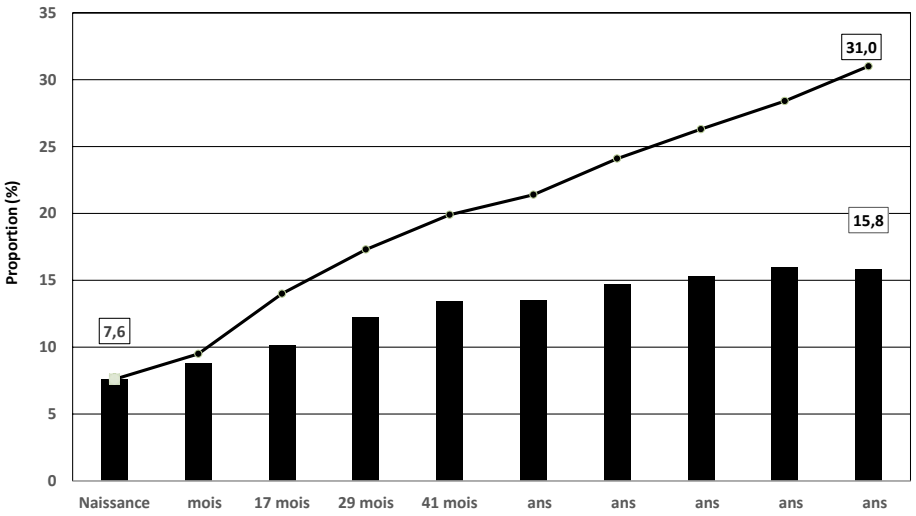


Source: Figure établie à partir de Statistique Canada, Recensement du Canada, tableaux thématiques, 2011: cat. 98312X2011023; 2001, 1991 et 1981: cat. 97F0005XCB2001002.

Ce portrait brossé à partir de données du moment donne une image partielle et incomplète des situations familiales que les enfants sont appelés à connaître au cours de leur vie. La proportion d'enfants qui vivront au moins pour un temps dans une famille monoparentale est dans les faits nettement plus élevée que ne le révèle la figure 13. Selon les données de l'Étude longitudinale du développement des enfants du Québec (ÉLDEQ), 7,6 % des enfants nés en 1998 habitaient avec un seul parent au moment de leur naissance. Cette proportion passe à 12 % vers l'âge de 2½ ans (29 mois) et touche environ 15 % des enfants âgés entre 5 et 8 ans (voir la figure 14).

Lorsqu'on cumule la proportion d'enfants qui ont connu la monoparentalité, à l'âge de 8 ans, ce n'est pas 15 %, mais bien le double (31 %) des enfants qui ont déjà vécu cette expérience.

Figure 14: Proportion d'enfants vivant dans un ménage monoparental à divers âges et proportion cumulée ayant déjà fait l'expérience de la monoparentalité a moins une fois, Québec, cohorte née en 1998, observée jusqu'en 2006



Source: Reproduit grâce à la permission accordée par l'Institut de la Statistique du Québec à partir des données de base de la figure parue dans Ducharme A. et H. Desrosiers, 2008. "La monoparentalité dans la vie des jeunes enfants québécois : une réalité fréquente mais souvent transitoire", http://www.stat.gouv.qc.ca/statistiques/sante/bulletins/portrait-200810-mono.pdf

L'écart grandissant que l'on observe entre le pourcentage d'enfants nés en situation de monoparentalité et le pourcentage cumulé de ceux qui en ont fait l'expérience à l'âge de 8 ans est lié à la proportion d'enfants qui voient leurs parents se séparer au fur et à mesure qu'ils grandissent. Étant donné la hausse de l'instabilité conjugale, cette proportion a augmenté au fil du temps et survient de plus en plus précocement dans la vie des enfants. Près du quart[305] des enfants nés en 1998 avaient vu leurs deux parents se séparer avant de fêter leur 8e anniversaire, comparativement à 20 % des enfants nés quelque quinze ans plus tôt[306]. Le risque des enfants de voir leurs parents se séparer n'est pas, par ailleurs, indépendant de la situation conjugale de leurs parents au moment de leur naissance : parmi les enfants âgés de 8 ans en 2006 (nés en 1998), plus du tiers (35 %) des enfants nés de parents en union de fait avaient vécu la séparation parentale, comparativement à 15 % des enfants issus de parents mariés[307]. De plus, les enfants nés de parents en union libre sont plus jeunes que leurs vis-à-vis nés de parents mariés lorsqu'ils font l'expérience de la monoparentalité. Les premiers avaient un âge médian de 2 ans et 7 mois à la séparation de leurs parents comparativement à 4 ans et 4 mois pour les seconds[308].

La trajectoire familiale des enfants ne s'arrête pas à la vie en famille monoparentale. La hausse de la monoparentalité jointe à une diminution de l'âge des enfants lorsqu'ils voient leurs parents se séparer fait en sorte qu'un nombre croissant d'entre eux connaîtront la vie en famille recomposée. À l'âge de 6 ans, 13 % des enfants nés en 1998 (soit près de la moitié ayant connu la monoparentalité à cet âge) avaient déjà vécu un épisode de vie en famille recomposée, c'est-à-dire habité avec un parent et un beau-parent[309]. À mesure que ces enfants vieilliront, il y a tout lieu de croire que le pourcentage d'entre eux qui connaîtront la monoparentalité ou la recomposition familiale continuera d'augmenter au rythme des séparations et des remises en

union que vivront leurs parents, comme le suggèrent des recherches menées au Canada ou ailleurs dans le monde[310].

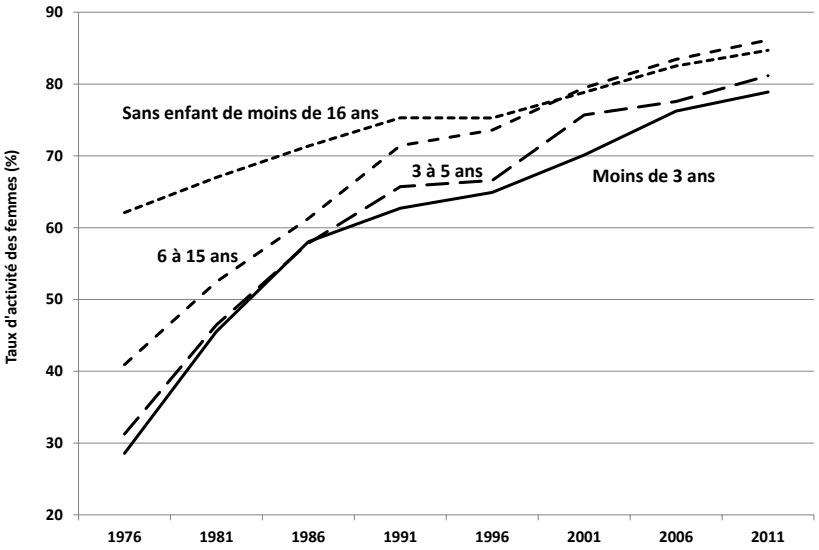
Il n'est pas toujours aisé pour les enfants de garder un contact soutenu avec leurs deux parents par-delà une séparation[311]. Ainsi, parmi les enfants de 6 ans dont les parents s'étaient séparés, environ un sur cinq ne voyait jamais son père ou ne le voyait qu'occasionnellement[312]. Cela n'est pas sans conséquence sur leurs conditions de vie, les recherches passées ayant montré que les pères qui maintiennent des contacts fréquents avec leurs enfants sont plus susceptibles de contribuer financièrement à leurs besoins. Ainsi, en 2004, 41 % des enfants âgés de 6 ans résidant avec leur mère à la suite de la séparation de leurs parents ne recevaient aucun soutien financier de la part de leur père[313].

SECTION 4 – QUELQUES CARACTÉRISTIQUES DE LA VIE FAMILIALE CONTEMPORAINE

A. L'évolution de l'activité économique des femmes québécoises

Les changements familiaux que nous venons de décrire se sont déroulés dans une période de transformations sociales et économiques intenses. L'une des manifestations les plus significatives de ces transformations touche la participation des femmes au marché du travail. Jusqu'aux années 1970, les femmes québécoises avaient l'habitude d'intégrer le marché du travail, une fois leurs études terminées, et d'y rester jusqu'à la venue de leur premier enfant ou, plus souvent, jusqu'à leur mariage[314]. Elles y retournaient souvent par la suite, mais seulement une fois les enfants devenus grands.

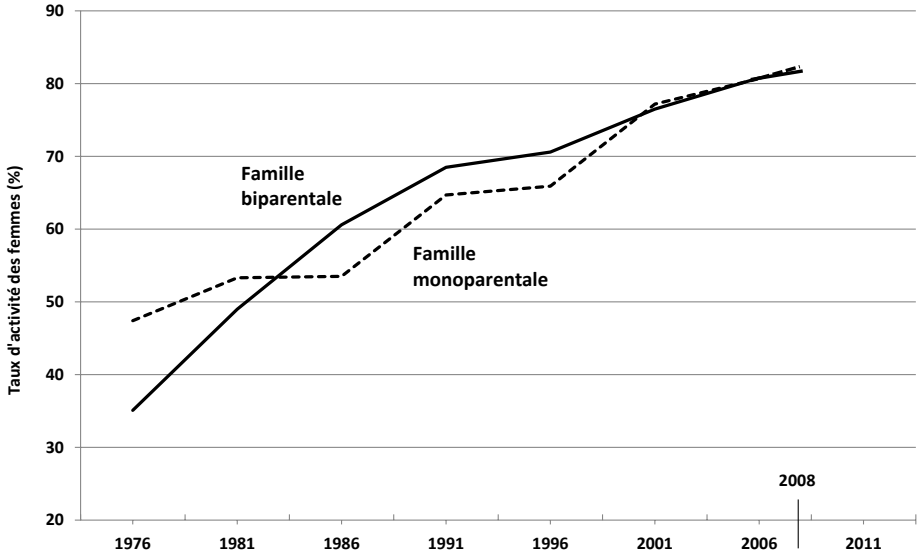
Figure 15. Taux d'activité des femmes âgées de 25-54 ans selon l'âge du plus jeune enfant, Québec



Source: Figure établie à partir du tableau de l'ISQ, adapté des données de Statistique Canada, Enquête sur la population active , 1976-2011.

Cette réalité s'est profondément modifiée à partir des années 1980, comme on peut le voir à la figure 15 qui présente l'évolution des taux d'activité des femmes âgées de 25-54 ans selon l'âge de leur plus jeune enfant. Dès 1976, plus de 60 % des femmes n'ayant aucun enfant de moins de 16 ans étaient présentes sur le marché du travail; à peine 30 % de celles ayant un enfant d'âge préscolaire étaient dans la même situation. La proportion des mères en emploi a progressé rapidement par la suite. Dix ans plus tard, soit en 1986, le taux d'activité des femmes dont le plus jeune enfant a moins de 5 ans avait presque atteint 60 % et il dépassait même ce niveau parmi celles dont le plus jeune enfant avait entre 6 et 15 ans. En 2011, plus de 80 % des femmes avec des enfants de 3 ans ou plus étaient présentes sur le marché du travail, suivies de très près (78,9 %) par les mères dont le plus jeune enfant a moins de 3 ans. Chez les hommes de 25-54 ans, le taux d'activité a peu varié durant cette période; il fluctue autour de 95 % parmi les hommes ayant au moins un enfant de moins de 16 ans et autour de 88 % pour ceux qui sont sans enfant (données non présentées).

Figure 16. Taux d'activité des femmes âgées de 25-54 ans ayant des enfants de moins de 16 ans selon le type de famille, biparentale ou monoparentale, Québec



Source: Institut de la statitstique du Québec, site web: Statistiques et publications/conditions de vie et société/conciliation travail-famille, Tableau: Taux d'activité des femmes, chefs de famille ou conjointes, âgées de 25-54 ans, avec enfants enfants de moins de 16 ans, selon le type de famille et l'âge du plus jeune enfant, Québec, 1976-2008.

La participation des mères à l'emploi varie également en fonction de la composition de la famille comme on peut le voir à la figure 16. En 1976, les femmes à la tête d'une famille monoparentale comptant des enfants de moins de 16 ans affichaient un taux d'activité plus élevé que leur vis-à-vis vivant en famille biparentale (47,4 % contre 35,1 %). Le rapport s'est inversé durant les années 1980, les femmes de famille biparentale ayant connu une progression en emploi plus forte que les mères seules. Depuis le début des années 2001, les taux d'activité des deux groupes de femmes sont très proches les uns des autres, et ils se situaient à 82 % en 2008. Le rattrapage effectué par les mères seules tient à la hausse particulièrement forte des taux d'activité parmi celles ayant des enfants d'âge préscolaire (données non présentées), et est sans doute lié à la mise en place progressive des garderies à 5 $ pour enfants de moins de 5 ans à partir de 1997.

Peu d'études ont, à notre connaissance, comparé les comportements en emploi des mères vivant en couple en fonction du type d'union et de la composition de la famille. Une étude que nous avons menée, fondée sur des données de 1984 à 2001, a montré que les femmes appartenant à une famille recomposée comptant des enfants de moins de 21 ans affichaient un taux d'activité plus élevé que leurs vis-à-vis vivant en famille intacte, et qu'elles étaient plus nombreuses que ces dernières à travailler à plein temps plutôt qu'à temps partiel[315]. L'analyse a également montré que les femmes vivant en union libre optent plus fréquemment pour le travail à plein temps que leurs consœurs mariées, peu importe qu'elles soient en famille intacte ou recomposée. Cette étude portait sur l'ensemble du Canada, mais on peut penser que les comportements observés ressembleraient à ceux des femmes résidant au Québec. Ainsi, prenant appui sur les données de l'Enquête nationale auprès des ménages de 2011, une toute récente publication du ministère de la Famille (2014)[316] a montré que les Québécoises vivant dans une famille recomposée avec enfants de moins de 25 ans avaient un taux d'activité légèrement plus élevé que leurs vis-à-vis de familles intactes (84,4 % par rapport à 81,5 %); les femmes ayant eu un enfant au sein de la famille recomposée affichaient cependant un taux plus faible que celles n'ayant pas eu d'enfant (78,5 % contre 87,1 %).

B. Les divers types de famille et le revenu

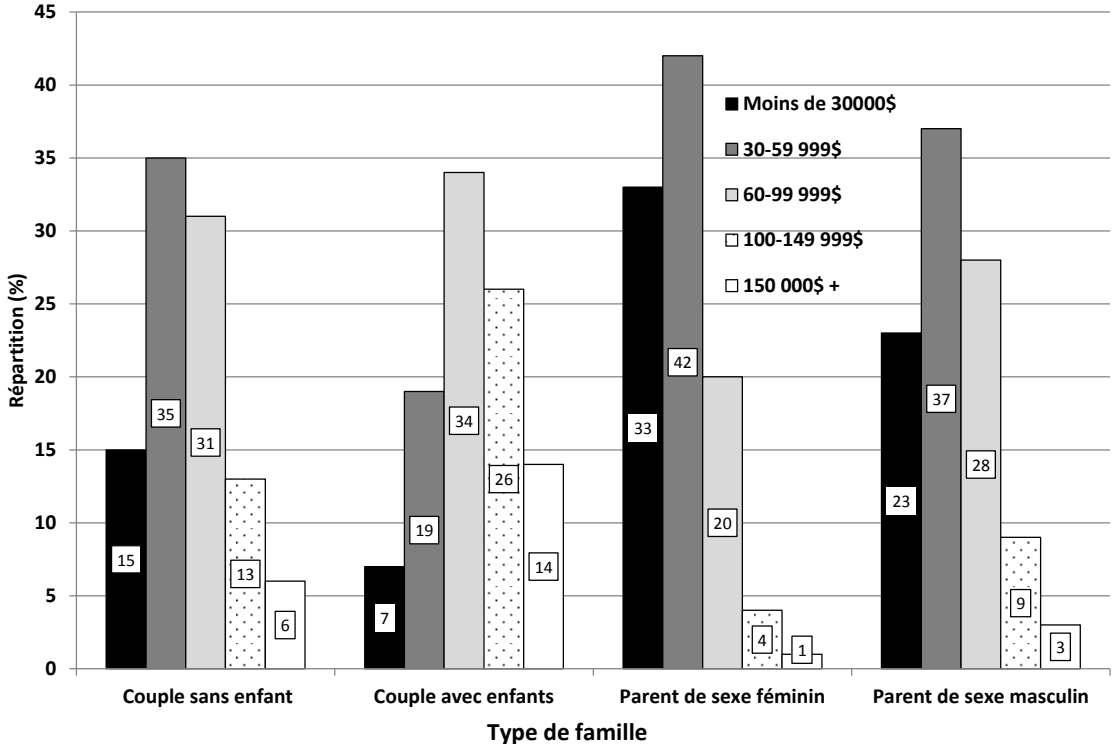
Le revenu familial varie en fonction du type de famille, influencé par le nombre d'adultes qui sont sur le marché du travail, incluant les conjoints et les enfants qui font partie de la famille. Sans surprise, on observe au tableau 3, fondé sur les données de l'Enquête nationale auprès des ménages de 2011, que le revenu médian avant impôt (87 447 $) est nettement plus élevé chez les familles biparentales avec enfants que dans les autres types de familles. Ces familles comptent souvent deux soutiens et bénéficient parfois en plus de l'apport de certains de leurs enfants encore à la maison qui travaillent. Ils jouissent de revenus plus élevés que les couples sans enfants (60 039 $), lesquels comprennent à la fois des couples qui n'ont pas encore d'enfant et qui sont moins avancés dans la carrière, ainsi que des couples plus âgés qui n'ont plus d'enfant habitant avec eux et qui sont peut-être déjà à la retraite. Les pères seuls suivent avec un revenu médian qui se situe légèrement au-dessus de 50 000 $, et les mères seules avec un revenu médian de 40 000 $. Le revenu disponible après impôt et transferts gouvernementaux est inférieur au revenu avant impôt dans toutes les familles, mais il est réduit de façon moindre parmi les mères seules qui disposent de revenus bruts moins élevés.

Tableau 3. Revenu médian ($) des familles avant et après impôt, Québec

Revenu	Couple sans enfants	Couple avec enfants	Mère seule	Père seul
Médian (avant impôt)	60 039	87 447	40 431	51 160
Médian (après impôt)	52 413	75 198	38 496	45 355
% Revenu après impôt/ Revenu avant impôt	87,3	86,0	95,2	88,7

Source : Statistique Canada, Enquête nationale auprès des ménages, 2011, cat. 99-014-X2011048.

Figure 17. Répartition des niveaux de revenu par type de famille, Québec



Source: Figure adaptée à partir de Statistique Canada, Enquête nationale auprès des ménages, 2011, no catalogue: 99014-X2011048.

La figure 17 reprend les informations sur le revenu avant impôt et présente la répartition des niveaux de revenus selon le type de famille. La proportion de familles bénéficiant de revenus inférieurs à 30 000 $ est plus élevée parmi les familles monoparentales : le tiers des mères seules et près du quart des pères seuls affichent un tel niveau de revenu. À l'opposé, 40 % des couples avec enfants profitent de revenus de 100 000 $ et plus, comparativement à 19 % des couples sans enfant, 12 % des pères seuls et seulement 5 % des mères seules.

Le niveau de vie des familles ne dépend pas uniquement du revenu familial, il varie également en fonction du nombre de personnes qui en dépendent. Voulant distinguer la situation financière relative des divers types de familles biparentales avec enfants, nous avons calculé un indicateur de l'« aisance financière » des familles dans une étude fondée sur des données d'enquête de 1990, 1995 et 2001[317]. Cet indicateur mesure le revenu dont chaque membre de la famille dispose, en tenant compte des économies d'échelle liées à la présence de plusieurs personnes[318]. L'étude a montré que les familles intactes avec enfants de moins de 21 ans sous la houlette d'un couple marié ont une probabilité nettement plus faible de disposer d'un revenu inférieur à 15 000 $ par personne que les familles intactes de couples en union libre ainsi que des familles recomposées (mariées et en union libre), et ce, même une fois contrôlé l'effet de plusieurs facteurs sociodémographiques. Ces résultats sont basés sur des données canadiennes, mais il n'y a pas lieu de croire qu'ils seraient fort différents au Québec.

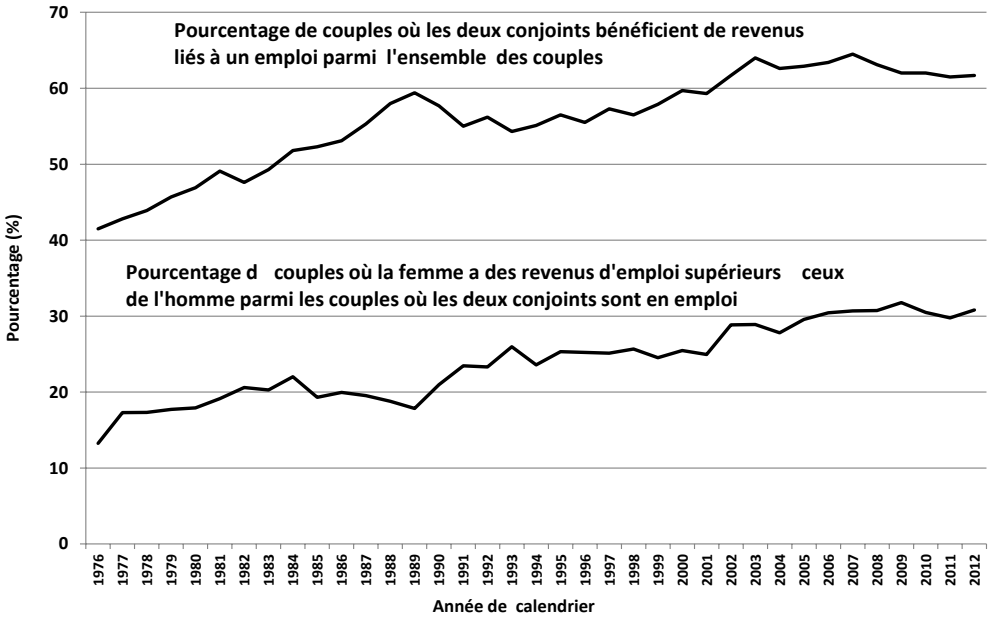
C. Comparaison des gains d'emploi des conjoints

Nous avons vu que les transformations familiales se sont déroulées en même temps que les conditions de vie des femmes se modifiaient de façon notable, en particulier en raison de leur entrée massive sur le marché du travail. Aujourd'hui, la très grande majorité des femmes sont présentes en emploi et disposent de revenus qui contribuent de façon croissante au bien-être des familles[319]. L'écart qui sépare les revenus des femmes de ceux des hommes s'est amenuisé au fil des ans, mais on sait que les femmes n'ont pas encore atteint la parité de revenu avec les hommes. Comment leurs revenus se comparent-ils à ceux de leurs conjoints à l'intérieur des couples ?

Statistique Canada produit depuis le milieu des années 1970 des données qui permettent de comparer les revenus d'emploi des conjoints parmi l'ensemble des couples avec ou sans enfant. La figure 18 illustre d'abord la progression de la proportion des couples parmi lesquels les deux conjoints bénéficient de gains d'emploi (courbe du haut). Cette proportion a augmenté d'environ 50 % au cours des 35 dernières années. Elle est passée de 41,5 % en 1976 à 64,5 % en 2007, et elle oscille autour de 62 % depuis lors. Dit autrement, environ deux couples sur trois peuvent aujourd'hui compter sur des revenus des deux conjoints.

La courbe du bas dans la figure illustre la proportion des couples où la conjointe dispose de gains d'emploi supérieurs à ceux de son conjoint. Cette proportion a plus que doublé depuis 1976, passant de 13,3 % en 1976 à 30,8 % en 2012. Cette évolution montre que les femmes sont non seulement de plus en plus nombreuses à contribuer au revenu familial, mais qu'elles constituent le soutien le plus important de la famille dans une proportion non négligeable.

Figure 18. Couples où les deux conjoints ont des revenus d'emploi et couples où les revenus d'emploi de la femme sont supérieurs à ceux de son conjoint, Québec

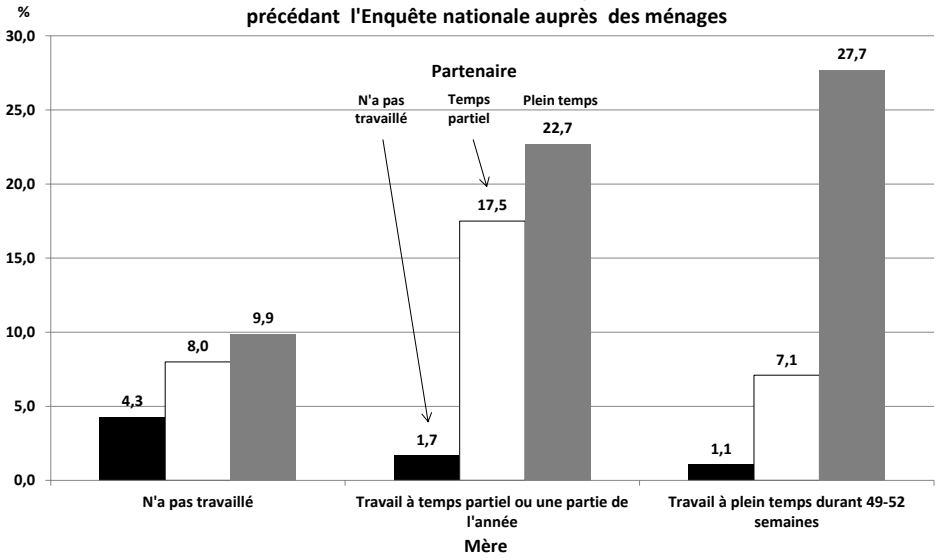


Source: Statistique Canada, Tableau Cansim 202-0105-Québec.

Pour nuancer ces résultats qui portent sur tous les couples où les deux conjoints disposaient d'un revenu d'emploi, qu'ils aient des enfants ou non, il est opportun de regarder de plus près le revenu d'emploi des couples avec enfants. Plus précisément, tirant profit de l'Enquête nationale auprès des ménages (ENM) réalisée par Statistique Canada en 2011, l'analyse qui suit examine le statut et le revenu d'emploi des couples ayant eu un enfant ensemble au cours des cinq années précédant l'enquête[320]. Dans cette enquête, deux questions permettent de déterminer le statut d'emploi des répondants et de leur conjoint durant l'année précédente. La première recueille le nombre total de semaines travaillées en 2010[321], et la seconde précise si le travail était principalement à plein temps (30 heures ou plus par semaine) ou à temps partiel. Trois catégories d'emploi ont été établies à partir de cette information : 1) la première comprend les personnes qui n'ont pas travaillé; 2) la seconde regroupe les personnes qui ont travaillé principalement à plein temps pendant 49 à 52 semaines; 3) la troisième, intitulée « travail à temps partiel », inclut toutes les autres situations, soit les personnes qui ont travaillé à plein temps mais pendant une partie de l'année seulement et celles qui ont travaillé uniquement à temps partiel, peu importe le nombre de semaines travaillées.

La figure 19 présente la distribution des couples ayant au moins un enfant commun d'âge préscolaire vivant avec eux lorsqu'ils ont été rejoints par l'ENM, en fonction des catégories de statut d'emploi des mères et de leur conjoint. On observe d'abord que le pourcentage de pères[322] qui n'ont pas travaillé en 2010 est faible, soit 6,1 % (somme des colonnes en noir). Dans 17,9 % des cas, le père est le seul membre du couple à avoir travaillé; 9,9 % ont été présents en emploi à plein temps durant toute l'année, et 8,0 % ont travaillé à temps partiel ou pendant une période limitée. Dans les autres cas (76,0 %), les deux conjoints étaient actifs sur le marché du travail, soit à plein temps, soit à temps partiel. Le plus souvent, la mère travaillait à temps partiel (40,2 %)[323], et dans un peu plus d'un cas sur quatre (27,7 %), les deux conjoints étaient tous deux actifs à plein temps. Précisons que la participation au marché du travail des mères prises en considération ici se situe tout près de celle de l'ensemble des femmes de 25-54 ans vivant avec des enfants de moins de 6 ans en 2010 (figure 15). Cependant comparativement à leurs conjoints, les mères affichent un taux d'activité plus faible (77,8 % contre 93,9 %) et une activité continue à plein temps moins importante (35,9 % contre 60,3 %). Ce modèle différent se répercute, comme on le verra, sur le revenu que les femmes génèrent par leur travail.

Figure 19. Distribution (en %) des couples ayant un enfant commun d'âge préscolaire en fonction du statut de travail des mères et de leur conjoint au cours de l'année (2010) précédant l'Enquête nationale auprès des ménages



Source: Données spéciales produites par Statistique Canada à partir de l'Enquête nationale auprès des ménages, 2011.

Le tableau 4 examine les variations du revenu[324] médian des deux conjoints en fonction de leur statut d'emploi combiné. On pourra se surprendre de ce que les mères qui ont répondu n'avoir pas travaillé en 2010 aient rapporté un revenu de travail; ce revenu est passablement faible et, hormis quelques réponses incohérentes, il inclut fort probablement des prestations qui ont été versées par un employeur à titre de complément à une assurance-emploi ou à une assurance parentale. Lorsque la mère travaille à temps partiel ou pendant une partie de l'année seulement, son revenu médian se situe autour de 17 000 $ par an et varie peu en fonction du statut et du revenu d'emploi de son conjoint. Le revenu de ce dernier est alors deux fois plus élevé que celui de sa conjointe s'il travaille aussi à temps partiel ou moins de 49 semaines, affichant ainsi un écart de 16 757 $, et presque trois fois plus élevé, s'il travaille à plein temps (écart de 31 514 $). Lorsque la mère travaille à plein temps, son revenu médian est environ deux fois plus élevé que lorsqu'elle travaille à temps partiel (autour de 35 000 $). Elle gagne alors plus que son conjoint si celui-ci travaille à temps partiel, mais l'écart séparant leurs revenus demeure modeste (3 733 $ en faveur de la mère). Enfin, lorsque les deux conjoints sont présents à plein temps sur le marché du travail, le revenu médian des pères est d'environ 15 000 $ plus élevé que celui des mères.

Tableau 4. Revenu d'emploi médian (2010) des conjoints[a] ayant un enfant commun d'âge préscolaire selon le statut d'emploi des mères et de leur conjoint, Québec

Statut d'emploi de la mère[b]	Statut d'emploi du conjoint[b]	Revenu d'emploi médian $		Écart $ (C – M)
		Mère (M)	Conjoint (C)	
N'a pas travaillé	Temps partiel	3 430[c]	26 226	22 796
	Plein temps	2 621[c]	44 427	41 806
Temps partiel	Temps partiel	17 360	34 117	16 757
	Plein temps	17 276	48 790	31 514
Plein temps	Temps partiel	33 264	29 531	- 3 733
	Plein temps	35 599	50 458	14 859

Source : Données spéciales produites par Statistique Canada à partir de l'Enquête nationale auprès des ménages de 2011.

[a] Seuls ont été retenus les couples où le conjoint de la mère a travaillé en 2010.

[b] Le « plein temps » correspond à un travail de 30 heures ou plus par semaine pendant 49-52 semaines durant l'année 2010. Le « temps partiel » correspond à un travail de moins de 30 heures par semaine ou un travail pour une partie de l'année seulement.

[c] Ces revenus proviennent en général de prestations versées par l'employeur à titre de complément à l'assurance-emploi ou à l'assurance parentale.

Il apparaît clairement de ces données que, même si la participation des mères de jeunes enfants au marché du travail s'est accrue considérablement, il existe toujours des inégalités économiques importantes entre les conjoints ayant au moins un enfant commun liées à la charge parentale. De nombreux facteurs dont nous n'avons pas tenu compte ici sont sans doute à la base de ces inégalités. Tout d'abord, le fait qu'à statut de travail équivalent les mères gagnent nettement moins que leur conjoint tient peut-être aux différences dans le nombre d'heures, de jours ou de semaines travaillés, qu'occulte la définition de temps partiel et de plein temps retenue. De plus, hormis le niveau différent de participation à l'emploi des mères et des pères de jeunes enfants, on peut penser que le niveau de scolarité atteint, le type d'emploi exercé, le nombre d'années d'expérience sur le marché du travail, ou encore le degré d'avancement professionnel sont tout autant susceptibles d'affecter les revenus des conjoints.

D. La gestion de l'argent chez les couples en union libre et les couples mariés

Tel qu'on l'a vu précédemment, les couples en union libre diffèrent significativement des couples mariés en ce qui a trait à la stabilité de l'union et à la fécondité. Une recherche récente que nous avons menée a montré qu'ils se distinguent également dans leur façon de gérer leurs ressources financières[325]. L'Enquête sociale générale sur la famille réalisée par Statistique Canada en 2011 comprenait un certain nombre de questions qui permettent pour la première fois d'analyser cet aspect fort important de la vie des couples. Plus précisément, ces questions portaient sur le type de comptes bancaires (personnels ou conjoints) que chacun des conjoints possède et sur la façon dont leurs revenus sont déposés dans les comptes de banque. Trois modalités de gestion ont été définies à partir de ces questions : a) la gestion commune de l'argent réfère aux couples qui ont seulement un compte de banque conjoint ainsi qu'à ceux qui ont plus d'un compte de banque mais dont l'ensemble des revenus est versé dans un compte conjoint; b) la gestion commune partielle s'applique aux couples où les conjoints versent une

partie de leurs revenus dans un compte conjoint et une autre partie dans un compte personnel; enfin c) la gestion séparée réfère aux conjoints qui déposent chacun leurs revenus dans des comptes personnels.

Tel qu'on peut le voir au tableau 5, les couples mariés se distinguent de façon très nette de leurs vis-à-vis en union libre au regard des modalités de gestion de leurs revenus. Les couples mariés optent en majorité pour une gestion commune de leur argent : quatre couples sur dix mettent l'ensemble de leurs revenus en commun et près de deux sur dix le font de manière partielle. À l'opposé, les trois-quarts des couples en union libre gèrent leurs revenus de façon séparée, comparativement à 40 % des couples mariés.

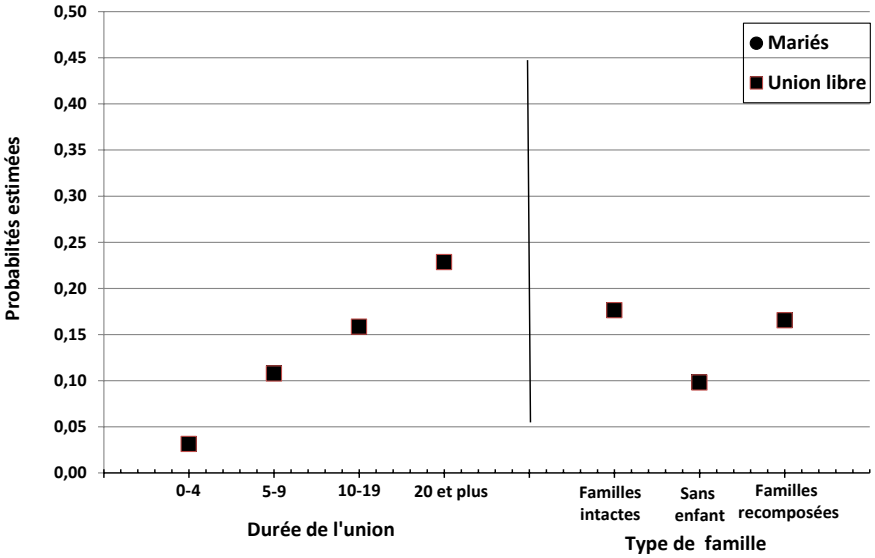
Tableau 5. Répartition des couples mariés et en union libre selon les modalités de gestion de leurs revenus, Québec, 2011

Modalité de gestion des revenus	Couples mariés (%)	Couples en union libre (%)
Gestion commune	40,4	11,8
Gestion commune partielle	19,4	13,1
Gestion séparée	40,2	75,1

Source : Hamplová et al. (2014), tableau 2.

Les données présentées ci-dessus portent sur l'ensemble des couples, peu importe la durée de leur union et le fait qu'ils aient ou non des enfants. Or, on peut penser que les conjoints de fait adopteront des comportements qui se rapprochent de ceux des couples mariés à mesure que la durée de leur union augmente ou encore après la naissance d'un enfant dans le cadre de cette union. Voulant tester cette hypothèse, nous avons mené une analyse multivariée cherchant à prédire la probabilité que les couples gèrent leurs revenus de façon commune (plutôt que de façon partielle ou séparée) en fonction de la durée de l'union ou de la composition de la famille, une fois contrôlé l'effet de diverses variables sociodémographiques[326]. La figure 20 présente les résultats de cette analyse.

Figure 20. Probabilités estimées[a] que les couples mariés et en union libre adoptent une gestion commune de leurs revenus selon la durée de l'union et le type de famille, Québec, 2011



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

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

Contrairement à ce que l'on aurait pu s'attendre, l'analyse ne révèle aucun rapprochement entre couples mariés et en union libre en fonction de la durée de l'union. La probabilité estimée des couples de mettre leurs revenus en commun augmente de façon continue en fonction de la durée de l'union, mais l'écart entre couples mariés et en union libre s'élargit au lieu de diminuer à mesure que le temps passe. Parallèlement, on constate que l'écart qui sépare les couples en union libre des couples mariés n'est pas plus étroit parmi les couples qui forment une famille intacte que parmi ceux qui sont sans enfant. Seuls les couples qui vivent en famille recomposée affichent un écart plus faible. Indéniablement, les couples en union libre adoptent des comportements différents de ceux des couples mariés qui semblent traduire des engagements de nature différente.

DEUXIÈME PARTIE

LES PRINCIPES DIRECTEURS DE LA RÉFORME

On ne saurait réfléchir à une réforme du droit de la famille sans d'abord s'interroger sur la finalité des dispositions qui le composent et sur les valeurs fondamentales qui le sous-tendent. Pourquoi le droit de la famille ? Quelle en est précisément la vocation ? Quelles sont les grandes valeurs qu'il entend promouvoir ? Toute proposition de réforme visant à réorganiser les droits et obligations des membres de la famille doit être analysée à la lumière de ces questionnements fondamentaux. À défaut, l'exercice perdrait en légitimité. En somme, les changements proposés n'auront de sens et d'intérêt que s'ils permettent au droit de la famille de mieux remplir la mission sociale et juridique qu'on lui attribue, et ce, dans le respect des valeurs fondamentales qui caractérisent la société québécoise.

La réflexion préliminaire que s'est imposé le Comité lui a permis de dégager **six grands principes directeurs**. Ces principes constituent les postulats à partir desquels les orientations de réforme proposées doivent être appréhendées.

1. L'intérêt et les droits de l'enfant au cœur des priorités

Au cours des dernières décennies, le statut juridique de l'enfant s'est progressivement consolidé. Sous l'impulsion de la *Convention relative aux droits de l'enfant*[327], la très grande majorité des pays ont élevé l'enfant au rang de sujet de droit à part entière. Parmi les principes contenus dans la Convention se trouve l'intérêt supérieur de l'enfant : « [d]ans 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 »[328].

Le législateur du Québec n'a pas attendu la ratification de la Convention par le Canada pour agir[329]. En effet, le principe de l'intérêt de l'enfant est inscrit dans le Code civil depuis la réforme du droit de la famille de 1980[330]. Le législateur a par ailleurs profité de l'adoption du nouveau Code civil en 1991 pour consacrer plusieurs droits de l'enfant, notamment au chapitre intitulé « Du respect des droits de l'enfant » situé au Titre deuxième du Livre premier portant sur les droits de la personnalité[331].

Il convient de parachever le travail amorcé[332]. Aux yeux des membres du Comité, le droit de la famille dans son ensemble doit refléter les principes de la Convention. La conception de l'enfant « sujet de droit » qui en émane doit guider la réforme dans sa globalité. Non seulement le Comité entend-il passer chacune de ses propositions au filtre de l'intérêt de l'enfant, il escompte également affirmer ou réaffirmer les droits de l'enfant là où le législateur semble les avoir négligés[333].

2. Une réponse inclusive et adaptée à la diversité des couples et des familles

Les théoriciens reconnaissent différentes finalités au droit de la famille[334]. Au nom d'une certaine morale publique, on peut d'abord y recourir pour légitimer un modèle conjugal ou familial au détriment d'un autre. L'État s'attachera alors à préserver et à protéger les institutions qui paraissent le mieux à même de garantir la stabilité familiale et sociale. Telle fut naguère l'orientation du droit de la famille québécois[335]. En effet, pendant de longues décennies, l'État s'est employé à consacrer la primauté du mariage en disqualifiant tout autre mode de vie conjugale et en discriminant lourdement les enfants nés hors mariage[336].

On peut également recourir au droit de la famille aux fins d'encadrer les relations qu'entretiennent les membres de la famille. Dans cette perspective, l'État ne postulera pas la supériorité d'un type de couple ou de famille sur les autres; au moyen d'approches uniformes ou différenciées, il se limitera plutôt à définir le contenu obligationnel du cadre juridique applicable aux rapports des membres de la cellule conjugale ou familiale, que ce soit durant leur vie commune ou au jour de leur séparation[337].

Le Comité s'inscrit évidemment dans la ligne de pensée inclusive qui caractérise la seconde finalité du droit de la famille. Toutes les formes de couples et de familles méritent la reconnaissance du législateur[338]. Qui plus est, cette reconnaissance doit être appréhendée de manière particularisée. Le droit de la famille doit offrir un encadrement adapté à la diversité et à l'hétérogénéité des profils conjugaux et familiaux qui caractérisent la société québécoise. Une diversité et une hétérogénéité qui trouveront écho à travers l'établissement de mesures empreintes d'ouverture, de souplesse et de flexibilité. Si l'homogénéité conjugale et familiale qui prévalait par le passé pouvait s'accommoder de cadres législatifs rigides de type « prêt-à-porter », les couples et les familles d'aujourd'hui nécessitent quant à eux des solutions « sur mesure » (voir principe 4 ci-après).

3. L'enfant, une responsabilité commune source d'interdépendance

En mariage ou non, le droit de la famille reconnaît l'enfant comme étant une responsabilité commune des parents. Ceux-ci ont, à l'égard de leur enfant, le droit et le devoir de garde, de surveillance et d'éducation[339]. Ils doivent le nourrir et l'entretenir et exercer ensemble l'autorité parentale[340]. La forme de leur union conjugale, le cas échéant, ne change rien à leurs prérogatives et à leurs devoirs[341].

La responsabilité commune que représente l'enfant doit engendrer davantage qu'un simple rapport juridique vertical entre chacun des parents et l'enfant. Un rapport horizontal liant les parents l'un à l'autre paraît également justifié[342]. Pivot de la famille, quelle qu'en soit la configuration, l'enfant est généralement source d'interdépendance entre les parents. Selon le Comité, le droit de la famille doit faire écho à cette interdépendance en soumettant les parents à des mesures susceptibles d'assurer une contribution équitable aux charges de la famille et une protection adéquate de la résidence qu'habitent ses membres. De même, il convient de mettre en place un mécanisme pouvant garantir la juste redistribution des conséquences économiques qu'aura générées la prise en charge de l'enfant par chacun des parents, que ce soit durant la vie commune ou alors qu'ils vivent séparément l'un de l'autre.

4. Le couple, un espace d'autonomie de la volonté et de liberté contractuelle

Le droit québécois de la famille a toujours reconnu l'importance des valeurs d'autonomie et de liberté. Sous le *Code civil du Bas Canada*, ces valeurs s'exprimaient dans le droit accordé aux époux d'aménager l'essentiel de leurs rapports patrimoniaux par contrat de mariage. Ceux-ci pouvaient non seulement se soustraire au régime légal de la communauté de biens (ou, à compter de 1970, à celui de la société d'acquêts), mais ils pouvaient également convenir de leurs contributions respectives aux charges du ménage[343]. Lors de la réforme du droit de la famille de 1980[344], le législateur a consolidé le régime primaire applicable aux époux, consacrant ainsi un important changement d'orientation. En imposant différents mécanismes destinés à assurer l'équité entre les époux[345], le législateur a clairement restreint l'autonomie et la liberté contractuelle des époux[346]. En contrepartie, il s'est abstenu d'intervenir à l'égard du phénomène

émergent que constituait alors l'union de fait, préférant maintenir un espace de conjugalité où les conjoints conserveraient la liberté d'organiser leurs rapports mutuels sans contrainte juridique[347].

C'est donc à un réaménagement des valeurs d'autonomie et de liberté que l'État québécois s'est livré en 1980. Si celles-ci sont demeurées au centre des préoccupations, elles ont été redéployées à partir de paramètres différents. Chaque couple conserverait le choix d'adhérer ou non au mariage. En mariage, il se verrait de plein droit assujetti aux nombreux effets juridiques qui en découlent. En dehors des liens matrimoniaux, l'État présumerait de la volonté des conjoints de demeurer en marge des protections prévues au Code civil[348]. Cette approche est demeurée intacte au lendemain de l'entrée en vigueur des dispositions instituant un patrimoine familial entre les époux le 1er juillet 1989[349].

Le Comité reconnaît l'importance qu'occupent les valeurs d'autonomie et de liberté en matière conjugale et familiale. Loin d'y voir des principes surannés dont le droit de la famille devrait s'affranchir[350], il en promeut l'application. Comme l'a exprimé la juge Carole Hallé dans la décision *Droit de la famille – 091768*, « [l]a liberté est une valeur fondamentale dans la Charte et comprend la faculté de chacun de faire des choix fondamentaux concernant sa vie »[351]. Le Comité adhère pleinement à cette vision dont la validité constitutionnelle, faut-il le répéter, a été reconnue par la Cour suprême dans l'arrêt *Lola*[352].

Le Comité estime toutefois qu'un nouveau recadrage des valeurs d'autonomie et de liberté s'avère nécessaire. L'opposition entre mariage et union de fait n'est plus de mise, tant les conjoints mariés que les conjoints de fait pouvant légitimement prétendre au droit d'aménager le cadre de leur relation en fonction de leurs aspirations propres. Peu importe la forme de leur couple, les conjoints doivent bénéficier d'une autonomie et d'une liberté dignes de ce nom. Sous réserve des principes d'équité et de l'ordre public[353], les limites susceptibles d'en restreindre la portée ne doivent plus tenir à la forme de l'union, mais à la responsabilité conjointe que représente l'enfant commun[354]. Il en va du respect de l'égalité que le Code civil[355] et la *Charte des droits et libertés de la personne*[356] reconnaissent aux époux. Acquis de société durement gagné, cette norme égalitaire comporte des dimensions que le droit de la famille ne doit plus ignorer. S'il fut naguère justifié d'en définir la portée à partir d'impératifs de redistribution économique entre époux[357], c'est davantage dans le pouvoir qu'on leur reconnaîtra de se définir, de s'autoréguler et de se responsabiliser qu'elle doit aujourd'hui se traduire[358]. Cette assertion ne résulte pas d'une vision dogmatique et désincarnée du couple et des individus qui le forment; elle s'enracine plutôt dans la réalité sociologique : après avoir consacré l'émancipation des conjoints et du couple par rapport aux institutions, le courant individualiste qui s'est imposé au cours des dernières décennies dans les sociétés occidentales appelle clairement l'adoption de normes à travers lesquelles les conjoints pourront affirmer les choix qui leur sont propres[359].

5. Des justiciables éclairés sur leurs droits et leurs obligations

Dans la mesure où le droit de la famille reconnaît au consentement des personnes concernées un effet déterminant sur l'application de certaines institutions juridiques, il convient d'apporter une attention toute particulière à la qualité du consentement exprimé. En d'autres termes, le législateur doit aménager les conditions favorables à l'expression de consentements libres et éclairés.

De même, un système qui impute un choix par défaut à ceux qui n'adhèrent pas formellement aux mesures législatives génératrices de droits et d'obligations doit être assorti de mesures

informatives efficaces. L'État ne peut pas se contenter de déléguer aux justiciables le devoir de s'approprier par eux-mêmes les tenants et aboutissants de règles aussi fondamentales que celles qui régissent leurs rapports familiaux; il doit se reconnaître un rôle, voire une responsabilité, dans la diffusion de l'information juridique pertinente[360]. M. Gil Rémillard, ex-ministre de la Justice, opinait d'ailleurs en ce sens en 1991. Parlant précisément de la situation juridique des conjoints de fait québécois, le ministre déclarait devant la Sous-commission des institutions :

> […] pour ma part, il s'agit d'une question d'information et on devrait, de fait, faire un effort d'information, ce qui est déjà fait au ministère par les publications. Reste à voir à la distribution de ces publications et à la sensibilité du public à vouloir aussi connaître la situation, ce qui n'est pas toujours évident. C'est notre devoir non seulement de légiférer mais aussi que cette loi soit connue.[361]

Si, comme l'évoquait le ministre Rémillard, des outils existent déjà, certaines données relativement récentes permettent de douter de leur efficacité réelle. Au terme d'un sondage réalisé en 2007 par la firme Ipsos Descarie à la demande de la Chambre des notaires du Québec, plus de 50 % des conjoints de fait se sont dits à tort soumis aux règles applicables aux époux[362]. Un autre sondage effectué peu après le jugement de la Cour suprême dans l'affaire *Lola* laisse entendre que la méconnaissance du droit de la famille est tout aussi manifeste aujourd'hui[363].

Bref, non seulement la loi elle-même doit-elle contenir des mesures concrètes destinées à favoriser l'expression de consentements éclairés, mais le gouvernement lui-même et ses agents doivent également mettre tout en œuvre pour que les règles qui gouvernent les relations familiales soient comprises du grand public[364].

6. Une justice familiale accessible

Les règles et les institutions qui composent le droit de la famille doivent rester accessibles aux justiciables[365]. Dans la mesure du possible, l'exercice de leurs droits et obligations doit être simple et convivial. Les efforts doivent être déployés non pas au profit du système, mais du justiciable. Le Comité s'inscrit ici dans la droite ligne des recommandations du Comité d'action sur l'accès à la justice en matière civile et familiale formulées en octobre 2013[366], en privilégiant une approche du droit substantiel axée sur « […] les ententes et les méthodes permettant de conclure les ententes »[367].

Dans le même esprit, l'État doit favoriser l'accès à la justice par la mise en place de mesures et d'outils axés sur le droit collaboratif, la négociation et la médiation entre les parties au litige familial, dans le respect du droit et de l'équité[368]. Le Comité épouse clairement les conceptions défendues dans le rapport du Groupe de travail sur le droit de la famille du Comité d'action sur l'accès à la justice en matière civile et familiale :

> L'expérience qui a été acquise dans les domaines de la médiation en droit de la famille et de la pratique fondée sur la collaboration, aussi bien au Canada que dans d'autres pays, nous permettent maintenant d'affirmer avec confiance que, avec le soutien et les protections appropriés, la médiation en droit de la famille et la pratique fondée sur la collaboration constituent des mécanismes de règlements sûrs, efficaces et équitables d'un grand nombre de conflits familiaux.[369]

Le Comité partage sans réserve les initiatives législatives[370], gouvernementales, judiciaires et autres qui, ces dernières années, ont amené des changements de culture en favorisant de différentes façons la responsabilisation des conjoints et des parents face aux enjeux juridiques qui les concernent et, le cas échéant, en privilégiant les modes privés de prévention et de règlement de leur différend[371]. La réforme proposée s'inscrit clairement dans la continuité de ces initiatives.

TROISIÈME PARTIE

LES ORIENTATIONS DE LA RÉFORME

Les six principes directeurs développés dans la partie précédente ont permis au Comité de bien baliser le vaste chantier que représente la réforme du droit de la famille. De fait, les riches échanges qui l'ont animé au cours des deux dernières années ont été menés à la lumière des valeurs qui y sont exprimées. Incidemment, toutes les recommandations ci-après énoncées contribuent d'une manière ou d'une autre à leur donner sens et portée.

La réforme que propose le Comité s'articule autour des deux grands axes constitutifs de la famille que sont la filiation et la conjugalité. L'introduction d'une définition formelle de la famille basée sur ces deux axes fondateurs est d'ailleurs suggérée à titre de Disposition générale[372]. Correspondant respectivement aux nouveaux Titres premier et deuxième du Livre sur la famille (dans lesquels seront énoncées les conditions régissant leur reconnaissance), la filiation et la conjugalité généreront un certain nombre de conséquences juridiques qui seront pour leur part regroupées au nouveau Titre troisième intitulé « Des effets de la famille » :

> **LIVRE DEUXIÈME**
> **DE LA FAMILLE**
>
> **DISPOSITION GÉNÉRALE**
>
> *La famille est fondée sur la filiation et la conjugalité.*
>
> **TITRE PREMIER**
> **DE LA FILIATION**
>
> **TITRE DEUXIÈME**
> **DE LA CONJUGALITÉ**
>
> **TITRE TROISIÈME**
> **DES EFFETS DE LA FAMILLE**
>
> * *Pour une vue d'ensemble du Livre deuxième suggéré, voir p. 241 à 243.*

Cet ordonnancement des Titres du nouveau Livre sur la famille incarne le changement de paradigme observé au cours des dernières décennies en matière familiale. Bien que le couple soit toujours porteur de liens familiaux, c'est davantage par la filiation que la famille d'aujourd'hui se révèle[373]. Certains pourraient néanmoins prétendre qu'il aurait été plus logique d'amorcer le Livre sur la famille par la conjugalité en prétextant que l'enfant en demeure la résultante. À cela, on répondra que l'arrivée de l'enfant peut faire suite au projet parental d'une personne seule ou être issu de parents qui ne font pas vie commune. On rappellera également le principe d'égalité des filiations selon lequel les circonstances de la naissance de l'enfant ne peuvent d'aucune manière altérer les droits que lui confère sa filiation[374]. Même s'il constitue encore et toujours le foyer usuel pour concevoir l'enfant, le couple n'est donc plus le passage obligé qu'il représentait naguère, alors qu'il prenait nécessairement forme par le mariage.

Cela dit, l'ordre des titres proposé ne reflète pas la chronologie des discussions suivie par le Comité. Créé dans la foulée de l'affaire *Lola*, le Comité s'est d'abord intéressé au statut conjugal et, plus précisément, aux droits et obligations des conjoints de fait. C'est à partir de cet angle d'approche qu'il a été amené à échafauder les quatre régimes à travers lesquels les grandes orientations de la réforme peuvent être cernées :

1. Le régime parental impératif établissant des droits et obligations réciproques entre les parents;

2. Le régime conjugal établissant le cadre juridique applicable aux couples;

3. Le régime de la filiation centré sur l'enfant;

4. Le régime de l'autorité parentale et de l'obligation alimentaire également centré sur l'enfant.

Le présent rapport présente les éléments de réforme dans l'ordre où ils ont été élaborés par le Comité et non dans l'ordre de leur présentation suggéré dans le nouveau Livre sur la famille. Cette approche se justifie par des raisons pédagogiques. Les recommandations soumises par le Comité ne sont pas le fruit de réflexions linéaires effectuées en vase clos en fonction des titres, chapitres et sections qui meublent le Livre sur la famille. Elles résultent plutôt de va-et-vient intellectuels constants entre conjugalité, filiation et parentalité. Or, la présentation du cheminement suivi par le Comité est indispensable à la pleine compréhension des recommandations formulées. Puisqu'elle en représente l'aboutissement final, la division formelle des titres, chapitres et sections qui permettra d'opérationnaliser plus formellement les éléments de réforme suggérés ne sera donc divulguée qu'au terme de l'exercice[375].

MISE EN CONTEXTE
LA QUESTION DE DÉPART

Doit-on modifier le Code civil pour étendre aux conjoints de fait les droits et obligations dont les époux sont titulaires en mariage ? Cette question fondamentale, à laquelle le Comité doit sa création, peut être abordée sous différents angles. Dans l'arrêt *Lola*[376], la Cour suprême y a répondu en fonction des droits à l'égalité garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*[377]. Cinq juges contre quatre ont vu dans le traitement différencié que réserve le Code civil aux conjoints de fait une discrimination contraire à l'article 15(1) de la Charte. Une des juges majoritaires, la juge en chef McLachlin, s'est toutefois dissociée de ses collègues à l'étape de l'analyse de l'article premier en considérant cette discrimination pleinement justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique. S'ajoutant aux quatre juges minoritaires selon lesquels l'exclusion des conjoints de fait du champ d'application du Code civil n'enfreint en rien leurs droits à l'égalité, la juge en chef a donc fait pencher la balance en faveur de la constitutionnalité du régime québécois, dans son intégralité[378].

Au-delà de l'argument constitutionnel, on peut également réfléchir à la question à partir d'une perspective sociologique. Voyant dans l'union de fait et le mariage deux manières équivalentes de faire vie conjugale et familiale, certains considèrent les distinctions prévues au Code civil comme autant de vestiges provenant d'une époque révolue. Aux dynamiques relationnelles équivalentes, prétendent-ils, il faut apporter une réponse juridique tout aussi équivalente[379]. D'autres, en revanche, se portent à la défense du *statu quo* en insistant sur le facteur « consentement ». En s'engageant dans les liens du mariage, les époux ont mutuellement adhéré au cadre juridique dont il est assorti; il n'en est pas de même des conjoints de fait. Il faut donc se garder de leur imposer des droits et des obligations auxquels ils n'ont pas formellement consenti[380].

Le Comité prend acte de ces différents positionnements, mais propose d'aborder la problématique sous un autre angle. Plutôt que de réfléchir à la question selon la dichotomie traditionnelle entre mariage et union de fait, le Comité estime justifié d'élargir le spectre d'analyse en suggérant un retour aux sources du droit de la famille, ou plus précisément, aux finalités premières qui sont les siennes. Une telle perspective l'amène d'ailleurs à reformuler la question de départ : au lieu de se demander si les conjoints de fait devraient se voir reconnaître les mêmes droits et les mêmes obligations que les époux, il convient de se demander si le critère du mariage dont dépend l'application de ces droits et obligations permet au droit de la famille de remplir adéquatement sa mission[381].

1. La mission du droit de la famille

Guidé par les principes directeurs préalablement dégagés, le Comité remarque l'usage que le législateur québécois fait aujourd'hui du droit privé de la famille. Contrairement à la situation qui prévalait avant la réforme de 1980, le législateur ne postule d'aucune manière la supériorité du statut matrimonial sur les autres formes d'unions[382]. Après avoir déterminé les conditions de formation et de dissolution du mariage[383], il se limite à établir les règles instituant entre les époux les droits et les obligations qu'appelle l'interdépendance que peut générer la vie conjugale et familiale. Que ce soit à travers les dispositions relatives à la protection de la résidence familiale, au patrimoine familial, à la prestation compensatoire, à l'obligation alimentaire entre époux, voire

au régime matrimonial de la société d'acquêts, le Code civil est résolument tourné vers le règlement des conséquences économiques que peut dicter l'interdépendance conjugale et familiale[384].

En 1980, c'est essentiellement par le mariage que l'union conjugale et la famille en résultant prenaient forme. En ciblant le mariage comme porte d'entrée au droit de la famille, le législateur s'assurait donc de couvrir la très grande majorité des dynamiques conjugales et familiales et d'apporter réponse à l'interdépendance susceptible d'en découler. À l'heure où les relations conjugales et familiales n'empruntent plus nécessairement la forme matrimoniale[385], une telle approche mérite d'être questionnée. Si le législateur entend faire écho à l'interdépendance conjugale et familiale, comme le lui dicte la mission contemporaine du droit de la famille, il lui faut porter son regard au-delà des seules unions matrimoniales pour en détecter toutes les sources possibles.

2. Les sources d'interdépendance conjugale ou familiale

Les sources de l'interdépendance conjugale ou familiale sont évidemment multiples[386]. Toute forme de cohabitation entre deux personnes peut générer de l'interdépendance économique et relationnelle[387]. La relation entre un frère et une sœur âgés qui cohabitent depuis plusieurs années en sera parfois teintée[388]. Il en est de même, et à plus forte raison, de la simple vie commune de conjoints, qu'ils soient ou non mariés. Le degré d'interdépendance entre conjoints est néanmoins variable, tous les couples n'affichant pas nécessairement la même dynamique. Certain conjoints sont naturellement portés vers les mises en commun, alors que d'autres cherchent plutôt à préserver leur zone d'indépendance respective[389].

Toutefois, l'arrivée d'un enfant au sein du couple risque fort de changer la donne. Peu importe leur manière d'appréhender leurs rapports mutuels, cet évènement exigera des conjoints la mobilisation de ressources additionnelles et les amènera bien souvent à réévaluer leurs contributions respectives. L'un d'eux pourrait devoir ralentir sa cadence professionnelle, voire se retirer du marché du travail de manière temporaire ou permanente. En contrepartie, l'autre conjoint pourrait être appelé à contribuer davantage sur le plan économique[390]. Le surinvestissement familial de l'un, conjugué au surinvestissement professionnel de l'autre, placera généralement le couple en situation d'interdépendance[391].

Si la vie commune *in se* entre deux conjoints n'est pas systématiquement source d'interdépendance, on ne saurait donc en dire autant de la prise en charge de l'enfant qui pourrait en résulter[392], et ce, que le couple soit marié ou non. Sachant qu'un peu plus de 55 % des naissances sont aujourd'hui issues de couples en union de fait[393], force est de constater que le Code civil laisse à découvert une portion importante de couples auprès desquels il aurait pourtant vocation à s'appliquer[394]. Il y a certainement lieu de s'en soucier.

3. L'enfant comme critère de détermination des droits et obligations

Les constats qui précèdent ont amené le Comité à proposer, dans son rapport préliminaire, une toute nouvelle dichotomie. Au lieu de définir les contenus obligationnels du Code civil en fonction du statut légal du couple (marié ou en union de fait) comme le veut l'approche traditionnelle, le Comité suggérait d'en déterminer l'étendue et la portée selon la présence ou non d'enfant(s) à charge au sein du couple[395]. Compte tenu de la source d'interdépendance conjugale et familiale caractéristique que peut constituer la prise en charge d'un enfant, le Comité appuyait l'idée

d'introduire au Code civil un nouveau régime juridique de base s'imposant aux « couples avec enfant », quel que soit le statut légal des conjoints (mariés ou en union de fait)[396]. Dans son rapport préliminaire, le Comité annonçait son intention de développer cette orientation plus à fond, notamment aux fins d'établir la nature des droits et obligations réciproques que ce régime instituerait entre les conjoints[397].

Quant aux « couples sans enfant », le Comité écrivait :

> Prétendre que la naissance ou la présence d'un enfant au sein du couple justifie l'application du droit de la famille (dans son volet conjugalité) ne revient pas à en préconiser le retrait absolu à l'égard des couples sans enfant, qu'ils soient mariés ou non. Ceux-ci peuvent également vivre une forme d'interdépendance qui mérite ou qui justifie l'attention du droit de la famille. Différentes modalités pourraient être imaginées pour permettre à ces couples de bénéficier du support du droit, sans nécessairement les y obliger. Tel que mentionné, les objectifs et finalités du droit de la famille doivent aussi être appréhendés à la lumière des valeurs de liberté et d'autonomie. Le Comité sera appelé à réfléchir aux diverses configurations que pourraient emprunter ces modalités dans le cadre du deuxième volet de son mandat.

L'idée d'aménager un nouveau régime juridique de base dont l'enfant à charge constituerait le point d'appui demeure, mais le Comité en propose désormais le rattachement aux « parents » plutôt qu'aux « conjoints », tel qu'envisagé initialement. C'est donc à leur qualité de « parents » d'un enfant à charge commun, et non de « conjoints » avec enfant à charge commun, que se grefferont les droits et obligations réciproques devant constituer le régime impératif de base. Cette nouvelle posture présente l'avantage de dissocier clairement le statut conjugal du statut parental. Ainsi, en leur qualité de conjoints, les parties devront s'en remettre au cadre juridique qui gouvernera le mariage ou l'union de fait pour connaître les droits et obligations qui s'attachent à leur statut conjugal. Conformément au quatrième principe directeur adopté par le Comité, ces droits et obligations seront aménagés dans une perspective axée sur le respect des valeurs d'autonomie de la volonté et de liberté contractuelle[398]. Dans la mesure où les conjoints, mariés ou unis de fait, sont également parents, ils seront parallèlement assujettis au régime impératif qui s'attache à leur statut parental, lequel se juxtaposera simplement aux droits et aux obligations découlant de leur statut conjugal. La nouvelle posture permettra également d'intégrer au régime parental impératif les parents qui n'ont jamais fait vie commune sous une forme ou sous une autre, mais qui peuvent néanmoins subir les conséquences de l'interdépendance causée par la prise en charge de l'enfant[*].

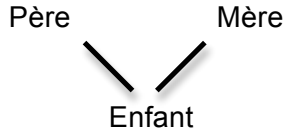
---

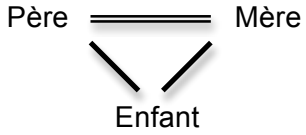
[*] Un membre a inscrit sa dissidence, préférant conserver la conceptualisation initiale « couples avec enfant » vs « couples sans enfant ».

Chapitre premier
Le régime parental impératif

En vertu du lien de filiation sur lequel il se fonde, le statut parental engendre d'ores et déjà des droits et des obligations entre le parent et son enfant. En mariage ou non, le droit de la famille reconnaît l'enfant comme étant une responsabilité commune des parents. Ainsi, chaque parent se voit-il investi des prérogatives et devoirs qui s'attachent à l'autorité parentale. À cet égard, l'un et l'autre sont tenus de nourrir et d'entretenir leur enfant, d'assumer les droits et devoirs de garde, de surveillance et d'éducation[399] et d'exercer la tutelle jusqu'à sa majorité ou son émancipation[400]. Par ailleurs, une obligation alimentaire et une vocation successorale mutuelles relient chacun des parents à son enfant leur vie durant[401].

La filiation et les droits et obligations qui en résultent entre parents et enfants font l'objet des chapitres 3 et 4. Conformément au principe directeur n^{o} 1, le Comité recommandera certains aménagements visant à consolider le statut juridique de l'enfant. Le présent chapitre vise tout autre chose. Au lien juridique vertical qui unit chaque parent à l'enfant, le Comité propose d'ajouter un lien juridique horizontal reliant les deux parents l'un à l'autre à compter de la naissance de l'enfant ou du jugement d'adoption[402], et ce, quel que soit leur statut conjugal.





Assortis de droits et d'obligations réciproques, ce lien juridique se traduirait par l'établissement d'un « régime parental impératif » constitué de mécanismes d'application obligatoire visant à assurer aux parents une juste protection contre les effets de l'interdépendance conjugale et familiale pouvant découler de la prise en charge de leur enfant, que ce soit durant leur vie commune, après leur rupture, ou alors même qu'ils n'ont jamais fait vie commune[403].

D'entrée de jeu, le Comité s'est interrogé sur l'opportunité d'élargir l'application du régime parental impératif pour y intégrer les familles recomposées. Dans cette perspective, non seulement les parents d'un enfant commun y seraient assujettis, mais également le parent et son conjoint qui, d'une manière ou d'une autre, assume dans les faits un rôle de nature parentale à l'égard de l'enfant. Après réflexion, le Comité a jugé bon de limiter l'application du régime aux seuls parents d'un enfant commun, en misant sur la notion de responsabilité statutaire. Si les parents ont tous deux l'obligation légale de pourvoir aux soins de leur enfant commun, tel n'est pas le cas du conjoint de l'un d'eux. Le Comité est pleinement conscient que l'investissement de nature parentale du conjoint du parent pourrait entraîner un rapport d'inter-dépendance du même type que celui qui existe entre les parents, mais à son avis, il revient au droit commun et non pas au régime parental impératif d'y apporter réponse.

La question est plus délicate si le conjoint du parent agit *in loco parentis*, c'est-à-dire à titre de parent de remplacement ou de substitution, l'autre parent n'étant plus dans l'environnement familial de l'enfant, notamment pour cause de décès ou d'abandon. Comme il en sera question dans le chapitre 4, le Comité propose une certaine forme de reconnaissance juridique du lien factuel existant entre le conjoint *in loco parentis* et l'enfant. Au moment de la rupture de l'union conjugale, le conjoint *in loco parentis* pourrait donc être appelé à assumer certaines obligations

à l'égard de l'enfant. Il n'en demeure pas moins que les agissements qui donneront lieu à cette reconnaissance juridique auront été exécutés sur une base volontaire. Les droits et devoirs qui seront reconnus au conjoint *in loco parentis* relèvent donc d'une autre perspective que la responsabilité statutaire parentale sur laquelle le Comité se fonde pour proposer la création d'un lien de droit entre les parents de l'enfant.

> ***Recommandation n^{o} 1.1***
>
> *Il est recommandé d'instituer entre les parents d'un enfant commun à charge un lien juridique assorti de droits et d'obligations réciproques qui, selon différentes modalités, se concrétiseront durant leur vie commune, après la cessation de celle-ci ou alors même qu'ils n'ont jamais fait vie commune (« régime parental impératif »).*

Le Comité a longuement réfléchi à la teneur des droits et obligations réciproques devant constituer le nouveau régime parental impératif dont il suggère l'adoption. Au final, trois séries de mesures législatives lui sont apparues opportunes. La première soumet les parents de l'enfant à l'obligation de fournir durant leur vie commune une contribution aux charges de la famille proportionnelle à leurs facultés respectives, la seconde concerne la protection de la résidence familiale qu'ils habitent et implique simplement l'extension des règles actuellement prévues au chapitre du mariage, alors que la troisième suppose l'établissement d'un tout nouveau mécanisme de compensation des désavantages économiques subis par l'un des parents en raison de la prise en charge de l'enfant commun.

SECTION 1 – LA CONTRIBUTION AUX CHARGES DE LA FAMILLE

Les parents dont l'enfant est à charge seront tenus, durant leur vie commune, de contribuer en biens ou en services aux charges de la famille à proportion de leurs facultés respectives. À la base, la notion de « charges de la famille » renvoie aux dépenses nécessaires au bon fonctionnement de la famille que forment les parents et l'enfant. Pensons simplement au paiement du loyer ou de l'hypothèque de la résidence familiale et aux dépenses liées à la nourriture, au transport et aux loisirs familiaux. La contribution aux charges de la famille pourrait toutefois prendre une autre forme, chaque parent pouvant s'acquitter de son obligation en services, c'est-à-dire par son activité au foyer.

La règle proposée par le Comité soumet donc chacun des parents d'un enfant à charge au devoir d'investir en temps et en argent les ressources que suppose la bonne marche de la cellule familiale. Ce devoir est calqué sur celui qu'impose actuellement le législateur aux époux[404], mais il prend comme point d'appui le rapport parental plutôt que le statut matrimonial et l'engagement des époux.

Celui qui aura contribué aux charges de la famille en sus de la proportion à laquelle il est tenu aura droit, au jour de la cessation de la vie commune, de réclamer à l'autre une prestation en compensation de sa contribution excédentaire. Ce droit, et les tempéraments dont il pourrait être assorti, sont plus amplement décrits au point B 1) b) de la section 3.

> ***Recommandation n^{o} 1.1.1***
>
> *Au fins du régime parental impératif, il est recommandé d'assujettir les parents d'un enfant commun à charge qui font vie commune (en mariage ou en union de fait) à l'obligation de contribuer, en biens ou en services, aux charges de la famille en proportion de leurs facultés respectives et de prévoir le droit à une compensation au jour de la cessation de vie commune en faveur de celui qui aura contribué en sus de son obligation.*

SECTION 2 – LA PROTECTION ET L'ATTRIBUTION DE LA RÉSIDENCE FAMILIALE

Lors de la réforme de 1980, le législateur a mis en place un système de protection de la résidence familiale[405]. Depuis cette époque, l'époux titulaire de droits dans la résidence et dans les meubles affectés à l'usage du ménage qui s'y trouvent ne peut en disposer sans le consentement de l'autre ou, à défaut, sans l'autorisation du tribunal[406]. En posant des limites au libre exercice des droits que peut détenir le propriétaire ou le locataire de la résidence, le législateur entendait protéger la cellule familiale et lui procurer une certaine stabilité. Avant l'introduction de ces mesures, l'époux non propriétaire ou non locataire, de même que les enfants du couple, se retrouvaient bien souvent à la merci de l'autre conjoint qui, dans les semaines ou les mois précédant la rupture, pouvait décider de se départir unilatéralement de ses droits, privant de ce fait les membres de sa famille d'un toit et de ses accessoires indispensables.

À ces mesures de protection s'ajoutent des mesures d'attribution de la résidence familiale et des meubles du ménage en cas de séparation de corps ou de dissolution du mariage. Les articles 409 à 413 C.c.Q. accordent en effet au tribunal le pouvoir d'attribuer à l'un des époux ou au survivant la propriété ou l'usage des meubles dont l'autre est propriétaire. L'époux qui obtient la garde d'un enfant peut également se voir attribuer un droit d'usage dans la résidence familiale[407]. En cas de séparation de corps, de divorce ou de nullité du mariage, le tribunal peut en outre, à la demande de l'un des époux, attribuer au conjoint du locataire le bail de la résidence familiale.

Le champ d'application limité des mesures de protection et d'attribution de la résidence familiale représente un exemple éclatant du décalage qui existe actuellement entre l'objectif du législateur d'assurer la protection des membres de la famille et le critère utilisé pour atteindre le but visé. Fondamentalement, les restrictions aux droits du conjoint propriétaire ou locataire de la résidence familiale ne se justifient pas tant par le statut légal du couple que par l'interdépendance que la présence de l'enfant génère au sein du couple[408].

Selon le Comité, la résidence où vit la famille que forment les parents et leur enfant commun devrait bénéficier des mesures de protection et d'attribution de la résidence familiale, peu importe que le couple parental soit marié ou en union de fait. Tant en mariage qu'en union de fait, la vie commune des parents d'un enfant commun à charge devrait donc déclencher l'application des articles 401 à 413 C.c.Q., nonobstant toute convention contraire. Ainsi, le parent propriétaire de la résidence familiale ou autrement titulaire de droits qui lui en confèrent l'usage ne pourrait s'en départir sans avoir obtenu le consentement de l'autre parent ou, à défaut, l'autorisation du tribunal. À la fin de la vie commune, que celle-ci se concrétise par une séparation de corps, par la dissolution du mariage ou, selon le cas, par la fin de l'union de fait, les mesures d'attribution de la résidence familiale et des meubles du ménage trouveraient également application.

Certes, l'application des mesures de protection en dehors du cadre du mariage à l'intérieur duquel elles ont été jusqu'à maintenant limitées pose un défi particulier. En effet, on peut s'inquiéter du pouvoir unilatéral dont pourrait apparemment disposer le parent propriétaire ou locataire non marié de soustraire la résidence familiale aux mesures de protection en quittant simplement l'autre[409]. Du jour au lendemain et sans préavis, ce dernier pourrait perdre le droit de s'opposer à la vente de la résidence ou à tout autre acte pour lequel son consentement est normalement requis. Qui plus est, si le parent propriétaire n'a qu'à quitter la résidence familiale pour récupérer le pouvoir de disposer seul de ses droits, les mesures d'attribution dont l'autre parent pourrait vouloir profiter s'avèreront théoriques. Pour pallier ces difficultés, le Comité propose de prolonger l'application des mesures de protection des articles 401 à 408 C.c.Q. pendant un délai de 30 jours suivant la date de cessation de vie commune des parents. En corolaire, le délai d'action à l'intérieur duquel le parent non propriétaire ou non locataire devra agir pour obtenir l'une ou l'autre des mesures d'attribution des articles 409 à 413 C.c.Q. serait fixé à 30 jours de la date de la fin de la vie commune. Comme nous le verrons dans le deuxième chapitre, la fin de l'union de fait pourra être prouvée par tous moyens, notamment par un avis de rupture donné par un parent à l'autre[410].

Cela dit, l'application des mesures de protection et d'attribution de la résidence familiale devrait survivre au départ de l'enfant commun de la résidence familiale ou à l'atteinte de son autonomie. Selon le Comité, un tel prolongement des mesures légales sur la résidence familiale (ou sur celle qui pourrait être postérieurement acquise en remplacement) s'impose car l'interdépendance familiale engendrée par la prise en charge de l'enfant survivra généralement à son départ de la résidence familiale ou à sa capacité d'assumer ses besoins. La portée impérative des mesures devrait toutefois être atténuée par l'aménagement d'un droit de retrait consensuel. Il paraît en effet raisonnable de permettre aux parents de se soustraire d'un commun accord aux dispositions pertinentes dès lors que l'enfant qui en a justifié l'application quitte le nid familial ou cesse d'être à leur charge.

> ***Recommandation n^{o} 1.1.2***
>
> *Aux fins du régime parental impératif, il est recommandé d'assujettir les parents d'un enfant commun à charge qui font vie commune (en mariage ou en union de fait) aux mesures de protection et d'attribution de la résidence familiale et des meubles du ménage.*
>
> *À cette fin, il est recommandé :*
>
> A. *Que, sous réserve des règles applicables en mariage, s'il y a lieu (p. 118-119), l'application des mesures de protection subsiste pendant un délai de 30 jours suivant la date de cessation de vie commune des parents;*
>
> B. *Que, sous réserve des règles applicables en mariage, s'il y a lieu (p. 118-119), le délai d'action à l'intérieur duquel le parent non propriétaire ou non locataire doit agir pour obtenir l'une ou l'autre des mesures d'attribution soit fixé à 30 jours de la date de la fin de la vie commune;*
>
> C. *Que l'application des mesures de protection et d'attribution de la résidence familiale subsiste après que l'enfant ait quitté la résidence ou cessé d'être à la charge de ses parents, sauf entente contraire de leur part.*

Par ailleurs, comme il en sera question au chapitre quatrième portant sur l'autorité parentale, le Comité estime nécessaire d'assujettir celui ou celle qui agit *in loco parentis* auprès de l'enfant à charge de son conjoint aux nouvelles mesures proposées, et ce, tant et aussi longtemps que l'enfant concerné habite la résidence familiale[411]. Cette extension des mesures, on le constatera, trouve son unique justification dans l'intérêt de l'enfant concerné et dans son droit à la protection, à la sécurité et à l'attention que ses parents ou les personnes qui en tiennent lieu peuvent lui donner.

SECTION 3 – LA COMPENSATION DES DÉSAVANTAGES ÉCONOMIQUES SUBIS EN RAISON DE LA PRISE EN CHARGE DE L'ENFANT COMMUN

Puisque l'enfant représente une responsabilité commune des deux parents, on doit logiquement s'attendre à ce que chacun d'eux assume sa juste part des désavantages économiques que sa présence ou sa prise en charge pourra engendrer. Outre le paiement des aliments destinés à couvrir les besoins de l'enfant[412], les coûts indirects reliés à l'exercice du rôle parental doivent donc être équitablement répartis entre les deux parents. Si un seul des parents met sa carrière en veilleuse pour s'occuper de l'enfant, ce n'est que justice que l'autre soit appelé à le compenser d'une manière ou d'une autre des désavantages économiques qu'il pourra en subir[413].

Le cadre juridique applicable au mariage met en place différents mécanismes dont le parent désavantagé pourra tirer profit pour obtenir réparation. En dehors des liens du mariage, toutefois, le parent concerné n'aura d'autre choix que d'utiliser le recours de droit commun que constitue l'enrichissement injustifié. Il lui faudra alors satisfaire aux critères étroits prévus aux articles 1493 à 1496 C.c.Q., tels qu'interprétés par les tribunaux en matière d'union de fait[414]. Le fardeau qu'il devra relever s'avèrera relativement lourd et ses chances de succès demeureront somme toute incertaines.

L'intégration au nouveau régime parental impératif d'un mécanisme visant à assurer la répartition des désavantages économiques causés par la présence de l'enfant a rapidement fait consensus au sein du Comité. L'objectif résolument compensatoire d'un tel mécanisme s'est également imposé. À l'unanimité, les membres du Comité ont donc reconnu la nécessité d'aménager entre les parents un cadre juridique attribuant à celui qui s'est appauvri en raison du rôle assumé auprès de l'enfant le droit d'obtenir de l'autre une juste compensation économique, et ce, sans égard à la forme de leur union conjugale. Cette compensation ne prendrait sa source que dans la responsabilité partagée que représente la prise en charge de l'enfant commun, le Comité ne jugeant pas à propos d'assortir le lien de droit entre les parents d'un véritable devoir de secours et d'assistance réciproque comme celui qui, en mariage, relie les époux l'un à l'autre. En d'autres termes, le Comité s'est refusé d'imposer aux parents un devoir de solidarité de nature matrimoniale qui excéderait leur statut parental, sans égard à leur situation personnelle et à leur volonté d'y souscrire.

Sensible au fait que la séparation des parents survient relativement tôt dans la vie des familles et qu'elle est souvent suivie par la remise en union de l'un ou l'autre des parents, menant ainsi à la formation de familles recomposées[415], le Comité s'est également montré favorable à une approche de type « clean break » qui privilégierait, dans la mesure du possible, le règlement complet, immédiat et final des conséquences de la fin de la vie commune.

Le Comité a longuement tergiversé sur le choix du mécanisme. À l'origine, deux options ont été discutées, soit, d'une part, un partage des biens familiaux à l'image de celui que le Code civil prévoit en matière matrimoniale (patrimoine familial)[416] et, d'autre part, une obligation alimentaire de nature compensatoire inspirée des dispositions de la *Loi sur le divorce*. Au final, le Comité a plutôt choisi la voie de l'innovation en arrêtant son choix sur un nouveau mécanisme dont il s'est employé à définir les conditions d'application. Nommé « prestation compensatoire parentale », ce nouveau mécanisme emprunte à la fois au cadre alimentaire et au cadre patrimonial. Avant d'en décrire le fonctionnement, il convient d'expliquer les raisons qui ont amené le Comité à rejeter les deux premières options.

A. Les options rejetées

1. Le partage des biens familiaux

Le partage du patrimoine familial a le mérite de la simplicité, de l'objectivité et de la prévisibilité. Il suffit de procéder aux opérations comptables prévues par la loi pour établir le montant de la créance due[417]. Ce n'est qu'à titre exceptionnel que l'intervention du tribunal s'avérera nécessaire. Tel sera le cas si l'une des parties prétend qu'un partage égal lui causerait une injustice compte tenu, notamment, de la brève durée de l'union, de la dilapidation de certains biens par l'autre ou encore de sa mauvaise foi[418]. En principe, le partage du patrimoine familial s'effectuera donc de manière systématique, sans intervention judiciaire, sur la base de conditions objectivement vérifiables. Étant donné le souci du Comité de privilégier les mesures susceptibles d'accroître l'accès à la justice[419], une telle perspective s'avère évidemment séduisante.

La pertinence du patrimoine familial comme mécanisme de répartition des actifs doit toutefois être évaluée en fonction de l'objectif précis que poursuit le Comité. Tel que précédemment mentionné, le Comité ne cherche pas à instituer entre les parents une obligation de solidarité qui ne prendrait sa source que dans leur relation, ni à leur imposer une vision de partenariat économique. Sa proposition se limite à l'aménagement d'un mécanisme propre à assurer la compensation des seuls désavantages économiques qu'un parent pourrait subir en raison du rôle parental assumé auprès de l'enfant. Or, comme tous les systèmes de partage de biens, le patrimoine familial excède largement cet objectif par la philosophie d'association relationnelle et économique qui le fonde. Son application en mariage traduit bien cette orientation : solidaires dans l'entreprise commune qu'est le mariage, les époux, dit-on, sont naturellement appelés à partager également le fruit de leurs efforts communs[420].

Les fondements mêmes du patrimoine familial ne concordent donc pas avec l'objectif compensatoire que poursuit le Comité. Au moyen de vignettes exposant différents scénarios factuels, les membres du Comité ont été amenés à visualiser les effets d'une telle discordance. Dans certaines situations, le partage des biens pourrait paradoxalement « pénaliser » le parent que l'on veut pourtant compenser. Tel sera le cas si celui-ci est titulaire des principales valeurs qui composent le patrimoine familial. Pensons simplement au parent qui s'est retiré du marché du travail pendant les cinq premières années d'existence de l'enfant, mais qui a ensuite réintégré son emploi en rachetant graduellement ses années de retraite. Dans la mesure où le régime de retraite constitue le principal actif du patrimoine familial, le parent qui pourrait avoir subi différents désavantages économiques en raison de cette interruption de carrière se retrouvera… débiteur de l'autre. Au mieux pourrait-il tenter d'obtenir la réduction ou l'élimination de sa dette au moyen d'un partage inégal, ce qui aurait pour effet d'amoindrir le paradoxe, mais

non de lui assurer la compensation recherchée. À l'inverse, le partage du patrimoine familial pourrait occasionner la surcompensation injustifiée du parent visé. En effet, il se pourrait que l'importance des valeurs que l'autre parent possède dans le patrimoine familial soit telle qu'elle procurera au parent désavantagé une créance qui excèdera la compensation du désavantage réellement subi. Enfin, si l'on s'en tient toujours à l'objectif compensatoire ci-dessus décrit, on pourrait difficilement justifier l'imposition d'un partage aux parents qui, durant leur vie commune, sont tous les deux parvenus à concilier leurs responsabilités parentales avec leur emploi, sans subir de pertes salariales ou d'une autre nature[421].

2. L'obligation alimentaire de nature compensatoire

Après avoir éliminé l'option du partage de biens familiaux[*], le Comité s'est intéressé à l'obligation alimentaire entre ex-époux prévue dans la *Loi sur le divorce*[422] ou, plus spécialement, à sa dimension compensatoire. Pour bien comprendre la portée des décisions arrêtées par le Comité, un bref rappel des facteurs d'attribution et des objectifs de l'obligation alimentaire entre ex-époux s'avère ici nécessaire.

Les facteurs d'attribution[423] et les objectifs de l'ordonnance alimentaire entre ex-conjoints énoncés aux articles 15.2(4) et 15.2(6) de la *Loi sur le divorce* sont multiples. Les tribunaux appelés à statuer sur le droit alimentaire d'un ex-époux disposent d'une marge de manœuvre importante pour en apprécier la portée à la lumière des faits qui leur sont soumis. Qui plus est, certains objectifs et facteurs d'attribution reflètent des orientations qui peuvent sembler inconciliables. Les jugements contradictoires rendus au lendemain de l'entrée en vigueur de la loi en 1985 témoignent bien de cette problématique[424].

En 1999, dans l'affaire *Bracklow*[425], la Cour suprême s'est employée à conceptualiser les différentes finalités de l'obligation alimentaire. Interprétant globalement les facteurs d'attribution et les objectifs prévus dans la loi, la Cour a dégagé trois grands fondements à l'obligation alimentaire entre ex-conjoints. S'en remettant au raisonnement de la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Moge*[426] rendu quelques années auparavant, la Cour a d'abord identifié un fondement compensatoire à l'obligation alimentaire[427]. Sur la base d'un tel fondement, une pension alimentaire peut être accordée dans le seul et unique but de compenser les inconvénients économiques qu'aurait subis l'un des conjoints en raison du mariage. La Cour a également attribué un fondement non compensatoire ou social à l'obligation alimentaire entre ex-conjoints : si la rupture entraîne l'indigence d'un conjoint, l'autre peut être tenu de pourvoir à ses besoins au moyen d'une pension alimentaire, et ce, même si le mariage n'en est nullement la source ou la cause[428]. Enfin, la Cour a décelé dans les dispositions législatives un fondement contractuel qui, comme son nom l'indique, puise sa justification dans la volonté des parties.

Dans la perspective compensatoire, trois éléments sont prépondérants. Prévu à l'article 15.2(4)b), le premier se présente sous forme de « facteur d'attribution » et concerne les « fonctions remplies par les conjoints pendant la vie commune »[429]. Celui ou celle qui, durant le mariage, renonce à participer – totalement ou partiellement – à la vie active au bénéfice de son

---

[*] Un membre du Comité a souhaité inscrire ici sa dissidence, se disant favorable à l'instauration d'un partage des biens familiaux entre parents d'un enfant à charge. Les motifs de cette dissidence sont présentés à l'Annexe 8.

conjoint ou de la famille subira des inconvénients économiques qu'une pension alimentaire pourra éventuellement compenser. Parmi ces inconvénients économiques se trouvent notamment la difficulté d'intégrer ou de réintégrer le marché du travail en raison de l'absence de scolarité ou de formation professionnelle, la perte d'ancienneté, la perte de chances d'avancement, la perte d'avantages sociaux, la renonciation à une promotion ou à une mutation professionnelle[430].

Les deuxième et troisième éléments prépondérants auxquels fait appel la dimension compensatoire de la pension alimentaire se présentent, dans la *Loi sur le divorce*, sous forme d'« objectifs ». Selon le paragraphe a) de l'article 15.2(6), l'ordonnance alimentaire doit « […] prendre en compte les avantages ou les inconvénients économiques qui découlent, pour les époux, du mariage ou de son échec ». Selon le paragraphe b) du même article, elle doit également viser la juste répartition « […] des conséquences économiques qui découlent du soin de tout enfant à charge, en sus de toute obligation alimentaire relative à tout enfant à charge ». Ainsi, le conjoint qui se voit attribuer la garde d'un ou de plusieurs enfants à la suite de la rupture (qui est généralement celui qui se sera occupé des enfants durant le mariage) subira des inconvénients économiques qu'une pension alimentaire pourrait avoir vocation à compenser.

D'entrée de jeu, le Comité a cru trouver dans le fondement compensatoire de l'obligation alimentaire une juste réponse à l'objectif visé, soit celui d'assurer la juste compensation du parent ayant subi des désavantages économiques en raison du rôle assumé auprès de l'enfant. Son défi consisterait simplement à limiter la portée de la mesure aux seuls désavantages causés par l'exercice du rôle parental, tout autre inconvénient découlant de la relation elle-même et supposant l'existence d'une obligation de solidarité entre les parents devant en être exclu. Il lui reviendrait également de préciser les modalités de paiement de l'obligation alimentaire ainsi instituée, notamment afin d'en favoriser l'exécution au moyen d'une somme globale. Le Comité exprimerait ainsi sa volonté de permettre le règlement définitif et immédiat des conséquences économiques de la rupture.

L'enthousiasme du Comité à l'égard du véhicule que représente l'obligation alimentaire de nature compensatoire n'a toutefois pas résisté à l'analyse des critères d'attribution centraux que constituent les « besoins » et les « moyens » des parties. Peu importe le fondement ou la finalité qu'on voudra bien lui attribuer, l'obligation alimentaire restera toujours fonction des « besoins » et des « moyens ». Or, ces deux critères, qui participent de la définition même de l'institution, comportent le risque d'un détournement du mécanisme souhaité par le Comité vers des objectifs autres que purement compensatoires. En fait, qu'on le veuille ou non, le « test des besoins et des moyens » pourrait toujours être invoqué pour justifier le versement d'aliments au conjoint dont l'état de besoin n'a pourtant pas été causé, directement ou indirectement, par la prise en charge de l'enfant. À l'inverse, le tribunal pourrait s'y référer pour refuser au parent désavantagé la compensation des inconvénients économiques qu'il aura pourtant subis. En d'autres termes, on pourrait éventuellement priver le parent objectivement désavantagé par rapport à l'autre de son droit d'être compensé, en considérant les ressources qu'il aura néanmoins été en mesure d'accumuler.

Cherchant à développer un modèle « alimentaire » purement compensatoire au profit des États américains, l'American Legal Institute (ci-après « l'ALI ») s'est également heurté à la notion de « besoins » :

> These results cannot be harmonized if need is retained as the central concept, for there is nothing to explain why its definition should vary among these cases. The

> inference is that the explanation for alimony is something other than the relief of need. The gradual realization of this point can be seen in the great number of modern decisions allowing alimony awards without requiring need as the court itself would define it […].[431]

Au terme de son analyse, l'ALI a d'ailleurs jugé nécessaire d'abandonner le véhicule alimentaire pour atteindre son objectif compensatoire. Évacuant les critères de « besoins » et de « moyens », le mécanisme proposé par l'organisme se présente sous le nom de « compensatory payment » :

> The principal conceptual innovation of this Chapter is therefore to recharacterize the remedy it provides as compensation for loss rather than relief of need […] The recharacterization of the remedy requires replacing the terms « alimony » and « maintenance, which are both associated historically with relief of need. The term « compensatory payment » or « compensatory award » is therefore employed instead.[432]

Fortement inspiré par ces réflexions, le Comité s'est à son tour résolu à délaisser le véhicule alimentaire[*] au profit d'une toute nouvelle institution dont il s'est efforcé d'ajuster les contours en fonction du seul objectif compensatoire poursuivi. Cette nouvelle institution prend le nom de « prestation compensatoire parentale ».

B. L'option retenue : la « prestation compensatoire parentale »

Les trois mots qui désignent le mécanisme suggéré par le Comité traduisent l'ensemble des orientations qu'il préconise. Prestation : par opposition à la notion de pension, une prestation prend généralement la forme d'une somme globale destinée à régler de manière immédiate et finale les conséquences de la rupture[433]. Compensatoire : la finalité du mécanisme proposé ne découle pas simplement d'objectifs ou de facteurs d'attribution généraux dont on peut vouloir assortir une mesure juridique (comme l'obligation alimentaire entre ex-conjoints), elle est inscrite dans son titre même. Parentale : la compensation se rapporte précisément et exclusivement aux désavantages économiques découlant de l'exercice du rôle parental, tout inconvénient résultant d'autres sources ne devant pas être considéré aux fins du régime parental impératif.

Certes, la notion de prestation compensatoire existe déjà en droit québécois. Introduite lors de la réforme de 1980[434], la mesure connue sous ce nom (art. 427 à 430 C.c.Q.) constitue une application de l'action en enrichissement injustifié adaptée au cadre matrimonial. Il importe de bien comprendre que la « prestation compensatoire parentale » nouvellement suggérée constitue une autre forme de prestation compensatoire comportant ses propres conditions d'attribution et ses propres finalités. Il ne saurait y avoir méprise à cet égard : si comme la prestation compensatoire actuellement prévue en matière matrimoniale (art. 427 à 430 C.c.Q.), la nouvelle prestation compensatoire parentale vise la compensation d'un désavantage économique, elle n'exigera pas pour autant la démonstration des trois conditions à la base du

---

[*] Un membre du Comité a souhaité inscrire ici sa dissidence, se disant favorable à l'instauration d'une obligation alimentaire entre parents d'un enfant à charge. Les motifs de cette dissidence sont présentés à l'Annexe 8.

recours en enrichissement injustifié, soit l'appauvrissement de l'un, l'enrichissement de l'autre et l'existence d'un lien causal entre l'appauvrissement et l'enrichissement.

La terminologie commune n'est toutefois pas anodine. Mis à part ses conditions d'attribution particulières, la prestation compensatoire parentale constitue, comme la prestation compensatoire du droit actuel (art. 427 à 430 C.c.Q.), un droit personnel de nature patrimoniale. Conféré à titre *intuitu personae*, seuls les parents pourront s'en prévaloir, à l'exclusion de leurs créanciers respectifs et de leurs héritiers. La prestation compensatoire parentale partagera également plusieurs règles communes avec l'actuelle prestation compensatoire que le Comité entend conserver, en y apportant toutefois certains aménagements. Nous y reviendrons au chapitre deuxième de la présente partie[435]. Au final, sont donc proposés deux types de prestation compensatoire répondant à leurs propres conditions d'attribution, mais partageant un même chapitre du Livre deuxième du Code civil, soit la prestation compensatoire parentale, ci-dessous décrite, et la prestation compensatoire du droit actuel dont il sera question plus loin[436], renommée « prestation compensatoire conjugale » par le Comité.

> ***Recommandation n^{o} 1.1.3***
>
> *Aux fins du régime parental impératif, il est recommandé d'instituer une nouvelle mesure appelée « prestation compensatoire parentale », qui répondra à ses propres conditions d'attribution, et dont l'objectif général sera de permettre, dans les situations prévues par la loi, la répartition équitable entre les parents (mariés, en union de fait, ou n'ayant jamais vécu ensemble) des désavantages économiques résultant de l'exercice du rôle parental à l'égard de leur enfant commun à charge.*

Une prestation compensatoire parentale pourra être obtenue dans quatre situations. Deux d'entre elles concernent le partage des fonctions et des contributions familiales durant la vie commune des parents, alors que les deux autres se rapportent aux responsabilités qu'ils assumeront à la suite de leur séparation ou alors même qu'ils n'ont jamais fait vie commune.

1. Compensation des désavantages économiques subis durant la vie commune en raison du partage des rôles parentaux

a) Non-proportionnalité des désavantages économiques subis par le parent ayant assumé un rôle parental

La première situation pouvant donner lieu à une prestation compensatoire parentale en raison du partage des rôles parentaux durant la vie commune représente le scénario-phare du mécanisme proposé par le Comité. La disposition suivante, que le Comité a cru bon de libeller pour une meilleure compréhension, en illustre la portée :

> Le parent qui, dans l'exercice du rôle parental qu'il a assumé durant sa vie commune avec l'autre parent, a subi des désavantages économiques qui ne sont pas proportionnels à ceux qu'a pu subir ce dernier, compte tenu des facultés respectives de chacun, a droit d'obtenir de lui une prestation destinée à le compenser de ces désavantages et de leurs conséquences futures prévisibles.

> La demande doit être faite dans les trois ans de la cessation de la vie commune, sauf circonstances exceptionnelles. Toutefois, si la vie commune cesse par le décès, la demande doit être faite dans l'année du décès de l'autre parent.

1° Rôle parental

Seuls les désavantages économiques qu'un parent aura subis en raison du rôle parental assumé à l'égard de l'enfant commun pourront fonder le droit à une prestation compensatoire parentale. Dans le cadre du régime parental impératif où s'inscrit la mesure proposée, les désavantages économiques découlant d'autres sources que la prise en charge de l'enfant ne pourront être considérés[437]. Au demeurant, ces autres désavantages relèveront du régime juridique applicable au statut conjugal des parents[438]. En d'autres termes, ce sera en vertu des règles et mesures qui régissent le mariage ou l'union de fait (présentées dans le deuxième chapitre), selon le cas, qu'on devra éventuellement en disposer.

2° Nature des désavantages

Les désavantages économiques liés à l'exercice du rôle parental comprennent principalement les pertes de revenus et de bénéfices monétairement quantifiables, que ceux-ci prennent la forme d'avantages sociaux, d'ancienneté, d'avancement ou d'opportunités professionnelles[439]. L'évaluation de ces pertes devra être effectuée *in concreto*, c'est-à-dire en lien avec la réalité spécifique du parent concerné. On devra donc tenir compte de son type d'emploi, de son profil de carrière et de sa formation. Même s'il découle de l'exercice du rôle parental, le désavantage non économique sera exclu du processus d'évaluation[440]. Pensons, par exemple, aux inconvénients sociaux ou personnels qu'un parent prétendrait avoir subis en raison de son implication sporadique ou occasionnelle aux activités sportives ou culturelles de l'enfant. Si cette implication n'expose pas le parent à des désavantages économiques au sens ci-dessus décrit, aucune prestation compensatoire parentale ne pourra être réclamée.

Par ailleurs, le parent qui aura subi des désavantages économiques en raison du rôle parental assumé durant la vie commune en supportera les conséquences bien au-delà de la rupture. On ne saurait donc tracer une ligne de démarcation étanche séparant les deux périodes, d'où la prise en compte des « conséquences futures prévisibles » auxquelles le parent désavantagé sera à court terme exposé[441]. Cette proposition n'a rien d'inusitée, les désavantages économiques que doit refléter l'ordonnance alimentaire de type compensatoire rendue en vertu de la *Loi sur le divorce* étant d'ores et déjà évalués en fonction d'une telle perspective. Dans un arrêt récent, la Cour d'appel, sous la plume du juge Nicholas Kasirer, rappelle en ces termes l'exercice auquel doit se prêter le juge d'instance :

> Les articles 15.2 (6)a), b) et c) obligeaient le juge à tenir compte des inconvénients du mariage et de son échec subis par M^me^ D..., ainsi que de sa responsabilité pour les enfants, dans la fixation de la pension alimentaire. Conjuguées aux facteurs de la durée de la cohabitation (article 15.2 (4)a)) et aux fonctions que l'ex-épouse a remplies au cours des 23 années du mariage (article 15.2 (4)b)), ces considérations auraient dû amener le juge à reconnaître de manière catégorique le fondement « compensatoire » – lié sur la perte de capacité de gain de M^me^ D... – de la pension sollicitée. Ayant été sans emploi rémunérateur pendant 23 ans – dans la force de l'âge pour la vie professionnelle – M^me^ D... n'a pas acquis une expérience sur laquelle elle pourrait tabler au moment de la séparation et par la suite. Les employeurs ne reconnaissent pas, règle générale, le

> temps consacré à élever des enfants et à gérer un ménage à titre d'expérience équivalente à un emploi sur le marché du travail. Qu'on le déplore ou non, écrire sur un *curriculum vitae* « emploi stable de ménagère pendant 23 ans, sans interruption » n'est pas très porteur au moment de la réinsertion sur le marché du travail. […] À la fin de ce mariage de 23 ans, Mme D... est laissée avec un affaiblissement certain de sa capacité de gain sur le marché du travail par rapport au début de l'union. Une pension dite compensatoire sert à l'indemniser en partie pour cette perte […] *Moge* reconnaît que la Loi accorde un droit de demander des aliments pour compenser cette perte.[442]

3° Critère de proportionnalité

Pour avoir droit à une prestation compensatoire parentale, le parent qui a tenu un rôle auprès de l'enfant durant la vie commune ne pourra pas se limiter à faire la preuve de ses désavantages économiques. Comme en témoigne la disposition proposée, il lui faudra en outre démontrer que ses désavantages excèdent ceux que l'autre parent aura pu lui-même subir, compte tenu des facultés respectives de chacun[443]. C'est donc à partir d'un critère de proportionnalité que le droit à la prestation compensatoire parentale devra s'apprécier. Si un seul parent a subi des désavantages économiques, le critère sera évidemment satisfait et le droit prendra alors forme. Mais dans la mesure où les deux parents ont subi des désavantages économiques qui, sans être nécessairement équivalents en termes monétaires, sont proportionnels à leurs facultés respectives, aucune prestation compensatoire parentale ne sera due de part et d'autre[444]. En cas de non-proportionnalité, une prestation compensatoire parentale pourra être accordée à celui qui aura subi le désavantage excédentaire, de manière à rétablir l'équilibre. Ainsi, une perte de 10 000 $ de revenu (causée par l'exercice du rôle parental) sur un salaire total de 50 000 $ (20 %) sera jugée proportionnelle à une perte de 5 000 $ (aussi causée par l'exercice du rôle parental) sur un salaire total de 25 000 $ (20 %). Au contraire, une perte de 10 000 $ sur un revenu total de 20 000 $ (50 %) sera jugée non proportionnelle à une perte de 10 000 $ sur un revenu total de 100 000 $ (10 %). Dans ce dernier cas, une prestation compensatoire parentale de 6 667 $ (correspondant à la portion permettant de rétablir la perte de chacun à 16 %, soit la proportion de la perte totale de 20 000 $ par rapport au revenu familial total de 120 000 $) permettra de rétablir l'équilibre.

Évidemment, le fardeau de la preuve reposera sur les épaules du parent qui prétend avoir droit à la prestation. Il lui incombera donc d'établir la non-proportionnalité des désavantages économiques, en mettant ses propres désavantages économiques en relation avec ceux que l'autre parent aura pu subir. À cet égard, tous les moyens de preuve seront admissibles.

4° Délai de la demande

Si l'on veut favoriser le règlement complet et immédiat des conséquences de la rupture et, partant, permettre à chacun des parents de poursuivre sa vie sur de nouvelles bases, on se doit de prévoir un délai maximal à l'intérieur duquel la demande de prestation compensatoire parentale pourra être présentée. Aux yeux du Comité, un délai de trois ans à compter de la date de la cessation de la vie commune est raisonnable. Un tel délai représente un juste compromis entre l'approche de type « clean break » que préconise le Comité et le traitement équitable du parent demandeur qui doit disposer d'une période de temps minimale pour préparer sa preuve et évaluer les ressources existantes et prévisibles de l'autre parent[445]. En cas de circonstances exceptionnelles, le tribunal pourra néanmoins prolonger le délai prescrit, les matières familiales s'accommodant difficilement de délais de rigueur.

Si la vie commune cesse par le décès, la demande devra toutefois être faite dans l'année du décès de l'autre parent. Compte tenu des multiples enjeux juridiques qu'il soulève, le règlement des successions ne peut raisonnablement être suspendu pendant trois ans. Le Comité s'aligne donc ici sur le délai d'un an généralement applicable en matière successorale.

5° Détermination du quantum

Une fois le droit à la prestation compensatoire parentale établi, il faudra évidemment en fixer le quantum. Compte tenu du critère de proportionnalité applicable, le quantum équivaudra à la somme des désavantages économiques excédentaires qu'aura subis le parent titulaire du droit.

Ce principe est toutefois tempéré par trois éléments. Le premier concerne les avantages auxquels le parent titulaire du droit à la prestation compensatoire pourrait prétendre en vertu de son régime matrimonial, de son contrat de mariage, de son contrat d'union de fait ou de toute autre entente intervenue avec l'autre parent[446]. Ces valeurs devront être soustraites de la somme des désavantages excédentaires préalablement établie. Ainsi, le parent qui a subi des désavantages économiques excédentaires de l'ordre de 20 000 $, mais qui obtient de l'autre une somme de 15 000 $ à la suite du partage du patrimoine familial auquel son statut matrimonial pourrait lui donner droit, se verra au final accorder une prestation compensatoire parentale de 5 000 $.

La rationalité d'une telle proposition réside dans la considération implicite que l'on peut attribuer aux divers arrangements de redistribution économique que constituent le régime matrimonial, le contrat de mariage ou d'union de fait et les autres ententes intervenues entre les parents. Ceux-ci seront présumés y avoir adhéré dans le but de rétablir l'équilibre économique que leur statut conjugal ou parental, le cas échéant, pourrait éventuellement compromettre. Cette présomption d'intention, qu'on retrouve déjà à l'article 427 C.c.Q., n'est certes pas étrangère à l'économie générale des régimes matrimoniaux à base de partage et, par extension, des contrats de mariage et d'union de fait[447].

Cela dit, le Comité reconnaît que l'on puisse vouloir attribuer au régime matrimonial, au contrat de mariage ou d'union de fait et aux autres ententes à caractère économique une tout autre finalité. Dans le respect des principes de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle, le parent titulaire du droit à la prestation compensatoire pourra donc réfuter la « présomption » en démontrant que les avantages qu'il en retire lui ont été procurés pour des raisons qu'on ne saurait relier à la compensation des désavantages économiques découlant des rôles familiaux. Pensons, par exemple, au contrat de mariage qui attribuerait à l'épouse une somme d'argent représentant le paiement d'une forme de dot édictée par les croyances religieuses du couple[448].

Dans la même perspective, si la prestation compensatoire parentale est réclamée à la suite du décès du parent débiteur, on devra tenir compte des avantages que procure la succession au parent survivant[449], à moins que ce dernier ne démontre que les valeurs successorales lui ont été procurées pour des raisons autres que celles liées à la compensation de désavantages économiques. À cet égard, les avantages découlant d'un régime de retraite ou d'un contrat d'assurance de personne devront être assimilés à des avantages successoraux.

Le deuxième élément pertinent à la détermination du quantum fait appel à un principe inspiré du droit de la responsabilité civile, soit la minimisation des dommages[450] : la prestation compensatoire devra être fixée en tenant compte des efforts accomplis par les parents pour minimiser leurs désavantages économiques. Comme nous le verrons plus loin, ce principe

trouvera notamment application à l'égard du parent qui se sera retiré du marché du travail ou qui aura interrompu ses études pour s'occuper de l'enfant[451].

Le troisième élément pertinent à la détermination du quantum de la prestation compensatoire parentale constitue un emprunt au régime juridique de l'obligation alimentaire. Le montant de la prestation compensatoire devra être établi en tenant compte des ressources économiques actuelles et prévisibles dont dispose le parent débiteur au moment de la demande. À moins que ce dernier se soit volontairement appauvri en dilapidant ou en divertissant ses biens ou en les administrant de mauvaise foi, le montant de la prestation compensatoire parentale qu'il sera tenu de verser ne pourra excéder la capacité de payer que lui procurent à la fois ses actifs et son revenu[452].

Certains s'étonneront peut-être de voir apparaître ici un élément de type alimentaire dans un mécanisme à vocation compensatoire. On dénoncera peut-être le caractère hybride que les « moyens du débiteur » procurent subitement à la prestation compensatoire parentale. Le Comité ne s'en inquiète pas outre mesure. Dans une perspective empreinte à la fois de pragmatisme et d'équité, il se réjouit plutôt de proposer un mécanisme qui conjugue le meilleur des deux mondes. Il importe en effet de tenir compte des moyens du parent débiteur pour éviter l'injustice à laquelle il pourrait être autrement exposé. Au moment de la séparation du couple parental, le débiteur pourrait se trouver à court de ressources, notamment parce qu'il en aura fait usage au bénéfice de la famille durant la vie commune. Les moyens du débiteur pourraient être également entamés par la pension alimentaire qu'il lui faudra verser à l'enfant commun, laquelle pourrait d'ailleurs s'ajouter aux pensions qu'il assume déjà au bénéfice d'enfants issus d'unions antérieures.

Le Comité demeure conscient que le principal actif du débiteur repose bien souvent sur sa capacité de générer du revenu. Ce ne sont donc pas uniquement ses ressources existantes au jour de la demande qui devront être considérées, mais également les ressources auxquelles il pourra vraisemblablement avoir accès à court et moyen termes[453]. Ainsi, le débiteur sans travail qui bénéficie d'une formation ou d'une expérience susceptibles de lui assurer un revenu dans un avenir prévisible ne saurait être considéré sans moyen. Pensons simplement au parent qui, nouvellement diplômé en médecine dentaire, n'occupe pas encore d'emploi au jour de la rupture. Les ressources futures qu'il pourra vraisemblablement générer dans les mois ou les années à venir ne pourront être ignorées dans le calcul de la prestation compensatoire parentale. Plutôt que d'être acquittée au moyen d'une somme forfaitaire que le débiteur sera incapable de verser sans emprunter, le paiement de la prestation pourra dans ces circonstances être étalé dans le temps sous forme de versements périodiques. Nous y reviendrons au point suivant. Rappelons par ailleurs que le parent demandeur disposera d'un délai de trois ans pour présenter sa demande. Un tel délai lui procurera une certaine marge de manœuvre puisque entre le jour de la rupture et l'écoulement du délai, le débiteur pourrait fort bien améliorer sa situation financière.

La disposition suivante, que le Comité a cru bon de libeller pour une meilleure compréhension, reflète l'ensemble des éléments pertinents à la détermination du quantum :

> La prestation compensatoire parentale[454] est établie en tenant compte des avantages que procurent le régime matrimonial[455], le contrat de mariage ou d'union de fait et les autres ententes intervenues entre les parties, à moins que la partie qui a droit à la prestation ne démontre que ces avantages lui ont été consentis pour des raisons autres que celles liées à la compensation visée par la prestation réclamée.

> En cas de décès, il est en outre tenu compte des avantages que procure la succession au parent survivant[456], à moins que celui-ci ne démontre que ces avantages lui ont été consentis pour des raisons autres que celles liées à la compensation recherchée. Sont assimilés à des avantages successoraux les avantages découlant d'un régime de retraite[457] ou d'un contrat d'assurance de personne.
>
> Dans le cas de la prestation compensatoire parentale, le juge tient également compte des efforts accomplis par les parents pour minimiser leurs désavantages économiques respectifs. Il doit de même tenir compte de l'insuffisance ou de l'absence des ressources économiques actuelles et prévisibles dont dispose le parent débiteur au moment de la demande, sauf si celle-ci résulte de la dilapidation des biens, du divertissement de ce dernier ou s'il les a administrés de mauvaise foi.

La démarche proposée pour déterminer le quantum de la prestation compensatoire parentale peut sembler hasardeuse, voire empreinte de subjectivité[458]. Le Comité en est pleinement conscient et c'est pourquoi il croit impératif d'assortir le processus de lignes directrices formelles[459]. Celles-ci pourront permettre de quantifier les désavantages économiques, réels ou prospectifs, à partir de paramètres objectifs. Les ressources financières du débiteur pourront également s'y refléter. Au final, les parties et leurs procureurs, de même que le tribunal, le cas échéant, bénéficieront ainsi d'un outil susceptible de guider l'opération, de rehausser la prévisibilité des ordonnances et, incidemment, de favoriser la conclusion d'ententes.

Certes, l'établissement de lignes directrices basées sur un modèle compensatoire exclusivement configuré autour du rôle parental constitue un défi de taille qui outrepasse non seulement le mandat confié au Comité, mais également l'expertise de ses membres. Le Comité demeure toutefois convaincu qu'un modèle de lignes directrices reflétant les principes qui gouvernent la prestation compensatoire parentale pourrait être mis en place. Les données présentées dans l'Annexe 7 permettront au lecteur de s'enquérir plus concrètement des grands enjeux auxquels seront confrontés les experts qui seront éventuellement chargés d'en tracer les paramètres.

6° Modalités de paiement

Les parents pourront établir la prestation compensatoire parentale et ses modalités de paiement dans un accord. Afin d'accélérer le traitement des dossiers, le greffier spécial pourrait se voir attribuer compétence pour homologuer l'accord des parties[460]. À défaut d'entente, le tribunal fixera la valeur de la prestation compensatoire parentale et en déterminera les modalités du paiement. À cet égard, le tribunal pourra opter pour la somme forfaitaire[461]. Il pourra également procéder à l'attribution de droits dans certains biens du débiteur, comme la résidence familiale, les meubles du ménage ou son régime de retraite.

Le tribunal pourra aussi permettre au débiteur d'exécuter son obligation par versements échelonnés sur une période maximale de dix ans[462]. En pratique, cette option sera utilisée si le débiteur ne dispose pas suffisamment d'actifs pour s'acquitter du paiement de la prestation compensatoire parentale au moyen d'une somme forfaitaire ou par la cession de biens lui appartenant. Afin d'assurer la régularité des versements, des modifications à la *Loi facilitant le paiement des pensions alimentaires*[463] pourraient être avantageusement apportées. Une retenue à la source pourrait ainsi être effectuée sur le salaire du débiteur. Bien que les sommes en cause ne soient pas de nature alimentaire, il paraît tout aussi fondamental d'en garantir le versement régulier au créancier. Cela dit, dans la mesure où le débiteur ne serait plus en mesure de payer les sommes dues aux échéances préétablies en raison de la perte de son

emploi ou d'une maladie, un sursis pour une période déterminée pourra lui être accordé par le tribunal. Il en sera de même si, pour toute autre raison, le maintien de l'arrangement initial l'expose à des difficultés excessives.

La disposition suivante, que le Comité a cru bon de libeller pour une meilleure compréhension, reflète les éléments ci-dessus décrits :

> Les parents peuvent établir la prestation et ses modalités de paiement dans un accord. À défaut, le tribunal les détermine et peut ordonner que la prestation soit payée au moyen d'une somme forfaitaire, par l'attribution de droits dans certains biens ou par versements échelonnés sur une période d'au plus dix ans.
>
> En cas de difficultés excessives pour le débiteur tenu à des versements périodiques, le tribunal peut prolonger pour une durée qu'il détermine la période pendant laquelle il sera tenu d'acquitter les versements de la prestation compensatoire.

7° Présomptions

Dans certains cas, les désavantages économiques subis en raison de l'exercice du rôle parental seront manifestes. Il en sera ainsi lorsqu'un parent se retirera du marché du travail ou y renoncera, ou lorsqu'il interrompra ses études, de manière totale ou partielle, pour s'occuper de l'enfant. Dans de telles situations, le Comité juge nécessaire d'instaurer une présomption de droit et de quantum au profit du parent apparemment désavantagé. La disposition suivante, que le Comité a cru bon de libeller pour une meilleure compréhension, énonce cette double présomption :

> La non-proportionnalité des désavantages économiques subis durant la vie commune se présume à l'égard du parent qui, pour s'occuper de l'enfant ou assumer les charges qui en découlent, s'est retiré du marché du travail ou y a renoncé, de même qu'à l'égard de celui qui a interrompu ses études, de manière totale ou partielle. Le cas échéant, la prestation à laquelle ce parent a droit est présumée correspondre aux désavantages économiques qu'il a subis et de leurs conséquences futures prévisibles.

Par cette double présomption, de droit et de quantum, le parent concerné n'aura qu'à faire la preuve de ses propres désavantages économiques, sans avoir à les mettre en relation avec ceux que l'autre parent aura pu lui-même subir. Dès lors, on présumera de son droit à une prestation compensatoire parentale dont le montant équivaudra à la somme des désavantages économiques que son rôle parental lui aura occasionnés[464]. Pour faire échec à la réclamation du parent bénéficiaire de la présomption, l'autre parent devra faire la preuve de ses propres désavantages et des moyens dont il dispose. Cette preuve lui permettra, soit de démontrer la proportionnalité des désavantages respectivement subis (faisant ainsi échec à la présomption de droit), soit de ramener la portion excédentaire à sa dimension réelle, soit d'en diminuer la valeur en fonction de ses moyens (faisant ainsi échec à la présomption de quantum).

Évidemment le parent au foyer ne profitera des présomptions que si sa présence à la maison se justifie par des raisons liées à l'enfant. Celui qui se sera retiré du marché du travail ou qui aura interrompu ses études, de façon temporaire ou définitive, pour cause de maladie ou pour des raisons personnelles, ne pourra donc les invoquer à son profit. Il en sera de même du parent qui, avant la naissance de l'enfant, n'occupait pas d'emploi ni ne fréquentait l'école. Ne résultant pas d'un *retrait* du marché du travail ou d'une *interruption* d'études, comme l'exige la disposition

proposée, sa présence au foyer ne lui permettra pas de revendiquer l'application des présomptions. S'il souhaite obtenir une prestation compensatoire parentale, le fardeau de la preuve lui incombera donc en totalité.

La double présomption proposée par le Comité repose sur une prémisse qu'aucune des parties ne pourra réfuter : en raison de la vie commune, la présence d'un parent au foyer, partielle ou totale, sera réputée voulue par les deux parents. Le parent à qui une prestation compensatoire parentale est réclamée ne pourra donc se soustraire à la demande en prétendant qu'il n'a jamais consenti à la décision.

Toutefois, tel que mentionné précédemment, le quantum de la prestation compensatoire parentale devra être déterminé en tenant compte des efforts accomplis par les parents pour minimiser leurs désavantages économiques. Le débiteur disposera donc d'un moyen pour limiter le montant de la prestation compensatoire dans le cas où la présence au foyer du parent demandeur, totale ou partielle, ne peut valablement se justifier par la situation familiale, compte tenu notamment de l'âge et de la condition de l'enfant et de sa propre contribution parentale. Certes, si les parties ont convenu d'une entente prévoyant le versement d'une compensation au-delà des règles du régime parental impératif, celle-ci prévaudra[465]. La preuve d'une telle entente incombera alors au demandeur.

Certains dénonceront peut-être le traitement préférentiel accordé au parent demeuré à la maison pour prendre soin de l'enfant, invoquant à l'appui de leur prétention la qualité de vie « supérieure » dont ce dernier pourra ainsi bénéficier. De leur point de vue, les avantages personnels et familiaux dont le parent au foyer pourra profiter seront de nature à contrebalancer les désavantages économiques qu'il pourrait subir. Le Comité estime qu'un tel argument, dont la valeur intrinsèque demeure somme toute relative[466], est sans aucune pertinence. Le but de la prestation compensatoire parentale est de compenser les désavantages économiques dont le parent concerné pourrait être victime, sans égard à la satisfaction (ou l'insatisfaction) personnelle qu'il aura par ailleurs pu retirer de son rôle parental. Comme la juge L'Heureux-Dubé l'écrivait à propos de l'obligation alimentaire de type compensatoire :

> […] quels que soient les avantages respectifs que peuvent en retirer les parties sur d'autres plans, le processus d'évaluation de l'obligation alimentaire conjugale après la rupture du mariage doit mettre l'accent sur l'effet positif ou négatif qu'a eu le mariage sur les possibilités économiques respectives de chacun des partenaires.[467]

Compte tenu des adaptations nécessaires, le même raisonnement s'applique tout autant à la prestation compensatoire parentale que le Comité propose d'instituer.

8° Mesures « provisoires et conservatoires »

En principe, le parent qui réclame une prestation compensatoire parentale devra attendre l'analyse au fond avant de toucher son dû. Si les parties s'entendent, le greffier spécial pourrait se voir accorder le pouvoir d'homologuer leur accord sans délai[468]. À défaut, le tribunal devra arbitrer le différend, ce qui pourrait occasionner d'importants délais. Le Comité est sensible à l'état de précarité dans lequel le parent demandeur pourrait se retrouver dans l'intervalle. Il est également conscient des manœuvres dont pourrait malicieusement faire usage certains parents pour dilapider leurs ressources entre l'introduction de l'instance et le jugement.

Une mesure particulière inspirée de l'injonction interlocutoire lui paraît donc s'imposer[469]. Ainsi, le tribunal pourra-t-il, durant l'instance, accorder une avance sur la prestation compensatoire parentale au parent qui paraît y avoir droit si celle-ci est jugée nécessaire pour empêcher que ne lui soit causé un préjudice sérieux ou irréparable, ou que ne soit créé un état de fait ou de droit de nature à rendre le jugement final inefficace. Le parent demandeur n'aura alors qu'à faire la preuve de la vraisemblance de son droit pour toucher sans délai une avance susceptible de lui assurer un certain dédommagement. La disposition suivante, que le Comité a cru bon de libeller pour une meilleure compréhension, énonce la règle ainsi suggérée :

> Durant l'instance, le tribunal peut accorder une avance sur la prestation compensatoire au parent[470] qui paraît y avoir droit si l'avance est jugée nécessaire pour empêcher que ne lui soit causé un préjudice sérieux ou irréparable, ou que ne soit créé un état de fait ou de droit de nature à rendre le jugement final inefficace.

Dans le même esprit, le Comité estime que les règles de procédure civile devront être modifiées pour permettre au parent demandeur d'obtenir durant l'instance, à titre de mesure conservatoire, l'autorisation de faire saisir avant jugement les biens de l'autre parent[471].

Recommandation n^{o} 1.1.3.1

Il est recommandé d'attribuer un droit à la prestation compensatoire parentale au parent qui, dans l'exercice du rôle parental assumé durant sa vie commune avec l'autre parent, a subi des désavantages économiques qui ne sont pas proportionnels à ceux qu'a pu subir ce dernier, compte tenu des facultés respectives de chacun.

Il est recommandé de prévoir que cette prestation compensatoire parentale ait vocation à compenser non seulement les désavantages excédentaires subis durant la vie commune, mais également leurs conséquences futures prévisibles.

Il est en outre recommandé :

A. *Que le délai de la demande soit fixé à trois ans de la cessation de vie commune des parents, sauf circonstances exceptionnelles, ou à un an du décès de l'un d'eux, selon le cas;*

B. *Que le montant de la prestation compensatoire parentale soit établi en tenant compte :*

   1) *Des avantages que procurent le régime matrimonial, le contrat de mariage ou d'union de fait et les autres ententes intervenues entre les parties, le cas échéant, à moins que la partie qui a droit à la prestation ne démontre que ces avantages lui ont été consentis pour des raisons autres que celles liées à la compensation visée par la prestation réclamée; en cas de décès, il serait en outre tenu compte des avantages que procure la succession au parent survivant, à moins que celui-ci ne démontre que ces avantages lui ont été consentis pour des raisons autres que celles liées à la compensation recherchée; seraient assimilés à des avantages successoraux les avantages découlant d'un régime de retraite ou d'un contrat d'assurance de personne;*

> 2) *Des efforts accomplis par les parents pour minimiser leurs désavantages économiques respectifs;*
>
> 3) *De l'insuffisance ou de l'absence des ressources économiques actuelles et prévisibles dont dispose le parent débiteur au moment de la demande, sauf si celles-ci résultent de la dilapidation des biens, du divertissement de ce dernier ou s'il les a administrés de mauvaise foi;*
>
> C. *Que soient instituées des lignes directrices formelles dans le but de faciliter la détermination du quantum de la prestation compensatoire parentale et, partant, de prévenir les différends et la judiciarisation des demandes;*
>
> D. *Que le montant et les modalités de paiement de la prestation compensatoire puissent être établis par les parties ou, à défaut, qu'ils soient déterminés par le tribunal qui pourra en ordonner le paiement au moyen d'une somme forfaitaire, par l'attribution de droits dans certains biens ou par versements échelonnés sur une période d'au plus dix ans;*
>
> E. *Que, en cas de difficultés excessives pour le débiteur tenu à des versements périodiques, le tribunal puisse prolonger pour une durée qu'il détermine la période pendant laquelle celui-ci sera tenu d'acquitter les versements de la prestation compensatoire;*
>
> F. *Qu'une double présomption de droit et de quantum soit instituée en faveur du parent qui, pour s'occuper de l'enfant ou assumer les charges qui en découlent, s'est retiré du marché du travail ou y a renoncé, de même qu'à l'égard de celui qui, pour les mêmes raisons, a interrompu ses études, de manière temporaire ou définitive;*
>
> G. *Que le tribunal soit autorisé, durant l'instance, à accorder une avance sur la prestation compensatoire parentale au parent qui paraît y avoir droit si l'avance est jugée nécessaire pour empêcher que ne lui soit causé un préjudice sérieux ou irréparable, ou que ne soit créé un état de fait ou de droit de nature à rendre le jugement final inefficace;*
>
> H. *Que, en cas de difficultés excessives pour le débiteur tenu à des versements périodiques, le tribunal puisse prolonger pour une durée qu'il détermine la période pendant laquelle celui-ci est tenu d'acquitter les versements de la prestation compensatoire.*

b) Contribution excédentaire aux charges de la famille

Qu'en est-il du parent qui n'aura pas subi de désavantages économiques au sens entendu dans la première situation, mais qui aura néanmoins fourni une contribution excédentaire aux charges de la famille ? Pensons à celui qui, durant la vie commune, aurait assumé seul toutes les dépenses liées aux besoins de la famille, l'autre utilisant ses ressources à ses fins personnelles. Afin de rétablir l'équilibre économique entre les parents, il convient de permettre au premier de réclamer du deuxième une prestation compensatoire parentale destinée à le compenser de sa contribution excédentaire. La disposition suivante, que le Comité a cru bon de libeller pour une meilleure compréhension, consacre ainsi la proposition avancée :

> Le parent qui, durant sa vie commune avec l'autre parent, a contribué de façon excédentaire aux charges de la famille, compte tenu des facultés respectives de chacun, a droit d'obtenir de ce dernier une prestation destinée à le compenser.
>
> Il peut être fait échec à ce droit si la contribution excédentaire apportée par le parent résulte d'une intention libérale de sa part.
>
> La demande doit être faite dans les trois ans de la cessation de la vie commune, sauf circonstances exceptionnelles. Toutefois, si la vie commune cesse par le décès, la demande doit être faite dans l'année du décès de l'autre parent.

1° Intention libérale

Réclamée dans ces circonstances, la prestation compensatoire parentale permettra de sanctionner l'obligation nouvellement imposée aux parents de contribuer aux charges de la famille, en biens ou en services, en proportion de leurs facultés respectives[472]. Toutefois, au moment de la réclamation, le parent à qui la prestation compensatoire est réclamée pourrait faire valoir l'intention libérale dont l'autre parent était animé. Cette disposition permettra d'éviter qu'un parent puisse, au jour de la rupture, réclamer le remboursement rétroactif de dépenses qu'il avait pourtant accepté de prendre volontairement et gracieusement en charge afin d'alléger le fardeau économique de l'autre. Étant donné ce tempérament au caractère impératif du régime parental, une intention libérale ne pourra donc être éventuellement détournée par son auteur[473].

2° Quantum, modalités de paiement, mesures conservatoires et provisoires et délais

La détermination du quantum de la prestation compensatoire parentale réclamée dans cette deuxième situation, tout comme ses modalités de paiement, seront régies par les mêmes paramètres que ceux qui gouvernent la première situation, compte tenu des adaptations nécessaires[474]. Le cas échéant, les mesures provisoires et conservatoires déjà exposées trouveront également application. Pour les raisons évoquées au point précédent, la demande devra être présentée dans les trois ans de la cessation de la vie commune des parents, sauf circonstances exceptionnelles. Toutefois, si la vie commune cesse par le décès de l'un d'eux, la demande devra être déposée dans l'année du décès.

> ***Recommandation n^{o} 1.1.3.2***
>
> *Il est recommandé d'attribuer un droit à la prestation compensatoire parentale au parent qui, durant sa vie commune avec l'autre parent, a contribué de façon excédentaire aux charges de la famille, compte tenu des facultés respectives de chacun.*
>
> *Il est recommandé que le parent à qui s'adresse la demande puisse y faire échec en démontrant que la contribution excédentaire apportée par le parent demandeur résulte d'une intention libérale.*
>
> *Il est en outre recommandé que les règles proposées dans la recommandation n^{o} 1.1.3.1 relativement à la détermination du quantum de la prestation compensatoire parentale, à ses modalités de paiement, aux délais de la demande et aux mesures « provisoires et conservatoires » afférentes s'appliquent ici, compte tenu des adaptations nécessaires.*

2. Compensation des désavantages économiques subis à la suite de la rupture de l'union conjugale ou en l'absence de vie commune des parents

La responsabilité partagée que constitue l'enfant ne se termine pas avec la fin de la vie commune des parents, loin s'en faut. En fait, la responsabilité parentale existe indépendamment de toute vie commune. Certains enfants naissent d'ailleurs de parents qui ne vivent pas ensemble et qui n'aspireront peut-être jamais à partager leur quotidien. Ceux-ci se devront néanmoins d'assumer leur responsabilité commune à l'égard de l'enfant. S'inscrivant au régime parental impératif, la prestation compensatoire parentale doit donc être envisagée au-delà des seuls désavantages économiques ou contributions excédentaires que peut occasionner, durant la vie commune, l'exercice du rôle parental ou le paiement des dépenses liées aux besoins de l'enfant.

D'entrée de jeu, le Comité s'est demandé s'il devait simplement importer après la séparation des parents ou en l'absence de toute vie commune entre eux le principe du partage proportionnel des désavantages économiques pouvant résulter de la prise en charge de l'enfant. Appliqué dans ce contexte, ce principe (qui gouverne le droit à la compensation des désavantages économiques subis *durant la vie commune*), permettrait au parent, gardien ou non, d'obtenir une prestation compensatoire parentale dans la mesure où l'exercice des responsabilités parentales qui lui ont été dévolues lui causent des désavantages économiques proportionnellement plus importants que ceux que l'autre parent subis, compte tenu des facultés respectives de chacun. Dès lors, celui dont l'emploi et l'avancement professionnel qui s'y rattache se concilient plus facilement avec l'exercice du rôle parental pourrait se voir dans l'obligation de compenser celui qui ne bénéficie pas de conditions de travail aussi favorables. Pensons simplement au parent qui exerce son métier de 9 h à 16 h par rapport à celui dont l'avancement professionnel est conditionnel au travail de soir et de fin de semaine. Quelles que soient les modalités de garde applicables, le deuxième parent risque évidemment de subir plus de désavantages économiques que le premier s'il priorise son rôle parental au détriment de sa carrière.

Sous réserve d'une dissidence[*], les membres du Comité ont décidé de ne pas retenir, pour la période postérieure à la séparation des parents ou en l'absence de toute vie commune entre eux, l'application d'un principe de proportionnalité similaire à celui qui gouverne le droit à la compensation des désavantages économiques subis *durant la vie commune*. Suivant le consensus intervenu, les membres considèrent que la séparation des parents ou l'absence de toute vie commune entre eux justifie l'application d'un autre paradigme. Si la vie commune entraine la constitution d'une unité parentale sur laquelle on peut légitimement s'appuyer pour imputer aux deux parents la volonté conjointe de répartir de manière proportionnelle les conséquences économiques résultant du partage des rôles parentaux, il n'en va pas de même après la rupture de l'union conjugale ou lorsqu'il n'y a jamais eu vie commune entre les parents. Dans ces circonstances, il convient plutôt de s'en remettre à un principe de responsabilité individuelle, chaque parent devant assumer les devoirs parentaux qui lui auront été attribués non plus aux termes d'une entente réputée conjointe, mais d'un critère qui échappe à leur volonté, celui du meilleur intérêt de l'enfant[475].

---

* Les motifs de cette dissidence sont présentés à l'Annexe 8.

Le Comité n'entend donc pas imposer, après la séparation des parents ou en l'absence de toute vie commune entre eux, la répartition proportionnelle des désavantages économiques auxquels l'exercice de leurs responsabilités parentales respectives les expose, compte tenu du type d'emploi qu'ils occupent. Cependant, le Comité estime nécessaire d'aménager un droit à la compensation des désavantages économiques qu'un parent pourrait subir en raison d'un manquement de l'autre à ses responsabilités parentales (première situation décrite au point a)). Il croit également nécessaire de prévoir un droit à la compensation des désavantages économiques causés par la présence ou le soutien exceptionnel que l'état de santé de l'enfant pourrait exiger (deuxième situation décrite au point b)).

a) Désintérêt, désengagement ou autre manquement important d'un parent dans l'exercice de ses devoirs parentaux

Après la séparation des parents ou en l'absence de vie commune entre eux, les modalités de garde de l'enfant devront être établies en fonction du critère de l'intérêt de l'enfant[476]. Dans certains cas, l'intérêt de l'enfant sera apprécié par les parents eux-mêmes à la lumière des paramètres législatifs et jurisprudentiels applicables. À défaut d'entente, l'intervention du tribunal s'avérera nécessaire. Dans un cas comme dans l'autre, le temps de garde accordé à chacun des parents ne sera pas nécessairement équivalent. Un parent pourrait donc devoir assumer une plus grande part de responsabilités parentales que l'autre, notamment en raison de la garde exclusive qui lui aura été confiée. Dans son acception traditionnelle, la garde exclusive suppose la prise en charge de l'enfant pour une période représentant au moins 80 % du temps de garde[477].

En raison du rôle parental prédominant qu'il devra assumer, le parent qui exerce une garde exclusive au sens ci-dessus entendu risque évidemment de subir de plus grands désavantages économiques que l'autre. Cela dit, le seul fait pour un parent d'exercer une garde exclusive ne lui permettra pas d'obtenir de l'autre une prestation compensatoire parentale en compensation des désavantages économiques qu'il pourrait en subir. Dans le respect du principe de responsabilité individuelle qui, de l'avis du Comité, doit gouverner à la fois l'après-rupture et l'absence de vie commune, il reviendra à chacun des parents de supporter les désavantages économiques pouvant résulter du rôle parental qui lui sera attribué sur la base du critère de l'intérêt de l'enfant, même si ce rôle lui impose la plus grande part de responsabilités[478].

Le Comité prend ici acte de la politique familiale mise en place par l'État québécois au cours des dernières décennies. Sans y voir la justification première du principe de responsabilité individuelle, le Comité constate que la progressivité du soutien financier gouvernemental destiné aux enfants permet de compenser partiellement la réduction du revenu familial découlant de la séparation. La politique en place favorise également la conciliation travail-famille, y compris en contexte monoparental. L'Annexe 4 du présent rapport présente d'ailleurs la teneur des crédits d'impôt et autres allègements fiscaux et sociaux dont le parent gardien pourra bénéficier, en sus de la pension alimentaire qu'il recevra au profit de l'enfant[479]. Certes, le droit privé de la famille ne doit pas être élaboré en fonction de politiques familiales et sociales dont la pérennité n'est assortie d'aucune garantie. Dans l'état actuel des finances publiques, il serait certainement téméraire de justifier le repli complet du droit privé au nom du régime social et fiscal en vigueur. On ne saurait toutefois nier l'existence des avantages que procure le « modèle québécois »[480]. En favorisant l'autonomie des parents, ce modèle appuie certainement le bien fondé d'une approche axée sur leur responsabilité individuelle à la suite de la rupture conjugale ou en l'absence de toute vie commune.

1° Manquement important

Au-delà des arguments théoriques et économiques susceptibles d'en soutenir la légitimité, le principe de responsabilité individuelle doit cependant céder le pas si la garde exclusive qu'un parent est appelé à assumer s'explique par le désengagement ou le désintérêt de l'autre à l'égard de l'enfant. Dans le même sens, le principe de responsabilité individuelle ne sera d'aucun secours au parent qui se rend responsable d'un manquement à ses devoirs parentaux, et ce, quelles que soient les modalités de garde applicables. Pensons au père ou à la mère qui fait constamment défaut de recueillir l'enfant au moment où débute sa période de garde partagée, transférant sur l'autre parent le poids de ses responsabilités. Pensons également à celui ou à celle qui n'accepte d'exercer ses droits d'accès que dans la seule mesure où ses disponibilités le lui permettent. N'étant pas imputables au simple départage des responsabilités que l'intérêt de l'enfant aura justifié, les désavantages économiques pouvant résulter de tels manquements pourront donner lieu à une prestation compensatoire parentale.

Quoiqu'il en soit, seuls les manquements importants pourront être considérés. Selon les circonstances, un seul manquement majeur ou une multitude de manquements mineurs pourront satisfaire au critère. Ainsi, le parent qui quitte inopinément le pays pour trois mois, tout comme celui qui néglige semaine après semaine d'exercer ses responsabilités auprès de l'enfant, s'exposeront à une réclamation[481]. Au contraire, le parent normalement assidu qui oublie un rendez-vous médical de l'enfant ne pourra être interpelé.

Les désavantages économiques pour lesquels une prestation compensatoire parentale pourra être obtenue sont évidemment multiples. Pensons simplement aux pertes de revenus que les absences répétées ou les départs hâtifs du travail occasionneront. De telles pertes devront être évaluées, de même que leurs conséquences futures prévisibles. La disposition suivante, que le Comité a cru bon de libeller pour une meilleure compréhension, résume les éléments discutés, tout en identifiant ceux qui nécessitent des précisions additionnelles :

> Le parent qui assume plus de 80 %[482] du temps de garde de l'enfant en raison d'un manquement de l'autre parent à ses devoirs parentaux, notamment son désintérêt ou son désengagement à l'égard de l'enfant, a droit d'obtenir de lui une prestation destinée à le compenser des désavantages économiques découlant de la prise en charge de l'enfant et de leurs conséquences futures prévisibles.
>
> Une prestation peut également être obtenue pour compenser les désavantages économiques résultant de tout autre manquement important d'un parent dans l'exercice de ses devoirs parentaux et des conséquences futures prévisibles pouvant en résulter.
>
> Les désavantages visés au présent article excluent ceux que couvrent les frais relatifs à la pension alimentaire de l'enfant.
>
> La demande doit être présentée dans l'année de la fin de l'évènement donnant ouverture au droit, sauf circonstances exceptionnelles.

2° Exclusions, délais, quantum, modalités de paiement et mesures conservatoires et provisoires

Afin d'éviter la double compensation, les frais qui peuvent s'ajouter à la pension alimentaire de l'enfant en raison d'un manquement parental ne pourront évidemment être considérés. Tel est le

cas des frais de garde dont la pension alimentaire versée au parent gardien peut être bonifiée en raison du non-exercice des droits d'accès du parent non gardien[483].

Comme le précise la disposition suggérée, la demande devra être déposée dans l'année de la fin de l'évènement qui donne ouverture au droit, sauf circonstances exceptionnelles. Un tel délai paraît nettement suffisant pour permettre au parent qui prétend avoir subi un désavantage de préparer sa preuve.

Le quantum de la prestation compensatoire parentale réclamée dans cette situation sera déterminé en tenant compte des deux critères que constituent les efforts accomplis par les parents pour minimiser leurs désavantages économiques et les ressources économiques actuelles et prévisibles dont dispose le parent débiteur au moment de la demande[484]. De même, les modalités de paiement de la prestation seront identiques à celles qui s'appliquent à la prestation destinée à compenser les désavantages économiques subis durant la vie commune, compte tenu des adaptations nécessaires[485]. La prestation pourra donc être payée au moyen d'une somme forfaitaire ou par l'attribution de droits dans certains biens. Le tribunal pourra également ordonner que le parent débiteur exécute son obligation par versements échelonnés sur une période qui ne dépasse pas dix ans. Enfin, les mesures provisoires et conservatoires déjà présentées seront applicables, aux mêmes conditions[486].

> ***Recommandation n^{o} 1.1.3.3***
>
> *Il est recommandé d'attribuer un droit à la prestation compensatoire parentale au parent qui assume plus de 80 % du temps de garde de l'enfant en raison d'un manquement de l'autre parent à ses devoirs parentaux, notamment son désintérêt ou son désengagement à l'égard de l'enfant.*
>
> *Il est également recommandé d'attribuer un droit à la prestation compensatoire au parent qui, quelles que soient les modalités de garde applicables, subit des désavantages économiques en raison de tout autre manquement important de l'autre parent dans l'exercice de ses devoirs parentaux.*
>
> *Il est recommandé d'attribuer à la prestation compensatoire parentale réclamée dans ces circonstances la vocation de compenser non seulement les désavantages économiques découlant du manquement, mais également leurs conséquences futures prévisibles.*
>
> *Il est en outre recommandé :*
>
> A. *Que soient exclus des désavantages visés par la compensation les frais qui peuvent s'ajouter à la pension alimentaire de l'enfant en raison d'un manquement parental;*
> B. *Que le délai de la demande soit fixé à un an de la fin de l'évènement qui y donne droit, sauf circonstances exceptionnelles;*
> C. *Que le quantum de la prestation compensatoire parentale soit déterminé en tenant compte des deux critères que constituent les efforts accomplis par les parents pour minimiser leurs désavantages économiques et les ressources économiques actuelles et prévisibles dont dispose le parent débiteur au moment de la demande;*

> *D. Que les règles proposées dans la recommandation n^{o} 1.1.3.1 relativement aux modalités de paiement et aux mesures « provisoires et conservatoires » afférentes s'appliquent ici, compte tenu des adaptations nécessaires.*

b) Enfant dont l'état de santé commande une présence ou un soutien exceptionnel

L'état de santé de l'enfant peut nécessiter une présence ou un soutien parental exceptionnel. Pensons par exemple à l'enfant hospitalisé en raison d'une maladie incurable. Compte tenu des responsabilités qui sont les leurs, les parents devront dans ces circonstances se mobiliser au bénéfice de leur enfant, en proportion de leurs facultés respectives[487]. S'ils s'acquittent ainsi de leurs devoirs parentaux, le principe de responsabilité individuelle mettra chacun d'eux à l'abri de toute réclamation en compensation des désavantages économiques que la présence ou le soutien exceptionnel procuré de part et d'autre à l'enfant aura pu engendrer. Toutefois, si un seul des deux parents assure la présence ou le soutien que requiert l'état de santé de l'enfant, il paraît légitime d'imposer à l'autre l'obligation de compenser les désavantages économiques qui pourraient en résulter, d'où la disposition suivante que le Comité a cru bon de libeller pour une meilleure compréhension :

> Le parent qui assure une présence ou un soutien exceptionnel à l'enfant dont l'état de santé le commande, a droit d'obtenir de l'autre parent une prestation destinée à le compenser des désavantages économiques résultant de cette présence ou de ce soutien exceptionnel et de leurs conséquences futures prévisibles, sauf si ce dernier a également contribué en proportion de ses facultés au soutien de l'enfant pendant cette situation.
>
> Les désavantages visés au présent article excluent ceux que couvrent les frais relatifs à la pension alimentaire de l'enfant, de même que ceux autrement compensés par tout régime d'assurance ou d'indemnisation privé ou public.
>
> La demande doit être présentée dans l'année de la fin de l'évènement donnant ouverture au droit, sauf circonstances exceptionnelles.

Ici encore, on imagine facilement le type d'inconvénients que pourra subir le parent concerné. Que ce soit en raison de ses absences régulières du lieu de travail, voire du congé parental prolongé qu'il devra peut-être se résoudre à prendre, celui-ci n'en sortira pas économiquement indemne. Les pertes qu'il subira, de même que leurs conséquences futures prévisibles, figureront au rang des éléments sujets à compensation. Comme dans la situation précédente, les désavantages couverts par les frais ajoutés à la pension alimentaire de l'enfant devront être exclus. Il en sera de même des désavantages autrement compensés aux termes d'un régime d'assurance ou d'indemnisation public ou privé.

La demande devra être déposée dans l'année de la fin de l'évènement donnant ouverture au droit, sauf circonstances exceptionnelles. Le quantum de la prestation compensatoire parentale sera déterminé en tenant compte des deux critères que constituent les efforts accomplis par les parents pour minimiser leurs désavantages économiques et les ressources économiques actuelles et prévisibles dont dispose le parent débiteur au moment de la demande[488].

Les modalités de paiement seront les mêmes que celles qui régissent la prestation destinée à compenser les désavantages économiques subis durant la vie commune, compte tenu des adaptations nécessaires[489]. La prestation pourra donc être payée au moyen d'une somme forfaitaire ou par l'attribution de droits dans certains biens. Le tribunal pourra également ordonner que le parent débiteur exécute son obligation par versements échelonnés sur une période qui ne dépasse pas dix ans. Enfin, les mesures provisoires et conservatoires déjà présentées seront applicables, aux mêmes conditions[490].

> ***Recommandation n^{o} 1.1.3.4***
>
> *Il est recommandé d'attribuer un droit à la prestation compensatoire parentale au parent qui assure une présence ou un soutien exceptionnel à l'enfant dont l'état de santé l'exige, sauf si l'autre parent a également contribué en proportion de ses facultés au soutien de l'enfant tout au long de la période pendant laquelle cette situation a prévalu.*
>
> *Il est recommandé d'attribuer à la prestation compensatoire parentale réclamée dans ces circonstances la vocation de compenser non seulement les désavantages économiques découlant du manquement, mais également leurs conséquences futures prévisibles.*
>
> *Il est en outre recommandé :*
>
> A. *Que soient exclus des désavantages visés par la compensation les frais relatifs à la pension alimentaire de l'enfant, de même que ceux autrement compensés par tout régime d'assurance ou d'indemnisation privé ou public;*
> B. *Que le délai de la demande soit fixé à un an de la fin de l'évènement qui y donne droit, sauf circonstances exceptionnelles;*
> C. *Que le quantum de la prestation compensatoire parentale soit déterminé en tenant compte des deux critères que constituent les efforts accomplis par les parents pour minimiser leurs désavantages économiques et les ressources économiques actuelles et prévisibles dont dispose le parent débiteur au moment de la demande;*
> D. *Que les règles proposées dans la recommandation n^{o} 1.1.3.1 relativement aux modalités de paiement et aux mesures « provisoires et conservatoires » afférentes s'appliquent ici, compte tenu des adaptations nécessaires.*

*** * ***

Le mécanisme de compensation des désavantages économiques causés par la prise en charge de l'enfant commun que le Comité propose d'intégrer au régime parental impératif se caractérise par son originalité. Contrairement au patrimoine familial, la prestation compensatoire parentale n'implique pas de partage automatique des biens. Il ne s'agit pas non plus d'une variante de l'obligation alimentaire, ni d'une simple application de l'actuelle prestation compensatoire prévue aux articles 427 à 430 C.c.Q. La prestation compensatoire parentale constitue une toute nouvelle institution qui, de l'avis du Comité, assurera la répartition équitable des conséquences

économiques liées à l'exercice du rôle parental, dans le respect des principes directeurs qu'il a fait siens. On peut en résumer les principaux éléments constitutifs par les énoncés suivants :

- **Un objectif purement compensatoire et non alimentaire.** La prestation compensatoire parentale n'a aucune finalité alimentaire; elle ne donne pas lieu à un devoir de secours et d'assistance entre les parents. Ainsi, un parent ne pourra en revendiquer l'application pour obtenir de l'autre une somme visant à combler ses besoins alimentaires (p. 75);

- **Une compensation limitée aux désavantages économiques pouvant résulter de la prise en charge de l'enfant.** S'inscrivant au régime parental impératif, la prestation compensatoire parentale ne permet pas de compenser des désavantages économiques qui proviennent d'autres sources que la prise en charge de l'enfant; elle ne permet pas non plus de compenser des désavantages de nature non économique qu'un parent prétendrait avoir subis en raison du rôle parental assumé auprès de l'enfant (p. 81);

- **Un critère de proportionnalité.** Le droit à la prestation compensatoire parentale fondé sur les désavantages économiques subis durant la vie commune est fonction d'un critère de proportionnalité : seul le parent qui a subi des désavantages économiques non-proportionnels par rapport à ceux que l'autre parent a pu subir, compte tenu des facultés respectives de chacun, peut réclamer une prestation compensatoire parentale et seule la portion excédentaire peut en faire l'objet (p. 82). Dans le même esprit, et sous réserve d'intentions libérales, seules les contributions excédentaires aux charges de la famille peuvent justifier le droit à la prestation compensatoire parentale (p. 89-90);

- **Des présomptions en faveur du parent en situation de vulnérabilité.** Le parent qui s'est retiré du marché du travail ou qui y a renoncé, de même que celui qui a interrompu ses études, de manière temporaire ou définitive, pour s'occuper de l'enfant, est présumé avoir droit à une prestation compensatoire parentale; le quantum de la prestation est présumé équivaloir aux désavantages qu'il a subis (p. 86-87);

- **Un principe de responsabilité individuelle.** Le droit à la prestation compensatoire fondé sur les désavantages économiques subis à la suite de la séparation des parents (et non pas durant la vie commune), ou alors qu'ils n'ont jamais fait vie commune, repose sur un principe de responsabilité individuelle; à moins d'un manquement important à ses devoirs parentaux ou d'une situation justifiant une présence ou un soutien exceptionnel auprès de l'enfant, un parent ne pourra être appelé à compenser les désavantages économiques que l'autre parent aura subis ou subira dans l'exercice des responsabilités parentales qui lui auront été dévolues (p. 91-92);

- **La minimisation des désavantages économiques et les ressources du débiteur**. Dans la détermination du quantum de la prestation compensatoire parentale, doivent être pris en compte les efforts accomplis par les parents pour minimiser leurs désavantages économiques, de même que les ressources économiques actuelles et prévisibles dont dispose le parent débiteur au moment de la demande (p. 83-84);

- **Des outils facilitant la fixation du quantum**. Dans les situations qui s'y prêtent, les dispositions du Code civil régissant la prestation compensatoire parentale seront assorties de lignes directrices qui permettront aux parties, à leur procureur et, éventuellement, au tribunal d'établir la somme des désavantages économiques, actuels ou prospectifs, à partir de paramètres objectifs. Ces lignes permettront non seulement de guider l'opération et de

rehausser la prévisibilité des ordonnances, mais elles favoriseront également la conclusion d'ententes (p. 85).

- **Des modalités de paiement souples.** Le paiement de la prestation compensatoire parentale peut être réglé au moyen d'une somme forfaitaire ou par l'attribution de droits dans la résidence familiale, dans les meubles du ménage ou, s'il y a lieu, dans un régime de retraite. Le tribunal peut également ordonner que le débiteur exécute son obligation par versements échelonnés sur une période qui ne dépasse pas dix ans. En cas de difficultés excessives pour le débiteur, le tribunal peut prolonger pour une durée qu'il détermine la période pendant laquelle celui-ci est tenu d'acquitter les versements de la prestation compensatoire (p. 85-86);

- **Des « mesures provisoires » adaptées.** Durant l'instance, le tribunal peut accorder une avance sur la prestation compensatoire au parent qui paraît y avoir droit si l'avance est jugée nécessaire pour empêcher que ne lui soit causé un préjudice sérieux ou irréparable, ou que ne soit créé un état de fait ou de droit de nature à rendre le jugement final inefficace (p. 87-88).

Chapitre deuxième
Le régime conjugal

Tel que proposé dans le chapitre qui précède, les parents d'un enfant à charge commun se verront désormais assujettis à certaines obligations mutuelles. Réunies au sein de ce qu'on a appelé le « régime parental impératif », ces obligations trouvent leur justification dans la responsabilité partagée que constitue la prise en charge de l'enfant. Que ce soit durant la vie commune des parents, après leur séparation ou même s'ils n'ont jamais partagé le même toit, chacun d'eux sera donc lié à l'autre en vertu d'un nouveau lien de droit (horizontal) découlant du statut parental.

Parallèlement à ce régime parental impératif se dressera le régime applicable au statut conjugal. Comme son nom l'indique, ce régime a pour finalité d'établir les droits et obligations applicables entre conjoints, c'est-à-dire aux personnes qui font vie commune en mariage ou en union de fait.

Deux régimes cohabiteront donc dans le nouveau Livre deuxième que propose le Comité. Le régime parental impératif applicable de plein droit à tous les parents d'un enfant commun, peu importe qu'ils soient par ailleurs conjoints l'un de l'autre, et le « régime conjugal » applicable aux conjoints, peu importe qu'ils soient par ailleurs parents d'un enfant commun. Chaque régime s'attache donc à un statut distinct : le régime parental s'attache au statut parental et le régime conjugal s'attache au statut conjugal, l'un et l'autre pouvant évidemment coexister à l'égard des mêmes personnes. Ainsi, les parents d'un enfant commun qui partagent leur vie en mariage ou en union de fait seront à la fois soumis au régime parental impératif et au cadre juridique régissant le mariage ou l'union de fait, selon le cas.

Prévu au Titre deuxième du nouveau Livre deuxième, le « régime conjugal » se compose de deux sections qui correspondent aux deux formes de vie conjugale que le Comité propose de reconnaître formellement, soit le mariage et l'union de fait[491], d'où d'ailleurs la disposition générale qui constitue le Chapitre premier :

> **LIVRE DEUXIÈME**
> **DE LA FAMILLE**
>
> **DISPOSITION GÉNÉRALE**
>
> *La famille est fondée sur la filiation et la conjugalité.*
>
> **TITRE PREMIER –**
> **DE LA FILIATION**
>
> **TITRE DEUXIÈME –**
> **DE LA CONJUGALITÉ**
>
> **CHAPITRE PREMIER –**
> DISPOSITION GÉNÉRALE
>
> *Sont des conjoints les personnes liées par le mariage et celles vivant en union de fait.*
>
> **CHAPITRE DEUXIÈME –**
> DU MARIAGE
>
> **CHAPITRE TROISIÈME –**
> DE L'UNION DE FAIT

* *Pour une vue d'ensemble du Livre deuxième suggéré, voir p. 241 à 243.*

Pour des raisons qui seront exposées plus loin, le Comité suggère d'abandonner l'institution de l'union civile dont l'adoption en droit québécois remonte aux débuts des années 2000[492]. Sauf exception, les développements qui suivent n'y feront donc pas référence.

L'économie générale du « régime conjugal » repose sur les principes d'autonomie de la volonté et de liberté contractuelle. En vertu de ces principes, tant les conjoints mariés qu'en union de fait se verront reconnaître le droit d'aménager, selon différentes modalités, le cadre juridique applicable à leurs rapports mutuels. Sous réserve des dispositions du régime parental impératif qui s'appliqueront à eux s'ils sont parents d'un enfant commun à charge, les obligations de nature conjugale n'auront désormais d'autres sources ou justifications que leur consentement mutuel, sauf exception dictée par l'équité[493] ou, en mariage, par les limites du droit fédéral[494]. Consacrée par le quatrième principe directeur à la base des orientations préconisées par le Comité[495], cette vision des rapports conjugaux axée sur l'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle est partagée par la totalité des membres. C'est donc de manière claire et affirmée que le Comité rejette toute approche qui consisterait à imposer aux couples (sans enfant à charge) des obligations mutuelles auxquelles ils n'auraient pas consenti d'une manière ou d'une autre[496].

Les principes d'autonomie de la volonté et de liberté contractuelle s'expriment à travers deux logiques opposées : une logique d'adhésion volontaire (« opting in ») en union de fait et une logique de retrait volontaire (« opting out ») en mariage. Ainsi, les conjoints de fait qui souhaitent assortir leur relation d'effets juridiques devront s'y soumettre d'un commun accord, tandis que les époux y seront de plein droit soumis en raison du mariage qu'ils auront contracté, tout en conservant la possibilité de s'en soustraire par contrat de mariage, en tout ou en partie[497].

Bien que le chapitre par lequel s'amorce le nouveau titre du Livre deuxième sur la conjugalité porte sur le mariage et non sur l'union de fait, il paraît ici encore judicieux de présenter le fruit des réflexions du Comité selon l'ordre des discussions intervenues. Interpellé par l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Éric* c. *Lola*[498], le Comité s'est d'abord intéressé à l'organisation juridique du statut conjugal que constitue l'union de fait. L'orientation retenue en la matière a par la suite été transposée en mariage, compte tenu des adaptations nécessaires.

> ***Recommandation n^{o} 2.1***
>
> *Il est recommandé de reconnaître formellement deux formes de conjugalité dans le Code civil, soit le mariage et l'union de fait, et d'aménager le régime juridique applicable à chacun des statuts conjugaux dans le respect des principes d'autonomie de la volonté et de liberté contractuelle.*

SECTION 1 – L'UNION DE FAIT

A. L'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle comme toile de fond

À l'unanimité, les membres du Comité se refusent d'imposer aux conjoints de fait des obligations réciproques auxquelles ils n'auront pas expressément adhéré d'un commun accord, que ce soit par leur mariage subséquent ou par la signature d'un contrat d'union de fait ou de tout autre type d'arrangement contractuel. Comme c'est le cas actuellement, le seul fait pour deux personnes de vivre ensemble, peu importe la durée de leur cohabitation, n'engendrera donc aucun lien de droit entre eux, que ce soit sur le plan extrapatrimonial ou patrimonial[499]. Seule l'arrivée d'un

enfant commun changera la donne[500], conformément aux dispositions prévues au régime parental impératif. Ce ne sera toutefois pas en leur qualité de conjoints de fait que des obligations réciproques leur seront alors imposées, mais en leur qualité de parents.

Ainsi, à moins de le prévoir dans une entente, les conjoints de fait (sans enfant commun à charge) ne se devront ni aliments, que ce soit pendant ou après l'union, ni n'auront à partager leurs biens respectifs. Ils ne seront pas davantage assujettis aux dispositions relatives à la contribution aux charges de la famille et à la protection de la résidence familiale. Comme c'est le cas actuellement, la loi ne les soumettra à aucun des devoirs personnels traditionnellement imposés aux époux, c'est-à-dire le secours, l'assistance et la fidélité[501].

Avant d'arrêter sa position, le Comité a évidemment pris connaissance des diverses opinions qui existent sur cet enjeu délicat. Prenant exemple sur le droit applicable dans les autres provinces, certains se sont d'ores et déjà prononcés en faveur d'une intervention législative visant à assortir l'union de fait d'un contenu juridique similaire ou semblable à celui qui s'applique en mariage. Considérant qu'une union de fait génère une dynamique relationnelle similaire à celle qu'on peut observer entre les époux, ils estiment raisonnable et légitime d'instaurer entre conjoints de fait les mêmes droits et les mêmes obligations que ceux qui s'attachent traditionnellement au statut matrimonial[502]. Le Comité rejette catégoriquement cette approche. À l'instar du juge LeBel, dont les motifs se sont avérés déterminants dans l'arrêt *Lola*, le Comité attribue au consentement formel des conjoints un rôle fondamental dans l'aménagement des cadres juridiques qui les régissent : si, en mariage, les époux s'engagent en vertu d'un consentement exprès auquel on peut légitimement rattacher des effets juridiques, tel n'est pas le cas en matière d'union de fait[503]. Soumettre *de facto* les conjoints de fait à un cadre de droits et d'obligations mutuels porterait clairement atteinte aux valeurs d'autonomie de la volonté et de liberté contractuelle sur lesquelles repose l'économie générale du régime conjugal que suggère le Comité.

Pour certains, l'aménagement d'un simple droit de retrait au profit des couples en union de fait suffirait à préserver leur libre choix. Telle est la position à laquelle adhère désormais le Conseil du statut de la femme (ci-après « CSF »). En effet, dans son avis déposé le 3 juin 2014 (« Pour une véritable protection juridique des conjointes de fait »), le CSF propose de soumettre les conjoints de fait aux dispositions relatives au partage du patrimoine familial et à l'obligation alimentaire actuellement applicables aux époux, tout en leur permettant de s'en soustraire d'un commun accord par acte notarié[504]. Contrairement à la logique d'« opting in » que le Comité suggère de maintenir à l'égard des conjoints de fait, le CSF favorise donc l'instauration d'un modèle d'« opting out »[505]. Aux yeux des membres du Comité, un tel modèle ne saurait constituer une solution respectueuse du libre choix en ce qu'il impose malgré tout aux conjoints de fait une obligation que l'on ne saurait directement ou indirectement rattacher à leur volonté, celle de s'exclure d'un cadre juridique autrement applicable. Comme l'exprime la juge en chef McLachlin dans l'arrêt *Lola :*

> Même si les conjoints de fait pouvaient choisir de s'y soustraire, ce modèle donnerait aux couples un choix plus restreint que ne le fait le modèle québécois actuel. En effet, les conjoints de fait qui voudraient se prévaloir du droit de se soustraire au régime seraient tenus de s'entendre à ce sujet et de poser des gestes concrets pour arriver à leurs fins. Au contraire, le modèle québécois actuel permet aux couples de ne pas être assujettis aux obligations prescrites par l'État tout simplement en ne se mariant pas. La zone exempte de l'intervention de l'État créée par le modèle québécois est donc plus étendue qu'elle ne le serait dans le contexte d'un régime d'application par défaut.[506]

On rétorquera sans doute qu'une logique d'« opting in » comme celle que préconise le Comité, est inéquitable à l'égard du conjoint qui, désireux de se marier ou de conclure une convention d'union de fait, essuie le refus de l'autre[507]. En réponse à cette critique, le Comité croit utile de citer les propos du juge LeBel, auxquels il souscrit sans réserve :

> Cette opinion présente une vision tronquée du mariage et des unions de fait dans la société contemporaine. Dans la mesure où nous acceptons que la liberté de décision et l'autonomie personnelle ne sont pas de pures illusions, la décision d'un individu de continuer sa vie conjugale avec un conjoint qui refuse de se marier possède la même valeur que celle d'un conjoint qui cède à une demande pressante de conclure un mariage.[508]

En matière d'union de fait, seul le maintien d'une logique d'« opting in » conférera donc aux valeurs d'autonomie de la volonté et de liberté contractuelle l'importance que le Comité leur accorde. Certes, l'arrivée d'un enfant déclenchera entre les conjoints de fait l'application automatique du régime parental impératif. Certains y verront peut-être une contradiction aux principes susmentionnés et, partant, une faille conceptuelle. Aux yeux du Comité, il n'en est rien. Si les conjoints de fait ont un enfant, ils deviendront parents et cumuleront ainsi un autre statut juridique qu'on se devra d'aborder en fonction d'un tout autre paradigme, celui de la responsabilité commune que représente l'enfant pour les deux parents.

> ***Recommandation n^{o} 2.1.1***
>
> *Il est recommandé de maintenir la logique d'« opting in » qui prévaut en matière d'union de fait, en n'instaurant entre les conjoints de fait ni droit ni obligation mutuels auxquels ils n'auront pas formellement consenti, que ce soit par la signature d'un contrat d'union de fait ou de tout autre type d'arrangement contractuel.*

Par ailleurs, le Comité reconnaît les effets confondants d'une politique législative qui, d'une part, assimile les conjoints de fait aux époux dans les lois sociales et fiscales et, d'autre part, persiste à les distinguer aux fins du droit privé[509]. Un traitement différencié que certains saluent au nom de la neutralité dont l'État doit faire preuve à l'égard des modes de vie choisis par les citoyens appelés à lui verser des impôts et à lui réclamer des avantages sociaux[510], mais que d'autres taxent plutôt d'incohérence[511]. Ainsi, remarque le professeur Robert Leckey :

> […] les lois sociales imposent aux conjoints de fait certaines obligations sans que le Code civil ne leur reconnaisse les droits qui en seraient la contrepartie. Par exemple, une loi sociale peut retirer un bénéfice sur la base qu'une personne en recevra l'équivalent de son conjoint de fait, tandis que le droit privé n'impose pas un tel partage de ressources. D'ailleurs, lorsque l'administration se trompe en versant un bénéfice excessif au récipiendaire, la loi en tient solidairement responsable pour le remboursement son conjoint de fait.[512]

Comme il en a été question dans l'introduction, le Comité reconnaît sans réserve qu'une meilleure harmonisation entre les deux sphères juridiques s'impose. Toutefois, il ne préconise pas, comme on semble l'y inviter, une approche qui consisterait à subordonner simplement le droit privé de la famille au droit social et fiscal. À son avis, c'est plutôt à partir du droit social et fiscal que le législateur devra éventuellement s'attaquer au problème d'incohérence qui

caractérise actuellement le corpus législatif[513]. Les grandes lignes de ce problème, rappelons-le, sont plus concrètement exposées à l'Annexe 5.

Évidemment, quelle que soit son orientation, toute politique législative doit faire l'objet d'une large diffusion publique. Si les nuances subtiles que contient la loi peuvent parfois induire en erreur, la confusion ambiante sur le statut juridique des conjoints de fait pourrait être grandement atténuée au moyen de mesures informatives ciblées. En matière familiale plus qu'en toute autre matière, il convient de rejoindre les justiciables de manière efficace pour les informer de la teneur de leurs droits et obligations. Bien que régulièrement interpelé par différents acteurs sociaux, l'État n'a peut-être pas déployé tous les efforts suffisants pour atteindre cet objectif. Conformément au cinquième principe directeur qu'il a adopté (« Des justiciables éclairés sur leurs droits et leurs obligations »)[514], le Comité presse donc le gouvernement et ses acteurs à mettre tout en œuvre pour y parvenir. Il en sera plus amplement question au chapitre sixième.

B. Un cadre juridique spécifique basé sur une logique d'« opting in »

Dans le respect des principes d'autonomie de la volonté et de liberté contractuelle qui fondent l'approche prônée par le Comité en matière conjugale, différentes modalités peuvent être imaginées pour permettre aux couples de bénéficier du soutien du droit. Ainsi, le droit de la famille peut-il avantageusement mettre à la disposition des conjoints de fait des cadres juridiques souples au moyen desquels ils pourront efficacement établir entre eux les règles juridiques qui leur agréent.

C'est dans cette perspective que le nouveau Titre sur la conjugalité que le Comité propose d'intégrer au Livre deuxième sur la Famille prévoit un chapitre complet sur l'union de fait[515]. Ce chapitre comporterait quatre sections : une première section identifiant les conditions de reconnaissance de l'union de fait, une seconde portant sur la preuve de l'union de fait, une troisième consacrant formellement le contrat d'union de fait et une quatrième établissant les règles relatives à la fin de l'union de fait.

TITRE DEUXIÈME –
DE LA CONJUGALITÉ

CHAPITRE PREMIER–
DU MARIAGE

CHAPITRE DEUXIÈME –
DE L'UNION DE FAIT

Section I –
Des conditions de reconnaissance de l'union de fait

Section II –

De la preuve de l'union de fait

Section III –

Du contrat d'union de fait

Section IV –
De la fin de l'union de fait

* *Pour une vue d'ensemble du Livre deuxième suggéré, voir p. 241 à 243.*

> ***Recommandation n^{o} 2.1.2***
>
> *Il est recommandé d'intégrer au Livre deuxième sur la famille un chapitre complet sur l'union de fait comportant quatre sections : une première section identifiant les conditions de reconnaissance de l'union de fait, une seconde portant sur la preuve de l'union de fait, une troisième consacrant formellement le contrat d'union de fait et une quatrième établissant les règles relatives à la fin de l'union de fait.*

1. Les conditions de reconnaissance de l'union de fait

Dans la mesure où l'union de fait figure au rang des modes de conjugalité expressément reconnus par le droit civil, il convient évidemment d'en établir les conditions de reconnaissance. Partiellement inspirée de l'article 61.1 de la *Loi d'interprétation*[516], la disposition suivante, que le Comité a cru bon de libeller pour une meilleure compréhension, permet de visualiser la définition qu'il en retient :

> L'union de fait est l'union de deux personnes qui font vie commune et se présentent publiquement comme un couple, sans égard à la durée de leur vie commune. Ces personnes ne peuvent être l'une par rapport à l'autre, un ascendant, un descendant, un frère ou une sœur.

L'élément de définition premier de l'union de fait réside évidemment dans la vie commune des conjoints. En droit civil, la notion de vie commune ne réfère pas à la simple cohabitation matérielle, mais à l'existence d'un projet de vie commun entre deux personnes[517]. Le Comité propose par ailleurs d'importer une condition de fond du mariage en excluant de la définition de l'union de fait les relations de nature conjugale que pourraient entretenir deux parents en ligne directe ou un frère et une sœur[518]. Si de telles relations existent, elles ne pourront donc être qualifiées d'« union de fait » au sens du Code civil.

> ***Recommandation n^{o} 2.1.2.1***
>
> *Il est recommandé de définir l'union de fait comme étant l'union de deux personnes qui font vie commune et qui se présentent publiquement comme un couple, sans égard à la durée de leur vie commune, ces personnes ne pouvant toutefois être un ascendant, un descendant, un frère ou une sœur l'une par rapport à l'autre.*

2. La preuve de l'union de fait

L'union de fait, de même que la date qui en marque le commencement ou la fin, pourra être prouvée par tous moyens, notamment par une déclaration commune des conjoints de fait. Pour faciliter la preuve de la vie commune nécessaire à l'existence d'une union de fait, le Comité propose de reprendre la présomption déjà prévue à l'article 61.1 de la *Loi d'interprétation*[519] : dès lors qu'une cohabitation perdure depuis au moins un an ou qu'un enfant naît de l'union, le projet de vie commune sera présumé. Cette présomption pourra être renversée au terme d'une preuve contraire. L'union de fait devra également satisfaire à un critère de notoriété, les conjoints devant se présenter publiquement comme un couple. La disposition suivante, que le

Comité a cru bon rédiger pour une meilleure compréhension, résume ainsi l'ensemble des règles retenues :

> L'union de fait se prouve par tous moyens. La date qui marque le début ou la fin de l'union peut être notamment prouvée par une déclaration commune des conjoints ou par un avis de rupture notifié par l'un des conjoints à l'autre.
>
> Si une controverse survient relativement à l'existence de la communauté de vie, celle-ci est présumée dès lors que les personnes cohabitent depuis au moins un an ou dès le moment où elles deviennent parents d'un même enfant.

Comme on peut le remarquer, aucune durée minimale de vie commune n'est prévue. La raison en est simple. Le cadre juridique que propose le Comité ne rattache à l'union de fait aucun effet juridique automatique. Il n'est donc pas nécessaire d'en exclure les unions qui, étant donné leur courte durée, ne présente pas le degré de stabilité minimal que pourrait autrement justifier l'application automatique de mécanismes légaux, tels l'obligation alimentaire mutuelle et le partage du patrimoine familial.

> ***Recommandation n^{o} 2.1.2.2***
>
> *Il est recommandé que la preuve de l'union de fait puisse être faite par tous moyens et que la date qui en marque le début ou la fin puisse être notamment prouvée par une déclaration commune des conjoints ou par un avis de rupture notifié par l'un des conjoints à l'autre.*
>
> *Si une controverse survient relativement à l'existence de la communauté de vie, il est recommandé que celle-ci soit présumée dès lors que les personnes cohabitent depuis au moins un an ou dès le moment où elles deviennent parents d'un même enfant.*

3. Le contrat d'union de fait

Droit actuel

Avant la réforme du droit de la famille de 1980, le législateur niait expressément aux conjoints de fait le droit de se consentir des donations entre vifs (sous réserve de la portion alimentaire), les privant ainsi d'une forme d'organisation contractuelle susceptible d'assurer leur protection mutuelle[520]. En éliminant cette prohibition du Code civil[521], le législateur leur a implicitement conféré le bénéfice d'en appeler au contrat pour encadrer leur relation. De fait, les arrangements contractuels dont conviennent les conjoints de fait sont depuis jugés valides et exécutoires devant les tribunaux, sous réserve des dispositions impératives de la loi et de l'ordre public[522].

Éléments de réforme

Le Comité propose de faire du contrat d'union de fait un contrat « nommé » en bonne et due forme. En d'autres termes, il lui paraît opportun d'inscrire en toutes lettres dans le Code civil l'option contractuelle dont bénéficient d'ores et déjà les conjoints de fait en vertu du droit commun[523]. Qui plus est, le Comité suggère une facture textuelle qui évoquera concrètement la logique d'« opting in » qu'incarne le contrat d'union de fait :

> Il est permis de faire, par contrat d'union de fait, toutes sortes de stipulations, sous réserve des dispositions impératives de la loi et de l'ordre public.
>
> Les conjoints de fait peuvent notamment y adopter les modalités relatives à leur contribution respective aux charges de la famille, adopter les mesures de protection et d'attribution de la résidence familiale, instituer entre eux une obligation alimentaire et se soumettre au régime du patrimoine familial, de la société d'acquêts ou à tout autre régime patrimonial conjugal[524].

En identifiant nommément les différents mécanismes juridiques auxquels les conjoints de fait peuvent se soumettre d'un commun accord, on contribuera sans doute à démythifier et à démocratiser le contrat d'union de fait. Jusqu'à ce jour, le concept est demeuré relativement inaccessible, notamment en raison de la complexité qu'il évoque dans l'imaginaire collectif[525]. Pour plusieurs, seule l'intervention d'un juriste permettra de donner forme à ce contrat *sui generis* qui ne fait actuellement l'objet d'aucune mention légale formelle. Cette perception doit changer. Le contrat d'union de fait doit être défini de manière positive et les couples doivent pouvoir se l'approprier et en disposer de manière conviviale. Les mécanismes susceptibles d'apporter réponse à l'interdépendance conjugale et familiale existent déjà dans le Code civil; il suffit de s'y assujettir conventionnellement par simple référence, sans besoin de les construire à grands frais au cas par cas. La disposition que propose le Comité (pour une meilleure compréhension) pourrait contribuer à ce changement de perception puisqu'elle soutient clairement la mise en place de modèles ou de formulaires simples où les conjoints de fait pourront, d'un commun accord, choisir à la carte les mécanismes de protection existants.

Dans cette perspective, on comprendra facilement la décision du Comité de ne pas soumettre la validité du contrat d'union de fait à des conditions de forme. On ne doit ériger aucune barrière susceptible de limiter l'accès à un instrument qui vise non pas à soustraire les conjoints à des protections, mais à leur permettre d'en bénéficier. Certes, les conjoints seront libres de choisir la forme notariée de manière à pouvoir profiter des conseils juridiques d'un notaire et jouir de la force probante qui découle de l'authenticité de l'acte notarié. De même pourront-ils recourir aux services d'un avocat pour bénéficier de son expertise et lui confier la rédaction de leur contrat. La seule absence de conseillers juridiques ne saurait toutefois affecter la validité de leur entente, comme c'est d'ailleurs le cas en vertu du droit actuel.

Certes, si le contrat d'union de fait contient des donations entre vifs immobilières ou des donations entre vifs mobilières autres qu'un don manuel, il devra revêtir la forme notariée en minute, comme c'est le cas selon le droit actuel[526]. Il en sera de même s'il contient des donations à cause de mort[527], sachant cependant que le Comité recommande d'en élargir les conditions d'accès au profit des conjoints de fait. Nous y reviendrons au point D (droit successoral et assurance-vie).

> ***Recommandation n^{o} 2.1.2.3***
>
> *Il est recommandé de faire du contrat d'union de fait un contrat nommé en bonne et due forme.*
>
> *Sous réserve des formalités applicables aux dispositions spécifiques qu'il pourrait contenir, il est recommandé de ne pas soumettre le contrat d'union de fait à des conditions de forme particulière.*

4. La fin de l'union de fait

La fin de l'union de fait peut entraîner différentes conséquences juridiques, que ce soit en vertu du régime impératif parental ou du régime conjugal. Il convient donc d'en préciser les causes, d'où la disposition suivante que le Comité a cru bon de libeller pour une meilleure compréhension :

> L'union de fait prend fin au jour de la cessation de la vie commune, du décès d'un conjoint ou du mariage d'un conjoint avec un tiers.

Le mariage des conjoints de fait entre eux provoquera également la fin de l'union de fait, mais laissera néanmoins subsister certains effets :

> L'union de fait prend fin également par le mariage des conjoints entre eux. Cet évènement n'entraîne pas la caducité des donations à cause de mort qu'un conjoint a consenties à l'autre en considération de l'union, ni la révocation du legs le favorisant. Il ne porte pas non plus atteinte aux droits dont bénéficie le conjoint à titre de bénéficiaire ou de titulaire subrogé d'une police d'assurance-vie.

Les effets ainsi maintenus découlent de propositions qui seront abordées au point D (droit successoral et assurance-vie).

> ***Recommandation n^{o} 2.1.2.4***
>
> *Il est recommandé d'identifier formellement les évènements qui entraînent la fin de l'union de fait, soit la cessation de la vie commune, le décès d'un conjoint, le mariage d'un conjoint avec un tiers et le mariage des conjoints entre eux, sous réserve, dans cette dernière hypothèse, du maintien de certains des effets de l'union de fait.*

C. Enrichissement injustifié ou prestation compensatoire

Droit actuel

Depuis la réforme de 1980, les époux disposent d'un recours en enrichissement injustifié spécialement adapté au contexte conjugal. Prévue aux articles 427 à 430 C.c.Q., la mesure connue sous le nom de « prestation compensatoire » permet au tribunal saisi d'une demande en divorce, en séparation de corps ou en nullité de mariage, d'ordonner à l'un des époux de verser à l'autre, en compensation de l'apport de ce dernier, en biens ou en services, à l'enrichissement du patrimoine de son conjoint, une prestation payable au comptant ou par versements, en tenant compte, notamment, des avantages que procurent le patrimoine familial, le régime matrimonial et le contrat de mariage. Une prestation compensatoire peut également être demandée en cas de décès; il est alors tenu compte des avantages que procure la succession au conjoint survivant.

Les apports donnant droit à la prestation compensatoire peuvent être de différentes natures[528]. Comme l'a affirmé la Cour suprême dans l'arrêt *M.* c. *L.*[529], aucun type d'apport ne doit être exclu du processus d'évaluation, y compris les contributions aux charges du ménage. Si l'apport prend la forme d'une contribution bénévole de l'époux à l'entreprise de l'autre[530], la demande de prestation compensatoire pourra être faite dès la fin de la collaboration dans la mesure où celle-

ci est causée par l'aliénation, la dissolution ou la liquidation volontaire ou forcée de l'entreprise. L'apport pourra être prouvé par tous moyens. À moins d'entente entre les parties, il reviendra au tribunal de fixer la valeur de la prestation compensatoire. Celui-ci pourra également déterminer, le cas échéant, les modalités du paiement et ordonner que la prestation soit payée au comptant ou par versements ou qu'elle soit payée par l'attribution de droits dans certains biens.

Seuls les époux peuvent se prévaloir du cadre juridique de la prestation compensatoire. Ce n'est pas dire, cependant, que les conjoints de fait sont sans recours l'un contre l'autre. Le principe suivant lequel « nul ne peut s'enrichir au détriment d'autrui » est d'application universelle; seules ses modalités d'exercice sont susceptibles d'aménagements particuliers. Comme tous les justiciables, les conjoints de fait peuvent donc intenter une action civile en enrichissement injustifié, aux conditions établies par l'article 1493 C.c.Q. : « Celui qui s'enrichit aux dépens d'autrui doit, jusqu'à concurrence de son enrichissement, indemniser ce dernier de son appauvrissement corrélatif s'il n'existe aucune justification à l'enrichissement ou à l'appauvrissement ».

Comme les époux, les conjoints de fait bénéficient donc actuellement d'un droit à la juste compensation en cas d'enrichissement injustifié, mais la voie qu'ils doivent emprunter pour en obtenir la mise en œuvre est bien souvent semée d'embuches. N'ayant pas été conçu à la lumière du contexte particulier qui anime les relations intimes, le recours en enrichissement injustifié expose les conjoints de fait à de très nombreux défis, notamment en ce qui a trait à la preuve exigible. Conscients des difficultés applicables, les tribunaux se sont toutefois employés, ces dernières années, à instituer des présomptions de fait destinées à alléger le fardeau de preuve du conjoint de fait demandeur[531]. Dans une décision récente, la Cour d'appel s'est également permis d'importer en droit civil québécois certains principes de common law aux fins de faciliter le calcul du quantum[532]. Petit à petit, les tribunaux en sont donc venus à colorer le recours civil prévu à l'article 1493 C.c.Q. d'une teinte conjugale, le rapprochant de ce fait de la prestation compensatoire des articles 427 à 430 C.c.Q.

Éléments de réforme

Selon le Comité, le temps est venu pour le législateur d'achever le processus de rapprochement amorcé par les tribunaux en élargissant les conditions d'accès de l'actuelle prestation compensatoire au profit des conjoints de fait[533]. La distinction qu'opère le Code civil entre époux et conjoints de fait n'est pas acceptable. Le contexte conjugal qui justifie la prestation compensatoire des articles 427 à 430 C.c.Q. existe dans les deux types d'unions. Qui plus est, le recours en prestation compensatoire est une mesure de redressement qu'on ne saurait aborder en fonction du facteur « consentement mutuel », comme c'est le cas des autres mécanismes qui composent le droit de la famille. En fait, les valeurs d'autonomie de la volonté et de liberté contractuelle ne sauraient servir de justification à l'exclusion des conjoints de fait d'une mesure d'équité dessinée à la lumière des caractéristiques particulières que présente la relation conjugale. Les aménagements législatifs dont fait l'objet le recours en enrichissement injustifié doivent profiter à tous les conjoints, sans égard à la forme de leur union. Faute pour le législateur d'agir en conséquence, les tribunaux continueront d'user de leur pouvoir discrétionnaire pour réduire l'écart qui sépare les deux recours, au moyen de solutions individualisées.

Le Comité propose donc l'élargissement des conditions d'accessibilité de la prestation compensatoire actuellement prévue aux articles 427 à 430 C.c.Q. afin que les conjoints de fait

puissent réclamer leur dû aux mêmes conditions et suivant les mêmes modalités que les époux. Le Comité propose également de renommer la mesure sous le nom de « prestation compensatoire conjugale », histoire de bien distinguer le mécanisme existant de la nouvelle prestation compensatoire parentale instituée par le régime parental impératif.

> **TITRE TROISIÈME –**
> **DES EFFETS DE LA FAMILLE**
>
> [...]
>
> **CHAPITRE CINQUIÈME –**
> DE LA PRESTATION COMPENSATOIRE
>
> **Section I –**
> Des espèces de prestation compensatoire
> § 1 – De la prestation compensatoire parentale
> § 2 – De la prestation compensatoire conjugale
>
> **Section II –**
> De la preuve, de l'établissement et des modalités de paiement de la prestation compensatoire
>
> * *Pour une vue d'ensemble du Livre deuxième suggéré, voir p. 241 à 243.*

Réunis au sein d'un même chapitre [cinquième] du Titre troisième sur les effets de la famille, les deux types de prestation compensatoire répondront à leurs propres conditions d'attribution, mais feront l'objet de règles communes sur le plan de la preuve, de la détermination du montant, des modalités de paiement et des mesures provisoires, compte tenu des adaptations nécessaires. Ces règles ont déjà fait l'objet d'une présentation détaillée[534].

> ***Recommandation n^{o} 2.1.3***
>
> *Il est recommandé d'élargir au profit des conjoints de fait le droit à la prestation compensatoire dont peuvent actuellement se prévaloir les époux en vertu des articles 427 à 430 C.c.Q., en renommant la mesure « prestation compensatoire conjugale » (pour la distinguer de la « prestation compensatoire parentale »).*

D. Droit successoral et assurance-vie

Droit actuel

En vertu du droit actuel, les conjoints de fait n'ont pas de vocation successorale l'un à l'égard de l'autre. Ainsi, dans la mesure où un conjoint de fait décède sans laisser de testament, ses biens seront dévolus à ses descendants. Si un lien matrimonial subsiste d'un mariage antérieur, l'époux touchera un tiers de la succession et les descendants obtiendront les deux tiers. À défaut de descendant et d'époux, les parents du défunt et ses frères et sœurs se partageront la succession en deux parts égales. Le conjoint de fait ne sera donc jamais appelé à la succession *ab intestat* de celui avec qui il partageait sa vie.

Éléments de réforme

Bien que les conjoints de fait puissent se léguer mutuellement leurs biens respectifs par testament[535], certains estiment nécessaire d'en faire de véritables héritiers légaux, de manière à leur permettre d'hériter l'un de l'autre en l'absence de toute disposition testamentaire[536]. Selon eux, l' « affection présumée » qui fonde les règles de dévolution *ab intestat* justifie l'assimilation du conjoint de fait au conjoint marié en matière successorale, le défunt n'aimant pas moins son conjoint du seul fait de l'absence de lien légal[537].

Le Comité a longuement réfléchi à la question, en gardant à l'esprit l'ensemble des principes directeurs qu'il a préalablement adoptés. L'établissement d'une vocation héréditaire au profit du conjoint de fait survivant lui est d'abord apparu compatible avec les valeurs de liberté et d'autonomie de la volonté qui fondent son approche en matière conjugale. Permettre aux conjoints de fait d'hériter l'un de l'autre en l'absence de testament ne porterait pas atteinte à ces valeurs puisque chaque conjoint conserverait toujours la possibilité d'écarter unilatéralement les règles de dévolution légale en désignant ses propres héritiers par testament[538].

Fort de ce constat, le Comité a sérieusement envisagé l'option d'une assimilation pleine et entière du conjoint de fait à l'époux dans les premier et deuxième ordres de successibles[539]. Ainsi, sous réserve d'une durée minimale de vie commune[540], le conjoint de fait serait-il appelé à la succession du défunt pour un tiers (1/3), concurremment à ses descendants qui pourraient prétendre aux deux tiers (2/3). À défaut de descendant, le conjoint de fait, les parents du défunt et ses frères et sœurs se partageraient la succession en trois parts égales.

Conscients de l'importance du phénomène des recompositions familiales[541], certains membres ont rapidement fait part de leur inconfort face aux effets qu'une telle assimilation pourrait avoir sur les descendants issus d'une union antérieure du défunt. Évoquant le cas d'une personne qui refait sa vie après avoir eu deux enfants d'une première union, ils se sont montrés réfractaires à l'idée qu'on puisse accorder une portion de l'héritage au nouveau conjoint de fait, au détriment des enfants du défunt[542]. Certes, si le défunt s'est remarié avec son nouveau conjoint, les enfants seront également privés d'un tiers de la succession, mais l'on pourra dans ce cas voir dans le geste positif que constitue le mariage une justification suffisante du partage. L'idée de faire une distinction entre les descendants communs du couple et les descendants issus d'une union antérieure du défunt a été évoquée, mais rapidement rejetée. Permettre au conjoint de fait d'hériter *ab intestat* en compagnie des enfants qu'il aurait eus avec le défunt, mais l'exclure dans les autres cas, entraînerait une discrimination qu'on aurait peine à justifier. Comment expliquer qu'un conjoint de fait qui aura vécu 25 ans avec le défunt n'héritera pas concurremment avec les enfants issus d'une première union, alors que celui qui aura partagé sa vie pendant 5 ans[543] et dont l'union aura donné naissance à un enfant commun obtiendra ce privilège ? Serait-ce dire que le conjoint de fait est plus méritoire dans le cadre d'une famille intacte ? En fait, la vocation héréditaire d'un successible ne saurait dépendre de facteurs qui lui sont totalement externes. Un conjoint de fait reste un conjoint de fait, peu importe les circonstances. Il est vrai qu'en vertu de la règle de la proximité des degrés, certains successibles ne sont appelés à la succession du défunt qu'en l'absence de parents plus rapprochés[544], mais cette règle ne saurait trouver application pour expliquer la distinction : un descendant reste un descendant par rapport au défunt, peu importe l'union dont il est issu.

La réflexion s'est par la suite déplacée au deuxième ordre de successibles. Si, pour les raisons ci-dessus exposées, il n'apparait pas opportun d'assimiler le conjoint de fait à l'époux dans le premier ordre, doit-on lui permettre d'hériter *ab intestat* à défaut pour le défunt de laisser des

descendants, l'amenant ainsi à partager la succession avec les frères et sœurs et les parents du défunt ? L'idée est d'abord apparue séduisante, mais elle n'a pas résisté à l'analyse. Comment pourrait-on justifier une telle distinction entre époux et conjoint de fait ? L'époux serait suffisamment méritoire pour venir à la succession en concurrence avec les descendants du défunt, mais pas le conjoint de fait. Par contre, les deux types de conjoints seraient traités de la même manière pour hériter en compagnie des parents du défunt et de ses frères et sœurs (ou en cas de prédécès de ces derniers, de leurs descendants au premier degré)[545]. On imagine facilement les sentiments mitigés qu'une telle distinction susciterait. On y verrait la marque d'une primauté sociale et juridique accordée au statut matrimonial. Or, telle n'est pas la perspective que défend le Comité.

Au final, c'est dans le *statu quo* que la position la plus acceptable se manifeste. À l'exception d'un membre indécis, le Comité recommande donc de ne pas attribuer de vocation successorale au conjoint de fait, peu importe les circonstances applicables. La cohérence interne du régime conjugal que propose le Comité justifie clairement cette approche. Dans la mesure où l'on n'attache aucun effet juridique à l'union de fait du vivant des conjoints de fait, il doit en être de même à leur décès[546]. En d'autres termes, la même logique d'« opting in » doit prévaloir, le testament constituant ici le moyen par lequel les conjoints de fait pourront créer les effets juridiques recherchés. Changer le paradigme en fonction de la cause provoquant la fin de l'union de fait aurait contribué à désarticuler le régime juridique proposé. À défaut de testament, le conjoint de fait survivant n'héritera donc pas de l'autre. Suivant la même philosophie que celle qui prévaut en cas de séparation, le conjoint de fait en état de dépendance ne pourra pas compter sur l'autre – ou sur sa succession – pour subvenir à ses propres besoins. Si un enfant commun est issu du couple, le conjoint survivant pourra toutefois réclamer à la succession de l'autre une prestation compensatoire parentale, conformément aux dispositions prévues au régime parental impératif. En cas d'enrichissement injustifié, il pourra également se prévaloir du droit à la prestation compensatoire conjugale (voir le point C de la prochaine section). Ces prérogatives s'ajouteront donc aux bénéfices dont il peut d'ores et déjà se prévaloir aux termes des législations à caractère social[547].

Le Comité estime toutefois nécessaire d'élargir au profit des conjoints de fait la gamme des modes de disposition des biens en cas de décès en leur permettant de se consentir des donations à cause de mort dans leur contrat d'union de fait. Si cette voie existe en faveur des époux[548], rien ne justifie que les conjoints de fait en soient exclus. Le contrat d'union de fait dans lequel les conjoints de fait stipuleront des donations à cause de mort devra cependant revêtir la forme notariée en minute[549], tout comme s'il comporte des donations entre vifs immobilières ou des donations entre vifs mobilières autres que des dons manuels[550]. Cela dit, pour les raisons évoquées au point D de la prochaine section, toute donation à cause de mort sera dorénavant révocable par le donateur, le Comité recommandant l'abrogation du droit pour quiconque d'en stipuler l'irrévocabilité, qu'il s'agisse d'époux ou, conformément à l'élargissement ici suggéré, de conjoints de fait.

Les règles qui gouvernent la révocation des legs et la caducité des donations à cause de mort entre époux seront logiquement étendues aux conjoints de fait[551]. Ainsi, tout legs consenti au conjoint de fait antérieurement à la cessation de la vie commune sera révoqué de plein droit, à moins que le testateur n'ait manifesté l'intention d'avantager le conjoint de fait malgré cette éventualité[552]. Dans la même perspective, et vu le changement proposé au paragraphe précédent, la cessation de la vie commune entraînera la caducité des donations à cause de mort qu'un conjoint aura consenties à l'autre en considération de l'union de fait.

Un changement s'impose également en matière d'attributions préférentielles successorales. Selon le droit actuel, le conjoint marié qui hérite peut « […] par préférence à tout autre héritier, exiger que l'on place dans son lot la résidence familiale ou les droits qui lui en confèrent l'usage et les meubles qui servent à l'usage du ménage »[553]. Si la valeur des biens excède la part due à l'époux ou au conjoint uni civilement, celui-ci les conservera à charge de soulte[554]. Le conjoint de fait qui hérite aux termes du testament du défunt ne pourra quant à lui se prévaloir d'un tel droit à l'égard de la résidence qu'il habitait pourtant avec le défunt que dans la mesure où le conjoint légal du défunt, le cas échéant, n'hérite de rien[555]. Par ailleurs, si d'autres héritiers habitaient la résidence en compagnie du défunt et du conjoint de fait, par exemple ses enfants (communs ou non), ce dernier concourra avec eux. Selon l'article 859 C.c.Q., il reviendra alors au tribunal de désigner celui qui bénéficiera de l'attribution préférentielle, en tenant compte, « […] entre autres, des intérêts en présence, des motifs de préférence ou du degré de participation de chacun à […] l'entretien de la résidence ». Selon le Comité, les distinctions qu'opère le Code civil entre conjoint légal et conjoint de fait ne sont pas de mise. Pour autant qu'il soit partie à la succession, le conjoint qui habitait la résidence familiale avec le défunt au moment de son décès doit, de préférence à tout autre héritier, bénéficier d'une attribution préférentielle à l'égard de cette résidence et des meubles du ménage (sous réserve du paiement d'une soulte), et ce, peu importe qu'il ait été marié ou uni de fait avec le défunt[556]. En cas de conflit entre le conjoint de fait qui habitait la résidence au moment du décès et le conjoint marié qui l'avait quittée en raison d'une récente séparation, il reviendra au tribunal de désigner le titulaire de l'attribution préférentielle en tenant compte des facteurs déjà énoncés à l'article 859 C.c.Q.

Les conjoints de fait seront également abordés de la même manière que les époux en matière d'assurance-vie. Les règles qui régissent la désignation du conjoint de fait à titre de bénéficiaire, de même que les effets s'y rapportant, seront dorénavant similaires à ceux qui s'appliquent au conjoint marié. Ainsi, la fin de l'union de fait entraînera-t-elle la caducité de la désignation du conjoint de fait à titre de bénéficiaire ou de titulaire subrogé[557], à l'instar du divorce et de la nullité du mariage en ce qui a trait à la désignation de l'époux[558]. Qui plus est, les nouvelles orientations proposées en matière matrimoniale seront transposées en matière d'union de fait. Comme nous le verrons au point D de la prochaine section, le Comité propose d'abord d'abroger la présomption d'irrévocabilité de la désignation de l'époux à titre de bénéficiaire d'une police d'assurance-vie[559]. La même règle s'appliquera donc au conjoint de fait. En conséquence, toute désignation de conjoint à titre de bénéficiaire, qu'il s'agisse d'un époux ou d'un conjoint de fait, sera à l'avenir présumée révocable, sauf stipulation d'irrévocabilité. En outre, le privilège de l'insaisissabilité du produit d'assurance-vie profitera dorénavant à tous les conjoints bénéficiaires, et non plus seulement au conjoint marié[560].

> ***Recommandation n^{o} 2.1.4***
>
> *Dans le respect de la logique d'« opting in » que le Comité préconise en matière d'union de fait, il est recommandé de ne pas attribuer de vocation successorale aux conjoints de fait l'un à l'égard de l'autre, mais de leur conférer de leur vivant les mêmes privilèges que ceux dont bénéficient les époux en matière de donations à cause de mort, d'attributions préférentielles successorales et d'assurance-vie (insaisissabilité), aux mêmes conditions et suivant les mêmes modalités, compte tenu des adaptations nécessaires.*

E. Prescription entre conjoints

Selon l'article 2906 C.c.Q., « [l]a prescription ne court point entre les époux ou les conjoints unis civilement pendant la vie commune ». L'objectif de cette disposition est évident. Appliquer les règles usuelles de la prescription pendant la vie commune pourrait compromettre l'harmonie conjugale en forçant les époux ou conjoints unis civilement à exercer leurs recours dans un contexte qui ne s'y prête manifestement pas. À la lumière du libellé de l'article, on constate que les conjoints de fait ne bénéficient pas du même accommodement législatif. Les tribunaux ont déjà eu l'occasion de le confirmer :

> [...] le législateur, conscient de l'existence de divers types d'unions, a choisi de ne pas inclure les conjoints de fait à l'article 2906 C.c.Q. Il n'appartient pas au Tribunal de modifier les termes clairs de cette disposition, qui ne souffre d'aucune difficulté d'interprétation.[561]

Selon le Comité, rien ne justifie le traitement distinctif réservé aux conjoints de fait à l'article 2906 C.c.Q. L'objectif que constitue l'harmonie conjugale est tout aussi important en matière de mariage que d'union de fait. Il convient donc d'étendre l'application de la disposition aux conjoints de fait.

> ***Recommandation n^{o} 2.1.5***
>
> *Il est recommandé d'intégrer les conjoints de fait à l'article 2906 C.c.Q. afin que la prescription ne coure point entre eux, comme c'est déjà le cas entre époux (et conjoints unis civilement).*

SECTION 2 – LE MARIAGE

A. Une toile de fond… aux mêmes couleurs d'autonomie de la volonté et de liberté contractuelle

Le mariage entraîne depuis toujours un certain nombre d'effets impératifs entre les époux, tant sur le plan patrimonial qu'extrapatrimonial. Sous le *Code civil du Bas Canada*, ces effets se limitaient pour l'essentiel aux « droits et devoirs des époux » réunis au chapitre sixième du Titre cinquième sur le mariage. Outre le devoir de faire vie commune qu'implique nécessairement le mariage[562], ce chapitre imposait aux époux un devoir de secours et d'assistance, fondement de leur obligation alimentaire mutuelle, de même qu'un devoir de fidélité dont les implications juridiques excédaient largement le Titre sur le mariage[563].

Lors de la réforme de 1980, le législateur québécois a ajouté à ces « droits et devoirs » de nouveaux éléments impératifs[564]. Nonobstant toute convention contraire, les époux sont depuis tenus de contribuer aux charges du mariage en proportion de leurs facultés respectives, chacun pouvant s'acquitter de sa contribution par son activité au foyer (art. 396 C.c.Q.). Les époux sont également soumis aux mesures de protection de la résidence familiale et aux dispositions relatives à la prestation compensatoire, sans pouvoir s'y soustraire d'une manière ou d'une autre (art. 427 à 430 C.c.Q.).

Le 1er juillet 1989, le législateur a parachevé ce qu'il est convenu d'appeler le « régime primaire » en y ajoutant la pièce maîtresse que constitue le patrimoine familial (art. 414 à 426 C.c.Q.)[565]. Les époux ne peuvent déroger à ces dispositions, que ce soit par contrat de mariage ou autrement. L'époux titulaire de la créance résultant du patrimoine familial pourra toutefois y renoncer lors de la dissolution du mariage ou de la séparation de corps, par acte notarié en minute ou par déclaration judiciaire[566].

Tous connaissent l'objectif premier du patrimoine familial et en admettent la légitimité historique. L'État se devait d'intervenir pour corriger les graves injustices économiques engendrées par le divorce des femmes mariées dans les années 40, 50 et 60 sous un régime de séparation de biens. Privées du droit de réclamer le partage des biens accumulés par leur mari, celles-ci ne pouvaient par ailleurs compter sur leurs propres ressources[567], ayant assumé durant le mariage un rôle sans contrepartie économique, comme le voulait la norme sociale de l'époque. Des femmes à qui, par ailleurs, les tribunaux refusaient d'accorder une prestation compensatoire pour leur travail exécuté au foyer[568].

Or, le législateur de 1989 ne s'est pas contenté d'imposer le patrimoine familial aux époux du passé (notons que les couples mariés avant le 1er juillet 1989 ont pu bénéficier d'un certain délai pour se soustraire à l'application de la loi en vertu des dispositions transitoires); il y a assujetti l'ensemble des couples mariés, peu importe la date de leur mariage[569]. Ce faisant, le législateur a tout simplement *redéfini* le mariage en termes d'association économique. Le juge LeBel explique clairement cette redéfinition du mariage lorsqu'il trace l'historique du droit de la famille québécois dans l'arrêt *Lola :*

> Par cette réforme, les conjoints qui décident de se marier adhèrent obligatoirement à « un modèle associationniste […] qui emporte une volonté de partage […] Il devient ainsi possible de conclure qu'« [e]n 1989, [le législateur] transforme le mariage en une association principalement économique en créant un patrimoine familial » […] Au Québec, le mariage devient alors non seulement une union, mais aussi [...] une "entreprise commune", une association socio-économique » […] À partir de la réforme législative créant le patrimoine familial, toute personne qui choisit de se marier est réputée vouloir créer cette association socio-économique organisée sur la base d'un certain nombre de dispositions d'ordre public prescrivant les effets du mariage, tels la réglementation des actes posés en regard de la résidence familiale et la contribution proportionnelle aux charges du mariage.[570]

Force est de conclure qu'une définition aussi restrictive du mariage laisse bien peu de place aux valeurs d'autonomie de la volonté et de liberté contractuelle qui fondent l'approche du Comité en matière conjugale. Certains contesteront cette critique en invoquant le consentement au mariage manifesté par les époux : libre aux couples qui ne partagent pas la définition du mariage que prescrit le droit québécois de vivre leur conjugalité en union de fait. Si des conjoints décident de se marier, c'est donc qu'ils acceptent tous deux les conséquences juridiques qui s'attachent au statut matrimonial, qu'il s'agisse de l'obligation de contribuer proportionnellement aux charges du ménage, des mesures qui régissent la protection de la résidence familiale ou du partage du patrimoine familial auquel ils seront tenus au jour de la séparation de corps ou de la dissolution du mariage.

Le Comité ne partage pas cette vision des choses qui consiste à réduire le mariage à ses seules dimensions juridiques, aux dépens de ses autres finalités[571]. Le mariage, est-il utile de le rappeler, est une institution sociale, culturelle et religieuse dont la force d'attraction peut s'avérer

déterminante, indépendamment des effets juridiques dont on l'assortira[572]. Des conjoints peuvent donc à la fois consentir au mariage et « subir » malgré eux les effets juridiques impératifs qui en résultent. En somme, le mariage n'a pas la même signification pour tous. Certains y voient une relation aux multiples facettes où personnes et intérêts économiques seront inexorablement liés. Pour d'autres, le mariage ne fonde qu'une union de personnes, sans plus. Les époux peuvent donc avoir adhéré au mariage, alors même qu'ils ne partagent pas du tout la définition que le législateur québécois lui accole[573]. Comment, dans cette perspective, prétendre au respect de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle des époux ?

Dans la mesure où l'on se garde d'amalgamer « consentement au mariage » et « consentement aux effets légaux du mariage », rien ne justifie que l'on soumette les époux à des droits et des obligations réciproques, au mépris de leur volonté commune. Si l'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle constituent des valeurs fondamentales en matière d'union de fait, il doit en être de même en matière matrimoniale[574]. Les décisions prises d'un commun accord par les époux sont tout aussi dignes de reconnaissance et méritent tout autant de considération que celles prises par les conjoints de fait. Au même titre que ces derniers, les époux devraient donc se voir reconnaître le droit d'aménager le cadre juridique de leurs rapports conjugaux en fonction de leurs aspirations particulières, sous réserve de l'ordre public et, le cas échéant, des dispositions du régime parental impératif. Ce régime, est-il utile de le rappeler, se superposera d'office au régime conjugal dès la naissance d'un enfant commun, les époux cumulant dès lors un autre statut juridique qu'on se devra d'aborder en fonction d'un tout autre paradigme, celui de la responsabilité commune que représente l'enfant pour les deux parents.

Cela dit, les valeurs d'autonomie de la volonté et de liberté contractuelle peuvent, en mariage, faire l'objet d'un aménagement différent de celui qui prévaut en matière d'union de fait. Comme il en a été question dans la section précédente, le mariage se distingue de l'union de fait par le consentement formel qu'expriment les époux à y adhérer. Si l'on ne peut rattacher à ce consentement des effets juridiques obligatoires sans porter atteinte à l'autonomie de la volonté et à la liberté contractuelle des époux, rien n'empêche toutefois qu'on l'assortisse d'effets juridiques supplétifs de volonté. Ainsi, le Comité propose-t-il d'instaurer en mariage un régime juridique basé sur une logique d'« opting out » : le mariage entraînera d'office l'application de droits et obligations entre les époux, mais ceux-ci pourront toujours s'en soustraire d'un commun accord au moyen d'un contrat de mariage. En somme, par les conséquences juridiques qu'il rattachera au mariage à titre supplétif, le législateur proposera aux époux la définition du mariage que lui inspire les valeurs et les conceptions sociales dominantes, tout en permettant à ceux qui ne partagent pas cette définition de s'en soustraire en lui substituant celle qui leur convient[575].

Cependant, les personnes qui contractent mariage ne le font pas toujours en pleine connaissance de cause. Plusieurs méconnaissent les effets qui en résultent, confondant parfois les dimensions religieuses et civiles du mariage[576]. Dans cette perspective, l'exercice du droit d'« opting out » que le Comité propose d'accorder aux futurs époux et aux époux pourrait s'avérer théorique. Le Comité entend remédier à cette difficulté. Afin d'assurer la pleine compréhension des enjeux juridiques liés au mariage et, partant, de rehausser la qualité des consentements exprimés, les futurs époux devront dorénavant obtenir une attestation délivrée par un conseiller juridique. Nous y reviendrons au point E de la présence section.

> ***Recommandation n^{o} 2.1.6***
>
> *Il est recommandé d'instaurer en mariage un régime juridique basé sur une logique d'« opting out » aux termes duquel les époux seront d'office soumis à l'application d'un cadre de droits et d'obligations mutuels, mais conserveront le pouvoir de s'en soustraire d'un commun accord, en tout ou en partie, avant ou pendant le mariage, au moyen d'un contrat de mariage, sous réserve des dispositions du « régime parental impératif ».*

B. Un cadre juridique basé sur une logique d'« opting out »

Tel que proposé, le chapitre sur le mariage du nouveau Titre deuxième comporte six sections. Portant sur la célébration du mariage, la première section reconduit les dispositions des articles 365 à 377 C.c.Q., en y apportant toutefois deux modifications d'importance qui seront examinées au point E. La deuxième section concerne la preuve du mariage et reprend textuellement les règles actuellement prévues aux articles 378 et 379 C.c.Q. La troisième section se rapporte au contrat de mariage dont la portée s'avérera évidemment plus importante qu'elle ne l'est actuellement puisqu'il permettra d'opérationnaliser la logique d'« opting out » à la base du régime juridique que propose le Comité en matière matrimoniale. Les formalités qui y sont applicables seront analysées au point C. Quant aux quatrième, cinquième et sixième sections, elles portent respectivement sur la nullité du mariage, sur la séparation de corps et sur la dissolution du mariage. Les règles existantes y sont reprises, sous réserve d'un changement de terminologie dont il sera question au point F.

> **TITRE DEUXIÈME –**
> **DE LA CONJUGALITÉ**
>
> **CHAPITRE PREMIER –**
> DU MARIAGE
>
> **Section I –**
> De la célébration du mariage
>
> **Section II –**
> De la preuve du mariage
>
> **Section III –**
> Du contrat de mariage
>
> **Section IV –**
> Des nullités du mariage
>
> **Section V –**
> De la séparation judiciaire des époux
>
> **Section VI –**
> De la dissolution du mariage
>
> * *Pour une vue d'ensemble du Livre deuxième suggéré, voir p. 241 à 243.*

Comme on l'aura sans doute remarqué, le nouveau chapitre sur le mariage ne comporte plus de section sur les « effets du mariage »[577]. Les conséquences juridiques qu'engendrera le mariage entre les époux seront désormais réunies au sein du Titre troisième portant sur les « effets de la famille ». C'est d'ailleurs à travers ce troisième titre que se révèle concrètement la logique d'« opting out » préconisée par le Comité en matière matrimoniale. Si l'on veut saisir la portée

de l'orientation nouvellement proposée, il n'est donc pas possible de s'en remettre uniquement au nouveau chapitre sur le mariage. On peut d'ailleurs en dire autant de l'union de fait et de la filiation. Les chapitres qui y sont respectivement consacrés permettent d'en circonscrire les conditions d'existence ou d'établissement, mais c'est au Titre troisième que les effets et conséquences juridiques qui en découlent sont formellement exprimés. En fait, la lecture du Titre troisième permet de visualiser les deux grands axes autour desquels s'articule la réforme proposée :

1) Un régime parental d'application impérative.

2) Un régime conjugal résolument axé sur l'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle des conjoints, qui se traduit par une logique d'« opting in » en matière d'union de fait et par une logique d'« opting out » en matière matrimoniale.

Pour faciliter la compréhension des propositions avancées par le Comité, les effets découlant du statut matrimonial, tant patrimoniaux qu'extrapatrimoniaux, sont ci-après présentés à partir des notions du droit actuel auxquelles ils correspondent. Cette manière de procéder permettra de bien saisir la démarche suivie par le Comité. Celui-ci n'a pas réfléchi aux nouvelles conséquences juridiques du mariage dans l'abstrait; il s'est plutôt servi des matériaux existants, en les passant au filtre des principes directeurs qu'il a préalablement adoptés.

1. Les effets patrimoniaux

a) La contribution aux charges du mariage et la responsabilité des dettes

Droit actuel

Selon l'actuel article 396 C.c.Q., les époux sont tenus de contribuer aux charges du mariage en proportion de leurs facultés respectives. Chaque époux peut toutefois s'acquitter de sa contribution par son activité au foyer. Selon la définition qu'on en donne traditionnellement, les charges du mariage réfèrent aux dépenses nécessaires au bon fonctionnement du ménage[578]. Partie intégrante du régime primaire, l'obligation actuellement prévue s'impose aux époux, sans qu'ils ne puissent y déroger d'une manière ou d'une autre. L'époux qui contribue au-delà de la part à laquelle il est tenu pourra éventuellement réclamer à l'autre une prestation compensatoire, en vertu des articles 427 à 430 C.c.Q.[579].

Éléments de réforme

Le Comité propose deux importants changements à cette règle. Premièrement, les « charges du mariage » seront dorénavant englobées dans la notion plus générale de « charges de la famille » prévue au Titre troisième sur les effets de la famille et applicable à l'ensemble des familles, qu'elles soient fondées sur la filiation ou sur le couple. Deuxièmement, la règle de la proportionnalité deviendra, en mariage, supplétive de volonté, les époux pouvant, par contrat de mariage, s'entendre sur une répartition autre que proportionnelle. La logique d'« opting out » que préconise le Comité en matière matrimoniale s'opposera ainsi à l'application impérative de la règle à l'égard des parents d'un enfant commun à charge[580] et à la logique d'« opting in » applicable aux conjoints de fait[581], comme le traduit bien la disposition suivante que le Comité a cru bon de libeller pour une meilleure compréhension :

> Les parents dont l'enfant commun est à charge sont tenus, durant leur vie commune, de contribuer en biens ou en services aux charges de la famille en proportion de leurs facultés respectives.
>
> En l'absence d'enfant commun à charge, les époux sont tenus à la même obligation, à moins de stipulations contraires dans leur contrat de mariage, alors que les conjoints de fait n'y sont tenus que dans la mesure prévue dans leur contrat d'union de fait, le cas échéant.

Dénature-t-on le mariage en permettant aux époux de se soustraire à la règle de la proportionnalité ? Le Comité ne le croit pas. Tel que précédemment mentionné, le mariage ne peut être réduit à ses seules dimensions économiques. On peut légitimement vouloir accéder au statut matrimonial, sans pour autant partager l'étroite définition qu'en donne actuellement le législateur, notamment par l'article 396 C.c.Q. Pensons, par exemple, aux conjoints âgés qui souhaitent s'unir par le mariage pour des raisons d'ordre culturel et religieux. Comment pourrait-on objectivement prétendre que l'entente par laquelle ils voudraient, en toute connaissance de cause, confier à l'un d'eux la charge d'assumer l'ensemble des dépenses du couple, dans le but de laisser à l'autre la libre disposition de ses revenus et de son temps, rendrait leur projet de vie commune moins valable qu'un autre et minerait à elle seule l'esprit de leur mariage ? Certes, le mariage n'est pas un engagement à sens unique. Cependant, il ne faut pas confondre contribution au mariage et contribution aux charges du ménage. La contribution qu'un époux apporte au mariage peut se traduire autrement que par une participation aux dépenses du couple ou par son activité au foyer. De l'avis du Comité, il revient aux époux et non à l'État de déterminer ce qui, à leurs yeux, représente une contribution valable au mariage et ce qui ne peut se qualifier à ce titre[582].

On se rappellera d'ailleurs qu'avant la réforme de 1980, le législateur permettait aux époux d'établir conventionnellement la nature et les modalités de leur contribution aux charges du mariage[583]. Ceux-ci pouvaient donc se soustraire par contrat de mariage à la règle de la proportionnalité, comme c'est toujours le cas dans certains pays de droit civil, comme la France[584].

> ***Recommandation n^{o} 2.1.6.1***
>
> *Conformément à la logique d'« opting out » que le Comité propose d'instituer en matière matrimoniale, il est recommandé de soumettre les époux à l'obligation de contribuer aux charges de la famille en proportion de leurs facultés respectives, à moins qu'ils en aient convenu autrement dans leur contrat de mariage, sous réserve, dans ce dernier cas, des dispositions du « régime parental impératif » qui pourraient s'appliquer à eux.*

b) La protection et l'attribution de la résidence familiale

Droit actuel

En vertu des articles 401 à 413 C.c.Q., l'époux propriétaire de la résidence familiale et des meubles du ménage, ou titulaire d'un droit qui lui en confère l'usage, ne peut en disposer sans le consentement de son conjoint ou, à défaut, l'autorisation du tribunal, sous peine de sanction. En

cas de séparation de corps, de divorce ou de nullité du mariage, le tribunal peut, à la demande de l'un des époux, attribuer au conjoint du locataire le bail de la résidence familiale. Il peut également attribuer, à l'un des époux ou au survivant, la propriété ou l'usage de meubles de son conjoint, qui servent à l'usage du ménage. Enfin, l'époux qui se voit accorder la garde d'un enfant peut obtenir un droit d'usage de la résidence familiale[585].

Éléments de réforme

Actuellement prévues au chapitre sur les effets du mariage, les mesures de protection et d'attribution de la résidence familiale seront redéployées au nouveau Titre troisième sur les effets de la famille. Leur champ d'application variera en fonction du type de famille concerné. En mariage, les mesures seront supplétives de volonté, les époux pouvant s'en exclure par contrat de mariage, en tout ou en partie, avant ou pendant le mariage[586]. Par opposition, et comme il en a déjà été question, les mesures s'imposeront aux parents d'un enfant commun à charge aux conditions exposées au chapitre précédent[587]. Les conjoints de fait n'y seront quant à eux soumis que s'ils choisissent d'y adhérer d'un commun accord par convention. La disposition suivante, que le Comité a cru bon de libeller pour une meilleure compréhension, illustre ces différents niveaux d'application :

> Les mesures prévues au présent chapitre [De la résidence familiale] s'imposent aux parents d'un enfant durant leur union, sauf entente contraire lorsque l'enfant a cessé d'être à leur charge. Elles s'imposent aux époux, sauf stipulation contraire dans leur contrat de mariage, alors que les conjoints de fait n'y sont obligés que dans la mesure prévue par leur contrat d'union de fait, le cas échéant.

Comme pour la contribution aux charges du mariage, le Comité ne croit pas dénaturer le mariage en proposant d'accorder aux époux le pouvoir de se soustraire aux mesures de protection de la résidence familiale d'un commun accord, que ce soit avant ou pendant le mariage. Au contraire, le Comité voit dans l'assouplissement suggéré une manière de valoriser le mariage au profit des époux qui n'adhèrent pas à la définition restrictive que suppose le régime primaire actuel. Évidemment, l'arrivée d'un enfant au sein du couple changera la donne puisqu'il déclenchera l'application du régime parental impératif, peu importe les termes du contrat de mariage dont les époux devenus parents auront pu convenir.

> ***Recommandation n° 2.1.6.2***
>
> *Conformément à la logique d'« opting out » que le Comité propose d'instituer en matière matrimoniale, il est recommandé de soumettre les époux aux mesures de protection et d'attribution de la résidence familiale, à moins qu'ils en aient convenu autrement dans leur contrat de mariage, sous réserve, dans ce dernier cas, des dispositions du « régime parental impératif » qui pourraient s'appliquer à eux.*

c) Le partage des biens

Droit actuel

Tel que précédemment mentionné, les époux sont tenus, lors de la séparation de corps ou de la dissolution du mariage, de partager la valeur des biens qui composent le patrimoine familial, soit les résidences de la famille, les meubles du ménage, les véhicules automobiles utilisés pour les

déplacements de la famille et les régimes de retraite privés et publics[588]. La valeur partageable des biens du patrimoine familial doit être calculée selon les paramètres prévus aux articles 417 et 418 C.c.Q. :

> **417.** La valeur nette du patrimoine familial est établie selon la valeur des biens qui constituent le patrimoine et des dettes contractées pour l'acquisition, l'amélioration, l'entretien ou la conservation des biens qui le constituent à la date du décès de l'époux ou à la date d'introduction de l'instance en vertu de laquelle il est statué sur la séparation de corps, le divorce ou la nullité du mariage, selon le cas; les biens sont évalués à leur valeur marchande.
>
> Le tribunal peut, toutefois, à la demande de l'un ou l'autre des époux ou de leurs ayants cause, décider que la valeur nette du patrimoine familial sera établie selon la valeur de ces biens et de ces dettes à la date où les époux ont cessé de faire vie commune.
>
> **418.** Une fois établie la valeur nette du patrimoine familial, on en déduit la valeur nette, au moment du mariage, du bien que l'un des époux possédait alors et qui fait partie de ce patrimoine; on en déduit de même celle de l'apport, fait par l'un des époux pendant le mariage, pour l'acquisition ou l'amélioration d'un bien de ce patrimoine, lorsque cet apport a été fait à même les biens échus par succession ou donation, ou leur remploi.
>
> On déduit également de cette valeur, dans le premier cas, la plus-value acquise, pendant le mariage, par le bien, dans la même proportion que celle qui existait, au moment du mariage, entre la valeur nette et la valeur brute du bien et, dans le second cas, la plus-value acquise, depuis l'apport, dans la même proportion que celle qui existait, au moment de l'apport, entre la valeur de l'apport et la valeur brute du bien.
>
> Le remploi, pendant le mariage, d'un bien du patrimoine familial possédé lors du mariage donne lieu aux mêmes déductions, compte tenu des adaptations nécessaires.

Comme il en a déjà été question, l'époux titulaire de la créance dans le patrimoine familial peut renoncer à ses droits dans le patrimoine familial lors de la dissolution du mariage ou de la séparation de corps, par acte notarié en minute ou par déclaration judiciaire[589].

Les biens qui ne font pas partie du patrimoine familial sont quant à eux soumis au régime matrimonial des époux. À défaut pour le couple d'avoir choisi un régime matrimonial conventionnel par contrat de mariage (généralement la séparation de biens), le régime légal de la société d'acquêts trouvera application de plein droit[590]. En vertu de ce régime, chaque époux conserve durant le mariage l'administration et la libre disposition de ses biens, mais est appelé, au jour de la séparation de corps ou de la dissolution du mariage, à partager pour moitié l'ensemble des valeurs qu'il aura accumulées durant le mariage, exceptions faites des biens et des valeurs lui provenant d'une succession, d'une donation ou de leur remploi[591]. Au jour du partage, les époux en société d'acquêts resteront toutefois libres de renoncer à leurs droits respectifs par acte notarié ou par déclaration judiciaire[592]. Bref, après avoir partagé leurs biens familiaux en vertu des règles sur le patrimoine familial, les époux devront partager leurs autres biens conformément aux règles qui régissent le régime matrimonial de la société d'acquêts, n'en ayant pas exclu l'application par contrat de mariage.

Éléments de réforme

Dans le respect des principes d'autonomie de la volonté et de liberté contractuelle sur lesquels repose le régime conjugal dont il suggère l'adoption (tant en union de fait qu'en mariage), le Comité s'objecte fermement au maintien de toutes dispositions aux termes desquelles les époux se verraient contraints de partager leurs biens sans égard à leur volonté commune, que ces biens soient de nature familiale ou non. Tout comme les conjoints de fait, les époux doivent se voir reconnaître le droit d'aménager le cadre juridique de leurs rapports patrimoniaux en fonction de leurs aspirations particulières, sous réserve de l'ordre public[593]. Dès lors qu'on juge illégitime de soumettre obligatoirement les conjoints de fait à quelque partage de biens que ce soit, il doit en être logiquement de même pour les époux, sauf à croire ces derniers moins aptes à assumer l'exercice d'une pleine liberté contractuelle[594]. Conformément à la logique d'« opting out » qu'il préconise en matière matrimoniale, le Comité ne peut donc se rallier à l'idée d'un partage de biens entre époux que si on leur reconnaît le droit de s'en exclure par contrat de mariage, en tout ou en partie, avant ou pendant le mariage.

Après s'être unanimement entendus sur la nature supplétive du régime à mettre en place, les membres du Comité ont longuement réfléchi à sa composition. Trois options ont été discutées. La première option consisterait à maintenir les dispositions du patrimoine familial dans le Code civil, mais à les dépouiller simplement de leur caractère impératif. Les époux pourraient donc s'en soustraire par contrat de mariage, en tout ou en partie, avant ou pendant le mariage. Quant aux biens qui ne font pas partie du patrimoine familial, ils demeureraient soumis au régime matrimonial des époux, soit la société d'acquêts (à défaut de contrat de mariage) ou la séparation conventionnelle de biens. Selon cette première option, les époux se verraient donc accorder le droit de se soustraire non seulement à la société d'acquêts, comme le permet déjà le droit actuel, mais également au patrimoine familial. Les époux qui ne se prévaudraient pas de cette possibilité seraient pour leur part soumis par défaut aux dispositions des deux régimes juridiques, comme c'est le cas actuellement. Dans un système de droit civil où l'on aspire à la plus grande cohérence possible, une telle dualité peut difficilement se justifier[595]. Si le patrimoine familial n'est plus impératif, en quoi sa superposition au régime matrimonial de la société d'acquêts est-elle encore nécessaire ?

Fort de ce constat, le Comité a envisagé comme seconde option l'abrogation pure et simple du patrimoine familial. En agissant ainsi, on permettrait au régime matrimonial de la société d'acquêts de réintégrer la place qu'il occupait avant le 1er juillet 1989. Les époux qui, avant ou pendant le mariage, n'adopteraient pas de régime matrimonial conventionnel par contrat de mariage, notamment la séparation de biens, seraient donc soumis par défaut à la société d'acquêts pour l'ensemble de leurs biens, qu'ils soient de nature familiale ou non. Cette deuxième option a reçu l'adhésion d'un membre du Comité. Les autres membres se sont plutôt ralliés à la troisième option qui consisterait à faire du patrimoine familial le seul régime de partage d'application supplétive, en remplacement de la société d'acquêts dont ils estiment l'assiette de partage beaucoup trop large.

Selon la majorité des membres du Comité, (neuf sur dix), la diversité sociale que l'on connaît actuellement, conjuguée à l'évolution des valeurs conjugales, justifie l'instauration d'un régime de partage par défaut qui ne se situe ni à un extrême ni à un autre, mais qui représente une mesure intermédiaire susceptible de rallier le plus grand nombre de couples. En société d'acquêts, rappelons-le, l'ensemble des valeurs acquises ou générées durant le mariage doivent en principe être partagées entre les époux au jour de la séparation ou de la dissolution du mariage. À l'exception des biens transmis par héritage ou donation et de ceux étroitement liés à la personne

des époux, seuls les biens possédés avant le mariage leur demeureront propres. En principe, on justifie donc le caractère partageable d'un bien en raison du fait qu'il a été acquis ou généré *durant* le mariage. Le principal critère de qualification se rapporte non pas à la nature du bien ou à son affectation à une fin particulière, mais au temps de son acquisition. Admettre une assiette de partage aussi étendue, sur la base d'un tel critère, équivaut à considérer le mariage comme une vaste zone d'intérêts communs.

Or, les nouvelles valeurs conjugales dominantes appuient une conception plus nuancée du mariage. Même s'ils peuvent reconnaître l'opportunité d'un partage, les couples contemporains souhaitent généralement conserver certains espaces d'affirmation individuelle où chaque époux pourra, indépendamment de son statut matrimonial, mener des activités qui lui sont propres et, en toute légitimité, profiter seul des fruits qui en résulteront. Le partage mur à mur que suppose la société d'acquêts compromet, d'une certaine façon, la réalisation de telles aspirations. En proposant une assiette de partage limitée aux seuls actifs familiaux, le patrimoine familial opère un meilleur équilibre que la société d'acquêts entre les valeurs d'autonomie et de partage[596].

Le Comité propose donc d'instituer le patrimoine familial à titre de « régime matrimonial légal » (supplétif de volonté) et de reléguer la société d'acquêts au rang des régimes conventionnels[597]. Ainsi, le Code civil consacrerait deux régimes conventionnels suggérant des conceptions du mariage diamétralement opposées : la séparation de biens et la société d'acquêts. S'ils ne se prévalent pas de l'une ou l'autre de ces options aux termes de leur contrat de mariage, que ce soit avant ou durant leur mariage, les époux seraient soumis par défaut au nouveau « régime matrimonial » du patrimoine familial. Comme c'est le cas actuellement, les époux auraient également le loisir d'adopter tout autre régime conventionnel que la séparation de biens et la société d'acquêts. Sous réserve de l'ordre public, ils pourraient ainsi se soumettre à un régime matrimonial étranger ou demander à leur conseiller juridique de leur créer un régime sur mesure, à partir ou non des cadres juridiques existants. Les époux pourraient par exemple se doter d'un patrimoine familial limité, en excluant de la masse partageable certains biens ou certaines valeurs, comme les régimes de retraite. Par ailleurs, d'autres arrangements contractuels pourront compléter l'organisation juridique de leurs rapports pécuniaires. Peu importe le régime matrimonial qui les régira, rien ne les empêchera donc d'acquérir leurs biens en copropriété indivise ou à se transférer mutuellement différents actifs par donation ou autrement. À cet égard, le droit demeurera tout simplement inchangé.

Une importante modification terminologique accompagne toutefois cette proposition. Compte tenu de la reconnaissance formelle dont jouira dorénavant l'union de fait, les termes « régimes matrimoniaux » seront remplacés par « régimes patrimoniaux conjugaux ». Les dispositions applicables aux « régimes patrimoniaux conjugaux » reflèteront les logiques d'« opting out » et d'« opting in » qui fondent respectivement le mariage et l'union de fait. Ainsi, les conjoints mariés seront-ils soumis au « régime patrimonial conjugal » du patrimoine familial, sauf dispositions contraires dans leur contrat de mariage, tandis que les conjoints de fait n'y seront assujettis que s'ils en conviennent ainsi dans leur contrat d'union de fait. À défaut, ils ne seront tenus à aucun partage des biens, situation que le droit des « régimes patrimoniaux conjugaux » qui leur sera dorénavant applicable nomme... la séparation de biens. La disposition suivante, que le Comité a cru bon de libeller pour une meilleure compréhension, reflète cette vision :

> Les époux qui, avant la célébration du mariage, n'ont pas fixé leur régime patrimonial conjugal par contrat de mariage sont soumis au régime du patrimoine familial.

Les conjoints de fait sont régis par le régime de la séparation de biens. Ils peuvent, par simple déclaration dans leur contrat d'union de fait, se soumettre au régime du patrimoine familial, de la société d'acquêts ou à tout autre régime conjugal.

> ***Recommandation n^{o} 2.1.6.3***
>
> *Conformément à la logique d'« opting out » que le Comité propose d'instituer en matière matrimoniale, il est recommandé d'assortir tout régime de partage de biens entre époux d'un droit de retrait par contrat de mariage.*
>
> *Dans cette perspective, il est également recommandé de faire du patrimoine familial le régime matrimonial d'application supplétive et, incidemment, de reléguer la société d'acquêts au rang des régimes dits conventionnels.*
>
> *Il est en outre recommandé de remplacer l'appellation « régime matrimonial » par « régime patrimonial conjugal ».*

En marge de ces modifications, une étude minutieuse des dispositions qui régissent le patrimoine familial et la société d'acquêts s'avérera par ailleurs nécessaire. Menée à la lumière de la jurisprudence et de la doctrine, cette étude permettra de déceler les problèmes techniques et les difficultés d'interprétation que soulèvent les règles actuelles. Ainsi, les articles portant sur la qualification des biens en société d'acquêts devront être passés en revues, certains d'entre eux ayant été adoptés dans la perspective d'un partage en propriété plutôt qu'en valeur[598]. Il en est de même des règles de partage du patrimoine familial dont l'interprétation aboutit, dans certains cas, à des résultats inéquitables. Pensons simplement à la lecture restrictive que les tribunaux ont fait de l'article 418 al. 3 C.c.Q. en matière de remploi. Si l'objectif du patrimoine familial est de partager le fruit des efforts communs, comment expliquer qu'on refuse au conjoint qui a acquis la résidence familiale durant le mariage le droit de déduire de la valeur partageable les sommes investies à même les économies qu'il a accumulées avant le mariage[599] ?

Tel que mentionné dans l'introduction, les ressources très limitées sur lesquelles le Comité a pu compter pour accomplir son mandat ne lui ont pas permis de procéder à l'analyse technique des règles du Livre deuxième. Bien que fondamental, le volet de la réforme que constitue cette opération devra donc être redéployé à l'occasion d'un autre chantier que celui auquel le Comité s'est consacré au cours des deux dernières années.

d) La prestation compensatoire

Comme nous avons déjà eu l'occasion de le mentionner, les époux disposent d'un recours en enrichissement injustifié spécialement adapté au contexte conjugal. Prévue aux articles 427 à 430 C.c.Q., la mesure connue sous le nom de « prestation compensatoire » permet au tribunal saisi d'une demande en divorce, en séparation de corps ou en nullité de mariage, d'ordonner à l'un des époux de verser à l'autre, en compensation de l'apport de ce dernier, en biens ou en services, à l'enrichissement du patrimoine de son conjoint, une prestation payable au comptant ou par versements, en tenant compte, notamment, des avantages que procurent le patrimoine familial, le régime matrimonial et le contrat de mariage. Une prestation compensatoire peut également être demandée en cas de décès; il est alors tenu compte des avantages que procure la succession au conjoint survivant[600].

Nous avons déjà étudié la nature du recours en prestation compensatoire. S'agissant d'une mesure de redressement qui ne peut être abordée en fonction du facteur « consentement mutuel », comme c'est le cas des autres mécanismes qui composent le droit de la famille, le Comité recommande non seulement d'en maintenir l'existence en matière matrimoniale, mais également d'en étendre l'application au profit des conjoints de fait[601].

Rappelons le nouveau nom que le Comité suggère d'accoler à la mesure existante, soit « prestation compensatoire conjugale ». Ainsi pourra-t-on clairement la distinguer de la nouvelle prestation compensatoire parentale instituée par le régime parental impératif. Réunis au sein d'un même chapitre [cinquième] du Titre troisième sur les effets de la famille, les deux types de prestation compensatoire répondront à leurs propres conditions d'attribution, mais feront l'objet de règles communes sur le plan de la preuve, de la détermination du montant, des modalités de paiement et des mesures provisoires. Ces règles ont déjà fait l'objet d'une présentation détaillée[602].

> ***Recommandation n^{o} 2.1.7***
>
> *Il est recommandé de maintenir les dispositions portant sur la prestation compensatoire dont peuvent actuellement se prévaloir les époux en vertu des articles 427 à 430 C.c.Q., en renommant la mesure « prestation compensatoire conjugale » (pour la distinguer de la « prestation compensatoire parentale »), laquelle sera également applicable aux conjoints de fait.*

e) L'obligation alimentaire

Droit actuel

En vertu de l'article 585 C.c.Q., les époux sont mutuellement tenus, durant leur mariage, à une obligation alimentaire. Tant que la vie commune se poursuit, cette obligation alimentaire se confond avec le devoir de secours et d'assistance que leur impose l'article 392 C.c.Q. En fait, ce n'est qu'au jour de la séparation de corps qu'elle se matérialisera concrètement. En cas de nullité du mariage, l'article 389 C.c.Q. permet également au tribunal de statuer sur le droit de l'époux de bonne foi à des aliments. Si les époux divorcent, le tribunal pourra ordonner à l'un d'eux de verser des aliments à l'autre en vertu de la loi fédérale sur le divorce[603]. Les différentes finalités que la loi fédérale attribue à l'obligation alimentaire des ex-époux ont été exposées au chapitre premier[604] .

Les droits alimentaires de l'époux, de même que ceux de l'ex-époux qui percevait effectivement des aliments, survivent au décès du débiteur[605]. Un plafond est cependant établi par l'article 688 C.c.Q. :

> La contribution attribuée au conjoint ou à un descendant ne peut excéder la différence entre la moitié de la part à laquelle il aurait pu prétendre si toute la succession, y compris la valeur des libéralités, avait été dévolue suivant la loi et ce qu'il reçoit de la succession.
>
> Celle qui est attribuée à l'ex-conjoint est égale à 12 mois d'aliments, celle attribuée à un autre créancier d'aliments est égale à six mois d'aliments; toutefois, dans l'un et l'autre cas, elle ne peut, même si le créancier percevait effectivement des aliments du défunt à

> l'époque de la succession, excéder le moindre de la valeur de 12 ou six mois d'aliments ou 10 % de la valeur de la succession, y compris, le cas échéant, la valeur des libéralités.

Éléments de réforme

En toute logique, les valeurs d'autonomie de la volonté et de liberté contractuelle sur lesquelles repose le régime conjugal que propose le Comité justifieraient l'aménagement d'un droit de retrait de l'obligation alimentaire à laquelle sont actuellement assujettis les époux. Ici encore, on ne peut réfléchir à la question sans tenir compte des propositions formulées en matière d'union de fait. Si l'on juge légitime et raisonnable de ne pas imposer aux conjoints de fait une obligation alimentaire réciproque, à moins qu'ils n'y adhèrent d'un commun accord, la cohérence devrait nous amener à faire preuve de la même ouverture à l'égard des époux, en leur permettant de s'en soustraire d'un commun accord[606]. En somme, l'envers de la médaille devrait rester le même : une logique d'« opting in » en matière d'union de fait – une logique d'« opting out » en matière matrimoniale.

Des considérations d'ordre constitutionnel empêchent toutefois le Comité d'adopter cette position. En vertu du partage des compétences prévues dans la *Loi constitutionnelle de 1867*[607], le législateur du Québec n'a pas le pouvoir d'abroger l'obligation alimentaire des ex-époux prévue dans la loi fédérale sur le divorce, ni d'en modifier la portée[608]. Peu importe les actions qu'il posera, la dissolution du mariage par divorce restera donc soumise aux règles fédérales. D'autres impératifs de cohérence s'imposent donc au Comité. Il serait pour le moins difficile de justifier un droit de retrait de l'obligation alimentaire entre époux (au sens entendu par le Comité)[609] dont l'effectivité serait limitée à la séparation de corps et à la nullité du mariage. En matière de divorce, le droit de retrait dont se seraient prévalus les époux au moyen de leur contrat de mariage ne pourrait jamais prétendre qu'à la valeur relative que lui reconnaît l'article 15.2(4)c) de la *Loi sur le divorce*[610]. De l'avis du Comité, de telles distinctions seraient source de confusion et de méprise.

Le Comité invite toutefois le gouvernement du Québec à entreprendre des négociations avec les autorités fédérales dans le but de récupérer toute compétence en matière de mariage et de divorce. Le chevauchement de règles applicables aux époux est aujourd'hui devenu anachronique, les motifs ayant amené les pères de la confédération à confier ces responsabilités au Parlement fédéral n'étant plus d'actualité[611]. Tant et aussi longtemps que le Québec ne disposera pas des pleins pouvoirs, les valeurs de liberté et d'autonomie de la volonté connaîtront en mariage des limites dont elles ne souffrent pas en union de fait. Le Comité ne peut que s'en désoler.

Par ailleurs, à certains égards, l'obligation alimentaire prévue dans la *Loi sur le divorce* fera double emploi avec la prestation compensatoire parentale. En effet, la dimension compensatoire qui découle des articles 15.2(4)b) et 15.2(6)b) de la loi permet de fonder l'ordonnance alimentaire rendue au profit de l'ex-époux sur les désavantages économiques subis durant le mariage en raison de la répartition des rôles, notamment du partage des responsabilités parentales, et sur les désavantages économiques pouvant découler de la prise en charge de l'enfant après la rupture. Le régime parental impératif dont le Comité souhaite la mise en place devrait idéalement constituer le seul remède applicable sur le territoire québécois, peu importe le statut conjugal des parents.

> ***Recommandation n^{o} 2.1.8***
>
> *Par souci d'harmonisation avec le droit fédéral, il est recommandé de maintenir une obligation alimentaire entre les époux, mais d'inviter le gouvernement du Québec à entreprendre un dialogue avec les autorités fédérales afin de récupérer toute compétence législative en matière de mariage et de divorce.*

2. Les effets extrapatrimoniaux

a) Les devoirs de respect, de fidélité, de secours, d'assistance et de vie commune

En vertu de l'actuel article 392 C.c.Q., les époux ont, en mariage, les mêmes droits et les mêmes obligations. Ils se doivent mutuellement respect, fidélité, secours et assistance. Ils sont également tenus de faire vie commune.

Le devoir de secours impose aux époux l'obligation de se fournir les ressources matérielles nécessaires à la vie. Il constitue en quelque sorte le fondement de leur obligation alimentaire prévue à l'article 585 C.c.Q.[612]. Comme nous l'avons déjà vu, cette obligation alimentaire prend généralement forme au moment de la séparation de corps, les époux n'ayant pas tendance à se réclamer formellement des aliments alors qu'ils font toujours vie commune. Le Comité a suggéré le maintien de l'obligation alimentaire des époux en raison des limites d'ordre constitutionnel qui l'empêchent d'intervenir en aval du mariage, c'est-à-dire lors du divorce. Il serait contraire à la cohérence interne du régime proposé d'abroger l'obligation alimentaire des époux ou d'en atténuer la portée, alors même que le législateur fédéral impose une obligation alimentaire aux ex-époux. Dans cette perspective, il apparaît souhaitable de conserver non seulement l'obligation alimentaire des époux prévue à l'article 585 C.c.Q., mais d'en préserver également le fondement que constitue le devoir de secours prévu à l'article 392 C.c.Q.

Les devoirs de respect et d'assistance qu'impose le Code civil aux époux sont inhérents au mariage. En effet, il est de la nature même des rapports conjugaux d'être empreints de respect; il est tout aussi naturel d'attendre des époux qu'ils s'assistent en s'apportant appui, dévouement, affection, support moral, réconfort et soins. Si le Comité partage pleinement cette vision des choses, il se questionne toutefois à savoir s'il est de la mission d'un Code civil d'énoncer des normes qui relèvent davantage des devoirs moraux des époux que des obligations juridiques. On peut en dire autant du devoir de fidélité[613]. Bien que ce devoir ait déjà eu d'importantes répercussions sur le plan légal, sa portée juridique s'est considérablement relativisée au cours des dernières décennies. D'une part, le manquement d'un époux ne peut plus être pris en compte dans l'attribution de la garde de ses enfants ou dans l'atttribution de la pension alimentaire à laquelle il prétend avoir droit[614]; d'autre part, l'infidélité ne peut d'aucune manière altérer le droit de l'enfant qui en est issu à une filiation pleine et entière[615]. Qui plus est, le manquement à la fidélité conjugale n'a jamais été appréhendé par les tribunaux sous l'angle d'une faute civile, contractuelle ou délictuelle.

Par ailleurs, soumettre les époux à un devoir de respect, d'assistance et de fidélité, mais non les conjoints de fait, enverrait un bien drôle de message : au terme de la réforme proposée, deux formes de vie conjugale seraient formellement reconnues, mais seuls les époux resteraient soumis à des devoirs moraux… Une telle dichotomie ne ramènerait-elle pas à la surface l'image d'immoralité qu'on accolait autrefois au « concubinage » ?

Quoiqu'il en soit, la compétence du législateur fédéral en matière de divorce limite ici encore l'élan du Comité[616]. Aux termes de la loi fédérale, l'adultère et la cruauté, physique ou mentale, constituent une preuve d'échec du mariage pouvant mener au prononcé d'un jugement de divorce[617]. Retirer du Code civil les devoirs de respect, de fidélité et d'assistance entraînerait donc une certaine forme de distorsion puisque les conséquences qu'y rattache la *Loi sur le divorce* demeureraient quant à elles intactes[618]. À des fins de cohérence interne, le Comité recommande donc de maintenir ces devoirs au sein du Code civil, tout en suggérant au gouvernement du Québec d'entreprendre des pourparlers avec les autorités fédérales dans le but de récupérer les compétences qui lui permettrait d'uniformiser les dispositions du régime conjugal.

La pertinence juridique du devoir de vie commune des époux ne peut quant à elle être remise en question. Le mariage suppose initialement la vie commune des époux[619]. En droit civil, rappelons-le, la notion de vie commune ne réfère pas à la simple cohabitation matérielle, mais à l'existence d'un projet de vie commun entre deux personnes[620]. Sans vie commune, le mariage ne constitue donc qu'une coquille vide. Le même concept existe d'ailleurs en matière d'union de fait, à la différence qu'il s'agit d'un élément de définition et non d'un simple devoir[621]. En résulte une distinction fondamentale : un mariage peut exister sans vie commune, mais non une union de fait. En effet, les époux séparés de corps sont dispensés de leur devoir de faire vie commune, sans que leur mariage soit pour autant dissous[622].

Comme pour les autres effets du mariage actuellement prévus au chapitre sur le mariage, le Comité propose de redéployer les droits et devoirs des époux au Titre troisième sur les effets de la famille, en les opposant aux droits et devoirs des parents (découlant du régime parental impératif et de la filiation) et à ceux des conjoints de fait, dont les liens fondent également famille au sens de la réforme proposée. La disposition suivante, que le Comité a cru bon de libeller pour une meilleure compréhension, reflète cette perspective :

> Les parents ont, entre eux et à l'égard de leur enfant, les mêmes droits et les mêmes obligations. Ils exercent ensemble l'autorité parentale et assument les tâches qui en découlent.
>
> Les époux ont, en mariage, l'un à l'égard de l'autre, les droits et les obligations que leur confère la loi et, le cas échéant, leur contrat de mariage. Ils se doivent mutuellement respect, fidélité, secours et assistance et sont tenus de faire vie commune.
>
> Les conjoints de fait ont l'un à l'égard de l'autre les droits et les obligations que leur confère la loi et, le cas échéant, leur contrat d'union de fait.

> ***Recommandation n^{o} 2.1.9***
>
> *Par souci d'harmonisation avec le droit fédéral, il est recommandé de maintenir dans le Code civil les devoirs matrimoniaux de nature morale que sont les devoirs d'assistance, de respect et de fidélité, mais d'inviter le gouvernement du Québec à entreprendre un dialogue avec les autorités fédérales afin de récupérer toute compétence législative en matière de mariage et de divorce.*

b) La direction morale et matérielle de la famille, le mandat et la responsabilité solidaire à l'égard des dettes du ménage

Droit actuel

L'actuel article 394 C.c.Q. impose aux époux le devoir d'assurer ensemble la direction morale et matérielle de la famille, d'exercer l'autorité parentale et d'assumer les tâches qui en découlent. Selon l'article 398 C.c.Q., chacun des époux peut donner à l'autre mandat de le représenter dans des actes relatifs à la direction morale et matérielle de la famille. Une présomption de mandat est prévue lorsque l'un des époux est dans l'impossibilité de manifester sa volonté pour quelque cause que ce soit ou ne peut le faire en temps utile.

Corrélativement au mandat présumé dont ils bénéficient l'un à l'égard de l'autre, les époux sont tenus solidairement responsables des dettes du ménage à l'égard des tiers. Ainsi, précise l'article 397 C.c.Q., « [l]'époux qui contracte pour les besoins courants de la famille engage aussi pour le tout son conjoint non séparé de corps. Toutefois, le conjoint n'est pas obligé à la dette s'il avait préalablement porté à la connaissance du cocontractant sa volonté de ne pas être engagé ». Adoptée lors de la réforme de 1980[623], cette règle a succédé à l'ancien mandat domestique qui permettait à la femme mariée de représenter son mari dans le cadre des actes destinés à combler les besoins courants de la famille[624].

En vertu de l'article 399 C.c.Q., un époux peut être autorisé par le tribunal à passer seul un acte pour lequel le consentement de son conjoint est nécessaire, s'il ne peut l'obtenir pour quelque cause que ce soit ou si le refus n'est pas justifié par l'intérêt de la famille. Pensons, par exemple, au consentement requis en vertu des règles relatives à la protection de la résidence familiale[625]. L'autorisation, précise le second alinéa, est spéciale et pour un temps déterminé, mais elle pourra être modifiée ou révoquée. Si les époux ne parviennent pas à s'accorder sur l'exercice de leurs droits et l'accomplissement de leurs devoirs, l'article 400 C.c.Q. leur permet de saisir le tribunal qui statuera dans l'intérêt de la famille, après avoir favorisé la conciliation des parties.

Éléments de réforme

Adhérant pleinement au principe d'égalité entre parents et entre conjoints, le Comité estime nécessaire de reconduire en toutes lettres le devoir qui leur incombe d'assurer ensemble la direction morale et matérielle de la famille. À l'exception d'un membre dissident, il recommande toutefois l'abandon du mandat présumé entre époux et, incidemment, celle de leur responsabilité solidaire à l'égard des dettes du ménage[626]. Dans la mesure où le mariage ne se définit plus nécessairement en termes d'union économique, le mandat présumé et la solidarité qui en découle n'ont plus leur raison d'être. Par ailleurs, dans le contexte social actuel où se côtoient couples mariés et couples non mariés, le Comité ne voit pas en quoi le mariage devrait justifier l'attribution d'un statut privilégié au tiers contractant, par opposition à l'union de fait[627]. Bref, le tiers qui contracte avec un époux dans le cadre des besoins courants de la famille ne devrait plus pouvoir réclamer son dû à l'autre conjoint[628]. Évidemment, si un époux accorde à l'autre le mandat de le représenter auprès d'un tiers, chacun sera redevable à l'égard du créancier, dans la mesure prévue par les règles générales sur le mandat[629].

Sous réserve des changements ci-dessus proposés, les règles relatives à la direction morale et matérielle de la famille et au mandat seront déplacées au Titre troisième sur les effets de la famille et réaménagées en deux niveaux d'application, soit un niveau parental et un niveau conjugal applicable aux époux comme aux conjoints de fait. Ainsi, les parents assureront-ils

ensemble la direction morale et matérielle de la famille, chacun pouvant donner à l'autre un mandat pour le représenter. Il en sera de même des conjoints, mariés ou non. Comme nous le verrons dans la prochaine partie, le parent accomplissant seul un acte d'autorité parentale sera toutefois présumé agir avec l'accord de l'autre, comme c'est le cas actuellement[630]. Quant aux règles qui reconnaissent au tribunal le pouvoir d'intervenir pour suppléer l'absence de consentement ou pour trancher le différend opposant les membres de la famille, elles seront reconduites, mais élargies au profit de toutes les formes de famille. La disposition suivante, que le Comité a cru bon de libeller pour une meilleure compréhension, traduit ces propositions :

> Dans les limites prévues au présent Livre, les parents d'un enfant, de même que les conjoints, assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille et assument les tâches qui en découlent. À cette fin, chacun peut donner à l'autre mandat de le représenter.
>
> Un parent ou un conjoint peut être autorisé par le tribunal à passer seul un acte pour lequel le consentement de l'autre serait nécessaire, s'il ne peut l'obtenir pour quelque cause que ce soit ou si le refus n'est pas justifié par l'intérêt de la famille. L'autorisation est spéciale et pour un temps déterminé; elle peut être modifiée ou révoquée.
>
> Si les parents ou les conjoints ne parviennent pas à s'accorder sur l'exercice de leurs droits et de leurs obligations, ils peuvent seul ou ensemble saisir le tribunal qui statuera dans l'intérêt de la famille, après avoir favorisé la conciliation des parties.

> ***Recommandation n° 2.1.10***
>
> *Il est recommandé que soit abrogé le mandat présumé entre époux et, incidemment, le principe de responsabilité solidaire à l'égard des dettes du ménage.*

c) Le nom des époux

Droit actuel

Selon l'article 393 C.c.Q., chacun des époux conserve, en mariage, son nom; il exerce ses droits civils sous ce nom. Introduite lors de la réforme de 1980, cette règle impérative reflète l'égalité formelle des époux[631]. Aucun d'eux n'étant subordonné à l'autre, chacun doit conserver son individualité propre, du moins sous l'angle de l'état civil[632]. L'ancienne coutume qui permettait à la femme mariée de prendre officiellement le nom de son mari n'a donc plus cours au Québec[633]. Certes, comme toute autre personne, une femme mariée peut toujours faire usage d'un pseudonyme dans le cadre de ses rapports sociaux. Libre à elle d'interagir socialement sous le nom de son mari, sous réserve de la responsabilité qu'elle pourrait encourir en cas de confusion ou de préjudice causé à un tiers[634].

Éléments de réforme

À l'unanimité, les membres du Comité proposent le maintien de la règle consacrée à l'article 393 C.c.Q. Certains s'étonneront peut-être de voir le Comité défendre la légitimité d'une disposition impérative après s'être fait l'ardent défenseur des valeurs de libre choix et d'autonomie de la volonté. La contradiction n'est pourtant qu'apparente. En effet, ces valeurs s'inscrivent dans le

courant individualiste qui, ces dernières années, s'est imposé en matière conjugale comme dans toutes les autres sphères sociales[635]. Aujourd'hui, observent les sociologues, le « je » l'emporte sur le « nous » conjugal[636]; les conjoints ne « renoncent » plus à leur individualité au profit du couple, comme c'était jadis le cas[637]. Et le couple ne porte plus la marque de la suprématie du mari, loin s'en faut. Rappelons qu'il n'y a pas si longtemps, mari et femme ne formaient aux yeux du droit qu'une seule et même entité dont l'administration et la représentation sociale étaient assurées par le mari seul, à l'exclusion de la femme :

> By marriage, the husband and wife are one person in law : that is, the very being or legal existence of the woman is suspended during the marriage, or at least is incorporated and consolidated into that of the husband […] Upon this principle, of a union of person in husband and wife, depend almost all the legal rights, duties, and disabilities, that either of them acquire by the marriage […].[638]

Réhabiliter l'ancienne coutume permettant à l'épouse de prendre le nom de son mari – comme certains pourraient peut-être le souhaiter[639] – s'avérerait parfaitement anachronique. Pour le Comité, cette coutume représente rien de moins qu'un vestige du passé. Évidemment, la nouvelle dynamique conjugale, voire l'égalité formelle des époux, ne dépendent pas du maintien ou de l'abrogation de l'article 393 C.c.Q. On ne saurait cependant minimiser la portée d'une telle disposition qui, en préservant formellement l'identité propre de chacun des membres du couple, contribue assurément à affirmer l'individualité dont se nourrissent les valeurs d'autonomie de la volonté et de liberté contractuelle[640].

Au-delà de cet argument de principe, la règle imposant aux époux l'obligation de conserver en mariage leur nom de naissance se justifie par des raisons pratiques. Compte tenu de la précarité du mariage aujourd'hui observable[641], l'attribution du nom du conjoint ne serait bien souvent que temporaire. On imagine facilement la charge administrative qu'impliquerait la gestion des changements de noms successifs par les autorités concernées[642]. On mesure également l'atteinte qu'on porterait ainsi à la stabilité du nom. Or, l'état des personnes, auquel le nom participe, doit prétendre à une certaine permanence.

Non seulement apparaît-il nécessaire de maintenir la règle de l'article 393 C.c.Q., mais il convient également d'en étendre l'application à l'ensemble des relations conjugales, comme en fait foi la disposition suivante, que le Comité a cru bon de libeller pour une meilleure compréhension :

> En mariage ou en union de fait, chacun des conjoints conserve son nom; il exerce ses droits civils sous ce nom.

Qui plus est, le Comité propose de bloquer la voie de contournement administrative que constitue le changement de nom basé sur l'utilisation prolongée d'un pseudonyme. Aux termes de l'article 58 C.c.Q., le directeur de l'état civil a en effet compétence pour autoriser le changement de nom « […] lorsque le nom généralement utilisé ne correspond pas à celui qui est inscrit dans l'acte de naissance […] ». Déjà, certaines femmes mariées sont parvenues à se faire formellement attribuer le nom de leur mari en démontrant au directeur de l'état civil qu'il s'agissait de leur nom d'usage[643]. Le Comité considère qu'une telle utilisation de l'article 58 C.c.Q. constitue un détournement indu de la règle d'ordre public que consacre l'article 393 C.c.Q., d'où sa proposition d'en limiter clairement la portée.

> ***Recommandation n^{o} 2.1.11***
>
> *Il est recommandé que la règle établissant que chaque époux conserve en mariage son nom de naissance soit non seulement conservée, mais qu'elle soit également reformulée de manière à s'appliquer à l'ensemble des relations conjugales.*
>
> *Afin d'éviter tout détournement de la règle, il est aussi recommandé d'interdire l'attribution du nom du conjoint ou de la conjointe par voie de changement de nom pour cause d'usage.*

C. Le contrat de mariage

Droit actuel

Sous réserve des dispositions impératives de la loi et de l'ordre public, les époux peuvent, avant la célébration du mariage, faire un contrat de mariage pour y adopter un régime matrimonial, notamment la séparation de biens, ou pour y stipuler toute autre convention, dont des donations entre vifs et à cause de mort[644]. Comme le précise l'article 432 Cc.Q., ceux qui n'auront pas fixé leur régime matrimonial avant la célébration du mariage seront soumis au régime de la société d'acquêts. Pendant le mariage, les époux conserveront toutefois le droit de recourir au contrat de mariage, que ce soit pour modifier leur régime matrimonial ou les autres stipulations qui y sont contenues, ou pour en adopter de nouvelles[645].

Compte tenu des nombreuses dispositions qui meublent actuellement le régime primaire applicable aux époux (art. 391 à 430 C.c.Q.), le contrat de mariage n'a aujourd'hui qu'une portée fort restreinte. L'obligation qui leur est imposée de contribuer aux charges du mariage en proportion de leurs facultés respectives, les mesures de protection de la résidence familiale et le patrimoine familial constituent autant de limites à leur liberté contractuelle. Certains voient d'ailleurs dans le patrimoine familial la principale cause du déclin qu'a connu le contrat de mariage au cours des dernières décennies[646]. En imposant le partage des principaux biens que la plupart des couples parviendront à acquérir durant leur vie commune, le législateur aurait restreint la portée du régime conventionnel de la séparation de biens à un point tel que plusieurs conjoints n'y verraient plus aujourd'hui qu'une mesure totalement dénuée d'intérêt pratique. À preuve, entre 1995 et 2005, moins de 1 % des couples ont choisi d'adopter la séparation conventionnelle de biens[647].

Éléments de réforme

La réhabilitation des valeurs d'autonomie de la volonté et de liberté contractuelle que propose le Comité en matière matrimoniale permettra sans doute au contrat de mariage de renaître de ses cendres. Tel que précédemment mentionné, c'est par le contrat de mariage que les époux devront exercer le droit d'« opting out » qui leur sera nouvellement conféré. Que ce soit pour établir la répartition et les modalités de leur contribution aux charges de la famille ou pour se soustraire aux mesures de protection de la résidence familiale ou du nouveau régime matrimonial du patrimoine familial, en tout ou en partie, les époux devront recourir au contrat de mariage, que ce soit avant la célébration de leur mariage ou après[648].

Selon l'article 440 C.c.Q., le contrat de mariage doit être fait par acte notarié en minute, à peine de nullité absolue. Le Comité s'est interrogé sur la pertinence de maintenir cette formalité. À l'unanimité, les membres s'y sont déclarés favorables, voyant dans l'intervention du notaire une

garantie essentielle à la validité des consentements. Dans un régime qui accroîtra considérablement la portée du contrat de mariage, une telle précaution prend d'ailleurs tout son sens. Les conseils juridiques que le notaire devra prodiguer aux futurs époux ou aux époux leur permettront d'exprimer un consentement libre et éclairé aux dispositions convenues. C'est donc en toute connaissance de cause que les époux qui le désirent se soustrairont, en tout ou en partie, aux règles relatives à la contribution aux charges de la famille, aux mesures de protection de la résidence familiale et au patrimoine familial. En vertu des devoirs légaux qui lui incombent, le notaire ne pourra évidemment prêter son ministère s'il détecte toute forme d'abus, de manipulation ou de captation. Bénéficiant du caractère authentique qui s'attache aux actes de l'autorité publique[649], le contrat de mariage signé dans le respect des formalités prescrites par la loi fera preuve de son contenu et, de ce fait, sera difficilement contestable.

On s'étonnera peut-être du fait que, contrairement au contrat de mariage, le contrat d'union de fait ne sera quant à lui soumis à aucune formalité particulière. La raison en est simple : le contrat d'union de fait ajoute des droits et des obligations, alors que le contrat de mariage a également pour objectif d'en retrancher. S'il est souhaitable de ralentir l'ardeur de ceux et celles qui veulent se soustraire à des protections en leur imposant des formalités susceptibles d'accroître la qualité de leur consentement, il n'en va pas de même à l'égard de ceux et celles qui, au contraire, souhaitent se doter de protections dont ils ne pourraient autrement bénéficier.

> ***Recommandation n^{o} 2.1.12***
>
> *Il est recommandé de maintenir la forme notariée en minute du contrat de mariage.*

Le Comité s'est également intéressé à la proposition soumise par certains auteurs d'instituer en droit québécois de nouvelles causes d'annulation ou de révision du contrat de mariage au jour de la séparation de corps ou de la dissolution du mariage[650]. À la lumière des législations en vigueur dans les provinces canadiennes anglaises et de l'interprétation qu'en a retenue la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Hartshorne*[651], on a suggéré l'introduction d'un pouvoir de révision ou d'annulation judiciaire du contrat de mariage pour cause de lésion et d'imprévision, ces normes de contrôle judiciaire étant à même d'assurer une plus grande équité entre les époux. Cette proposition n'a pas été retenue par le Comité qui y voit une atteinte à la certitude dont chacun des époux doit pouvoir légitimement bénéficier après la signature du contrat. Au demeurant, c'est à travers les dispositions sur la prestation compensatoire parentale et la prestation compensatoire conjugale, et non le contrat de mariage, que le Comité entend garantir l'équité en matière familiale. Après signature, le contrat de mariage s'imposera donc aux époux et, éventuellement, au tribunal, même s'il en résulte un certain déséquilibre économique. Par ailleurs, si l'on devait accepter l'annulation ou la révision possible d'un contrat de mariage, ne faudrait-il pas logiquement permettre au tribunal d'instituer entre les conjoints de fait des droits et des obligations auxquels ils n'ont pourtant pas consenti par contrat d'union de fait, afin de lui permettre de réparer l'iniquité causée par le vide contractuel ? Sans contredit, une telle option dénaturerait l'économie générale à la base de la réforme proposée.

D. Droit successoral et assurance-vie

Le droit actuel reconnaît à l'époux survivant une vocation successorale aux articles 666 à 669 C.c.Q. (premier ordre de successibles) et aux articles 670 à 676 C.c.Q. (deuxième ordre de successibles). Ainsi, l'époux survivant est-il appelé à succéder à son conjoint décédé sans

testament, en concurrence avec ses descendants[652]. À défaut de descendant, il partagera la succession avec les ascendants privilégiés et les collatéraux privilégiés du défunt, le cas échéant[653]. Le Comité ne propose aucun changement à ces règles.

En matière successorale, les seules modifications suggérées concernent les donations à cause de mort et l'assurance-vie. Selon l'article 1841 C.c.Q., les donations à cause de mort sont présumées révocables, qu'elles soient universelles, à titre universel ou à titre particulier. Les futurs époux et les époux peuvent toutefois déroger à cette présomption en les stipulant irrévocables. Dans cette hypothèse, l'époux donateur ne pourra plus disposer à titre gratuit par acte entre vifs ou par testament des biens faisant l'objet de la donation, à moins d'avoir obtenu le consentement du donataire et de tous les autres intéressés ou qu'il ne s'agisse de biens de peu de valeur ou de cadeaux d'usage; il demeurera, cependant, titulaire des droits sur les biens donnés et libre de les aliéner à titre onéreux.

La présomption de révocabilité a été instituée lors de la réforme du Code civil de 1991[654]. Avant cette époque, les donations à cause de mort étaient plutôt présumées irrévocables[655]. Faute pour les futurs époux ou les époux d'en avoir stipulé la révocabilité, les limites à la disposition des biens donnés ci-dessus évoquées s'appliquaient donc de plein droit. Le Comité estime qu'un autre pas doit être aujourd'hui franchi. Le mariage ne présente plus la stabilité qui le caractérisait autrefois[656]. Permettre à un époux d'abdiquer sa liberté de tester au profit d'une personne avec laquelle il ne fera peut-être qu'un bout de chemin semble contre-indiqué. Certes, le divorce entraînera la caducité de plein droit des donations à cause de mort que se seront consentis les époux, que celles-ci soient révocables ou irrévocables[657]. Rien n'exclut toutefois qu'une modification testamentaire puisse être voulue par le donateur avant qu'un tel évènement ne survienne, et ce, pour des raisons parfaitement légitimes. Pensons au conjoint qui, après la séparation de fait, voudrait prendre les dispositions qui s'imposent pour protéger ses enfants. En outre, l'irrévocabilité des donations à cause de mort pouvait sans doute se justifier à l'époque où le contrat de mariage, bien plus qu'une simple convention entre époux, constituait un véritable pacte unissant la destinée économique de clans familiaux[658]. La certitude que pouvait procurer l'irrévocabilité des donations à cause de mort était de nature à raffermir l'alliance clanique. Cette époque est aujourd'hui bel et bien révolue… Pour toutes ces raisons, le Comité propose donc d'abroger le droit actuellement consenti aux futurs époux et aux époux de stipuler leurs donations à cause de mort à titre irrévocable[659]. Rappelons qu'aux termes des propositions avancées par le Comité, les époux n'auront plus le privilège exclusif des donations à cause de mort. Comme nous l'avons vu, les conjoints de fait pourront aussi y recourir, aux mêmes conditions[660].

Le Comité propose également d'intervenir sur l'irrévocabilité de la désignation du conjoint à titre de bénéficiaire d'une police d'assurance-vie. Selon l'actuel article 2449 C.c.Q. : « [l]a désignation de la personne à laquelle il est marié ou uni civilement à titre de bénéficiaire, par le titulaire de la police ou l'adhérent, dans un écrit autre qu'un testament, est irrévocable, à moins de stipulation contraire. La désignation de toute autre personne à titre de bénéficiaire est révocable, sauf stipulation contraire dans la police ou dans un écrit distinct autre qu'un testament […] ». Le Comité ne propose pas l'abrogation pure et simple de l'irrévocabilité, comme en matière de donation à cause de mort. En matière d'assurance-vie, les enjeux ne sont pas les mêmes, la liberté de tester n'étant nullement en cause. Le Comité suggère toutefois de remplacer la présomption d'irrévocabilité par une présomption de révocabilité mieux à même de s'harmoniser avec la réalité des relations conjugales contemporaines. Signalons, ici encore, la recommandation du Comité d'étendre aux conjoints de fait les règles déjà applicables aux époux,

telles que modifiées en fonction des propositions qui précèdent[661]. Ainsi, rien ne distinguera plus les deux types de conjoint en matière d'assurance-vie.

> ***Recommandation n° 2.1.13***
>
> *Il est recommandé d'abolir la possibilité qu'ont actuellement les époux de stipuler une donation à cause de mort à titre irrévocable.*
>
> *Il est également recommandé de remplacer la présomption d'irrévocabilité applicable à la désignation du conjoint à titre de bénéficiaire d'une police d'assurance-vie par une présomption de révocabilité.*

E. La célébration du mariage

Il peut sembler incongru de clore le chapitre présentant les recommandations relatives au mariage avec une section sur la célébration du mariage. Les deux propositions formulées par le Comité sur le sujet le justifient néanmoins puisqu'elles nous ramènent à la notion de consentement dont il a été préalablement question.

Selon l'actuel article 373 C.c.Q., « [a]vant de procéder au mariage, le célébrant [doit] s'assure[r] de l'identité des futurs époux, ainsi que du respect des conditions de formation du mariage […] », notamment l'existence d'un consentement libre et éclairé au mariage[662]. De l'avis du Comité, on ne peut raisonnablement se retrancher derrière cette règle pour affirmer la qualité du consentement des futurs époux. D'une part, le célébrant n'est pas nécessairement outillé pour les informer des conséquences juridiques qui découleront de leur engagement[663]; d'autre part, le lien de parenté qui, dans certaines situations, l'unira aux futurs époux ou à l'un d'eux, pourrait lui enlever l'objectivité nécessaire à l'accomplissement de son devoir. Afin d'accroître la qualité des consentements exprimés, il convient donc d'ajouter de nouvelles mesures au Code civil.

1. Attestation préalable

Le Comité, rappelons-le, est pleinement conscient des diverses significations que peut revêtir le mariage pour les époux. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle il estime nécessaire de dissocier clairement « consentement au mariage » et « consentement aux effets juridiques » qui en résultent[664]. Si sa proposition est retenue, ceux et celles qui veulent adhérer au statut matrimonial sans pour autant partager la définition restrictive qu'en impose actuellement le législateur québécois à travers le régime primaire impératif prévu aux articles 391 à 430 C.c.Q. auront voix au chapitre. Compte tenu de la logique d'« opting out » qu'il préconise en matière matrimoniale, les futurs époux (ou les époux) pourront en effet se soustraire, en tout ou en partie, aux effets juridiques qui y seront rattachés[665].

Tel que précédemment mentionné, malgré les dispositions de l'article 373 C.c.Q., on ne peut valablement imposer au célébrant le devoir d'instruire les époux des conséquences juridiques auxquelles le mariage donne lieu, celui-ci n'ayant pas nécessairement de formation juridique. En effet, outre les greffiers et greffiers-adjoints de la Cour supérieure désignés par le ministre de la Justice (qui sont nécessairement avocats ou notaires) et les notaires en pratique privée, sont formellement habilités à célébrer le mariage les ministres du culte répondant à certaines conditions prescrites par la loi[666], de même que toute autre personne désignée par le ministre de la Justice pour les fins d'un mariage en particulier, notamment des maires, d'autres membres des conseils municipaux ou des conseils d'arrondissement et des fonctionnaires municipaux[667].

Le seul véritable « devoir d'information juridique » imposé aux célébrants est prévu à l'article 374 C.c.Q. : celui-ci doit faire lecture aux futurs époux, en présence des témoins, des dispositions des articles 392 à 396 C.c.Q. Non seulement cette lecture est-elle incomplète – les effets juridiques du mariage excédant largement la portée de ces règles – mais elle intervient à un stade pour le moins tardif…

Le Comité croit essentiel d'instituer une nouvelle procédure en amont de la célébration du mariage afin que les futurs époux soient pleinement informés des conséquences juridiques qui accompagnent le mariage et du droit qui leur est conféré de s'en soustraire d'un commun accord, en tout ou en partie, par contrat de mariage, ou d'adopter tout autre arrangement contractuel, sous réserve des dispositions du régime parental impératif et de l'ordre public. La disposition suivante, que le Comité a cru bon de libeller pour une meilleure compréhension, décrit en ces termes la procédure suggérée :

> Le célébrant ne peut célébrer le mariage que si les futurs époux lui ont remis une attestation délivrée par un notaire ou un avocat confirmant que ceux-ci ont été informés des droits et obligations résultant du mariage. Le célébrant peut dispenser les futurs époux de cette obligation s'il est lui-même juge, notaire ou avocat et qu'il se charge de leur fournir l'information pertinente.

L'attestation pourra être délivrée au terme d'une consultation que les futurs époux auront sollicitée auprès d'un notaire ou d'un avocat de leur choix. Le ministère de la Justice pourra également étudier la possibilité de tenir à intervalles réguliers des séances d'information collectives auxquelles pourront prendre part les couples candidats au mariage aux fins d'obtenir l'attestation exigée. Les modalités de délivrance pourront évidemment faire l'objet de normes règlementaires précises[668].

> ***Recommandation n^{o} 2.1.14***
>
> *Il est recommandé d'imposer au célébrant du mariage l'obligation d'obtenir des futurs époux une attestation délivrée par un notaire ou un avocat confirmant qu'ils ont été informés des droits et obligations résultant du mariage, à moins que, lui-même juge, notaire ou avocat, le célébrant se charge de fournir aux futurs époux l'information pertinente.*

2. Célébrant proche parent d'un des futurs époux

Tel que mentionné au point précédent, l'article 366 C.c.Q. autorise le ministre de la Justice à fournir à toute personne qu'il désigne une habilitation spécifique à célébrer un mariage, « [...] notamment des maires, d'autres membres des conseils municipaux ou des conseils d'arrondissements et des fonctionnaires municipaux ». En vertu du principe d'interprétation *ejusdem generis*, certains observateurs ont initialement prétendu qu'une personne autre que celles mentionnées dans l'énumération, ne pouvait obtenir d'habilitation spécifique que dans la seule mesure où ses fonctions présentes ou antérieures lui conféraient une certaine représentativité institutionnelle[669]. Pensons, par exemple, à un avocat ou à un ex-magistrat. Telle n'est toutefois pas l'interprétation retenue par le ministre de la Justice qui s'est plutôt abstenu d'établir quelque critère que ce soit quant à l'identité ou à la qualification du célébrant. Au demeurant, une connaissance ou un ami du couple, voire un proche parent de l'un des futurs époux, peut donc, dans les faits, obtenir l'habilitation demandée.

Le Comité s'est d'abord demandé s'il convenait de recommander au législateur un resserrement des critères d'habilitation de manière à revenir vers une conception plus institutionnelle du célébrant. Un tel resserrement aurait pour conséquence d'exclure les amis et les proches des futurs époux du cercle des célébrants. Après avoir examiné les données provenant de l'Institut de la statistique du Québec, le Comité a pu constater la popularité des célébrants appartenant à la catégorie « Personne désignée ». En effet, en 2013, sur 12 020 mariages civils (conjoints de sexe opposé et conjoints de même sexe), près de 40 % (4 820) ont été célébrés par une « personne désignée »[670]. Bien que cette donnée ne permette pas de déterminer le nombre exact de célébrants amis ou proches, on peut présumer qu'il s'en trouve une forte proportion. Le Comité n'entend donc pas remettre en cause une option que la population québécoise semble apprécier. On peut par ailleurs justifier l'éventail des célébrants auxquels les couples ont accès par les valeurs de liberté et d'autonomie qui fondent le régime conjugal. Libre choix quant aux effets juridiques résultant du mariage, libre choix quant à la personne du célébrant.

La qualité du consentement des futurs époux justifie toutefois l'ajout d'une importante limite. Il faut non seulement se soucier du caractère éclairé du consentement des futurs époux, comme en témoigne la proposition qui précède, mais également de son caractère libre. La problématique des mariages forcés s'impose désormais au Québec comme aux autres États et il convient de s'y attaquer par différents moyens. En ce sens, le gouvernement fédéral a déposé, en novembre 2014, le projet de loi intitulé « Loi modifiant la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, la Loi sur le mariage civil, le Code criminel et d'autres lois en conséquence »[671] qui propose notamment « […] d'ériger en infraction [criminelle] le fait de célébrer un rite ou une cérémonie de mariage, d'y aider ou d'y participer, sachant que l'une des personnes qui se marient le fait contre son gré […] »[672]. Le Québec n'est pas en reste, des études étant actuellement en cours dans le but d'évaluer la pertinence des ordonnances civiles de protection comme mesure de lutte contre les mariages forcés[673]. Dans la foulée, le Comité recommande l'ajout d'une règle au Code civil interdisant la célébration du mariage par des proches qui, en raison du lien de parenté qui les unit aux futurs époux, pourraient exercer une pression sur leur consentement respectif :

> Le célébrant ne peut être un parent en ligne directe ou en ligne collatérale au deuxième degré de l'un des futurs époux.

Ainsi, contrairement à la situation qui prévaut actuellement, le père de la future épouse, de même que son frère, ne pourront plus agir à titre de célébrant du mariage. Certes, une telle prohibition ne pourra à elle seule garantir l'absence de mariages forcés, mais elle aura au moins le mérite de signaler à tous que le Québec est résolument engagé dans la lutte contre le mariage forcé et qu'il entend se servir de tous les leviers disponibles pour l'enrayer.

> ***Recommandation n^{o} 2.1.15***
>
> *Dans un souci de lutte contre le phénomène des mariages forcés, il est recommandé d'interdire la célébration d'un mariage par un célébrant parent en ligne directe ou en ligne collatérale au deuxième degré de l'un des futurs époux.*

F. La dissolution du mariage et la séparation de corps

Le Comité ne propose pas de changements fondamentaux aux règles portant sur la dissolution du mariage, que ce soit en matière de nullité du mariage ou de décès[674], ni d'ailleurs à celles qui régissent la séparation de corps, dont l'intérêt demeure malgré la libéralisation des conditions du divorce survenue en 1985. En effet, certains conjoints mariés resteront toujours réfractaires au divorce en raison de leurs valeurs morales ou de leurs croyances religieuses. Il convient donc de maintenir au Code civil une procédure qui leur permettra de formaliser les conséquences économiques de leur rupture, sans pour autant porter atteinte au lien matrimonial qui les unit[675]. Qui plus est, la séparation de corps présente un intérêt pour les époux qui, tout en ne répondant pas aux conditions du divorce[676], souhaitent néanmoins procéder au partage de leurs biens et au règlement de certaines autres mesures accessoires. À cet égard, rappelons qu'un jugement de séparation de corps peut être obtenu sans délai si les époux ne font plus vie commune au jour du dépôt de la demande[677], contrairement au divorce qui ne peut être prononcé qu'en cas d'adultère, de cruauté ou si les époux ont vécu séparément pendant au moins un an avant le prononcé de la décision[678]. Enfin, la séparation de corps représente une option intéressante pour les couples qui, à la suite de leur rupture, souhaitent préserver les avantages sociaux dont le conjoint du bénéficiaire principal ne peut profiter qu'en sa seule qualité d'*époux*[679].

Le Comité suggère toutefois un changement terminologique destiné à clarifier le sens et la portée de la séparation de corps. S'agissant d'une procédure légale dont découlent d'importantes conséquences juridiques[680], le Comité propose d'adopter la nouvelle appellation de « séparation judiciaire des époux »[681]. Ce changement terminologique contribuera à prévenir la confusion qui existe souvent dans l'esprit du public entre séparation de corps et séparation de fait; il présentera également l'avantage de bien dissocier le recours civil de celui, portant le même nom, que prévoit le droit canon.

> ***Recommandation n^{o} 2.1.16***
>
> *Il est recommandé que la « séparation de corps » soit renommée « séparation judiciaire des époux ».*

SECTION 3 – L'UNION CIVILE

C'est en réponse aux revendications égalitaires des couples de même sexe que l'union civile a été ajoutée au Code civil le 24 juin 2002[682]. Ne pouvant se marier en raison des limites alors posées par le droit fédéral, ceux-ci ont ainsi pu bénéficier d'une plate-forme juridique instituant entre eux des droits et des obligations similaires à ceux qui résultent du mariage. Ne voulant répondre à une discrimination en en créant une autre, le législateur québécois a également permis aux couples hétérosexuels d'y adhérer[683].

L'union civile est donc une copie quasi conforme du mariage, accessible à tous les couples, sans égard à l'orientation sexuelle des conjoints[684]. Ainsi, à quelques exceptions près, l'union civile est célébrée aux mêmes conditions que le mariage[685]. Les célébrants habilités à unir les époux et les conjoints civils sont les mêmes[686]. Comme le mariage, l'union civile entraîne la création d'un acte d'état civil consigné au registre de l'état civil[687]. Les effets de l'union civile sont également calqués sur ceux du mariage, qu'il s'agisse des effets relatifs à la contribution aux charges du ménage, au devoir de fidélité ou au devoir de secours et d'assistance[688]. Les époux

et les conjoints civils sont en outre soumis aux mêmes régimes primaire et secondaire[689] et peuvent prétendre à des droits successoraux équivalents[690]. La seule véritable différence entre l'union civile et le mariage concerne les modes de dissolution : alors que les époux doivent impérativement solliciter l'intervention du tribunal afin d'obtenir un jugement de divorce et de sceller définitivement le sort des conséquences accessoires en résultant[691], les conjoints unis civilement sans enfant ont quant à eux la possibilité de dissoudre conventionnellement leur relation devant notaire[692].

En 2005, les couples de même sexe se sont vu reconnaître par le Parlement fédéral le droit de convoler en justes noces[693]. L'union civile a dès lors perdu l'essentiel de sa pertinence. Bien que, depuis cette date, les statistiques n'attestent pas d'un total désintérêt des conjoints de même sexe envers l'union civile[694], on peut prévoir qu'à plus ou moins long terme, ceux qui voudront bénéficier d'un cadre juridique plus formel ou qui souhaiteront officialiser publiquement leur union se tourneront vers le mariage[695]. Devant l'original, la copie ne fait généralement pas le poids. D'autant plus que l'union civile ne jouit pas de la même charge symbolique que le mariage et ne bénéficie pas de la même reconnaissance internationale, que ce soit sur le plan social ou juridique[696].

Certes, le mode de dissolution de l'union civile est plus convivial et moins coûteux que le divorce. Comme susdit, les conjoints peuvent dissoudre l'union civile par acte notarié dans la mesure où ils n'ont pas d'enfant commun et qu'ils s'entendent sur l'ensemble des conséquences de leur rupture[697]. Cette distinction n'est toutefois attrayante qu'en théorie : il serait fort étonnant que des conjoints décident d'opter pour l'union civile précisément dans le but d'économiser sur leur rupture, alors même que le sentiment amoureux qui les unit les amène à minimiser les risques d'une telle éventualité[698].

Ces considérations amènent le Comité à préconiser l'abolition pure et simple de l'union civile. Un Code civil cohérent ne peut se permettre de maintenir le doublon qu'elle représente. Évidemment, des dispositions transitoires seront proposées de manière à maintenir l'institution entre les conjoints qui s'en seront prévalus avant l'entrée en vigueur de la réforme envisagée.

> ***Recommandation n° 2.1.17***
>
> *Il est recommandé d'abroger l'institution de l'union civile, sous réserve des dispositions transitoires qui en maintiendront les effets entre les conjoints unis civilement lors de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi.*

Chapitre troisième
La filiation

La filiation figure au nombre des notions dont la portée excède le champ du droit. Si les juristes se limitent généralement à y voir le « lien de droit qui unit l'enfant à son père ou à sa mère »[699], les anthropologues, les sociologues et les psychologues lui attribueront quant à eux d'autres finalités. Bien plus qu'un simple lien juridique porteur de droits et d'obligations, ceux-ci y verront l'ancrage familial et lignager sur lequel l'individu s'appuiera pour se construire et se définir[700]. En somme, la filiation prendra la couleur de la discipline à travers laquelle on en observera les contours[701].

Certes, il ne revient pas au Comité d'inventorier l'ensemble des dimensions que comporte la filiation. Son mandat porte sur le droit de la filiation, ou plus précisément, sur ses conditions d'établissement et sur ses effets. Le droit ne peut toutefois être réformé que si l'enjeu auquel il se rapporte fait l'objet d'une compréhension élargie. La réflexion du Comité s'inscrit dans cette perspective. Plusieurs des propositions contenues dans le présent chapitre conduisent aux fondements mêmes de l'institution filiale, tels qu'ils ont été mis au jour au cours des dernières décennies par l'ensemble des observateurs, toutes disciplines confondues.

Prévu au Titre premier du Livre deuxième sur la famille, le régime de la filiation que propose le Comité se compose de trois chapitres. Le premier est constitué d'une disposition générale reproduisant notamment le principe de l'égalité des filiations, alors que le deuxième reprend les trois types de filiation que connaît actuellement le Code civil[702] en les divisant en autant de sections, soit la filiation par le sang (renommée « filiation de l'enfant né d'une procréation naturelle »), la filiation de l'enfant né d'une procréation assistée et la filiation adoptive. Le troisième et dernier chapitre porte pour sa part sur la preuve de la filiation.

LIVRE DEUXIÈME
DE LA FAMILLE

[…]

TITRE PREMIER –
DE LA FILIATION

CHAPITRE PREMIER –
DISPOSITION GÉNÉRALE

CHAPITRE DEUXIÈME –
DES TYPES DE FILIATION

Section I –
De la filiation des enfants nés de la procréation naturelle

Section II –
De la filiation des enfants nés de la procréation assistée

Section III –
De la filiation adoptive

CHAPITRE TROISIÈME –
DE LA PREUVE DE LA FILIATION

* *Pour une vue d'ensemble du Livre deuxième suggéré, voir p. 241 à 243.*

Quant aux règles qui régissent l'autorité parentale, le Comité propose de les regrouper au sein d'un chapitre distinct situé au Titre troisième portant sur les effets de la famille[703]. Une telle disposition s'explique par la nature même de ces règles : l'autorité parentale découle de la filiation, elle-même constitutive de « famille » au sens de la définition proposée par le Comité dans la disposition générale du Livre deuxième. Bien que certains aménagements permettant de dissocier l'autorité parentale de la filiation soient suggérés par le Comité, c'est normalement aux parents qu'il revient d'exercer les droits et devoirs dont est assorti leur lien de filiation avec l'enfant.

Le premier principe directeur que s'est donné le Comité dans ses délibérations initiales a guidé l'ensemble de ses réflexions. Intitulé « L'intérêt et les droits de l'enfant au cœur des priorités »[704], ce principe directeur reflète d'ailleurs les orientations de la *Convention [internationale] relative aux droits de l'enfant*[705] auxquelles le Comité souscrit sans réserve. Comme le précise son article 3, « [d]ans 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 ». Fidèle à la conception de l'enfant « sujet de droit à part entière » que véhicule la Convention, le Comité s'est également employé à affirmer ou à réaffirmer les droits de l'enfant là où le législateur a pu autrefois les négliger.

Contrairement à l'ordre de présentation privilégié dans les chapitres précédents (régime parental impératif et régime conjugal), le Comité exposera ici ses recommandations en suivant l'ordre prévu au Code civil actuel, c'est-à-dire en commençant par la filiation par le sang. Le régime de la filiation par le sang demeure d'ailleurs le cadre de référence sur lequel prennent actuellement appui plusieurs des dispositions régissant la filiation de l'enfant issu d'une procréation assistée. Peu importe l'ordre des enjeux discutés par le Comité, il apparaît donc logique de débuter ainsi l'analyse. S'agissant d'un effet de la filiation, il apparaît tout aussi logique de terminer l'exposé par les dispositions relatives à l'autorité parentale.

Avant d'aborder la filiation par le sang, il convient toutefois d'examiner la disposition générale qui chapeaute l'ensemble du Titre deuxième.

SECTION 1 – LA DISPOSITION GÉNÉRALE

Selon l'article 522 C.c.Q., « [t]ous les enfants dont la filiation est établie ont les mêmes droits et les mêmes obligations, quelles que soient les circonstances de leur naissance »[706]. Le Comité souscrit sans réserve à ce principe d'égalité des filiations intégré dans le Code civil lors de la réforme du droit de la famille de 1980. On ne peut valablement se rabattre sur les circonstances de la naissance de l'enfant, totalement indépendantes de sa volonté, pour le priver des droits résultant d'une filiation légalement établie.

À l'origine, l'introduction du principe a permis de formaliser la disparition définitive des distinctions qu'opérait autrefois le droit entre la filiation légitime de l'enfant né en mariage, la filiation illégitime ou naturelle de l'enfant né hors mariage[707] et, plus accessoirement, la filiation de l'enfant adopté[708]. Bien qu'une lecture intégrale des dispositions du Code civil introduites par la réforme eut permis à elle seule de saisir l'uniformité des effets désormais engendrés par toute filiation[709], le législateur de l'époque s'est néanmoins cru justifié d'ériger en principe-phare cet important changement de cap[710].

Un autre pas doit être aujourd'hui franchi : l'égalité des enfants ne doit pas être envisagée au regard des seuls effets de la filiation. Si on ne peut légitimement moduler les droits et obligations qui résultent de la filiation en fonction des circonstances de la naissance de l'enfant, on ne saurait d'avantage lui refuser une filiation à laquelle il pourrait autrement prétendre en vertu de la loi, en prenant prétexte de telles circonstances. Le droit de tous les enfants à l'établissement d'une filiation aux conditions prévues par la loi mérite donc d'être formellement proclamé :

> Tous les enfants ont droit à l'établissement de leur filiation dans les conditions prévues au présent titre, sans autre considération.
>
> Les enfants dont la filiation est établie ont les mêmes droits et obligations.

Pour illustrer la portée de cet ajout, pensons à l'enfant conçu au moyen d'une technique de reproduction assistée qui ne satisferait pas aux exigences éthiques prescrites par la *Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée*[711]. Pensons également au projet parental qui aurait fait l'objet de modalités illégales au sens de la *Loi [fédérale] sur la procréation assistée*[712]. En vertu du « droit à la filiation » ajouté à la disposition générale, cet enfant ne pourrait se voir refuser la filiation à laquelle lui donne droit le Code civil. Autrement dit, la filiation de l'enfant devra être établie conformément aux règles applicables, indépendamment du manquement observé[713].

> ***Recommandation n^{o} 3.1***
>
> *Il est recommandé de reformuler le principe d'égalité des filiations actuellement énoncé à l'article 522 C.c.Q. de manière à proclamer non plus seulement l'égalité des enfants face aux droits et obligations que leur confère leur filiation (une fois établie), mais également leur égalité face à l'établissement de leur filiation, sans autre considération.*

SECTION 2 – LA FILIATION PAR LE SANG

La filiation par le sang fait l'objet du chapitre premier du Titre deuxième du Code civil et comporte deux sections. La première porte sur les « preuves » de la filiation, tandis que la deuxième concerne les « actions relatives à la filiation ». Les « preuves » de la filiation sont constituées de quatre éléments, soit l'acte de naissance, la possession d'état, la présomption de paternité et la reconnaissance volontaire. Quant aux actions judiciaires, elles se déclinent en deux grandes catégories : les actions en réclamation de filiation et les actions en contestation de filiation. Ces dernières se subdivisent elles-mêmes en deux sous-catégories : les actions en désaveu de paternité et les actions en contestation d'état.

L'examen des dispositions qui meublent chacune des sections du chapitre premier permet de déceler le double fondement qu'attribue aujourd'hui le législateur québécois à la filiation par le sang, soit la volonté individuelle et la génétique[714]. Ainsi, dans certaines situations, la filiation « par le sang » ne sera pas établie avec le géniteur de l'enfant, mais avec celui qui, sans lui être génétiquement apparenté, aura signé la déclaration de naissance ou, à défaut, se sera comporté de manière à fonder une possession constante d'état. Subsidiairement, la paternité pourrait également échoir au mari de la mère en vertu de la présomption de paternité applicable en mariage[715]. À moins qu'elle ne soit valablement contestée en justice conformément aux conditions prévues par la loi[716], la filiation du père non génétique résultant de l'une ou l'autre de

ces « preuves » non judiciaires subsistera, sans autre formalité. Les termes « Filiation par le sang » qui coiffent le premier chapitre sont donc trompeurs puisqu'ils laissent faussement sous-entendre que « […] ce type de filiation correspond exclusivement à l'élément biologique »[717] .

Bien que relatif, le fondement volontariste de la filiation s'est véritablement imposé lors de la réforme de 1980[718]. En consacrant la primauté de l'acte de naissance sur toute autre « preuve » non judiciaire de filiation, notamment la présomption de paternité, le législateur a dépouillé le mariage des effets filiaux qu'il lui attribuait depuis 1866. Sous le *Code civil du Bas Canada*, rappelons-le, la filiation paternelle de l'enfant revenait de plein droit au mari de la mère (*pater is est quem nuptiae demonstrant*)[719]. Bien plus qu'une simple règle de « preuve » subsidiaire[720], la présomption de paternité constituait une véritable règle de fond permettant à l'enfant du couple marié d'aspirer à la légitimité. Outre la probable vérité physiologique de l'enfant dont elle se voulait le reflet[721], la présomption de paternité visait d'abord et avant tout à assurer la stabilité des familles, d'où le très court délai de deux mois aménagé au bénéfice du mari trompé (et de ses héritiers) pour désavouer l'enfant[722]. À défaut de contestation dans ce délai, le mari demeurait le père de l'enfant, peu importe qu'il n'en soit pas le géniteur. Comme l'explique la professeure Anne-Marie Savard :

> La présomption de paternité constituait une règle de fond préservant l'image d'une famille fidèle aux liens du sang, avec la mère, le père et les enfants conçus durant le mariage. La présomption de paternité constituait la charpente non seulement de la famille, mais de la société toute entière, en maintenant l'ordre et la paix des familles au Bas Canada[723].

La levée des discriminations dont les enfants nés hors mariage ont fait l'objet jusqu'en 1980 allait évidemment changer la donne. Le souci de l'État d'assurer l'égalité des enfants sans égard au statut matrimonial de leurs parents ne pouvait qu'affaiblir la présomption de paternité, voire en transformer la nature. Dès lors qu'on ne reconnaît plus de valeur prépondérante au mariage dans l'établissement de la filiation, on se doit d'affranchir l'institution filiale de son fondement matrimonial[724].

Lors de la réforme de 1980, le législateur aurait très bien pu recentrer la filiation (par le sang) autour du lien génétique[725], comme certains semblent aujourd'hui le souhaiter[726]. En permettant qu'une simple déclaration de naissance ou une possession constante d'état serve de base à l'établissement d'un lien de filiation, sans égard au facteur génétique, le législateur québécois en a toutefois décidé autrement. Bien qu'un tel lien de filiation puisse, à certaines conditions précises, être contesté en justice sur la base d'une preuve génétique, le Québec a clairement fait le choix d'attribuer à la volonté individuelle un rôle fondamental en matière de filiation. Tantôt fondée sur le sang, tantôt fondée sur la volonté, la filiation constitue donc, en droit québécois, un heureux mélange des genres[727].

Le Comité partage cette conception de la filiation. De tout temps, d'autres valeurs sociales que l'appartenance génétique se reflètent dans le droit de la filiation, comme en témoigne d'ailleurs la portée autrefois conférée à la présomption de paternité. Le verrou de filiation actuellement prévu à l'article 530 C.c.Q., dont il sera ci-après question[728], en constitue un autre exemple éloquent : la filiation résultant à la fois d'un acte de naissance et d'une possession constante d'état qui y est conforme ne peut être contestée, peu importe l'existence de preuve démontrant hors de tout doute l'absence de lien génétique entre l'enfant et le parent concerné[729]. Bref, hier comme aujourd'hui, le droit québécois se refuse de réduire la filiation à une simple affaire de sang[730]. Comme l'écrit le doyen Cornu, « le droit de la filiation n'est pas seulement un droit de la

vérité. C'est aussi, en partie, un droit de la vie, de l'intérêt de l'enfant, de la paix des familles, des affections, des sentiments moraux, de l'ordre établi, du temps qui passe […] »[731].

Bien qu'il souscrive à la conception de la filiation qui se dégage du chapitre premier, le Comité propose d'importants réaménagements aux règles qui s'y trouvent afin d'en assurer une plus grande logique et une meilleure cohérence[732]. Ces réaménagements passent par l'attribution d'un nouveau titre au chapitre premier, par une requalification des « preuves » non judiciaires de filiation et par une modernisation des règles relatives aux actions de filiation.

A. Un nouveau titre : « De la filiation de l'enfant né d'une procréation naturelle »

Le Comité adhère à la suggestion formulée par la professeure Anne-Marie Savard dans sa thèse de doctorat de donner au chapitre premier portant sur la filiation par le sang un tout nouveau titre, soit « De la filiation de l'enfant issu d'une procréation naturelle »[733]. Le titre proposé décrit parfaitement la situation couverte par ce chapitre, celle de l'enfant conçu naturellement, par opposition à l'enfant issu d'une procréation assistée, dont la filiation doit être établie conformément aux dispositions du chapitre 1.1. Par ailleurs, le titre proposé s'avère plus respectueux du double fondement de la filiation, contrairement au titre actuel qui en oblitère la dimension volontariste.

> ***Recommandation n^{o} 3.2***
>
> *Il est recommandé de remplacer le nom actuel du chapitre premier « De la filiation par le sang » par un nom plus représentatif des dispositions qui y sont contenues, tant dans leur portée que dans leur fondement, soit « De la filiation de l'enfant né d'une procréation naturelle ».*

B. Des modes d'établissement de la filiation de l'enfant né d'une procréation naturelle

Tel que précédemment mentionné, l'actuel chapitre premier comporte deux sections : la première traite des « preuves » (non judiciaires) de la filiation, alors que la seconde est consacrée aux « actions relatives à la filiation ». Or, certaines des « preuves » (non judiciaires) n'en sont pas vraiment, s'agissant plutôt de véritables modes d'établissement de la filiation[734]. D'autres, en revanche, relèvent effectivement du droit de la preuve, sans qu'on puisse toutefois les aborder de manière équivalente, comme le fait actuellement le chapitre premier.

De l'avis du Comité, les éléments improprement désignés sous le nom de « preuves » (non judiciaires) de filiation doivent recevoir une dénomination susceptible d'en traduire l'essence et d'en refléter la finalité. À cette fin, le Comité suggère d'abord de créer une sous-section consacrée à l'établissement de la filiation, reprenant à son compte une recommandation formulée en 1977 par l'Office de révision du Code civil[735] :

> **CHAPITRE DEUXIÈME –**
> DES TYPES DE FILIATION
>
> **Section I –**
> De la filiation des enfants nés de la procréation naturelle
> § 1. – De l'établissement de la filiation
> § 2. – Des actions relatives à la filiation
>
> * *Pour une vue d'ensemble du Livre deuxième suggéré, voir p. 241 à 243.*

La sous-section 1 identifierait non seulement les modes d'établissement de la filiation, non judiciaires et judiciaire, mais elle permettrait également de mieux circonscrire les grands fondements qui s'en dégagent, tant en regard de la filiation maternelle que de la filiation paternelle. La sous-section 2 délimiterait quant à elle le cadre à l'intérieur duquel les actions judiciaires de filiation doivent se dérouler.

> ***Recommandation n^{o} 3.3***
>
> *Il est recommandé d'appréhender sous l'angle des « modes d'établissement » de la filiation dite par le sang ce que le législateur désigne actuellement sous le nom de « preuves de filiation ».*

1. L'établissement non judiciaire de la filiation

a) La filiation maternelle

Mater semper certa est ou « l'identité de la mère est toujours certaine ». Ce principe de droit romain trouve application en droit québécois, mais n'est nulle part proclamé de manière formelle[736]. On peut le déduire d'articles situés au chapitre des actes de l'état civil. Qualifiée de « mère » dans le constat de naissance dressé par l'accoucheur (art. 111)[737], la femme qui a donné naissance à l'enfant est la seule habilitée à déclarer sa filiation au directeur de l'état civil dans la déclaration de naissance (art. 115). Mis à part les cas d'accouchement clandestin suivis de l'abandon du nouveau-né, la maternité de la femme qui en a accouché sera donc consignée dans l'acte de naissance de l'enfant, sur la base de ces deux documents (art. 108)[738].

Dans le contexte du chapitre premier portant sur la filiation de l'enfant issu d'une procréation naturelle (et non pas assistée), le Comité ne peut que souscrire à cette conception de la maternité. Ici, nulle place au fondement volontariste[739]. Compte tenu de l'importance qu'elle revêt, il convient toutefois d'exprimer cette conception en termes exprès. En somme, la toute première règle de la nouvelle section portant sur l'établissement de la filiation devrait y faire écho :

> La filiation maternelle de l'enfant s'établit par l'accouchement.

Comme nous le verrons plus loin, c'est l'acte de naissance de l'enfant constitué sur la base de la déclaration de naissance et du constat de naissance qui permettra de faire la preuve de la filiation maternelle[740]. Évidemment, l'acte pourra faire l'objet d'une contestation judiciaire dans la mesure où une preuve contraire permet d'en contredire la véracité[741].

> ***Recommandation n^{o} 3.4***
>
> *Il est recommandé de consacrer en toutes lettres le fondement et le mode d'établissement de la filiation maternelle de l'enfant issu d'une procréation naturelle que constitue l'accouchement.*

b) La filiation paternelle

C'est bien sûr autour de la filiation paternelle que se situent les grands enjeux du droit de la filiation. En fait, c'est à travers la paternité que la complexité des fondements du régime juridique

filial se révèle. Tel que précédemment mentionné, le Comité reconnaît la pertinence des deux fondements que sont la volonté individuelle et le sang. Il approuve également l'ordre séquentiel dans lequel ces fondements s'opérationnalisent.

1° La déclaration de paternité aux fins de l'acte de naissance et la possession constante d'état ou le fondement volontariste de la filiation paternelle

La filiation paternelle peut d'abord résulter de la déclaration de paternité qui sert de base au directeur de l'état civil pour constituer l'acte de naissance[742]. Ainsi, l'homme qui se reconnaît le père de l'enfant aux conditions prévues par la loi héritera-t-il de la filiation, même s'il n'en est pas le géniteur[743]. Seule une action en contestation d'état intentée dans les conditions prévues par la loi[744] permettra de renverser la filiation du déclarant qui n'est pas génétiquement lié à l'enfant[745]. La disposition suivante, que le Comité a jugé bon de libeller pour une meilleure compréhension, permet de bien camper cette manière usuelle d'établir la filiation de l'enfant :

> La filiation paternelle s'établit par la reconnaissance de paternité faite dans la déclaration de naissance conformément aux conditions prévues par la loi.

Comme on l'aura remarqué, il est ici question de « déclaration de naissance » et non d'« acte de naissance ». La nuance, qui semble avoir échappé au législateur de 1980, n'est pourtant pas anodine. Ce n'est pas l'acte de naissance qui permet d'établir la filiation conformément au fondement volontariste qu'on lui attribue, mais bien la déclaration du père qui sert à le constituer[746]. L'acte de naissance ne permet que de prouver la filiation de l'enfant[747], laquelle, rappelons-le, peut être fondée tant sur la volonté que sur le sang[748]. C'est donc dans la déclaration de naissance signée par le père aux conditions prévues par la loi[749], et non dans l'acte de naissance, que le fondement volontariste de la filiation paternelle se manifeste[750].

En l'absence de déclaration de paternité, on pourra s'en remettre à la possession constante d'état pour établir la filiation[751]. Selon l'actuel article 524 C.c.Q., « [l]a possession constante d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui indiquent les rapports de filiation entre l'enfant et les personnes dont on le dit issu ». Ainsi, pendant une période significative, l'enfant doit-il être traité par son prétendu parent comme s'il s'agissait du sien (traitement ou *tractatus*)[752] et l'entourage de la famille (proches parents, amis, voisins, etc.) doit croire qu'il en est l'enfant biologique (réputation – renommée ou *fama*)[753]. Bien qu'il ne se manifeste pas expressément et formellement comme dans le cas de la déclaration de naissance, le fondement volontariste reste donc à la base de la possession constante d'état. En effet, l'homme qui adopte un comportement susceptible de fonder une possession constante d'état se commet implicitement à l'égard de l'enfant[754]. Son engagement équivaut donc à une forme de reconnaissance tacite de paternité, constitutive de filiation[755]. Tout comme la filiation résultant d'une déclaration de naissance, la filiation résultant de la possession constante d'état s'avérera toutefois précaire puisqu'une preuve génétique[756] attestant l'absence de lien génétique entre le « père » et l'enfant permettra de la renverser[757].

> ***Recommandation n^{o} 3.5***
>
> *Il est recommandé de consacrer en toutes lettres les modes d'établissement de la filiation paternelle de l'enfant issu d'une procréation naturelle que constituent la reconnaissance formelle de paternité (dans la déclaration de naissance) et la possession constante d'état.*

Cela dit, le concept de possession constante d'état nécessite certains ajustements d'importance. Selon le Comité, la définition qu'en donne actuellement l'article 524 C.c.Q. mérite d'être revue et précisée en fonction des quatre points suivants :

D'abord, il conviendrait d'y inscrire clairement le point de départ de la possession d'état : celle-ci ne peut que commencer à la naissance de l'enfant, non antérieurement ou ultérieurement. On ne saurait donc tenir compte des faits survenus durant la grossesse[758]. On ne saurait davantage conclure à une possession d'état si les rapports qu'on invoque pour en justifier l'acquisition ont débuté des mois, voire des années après la naissance de l'enfant[759].

Deuxièmement, le législateur aurait intérêt à fixer expressément la période minimale requise à l'acquisition d'une possession d'état constante. La plus courte période retenue par les tribunaux jusqu'à ce jour est de 16 mois[760]. Le Comité considère cette durée comme insuffisante. Non seulement la possession constante d'état constitue-t-elle un mode d'établissement autonome de la filiation, mais, comme il en sera ci-après question, elle permettra également de rendre la filiation incontestable si l'homme qui en est l'objet a également reconnu sa paternité dans la déclaration de naissance portée au registre de l'état civil[761]. Ainsi verrouillée, la filiation ne pourra donc être infirmée en justice au moyen d'une preuve génétique contraire. De telles conséquences militent certainement en faveur d'un engagement de plus longue durée. Selon le Comité, la période minimale requise devrait être établie à 24 mois, sauf circonstances exceptionnelles[762]. Une telle précision permettrait de bien circonscrire la portée de la règle, sans pour autant priver les tribunaux d'un pouvoir discrétionnaire que les faits particuliers d'une affaire pourraient justifier. Pensons, par exemple, à celui qui aurait agi de manière à fonder une possession d'état pendant 22 mois, mais qui serait subitement disparu avant que le délai de 24 mois soit atteint. Si tout laisse présager que, n'eut été de la disparition, les rapports entre l'enfant et le prétendu parent se seraient poursuivis à l'image du passé, le manque observé ne devrait pas s'avérer fatal.

Troisièmement, le critère de réputation ou de commune renommée (*fama*) que suppose actuellement la possession d'état devrait être abrogé. Ce critère, provenant des termes « dont on le dit issu » prévus à l'article 524 C.c.Q., réfère aux croyances de l'entourage de l'enfant et des parents. Pour qu'une possession constante d'état puisse se concrétiser, preuve doit être faite que, durant la période visée, les tiers croyaient en l'existence d'une véritable parenté biologique entre l'enfant et son prétendu parent[763]. Sans doute ce critère est-il pertinent si l'on conçoit la possession d'état comme étant une « preuve » de filiation dont le sang demeure le fondement[764], mais il est totalement superflu si l'on conçoit plutôt la possession d'état comme étant un mode d'établissement autonome de la filiation faisant uniquement appel au fondement volontariste. Dès lors qu'on assimile la possession d'état à une forme d'engagement ou de reconnaissance susceptible de fonder la filiation, comme le suggère le Comité (et non à une sorte de présomption ou d'indice biologique que les progrès scientifiques rendent de toute manière obsolètes[765]), il est illogique d'accorder aux croyances « biologiques » de l'entourage un effet dirimant. En somme, si de telles croyances sont sans importance à l'égard de celui dont la volonté se sera manifestée par la signature de la déclaration de naissance de l'enfant, il devrait en être tout autant à l'égard de celui dont la volonté peut se déduire des faits[766].

Quatrièmement, contrairement à ce que laisse entendre l'article 524 C.c.Q., la possession constante d'état ne devrait pouvoir servir qu'à établir la filiation paternelle, et non la filiation maternelle. Dans la mesure où l'on se refuse à attribuer à la filiation maternelle quelque fondement volontariste que ce soit, il devient illogique de permettre l'établissement de la filiation

maternelle au moyen d'une possession constante d'état… à laquelle on ne veut attribuer qu'un fondement volontariste[767].

Ces quatre modifications et précisions se reflètent dans la disposition suivante que le Comité a jugé bon de libeller pour une meilleur compréhension :

> La possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui indiquent le rapport de filiation entre l'enfant et l'homme qui se conduit comme le père. Pour être constante, la possession d'état doit commencer à la naissance de l'enfant et se poursuivre sur une période de 24 mois, sauf circonstances exceptionnelles.

Si la possession constante d'état permet d'établir la filiation, elle n'en constitue pas pour autant une preuve. Tant et aussi longtemps que la filiation en résultant ne sera pas consignée dans l'acte de naissance de l'enfant, la possession constante d'état sera en quelque sorte ineffective ou inopérationnelle, du moins à l'égard des tiers[768]. Un jugement du tribunal s'avérera nécessaire pour en constater l'existence et, incidemment, permettre la transcription de la filiation en découlant sur l'acte de naissance de l'enfant[769]. Si les conditions de l'article 130 al. 2 C.c.Q. sont satisfaites, une déclaration tardive de naissance pourrait être faite afin que la filiation résultant de la possession constante d'état soit transposée sur l'acte de naissance. Dans ce cas, la filiation découlera de ladite déclaration, et non plus uniquement de la possession constante d'état[770].

> ***Recommandation n^{o} 3.6***
>
> *Il est recommandé de préciser le point de départ et la durée minimale de la possession constante d'état, d'abandonner le critère de réputation ou commune renommée dont elle est actuellement assortie et d'en circonscrire l'application à la seule filiation paternelle.*

2° La présomption de paternité : élargissement ou abrogation ?

Applicable en mariage, la présomption de paternité découle de l'article 525 C.c.Q. :

> 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.
>
> Cette présomption de paternité est écartée lorsque l'enfant naît plus de 300 jours après le jugement prononçant la séparation de corps des époux, sauf s'il y a eu reprise volontaire de la vie commune avant la naissance.
>
> La présomption est également écartée à l'égard de l'ex-conjoint lorsque l'enfant est né dans les 300 jours de la dissolution ou de l'annulation du mariage ou de l'union civile, mais après le mariage ou l'union civile subséquent de sa mère.

Selon l'article 531 al. 2 C.c.Q., le père présumé ne peut contester sa filiation avec l'enfant que dans l'année de la naissance ou, selon le cas, du jour où il en a appris l'existence. La mère doit quant à elle intenter son action dans l'année de la naissance de l'enfant, sans autre nuance. Toute autre personne intéressée, notamment l'enfant et l'homme qui s'en croit le véritable père

biologique, disposera pour sa part du délai de prescription usuel de 30 ans pour contester la paternité du mari et, éventuellement, réclamer une nouvelle filiation[771].

Tous reconnaissent la profonde transformation dont la présomption de paternité a fait l'objet lors de la réforme de 1980. Sous le *Code civil du Bas Canada*, rappelons-le, la présomption de paternité constituait le véritable fondement de la filiation (légitime). Comme le soulignent les professeurs Pineau et Pratte, « le seul fait pour un enfant de prouver qu'il avait pour mère une femme mariée […] lui donnait automatiquement un père : le mari de sa mère »[772]. Aujourd'hui, ce n'est qu'à titre subsidiaire qu'on pourra recourir à la règle. Ainsi, le mari de la mère (ou son conjoint uni civilement) n'héritera de la paternité que si aucun autre homme n'a formellement reconnu l'enfant dans la déclaration de naissance ou ne s'est comporté de manière à fonder une possession constante d'état[773].

Faut-il conserver la présomption de paternité à titre de mode d'établissement subsidiaire de la filiation paternelle ? De l'avis du Comité, deux réponses sont envisageables : soit on conserve la présomption de paternité, mais en l'étendant toutefois à l'ensemble des couples, qu'ils soient mariés ou non, soit on l'abroge purement et simplement[774]. Maintenir la présomption de paternité au profit des seuls enfants nés de conjoints mariés n'est donc pas une option[775], et pour cause. Sur le plan filial, la forme juridique de l'union conjugale des parents n'est d'aucune pertinence. Comme l'ont constaté certains auteurs, la distinction qu'opère actuellement le législateur ne constitue rien de moins qu'un accroc à la philosophie égalitaire qui caractérise pourtant le droit de la famille québécois depuis la réforme de 1980[776].

Chacune des deux thèses admissibles recueille des appuis en nombre équivalent au sein du Comité. L'exposé des arguments au soutien de l'une et de l'autre permettra d'en comprendre les justifications respectives[777].

Thèse prônant l'élargissement de la présomption de paternité à l'ensemble des couples

Pour les tenants de la première thèse, le couple représente le foyer usuel et normal dans lequel naissent les enfants, que ce soit en mariage ou en union de fait[778]. Il est donc tout à fait légitime de lui rattacher des effets en matière de filiation, comme le font d'ailleurs la très grande majorité des provinces canadiennes anglaises[779]. Des effets qui demeureraient évidemment relatifs. Nulle question de revenir à l'époque où la présomption de paternité primait; celle-ci conserverait donc son caractère subsidiaire. Au surplus, estime-t-on, le droit du conjoint et de la mère de contester la paternité présumée devrait être élargi au-delà de l'année de la naissance[780] ou, selon le cas, de la connaissance[781]. S'il était autrefois justifié de couper court aux actions susceptibles de compromettre la stabilité des cellules familiales dont la pérennité constituait la norme, tel n'est manifestement plus le cas aujourd'hui. De toute manière, depuis la réforme de 1980, la prescription annale[782] ne remplit que partiellement sa fonction puisqu'on ne peut l'opposer ni à l'enfant (représenté par sa mère en qualité de tutrice), ni au « vrai père » biologique[783]. Peu importe la personne du demandeur, la contestation de la présomption devrait donc simplement emprunter la voie des actions ordinaires en contestation d'état, actuellement prescriptibles par 30 ans[784].

En somme, la présomption de paternité ne conserverait qu'une seule utilité : permettre à l'enfant dont la filiation n'est pas autrement établie (suivant une reconnaissance formelle de paternité ou une possession constante d'état) de bénéficier automatiquement d'un lien filial avec le conjoint de sa mère, sans avoir à en revendiquer l'établissement en justice, sur la base d'une preuve génétique[785]. La présomption de paternité présenterait donc l'avantage de déplacer le fardeau

sur les épaules du conjoint : il reviendrait à celui qui ne souhaite pas conserver sa filiation avec l'enfant en raison de l'absence de lien génétique de s'adresser au tribunal. À défaut, la filiation de l'enfant lui resterait acquise. Selon les tenants de la première thèse, la présomption de paternité se justifie donc par l'intérêt de l'enfant, d'où la pertinence de la maintenir, en élargissant toutefois sa portée pour y intégrer l'ensemble des couples, mariés ou non :

> Sauf si sa filiation est établie au terme d'une reconnaissance de paternité contenue dans la déclaration de naissance de l'enfant ou d'une possession constante d'état[786], l'enfant né pendant le mariage ou l'union de fait ou dans les 300 jours après sa dissolution[787], son annulation ou sa fin, selon le cas, est présumé avoir pour père le conjoint de sa mère.
>
> Cette présomption est écartée à l'égard de l'ex-conjoint lorsque l'enfant est né dans les 300 jours de la dissolution ou de l'annulation du mariage ou de la fin de l'union de fait, mais après le mariage ou l'union de fait subséquent de sa mère[788].
>
> La présomption est également écartée lorsque l'enfant naît plus de 300 jours après le jugement prononçant la séparation judiciaire des époux[789], sauf s'il y a eu reprise volontaire de la vie commune avant la naissance.

Actuellement, l'article 114 C.c.Q. autorise la mère à déclarer la paternité de son mari (ou conjoint uni civilement) dans la déclaration de naissance initiale[790]. Sur la base de cette information, le directeur de l'état civil est en mesure d'inscrire la filiation résultant de la présomption de paternité sur l'acte de naissance de l'enfant[791]. La présomption devient ainsi opérationnelle, les tiers bénéficiant d'une preuve formelle leur permettant d'en constater l'existence[792]. Évidemment, cette formalisation ne change pas la nature de la présomption et ne lui confère aucune valeur ajoutée, le conjoint, la mère ou tout autre personne intéressée pouvant contester la filiation en résultant, aux conditions précédemment mentionnées. À défaut de déclaration de la mère, un jugement du tribunal s'avérera nécessaire pour constater l'existence de la présomption de paternité et pour ordonner au directeur de l'état civil d'inscrire la filiation en découlant sur l'acte de naissance[793].

Dans la mesure où, comme le souhaitent les tenants de la première thèse, la présomption de paternité trouve application en union de fait, il faudra évidemment accorder à la mère non mariée le droit de déclarer la filiation de son conjoint de fait dans la déclaration de naissance initiale, afin que sa paternité soit formellement transposée sur l'acte de naissance.

Thèse prônant l'abrogation de la présomption de paternité

Pour les tenants de la deuxième thèse, la présomption de paternité constitue le dernier vestige d'une époque révolue, celle où couple (marié) et filiation (légitime) étaient inexorablement liés. Depuis la réforme de 1980, on l'a vu, la filiation de l'enfant issu d'une procréation naturelle trouve sa justification première dans la volonté individuelle et le sang. Sans doute réticent à rompre trop brutalement avec la tradition, le législateur a préféré affaiblir la présomption de paternité, plutôt que de l'abroger[794]. Lors de la réforme du Code civil de 1994, il y porta un nouveau coup, plus symbolique que réel, en confinant à un seul alinéa les règles relatives à l'action en désaveu et en contestation de la paternité présumée… alors qu'il y consacrait auparavant trois dispositions complètes. Comme l'écrivent les professeurs Pineau et Pratte :

> En 1994, […] le législateur remaniait les articles concernant les actions relatives à la filiation et regroupait en une seule disposition les anciens articles 581 à 588. Désormais,

> l'article 531 C.c.Q. assimile le désaveu à la contestation d'état, tout en lui réservant un délai de prescription différent. Le Code ne met donc plus l'accent sur la mise à l'écart de la présomption de paternité, ce qui renforce la dévalorisation de ce mode de preuve par rapport au droit d'hier[795].

Au-delà des apparences, les tenants de la première thèse eux-mêmes s'inscrivent dans cette même logique. Tout en préconisant l'élargissement de la présomption de paternité à l'ensemble des couples, ils suggèrent du même coup d'éliminer le court délai d'un an à l'intérieur duquel le conjoint et la mère de l'enfant peuvent aujourd'hui contester la filiation en résultant. La présomption se verrait alors dépouillée des derniers éléments susceptibles de lui procurer une certaine stabilité juridique et sociale, ne devenant plus qu'un modeste indice d'appartenance génétique contestable en tout temps par le conjoint au moyen d'un simple test d'ADN[796]. Sans vertu stabilisante et facilement réfutable, que restera-t-il de la présomption ? Sauf dans de très rares cas, le conjoint qui, doutant de sa paternité biologique, n'aura ni signé la déclaration de naissance, ni agi de manière à fonder une possession constante d'état, ne manquera pas de contester la présomption de paternité le jour où l'enfant lui réclamera une pension alimentaire[797]. Que ce soit en demande ou en défense, l'enfant finira donc par se retrouver un jour ou l'autre devant le tribunal, où triomphera facilement la vérité biologique révélée par l'ADN des protagonistes[798]. En fait, la filiation de l'enfant établie par la présomption de paternité ne sera généralement soustraite au débat judiciaire que si le conjoint de la mère décède pendant la grossesse ou avant d'avoir pu reconnaître formellement l'enfant dans la déclaration de naissance. Étant donné la présomption, l'enfant pourra bénéficier d'une filiation paternelle « automatique », sans qu'il ne lui soit nécessaire de s'adresser au tribunal pour en obtenir l'établissement dans le cadre d'une procédure non contentieuse[799].

Bref, en affaiblissant davantage la stabilité filiale que procure la présomption de paternité, comme nous y oblige l'évolution sociale[800], on vide la notion du peu de sens qu'il lui reste. Pour les tenants de la deuxième thèse, l'avènement de la preuve d'ADN a non seulement rendu la présomption de paternité anachronique[801], mais la nouvelle configuration qu'on en propose la rendrait à ce point inutile qu'on se doit plutôt de l'abroger[802]. Le temps est venu de dissocier clairement la filiation de la conjugalité.

> ***Recommandation n° 3.7***
>
> *N'ayant pu s'entendre sur la voie à privilégier, le Comité ne formule pas de recommandation précise quant à la présomption de paternité, si ce n'est qu'elle devrait être étendue aux conjoints de fait dans la mesure où son maintien était jugé pertinent.*

3° La reconnaissance volontaire : un « aveu » plus qu'un mode d'établissement réel

La section sur les preuves (non judiciaires) de la filiation consacre quatre articles à la reconnaissance volontaire :

> **526.** Si la maternité ou la paternité ne peut être déterminée par application des articles qui précèdent, la filiation de l'enfant peut aussi être établie par reconnaissance volontaire.
>
> **527.** La reconnaissance de maternité résulte de la déclaration faite par une femme qu'elle est la mère de l'enfant.

> La reconnaissance de paternité résulte de la déclaration faite par un homme qu'il est le père de l'enfant.
>
> **528.** La seule reconnaissance de maternité ou de paternité ne lie que son auteur.
>
> **529.** On ne peut contredire par la seule reconnaissance de maternité ou de paternité une filiation déjà établie et non infirmée en justice.

Nul besoin d'analyser en détails la portée que la doctrine attribue à la reconnaissance volontaire. Limitons-nous à un simple constat : la reconnaissance volontaire n'est pas un véritable mode d'établissement de la filiation. Comme le précise l'article 528 C.c.Q., la reconnaissance volontaire n'engage que son auteur. L'enfant n'est donc pas lié par la reconnaissance volontaire qui émane de celui qui s'en déclare parent. Autrement dit, l'enfant pourra invoquer la reconnaissance du prétendu parent à son profit, mais il ne pourra en subir les conséquences : « [l]a reconnaissance volontaire ne permet pas à son auteur de faire valoir des droits (filiaux) contre l'enfant; elle ne lui prescrit que des devoirs à l'égard de ce dernier »[803]. En toute hypothèse, un jugement du tribunal établissant la filiation de l'enfant s'avérera nécessaire pour qu'un véritable lien de droit soit institué entre l'enfant et le parent concerné[804].

En réalité, la reconnaissance volontaire ne constitue qu'un simple aveu au sens du droit de la preuve, sans plus[805]. La juste place de la notion ne se trouve donc pas dans la nouvelle sous-section sur « l'établissement de la filiation » que propose le Comité; au mieux pourrait-on y référer à l'article 533 C.c.Q. qui traite de la preuve admissible dans les actions en réclamation d'état.

> ***Recommandation n^{o} 3.8***
>
> *Il est recommandé d'exclure la reconnaissance volontaire présentement prévue aux articles 526 à 529 C.c.Q. des modes d'établissement non judiciaires de la filiation actuellement dite par le sang, s'agissant plutôt d'un simple commencement de preuve susceptible d'être utilisé dans le cadre d'une action judiciaire.*

2. L'établissement judiciaire de la filiation et la contestation

Dans les très rares cas où aucun constat de naissance n'est délivré conformément à l'article 111 C.c.Q., un jugement du tribunal reconnaissant la filiation de la femme qui a donné naissance à l'enfant pourra être obtenu au terme d'une action en réclamation d'état[806].

De même, en l'absence de reconnaissance formelle de paternité dans la déclaration de naissance de l'enfant, de possession constante d'état et de présomption de paternité (si tant est qu'on en souhaite non seulement le maintien, mais également l'élargissement à l'ensemble des couples), une action en réclamation d'état pourra permettre d'établir la filiation paternelle de l'enfant. En somme, à défaut de pouvoir déterminer la filiation paternelle sur la base de la volonté[807], on pourra l'établir judiciairement sur la base d'une preuve biologique[808].

La preuve biologique permettra également au tribunal de substituer la filiation du père biologique à celle de l'homme qui, malgré l'absence de lien génétique avec l'enfant, l'aura formellement reconnu dans la déclaration de naissance, aura agi de manière à fonder une possession

constante d'état ou en sera présumé père au terme de la présomption de paternité (dans la mesure où celle-ci est maintenue – voir les deux thèses ci-dessus présentées). Tel que précédemment mentionné, le fondement volontariste de la filiation paternelle n'a donc rien d'absolu. Depuis la réforme de 1980, la priorité revient aux liens du sang, à une exception près[809] : selon l'article 530 C.c.Q., la filiation résultant à la fois d'un acte de naissance et d'une possession d'état constante qui y est conforme ne pourra être contestée, peu importe l'existence de preuve démontrant hors de tout doute l'absence de lien génétique entre l'enfant et le parent concerné[810]. De l'avis du Comité, ce « verrou de filiation », qui trouve sa légitimité et sa justification dans la double volonté que reflètent la reconnaissance formelle de paternité et la possession constante d'état, reste aujourd'hui nécessaire pour garantir la stabilité de la filiation de l'enfant. Comme l'exprimait le juge Claude Tellier dans une décision datant de 1996 :

> La loi est à l'effet qu'il est dans l'intérêt de la justice, de l'ordre public et de la stabilité personnelle des individus et de la tranquillité sociale que l'on ne puisse pas remettre constamment en cause la filiation des gens et, en somme, remettre en question leur identité. Ce sont là les motifs profonds qui justifient cette présomption, et ce, en priorité sur toute autre considération[811].

Ce verrou de filiation exprime mieux que toute autre règle le construit social que représente la filiation[812]. La vérité biologique cède le pas à la stabilité socioaffective de la famille. C'est dans l'engagement parental déclaré et vécu, et non dans l'appartenance génétique, que la filiation puisera alors sa source et sa pérennité.

Après avoir énoncé les modes d'établissement non judiciaires de la filiation, la sous-section 1 devrait référer spécifiquement au mode d'établissement judiciaire qui s'y juxtapose, comme en fait foi la disposition suivante que le Comité a cru bon de libeller pour une meilleure compréhension :

> La filiation de l'enfant peut être réclamée ou contestée en justice.
>
> Nul ne peut plus réclamer une filiation paternelle contraire à celle qui résulte d'une reconnaissance de paternité dans la déclaration de naissance de l'enfant et d'une possession constante d'état qui y est conforme.
>
> De même, nul ne peut contester la filiation paternelle de celui qui a ainsi reconnu sa paternité dans la déclaration de naissance de l'enfant et qui s'est comporté de manière à fonder une possession constante d'état à l'égard de l'enfant.

On remarquera ici encore l'utilisation du terme « reconnaissance de paternité » en remplacement des termes « titre » et « acte de naissance » actuellement employés à l'article 530 C.c.Q. Tel que précédemment mentionné, l'acte de naissance (ou le titre) ne constitue que la preuve de la filiation, non son fondement[813]. Or, rappelons-le, c'est dans le fondement volontariste qu'expriment doublement la reconnaissance formelle de paternité – dont aura été saisi le directeur de l'état civil par la déclaration de naissance qui lui aura été transmise[814] – et la possession constante d'état que le verrou de filiation trouve sa légitimité et sa justification[815]. On voit difficilement pourquoi la transposition de la filiation dans l'acte de naissance, peu importe ce qui la fonde, pourrait permettre de verrouiller la filiation. Pensons, par exemple, à la filiation que le directeur de l'état civil aurait inscrite sur l'acte de naissance sur la base de la déclaration de paternité faite par la mère à l'égard de son mari[816]. Pensons également au jugement *ex parte* confirmant l'existence d'une possession constante d'état à l'égard d'un homme qui n'a jamais

formellement reconnu l'enfant[817]. Porté à l'acte de naissance, ce jugement permettra certes d'opérationnaliser la filiation résultant de la possession constante d'état, mais il n'ajoutera rien de plus au fondement qui la justifie.

> ***Recommandation n^{o} 3.9***
>
> *Il est recommandé de reformuler le « verrou de filiation » que constituent l'acte de naissance et la possession constante d'état, tel qu'actuellement énoncé à l'article 530 C.c.Q., en se référant non plus à l'acte de naissance, mais à la reconnaissance formelle de paternité et, incidemment, en en limitant l'application à la seule filiation paternelle.*

Concluant la sous-section 1, la disposition ci-dessus proposée conduirait naturellement à la sous-section 2 consacrée aux actions relatives à la filiation.

a) Les actions relatives à la filiation

Les articles 530 à 537 C.c.Q. qui encadrent les actions relatives à la filiation sont, pour l'essentiel, composés de dispositions de nature procédurale. Ils identifient les conditions d'exercice des actions et précisent les règles applicables à la preuve admissible et aux délais de prescription. Compte tenu de la nature de son mandat, le Comité ne s'est pas attardé aux nombreux éléments techniques dont les articles 530 à 537 C.c.Q. regorgent[818]. Sa réflexion s'est limitée aux questions de fond qui en découlent. Au total, deux propositions sont avancées, soit l'uniformisation des actions visant à contester la filiation paternelle, si besoin est, et l'abrogation du délai de prescription de 30 ans qui gouverne actuellement les actions ordinaires en contestation ou en réclamation d'état.

1° L'uniformisation des actions visant à contester la filiation paternelle

Sous réserve du verrou de filiation ci-dessus décrit, la filiation paternelle se conteste normalement au moyen d'une action en contestation d'état, soumise au délai de prescription régulier de 30 ans. Exceptionnellement, comme il en a déjà été question, le mari de la mère et la mère elle-même ne peuvent contester la paternité découlant de la présomption de paternité qu'au moyen d'une « action en désaveu » (pour le père) ou en « contestation de la paternité présumée » (pour la mère), toutes deux soumises au court délai d'un an prévu à l'article 531 al. 2[819].

Le Comité, rappelons-le, n'a pu en arriver à un consensus quant au sort que le législateur devrait réserver à la présomption de paternité. Certains souhaitent non seulement le maintien de la présomption, mais également son élargissement aux conjoints de fait, alors que d'autres préconisent plutôt son abrogation. Cependant, dans la mesure où l'on décidait de conserver et d'élargir la présomption de paternité, tous reconnaissent que le court délai d'un an auquel le conjoint et la mère de l'enfant (ou leurs héritiers) sont soumis n'a plus lieu d'être dans le contexte social actuel[820]. Ainsi, la filiation résultant de la présomption de paternité devrait-elle pouvoir être contestée aux mêmes conditions et suivant les mêmes modalités que la filiation découlant d'un autre mode d'établissement. En somme, le Comité suggère l'élimination des actions particulières prévues à l'article 531 al. 2 C.c.Q. (désaveu et contestation de la paternité présumée), afin que toute contestation de filiation paternelle emprunte désormais la voie de l'action en contestation d'état, sans égard au mode d'établissement de la filiation, à l'état conjugal des parents et à la personne du requérant[821].

> ***Recommandation n^{o} 3.10***
>
> *S'il était décidé de maintenir la présomption de paternité (et de l'étendre aux conjoints de fait), il est recommandé d'uniformiser l'ensemble des actions visant à contester la filiation actuellement dite par le sang, sans égard au mode d'établissement sollicité.*

2° L'imprescriptibilité des actions relatives à la filiation

Selon l'article 536 C.c.Q., les actions en réclamation ou en contestation d'état se prescrivent par 30 ans à compter du jour où l'enfant a été privé de l'état qui est réclamé ou a commencé à jouir de l'état qui lui est contesté[822]. Pourquoi 30 ans ? La filiation participe de l'état des personnes qui, en principe, n'est pas sujet à prescription[823]. On réserve généralement la prescription trentenaire aux questions de propriété[824], non aux questions d'état. Le Comité estime que les actions en réclamation d'état ou en contestation d'état ne devraient comporter aucune prescription[825], comme c'était d'ailleurs le cas avant la réforme de 1980[826]. Socialement et juridiquement, on peine à comprendre pourquoi l'on refuserait à l'enfant de 31 ans une filiation qu'on aurait accepté de lui reconnaître un an plus tôt.

En cas de décès de l'enfant ou d'un parent, les droits d'action en réclamation ou en contestation d'état devraient toutefois, comme c'est le cas présentement, faire l'objet de règles spécifiques. Non seulement ces règles sont-elles nécessaires pour consacrer la transmissibilité du droit d'action en cause[827], mais également pour y assortir un délai de déchéance précis. Selon l'actuel article 536 al. 2 C.c.Q., les héritiers de l'enfant décédé sans avoir réclamé son état doivent agir dans les trois ans de son décès. Quant aux héritiers du parent décédé, ils doivent, selon l'article 537 C.c.Q, intenter leur action en contestation d'état dans l'année qui suit le décès. Indépendamment de sa proposition d'abroger tout délai de prescription du vivant des parties, le Comité recommande la reconduction de ces délais de déchéance à la suite du décès de l'une d'elle, à défaut de quoi le règlement des successions pourrait s'en trouver retardé, voire compromis.

> ***Recommandation n^{o} 3.11***
>
> *Il est recommandé de rendre imprescriptibles les actions en réclamation et/ou en contestation de la filiation actuellement dite par le sang, mais de reconduire les délais de déchéance imposés aux héritiers de l'enfant ou d'un parent, compte tenu des adaptations nécessaires.*

SECTION 3 – LA FILIATION DE L'ENFANT ISSU DE LA PROCRÉATION ASSISTÉE

La filiation des enfants nés d'une procréation assistée fait actuellement l'objet du chapitre 1.1 du Titre deuxième sur la filiation. Ce chapitre particulier a été introduit en 2002 aux termes de la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*[828]. Auparavant regroupées au sein d'une simple section du chapitre premier sur la filiation par le sang, les dispositions pertinentes établissent aujourd'hui les conditions d'existence du « projet parental avec assistance à la procréation » (art. 538 C.c.Q.), en plus d'identifier précisément les modes d'établissement de la filiation de l'enfant qui en est issu (art. 538.1 à 538.3 C.c.Q.)[829].

Depuis 2002, non seulement le projet parental des couples hétérosexuels obtient la reconnaissance du législateur, mais également celui des femmes seules[830] et des couples de lesbiennes[831]. Dans ce dernier cas, l'enfant qui naîtra se verra attribuer deux mères, soit la femme qui en accouchera et sa conjointe[832]. Quant aux couples gais et aux hommes seuls, ils demeurent exclus du champ d'application du chapitre 1.1 en raison de la nullité absolue dont sont frappées les ententes impliquant le recours à une mère porteuse[833].

Le statut juridique des couples admissibles à la procréation assistée au sens du chapitre 1.1 est sans importance, les conjoints pouvant être liés l'un à l'autre par le mariage ou l'union civile ou vivre simplement leur relation en union de fait[834]. La composante conjugale s'avère toutefois essentielle. Ainsi, deux personnes qui ne forment pas un couple à proprement parler ne peuvent avoir recours aux dispositions pertinentes[835]. Soulignons qu'il est de l'essence du projet parental d'être formé avant la conception de l'enfant. Le cas échéant, le conjoint (ou la conjointe) de la mère ne pourrait donc se joindre au projet parental après la conception; il doit en être partie prenante en amont, à défaut de quoi les articles 538 C.c.Q. et suiv. seront inapplicables[836].

La réforme de 2002 a également apporté d'importantes modifications aux règles qui gouvernent la forme de l'apport. Contrairement à la situation qui prévalait naguère, l'assistance du tiers n'emprunte plus nécessairement la forme d'un don de gamètes dépersonnalisé et anonyme exigeant l'intervention d'une instance médicale[837]. Le tiers peut aujourd'hui se présenter sous une forme on ne peut plus humaine, en remettant par lui-même les gamètes avec lesquels l'insémination sera effectuée en privé, sans intervention clinique ou médicale (procréation artisanalement assistée)[838] ou en s'exécutant au moyen d'une relation sexuelle proprement dite (procréation amicalement assistée)[839]. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le législateur a changé le titre de la section devenue chapitre : on ne parle plus de procréation « médicalement » assistée, mais de procréation assistée, sans plus.

Cette précision terminologique en amène une autre. Au sens du Code civil, il n'y a procréation assistée que dans la seule mesure où l'on recourt aux forces génétiques d'une personne qui n'est pas partie au projet parental (procréation assistée hétérologue ou exogène). Le couple hétérosexuel dont les gamètes sont utilisés aux fins d'une procréation médicalement assistée *in vitro* ou *in vivo* (procréation assistée homologue ou endogène) n'est donc pas visé par le chapitre 1.1. La filiation de l'enfant issu d'une telle intervention sera établie conformément aux dispositions du chapitre 1 relatif à la procréation naturelle. Selon le contexte social ou législatif dans lequel on les utilisera, les termes « procréation assistée » peuvent donc référer à des réalités distinctes[840]. L'assistance à laquelle renvoie le Code civil se rapporte au tiers à l'origine des forces génétiques, non pas au médecin ou à la clinique dont l'intervention est requise pour mener à bien l'insémination artificielle, le cas échéant.

Selon l'article 538.1 C.c.Q., la filiation de l'enfant né d'une procréation assistée au sens ici entendu se « prouve », comme une filiation par le sang, par l'acte de naissance. À défaut, la possession constante d'état permettra d'y suppléer[841]. Si le projet parental est celui d'un couple marié ou uni civilement, la filiation pourra être subsidiairement établie au moyen d'une présomption de parenté calquée sur la présomption de paternité prévue au chapitre 1 portant sur la filiation par le sang[842]. Aucun lien de filiation ne pourra être établi entre l'enfant et l'auteur de l'apport de forces génétiques, à moins que cet apport n'ait pris la forme d'une relation sexuelle, auquel cas un lien de filiation pourra être établi entre le tiers et l'enfant dans l'année de la naissance[843].

Le Comité propose d'importantes modifications aux dispositions qui régissent la filiation de l'enfant issu d'une procréation assistée. Pour les raisons qui seront évoquées au point B, il suggère d'abord de reconnaître des effets juridiques au projet parental impliquant le recours à une mère porteuse. Compte tenu des enjeux éthiques et juridiques très délicats que soulève ce type de projet, l'encadrement suggéré ne nécessite pas qu'un simple ajustement aux règles existantes, mais la mise en place d'un régime juridique spécifique. Ainsi, le chapitre 1.1 (qui deviendrait la section II du chapitre II sur les types de filiation) comporterait-il deux sous-sections, une première consacrée au projet parental qui suppose l'assistance d'un tiers au sens actuellement entendu (procréation assistée dite « classique »), et une seconde portant précisément sur le projet parental nécessitant l'intervention d'une mère porteuse :

> **CHAPITRE DEUXIÈME –**
> DES TYPES DE FILIATION
>
> [...]
>
> **Section II –**
> De la filiation des enfants nés de la procréation assistée
> § 1. – Du projet parental avec recours à l'assistance d'un tiers à la procréation
> § 2. – Du projet parental avec recours à une mère porteuse
>
> * *Pour une vue d'ensemble du Livre deuxième suggéré, voir p. 241 à 243.*

Avant d'exposer le cadre juridique applicable au projet parental impliquant le recours à une mère porteuse, il convient d'examiner les dispositions qui régissent le projet parental « classique » auquel fait référence l'actuel article 538 C.c.Q. Plusieurs modifications sont proposées aux règles existantes, certaines fondamentales, d'autres plus accessoires.

A. Le projet parental avec recours à l'assistance d'un tiers à la procréation (procréation assistée « classique »)

1. Les conditions d'existence et la preuve du projet parental

Le Comité ne remet pas en question les conditions d'existence du projet parental « classique » prévues aux articles 538 et suiv. C.c.Q. Il lui apparaît donc légitime et souhaitable qu'un lien de filiation puisse être établi entre l'enfant et les personnes à l'origine du projet parental, à l'exclusion du tiers (masculin ou féminin) dont les gamètes auront été utilisés aux fins de la procréation. La règle actuelle qui limite l'application du chapitre 1.1 aux personnes seules et aux couples (excluant ainsi les autres duos) lui semble également fondée. Le Comité estime en outre opportun de maintenir la palette des « options » dont disposent ces personnes pour réaliser leur projet parental : insémination artificielle effectuée en clinique ou privément, au moyen des gamètes d'un donneur anonyme ou connu, ou par relation sexuelle proprement dite.

Une précision d'importance s'impose ici. Le Comité est pleinement conscient des enjeux éthiques que certains types de projets parentaux peuvent soulever[844]. Il reconnaît l'importance pour les autorités de s'en préoccuper de différentes manières et, si possible, de sanctionner les manquements observés. Que ce soit au moyen de *la Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée*[845] ou par des campagnes de sensibilisation, selon le type de procréation assistée visée, il est nécessaire de prévenir les dérives éthiques. On ne saurait toutefois utiliser le droit de la filiation comme outil de sanction. En cas de manquement,

ce sont les personnes qui en sont responsables qu'il faut viser, non pas l'enfant. Le principe d'égalité des filiations actuellement prévu à l'article 522 C.c.Q., ou plutôt la reformulation qui en est proposée, impose d'ailleurs cette conclusion : « tous les enfants ont droit à l'établissement de leur filiation dans les conditions prévues au présent titre, sans autre considération ». Raisonner autrement nous ramènerait à la situation qui prévalait avant la réforme de 1980, alors que l'enfant se voyait privé d'une filiation légitime en raison des agissements de ses parents[846].

Cette précision étant faite, le Comité propose l'ajout de deux mentions additionnelles à l'article 538 C.c.Q. La première permettrait de codifier une exigence posée par la jurisprudence : la personne qui fournit ses forces génétiques doit être informée de la nature de sa contribution; elle doit être pleinement consciente de l'instrumentalisation dont elle est l'objet[847]. Cette condition est particulièrement importante lorsque l'apport du tiers se fait par relation sexuelle. Ainsi, dans la mesure où l'homme qui consent à avoir une relation sexuelle avec une femme ignore qu'il est sollicité dans le cadre d'un projet parental auquel il n'est pas partie, la filiation de l'enfant qui pourrait naître de ses œuvres sera établie non pas en vertu du chapitre sur la filiation des enfants nés d'une procréation assistée, mais du chapitre sur la filiation par le sang[848] (renommée, selon la proposition du Comité, « filiation des enfants nés d'une procréation naturelle »[849]).

La deuxième précision trouve sa justification dans la recommandation du Comité de reconnaître le projet parental impliquant le recours à une mère porteuse et d'en encadrer spécifiquement les conséquences juridiques aux termes d'une sous-section distincte. Puisque la contribution de la mère porteuse ne se limite pas nécessairement à la gestation – ses propres ovocytes pouvant être fécondés au profit des parents d'intention[850] –, il convient d'en exclure expressément l'application aux fins de la sous-section portant sur la procréation assistée classique.

La disposition suivante, que le Comité a jugé bon de libeller pour une meilleure compréhension, permet de bien visualiser les deux précisions suggérées :

> Une femme seule ou des conjoints peuvent, dans le cadre d'un projet parental, avoir recours aux forces génétiques d'une personne qui n'est pas partie au projet parental, exclusion faite d'une personne dont l'apport est fait à son insu.
>
> La présente section ne s'applique pas au projet parental qui implique le recours à une mère porteuse.

Le projet parental auquel réfère l'article 538 C.c.Q. n'est actuellement soumis à aucune condition de forme. Il revient à celui qui l'invoque d'en faire la preuve par quelque moyen que ce soit[851]. Plusieurs auteurs ont déjà dénoncé l'absence de formalisme en la matière, invitant le législateur à prescrire l'écrit, voire l'acte notarié[852]. Une telle exigence, affirment-ils, permettrait de prévenir les litiges au profit de toutes les parties concernées. Le Comité partage l'avis selon lequel les parties au projet parental ont tout intérêt à recourir à la meilleure preuve possible s'ils veulent s'éviter des ennuis[853]. Poser l'exigence d'un écrit ou imposer toute autre formalité, sous peine de nullité du projet parental, s'avérerait toutefois préjudiciable à ceux et celles qui, sans satisfaire aux conditions de forme prescrites, seraient néanmoins en mesure d'en faire la preuve, y compris dans le cadre d'une action judiciaire. Qui plus est, il serait tout à fait contraire à l'intérêt de l'enfant issu de la procréation assistée de faire obstacle à l'établissement d'une filiation avec chacun de ses parents d'intention, alors même que toutes les conditions de fond du processus ont été satisfaites. La forme ne doit pas l'emporter sur le fond, à plus forte raison lorsque la filiation d'un enfant est en cause. Bref, comme en toute autre matière, on peut inciter les parties au projet parental et le tiers à l'origine des forces génétiques à faire preuve de

prudence, particulièrement lorsque l'assistance à la procréation n'implique aucun intermédiaire clinique ou médical, mais il ne convient pas de les y contraindre, à peine de nullité du projet parental.

> ***Recommandation n^{o} 3.12***
>
> *Aux fins du cadre juridique régissant la procréation assistée dite classique, il est recommandé de préciser la nécessité pour le tiers dont l'assistance est requise de connaître la nature de sa contribution au projet parental d'autrui;*
>
> *Il est en outre recommandé de ne pas imposer de conditions de forme particulières au projet parental.*

2. L'établissement de la filiation de l'enfant issu d'une procréation assistée classique

Comme c'est le cas au chapitre 1 portant sur la filiation par le sang, le législateur reconnaît en matière de procréation assistée la valeur des « modes d'établissement non judiciaires »[854] de la filiation que sont l'acte de naissance[855] et la possession constante d'état[856]. Tel que précédemment mentionné, il reprend également l'idée de la présomption de paternité, en lui attribuant toutefois une portée plus large[857]. Celle-ci vise non seulement le conjoint marié ou uni civilement, mais également la conjointe mariée ou unie civilement. Seule la reconnaissance volontaire dont il est question aux articles 526 à 529 C.c.Q. est absente du tableau[858]. Bref, sous réserve de certaines adaptations, le législateur reproduit en matière de procréation assistée l'essentiel du modèle aménagé au chapitre 1 portant sur la filiation par le sang[859].

Si certains des « emprunts » que fait le législateur au chapitre 1 sont adéquats, d'autres, en revanche, font violence aux véritables fondements de la filiation de l'enfant né d'une procréation assistée. D'importants ajustements ou adaptations paraissent donc nécessaires, et ce, tant en ce qui concerne les modes d'établissement non judiciaires de la filiation que les actions en justice qui y sont assorties. À certains égards, des précisions ou clarifications aux concepts existant s'avéreraient également opportunes.

a) L'établissement non judiciaire de la filiation

1° La filiation maternelle (avec la mère de naissance)

De tout temps, la filiation maternelle de l'enfant né d'une procréation assistée classique s'établit avec la femme qui lui a donné naissance, que son projet parental soit partagé avec un conjoint ou une conjointe ou qu'il lui soit exclusif, selon le cas. L'enfant aura donc pour mère celle qui l'a porté. On retrouve ici la même règle que celle qui régit l'établissement de la filiation maternelle de l'enfant né d'une procréation naturelle : *Mater semper certa est*[860]. La provenance de l'ovocyte fécondé est donc sans importance[861]. Le cas échéant, la donneuse d'ovocyte ne pourra s'appuyer sur sa contribution génétique pour revendiquer une filiation maternelle avec l'enfant[862].

À l'instar de la proposition formulée au chapitre portant sur la filiation par le sang, le Comité croit nécessaire d'ajouter au chapitre portant sur la filiation de l'enfant né d'une procréation assistée

une disposition consacrant formellement le rattachement filial de l'enfant à la femme qui lui donne naissance. Le fondement de la filiation maternelle s'en trouverait ainsi clarifié :

> La filiation de l'enfant [né d'une procréation assistée classique] s'établit par l'accouchement.

Le constat dressé par l'accoucheur et la déclaration de naissance signée par la mère[863] permettra au directeur de l'état civil de dresser la preuve de filiation que constitue l'acte de naissance inscrit au registre de l'état civil[864]. Dans les très rares cas où ces documents feront défaut, un jugement du tribunal reconnaissant la filiation maternelle de la mère de naissance s'avérera nécessaire pour en assurer la publicité[865].

> ***Recommandation n^{o} 3.13***
>
> *Il est recommandé de consacrer en toutes lettres le fondement et le mode d'établissement de la filiation maternelle de l'enfant issu d'une procréation assistée dite classique que constitue l'accouchement.*

2° La seconde filiation

Si l'enfant né d'une procréation naturelle a une filiation maternelle et une filiation paternelle, établie ou en puissance, tel n'est pas nécessairement le cas de l'enfant né d'une procréation assistée classique. Comme précédemment mentionné, il n'y a pas que les couples qui peuvent former un projet parental au sens de l'article 538 C.c.Q, les femmes seules y sont également autorisées. Le législateur avalise donc ici une conception unilinéaire de la filiation[866], reproduisant le schème institué en matière d'adoption lors de la réforme de 1980[867].

Cette précision faite, il convient d'aborder les modes d'établissement susceptibles de fonder la seconde filiation de l'enfant avec le conjoint ou la conjointe de sa mère, le cas échéant.

i. La déclaration de naissance et la possession constante d'état

Contrairement à ce que laisse entendre l'article 538.1 C.c.Q., ce n'est pas tant l'acte de naissance qui permet d'établir le second lien de filiation de l'enfant né d'une procréation assistée, que la reconnaissance de paternité ou de co-maternité contenue dans la déclaration de naissance. Tout comme il en a été question dans la deuxième section, il faut bien distinguer « mode d'établissement de la filiation » et « preuve de la filiation »[868].

Dans le cas de l'enfant né d'une procréation naturelle, rappelons-le, ce ne sera pas nécessairement le père biologique qui reconnaîtra formellement l'enfant dans la déclaration de naissance. De même, ce ne sera pas nécessairement le conjoint ou la conjointe de la mère partie au projet parental qui reconnaîtra l'enfant né d'une procréation assistée. Dans les deux cas, ce sont pourtant les personnes qui auront signé la déclaration de naissance qui hériteront d'une filiation avec l'enfant. Seule une action en contestation d'état intentée dans les conditions prévues par la loi permettra de renverser la filiation du déclarant qui, dans le premier cas, n'est pas génétiquement lié à l'enfant, ou dans le second cas, n'est pas le conjoint ou la conjointe de la mère partie au projet parental[869].

En fait, c'est dans l'appartenance génétique ou le projet parental, selon le cas, que réside l'ultime fondement de la filiation[870], mais la reconnaissance de paternité ou de co-maternité formellement exprimée à la suite de la naissance suffira à fonder la filiation du déclarant, sans autre formalité. En matière de procréation assistée comme en matière de procréation naturelle, le législateur accorde donc à la volonté exprimée à la suite de la naissance un rôle créateur de filiation.

Puisque que le Comité y voit d'abord et avant tout une forme de reconnaissance tacite de l'enfant[871], la possession constante d'état s'inscrit dans la même perspective que la déclaration de naissance. Elle permettra de fonder la filiation par elle-même, mais celle-ci demeurera tout aussi précaire puisqu'on pourra la renverser en justice si l'on parvient à démontrer que la personne à l'égard de qui on l'invoque n'était pas ou ne pouvait pas être partie au projet parental, au sens de l'article 538 C.c.Q. Sur le plan conceptuel, faut-il le répéter, le projet parental est à la filiation de l'enfant issu d'une procréation assistée ce que le sang est à la filiation de l'enfant issu d'une procréation naturelle.

La disposition suivante, que le Comité a jugé bon de libeller pour une meilleure compréhension, permet de mesurer la portée fondatrice à laquelle la reconnaissance formelle de parenté dans la déclaration de naissance et la possession constante d'état peuvent toutes deux prétendre :

> Le cas échéant, la seconde filiation de l'enfant s'établit par la reconnaissance de parenté faite dans la déclaration de naissance conformément aux conditions prévues par la loi. À défaut d'une telle reconnaissance, elle s'établit par la possession constante d'état.

> ***Recommandation n^{O} 3.14***
>
> *Il est recommandé de consacrer en toutes lettres les modes d'établissement de la seconde filiation de l'enfant issu d'une procréation assistée dite classique que constituent la reconnaissance formelle de parenté (dans la déclaration de naissance) et la possession constante d'état.*

Par ailleurs, les ajustements à la possession constante d'état qui ont été suggérés au chapitre portant sur la filiation par le sang apparaissent tout aussi pertinents en matière de procréation assistée[872]. Il convient ici aussi de fixer le point de départ de la possession constante d'état et la période minimale nécessaire à son acquisition. Pour les raisons déjà évoquées, il convient également d'abandonner le critère de réputation ou de commune renommée traditionnellement exigée[873] et de circonscrire l'application de la possession constante d'état à la seconde filiation de l'enfant, qu'elle soit paternelle ou co-maternelle.

> ***Recommandation n^{o} 3.15***
>
> *Il est recommandé d'appliquer en matière de procréation assistée dite classique les précisions et modifications suggérées à la possession d'état en matière de filiation dite par le sang (v. recommandation n^{o} 3.6).*

ii. La présomption de parenté

Selon l'article 538.3 C.c.Q., « [l]'enfant, issu par procréation assistée d'un projet parental entre époux ou conjoints unis civilement, qui est né pendant leur union ou dans les 300 jours après sa dissolution ou son annulation est présumé avoir pour autre parent le conjoint de la femme qui lui

a donné naissance »[874]. Toutefois, ajoute l'article 539 C.c.Q., « la personne mariée ou unie civilement à la femme qui a donné naissance à l'enfant peut, s'il n'y a pas eu formation d'un projet parental commun ou sur preuve que l'enfant n'est pas issu de la procréation assistée, contester la filiation et désavouer l'enfant »[875].

L'application d'une présomption de parenté à l'égard du conjoint ou de la conjointe marié(e) ou uni(e) civilement de la mère de naissance témoigne de la volonté du législateur d'importer au chapitre de la procréation assistée la logique qui préside à l'établissement de la filiation par le sang. En effet, l'article 538.3 C.c.Q. est calqué sur l'article 525 C.c.Q. qui présume la paternité du mari ou du conjoint uni civilement de la mère.

Aux yeux du Comité, l'emprunt que fait ici le législateur n'est pas justifié[876]. Tel que précédemment mentionné, la présomption de paternité de l'article 525 C.c.Q. ne saurait aujourd'hui constituer davantage qu'un simple indice de lien biologique sur lequel le législateur peut subsidiairement s'appuyer pour rattacher l'enfant au conjoint de la mère[877]. Dans un contexte de procréation naturelle où le sang demeure l'ultime fondement de la filiation, il n'est pas illogique de présumer la paternité de celui qui partage la vie et le lit de la mère, que la naissance ait été ou non planifiée ou voulue par le couple. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle certains membres du Comité croient opportun de conserver la présomption de l'article 525 C.c.Q., tout en en suggérant l'élargissement à l'ensemble des couples, qu'ils soient ou non mariés[878].

En revanche, dans un contexte de procréation assistée, l'enfant sera nécessairement le fruit d'une décision consciente et éclairée qui, au final, ne sera mise en œuvre que par la mère. Est-ce parce qu'il fait vie commune avec elle qu'on doit présumer l'adhésion du conjoint (ou de la conjointe) au projet parental qui, rappelons-le, représente en matière de procréation assistée ce que le facteur biologique constitue en matière de procréation naturelle, c'est-à-dire l'ultime fondement de la filiation ? Le Comité ne le croit pas[879]. On ne peut légitimement inférer de la simple vie commune l'adhésion du conjoint ou de la conjointe de la mère de naissance au projet parental qu'elle aura mené à terme[880]. Le recours à l'assistance d'un tiers qui, rappelons-le, peut fournir son apport génétique non seulement sous forme de don de gamètes, mais également au moyen d'une relation sexuelle, soulève des enjeux fondamentaux qui ne se prêtent pas au jeu des présomptions légales.

> ***Recommandation n^{o} 3.16***
>
> *Il est recommandé d'abroger la présomption de parenté comme mode d'établissement de la filiation de l'enfant issu d'une procréation assistée dite classique.*

b) L'établissement judiciaire de la filiation et la contestation

1^{o} Réclamation d'état

Accouchement et projet parental

Si aucun constat de naissance n'a été délivré conformément à l'article 111 C.c.Q. et qu'il est impossible au directeur de l'état civil de dresser l'acte de naissance de l'enfant, la filiation maternelle pourra être établie par jugement du tribunal avec la femme qui lui a donné naissance,

sur la base d'une preuve génétique obtenue dans les conditions prévues par la loi[881]. Cette règle, qu'on peut déduire de l'économie générale du droit de la filiation maternelle, s'applique aussi bien en matière de procréation assistée qu'en matière de procréation naturelle[882].

Dans la mesure où le projet parental n'est pas celui d'une femme seule mais d'un couple, la filiation du conjoint ou de la conjointe pourra-t-elle être établie en justice ? En vertu du droit actuel, la réponse à cette question comporte plusieurs volets. Malgré l'absence de mention expresse à ce sujet, la doctrine reconnaît d'abord le droit du conjoint ou de la conjointe de réclamer en justice une filiation avec l'enfant sur la base du fondement que constitue le projet parental commun[883]. Le scénario inverse n'est pas aussi simple, mais il a le mérite d'être clairement délimité par le Code. En fait, les droits que peut faire valoir l'enfant à l'égard du conjoint ou de la conjointe varient en fonction de la forme de l'union conjugale. Si le couple est marié ou uni civilement, la filiation sera établie de plein droit par la présomption de parenté prévue à l'article 538.3 C.c.Q. L'intervention du tribunal ne sera requise, le cas échéant, que pour constater l'existence de la filiation et pour ordonner au directeur de l'état civil de procéder à son inscription sur l'acte de naissance de l'enfant[884]. En revanche, si le couple est en union de fait, le conjoint ou la conjointe, pourtant partie au projet parental, ne pourra être recherché en filiation[885]. Selon l'article 540 C.c.Q., seule une action en responsabilité pourra être intentée contre lui (ou elle). Sa volte-face étant assimilée à une forme de bris d'engagement, le tribunal pourrait en effet le (ou la) tenir responsable des besoins de la mère et de l'enfant.

Aux yeux du Comité, ces distinctions basées sur le statut légal du couple n'ont pas lieu d'être[886]. Pour les raisons déjà évoquées, le Comité recommande unanimement l'abrogation de la présomption de parenté prévue à l'article 538.3 C.c.Q. Ce n'est pas dire, cependant, qu'il souhaite étendre aux couples mariés l'« immunité filiale » que procure actuellement l'article 540 C.c.Q. aux conjoints de fait. Au contraire, le Comité recommande également l'abrogation de cette disposition. Que le couple soit marié ou en union de fait, c'est dans le projet parental commun que se trouve l'ultime fondement de la filiation du conjoint ou de la conjointe de la mère de naissance. En toutes circonstances, celui ou celle qui, après avoir formé un projet parental commun, ne reconnaîtrait pas formellement l'enfant dans la déclaration de naissance ou ne se comporterait pas de manière à fonder une possession constante d'état, devrait pouvoir être recherché(e) en filiation au terme d'une action en réclamation d'état. En somme, si l'on ne peut déterminer la filiation sur la base de la volonté expresse ou tacite du conjoint ou de la conjointe de la mère, le tribunal devrait pouvoir l'établir avec lui ou elle sur la base du projet parental commun, peu importe la forme de l'union conjugale[887]. À la suite des modes d'établissement non judiciaires de la filiation de l'enfant né d'une procréation assistée, la référence au mode d'établissement judiciaire qui s'y juxtapose pourrait être présentée de la manière suivante :

> L'enfant peut réclamer sa filiation en justice à l'égard des personnes qui ont formé le projet parental dont il est issu. Pareillement, ces dernières peuvent réclamer la paternité ou la maternité de l'enfant.

Contestation et réclamation d'état

La preuve du projet parental permettra également au tribunal de substituer la filiation du conjoint ou de la conjointe qui en est partie à celle de l'homme ou de la femme qui, sans y avoir été initialement impliqué, aura formellement reconnu l'enfant dans la déclaration de naissance ou aura agi de manière à fonder une possession constante d'état. Ici encore, la logique qui préside à l'établissement de la filiation par le sang trouvera application, compte tenu des adaptations nécessaires.

Suivant cette logique, il faudra de même importer au chapitre de la filiation de l'enfant issu d'une procréation assistée le verrou de filiation prévu à l'article 530 C.c.Q. Ainsi, la filiation résultant à la fois d'une reconnaissance formelle de parenté dans la déclaration de naissance et d'une possession constante d'état qui y est conforme ne pourra être contestée, et ce, peu importe l'existence d'une preuve démontrant que l'homme ou la femme ayant formellement reconnu l'enfant et s'étant comporté de manière à fonder une possession constante d'état n'était pas partie au projet parental. De l'avis du Comité, ce « verrou de filiation », qui trouve sa légitimité et sa justification dans la double volonté que reflètent la reconnaissance formelle de paternité et la possession constante d'état, s'impose pour garantir la stabilité de la filiation de l'enfant, que celui-ci soit né d'une procréation naturelle ou d'une procréation assistée.

Grossesse multiple

Partie au projet parental, le conjoint ou la conjointe de la mère ayant accouché de plus d'un enfant décide de reconnaître sa parenté à l'égard d'un seul d'entre eux... Poursuivi dans le cadre d'une action en réclamation d'état intentée au nom des autres enfants, il se défend en prétendant que le projet parental auquel il a consenti ne portait que sur un enfant et non sur des jumeaux, voire sur des triplets.

Selon la jurisprudence rapportée, ce scénario ne semble pas s'être encore concrétisé et on ne peut que s'en réjouir. Mieux vaut toutefois le prévenir en adoptant une règle claire : on ne saurait autoriser le conjoint de la mère à exercer une forme d'option sur les enfants issus d'une même grossesse. Autrement dit, le projet parental ne doit jamais permettre de dissocier les enfants issus d'une grossesse multiple, même si celle-ci ne correspond pas au souhait initial du conjoint ou de la conjointe de la mère.

> ***Recommandation n^{o} 3.17***
>
> *Il est recommandé de permettre l'établissement judiciaire de la filiation de l'enfant issu d'une procréation assistée dite classique sur la base du projet parental, sans égard au statut conjugal des parties au projet parental; incidemment, il est recommandé d'abroger l'actuel article 540 C.c.Q.*
>
> *Il est également recommandé de reconduire en matière de procréation assistée dite classique le « verrou de filiation » découlant de l'application de l'article 530 C.c.Q., tel que reformulé aux termes de la recommandation n^{o} 3.9.*
>
> *Il est enfin recommandé d'affirmer le droit de tous les enfants issus d'une même grossesse de réclamer leur seconde filiation en justice sur la base du projet parental, nonobstant la volonté du conjoint ou de la conjointe de limiter le projet parental à un seul enfant.*

2^{o} Contestation d'état

L'actuel chapitre 1.1 (portant sur la filiation de l'enfant issu d'une procréation assistée) ne comporte pas de section spécifique sur les actions judiciaires. Une seule disposition, prévue à l'article 539 C.c.Q., réfère aux actions en désaveu et en contestation de la parenté du conjoint ou de la conjointe mariée ou unie civilement de la mère de naissance de l'enfant. Dans la mesure où, comme le suggère le Comité, la présomption de parenté résultant de l'article 538.3 C.c.Q. est abrogée, cette disposition n'a évidemment plus lieu d'être.

Une règle plus générale référant aux actions en contestation d'état devrait s'y substituer. En effet, sous réserve du « verrou de filiation » ci-dessus évoqué, la filiation établie aux termes d'une déclaration de naissance ou d'une possession constante d'état pourra toujours être renversée si l'on parvient à prouver qu'elle relie l'enfant à une personne qui n'était pas partie au projet parental ou qui ne pouvait l'être. On pourra de même l'attaquer en justice si l'on démontre que l'enfant n'est pas issu du projet parental convenu. Pensons simplement à la femme qui, plutôt que de se rendre à la clinique, aurait plutôt conçu l'enfant au moyen d'une relation sexuelle[888], à l'insu de son conjoint ou de sa conjointe. La disposition suivante, que le Comité a jugé bon de libeller pour une meilleure compréhension, permet d'appréhender le cadre général à l'intérieur duquel se situe l'action en contestation d'état intentée dans un contexte de procréation assistée :

> Nul ne peut contester la filiation de l'enfant pour la seule raison qu'il est issu d'un projet parental avec apport de forces génétiques d'un tiers. Toutefois, la filiation peut être contestée en apportant la preuve que l'auteur de la déclaration de naissance, autre que la femme qui a donné naissance, ou celui à l'égard duquel une possession constante d'état est établie n'était pas partie au projet parental ou, selon le cas, que l'enfant n'est pas issu de ce projet.

3° Renvoi

Le deuxième alinéa de l'article 539 C.c.Q. renvoie plus généralement aux « règles relatives aux actions en matière de filiation par le sang ». Celles-ci « […] s'appliquent, avec les adaptations nécessaires, aux contestations d'une filiation établie par application du présent chapitre ». Par cette disposition, le législateur intègre au chapitre 1.1 les règles de procédure, de preuve et de prescription prévues au chapitre 1, lesquelles, rappelons-le, ont fait l'objet de certaines recommandations du Comité[889]. Ces recommandations doivent bien sûr être transposées en matière de procréation assistée, notamment en ce qui a trait à l'imprescriptibilité des actions. En outre, compte tenu des développements qui précèdent, le renvoi devrait référer non plus seulement aux actions en contestation d'état, mais également aux actions en réclamation d'état.

> ***Recommandation n° 3.18***
>
> *Il est recommandé d'appliquer en matière de procréation assistée dite classique l'ensemble des règles de preuve et de procédure que le Comité propose d'instaurer pour régir les actions en contestation et en réclamation d'état de l'enfant issu d'une procréation naturelle, compte tenu des adaptations nécessaires.*

3. Le statut de l'auteur de l'apport des forces génétiques

Depuis 1994, le Code civil précise le principe suivant lequel l'apport de forces génétiques au projet parental d'autrui ne peut fonder aucun lien de filiation entre l'auteur de l'apport et l'enfant qui en est issu. En 2002, le législateur a apporté un tempérament à ce principe pour permettre à celui qui fournit son apport au moyen d'une relation sexuelle de réclamer un lien de filiation dans l'année de la naissance de l'enfant[890].

Le Comité reconnaît le bien-fondé du principe formulé en 1994, aujourd'hui énoncé au premier alinéa de l'article 538 C.c.Q. L'auteur de l'apport des forces génétiques est un tiers au projet

parental d'autrui. Dans la mesure où le projet parental constitue le fondement premier de la filiation, on s'explique mal qu'il puisse faire l'objet d'une action en réclamation d'état[891]. On peine tout autant à justifier l'action qu'il pourrait lui-même vouloir intenter pour revendiquer une filiation avec l'enfant. Aux yeux du Comité, cette assertion demeure vraie en toutes circonstances, quelle que soit la forme de sa contribution. Que l'auteur fournisse son apport au moyen d'un don de gamètes ou d'une relation sexuelle, il reste un tiers au projet parental. Le Comité rejette donc catégoriquement le tempérament apporté par le législateur en 2002. Celui-ci témoigne d'un mélange des genres tout à fait inapproprié[892]. L'origine des gamètes, mâles comme femelles, est et doit demeurer sans importance au chapitre de la filiation des enfants nés d'une procréation assistée, peu importe la forme de l'assistance.

Cela étant, comme toute autre personne, le tiers pourrait fort bien reconnaître formellement l'enfant dans la déclaration de naissance ou se comporter auprès de lui de manière à fonder une possession constante d'état. Dans les deux cas, un lien de filiation sera établi avec lui. Sous réserve du « verrou de filiation » dont il a déjà été question (reconnaissance formelle et possession constante d'état), ce lien demeurera toutefois précaire puisqu'on pourra y faire échec au moyen d'une action en contestation d'état. Il suffira de démontrer que l'homme en question n'était pas partie au projet parental.

La formulation actuelle de l'article 538 al. 1 C.c.Q. doit être revue puisqu'elle laisse croire que la reconnaissance formelle de l'enfant par le tiers dans la déclaration de naissance ou la possession constante d'état qui pourrait se cristalliser en raison de ses agissements est sans effet. Plutôt que d'affirmer que « [l]'apport de forces génétiques au projet parental d'autrui ne peut fonder aucun lien de filiation entre l'auteur de l'apport et l'enfant qui en est issu », il serait plus juste de dire qu'aucune action en réclamation de filiation ne peut être intentée par l'enfant contre l'auteur de l'apport, et vice-versa.

> ***Recommandation n^{o} 3.19***
>
> *Aux fins du cadre juridique régissant la procréation assistée dite classique, il est recommandé d'interdire toute action visant à établir une filiation entre l'enfant et l'auteur de l'apport des forces génétiques au projet parental d'autrui, peu importe la forme qu'aura empruntée son assistance à la procréation.*

La Comité a par ailleurs réfléchi à la possibilité qu'envisagent certains États d'attribuer trois parents à l'enfant né d'une procréation assistée, soit la mère de naissance, son conjoint ou sa conjointe et l'auteur de l'apport des forces génétiques. Ainsi, en Colombie-Britannique, si les trois parties en conviennent avant la conception de l'enfant aux termes d'une entente écrite, un lien de filiation à part entière reliera chacune d'elle à l'enfant[893]. Après discussions, les membres du Comité ont clairement rejeté cette option. Ici comme ailleurs, rien ne permet actuellement de croire qu'il est dans l'intérêt de l'enfant né d'une procréation assistée d'avoir trois parents au sens strict du terme[894]. En fait, tout porte à croire que les États qui ont entrepris ce virage ont d'abord voulu répondre aux besoins et aux attentes des adultes. La solution retenue par la Colombie-Britannique est d'ailleurs bancale. Si l'intérêt de l'enfant justifiait vraiment qu'on fasse du donneur de gamètes un parent à part entière, il aurait fallu que l'on entrevoit la possibilité de lui conférer non pas trois parents, mais bien quatre. En effet, il est possible que l'enfant que désirent une femme et son conjoint soit conçu au moyen du sperme d'un donneur et de l'ovocyte d'une donneuse. Au nom de quelle rationalité l'un des deux donneurs peut-il se voir refuser le titre de parent qu'il souhaite pourtant obtenir ?

Certes, le donneur ou la donneuse pourrait vouloir jouer un rôle actif auprès de l'enfant. De concert avec le ou les parents d'intention, il pourrait aspirer à devenir une véritable figure parentale pour l'enfant[895]. Si la légitimité d'un tel plan ne fait aucun doute, sa mise en œuvre n'exige pas pour autant qu'on attribue une filiation au donneur. Il convient de ne pas confondre filiation et parentalité[896]. La filiation inscrit l'enfant sur un axe généalogique[897], alors que la parentalité confère l'exercice des droits et des devoirs originellement attribués aux parents, mais néanmoins susceptibles de délégation et de subdivision, voire de déchéance[898]. Aux yeux du Comité, c'est au moyen de la parentalité, et non pas de la filiation, qu'il faut apporter réponse aux attentes légitimes des parties. Il en sera plus amplement question au chapitre quatrième.

Enfin, soulignons que le refus d'attribuer une filiation au donneur concurremment à celle des parents d'intention ne revient pas à nier l'importance de sa contribution pour l'enfant. Celle-ci, est-il nécessaire de le spécifier, est à l'origine de sa vie. « Derrière les gamètes, écrit la sociologue Irène Théry, il n'y a pas rien, il y a le geste du don. Et derrière le geste, l'être humain qui en est l'auteur »[899]. C'est d'ailleurs la signifiance de cette contribution qui amène le Comité à prôner l'aménagement d'un droit fondamental à la connaissance des origines en droit québécois. Il en sera question à la section 6.

> ***Recommandation n^{o} 3.20***
>
> *Il est recommandé de maintenir la règle actuelle qui limite à deux le nombre de parents qu'un enfant peut avoir, que ce soit en matière de procréation assistée ou en toute autre matière.*

B. Le projet parental avec recours à une mère porteuse

Que ce soit au Québec ou ailleurs, la maternité de substitution soulève de vifs débats[900]. Pour les uns, le phénomène des mères porteuses ne constitue ni plus ni moins qu'une dérive sociétale à laquelle tout État responsable doit faire échec[901]. L'enfant, affirme-t-on, ne doit jamais devenir une simple marchandise que l'on peut obtenir sur demande[902]; l'état des personnes et la filiation doivent en tout temps demeurer « indisponible »[903]. Au surplus, il faut s'opposer fermement à ce que le corps des femmes puisse faire l'objet d'une telle instrumentalisation, voire d'une telle exploitation[904]. Pour les autres, la maternité de substitution s'inscrit dans la suite logique des développements qu'a connus le domaine de la reproduction assistée au cours des dernières décennies. En permettant la dissociation de la procréation et de la gestation, les progrès de la médecine nous forceraient tout simplement à revoir nos conceptions de la maternité ou, plus largement, de la filiation[905].

1. Cadre légal actuel

Au Canada, le cadre légal applicable à la maternité de substitution comporte deux grandes dimensions : une dimension fédérale et une dimension provinciale.

Sur la base de sa compétence législative en matière criminelle, le Parlement fédéral a adopté, en 2004, la *Loi sur la procréation assistée*[906]. Cette loi contient plusieurs dispositions inspirées du rapport de la Commission royale d'enquête sur les nouvelles techniques de reproduction (Commission Baird) créée en 1989[907]. Il convient ici de reproduire les dispositions de la loi directement applicables aux mères porteuses[908] :

6. (1) Il est interdit de rétribuer une personne de sexe féminin pour qu'elle agisse à titre de mère porteuse, d'offrir de verser la rétribution ou de faire de la publicité pour le versement d'une telle rétribution;

(2) Il est interdit d'accepter d'être rétribué pour obtenir les services d'une mère porteuse, d'offrir d'obtenir ces services moyennant rétribution ou de faire de la publicité pour offrir d'obtenir de tels services;

(3) Il est interdit de rétribuer une personne pour qu'elle obtienne les services d'une mère porteuse, d'offrir de verser cette rétribution ou de faire de la publicité pour le versement d'une telle rétribution;

(4) Nul ne peut induire une personne de sexe féminin à devenir mère porteuse ni lui conseiller de le devenir, ni pratiquer un acte médical pour aider une personne de sexe féminin à devenir mère porteuse, s'il sait ou a des motifs de croire qu'elle a moins de vingt et un ans;

Le présent article ne porte pas atteinte à la validité, en vertu du droit provincial, de toute entente aux termes de laquelle une personne accepte d'être mère porteuse.

[...]

12. (1) Il est interdit, sauf en conformité avec les règlements, de rembourser les frais supportés :
[...]
c) par une mère porteuse pour agir à ce titre.

(2) Il est interdit de rembourser les frais visés au paragraphe (1) s'ils ne font pas l'objet d'un reçu.

(3) Il est interdit de rembourser à une mère porteuse la perte de revenu de travail qu'elle subit au cours de sa grossesse, sauf si les conditions suivantes sont respectées :
a) un médecin qualifié atteste par écrit que le fait, pour la mère porteuse, de continuer son travail peut constituer un risque pour la santé de celle-ci, de l'embryon ou du fœtus;
b) le remboursement est effectué conformément aux règlements[909].

60. Quiconque contrevient à l'un ou l'autre des articles 5 à 7 et 9 commet une infraction et encourt, sur déclaration de culpabilité :
a) par mise en accusation, une amende maximale de 500 000 $ et un emprisonnement maximal de dix ans, ou l'une de ces peines;
b) par procédure sommaire, une amende maximale de 250 000 $ et un emprisonnement maximal de quatre ans, ou l'une de ces peines.

Comme on peut le constater, la loi canadienne n'interdit pas le recours à la maternité de substitution; elle se limite à fixer l'âge minimal de la mère porteuse à 21 ans et à en prohiber la rémunération. En conséquence, les ententes aux termes desquelles une personne ou un couple (communément appelés « parents d'intention »[910]) demandent à une femme de 21 ans ou plus d'agir pour eux à titre de mère porteuse ne pourront donner lieu à l'une ou l'autre des sanctions pénales prévues dans la loi fédérale, pour autant que cette dernière agisse à titre gracieux[911].

Ce n'est pas dire, cependant, que de telles ententes produiront des effets. Il revient aux provinces de leur reconnaître ou non des conséquences juridiques, notamment sur le plan filial,

en vertu des compétences législatives qui leur sont conférées en matière de droit privé[912]. C'est d'ailleurs la précision qu'apporte le dernier alinéa de l'article 6 de la loi fédérale.

Si l'ensemble des provinces canadiennes anglaises reconnaissent aujourd'hui différents effets au projet parental impliquant le recours à une mère porteuse[913], tel n'est pas le cas du Québec. Depuis 1994, la réponse du législateur québécois est on ne peut plus claire. Selon l'article 541 C.c.Q. « [t]oute convention par laquelle une femme s'engage à procréer ou à porter un enfant pour le compte d'autrui est nulle de nullité absolue »[914]. Cette nullité absolue empêche évidemment toute forme d'exécution forcée des prestations. La mère porteuse ne pourrait donc contraindre la personne ou le couple qui a requis ses services de prendre l'enfant et, le cas échéant, de lui verser la contrepartie convenue (en contravention de la loi fédérale). De même, cette personne ou ce couple ne pourrait forcer la mère porteuse à lui remettre l'enfant au terme de la grossesse. Toute demande adressée en ce sens au tribunal sera jugée irrecevable[915].

En raison de la nullité absolue de l'entente, la filiation de l'enfant issu d'un tel arrangement sera établie en fonction des règles du chapitre 1 relatives à la procréation naturelle (filiation actuellement dite par le sang)[916]. Ainsi, l'enfant aura pour mère la mère porteuse, peu importe la provenance de l'ovocyte fécondé. Si la mère porteuse a agi à la demande d'un homme seul, d'un couple hétérosexuel ou d'un couple gai, cet homme seul, le membre masculin du couple hétérosexuel ou l'un des deux hommes formant le couple gai, selon le cas, pourra reconnaître l'enfant dans la déclaration de naissance ou agir de manière à fonder une possession constante d'état, conformément aux articles 523 et 524 C.c.Q.[917]. La présomption de paternité prévue à l'article 525 C.c.Q. pourrait également fonder l'établissement d'une filiation paternelle, mais à l'égard du mari de la mère porteuse ou de son conjoint uni civilement. Celui-ci pourra toutefois contester sa paternité au terme d'une action en désaveu de paternité[918].

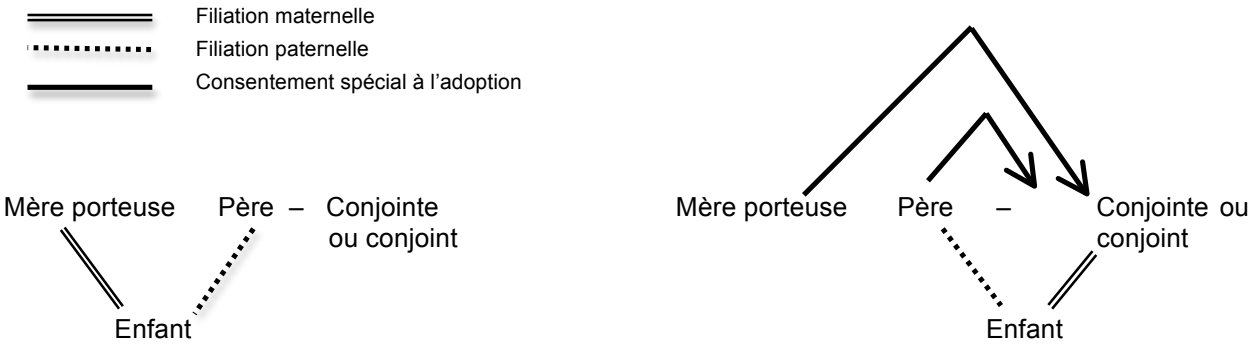
Les actions en réclamation et en contestation d'état prévues au chapitre 1 trouveront également application[919]. Ainsi, l'enfant pourra-t-il éventuellement réclamer en justice sa filiation avec l'homme qui, après avoir fourni son sperme à la mère porteuse dans le but d'avoir un enfant, seul ou en couple, refuse de signer la déclaration de naissance ou s'abstient d'agir de manière à fonder l'établissement d'une possession constante d'état[920].

Au cours des dernières années, plusieurs parents d'intention se sont prévalus des dispositions du Code civil régissant l'adoption sur consentement spécial dans le but de parachever le projet parental dont ils ne pouvaient autrement obtenir l'exécution. Pour l'essentiel, ces dispositions permettent au conjoint d'un parent d'adopter l'enfant de ce dernier, sur la base du consentement des deux parents. La lecture des articles applicables au consentement spécial à l'adoption permettra de comprendre la teneur du modèle juridique sollicité (nous soulignons) :

> **544.** L'enfant mineur ne peut être adopté que si ses père et mère ou tuteur ont consenti à l'adoption ou s'il a été déclaré judiciairement admissible à l'adoption.
>
> **555.** Le consentement à l'adoption peut être général ou spécial. Le consentement spécial ne peut être donné qu'en faveur d'un ascendant de l'enfant, d'un parent en ligne collatérale jusqu'au troisième degré ou du conjoint de cet ascendant ou parent; il peut également être donné en faveur du conjoint du père ou de la mère. Cependant, lorsqu'il s'agit de conjoints de fait, ces derniers doivent cohabiter depuis au moins trois ans.
>
> **579.** Lorsque l'adoption est prononcée, les effets de la filiation précédente prennent fin; le tuteur, s'il en existe, perd ses droits et est libéré de ses devoirs à l'endroit de l'adopté, sauf l'obligation de rendre compte.

> Cependant, l'adoption, par une personne, de l'enfant de son conjoint ne rompt pas le lien de filiation établi entre ce conjoint et son enfant.

Par cette disposition, dont la première version remonte à 1969, le législateur entendait vraisemblablement consolider les recompositions familiales à la suite d'une dissolution matrimoniale, en permettant au nouveau conjoint d'un parent d'adopter l'enfant issu de l'union antérieure[921]. Si tel était le scénario initialement envisagé, rien ne permet toutefois d'exclure du champ d'application de la disposition d'autres cas de figure. C'est à tout le moins l'avis qu'a récemment exprimé la Cour d'appel en acceptant le projet d'adoption de l'enfant né d'une mère porteuse[922]. Les protagonistes en cause ne sont peut-être pas ceux qu'envisageait initialement le législateur, mais leur projet d'adoption ne fait pas violence aux termes de l'article 555 C.c.Q. :



Aux dires du tribunal, et contrairement à la thèse soutenue par certains juges et auteurs[923], la nullité absolue du contrat de mère prévue à l'article 541 C.c.Q. ne saurait vicier le projet d'adoption soumis par les parties et, partant, les priver du droit que leur confère l'article 555 C.c.Q.[924]. S'appuyant sur le principe de l'intérêt de l'enfant, la Cour a ainsi permis à la mère porteuse et à l'homme (père d'intention) dont la filiation avait été établie conformément aux règles du chapitre 1 (filiation par le sang) de consentir à l'adoption de l'enfant en faveur de la conjointe de ce dernier[925] :

> C'est très certainement [la solution] qui, conformément aux articles 33 et 543 C.c.Q., sert le mieux l'intérêt de l'enfant X. Celle-ci vit depuis sa naissance avec son père, son aîné de trois ans qui est le fils du même père, et l'appelante, conjointe de leur père. Cette cellule familiale, qui actuellement comprend son demi-frère Y et l'appelante, est la seule qu'elle connaît. C, dont le nom apparaît sur l'acte de naissance de l'enfant X, n'a jamais eu la moindre intention d'exercer une quelconque autorité parentale sur cet enfant dont elle a été la gestatrice.[926]

Il va sans dire que l'adoption sur consentement spécial ne sera d'aucun secours si la mère porteuse a été sollicitée par une femme seule ou un couple de lesbiennes. Dans un tel cas, seule la mère porteuse sera originellement liée à l'enfant, le chapitre 1 ne permettant pas l'établissement d'une double filiation maternelle. Si aucun des parents d'intention n'est de sexe masculin, la solution avalisée par la Cour d'appel restera donc inapplicable.

En reconnaissant la validité des consentements spéciaux à l'adoption donnés dans le but de substituer à la filiation de la mère porteuse celle du conjoint ou de la conjointe du père de l'enfant, la Cour d'appel a appliqué ce qu'elle a elle-même qualifié de « solution la moins insatisfaisante » parmi les interprétations possibles du droit actuel. Doit-on aujourd'hui s'en

contenter[927] ou, au contraire, proposer au législateur une solution qui soit « réellement satisfaisante » ? Le cas échéant, en quoi consisterait cette solution réellement satisfaisante ?[928]

Afin d'apporter réponse à ces questions, le Comité s'est imposé une longue réflexion où diverses positions, parfois opposées, ont été exprimées. Les principes-cadres dégagés au terme de cette réflexion méritent d'être clairement identifiés puisqu'ils sont à la base même des orientations législatives proposées.

2. Constat, principes-cadres et orientations

Les membres du Comité ont d'abord pris acte d'une implacable réalité. Qu'on le veuille ou non, le désir d'enfant est à ce point puissant qu'il justifiera dans l'esprit de ceux et celles qui le ressentent le recours à toutes formes d'assistance à la procréation, voire à la gestation (mère porteuse), et ce, peu importe l'absence de reconnaissance légale des arrangements intervenus ou la teneur des sanctions qui y seront assorties[929]. En témoignent éloquemment les « contrats de mère porteuse » conclus ces dernières années sur le territoire québécois, en dépit de la nullité absolue dont l'article 541 C.c.Q. les frappent et, s'il y a lieu, des sanctions pénales auxquelles le droit fédéral exposent les parties. En témoigne également l'essor de ce qu'il est aujourd'hui convenu d'appeler le « tourisme procréatif » vers les pays où la maternité de substitution est admise, mais au mépris des droits fondamentaux de la mère porteuse[930]. Que ce soit en Inde ou ailleurs, les arrangements dont conviennent certains couples québécois avec les agences étrangères instituent entre les parties et la mère porteuse un rapport de servitude humaine qui ne peut que susciter l'indignation[931]. Bref, le phénomène a existé, il existe et il continuera d'exister[932].

Certains verront peut-être dans ce constat une forme d'abdication devant la « dictature des faits »[933]. Tel n'est pourtant le cas. Si la réalité existe, il ne sert à rien de la nier. Mieux vaut plutôt en reconnaître l'existence et tenter d'y répondre par la mise en place de mesures susceptibles d'assurer la protection des acteurs en cause[934]. Particulièrement vulnérables dans cette opération, deux acteurs méritent toute l'attention du législateur : l'enfant né des suites d'un tel arrangement et les femmes susceptibles d'offrir leurs services à titre de mère porteuse[935]. Les **deux principes-cadres** suivants, auxquels tous les membres du Comité se sont ralliés, reflètent clairement ces préoccupations :

1) Peu importe les sentiments mitigés que le projet parental impliquant le recours à une mère porteuse peut susciter en nous[936], l'enfant qui en est issu ne doit d'aucune manière être pénalisé pour les actes posés par les parties en cause; il en va de son intérêt et du respect de ses droits[937];

2) Peu importe leurs motivations profondes, les femmes qui acceptent d'agir à titre de mères porteuses ne peuvent être abandonnées à leur sort; il en va de leur protection et du respect de leur dignité[938].

Inspiré par ces principes-cadres, le Comité a retenu les **six grandes orientations** suivantes :

1) Dans le respect du principe de l'intérêt de l'enfant, il convient, d'une part, d'abroger l'article 541 C.c.Q. et, d'autre part, de mettre en place un cadre juridique spécifique suivant lequel la filiation de l'enfant né d'une mère porteuse pourra être établie avec les parents d'intention[939], du consentement de toutes les parties, peu importe la provenance des forces génétiques ayant permis la conception de l'enfant[940];

2) Afin d'assurer la protection des femmes qui agiront à titre de mère porteuse et de préserver leur dignité, ce cadre juridique devra reconnaître à la mère porteuse le droit absolu de mettre fin en tout temps au projet parental ou de ne pas y donner suite après la naissance de l'enfant, et ce, peu importe la provenance des forces génétiques ayant permis la conception de l'enfant[941]; dans la même perspective, on devra également reconnaître à la mère porteuse qui consentira à la remise de l'enfant le droit de revenir sur sa décision et de récupérer l'enfant à l'intérieur d'un certain délai suivant la naissance;

3) Faute de données permettant de conclure qu'il est dans l'intérêt de l'enfant d'avoir plus de deux parents, le cadre juridique devra maintenir le principe de la biparenté[942]; le cas échéant, rien n'empêchera toutefois la mère porteuse et les parents d'intention de recourir aux dispositions prévues au chapitre de l'autorité parentale pour se partager certaines responsabilités parentales[943];

4) Dans le respect du principe de l'intérêt de l'enfant et pour assurer la protection des femmes qui agiront à titre de mère porteuse, le cadre juridique devra consacrer la responsabilité des parents d'intention qui, à la suite de la naissance de l'enfant, refuseront de donner suite au projet parental conformément au cadre juridique établi;

5) Dans l'intérêt de toutes les parties concernées et de la société, le cadre juridique devra prévoir des mesures destinées à favoriser la mise en place de projets parentaux conformes à l'éthique;

6) Dans le respect du principe de l'intérêt de l'enfant et afin d'assurer le respect de ses droits, le cadre juridique devra reconnaître à l'enfant né d'une mère porteuse le droit d'accéder à l'ensemble des données contenues dans son dossier de procréation assistée, y compris celles permettant d'identifier les parties en cause.

> ***Recommandation n^{o} 3.21***
>
> *Dans le respect du principe de l'intérêt de l'enfant et du droit des femmes à la dignité et à la libre disposition de leur corps, il est recommandé d'instituer un cadre juridique spécifique permettant de reconnaître des effets au projet parental impliquant le recours à une mère porteuse.*

3. Cadre juridique proposé

Le cadre juridique que propose le Comité reflète l'ensemble de ces principes et orientations. La sous-section 2 de la section II relative à la filiation des enfants nés de la procréation assistée y serait spécifiquement consacrée :

> **Section II –**
> De la filiation des enfants nés de la procréation assistée
> § 1. – Du projet parental avec recours à l'assistance d'un tiers à la procréation
> § 2. – Du projet parental avec recours à une mère porteuse
>
> * *Pour une vue d'ensemble du Livre deuxième suggéré, voir p. 241 à 243.*

Cette sous-section s'ouvrirait par une disposition calquée sur l'actuel article 538 C.c.Q., mais adaptée à la problématique en cause. On y exprimerait clairement les conditions d'existence du projet parental impliquant le recours à une mère porteuse[944], avec ou sans assistance médicale, comme en fait foi l'article suivant que le Comité a jugé bon de libeller pour une meilleure compréhension :

> Une personne seule ou des conjoints peuvent, dans le cadre d'un projet parental, avoir recours à une mère porteuse qui n'est pas partie au projet parental, que cette dernière fournisse ou non ses forces génétiques[945].

C'est à dessein que le Comité retient les termes « mère porteuse », plutôt que les expressions qui y sont communément associées, telles « maternité de substitution » et « procréation ou gestation pour le compte d'autrui ». Comme l'exprime la professeure Louise Langevin, « [...] ces expressions présentent le désavantage d'évacuer la femme qui se soumet à cette pratique, de neutraliser et de masquer la réalité : les risques pour la santé et les douleurs de l'implantation de l'embryon, les neuf mois de grossesse, un accouchement et la remise d'un enfant »[946]. Les termes « mère porteuse » reflètent en outre l'économie générale du régime juridique envisagé puisqu'aux termes des propositions ci-après exposées, la femme qui accouche de l'enfant en sera toujours considérée comme la mère aux termes du constat de naissance de l'enfant[947].

Le Comité s'est ensuite imposé le devoir de définir dans le détail les règles d'établissement de la filiation de l'enfant issu d'un tel projet parental. Compte tenu des multiples enjeux en cause, il lui incombait d'explorer chacune des facettes du cadre envisagé. À cette fin, le Comité a étudié les modèles retenus dans les autres provinces canadiennes, de même que ceux mis en place dans d'autres États. Bien que ces modèles aient pu inspirer ses réflexions, le Comité a choisi d'élaborer une solution sur mesure, qui s'avère non seulement respectueuse des principes-cadres et des orientations préalablement arrêtés, mais qui tire également profit des spécificités du droit civil québécois.

Le cadre juridique proposé par le Comité comporte deux voies procédurales parallèles : une voie administrative et une voie judiciaire. Répondant à leurs propres conditions, ces voies mènent l'une et l'autre à l'établissement de la filiation de l'enfant avec son ou ses parents d'intention. Comme le démontreront les développements qui suivent, la voie judiciaire ne constitue qu'une option par défaut. En somme, les parties n'y auront recours que si les conditions dont la voie administrative est assortie ne sont pas satisfaites.

a) La voie administrative

Entièrement déjudiciarisée, la voie administrative permettra d'établir la filiation de l'enfant en faveur du ou des parents d'intention sur simple déclaration au directeur de l'état civil[948]. L'aménagement d'une voie empreinte de simplicité et d'efficacité répond à un objectif bien précis, celui d'encourager les parties à réaliser leur projet parental dans le respect des normes éthiques[949]. De fait, la voie administrative ne pourra être déployée que dans la seule mesure où certaines formalités essentielles, mais simples d'accès, auront été accomplies avant même la conception de l'enfant.

Après discussions, et bien que d'autres options aient été analysées, le Comité estime qu'une intervention notariale, assortie d'un volet psychosocial, représente la meilleure façon d'atteindre l'objectif fixé[950].

1° Formalités précédant la conception de l'enfant

i. L'acte notarié

S'ils veulent profiter des avantages qu'offre la voie administrative, les parties devront convenir de leur projet parental par acte notarié en minute. Les justifications à la base de cette exigence sont de deux ordres. La première a trait au devoir de conseil qui incombe au notaire. En sa qualité d'officier public, le notaire est légalement tenu de conseiller, en toute impartialité, chacune des parties aux actes qu'il reçoit et de vérifier leurs consentements respectifs[951]. Tant la mère porteuse que les parents d'intention seront donc dûment informés des conséquences juridiques du projet parental auquel ils souhaitent participer à différents titres. Ils seront du même coup avisés des clauses ou modalités contraires aux différentes législations applicables ou à l'ordre public, notamment en ce qui concerne la rémunération de la mère porteuse[952] et des limitations que l'on voudrait apporter à sa liberté d'action avant ou pendant la grossesse[953]. L'acte notarié devra non seulement exposer les tenants et aboutissants du projet parental convenu, mais il devra en outre préciser les droits et obligations qui en découlent pour chacune des parties. Comme on le constatera dans les pages qui suivent, ces droits et obligations sont très nombreux; leur transcription dans l'acte notarié permettra donc aux parties d'y référer efficacement tout au long du déroulement du projet parental.

La deuxième justification, qui découle de la première, se rapporte au droit de la preuve et fonde la rationalité procédurale de la voie administrative. En raison des devoirs légaux qui lui incombent, les actes que reçoit le notaire bénéficient du caractère authentique « qui s'attache aux actes de l'autorité publique »[954]. Sous réserve des règles très strictes qui régissent l'action en inscription de faux, nul ne sera donc admis à en contester le contenu, ni à remettre en cause « les énonciations des faits » que le notaire a pour « mission de constater ou d'inscrire »[955]. Parmi les énonciations pourvues de la force probante se trouve la date de clôture de l'acte notarié[956]. En matière de maternité de substitution, cet attribut est capital. Tel que précédemment mentionné, il est de l'essence même du projet parental d'être antérieur à la conception de l'enfant. Cette antériorité permet de bien distinguer le projet parental dont le législateur peut admettre la légitimité, de la pratique au moyen de laquelle une femme enceinte rechercherait des parents pour l'enfant à naître dont elle ne souhaite pas assumer la maternité. Puisqu'une telle pratique peut être assimilée à une forme d'adoption privée, elle ne saurait être autorisée[957].

À ces deux justifications s'ajoutent finalement les avantages plus accessoires que représentent la conservation de l'original de l'acte notarié dans le greffe du notaire (à l'abri des pertes, des destructions et des altérations), de même que la communication qui pourra éventuellement en être faite sous forme de copies et d'extraits authentiques[958] (notamment au bénéfice du directeur de l'état civil, comme il en sera ci-après question).

ii. Le volet psychosocial

Compte tenu des enjeux très particuliers que soulève le projet parental dont il est ici question, l'intervention notariale sera assortie d'un volet psychosocial. Chacune des parties, mère porteuse et parents d'intention, aura l'obligation de rencontrer individuellement un professionnel du centre jeunesse (ou dûment mandaté par l'institution) aux fins d'obtenir l'éclairage nécessaire sur les conséquences psychosociales du projet parental convenu et sur les questions éthiques qu'il implique[959]. Les modalités de ces rencontres pourront être déterminées par règlement. Le notaire ne pourra clore l'acte notarié énonçant le projet parental des parties que si chacune

d'elles lui produit une attestation signée par le professionnel concerné, confirmant la tenue de la rencontre prescrite. Toutes les attestations obtenues devront être annexées à l'acte notarié, conformément aux dispositions de la *Loi sur le notariat*[960].

Bien que la mise en œuvre du volet psychosocial de l'opération ne relève pas directement d'eux, les notaires devront forcément en comprendre les enjeux. Une formation particulière, menant à une accréditation professionnelle spécifique, s'avérera sans doute nécessaire pour les y sensibiliser. Le législateur pourra à cet égard s'inspirer du modèle mis en place par le *Règlement sur les conditions de l'accréditation des notaires en matière d'ouverture ou de révision d'un régime de protection et de mandat donné par une personne en prévision de son inaptitude*[961].

> ***Recommandation n^{o} 3.21.1***
>
> *Aux fins du cadre juridique applicable au projet parental impliquant le recours à une mère porteuse, il est recommandé d'instituer une première voie procédurale administrative qui, en raison des garanties dont elle sera assortie, permettra au directeur de l'état civil de procéder, après la naissance de l'enfant, à l'inscription de sa filiation avec les parents d'intention, du consentement de toutes les parties.*
>
> *Plus spécifiquement, il est recommandé que la voie administrative ne trouve application que dans la mesure où :*
>
> *A. Les parents d'intention et la mère porteuse ont bénéficié des conseils d'un notaire et le projet parental a été consigné par acte notarié avant la conception de l'enfant;*
>
> *B Les parents d'intention et la mère porteuse ont rencontré individuellement un professionnel du centre jeunesse (ou dûment mandaté par l'institution) aux fins d'obtenir l'éclairage nécessaire sur les conséquences psychosociales du projet parental convenu et sur les questions éthiques qu'il implique.*

2° Établissement de la filiation après la naissance de l'enfant

La naissance de l'enfant déclenchera l'application des règles menant à l'établissement de sa filiation. Comme c'est le cas pour toute naissance, l'accoucheur devra d'abord en dresser le constat en y mentionnant le nom de la mère de naissance, sans égard à la provenance des gamètes ayant servi à la conception de l'enfant[962]. Il lui reviendra également d'en transmettre sans délai un exemplaire au directeur de l'état civil.

La suite des choses dépendra du scénario applicable. Au total, quatre scénarios doivent être envisagés. Dans le premier, toutes les parties impliquées consentent à donner suite au projet parental notarié; dans le second, les parents d'intention veulent s'y conformer, mais non pas la mère porteuse[963]; dans le troisième, le refus de respecter les termes du projet parental notarié provient plutôt des parents d'intention ou de l'un d'eux; dans le quatrième et dernier scénario, un des protagonistes décède, devient inapte ou disparaît avant d'avoir pu manifester sa volonté.

i. Toutes les parties impliquées consentent à donner suite au projet parental notarié

La volonté commune de toutes les parties de donner suite au projet parental notarié en permettra la réalisation selon les étapes suivantes :

Remise de l'enfant

Dès après la naissance, la mère porteuse pourra remettre l'enfant aux parents d'intention. Un écrit devant deux témoins ou portant la forme notariée devra en faire état. Cette remise physique entraînera, de plein droit, délégation de l'autorité parentale en faveur des parents d'intention. Tant que la filiation de l'enfant n'aura pas été établie avec eux, cet écrit leur permettra d'opposer aux tiers l'autorité parentale dont l'exercice leur aura été ainsi délégué.

Déclaration de naissance

Toutes les parties, mère porteuse comme parents d'intention, signeront ensuite une déclaration commune de naissance (sur un nouveau formulaire prévu à cette fin) référant au projet parental et exprimant le consentement de chacune des parties d'y donner suite. Cette déclaration devra impérativement être transmise au directeur de l'état civil dans les 30 jours de la naissance, accompagnée d'une copie ou d'un extrait authentique du projet parental notarié[964].

Sous réserve du droit conféré à la mère porteuse de rétracter son consentement aux conditions ci-après énoncées, le directeur de l'état civil dressera l'acte de naissance de l'enfant à l'expiration du 30e jour, sur la base du constat de naissance, de la déclaration commune de naissance et du projet parental. Seule la filiation du ou des parents d'intention y sera inscrite, à l'exclusion de la mère porteuse. Puisque le projet parental notarié fait preuve de son contenu, de sa date et de la validité des consentements exprimés, le directeur de l'état civil sera en droit de s'y fier, sans autre formalité.

ii. La mère porteuse refuse de donner suite au projet parental

Comme le prévoit la première orientation retenue, la mère porteuse pourra, après l'accouchement, décider de garder l'enfant malgré les termes du projet parental convenu. Le simple fait pour elle de ne pas signer la déclaration de naissance commune fera présumer de sa décision de garder l'enfant. D'ordre public, cette option ne pourra faire l'objet d'aucune renonciation anticipée; son exercice ne sera assorti d'aucune pénalité ou réparation financière en faveur des parents d'intention[965]. La mère porteuse pourrait toutefois devoir rembourser les dépenses liées à la grossesse déjà engagées par le ou les parents d'intention, selon les modalités établies par les parties ou, à défaut, par le tribunal[966].

Par ailleurs, dans les 30 jours de la naissance, la mère porteuse pourra revenir sur toute décision ou consentement qu'elle pourrait avoir exprimé à l'intention des parents d'intention, que ce soit en leur remettant l'enfant ou en signant la déclaration commune de naissance[967]. Ce droit à la rétractation du consentement ne pourra non plus faire l'objet de renonciation anticipée.

En toute hypothèse, la décision de la mère porteuse devra être notifiée sans délai aux parents d'intention, de même qu'au directeur de l'état civil si la déclaration de naissance commune lui a déjà été transmise. Vu la rétractation exercée par la mère porteuse, cette déclaration commune vaudra déclaration de maternité « régulière » au sens de l'article 114 C.c.Q. Autrement dit, toutes les mentions relatives au projet parental qui y sont contenues seront considérées comme

non écrites. Le cas échéant, les parents d'intention devront bien sûr procéder à la restitution immédiate de l'enfant à la mère porteuse, qui récupérera du même coup le plein exercice de l'autorité parentale.

En répudiant le projet parental, la mère porteuse en provoquera la caducité intégrale et le privera de tout effet. Applicables par défaut, les règles relatives à l'établissement de la filiation de l'enfant né d'une procréation naturelle trouveront conséquemment application, à l'exclusion de toutes autres[968]. La filiation maternelle sera donc établie avec la mère porteuse, sans égard à la provenance des gamètes. Le directeur de l'état civil en fera mention sur l'acte de naissance de l'enfant à partir des données consignées dans le constat de l'accoucheur et la déclaration de naissance.

Les règles relatives à la procréation naturelle pourraient également permettre d'établir la filiation paternelle de l'enfant avec l'un des parents d'intention. En effet, rien n'exclut que l'un d'eux reconnaisse formellement l'enfant aux termes d'une déclaration de naissance distincte, initiale ou tardive, ou agisse de manière à fonder une possession constante d'état[969]. Rien n'exclut non plus qu'une décision judiciaire attribue une filiation paternelle au parent d'intention qui aura fourni les gamètes mâles, le cas échéant.

iii. Les parents d'intention refusent de donner suite au projet parental

Quelles conséquences rattacher au refus des parents d'intention de donner suite au projet parental, que ce soit en raison des handicaps ou déficiences dont l'enfant est atteint ou pour tout autre motif lié à l'évolution de leur situation personnelle ou familiale ? Doit-on permettre l'établissement d'un lien de filiation avec eux en dépit de leur décision[970], à l'instar de la solution préconisée à l'endroit du conjoint ou de la conjointe de la mère qui, dans le cadre d'une procréation assistée classique, refuserait de reconnaître formellement l'enfant ou d'agir de manière à fonder l'établissement d'une possession constante d'état ?

Aux yeux du Comité, la solution retenue à l'égard du conjoint ou de la conjointe de la mère ne peut pas être aveuglément transposée aux parents d'intention. En matière de procréation assistée classique, est-il utile de le spécifier, la mère de naissance est partie au projet parental et l'enfant a vocation à demeurer auprès d'elle. Malgré le refus du conjoint de reconnaître formellement l'enfant ou de se comporter de manière à fonder une possession constante d'état, l'enfant bénéficiera donc d'un véritable ancrage familial[971]. Dans l'intérêt de l'enfant, on peut légitimement prendre appui sur cet ancrage pour forcer le conjoint ou la conjointe à assumer intégralement son engagement sur le plan filial.

En revanche, en matière de maternité de substitution, l'enfant n'a pas vocation à demeurer auprès de sa mère de naissance, et ce, qu'une filiation soit ou non initialement établie avec elle (selon la voie procédurale sollicitée). En cas de refus des parents d'intention de donner suite au projet parental, l'enfant se retrouvera donc sans ancrage familial. À court terme, il y a fort à parier qu'il prenne le chemin de l'adoption. Or, l'adoption a pour effet de rompre la filiation. Forcer l'établissement d'une filiation avec les parents d'intention s'avérerait donc pour le moins inefficace.

Selon le Comité, le refus des parents d'intention de donner suite au projet parental doit tout simplement en entraîner la caducité, comme c'est le cas du refus de la mère porteuse. Privé de reconnaissance, le projet parental ne pourra donc plus fonder l'établissement de la filiation.

Applicables par défaut, les règles relatives à la filiation de l'enfant né d'une procréation naturelle trouveront conséquemment application, à l'exclusion de toutes autres[972].

Le Comité n'entend pas pour autant exonérer les parents d'intention de toute forme de responsabilité. Bien au contraire, tout parent d'intention qui refusera de donner suite au projet parental sera tenu à une obligation alimentaire à l'égard de l'enfant et devra réparer le préjudice occasionné à la mère porteuse, indépendamment de la filiation qui pourrait par ailleurs lui avoir été attribuée en vertu des règles relatives à la procréation naturelle[973]. Aux yeux du Comité, les parents d'intention ne peuvent impunément renier un enfant qui ne leur conviendrait pas ou qui ne cadrerait plus avec leur situation personnelle ou familiale, sans encourir une responsabilité. Cette responsabilité survivra d'ailleurs au jugement d'adoption dont l'enfant pourrait éventuellement faire l'objet. Bien qu'un tel jugement provoquera la rupture intégrale du lien de filiation qu'un tribunal pourrait avoir établi avec l'un des parents d'intention sur la base des gamètes utilisés, il n'affectera d'aucune manière sa responsabilité à l'égard de l'enfant et de la mère porteuse.

Qu'en sera-t-il si deux parents d'intention ont signé le projet parental, mais qu'un seul entend lui donner suite après la naissance de l'enfant ? La solution optimale consiste certainement à permettre la finalisation du projet parental à l'égard du seul parent d'intention consentant. Seul ce dernier héritera donc d'une filiation avec l'enfant, à l'exclusion de l'autre parent d'intention et, évidemment, de la mère porteuse. Le directeur de l'état civil sera à même de dresser l'acte de naissance sur la base de la déclaration de naissance commune qui aura été signée à la fois par ce parent d'intention et par la mère porteuse. Quant au parent qui aura refusé de donner suite au projet parental en s'abstenant de signer la déclaration commune, il engagera non seulement sa responsabilité alimentaire à l'égard de l'enfant, mais il sera également tenu de réparer le préjudice causé à l'autre parent d'intention par sa décision, le cas échéant.

iv. Un des protagonistes décède, devient inapte ou disparaît avant d'avoir manifesté sa volonté

Qu'adviendra-t-il si la mère porteuse décède, devient inapte ou disparaît avant d'avoir pu signer la déclaration commune de naissance ? Selon le Comité, un tel évènement doit entraîner le transfert du dossier devant le tribunal. Il reviendra au juge de prendre acte du projet parental notarié et de l'absence de la mère et de rendre la décision qu'il estimera la plus favorable à l'enfant dans les circonstances[974].

Quant au décès, à l'inaptitude ou à la disparition d'un parent d'intention après la conception de l'enfant, il devrait produire les mêmes conséquences qu'un refus de sa part. Ses représentants légaux ou, selon le cas, sa succession, devraient donc assumer la responsabilité qui en découle[975], peu importe que l'autre parent donne suite ou non au projet parental.

> ***Recommandation n^{o} 3.21.1.1***
>
> *Dans le cadre de la voie administrative, il est recommandé d'instituer des règles qui, pour l'essentiel :*
>
> *A. Autoriseront la mère porteuse à remettre l'enfant aux parents d'intention dès après sa naissance dans le but de leur transférer l'autorité parentale, cette remise devant être constatée par écrit devant deux témoins ou par acte notarié;*

> *B. Autoriseront la mère porteuse et les parents d'intention à signer volontairement une déclaration commune de naissance dans les 30 jours de la naissance à l'intention du directeur de l'état civil aux fins de permettre l'établissement de la filiation de l'enfant avec ces derniers;*
>
> *C. Permettront à la mère porteuse de rétracter son consentement à la remise de l'enfant et à l'établissement de sa filiation avec les parents d'intention dans les 30 jours de la naissance, provoquant ainsi la caducité du projet parental;*
>
> *D. Reconnaîtront la responsabilité des parents d'intention ou du parent d'intention qui auront provoqué la caducité du projet parental en refusant d'y donner suite après la naissance, cette responsabilité jouant tant à l'égard de l'enfant que de la mère porteuse;*
>
> *E. Permettront la finalisation du projet parental sur la base du consentement de la mère porteuse et d'un seul parent d'intention, en dépit du refus de l'autre parent d'intention initialement partie au projet parental, la responsabilité de ce dernier étant toutefois engagée à l'égard de l'enfant et de l'autre parent d'intention;*
>
> *F. Élimineront l'application de la voie administrative au profit de la voie judiciaire dans la mesure où la mère porteuse devient inapte ou disparaît avant d'avoir pu manifester sa volonté;*
>
> *G. Permettront d'assimiler à un refus l'incapacité factuelle ou juridique des parents d'intention ou de l'un d'eux de donner suite au projet parental;*
>
> *H. En cas de caducité du projet parental, permettront d'appliquer par défaut les règles relatives à la filiation de l'enfant né d'une procréation naturelle.*

b) La voie judiciaire

Dans la mesure où les formalités dont dépend le recours à la voie administrative n'auront pas été accomplies, la voie judiciaire permettra d'y palier. Cette voie trouvera donc application si le projet parental n'a pas été consigné par acte notarié avant la conception de l'enfant. Ne jouissant pas de la force probante que revêtent le contenu et la date de l'acte authentique, le projet parental sous seing privé n'aura d'existence juridique qu'à compter du moment où la preuve en aura été faite devant le tribunal, à la suite de la naissance de l'enfant[976]. Il reviendra donc aux différentes parties impliquées de démontrer au tribunal l'antériorité de leur projet par rapport à la date de conception de l'enfant, à défaut de quoi leur arrangement ne pourra qu'être assimilé à une forme d'adoption privée contraire à la loi.

Contrairement à la voie administrative où, du consentement de toutes les parties impliquées, le directeur de l'état civil peut directement procéder à l'inscription de la filiation de l'enfant avec les parents d'intention, sans étape préalable, la voie judiciaire repose plutôt sur une logique de substitution. Dans un premier temps, la filiation de l'enfant devra être établie avec la mère porteuse conformément aux règles relatives à la procréation naturelle[977]. Comme il l'aurait fait en toutes autres circonstances, le directeur de l'état civil sera donc d'abord appelé à dresser l'acte de naissance de l'enfant sur la base du constat de l'accoucheur et de la déclaration de naissance usuelle[978], respectivement prévus aux articles 111 et 114 C.c.Q. Tant que le tribunal

ne sera pas intervenu pour reconnaître l'existence du projet parental, le directeur de l'état civil ne pourra donc en tenir compte, directement ou indirectement.

> ***Recommandation n^{O} 3.21.2***
>
> *Aux fins du cadre juridique applicable au projet parental impliquant le recours à une mère porteuse, il est recommandé d'instituer une voie procédurale judiciaire subsidiaire à la voie administrative qui permettra au tribunal, du consentement de la mère porteuse et des parents d'intention ou de l'un d'eux, de prononcer après la naissance de l'enfant la substitution de la filiation en faveur du ou des parents d'intention, pour autant que la preuve du projet parental et de son antériorité par rapport à la conception de l'enfant lui soit apportée, par tous moyens.*

Contrairement à la solution proposée pour la voie administrative, la simple remise physique de l'enfant aux parents d'intention à la suite de la naissance n'aura pas pour effet de leur conférer l'exercice de l'autorité parentale. La garde et la surveillance de l'enfant pourront toutefois faire l'objet d'une délégation temporaire, ponctuelle et révocable, conformément aux dispositions actuellement prévues à l'article 601 C.c.Q.

On prend ici la mesure des avantages que procure la voie administrative par rapport à la voie judiciaire. Ces avantages, rappelons-le, ont essentiellement pour objectif d'amener les parents d'intention à mener leur projet parental dans le respect des normes éthiques. Selon le Comité, l'éclairage juridique et psychosocial que recevront les parties en amont de la conception de l'enfant, de même que les garanties de validité dont sera assorti leur consentement respectif au projet parental, représentent autant de moyens d'en assurer le déroulement éthique.

1° Substitution de la filiation après la naissance de l'enfant

Ici encore, la suite des choses dépendra du scénario applicable. Les quatre mêmes scénarios que ceux dégagés dans le cadre de la voie administrative pourront se cristalliser. Dans le premier, toutes les parties impliquées entendent donner suite au projet parental (sous seing privé) convenu; dans le second, les parents d'intention veulent s'y conformer, mais non pas la mère porteuse; dans le troisième, le refus de respecter les termes du projet parental provient plutôt des parents d'intention ou de l'un d'eux; dans le quatrième et dernier scénario, un des protagonistes décède, devient inapte ou disparaît avant d'avoir pu manifester sa volonté devant le tribunal.

i. Toutes les parties impliquées entendent donner suite au projet parental

Dans les 60 jours de la naissance, une demande à la Cour supérieure pourra être présentée soit par la mère porteuse, soit par les parents d'intention, soit par les deux parties conjointement, aux fins d'obtenir la substitution de la filiation des parents d'intention à la filiation d'origine préalablement établie. La fixation d'un court délai de présentation est primordiale, l'enfant ayant intérêt à ce que sa filiation soit établie le plus rapidement possible[979].

Le ou les requérants devront d'abord prouver l'existence du projet parental et, partant, son antériorité par rapport à la date de la conception de l'enfant. Cette preuve pourra être faite par tous moyens. Si le ou les requérants font défaut de s'acquitter de leur fardeau de preuve, le

tribunal n'aura d'autre choix que de rejeter leur requête. Dans le cas inverse, le tribunal devra accueillir la demande, mais seulement après avoir vérifié le consentement de la mère porteuse et des parents d'intention de donner suite au projet parental[980].

Le jugement accueillant la demande devra être transmis sans délai au directeur de l'état civil qui pourra dès lors substituer la filiation des parents d'intention à la filiation d'origine de l'enfant dans l'acte de naissance. La filiation des parents d'intention sera réputée avoir été établie au moment de la naissance de l'enfant[981].

ii. La mère porteuse refuse de donner suite au projet parental

Si la mère porteuse décide de garder l'enfant, le projet parental (dont la preuve pourrait être faite au tribunal) deviendra automatiquement caduc. L'enfant conservera alors sa filiation maternelle d'origine, telle qu'initialement établie en vertu des règles relatives à la procréation naturelle. Compte tenu de la logique à la base de ces règles, le fait que l'ovocyte fécondé ait été fourni par la mère d'intention, le cas échéant, ne sera d'aucune pertinence[982].

L'établissement de la filiation paternelle relèvera également des règles relatives à la procréation naturelle, applicables par défaut. Les modes d'établissement non judiciaires et judiciaire présentés antérieurement trouveront ainsi application[983]. Ici comme dans le cadre de la voie administrative, rien n'exclut donc qu'un parent d'intention de sexe masculin reconnaisse formellement l'enfant aux termes d'une déclaration de naissance distincte, initiale ou tardive, ou agisse de manière à fonder une possession constante d'état. Rien n'exclut non plus qu'une décision judiciaire attribue une filiation paternelle au parent d'intention qui aura fourni les gamètes mâles, le cas échéant.

iii. Les parents d'intention refusent de donner suite au projet parental

Comme dans le deuxième scénario, le refus des parents d'intention de donner suite au projet parental en provoquera également la caducité et, incidemment, fera échec à toute substitution de filiation. La preuve judiciaire du projet parental que parviendrait à faire la mère porteuse concrétisera toutefois la responsabilité alimentaire des parents d'intention à l'égard de l'enfant, de même que leur obligation de réparer le préjudice causé à la mère porteuse par leur décision, et ce, indépendamment de la filiation qui pourrait être attribuée à l'un d'eux en vertu des règles régissant la filiation de l'enfant né d'une procréation naturelle.

Si deux parents d'intention ont signé le projet parental, mais qu'un seul entend lui donner suite après la naissance de l'enfant, ce parent consentant, la mère porteuse ou les deux parties conjointement pourront présenter la demande au tribunal aux fins d'obtenir la substitution de la filiation de l'enfant en faveur du parent consentant, à l'exclusion de l'autre parent d'intention et de la mère porteuse. Quant au parent qui aura refusé de donner suite au projet parental, il engagera non seulement sa responsabilité alimentaire à l'égard de l'enfant, mais il sera également tenu de réparer le préjudice causé à l'autre parent d'intention par sa décision, le cas échéant.

iv. Un des protagonistes décède, devient inapte ou disparaît avant d'avoir pu manifester sa volonté

Si la mère porteuse décède, devient inapte ou disparaît avant d'avoir pu opposer son refus ou exprimer sa volonté devant le tribunal, il reviendra au juge d'en prendre acte et de rendre la décision qu'il estimera la plus favorable à l'enfant dans les circonstances[984].

Quant au décès, à l'inaptitude ou à la disparition d'un parent d'intention après la conception de l'enfant, il devrait produire les mêmes conséquences qu'un refus de sa part. Ses représentants légaux ou, selon le cas, sa succession, devraient donc assumer la responsabilité qui en découle[985], peu importe que l'autre parent donne suite ou non au projet parental.

> ***Recommandation n^{O} 3.21.2.1***
>
> *Dans le cadre de la voie judiciaire, il est recommandé d'instituer des règles qui, pour l'essentiel :*
>
> *A. Autoriseront la mère porteuse et les parents d'intention ou l'un d'eux à s'adresser au tribunal dans les 60 jours de la naissance pour lui demander de faire en sorte que la filiation de l'enfant avec les parents d'intention soit substituée à celle de la mère porteuse;*
>
> *B. Reconnaîtront la responsabilité des parents d'intention ou du parent d'intention qui auront provoqué la caducité du projet parental en refusant d'y donner suite après la naissance, cette responsabilité jouant tant à l'égard de l'enfant que de la mère porteuse;*
>
> *C. Permettront la finalisation du projet parental sur la base du consentement de la mère porteuse et d'un seul parent d'intention, en dépit du refus de l'autre parent d'intention initialement partie au projet parental, la responsabilité de ce dernier étant toutefois engagée à l'égard de l'enfant et de l'autre parent d'intention;*
>
> *D. Permettront au tribunal de rendre la décision qu'il estimera la plus favorable à l'enfant dans le cas où la mère porteuse décède, devient inapte ou disparaît avant d'avoir pu opposer son refus ou exprimer sa volonté;*
>
> *E. Permettront d'assimiler à un refus l'incapacité factuelle ou juridique des parents d'intention ou de l'un d'eux de donner suite au projet parental;*
>
> *F. En cas de caducité du projet parental, permettront d'appliquer par défaut les règles relatives à la filiation de l'enfant né d'une procréation naturelle.*

4. Autres questionnements

Tout au long des discussions ayant mené à l'élaboration du cadre juridique ci-dessus exposé, plusieurs questionnements sur les conditions dont la maternité de substitution est assortie dans certains États étrangers ont fait surface. Le Comité s'y est longuement attardé, voyant dans ces questionnements l'occasion d'approfondir sa réflexion, voire de tester les limites du cadre juridique proposé.

a) Âge minimal et maximal de la mère porteuse

En vertu de la *Loi [fédérale] sur la procréation assistée*, une femme ne peut être amenée à agir à titre de mère porteuse si elle n'a pas atteint l'âge de 21 ans :

> **6(4)** Nul ne peut induire une personne de sexe féminin à devenir mère porteuse ni lui conseiller de le devenir, ni pratiquer un acte médical pour aider une personne de sexe féminin à devenir mère porteuse, s'il sait ou a des motifs de croire qu'elle a moins de vingt et un ans.

Pour les fins d'application du cadre juridique ci-dessus proposé, qu'en est-il de l'âge de la mère porteuse ? Doit-on reproduire le seuil de la loi fédérale ou fixer une limite encore plus élevée[986] ? Le Comité ne le croit pas. Dans le cadre de ses compétences législatives en matière de droit criminel et de santé publique, le législateur fédéral poursuit des objectifs qui lui sont propres. Le droit privé, et plus particulièrement, le droit de la filiation, ne relèvent pas des mêmes perspectives. Jamais songerait-on à exclure les règles relatives à la filiation d'un enfant né d'une procréation naturelle au motif que la mère n'est âgée que de 14 ans. Les mesures qui pourraient devoir être mises en place pour assurer la protection de l'enfant né d'une si jeune mère n'auront d'effets que sur l'autorité parentale, voire sur la tutelle, mais non pas sur la filiation.

Certes, contrairement à la procréation naturelle, la procréation assistée dont il est ici question suppose bien plus qu'une relation sexuelle. À la base s'y trouve l'acte juridique que constitue le projet parental. Or, en droit privé, c'est en principe la majorité qui confère la capacité de passer un acte juridique. Aux yeux du Comité, la volonté d'une femme d'agir à titre de mère porteuse dans le cadre du projet parental d'autrui, tout comme celle des parents d'intention de solliciter son intervention, devrait produire les effets que lui attribue le Code civil à partir de la majorité[987].

Ce n'est pas dire, cependant, que le législateur doit s'abstenir d'adopter des règles susceptibles de prévenir des procréations assistées qui, en raison de l'âge de la mère porteuse, présentent des risques pour sa santé ou pour celle de l'enfant auquel elle donnera naissance. Bien qu'il soit impuissant à régir en amont les procréations artisanalement et amicalement assistées, le législateur conserve tout de même un certain contrôle sur les procréations médicalement assistées. En interdisant aux médecins et autres professionnels concernés de procéder aux interventions en-deçà ou au-delà de tel âge, le législateur sera en mesure d'empêcher la réalisation de certains projets parentaux qu'il estime risqués.

C'est d'ailleurs dans cette perspective que le projet de loi 20 déposé devant l'Assemblée nationale le 28 novembre 2014 propose de modifier la *Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée*[988]aux fins d'établir l'âge minimal et maximal des femmes qui pourront faire l'objet d'une insémination artificielle. Selon le nouvel article 10.2, « aucune activité de fécondation *in vitro* » ne pourra être exercée chez une femme âgée de moins de 18 ans ou de plus de 42 ans. Tout médecin qui contreviendra aux règles prescrites s'exposera aux sanctions prévues dans la loi. Cela dit, nul ne devrait pouvoir s'appuyer sur le manquement du professionnel pour priver l'enfant de la filiation à laquelle lui donnent droit les règles du Code civil portant sur la procréation assistée. Le principe d'égalité des filiations actuellement prévu à l'article 522 C.c.Q., ou la reformulation qui en est proposée, impose d'ailleurs cette conclusion : « tous les enfants ont droit à l'établissement de leur filiation dans les conditions prévues au présent titre, sans autre considération ».

> ***Recommandation n^{o} 3.21.3***
>
> *Aux fins des règles d'établissement de la filiation de l'enfant né des suites d'un projet parental impliquant le recours à une mère porteuse, il est recommandé d'établir l'âge minimal de la mère porteuse et des parents d'intention à l'âge de la majorité.*

b) Contribution génétique de la mère porteuse

Dans plusieurs États, il est interdit à la mère porteuse de fournir son propre ovocyte. Ceux-ci doivent nécessairement provenir de la mère d'intention ou d'une donneuse. Tel est le cas en Grèce, en Israël, en Afrique du Sud, en Ukraine et dans certains États américains[989]. Sans doute vise-t-on ainsi à dissocier plus nettement la maternité gestationnelle de la maternité génétique et, partant, à mieux rationaliser le « transfert » de l'enfant vers la mère d'intention. L'enfant que portera la mère porteuse ne lui étant pas génétiquement lié, on présume sans doute qu'il lui sera plus facile de s'en séparer[990].

Le Comité ne recommande pas l'adoption d'une telle exigence. Tant la procréation que la gestation pour le compte d'autrui figurent au rang des réalités auxquelles le droit doit faire écho. Exclure le premier type de projet du cadre juridique proposé reviendrait à pénaliser les enfants qui en sont l'objet, de même que les mères porteuses disposées à fournir leur propre contribution génétique. Si l'objectif premier du cadre envisagé est d'assurer la protection des personnes vulnérables que sont les enfants et les mères porteuses, on se doit d'en favoriser l'application sans égard à la provenance des gamètes ayant servi à la conception.

La volonté des parties de recourir aux forces génétique de la mère porteuse ajoutera aux nombreux défis éthiques que soulève tout type de gestation pour autrui. Dans la mesure où elles se prévalent de la voie administrative, le professionnel du centre jeunesse (ou mandaté par l'institution) appelé à les rencontrer individuellement pour les éclairer sur les enjeux psycho-sociaux et les dimensions éthiques du projet parental envisagé devra porter une attention toute particulière à cet aspect. Dans le cadre de la voie judiciaire, il reviendra au tribunal de vérifier les consentements des uns et des autres à la substitution de la filiation, en gardant à l'esprit la double contribution de la mère porteuse.

> ***Recommandation n^{o} 3.21.4***
>
> *Aux fins des règles d'établissement de la filiation de l'enfant né des suites d'un projet parental impliquant le recours à une mère porteuse, il est recommandé de ne pas établir de distinctions fondées sur l'apport ou non de son propre ovocyte par la mère porteuse.*

c) Expérience de grossesse et de naissance de la mère porteuse

Certains estiment que la mère porteuse doit impérativement avoir connu l'expérience de la grossesse et de la naissance avant de s'engager dans un projet parental, à défaut de quoi elle ne pourra pleinement saisir le sens et la portée de la contribution qu'elle s'apprête à fournir. On justifie également l'exigence en prétendant qu'elle permettra de « [...] prévenir les risques d'accident durant la grossesse ou l'accouchement et d'éviter que la gestatrice puisse se trouver privée de toute descendance dans l'hypothèse où un tel accident surviendrait et la rendrait stérile »[991]. Au surplus, prétend-on, la mère porteuse qui n'a pas d'enfant risque d'avoir plus de difficulté à se détacher du bébé qu'elle porte au profit des parents d'intention.

Bien qu'il soit sensible aux arguments avancés, le Comité ne peut néanmoins se résoudre à exclure du cadre juridique proposé les projets parentaux impliquant une mère porteuse qui n'aurait expérimenté ni la grossesse, ni la naissance, que ce soit pour elle-même ou pour autrui[992]. Tel que mentionné au point précédent, il faut mettre de l'avant l'objectif protecteur du cadre juridique envisagé et en favoriser l'application la plus inclusive qui soit. Les professionnels qui interviendront auprès des parties auront le devoir de les sensibiliser à l'ensemble des conséquences auquel le projet parental anticipé les expose[993].

Par ailleurs, le fait pour la mère porteuse d'avoir déjà un ou des enfants soulève également sa part de difficultés. Il est difficile d'anticiper la réaction qu'auront ces enfants lorsqu'ils prendront conscience que le « frère » ou la « sœur » à laquelle leur mère a donné naissance ne fait pas partie de leur famille[994]. Il est tout aussi difficile de mesurer les effets à court et moyen termes qui pourraient en résulter.

> ***Recommandation n^{o} 3.21.5***
>
> *Aux fins des règles d'établissement de la filiation de l'enfant né des suites d'un projet parental impliquant le recours à une mère porteuse, il est recommandé de ne pas exiger que la mère porteuse soit soumise à l'obligation de justifier d'une expérience de grossesse et de naissance antérieure.*

d) Liens de parenté de la mère porteuse avec le ou les parents d'intention

Certains pays exigent que la mère porteuse appartienne à la famille du parent d'intention ou de l'un d'eux. Ainsi, au Brésil, la mère porteuse doit être la mère, la sœur, la grand-mère, la tante ou la cousine du parent d'intention ou, selon le cas, de l'un d'eux. Au soutien d'une telle exigence, on invoque généralement la nécessité de prévenir la commercialisation de la maternité de substitution que peut favoriser le recours à une mère porteuse étrangère à la famille. En revanche, certains s'opposent vivement à ce qu'un tel lien familial puisse exister[995]. On craint les pressions et conflits familiaux, de même que la confusion des repères généalogiques de l'enfant. On rappelle également le pivot social que constitue la prohibition de l'inceste[996].

Selon le Comité, la même conclusion que celle évoquée au terme des deux développements précédents s'impose également ici. Eu égard à l'objectif protecteur du cadre juridique envisagé, l'application des règles sur l'établissement de la filiation ne doit nullement dépendre de l'existence ou de l'absence d'un lien de parenté entre les protagonistes. Rien n'empêcherait toutefois le législateur d'intervenir dans la *Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée* pour prévenir la réalisation de projets parentaux qui lui paraissent éthiquement condamnables. Le Comité laisse aux éthiciens et autres spécialistes de la question le soin d'établir les normes requises à cette fin. Toutefois, quelle que soit la solution retenue, l'enfant qui naîtra au mépris des mesures adoptées ne devra d'aucune manière en souffrir. Le sort que l'on réservait autrefois aux enfants incestueux en les privant d'une filiation légitime devrait suffire à nous en convaincre.

> ***Recommandation n^{o} 3.21.6***
>
> *Aux fins des règles d'établissement de la filiation de l'enfant né des suites d'un projet parental impliquant le recours à une mère porteuse, il est*

> *recommandé de ne pas imposer de conditions relatives à l'existence ou à l'absence de liens de parenté entre la mère porteuse et les parents d'intention.*

e) Nombre de contributions à titre de mère porteuse

Au rang des conditions de reconnaissance de la maternité de substitution, le Groupe de travail créé par le Sénat français en 2008 propose de limiter à deux le nombre de projets parentaux dans lesquels une femme peut agir à titre de mère porteuse. S'ajoutant à la règle prohibant la rémunération de la mère porteuse, cette règle, estime-t-on, préviendrait le développement d'une « profession » de mères porteuses.

Au Canada, c'est au législateur fédéral qu'appartient la responsabilité de contrecarrer la commercialisation de la maternité de substitution aux termes des règles prévues dans la *Loi [canadienne] sur la procréation assistée*[997]. Aux yeux du Comité, il n'appartient pas au législateur québécois d'ajouter à ces règles, *a fortiori* dans le cadre du Livre du Code civil portant sur la filiation.

> ***Recommandation n^{o} 3.21.7***
>
> *Aux fins des règles d'établissement de la filiation de l'enfant né des suites d'un projet parental impliquant le recours à une mère porteuse, il est recommandé de ne pas proposer de dispositions concernant le nombre de contributions qu'une femme peut apporter à titre de mère porteuse.*

f) Contribution génétique des parents d'intention

Dans quelques provinces canadiennes, de même que dans certains États étrangers, le cadre juridique applicable à la maternité de substitution exige qu'au moins un des deux parents d'intention fournissent ses gamètes. Tel est le cas, notamment, en Alberta, en Nouvelle-Écosse et dans les Territoires du Nord-Ouest[998]. Dans son rapport final de 2010, la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada y va également d'une recommandation en ce sens[999]. Permettre le recours à une mère porteuse sans qu'aucun des parents d'intention ne soit génétiquement impliqué dans le projet équivaut, selon la Commission, à cautionner une forme de détournement des règles d'ordre public régissant l'adoption :

> Suivant l'une des options que le Groupe de travail a étudiée pour ensuite la rejeter, le libellé de l'article aurait pu être élargi afin d'inclure les cas de maternité de substitution où aucun lien génétique n'existe entre l'un ou l'autre des futurs parents et l'enfant. Le Groupe de travail s'inquiétait de ce qu'une telle approche puisse servir à contourner les politiques d'ordre public en matière d'adoption et permette l'émergence de visions incohérentes en ce qui concerne la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant. Bien qu'il soit possible de faire valoir que cette approche se distingue de l'adoption du fait que l'intention d'être parent existe avant la conception, cette distinction semble ténue.[1000]

La recommandation de la Conférence n'a pas été suivie en Colombie-Britannique[1001]. Dans les provinces où le cadre juridique n'émane pas du législateur, mais de décisions judiciaires, aucune condition de ce type n'a non plus été dégagée de manière formelle[1002].

Compte tenu du fondement sur lequel repose la filiation de l'enfant né d'une procréation assistée en droit québécois, le Comité estime qu'une telle exigence n'a pas lieu d'être. Ce fondement, faut-il le rappeler, réside dans le projet parental. Seule la volonté y participe[1003]. Introduire ici une composante génétique témoignerait d'une confusion des genres similaire à celle dont le législateur s'est rendu responsable en 2002 en permettant au tiers dont les forces génétiques sont transmises au moyen d'une relation sexuelle de revendiquer une filiation dans l'année de la naissance de l'enfant[1004].

> ***Recommandation n^{o} 3.21.8***
>
> *Aux fins des règles d'établissement de la filiation de l'enfant né des suites d'un projet parental impliquant le recours à une mère porteuse, il est recommandé de ne pas faire de distinction en fonction du fait que les parents d'intention fournissent ou non leurs propres gamètes.*

g) Grossesse multiple de la mère porteuse

Les parents d'intention souhaitaient un enfant... la mère porteuse accouche de jumeaux. Les parents d'intention veulent prendre un seul enfant et laisser l'autre entre les mains de la mère porteuse... Cette situation n'est pas que théorique. Il faut donc y apporter réponse, en gardant à l'esprit le principe de l'intérêt de l'enfant.

Selon le Comité, il faut absolument contrer la volonté des parents d'intention[1005] de séparer les enfants issus du projet parental. Le cadre juridique ci-dessus proposé ne doit trouver application à l'endroit des parents d'intention que dans la seule mesure où ils acceptent d'assumer la parenté de tous les enfants issus de la grossesse. À défaut, le cadre juridique devrait céder le pas aux règles régissant l'établissement de la filiation de l'enfant né d'une procréation naturelle. La mère porteuse conservera donc sa filiation maternelle à l'égard de chacun des enfants. Dans la mesure où, comme on peut le supposer, elle décide de les confier en adoption, il reviendra au Directeur de la protection de la jeunesse d'entreprendre les démarches nécessaires pour leur trouver une famille d'adoption, en privilégiant l'intérêt des enfants concernés. Or, en matière d'adoption, faut-il le rappeler, l'intérêt de jumeaux réside généralement dans leur placement au sein d'une même famille[1006].

> ***Recommandation n^{o} 3.21.9***
>
> *Aux fins des règles d'établissement de la filiation de l'enfant né des suites d'un projet parental impliquant le recours à une mère porteuse, il est recommandé de ne pas séparer la fratrie résultant d'une grossesse multiple.*

h) Capacités parentales des parents d'intention

En matière d'adoption, les candidats-adoptants doivent faire l'objet d'une évaluation psychosociale destinée à mesurer leurs capacités parentales. Cette évaluation doit être soumise au tribunal appelé à prononcer l'ordonnance de placement. En cas d'évaluation négative, le tribunal doit rejeter la requête des adoptants[1007].

Dans certains États, les parties au projet parental impliquant le recours à une mère porteuse doivent se soumettre à une évaluation similaire[1008]. Faut-il s'inspirer du droit applicable dans ces

pays pour ajouter au Code civil un mécanisme de contrôle des capacités parentales des parents d'intention, aux fins de l'établissement de la filiation de l'enfant ? Dans le cadre de la voie administrative, ce contrôle pourrait être intégré au volet psychosocial dont est assortie l'intervention notariale. Ainsi, le professionnel du centre jeunesse (ou dûment mandaté par l'institution) pourrait-il se voir chargé d'évaluer les compétences parentales des parents d'intention, en sus du devoir d'information qu'on entend lui confier. Faute d'évaluation positive, la voie administrative serait tout simplement fermée aux parents d'intention. Dans le cadre de la voie judiciaire, on pourrait imposer aux parents d'intention l'obligation de déposer une évaluation psychosociale positive au soutien de leur requête en demande de substitution de la filiation de l'enfant[1009]. En cas d'échec, le tribunal n'aurait d'autre choix que de les débouter.

Le Comité se refuse d'envisager les choses sous cet angle[1010]. S'il est légitime d'exiger une évaluation des compétences parentales des adoptants avant de faire droit à leur projet d'adoption et de procéder à la substitution de la filiation de l'enfant avec eux, il n'en va pas de même à l'égard des parents d'intention. En matière d'adoption, on cherche à doter un enfant existant d'une famille. Selon son âge et sa situation, on doit lui trouver des parents qui sauront répondre à ses besoins. En matière de procréation assistée, on encadre la volonté des parents d'intention de réaliser un projet parental au moyen d'une assistance à la procréation ou à la gestation. Cette assistance est requise en raison de leur infertilité médicale ou, dans le cas des femmes ou hommes seuls et des couples de même sexe, de leur « infertilité sociale », selon l'expression consacrée[1011].

De l'avis du Comité, le cadre de référence à partir duquel on doit réfléchir à la question soumise n'est pas l'adoption, mais bien la procréation naturelle à laquelle la procréation assistée se substitue. Or, à moins d'endosser une philosophie eugénique, on se refusera toujours de faire dépendre l'établissement de la filiation de l'enfant issu d'une procréation naturelle aux capacités parentales de ses géniteurs. Il doit en être de même en matière de procréation assistée[1012].

Certes, on ne doit pour aucune considération sacrifier le bien-être d'un enfant ou l'exposer à un danger, quelles que soient les circonstances en cause. Si les personnes que le droit lui attribue à titre de parents ne sont pas en mesure d'en assurer la sécurité ou le développement, les mesures prévues dans la *Loi sur la protection de la jeunesse*[1013] pourront être déployées pour le protéger, et ce, de manière immédiate. La filiation de l'enfant est une chose, son besoin de protection en est une autre.

Il va sans dire que l'État a le loisir, voire le devoir, de prévenir la réalisation des projets parentaux qui, en raison des capacités limitées des parents d'intention, exposent l'enfant à naître à la négligence ou à l'abandon. Comme il en a été question ci-dessus, le législateur est peut-être impuissant à régir en amont les procréations « artisanalement » et « amicalement » assistées, mais il conserve néanmoins un certain contrôle sur les procréations médicalement assistées à travers les normes auxquelles il peut soumettre le personnel médical. C'est d'ailleurs cette orientation que préconise le projet de loi 20 édictant la *Loi favorisant l'accès aux services de médecine de famille et de médecine spécialisée et modifiant diverses dispositions législatives en matière de procréation assistée*[1014]. Selon les dispositions proposées :

> [l]orsqu'un projet parental comporte l'apport de forces génétiques d'une personne qui n'est pas partie à ce projet, aucune activité de procréation assistée ne peut être entreprise sans qu'une évaluation psychosociale positive de la personne ou des personnes formant le projet parental n'ait été transmise au médecin[1015].

Le médecin qui contreviendra à ces règles sera sujet aux sanctions prévues dans la loi. Mais ce manquement ne devrait pas pouvoir être invoqué pour priver l'enfant de la filiation à laquelle lui donne droit les règles du Code civil portant sur la procréation assistée. Une chose est la filiation de l'enfant, autre chose est le manquement professionnel du médecin.

> ***Recommandation n^{o} 3.21.10***
>
> *Aux fins des règles d'établissement de la filiation de l'enfant né des suites d'un projet parental impliquant le recours à une mère porteuse, il est recommandé de ne pas soumettre les parents d'intention à une évaluation préalable de leurs capacités parentales.*

*** * ***

L'analyse qui précède illustre de différentes manières la portée du principe d'égalité des filiations actuellement prévu à l'article 522 C.c.Q., ou la reformulation qui en est proposée par le Comité :

> Tous les enfants ont droit à l'établissement de leur filiation dans les conditions prévues au présent titre, sans autre considération.

Certes, le Comité est fortement préoccupé par les enjeux éthiques que soulève la maternité de substitution. Il reconnaît l'importance des règles contenues dans la *Loi [fédérale] sur la procréation assistée*[1016] et dans la *Loi [québécoise] sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée*[1017]. Les balises établies par ces lois peuvent contribuer à prévenir la réalisation de projets parentaux qui heurtent nos valeurs ou présentent des risques pour les femmes appelées à agir à titre de mère porteuse et pour les enfants auxquels elles donneront naissance. En cas contraire, toutefois, le législateur ne saurait se servir de l'enfant pour sanctionner les parties ou tout autre intervenant en le privant de la filiation à laquelle il a droit[*]. En reconnaissant les projets parentaux impliquant le recours à une mère porteuse, le Comité entend procurer aux parties vulnérables que sont les femmes et les enfants une protection adéquate. Laisser certains enfants à l'écart du cadre juridique proposé en raison des écarts de conduite commis par les adultes responsables de sa venue nous ramènerait à l'époque révolue des enfants illégitimes[1018].

Pour les raisons évoquées dans l'introduction, le Comité ne s'est pas penché sur les questions de droit international privé. L'Annexe 6 identifie toutefois les grands enjeux que la réforme proposée pourrait soulever à ce sujet, tant en matière de conjugalité que de filiation. À n'en point douter, le droit international privé régissant la maternité de substitution devra faire l'objet d'une attention toute particulière. L'essor du « tourisme procréatif » auquel on assiste depuis quelques années donne la mesure du fossé qui, d'un continent à l'autre, sépare les conceptions de la maternité, des libertés fondamentales et de l'intérêt de l'enfant. Tout devra donc être mis en œuvre pour trouver le juste point d'équilibre sur lequel doit reposer le droit international privé.

---

[*] Un membre a inscrit sa dissidence. Les motifs de cette dissidence sont présentés à l'Annexe 9.

SECTION 4 – LA FILIATION ADOPTIVE

Le Comité a pris acte des travaux amorcés en matière d'adoption à la suite du dépôt en 2008 du rapport du Groupe de réflexion sur l'adoption présidé par la professeure Carmen Lavallée[1019]. Après avoir déposé un avant-projet de loi intitulé *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*[1020] et entendu divers intervenants en commission parlementaire, le gouvernement libéral a présenté, le 13 juin 2012, le projet de loi 81 intitulé *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale* devant l'Assemblée nationale[1021]. Ce projet est mort au feuilleton lors de la dissolution de la 39e législature survenue le 1er août suivant.

Le 14 juin 2013, le gouvernement péquiste a présenté sa propre version de la réforme du droit de l'adoption en déposant le projet de loi 47 intitulé *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption, d'autorité parentale et de divulgation de renseignements*[1022]. Ce projet de loi est également mort au feuilleton, lors de la dissolution de la 40e législature survenue le 30 octobre suivant.

Avisé de l'imminence d'un nouveau projet de loi, le Comité juge inopportun de se prononcer sur les dispositions actuelles du Code civil qui régissent la filiation adoptive. Le Comité se déclare toutefois en accord avec tout projet de réforme législative qui proposera :

1) De substituer au principe de confidentialité des dossiers d'adoption qui prévaut actuellement un principe d'ouverture entre l'adopté et ses parents d'origine, conformément à la recommandation no 3.33 du présent rapport (« droit fondamental à la connaissance des origines »);

2) De permettre au tribunal de recourir à d'autres formes ou modalités d'adoption que l'adoption plénière dans la mesure où la situation et l'intérêt de l'enfant le justifient;

3) De reconnaître les pratiques d'adoption ouverte qui envisagent, avec l'accord des parents adoptifs et de l'enfant, le maintien de contacts ou de communications entre l'enfant et sa famille d'origine durant les procédures d'adoption et à la suite du jugement d'adoption.

Le cas échéant, le Comité se tient à la disposition de la ministre pour commenter ou analyser les dispositions d'un éventuel projet de loi en matière d'adoption. Le Comité pourra également signaler les modifications de concordance que pourraient justifier les propositions de réforme législative qu'il soumet aux chapitres de la filiation de l'enfant issu d'une procréation naturelle (filiation dite par le sang) et de l'enfant issu d'une procréation assistée.

SECTION 5 – LA PREUVE DE LA FILIATION

Dans l'état actuel du droit, l'acte de naissance est abordé de la même manière que la possession constante d'état, la présomption de paternité et la reconnaissance volontaire. Toutes ces notions sont réunies sous le nom de « preuves de filiation » dans la section 1 du chapitre 1 du Livre deuxième sur la filiation, sans autre nuance. Comme il en a déjà été question, le législateur qualifie improprement de « preuves » ce qui, en réalité, constitue des modes d'établissement de la filiation. La référence à l'acte de naissance dans la section 1 est également confondante. Ce qui permet d'établir la filiation ou de la justifier, au sens fondamental du terme, ce n'est pas l'acte de naissance, mais la reconnaissance de paternité contenue dans

la déclaration de naissance qui a servi à le constituer. C'est à travers cette reconnaissance de paternité que se révèle le fondement volontariste qu'on attribue à la filiation.

L'acte de naissance n'est donc pas un mode d'établissement de la filiation, comme le sont la reconnaissance formelle de paternité, la possession constante d'état, la présomption de paternité (si tant est qu'on en admette la pertinence) et le jugement accueillant une action en réclamation d'état. En somme, l'acte de naissance permet de faire la preuve de la filiation, peu importe la manière dont elle aura été établie. C'est en effet par l'acte de naissance que l'enfant, ses parents ou toute autre personne intéressée pourront tirer profit de la filiation dans leurs relations avec les tiers.

La place de l'acte de naissance ne devrait donc pas se trouver dans la nouvelle sous-section 1, où le Comité propose de réunir les modes d'établissement de la filiation, mais dans un chapitre distinct.

> ***Recommandation n^{o} 3.32***
>
> *Il est recommandé d'appréhender l'acte de naissance en tant que mode preuve usuel de la filiation, quel qu'en soit le type, et de lui consacrer en conséquence un chapitre distinct.*

SECTION 6 – L'ACCÈS AUX DOSSIERS D'ADOPTION ET DE PROCRÉATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE

Tant en matière d'adoption que de procréation médicalement assistée, les renseignements de nature personnelle contenus au dossier de l'enfant sont marqués du sceau du secret[1023]. Sauf exception, la loi québécoise ne reconnaît pas à l'enfant adopté le droit de connaître l'identité de ses parents d'origine, pas plus qu'elle ne permet à l'enfant né d'une procréation médicalement assistée de s'enquérir de l'identité du ou des donneur des gamètes utilisés pour sa conception.

Pour plusieurs observateurs, il y a là atteinte au « droit fondamental de l'enfant à la connaissance de ses origines »[1024]. À l'unanimité, les membres du Comité partagent cet avis. Avant de présenter l'analyse qui les amène à conclure en ce sens et d'y aller des recommandations qui en découlent, il convient d'abord de dresser un bref portrait du principe de confidentialité applicable à chacune des deux sphères et, le cas échéant, des tempéraments qui permettent d'en nuancer la portée.

A. Le principe de confidentialité et ses tempéraments

1. L'adoption

Le droit québécois ne connait qu'une seule forme d'adoption, soit l'adoption dite « plénière »[1025]. À la suite d'une adoption de ce type, l'enfant cesse d'appartenir à sa famille d'origine. Sa filiation initiale est effacée et remplacée par la filiation adoptive[1026]. Un nouvel acte de naissance ne mentionnant que le nom de ses parents adoptifs est dressé par le directeur de l'état civil[1027].

L'adoption québécoise se caractérise également par les garanties mises en place par la loi pour préserver l'anonymat des parties les unes par rapport aux autres, tant durant les procédures

d'adoption[1028] qu'à la suite du jugement[1029]. Ainsi, précise l'article 582 C.c.Q., les dossiers judiciaires et administratifs « [...] sont confidentiels et aucun des renseignements qu'ils contiennent ne peut être révélé, si ce n'est pour se conformer à la loi ». Parmi les quelques exceptions ou tempéraments que la loi apporte au principe de la confidentialité, un seul permet la levée du secret des origines au profit des parties elles-mêmes[1030]. En vertu de l'article 583 C.c.Q. qui institue le processus connu sous le nom de « retrouvailles »[1031] :

> L'adopté majeur ou l'adopté mineur de 14 ans et plus a le droit d'obtenir les renseignements lui permettant de retrouver ses parents, si ces derniers y ont préalablement consenti. Il en va de même des parents d'un enfant adopté, si ce dernier, devenu majeur, y a préalablement consenti.
>
> L'adopté mineur de moins de 14 ans a également le droit d'obtenir les renseignements lui permettant de retrouver ses parents, si ces derniers, ainsi que ses parents adoptifs, y ont préalablement consenti.
>
> Ces consentements ne doivent faire l'objet d'aucune sollicitation; un adopté mineur ne peut cependant être informé de la demande de renseignements de son parent.

Comme on peut le constater, cette disposition ne permet les « retrouvailles » entre les parties que dans la seule mesure où chacune d'elle y a préalablement consenti. Si la partie recherchée oppose un refus[1032], la partie demanderesse ne pourra donc obtenir les renseignements nominatifs auxquels elle aspire[1033]. Il en sera de même si la partie recherchée est décédée ou inapte au moment où la demande de retrouvailles est déposée auprès des autorités compétentes[1034].

En 2007, le Groupe de travail sur le régime québécois de l'adoption présidé par la professeure Carmen Lavallée a recommandé la substitution d'un principe d'ouverture au principe de confidentialité qui prévaut actuellement[1035]. En vertu du modèle proposé, les renseignements personnels[1036] contenus au dossier d'adoption deviendraient automatiquement accessibles à la partie qui en ferait la demande, à moins que l'autre partie ait pris l'initiative d'inscrire un veto à la divulgation de son identité auprès des autorités compétentes. Les parents d'origine seraient admis à inscrire leur veto tant et aussi longtemps que l'enfant n'aurait pas atteint l'âge de 14 ans. Quant à ce dernier, il serait autorisé à y procéder en tout temps[1037]. Tout veto survivrait pour une période de deux ans après le décès de son auteur, à moins que des motifs justifiant son maintien après le décès aient été consignés au dossier. Le cas échéant, le tribunal aurait néanmoins le pouvoir d'écarter le veto *post mortem* après avoir départagé les droits et intérêts concurrents en présence[1038]. Le Groupe de travail envisageait également la possibilité qu'une partie puisse choisir d'inscrire un simple veto de contact plutôt qu'un veto à la divulgation de l'identité, histoire de permettre la transmission de ses nom et prénom à l'autre partie, mais en lui interdisant formellement d'entrer en communication avec elle.

L'avant-projet de loi déposé en 2009[1039], de même que les projets de loi 81[1040] et 47[1041] (dont il est fait mention à la section 4) ont tous trois fait écho à cette recommandation. Dernier en lice, le projet de loi 47 suggérait l'établissement d'un modèle d'ouverture beaucoup plus audacieux que celui suggéré dans le rapport Lavallée[1042]. Les deux articles suivants, que le projet proposait d'introduire au Code civil, permettent d'en saisir l'essentiel :

> **583.** Tout adopté, y compris celui de moins de 14 ans qui a l'accord préalable de ses père et mère ou de son tuteur, a le droit d'obtenir, auprès des autorités chargées par la

> loi de les lui révéler, son nom d'origine, le nom de ses parents d'origine et les renseignements lui permettant de prendre contact avec ces derniers.
>
> De même, le parent d'origine a, lorsque l'adopté est devenu majeur, le droit d'obtenir le nom donné à celui-ci et les renseignements lui permettant de prendre contact avec lui.
>
> Les renseignements ne peuvent toutefois être révélés si un veto à la divulgation de l'identité ou un veto au contact, selon le cas, y fait obstacle [...]
>
> **583.7.** Un veto à la divulgation de l'identité ou au contact peut être retiré en tout temps.
>
> Un veto à la divulgation de l'identité cesse d'avoir effet au premier anniversaire du décès de son auteur.

Contrairement au rapport Lavallée[1043] qui envisageait les vetos à la divulgation de l'identité dans une perspective relativement large, le projet de loi 47 en limitait quant à lui l'admissibilité à une seule situation. En fait, le projet ne reconnaissait qu'aux seuls parents d'origine le droit de maintenir le secret sur leur identité, pour autant qu'ils agissent dans l'année de la naissance de l'enfant. L'exercice d'un tel droit aurait entraîné, envers ce parent, l'inscription de plein droit d'un veto à la divulgation de l'identité de l'enfant[1044]. En aménageant cette possibilité à l'endroit des parents d'origine, on poursuivait sans doute l'objectif de mettre le nouveau-né à l'abri d'un abandon sauvage, voire d'un infanticide. Dans certaines communautés culturelles, allègue-t-on, donner naissance en contravention des normes sociales applicables peut entraîner de graves conséquences, spécialement pour la mère. Pour assurer leur propre protection, certaines pourraient donc choisir de se défaire de l'enfant plutôt que de le confier en adoption sans garantie de confidentialité, d'où l'option mise à leur disposition par le projet de loi 47.

Des dispositions particulières étaient par ailleurs suggérées pour les adoptions antérieures à l'entrée en vigueur de la réforme envisagée[1045]. Pour l'essentiel, le projet de loi préservait la confidentialité des données nominatives relatives à l'enfant adopté en décrétant l'inscription automatique d'un veto à la divulgation de son identité. En revanche, les parents d'origine se voyaient quant à eux imposer le fardeau d'inscrire leur propre veto, bénéficiant toutefois d'une période de 18 mois suivant l'entrée en vigueur de la loi pour s'exécuter, sans avoir à craindre d'être exposés à une demande de communication[1046].

2. La procréation médicalement assistée

Deux mots permettent de comprendre la règle qui gouverne le dossier de l'enfant né d'une procréation médicalement assistée : confidentialité absolue[1047]. L'article 542 C.c.Q. prévoit ainsi :

> Les renseignements personnels relatifs à la procréation médicalement assistée d'un enfant sont confidentiels[1048].
>
> Toutefois, lorsqu'un préjudice grave risque d'être causé à la santé d'une personne ainsi procréée ou de ses descendants si cette personne est privée des renseignements qu'elle requiert, le tribunal peut permettre leur transmission, confidentiellement, aux autorités médicales concernées. L'un des descendants de cette personne peut également se prévaloir de ce droit si le fait d'être privé des renseignements qu'il requiert risque de causer un préjudice grave à sa santé ou à celle de l'un de ses proches[1049].

Depuis 2010, les cliniques ou centres de procréation assistée sont tenus de conserver les dossiers sur une base permanente[1050] . Il s'agit là d'une amélioration, sachant qu'auparavant, ils étaient admis à s'en départir sans autres restrictions que celles découlant de la réglementation professionnelle et déontologique applicable au domaine médical.

Comme on peut le constater, le législateur québécois ne s'est pas inspiré des dispositions de la *Loi [fédérale] sur la procréation assistée*[1051] qui prévoyaient initialement la mise en place d'un registre national où devaient être consignées les données relatives aux différentes personnes impliquées dans le processus de procréation assistée, soit le donneur, les parents d'intention et l'enfant. Jugées *ultra vires* de la compétence du législateur fédéral aux termes du *Renvoi relatif à la loi sur la procréation assistée* sur lequel la Cour suprême s'est prononcée en 2010[1052], ces dispositions permettaient non seulement aux autorités administratives chargées de gérer le registre de transmettre des renseignements médicaux aux personnes ayant eu recours à la procréation assistée et à l'enfant[1053], mais elles offraient également la possibilité au donneur de consentir à l'avance à la divulgation de son identité[1054].

Certains se sont étonnés du peu d'intérêt manifesté par le législateur québécois au sujet des origines de l'enfant né d'une procréation médicalement assistée, alors que l'occasion se présentait pourtant à lui. Lors des travaux parlementaires portant sur la *Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée*[1055] qui ont été menés dans la foulée de la procédure de renvoi à la Cour suprême, des reproches en ce sens lui ont clairement été adressés par différents intervenants, dont la Fédération québécoise pour le planning des naissances et le Conseil du statut de la femme[1056].

L'adhésion des autorités québécoises au principe de confidentialité absolue s'observe par ailleurs dans la politique de financement publique des traitements de procréation médicalement assistée mise en place par le gouvernement en 2010[1057]. En effet, les demandes de remboursement présentées à la Régie de l'assurance-maladie du Québec ne sont admissibles que si les gamètes utilisés pour la conception proviennent d'un don anonyme[1058]. Au nom de l'équité, le Commissaire à la santé et au bien-être a récemment recommandé au gouvernement d'abandonner cette exigence[1059].

B. Le droit de l'enfant à la connaissance de ses origines

1. Fondements et finalités

Que ce soit ici ou dans d'autres États occidentaux, le droit de l'enfant adopté ou né d'une procréation médicalement assistée à la connaissance de ses origines occupe une place de plus en plus importante dans le discours social. Au Québec seulement, d'importantes études juridiques y ont été consacrées au cours des dernières années[1060]. Tant en matière d'adoption que de procréation assistée, de plus en plus d'acteurs sociaux militent en faveur de l'incorporation d'un tel droit dans l'ordre législatif québécois[1061].

Au moins deux facteurs peuvent expliquer l'intérêt croissant que suscite le droit de l'enfant à la connaissance de ses origines. Le premier puise sa source dans le savoir psychologique. Depuis une trentaine d'années, un grand nombre d'experts du domaine plaident en faveur d'une culture d'ouverture et de transparence, attribuant aux « secrets des origines » qui dominaient naguère les relations de famille des effets nocifs sur l'enfant[1062]. Pour construire son identité[1063], affirme-t-on, l'enfant doit pouvoir connaître les premiers chapitres de son existence[1064]. Si sa conception

ou sa naissance ne sont pas exclusivement attribuables à ses parents, il doit non seulement en être informé, mais il doit également pouvoir s'approprier les données qui lui permettront d'identifier tous ceux et celles qui ont contribué d'une manière ou d'une autre à lui donner la vie[1065].

Le deuxième facteur nous ramène dans la sphère juridique. Comme il en a déjà été question, la *Convention [internationale] relative aux droits de l'enfant* (CDE)[1066] a consacré l'émancipation juridique de l'enfant. D'objet de soumission qu'il était autrefois, l'enfant s'est graduellement hissé au rang de sujet de droit à part entière[1067]. Or, prétend-on, s'il est un droit fondamental auquel toute personne doit pouvoir prétendre, c'est bien celui de connaître l'ensemble des composantes de sa propre histoire, incluant l'identité de ses parents d'origine ou, selon le cas, du tiers ayant fourni les forces génétiques auxquelles il doit sa conception[1068]. Les assises d'un tel droit se profileraient d'ailleurs dans le texte des articles 7 et 8 de la CDE :

> **7.** (1) L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux.
>
> **8.** (1) Les États parties s'engagent à respecter le droit de l'enfant de préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales, tels qu'ils sont reconnus par la loi, sans ingérence illégale.

Bien que ces deux dispositions aient fait l'objet d'interprétations diverses au cours des années[1069], y compris par les tribunaux québécois[1070], les tenants du droit de l'enfant à la connaissance de ses origines sont aujourd'hui de plus en plus nombreux à s'y référer pour appuyer leurs prétentions[1071]. Le Comité des droits de l'enfant de l'ONU en invoque lui-même la lettre, sinon l'esprit, pour justifier les critiques formulées à l'endroit des États « [...] dont les législations nationales bloquent complètement ou définitivement l'accès de l'enfant à ses origines biologiques »[1072].

Au-delà des dispositions spécifiques de la CDE, on s'efforce également de rechercher des assises juridiques aux aspirations identitaires des personnes en quête de leurs origines dans le droit à la vie privée que garantissent plusieurs conventions internationales. À quelques occasions déjà, la Cour européenne des droits de l'homme s'est montrée sensible à cet argument[1073]. Sans y voir la base d'un droit absolu et inconditionnel à la connaissance des origines[1074], la Cour affirme que « [...] le droit à l'identité, dont relève le droit de connaître son ascendance, fait partie intégrante de la notion de droit à la vie privée » [1075], tel que garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme[1076]. D'autres, comme la Cour constitutionnelle d'Allemagne, s'en sont plutôt remis aux droits à la dignité et au libre épanouissement pour fonder le droit de l'enfant à la connaissance de ses origines, tant en matière d'adoption que de procréation assistée[1077].

Par ailleurs, le traitement différencié que plusieurs pays réservent aux enfants nés d'une procréation assistée par opposition à celui qu'ils appliquent aux enfants adoptés permettrait également d'appréhender la problématique sous l'angle du droit à l'égalité[1078]. Dans la mesure où l'on reconnaît la légitimité des aspirations identitaires des uns et des autres[1079], l'ouverture que traduit la mise en place de mesures législatives permettant à l'enfant adopté d'accéder à son dossier devrait également profiter aux enfants issus d'une procréation assistée[1080]. À défaut, soutient-on, ces derniers seraient victimes d'une discrimination injustifiée[1081].

Quelle que soit l'approche privilégiée, force est de reconnaître la tendance lourde qui se dessine dans le monde en faveur de la reconnaissance du droit de l'enfant adopté et de celui né d'une procréation assistée à la connaissance de ses origines[1082]. Comme c'est souvent le cas, la Suède a fait œuvre de pionnier en se saisissant de la question dès 1985[1083]. Depuis, une dizaine de pays européens lui ont emboîté le pas[1084], dont la Suisse et l'Allemagne où le droit a été constitutionnalisé[1085].

2. Un droit qui appartient à l'enfant

Les différents fondements juridiques sur lesquels le droit à la connaissance des origines s'est peu à peu édifié permettent aujourd'hui d'en déterminer la juste finalité. Une finalité qui rejoint les principes directeurs que s'est donné le Comité[1086]. Celui-ci partage donc l'avis de ceux et de celles qui en prônent la consécration dans l'ordre juridique québécois[1087]. L'histoire de l'enfant, à laquelle participe l'identité de ses parents d'origine ou, selon le cas, des êtres humains auxquels il doit sa conception ou sa naissance, lui appartient en propre[1088]. On ne saurait l'en priver sans porter atteinte à ses droits fondamentaux, du moins dans l'acception internationale du concept[1089]. Il ne s'agit pas de remettre en cause la filiation légale de l'enfant[1090], ni de discréditer le rôle primordial que ses parents tiennent auprès de lui sous prétexte qu'ils n'en sont pas les géniteurs. Il ne s'agit pas non plus de valoriser le sang et la génétique au détriment d'autres vecteurs identitaires[1091]. Il s'agit simplement de permettre à l'enfant adopté ou né d'une procréation assistée qui le souhaite[1092] de s'approprier tous les pans de son histoire, sans porter de jugement moral sur la légitimité de sa quête identitaire.

a) Une consécration dans la Charte québécoise des droits et libertés

En conséquence de ce qui précède, le Comité propose la consécration dans la *Charte des droits et libertés de la personne*[1093] d'un véritable droit à la connaissance des origines, en lui accolant toutefois une réserve dont les droits fondamentaux sont parfois assortis :

> Toute personne a droit à la connaissance de ses origines, sauf dans la mesure prévue par la loi.

Cette formulation permettrait au Québec de joindre le rang des États qui attribuent au droit à la connaissance des origines une importance digne d'une sanction « constitutionnelle », tout en laissant au législateur le soin d'en aménager l'exercice en fonction des circonstances en cause. Comme c'est le cas des droits à l'intégrité et à la vie privée que consacre d'ores et déjà la Charte québécoise, des dispositions spécifiques pourraient être introduites dans le Code civil, plus précisément au Titre 2 du Livre premier sur les personnes intitulé « De certains droits de la personnalité »[1094].

> ***Recommandation n^{o} 3.33***
>
> *Il est recommandé de consacrer dans la Charte québécoise des droits et libertés le « droit de toute personne à la connaissance de ses origines », et d'en préciser la portée dans le Code civil au Titre portant sur les « droits de la personnalité ».*

b) Un encadrement dans le Code civil

1° Les principes-cadres

Deux principes-cadres devraient être énoncés au Titre relatif aux « droits de la personnalité ». D'entrée de jeu, il conviendrait de préciser qu'il appartient aux parents de l'enfant de lui transmettre l'ensemble des données lui permettant de connaître ses origines. L'idée n'est pas d'imposer aux parents une obligation susceptible de sanction judiciaire[1095]; il s'agirait plutôt de leur réserver cette importante mission ou charge qui relève de la sphère de leur vie privé[1096].

Le législateur devrait ensuite reconnaître à l'enfant le droit d'obtenir communication de tout renseignement personnel lié à ses origines auprès des organismes ou instances, publics ou privés, qui en seraient dépositaires d'une manière ou d'une autre. Les centres jeunesse en possession des dossiers d'adoption, le directeur de l'état civil en possession des constats et déclarations de naissance, le notaire en possession du projet parental impliquant le recours à une mère porteuse, de même que les cliniques ou centres de procréation assistée en possession du dossier médical, seraient tenus d'accéder à la demande de l'enfant ou de l'adulte qu'il sera devenu[1097]. Autrement dit, tout renseignement permettant à l'enfant d'identifier ses parents d'origine, le donneur de sperme, la donneuse d'ovocyte ou la mère porteuse, selon le cas, devrait lui être acheminé sur demande.

Ces deux principes permettent de bien circonscrire la portée du droit ici mis de l'avant. Le Comité promeut la levée de la confidentialité des dossiers d'adoption et de procréation médicalement assistée qui se trouvent entre les mains de l'État ou de ses agents, non pas une quête de la vérité biologique qui, au nom d'une vision dogmatique de la transparence génétique, pourrait prendre des allures de « chasse aux sorcières ». Comme l'exprime fort bien Irène Théry :

> Refuser que l'État ou une administration dissimule à l'individu concerné une information qu'il ou elle détient sur lui est un enjeu précis. Il n'a strictement rien à voir avec le fantasme d'un monde orwellien, la naïveté d'une transparence universelle de la procréation, pourquoi pas le projet d'une traçabilité vétérinaire, que certaines rhétoriques hostiles se plaisent à imaginer pour susciter la peur[1098].

On sait que l'enfant issu d'une procréation naturelle se voit parfois attribuer une filiation inaltérable avec un homme qui n'est pas son géniteur[1099]. Si tel est le cas, rien ne lui permettra de contraindre sa mère à lui révéler l'identité de son géniteur[1100]. Rien ne lui permettra non plus de forcer celui qu'il croit être son géniteur à lui fournir un échantillon de son ADN, au nom du droit à la connaissance de ses origines nouvellement consacré. Dans la même perspective, l'enfant issu d'une procréation amicalement ou artisanalement assistée ne disposera d'aucun moyen légal pour retracer ses origines, si tant est qu'on l'ait avisé du mode de sa conception[1101].

On peut certes espérer que les parents de l'enfant lui révèlent la vérité en toutes circonstances. Comme le souligne la professeure Julie Cousineau, on doit travailler à changer la mentalité de ceux et celles qui croient toujours dans les vertus du secret[1102]. Mais on ne saurait les poursuivre en justice dans le but de faire jaillir la vérité. C'est au « secret institutionnalisé » de l'adoption et de la procréation médicalement assistée que s'adresse le droit à la connaissance des origines ici envisagé, non pas aux omissions des parents[1103].

Un important travail d'éducation sera également requis à l'endroit des donneurs éventuels. Le modèle « ni vu ni connu » que favorise actuellement l'anonymat du donneur devra faire place à la responsabilisation et à la conscientisation[1104]. Avant de s'éxécuter, le donneur ou la donneuse devra avoir accepté l'idée que l'enfant conçu au moyen de sa contribution puisse un jour découvrir son identité. Projet utopique qui annonce une pénurie de gamètes ?[1105] Pas si l'on en croit l'expérience des pays qui ont levé la confidentialité. Comme l'affirme Irène Théry dans son imposant rapport produit au gouvernement français en avril 2014, « tous les pays ont commencé par redouter une chute des dons, mais aucun de ceux dont les statistiques sont disponibles n'a enregistré une telle chute. Dans les cas documentés, les dons ont même augmenté »[1106]. Il semble qu'un nouveau profil de donneurs se soit tout simplement imposé, les étudiants ayant fait place à des hommes plus âgés, souvent pères de famille de classe socio-économique élevée, qui invoquent des motifs altruistes pour expliquer leur geste[1107].

> ***Recommandation n^{o} 3.33.1***
>
> *Dans le cadre du régime juridique régissant le nouveau droit de l'enfant à la connaissance de ses origines, il est recommandé d'établir dans le Code civil le principe suivant lequel il appartient aux parents de l'enfant de lui transmettre l'ensemble des données lui permettant de connaître ses origines, de même que le droit de l'enfant d'obtenir communication de tout renseignement personnel lié à ses origines auprès des organismes ou instances, publics ou privés, qui en seraient dépositaires d'une manière ou d'une autre.*

Ces principes exposés, il reviendrait ensuite au législateur de préciser les conditions et modalités d'exercice du nouveau droit à la connaissance des origines et d'en établir les limites.

2° Les conditions d'exercice

i. Âge de l'enfant

Certains pays suspendent l'exercice du droit à la connaissance des origines durant la minorité de l'enfant[1108]. D'autres lui en confèrent le plein exercice à compter de 16 ans[1109] où dès lors qu'il atteint une « maturité suffisante »[1110]. D'autres encore exigent l'accord des titulaires de l'autorité parentale avant l'atteinte d'un certain âge[1111].

Lors de la réforme du Code civil de 1994, le Québec a choisi de reconnaître une grande autonomie à l'enfant âgé de 14 ans ou plus. Ce dernier peut exercer seul plusieurs droits, dont celui de consentir aux soins requis par son état de santé[1112] et d'entreprendre les démarches de retrouvailles prévues à l'article 582 C.c.Q. au chapitre de l'adoption. L'enfant de moins de 14 ans n'est pas pour autant privé des droits; seulement, il lui faut obtenir l'accord du titulaire de l'autorité parentale pour les exercer[1113].

Le Comité propose ici de faire appel à la philosophie qui caractérise déjà le Code civil en matière de droit de l'enfant. Comme l'observent les professeures Lavallée et Giroux, l'autonomie accordée au mineur en matière de retrouvailles s'inscrit « [...] dans la foulée de la CDE qui milite en faveur d'une législation souple qui prend en considération les capacités progressives de l'enfant selon son niveau de développement »[1114]. Dans cette perspective, il paraît légitime de reconnaître à l'enfant de 14 ans ou plus la faculté d'exercer seul son droit à la connaissance de

ses origines, que celles-ci soient contenues dans un dossier d'adoption ou de procréation médicalement assistée. Dans la même « foulée », il paraît justifié d'attribuer le même droit à l'enfant de moins de 14 ans, mais en lui imposant l'obligation d'obtenir l'accord du titulaire de l'autorité parentale.

> ***Recommandation n^{o} 3.33.2***
>
> *Dans le cadre du régime juridique régissant le nouveau droit de l'enfant à la connaissance de ses origines, il est recommandé d'autoriser le majeur et le mineur de 14 ans ou plus à exercer seuls leurs droits, et de subordonner l'exercice du droit du mineur de moins de 14 ans à l'accord du titulaire de l'autorité parentale.*

ii. Veto à la divulgation de l'identité en matière d'adoption et infanticide

Le Comité prend acte des motifs susceptibles d'expliquer la proposition que contenait le projet de loi 47 d'attribuer aux parents d'origine le droit d'inscrire un veto à la divulgation de leur identité dans l'année de la naissance de l'enfant confié à l'adoption[1115]. Il semble que la levée intégrale et immédiate du secret de l'adoption, particulièrement dans certaines communautés culturelles, pourrait accentuer le risque d'abandons intempestifs ou d'infanticides. Notons qu'à certains égards, l'accouchement sous « X » que prévoit le droit français[1116], de même que les « boîtes à bébés » ou « couveuses extérieures »[1117] qu'on retrouve dans certains pays[1118], dont le Canada[1119], viseraient également à prévenir ces graves dangers[1120].

Il ne revient pas au Comité de se prononcer sur le fond de la question. Toutefois, si le législateur jugeait nécessaire de permettre aux parents d'origine de préserver leur anonymat au temps de la naissance afin de protéger l'enfant, rien n'exige qu'il maintienne la confidentialité des données sur une base permanente, comme le suggérait le projet de loi 47. Les propos que la sociologue Irène Théry tient relativement à l'accouchement sous « X » en France peuvent être ici transposés :

> L'intérêt de l'enfant de pouvoir accéder à ses origines, quand il sera devenu adulte, n'est pas forcément incompatible avec l'idée qu'il a pu être de son intérêt, antérieurement, de naître dans des conditions propres à protéger sa vie et sa santé, grâce à l'organisation du secret de l'accouchement. Distinguer anonymat défini, empêchant toute recherche des origines, et secret de la naissance, permettrait de concilier ces deux intérêts de l'enfant, qui, après avoir été abandonné à la naissance, recherche légitimement ses origines[1121].

En tout état de cause, l'attribution aux parents d'origine d'un droit de veto à la divulgation de leur identité devrait cesser de produire ses effets au plus tard à la majorité de l'enfant. On parviendrait ainsi à maintenir un juste équilibre entre les différents intérêts en cause, sans pour autant gommer le droit fondamental de l'enfant à la connaissance de ses origines.

iii. Veto de contact

La consécration du droit de l'enfant à la connaissance de ses origines doit se faire dans le respect du droit à la vie privée des parents d'origine ou, selon le cas, du donneur de sperme, de la donneuse d'ovocyte ou de la mère porteuse. Aux yeux du Comité, le respect de la vie privée

de l'une ou l'autre de ces personnes passe par l'aménagement d'un droit de veto au contact[1122], comme le suggérait d'ailleurs le projet de loi 47 en matière d'adoption :

> Avant la divulgation de son identité, la personne recherchée doit, sauf si elle est introuvable, être informée de la demande qui la concerne et avoir l'occasion d'inscrire un veto au contact envers le demandeur[1123].

En inscrivant un veto au contact auprès des autorités compétentes, la personne concernée manifesterait son refus d'être contactée sous une forme ou sous une autre par l'enfant. Faute de respecter ce refus, celui-ci s'exposerait à d'importantes amendes, en plus d'encourir une responsabilité civile[1124].

En matière d'adoption, cette manière de concilier le droit de l'enfant à la connaissance de ses origines et le droit à la vie privée des parents d'origine a été privilégiée dans trois provinces canadiennes, soit l'Alberta, la Colombie-Britannique et l'Ontario[1125]. Ces provinces accordent donc à l'enfant adopté le droit inconditionnel d'obtenir les renseignements nominatifs désirés, mais l'empêchent d'entrer en relation avec ses parents d'origine dans la mesure où ceux-ci ont exercé leur droit de veto au contact.

Avisé de l'imminence d'un nouveau projet de loi en matière d'adoption, le Comité juge inopportun de se prononcer sur les conditions et modalités d'exercice du veto de contact prévues dans le projet de loi 47, de même que sur les sanctions qui y sont proposées. Le cas échéant, le Comité se tient à la disposition de la ministre pour commenter ou analyser les dispositions d'un éventuel projet de loi sur le sujet. Sans doute ce projet de loi représentera-t-il l'occasion de mieux définir le concept de veto de contact et d'en circonscrire les conditions et modalités d'exercice. Au final, le travail profitera non seulement aux enfants adoptés, mais également à ceux nés d'une procréation médicalement assistée.

> ***Recommandation n^{o} 3.33.3***
>
> *Dans le cadre du régime juridique régissant le nouveau droit de l'enfant à la connaissance de ses origines, il est recommandé d'accorder aux parents d'origine, au donneur de gamètes et à la mère porteuse le droit d'inscrire un veto de contact auprès des autorités compétentes afin que l'enfant ne puisse entrer en communication avec eux.*

iv. Droit des parents d'origine et des donneurs de gamètes à la connaissance de l'identité de l'enfant

Que ce soit en matière d'adoption ou de procréation médicalement assistée, la reconnaissance du droit de l'enfant à la connaissance de ses origines doit-elle s'accompagner d'une levée de la confidentialité de l'identité de l'enfant au profit des parents d'origine, voire du donneur de sperme ou de la donneuse d'ovocyte ?

La question se conçoit fort bien en matière d'adoption. Le projet de loi 47 y répond d'ailleurs en privilégiant la réciprocité. En somme, sous réserve des limites dont il a déjà été question, le projet de loi propose la levée de la confidentialité au profit des uns et des autres. Rappelons ici les termes précis de la disposition suggérée :

> Tout adopté, y compris celui de moins de 14 ans qui a l'accord préalable de ses père et mère ou de son tuteur, a le droit d'obtenir, auprès des autorités chargées par la loi de les lui révéler, son nom d'origine, le nom de ses parents d'origine et les renseignements lui permettant de prendre contact avec ces derniers.
>
> De même, le parent d'origine a, lorsque l'adopté est devenu majeur, le droit d'obtenir le nom donné à celui-ci et les renseignements lui permettant de prendre contact avec lui
>
> Les renseignements ne peuvent toutefois être révélés si un veto à la divulgation de l'identité ou un veto au contact, selon le cas, y fait obstacle ni pendant le délai d'inscription d'un tel veto. [...][1126].

Cette approche peut se justifier aisément, les évènements qui amènent les parents d'origine à confier l'enfant à l'adoption, de leur plein gré ou contre leur volonté, ne résultant pas d'une planification ou d'un projet qui précède la conception. On conçoit également les restrictions d'accès imposées aux parents d'origine durant la minorité de l'enfant. En effet, il convient de préserver la quiétude de l'environnement familial dans lequel évolue l'enfant tant et aussi longtemps qu'il n'a pas atteint l'âge de la majorité. Il apparaît également nécessaire de permettre à ce dernier de procéder à l'inscription d'un veto de contact pour protéger son droit à la vie privée.

Qu'en est-il du donneur de sperme ou de la donneuse d'ovocyte ? Doit-on les assimiler aux parents d'origine qui ont confié leur enfant à l'adoption ? Le Comité ne le croit pas. Le donneur ou la donneuse ont clairement contribué au projet parental d'autrui. Jamais l'enfant n'a-t-il ou n'aurait-il pu être le leur[1127]. On peine alors à trouver un fondement valable au droit qu'ils pourraient revendiquer de connaître l'identité des enfants nés de leur contribution[1128].

Quant à la mère porteuse, sa situation semble se trouver à mi-chemin entre les deux situations. Elle aura certes contribué au projet parental d'autrui, mais l'enfant qu'elle remettra aux parents d'intention conformément aux propositions ci-dessus exposées aurait pu demeurer le sien. Compte tenu des garanties dont elle est assortie, sa décision de respecter les termes du projet parental à la suite de la naissance ne saurait toutefois être remise en cause. Cela dit, la contribution de la mère porteuse pourra difficilement passer inaperçue aux yeux de son entourage et de celui de l'enfant. En pratique, il est donc difficile d'imaginer qu'elle puisse rester dans l'ignorance de l'identité de l'enfant qu'elle aura mis au monde.

> ***Recommandation n° 3.33.4***
>
> *Dans le cadre du régime juridique régissant le nouveau droit de l'enfant à la connaissance de ses origines, il est recommandé de reconnaître aux parents d'origine (en matière d'adoption), mais non au donneur (en matière de procréation médicalement assistée), le droit d'obtenir les renseignements personnels relatifs à l'enfant devenu majeur et, éventuellement, de prendre contact avec lui, sous réserve du veto de contact que ce dernier pourra inscrire auprès des autorités compétentes afin qu'ils ne puissent entrer en communication avec lui.*

v. Droit transitoire

La réponse juridique à donner aux adoptions et procréations assistées réalisées avant l'entrée en vigueur d'une éventuelle réforme n'est pas simple[1129]. En matière d'adoption, plusieurs positions ont jusqu'ici été défendues. Rappelons celle mise de l'avant par le projet de loi 47 qui préservait la confidentialité des données nominatives relatives à l'enfant adopté en décrétant l'inscription automatique d'un veto à la divulgation de son identité. En revanche, les parents d'origine se voyaient quant à eux imposer le fardeau d'inscrire leur propre veto, bénéficiant toutefois d'une période de 18 mois suivant l'entrée en vigueur de la loi pour s'exécuter sans craindre d'être exposés à une demande de communication[1130].

Les enjeux que soulève le droit transitoire en matière de procréation médicalement assistée sont tout aussi fondamentaux, mais la réponse qu'on voudra leur donner pourrait bien ne s'avérer que théorique. Rappelons que ce n'est que depuis 2010 que les cliniques et centres de procréation assistée sont tenus de conserver les dossiers sur une base permanente[1131]. Comme ce fut le cas dans l'affaire *Pratten*[1132], plusieurs dossiers antérieurs à cette date ont fort probablement été détruits. Sur le plan des principes, une approche similaire à celle que préconise le projet de loi 47 en matière d'adoption pourrait être privilégiée, mais sa faisabilité pratique devra être préalablement évaluée en profondeur.

> ***Recommandation n^{o} 3.33.5***
>
> *Dans le cadre du régime juridique régissant le nouveau droit de l'enfant à la connaissance de ses origines, il est recommandé d'analyser la faisabilité d'une mesure qui permettrait aux enfants nés d'une procréation médicalement assistée avant l'entrée en vigueur d'une éventuelle réforme, le droit d'obtenir communication des renseignements personnels contenus à leur dossier, selon les conditions et modalités que le projet de loi 47 prévoyait à l'égard des adoptions du passé.*

*** * ***

Le Comité est pleinement conscient du vaste chantier qu'implique la reconnaissance par l'État québécois du droit de l'enfant à la connaissance de ses origines, particulièrement en matière de procréation médicalement assistée où tout reste à faire. On imagine facilement les défis techniques qu'occasionnera la mise en place d'une structure permettant d'assurer la coordination des différents acteurs impliqués dans le processus[1133]. On figure également les ressources techniques et humaines qu'un tel projet nécessitera[1134]. À la lumière de l'enjeu dont il est ici question, ces contraintes paraissent toutefois bien minces. Le respect des droits de l'enfant et de l'adulte qu'il deviendra mérite incontestablement l'investissement requis. Le Comité en est profondément convaincu.

Chapitre quatrième
L'autorité parentale et l'obligation alimentaire

L'autorité parentale et l'obligation alimentaire sont deux grandes institutions du droit de la famille. Riches de sens et d'histoire, les règles qui leur sont applicables permettent de déceler certaines des valeurs et des principes à la base de l'organisation juridique de la famille.

Faisant suite au Titre premier sur le mariage et au Titre deuxième sur la filiation (du Livre deuxième sur la famille), les dispositions relatives à l'obligation alimentaire sont actuellement réunies au sein du Titre troisième (art. 585 à 596.1 C.c.Q.), alors que celles se rapportant à l'autorité parentale forment le Titre quatrième (art. 597 à 612 C.c.Q.). Aux yeux du Comité, un tel ordonnancement ne traduit pas véritablement ce que les deux institutions représentent, c'est-à-dire des « effets de la famille ». On se rappellera ici des termes de la disposition générale par laquelle le Comité suggère d'amorcer le Livre deuxième : « La famille est fondée sur la filiation et la conjugalité ».

De fait, c'est le lien de filiation qui les unit à l'enfant qui fonde l'autorité parentale des parents. Pareillement, c'est dans le lien filial ou conjugal que l'obligation alimentaire trouve sa justification première. L'autorité parentale, comme l'obligation alimentaire, constituent donc des « effets de la famille » au sens du droit privé québécois. En conséquence, il convient de convertir les deux Titres autonomes qui gouvernent chacune des institutions en autant de chapitres du nouveau Titre troisième sur les « effets de la famille » (dont le Comité a précédemment proposé l'adoption) :

> **LIVRE DEUXIÈME**
> **DE LA FAMILLE**
>
> **DISPOSITION GÉNÉRALE**
>
> *La famille est fondée sur la filiation et la conjugalité.*
>
> **TITRE PREMIER –**
> **DE LA FILIATION**
>
> [...]
>
> **TITRE DEUXIÈME –**
> **DE LA CONJUGALITÉ**
>
> [...]
>
> **TITRE TROISIÈME –**
> **DES EFFETS DE LA FAMILLE**
>
> **CHAPITRE PREMIER –**
> DES DROITS ET DEVOIRS RÉSULTANT DE LA FAMILLE
>
> **CHAPITRE DEUXIÈME –**
> DE L'AUTORITÉ PARENTALE
>
> [...]
>
> **CHAPITRE SIXIÈME –**
> DE L'OBLIGATION ALIMENTAIRE

* *Pour une vue d'ensemble du Livre deuxième suggéré, voir p. 241 à 243.*

Dans les pages qui suivent, le Comité aborde ensemble les deux « effets de la famille » que sont l'autorité parentale et l'obligation alimentaire. La raison d'un tel regroupement s'explique par des raisons pragmatiques. D'une part, les dispositions qui régissent actuellement l'autorité parentale et l'obligation alimentaire reflètent, pour l'essentiel, les principes directeurs que le Comité s'est donné[1135]. Le peu de recommandations que l'étude des deux institutions a suscité ne justifiaient pas que l'on consacre un développement distinct à chacune d'elles. D'autre part, le principal enjeu soulevé par l'analyse du Comité concerne le statut juridique du beau-parent. Or, ce statut soulève des questions qui se rapportent aussi bien à l'autorité parentale qu'à l'obligation alimentaire.

Avant d'aborder les enjeux spécifiques qui, selon le Comité, justifient l'intervention du législateur, il convient de tracer un bref portrait des institutions en cause. Celui-ci permettra non seulement d'identifier les orientations qui respectent d'ores et déjà les principes directeurs du Comité, mais il favorisera également la compréhension de ses recommandations, en les situant dans leur juste perspective juridique.

SECTION 1 – APERÇU SOMMAIRE DES INSTITUTIONS

A. L'autorité parentale

Selon les professeurs Pineau et Pratte, l'autorité parentale renvoie traditionnellement à « l'ensemble des pouvoirs et des droits que la loi accorde aux père et mère sur la personne de leurs enfants mineurs non émancipés, pour leur permettre de remplir leur devoir de parents »[1136]. L'expression « devoir » qu'emploient les auteurs permet de bien camper l'orientation des attributs que le législateur met à la disposition des parents. L'autorité parentale et les responsabilités qui s'y rattachent doivent être exercées dans l'intérêt de l'enfant et dans le respect de ses droits, à défaut de quoi l'intervention du tribunal pourra être sollicitée[1137].

Contrairement à la situation qui prévalait à une certaine époque, l'enfant est donc l'unique bénéficiaire des pouvoirs et des droits que confère l'autorité parentale[1138]. Fidèle à la conception de l'enfant véhiculée par la *Convention [internationale] relative aux droits de l'enfant* (CDE)[1139], le législateur québécois ne souhaite pas assujettir l'enfant à la loi du plus fort; il entend plutôt lui procurer la protection que son état de vulnérabilité commande, tout en mettant en place les garanties permettant d'assurer le respect des droits que justifie la personnalité juridique dont il est titulaire à part entière.

Les articles de l'actuel Titre quatrième consacré à l'autorité parentale en spécifient les principaux attributs[1140]. Les père et mère ont, à l'égard de leur enfant, le droit et le devoir de garde, de surveillance et d'éducation; ils doivent également le nourrir et l'entretenir. En contrepartie, l'enfant leur doit respect à tout âge. Étant d'ordre public, ces droits et devoirs ne peuvent faire l'objet d'un désistement volontaire[1141]. Comme il en sera plus amplement question ci-après, une délégation ponctuelle de la garde, de la surveillance et de l'éducation de l'enfant à l'endroit d'un tiers est toutefois possible[1142].

Contrairement à la puissance paternelle qui, jusqu'en 1977, accordait au seul père l'ensemble des pouvoirs décisionnels sur les enfants[1143], l'autorité parentale postule l'égalité des parents : aucun d'eux n'a de voix prépondérante sur l'autre[1144]. En cas d'impasse, il reviendra au tribunal de trancher en privilégiant la solution la plus favorable à l'enfant[1145]. Pour faciliter l'exercice de

l'autorité parentale au quotidien, le législateur institue par ailleurs une présomption à l'égard des tiers de bonne foi. Ainsi, le père ou la mère qui accomplit seul un acte d'autorité à l'égard de l'enfant est-il présumé agir avec l'accord de l'autre[1146].

En cas de manquement grave à leurs devoirs et responsabilités, les parents s'exposent à un jugement en déchéance de l'autorité parentale ou, à tout le moins, à la perte d'un attribut qui s'y rattache ou de son exercice[1147]. Le tribunal appelé à prononcer l'une de ces mesures particulières doit toutefois considérer l'intérêt de l'enfant. Aussi grave soit-il, le seul manquement ne suffit donc pas; encore faut-il que l'intérêt de l'enfant justifie la mesure.

Le Comité salue les efforts importants qui ont été déployés ces dernières décennies pour harmoniser le régime de l'autorité parentale aux principes de la CDE. Manifestement, les principes énoncés en ses articles 3 et 18 trouvent au Québec une résonnance particulière :

> **3.** 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.
>
> **18.** Les États parties s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement. La responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents ou, le cas échéant, à ses représentants légaux. Ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant.

Que ce soit en raison de la place centrale qu'occupe le principe de l'intérêt de l'enfant ou de la primauté que reconnaît le législateur québécois aux parents dans l'exercice des responsabilités parentales, les articles 597 à 612 C.c.Q. sont clairement orientés vers le respect des droits de l'enfant. Au demeurant, les dispositions actuelles reflètent donc en grande partie le principe directeur n^{o} 1 que le Comité s'est donné au tout début de ses travaux[1148].

B. L'obligation alimentaire

L'obligation alimentaire représente l'expression juridique du devoir de solidarité sous l'angle duquel on aborde traditionnellement les rapports familiaux[1149]. Autrefois limités aux besoins essentiels de la vie, les aliments font aujourd'hui l'objet d'une interprétation large et libérale. Comme l'exprime le doyen Carbonnier, les besoins couverts par l'obligation alimentaire doivent notamment être évalués en fonction de « [...] la condition sociale et des habitudes antérieures du créancier »[1150].

Au cours des années, le cercle des parties à l'obligation alimentaire a considérablement diminué[1151]. Aujourd'hui, seuls « [l]es époux et conjoints unis civilement, de même que les parents en ligne directe au premier degré se doivent des aliments »[1152]. Contrairement à la situation qui prévalait par le passé, l'alliance n'engendre plus d'obligation alimentaire; l'époux n'est donc plus tenu de verser des aliments aux parents de son conjoint et aux autres ascendants de ce dernier[1153]. En outre, les ascendants et descendants au-delà du premier degré sont dispensés depuis 1996 de toute obligation alimentaire réciproque[1154].

Le Comité s'est déjà prononcé sur le champ d'application que devrait occuper l'obligation alimentaire en matière conjugale. Compte tenu des valeurs d'autonomie de la volonté et de liberté contractuelle à la base du régime conjugal qu'il propose (chapitre deuxième), le Comité a rejeté l'idée d'imposer une obligation alimentaire mutuelle aux conjoints de fait. Conformément à la logique d'« opting in » qu'il préconise en matière d'union de fait, ceux-ci pourront toutefois s'y soumettre d'un commun accord aux termes d'une convention[1155]. En outre, s'ils sont parents d'un enfant commun, les conjoints de fait seront assujettis au nouveau régime parental impératif (chapitre premier). En vertu de ce régime, rappelons-le, le parent qui, dans l'exercice du rôle parental assumé durant sa vie commune avec l'autre parent, aura subi des désavantages économiques qui ne sont pas proportionnels à ceux qu'aura pu subir ce dernier (compte tenu des facultés respectives de chacun), aura droit d'obtenir de lui une prestation destinée à le compenser de ces désavantages et de leurs conséquences futures prévisibles. Cette « prestation compensatoire parentale », on s'en souviendra, n'est pas de la nature d'une obligation alimentaire en ce qu'elle n'établit pas entre les parents un devoir de solidarité réciproque[1156].

En dépit de la logique d'« opting out » qu'il propose d'instituer en matière matrimoniale, le Comité s'est par ailleurs gardé de proposer l'aménagement d'un droit de retrait suivant lequel les époux pourraient se soustraire d'un commun accord à l'obligation alimentaire découlant du mariage. Cette réserve, faut-il le rappeler, ne repose pas sur des bases idéologiques; elle s'explique uniquement par les impératifs de cohérence qu'impose le partage des compétences en matière matrimoniale[1157].

Au cours de ses réflexions sur l'obligation alimentaire, le Comité s'est également interrogé sur le bien-fondé de l'intervention législative qui, en 1997, a permis d'abroger ce qu'il était naguère convenu d'appeler « l'obligation alimentaire des grands-parents »[1158]. Après mûre réflexion, et indépendamment des questionnements que le processus suivi à l'époque peut lui inspirer, la réouverture du débat 20 ans plus tard lui apparaît inopportune, aucune demande en ce sens n'ayant par ailleurs été socialement exprimée par qui que ce soit.

Le Comité a également pris acte des initiatives législatives mises de l'avant au cours des années 90 pour favoriser le versement des pensions alimentaires auprès du créancier et pour faciliter la détermination du quantum des pensions dues aux enfants. Le système de perception automatique des pensions alimentaire instauré en 1995[1159], de même que les barèmes qui permettent depuis 1997 de fixer la valeur des aliments dus aux enfants sur une base plus objective que celle qu'impose l'évaluation discrétionnaire des besoins et des moyens des parties, contribuent certainement à accroître l'accès à la justice, au sens où l'entend le Comité[1160]. De telles mesures vont donc dans le sens des orientations qu'il préconise[1161].

Aussi sommaire soit-il, cet aperçu des règles et des principes qui gouvernent l'autorité parentale et l'obligation alimentaire suffit à introduire les deux grands enjeux qui ont interpelé le Comité, soit le statut juridique des beaux-parents et l'usage de la punition corporelle comme moyen d'éducation.

SECTION 2 – ENJEUX SPÉCIFIQUES

A. Statut juridique du beau-parent[1162]

Les notions de beau-parent et de recomposition familiale[1163] ne datent pas d'hier. À l'époque où l'espérance de vie ne dépassait guère la quarantaine, les remariages de parents endeuillés n'étaient pas chose rare. Comme le souligne Renée Joyal, certains enfants se retrouvaient donc en familles recomposées « avant la lettre » [1164].

Au-delà de la progression constante du nombre de familles recomposées que l'on peut observer depuis le début des années 90[1165], c'est surtout la complexification du phénomène qui en fait maintenant un enjeu social d'importance. Aujourd'hui, la grande majorité des recompositions familiales ne s'expliquent plus par le décès d'un parent, mais par la précarité des unions[1166]. Le beau-parent est donc appelé à intervenir dans la vie de l'enfant alors même que ses deux parents sont toujours en vie. Du reste, l'enfant sera fréquemment exposé à deux beaux-parents à la fois. Par ailleurs, différentes personnes pourraient être appelées à occuper successivement le rôle beau-parental, « les familles recomposées pouvant elles-mêmes se séparer pour donner lieu à de nouvelles recompositions familiales [...] »[1167].

Sans doute, cette complexification du phénomène a-t-elle contribué à raffermir l'intérêt qu'on lui porte depuis quelques années, tant dans le milieu psychosocial que juridique[1168]. En droit privé, le statut du beau-parent soulève d'importantes questions qu'on ne saurait aujourd'hui passer sous silence.

1. Statut durant la vie commune

Droit actuel

Bien qu'il puisse partager le quotidien de l'enfant et veiller à son bien-être en compagnie du parent dont il est le conjoint, le beau-parent n'est pas habilité à exercer l'autorité parentale[1169]. Les droits, pouvoirs et devoirs qui en découlent restent l'apanage des parents. Conformément à l'article 601 C.c.Q., la garde, la surveillance ou l'éducation de l'enfant peuvent toutefois lui être déléguées sur une base spéciale, temporaire et révocable, sans qu'il ne soit nécessaire d'obtenir une autorisation judiciaire à cette fin[1170].

Même si l'on envisage généralement la délégation prévue à cet article en référence aux enseignants ou aux éducateurs en milieu de garde, son champ d'application excède évidemment ces cas de figure. Chargé formellement ou informellement d'assumer des fonctions parentales qui relèvent de l'autorité à laquelle le parent dont il est le conjoint peut prétendre[1171], le beau-parent pourra valablement s'imposer auprès de l'enfant, des tiers et, le cas échéant, de l'autre parent[1172]. La délégation dont il bénéficiera restera cependant révocable en tout temps et n'affectera en rien les droits et les devoirs du ou des parents[1173]. Les pouvoirs parentaux dont il disposera dépendront donc du bon vouloir du parent qui les lui aura délégués. Par ailleurs, les actes posés par le beau-parent resteront toujours assujettis au droit et devoir de surveillance du ou des parents de l'enfant[1174].

Éléments de réforme

Le Comité croit nécessaire de bien distinguer deux situations de vie commune. La première concerne le beau-parent qui occupe un rôle de soutien auprès de l'enfant. Sa mission se limite à

partager le quotidien de l'enfant avec son parent et, le cas échéant, avec les autres membres de la famille recomposée. Dans son rôle de soutien, le beau-parent sera évidemment appelé à poser différents actes à l'égard de l'enfant. Qu'il s'agisse d'aller le cueillir au service de garde ou à l'école à la fin de la journée, de l'accompagner lors d'activités sportives, culturelles, sociales ou autres, de lui procurer de l'aide dans ses devoirs ou de prendre toute autre décision qui relève de la vie courante, le beau-parent devra pouvoir justifier ses interventions auprès des tiers, de l'enfant, voire de l'autre parent. De l'avis du Comité, la délégation de la garde, de la surveillance ou de l'éducation de l'enfant actuellement prévue à l'article 601 C.c.Q. permet d'ores et déjà d'atteindre cet objectif. Sans doute serait-il toutefois utile de codifier les caractéristiques que lui accole la jurisprudence en précisant le caractère spécial (par opposition à global), temporaire et révocable qui en résulte[1175], comme en fait état la disposition suivante que le Comité a jugé bon de libeller pour une meilleure compréhension :

> Le titulaire de l'autorité parentale peut déléguer la garde, la surveillance ou l'éducation de l'enfant. Cette délégation est consentie sur une base spéciale et temporaire et demeure révocable en tout temps.

Bien que cette délégation puisse être consentie verbalement, il sera parfois avantageux de l'établir par écrit, ne serait-ce que pour en faciliter la mise en œuvre vis-à-vis des tiers. À cet égard, des modèles ou formulaires pourraient être avantageusement élaborés au profit des familles. Accessibles sur le site du ministère de la Justice du Québec ou des partenaires du milieu juridique, tels les centres de justice de proximité, les palais de justice, les cliniques juridiques et les organismes d'information juridique comme Éducaloi, ces modèles et formulaires favoriseraient certainement l'accessibilité à la justice, au sens où l'entend le Comité[1176].

> ***Recommandation n^{o} 4.1***
>
> *Il est recommandé de préciser le caractère spécial (par opposition à global), temporaire et révocable de la délégation des attributs de l'autorité parentale que prévoit l'actuel article 601 C.c.Q.*

La deuxième situation concerne le beau-parent qui, durant la vie commune, assume dans les faits une large part des fonctions parentales. Compte tenu du rôle prépondérant qu'il exerce de concert avec le parent dont il est le conjoint, la délégation spéciale et révocable de l'article 601 C.c.Q. sera généralement jugée insuffisante par les deux parties. En somme, c'est l'autorité parentale dans sa globalité que ce beau-parent recherchera. Actuellement, seule l'adoption de l'enfant sur consentement du ou des parents lui permettra d'atteindre cet objectif. Or, en agissant sur la filiation de l'enfant, l'adoption aura des conséquences identitaires qui excèderont bien souvent l'objectif poursuivi. En fait, ce n'est pas la filiation en elle-même que le beau-parent cherche à obtenir, mais l'effet de la filiation que constitue l'autorité parentale.

En 2007, le Groupe de travail sur le régime québécois de l'adoption présidé par la professeure Carmen Lavallée[1177] a formulé certaines recommandations visant justement à prévenir des adoptions qui n'ont pas lieu d'être[1178]. Entre autres recommandations, le Groupe de travail suggérait au législateur de :

> Prévoir la possibilité pour le parent d'un enfant de partager, au moyen d'une délégation judiciaire, l'exercice de ses droits d'autorité parentale avec son conjoint. Si la filiation de l'enfant est établie à l'égard de ses deux parents, le consentement de l'autre parent est nécessaire à un exercice partagé des droits d'autorité parentale, à moins qu'il ne soit

> décédé, qu'il ait été déchu de ses droits d'autorité parentale ou qu'il soit dans l'impossibilité de manifester sa volonté[1179].

L'*Avant-projet de loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*[1180] déposé en octobre 2009 par la ministre de la Justice de l'époque, a repris cette orientation en ces termes :

> Avec l'autorisation du tribunal et le consentement de l'autre parent, à moins qu'il ne soit déchu de l'autorité parentale ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, les père et mère peuvent partager avec leur conjoint l'exercice de leur autorité parentale, exception faite du droit de consentir à l'adoption. Ce partage prend fin sur décision du tribunal[1181].

Les projets de loi 81[1182] et 47[1183], tous deux morts au feuilleton, ont également donné suite à l'orientation contenue dans le rapport Lavallée, mais en limitant les situations pouvant donner lieu au partage d'autorité parentale. En vertu des modifications suggérées, nul autre que le parent exerçant seul de droit ou de fait l'autorité parentale se voyait reconnaître le droit de partager son autorité parentale avec son conjoint, sous réserve de certaines conditions. Dernier en lice, le projet de loi 47 prévoyait, en son article 56, l'introduction des nouveaux articles suivants au Code civil :

> **602.** Le père ou la mère qui exerce seul de fait ou de droit l'autorité parentale peut, avec l'autorisation du tribunal, partager cet exercice avec son conjoint si ce dernier est majeur ou émancipé et s'il cohabite avec l'enfant depuis au moins un an.
>
> **602.1.** Le partage de l'exercice de l'autorité parentale ne peut avoir lieu que dans l'intérêt de l'enfant.
>
> Il ne peut avoir lieu qu'avec le consentement de l'autre parent, à moins que celui-ci ne soit décédé, empêché de manifester sa volonté ou déchu de l'autorité parentale, ainsi qu'avec le consentement de l'enfant s'il est âgé de 10 ans et plus, à moins que ce dernier ne soit dans l'impossibilité de manifester sa volonté.
>
> **602.2.** Le partage de l'exercice de l'autorité parentale est général et à titre gratuit.
>
> **602.3.** Le conjoint qui partage l'exercice de l'autorité parentale agit comme un titulaire de cette autorité.
>
> **602.4.** Le partage prend fin :
> 1° à la majorité ou lors de l'émancipation de l'enfant;
> 2° par le décès de l'auteur du partage ou de son conjoint;
> 3° par la perte de la tutelle légale de l'auteur du partage;
> 4° par la rupture de l'union des conjoints.
>
> En outre, le partage prend fin sur décision du tribunal à la demande du père, de la mère, du conjoint qui partage l'exercice de l'autorité parentale ou de l'enfant, s'il est âgé de 10 ans et plus[1184].

La situation visée par le projet de loi 47 ne concerne donc pas l'enfant dont les deux parents assument leurs responsabilités parentales dans le cadre de leur famille respective; elle concerne plutôt l'enfant dont l'un des parents assume seul les responsabilités qui découlent du statut parental, soit parce qu'il n'y a jamais eu d'autre parent, soit parce que l'autre parent de l'enfant est décédé, est devenu incapable ou s'en est tout simplement désintéressé. En d'autres termes, le projet de loi 47 ne cherche pas à multiplier par deux les titulaires de l'autorité parentale en

permettant à chaque parent et à leur conjoint respectif de devenir décideurs à part entière[1185]; il cherche simplement à doter l'enfant d'un second titulaire de l'autorité parentale là où il n'y en jamais eu ou lorsque celui ou celle qui assumait autrefois ce rôle ne l'occupe plus[1186].

À l'instar du Groupe de travail sur le régime québécois de l'adoption, le Comité reconnaît le bien-fondé d'une disposition permettant le partage judiciaire de l'autorité parentale entre le parent de l'enfant et son conjoint, dans la mesure où l'intérêt de l'enfant le justifie[1187]. La prévention d'adoptions de commodité lui apparaît fondamentale. Toutefois, le Comité souscrit au resserrement des conditions d'application suggéré dans le projet de loi 47. Dans l'intérêt de l'enfant, il ne lui apparaît pas judicieux de permettre des partages d'autorité parentale croisés entre les deux parents et leurs conjoints respectifs. Si les deux parents assument effectivement leurs responsabilités parentales auprès de l'enfant, leur conjoint ne devrait pouvoir bénéficier que d'une délégation spécifique au sens de l'article 601 C.c.Q., sans plus.

Cela dit, et contrairement à la proposition contenue dans le projet de loi 47, le Comité estime que le partage d'autorité parentale ne devrait être permis qu'à l'endroit du conjoint du parent qui exerce seul de droit l'autorité parentale, que ce soit en raison de l'inexistence d'un autre parent, de son décès, de son incapacité[1188] ou de la déchéance de son autorité parentale. Ouvrir la possibilité d'un partage à l'endroit du conjoint du parent qui exerce seul de fait l'autorité parentale revient à livrer à la volonté individuelle une institution pourtant indisponible[1189]. En apportant son consentement au partage de l'autorité parentale, tel que requis par le projet de loi 47, le conjoint désinvesti se trouve d'une certaine manière à se désister de ses responsabilités. Par ailleurs, la possibilité qu'il décide éventuellement de se réinvestir auprès de l'enfant n'est pas non plus à exclure. Puisqu'il est toujours officiellement titulaire de l'autorité parentale, rien n'empêchera qu'il vienne s'ajouter au parent présent et à son conjoint, portant à trois le nombre de décideurs[1190]. Or, un tel scénario augmente les risques de conflits qui pourraient émerger entre les trois parties, au détriment de l'enfant. Selon le Comité, il convient donc d'en prévenir la survenance.

Avisé de l'imminence d'un nouveau projet de loi sur la question, le Comité juge inopportun de se prononcer sur les autres conditions et modalités du partage de l'autorité parentale prévues dans le projet de loi 47. Il se garde également de commenter de manière spécifique les dispositions du projet de loi qui visent à permettre aux parents incapables d'exercer pleinement leur autorité parentale de demander au tribunal la nomination à titre de tuteur de leur enfant de l'une des personnes suivantes, à savoir le conjoint de l'un d'eux, un ascendant de l'enfant, un parent de l'enfant en ligne collatérale jusqu'au troisième degré ou le conjoint de cet ascendant ou parent[1191]. Le Comité réitère toutefois son appui à toute proposition visant à dissocier l'autorité parentale de la filiation, de manière à prévenir le recours à l'adoption dans des situations qui ne s'y prêtent pas. Le cas échéant, le Comité se tient à la disposition de la ministre pour commenter ou analyser toute disposition d'un éventuel projet de loi sur l'une ou l'autre de ces questions.

> ***Recommandation n^{o} 4.2***
>
> *Il est recommandé de permettre au parent qui exerce seul de droit son autorité parentale de convenir, sous contrôle judiciaire, d'un partage d'autorité parentale avec son conjoint, le Comité réservant son analyse des conditions et modalités dont devrait faire l'objet le partage en raison des travaux gouvernementaux actuellement en cours sur le sujet.*

2. Statut lors de la rupture conjugale

Droit actuel

Au moment de la rupture conjugale, le statut juridique du beau-parent varie en fonction du type de lien conjugal qui l'unit au parent de l'enfant. Si les parties sont mariées et que l'une d'entre elles ou les deux s'adressent au tribunal pour obtenir le divorce, le principe *in loco parentis* introduit dans la *Loi [fédérale] sur le divorce* en 1968[1192] pourrait lui être opposé[1193]. En effet, l'article 2(2) de la loi actuelle[1194] permet au tribunal d'ordonner à l'époux du parent « qui tient lieu de parent à l'enfant » le paiement d'une pension alimentaire au profit de l'enfant. Par ailleurs, le beau-parent pourra en revendiquer la garde ou, à tout le moins, bénéficier de droits d'accès, et ce, aux mêmes conditions que celles qui s'appliquent au parent[1195]. Il importe de noter que le beau-parent à qui le tribunal confiera la garde de l'enfant ne deviendra pas pour autant titulaire de l'autorité parentale; hormis les décisions courantes qui s'attachent accessoirement à la garde, les attributs de l'autorité parentale, tout comme la tutelle légale, resteront l'apanage exclusif du parent. De même, l'application du principe *in loco parentis* n'entraînera la création d'aucun droit successoral entre l'enfant et son beau-parent.

Dans l'arrêt *Chartier* c. *Chartier*[1196], la Cour suprême a étroitement balisé le cadre à l'intérieur duquel le principe *in loco parentis* peut être invoqué. Aux dires du plus haut tribunal du pays, ce principe s'appliquera dans la mesure où les faits observables durant la vie commune traduisent l'existence d'un lien de nature parentale entre l'enfant et son beau-parent[1197]. En d'autres termes, le beau-parent sera reconnu *in loco parentis* s'il a agi auprès de l'enfant comme un véritable parent de remplacement, témoignant ainsi de sa volonté d'assumer les responsabilités que la loi attribue normalement aux parents[1198]. Pour évaluer l'existence d'un tel lien, explique la Cour, on devra s'intéresser aux questions suivantes :

> L'enfant participe-t-il à la vie de la famille élargie au même titre qu'un enfant biologique ? La personne contribue-t-elle financièrement à l'entretien de l'enfant (selon ses moyens) ? La personne se charge-t-elle de la discipline de la même façon qu'un parent le ferait ? La personne se présente-t-elle aux yeux de l'enfant, de la famille et des tiers, de façon implicite ou explicite, comme étant responsable à titre de parent de l'enfant ? L'enfant a-t-il des rapports avec le parent biologique absent et de quelle nature sont-ils ? [1199]

Comme le laisse entrevoir la dernière question, l'existence de l'autre parent de l'enfant ne fera pas nécessairement obstacle à l'application du principe *in loco parentis*. C'est la vacance que comble le beau-parent sur le plan parental qui importe, non pas sa cause[1200]. Évidemment, l'application de la règle *in loco parentis* n'altérera en rien l'obligation alimentaire du véritable parent, pas plus d'ailleurs qu'elle n'entraînera *de facto* la déchéance de son autorité parentale. L'enfant pourrait donc se retrouver avec trois débiteurs alimentaires : le parent qui en a la charge, l'époux de ce dernier qui agit *in loco parentis* et l'autre parent, tous étant tenus solidairement responsables de l'obligation, du moins en principe[1201].

Comme l'explique la Cour suprême, le principe *in loco parentis* se justifie avant tout par l'intérêt de l'enfant. Chacun des conjoints a certes « le droit de divorcer d'avec l'autre, mais il n'a pas le droit de divorcer d'avec les enfants à sa charge »[1202]. L'interprétation la plus conforme à l'intérêt des enfants « [...] est celle qui veut que lorsque des personnes se comportent comme des parents à leur égard, les enfants peuvent s'attendre à ce que ce lien subsiste et que ces personnes continuent à se comporter comme des parents » [1203], indépendamment de la séparation conjugale[1204]. Rejetant l'argument selon lequel « [...] les gens pourraient hésiter à se

montrer généreux envers les enfants s'ils craignent que leur générosité n'entraîne des obligations parentales », la Cour rappelle la complexité du lien « parental » qu'on ne saurait logiquement réduire à ses seules finalités économiques[1205].

Toutefois, l'arrêt de la Cour suprême n'a pas eu les mêmes répercussions partout au pays. Y voyant une règle exorbitante du droit civil, la Cour d'appel du Québec a tôt fait d'en interpréter restrictivement la portée. Pour le tribunal québécois, il importe de ne pas imposer des obligations au conjoint qui, dans le but de plaire à l'autre, cherchera naturellement à établir des liens harmonieux avec l'enfant de ce dernier, en faisant preuve de dévouement et de générosité à son endroit[1206]. Seul le beau-parent dont le comportement traduit de manière non équivoque l'intention d'établir avec l'enfant un lien de nature parentale sur une base continue et permanente pourra être être tenu *in loco parentis*[1207]. C'est à un véritable « parent de remplacement ou de substitution » que l'on doit faire face, non pas à une simple présence adulte, aussi rassurante, disponible et généreuse soit-elle. Ce n'est donc qu'à titre exceptionnel que la règle *in loco parentis* pourra ici trouver application[1208].

D'autre part, contrairement au droit privé des autres provinces[1209], le *Code civil du Québec* ne prévoit pas de règle équivalente à l'article 2(2) de la *Loi sur le divorce*. En principe, l'arrêt *Chartier* n'aura donc aucune pertinence à l'égard du beau-parent qui n'est pas marié au parent de l'enfant[1210]. Peu importe le rôle qu'il aura tenu auprès de l'enfant durant la vie commune, le beau-parent non marié ne pourra donc se voir imposer l'obligation de verser des aliments à l'enfant, pas plus qu'il ne pourra revendiquer de droits spécifiques en matière de garde et d'accès. Tout au plus pourra-t-il, comme tout autre tiers, invoquer le principe de l'intérêt de l'enfant dans le but de maintenir sa relation avec lui. Le fardeau de preuve lui incombera alors en totalité[1211].

Que doit-on conclure de ce positionnement législatif, sinon que les droits que peuvent faire valoir les enfants québécois à l'égard de leur beau-parent dépendent du type de lien conjugal qui unit ce dernier au parent de l'enfant[1212]. Au cours des dernières années, plusieurs observateurs ont dénoncé ce traitement différencié, n'hésitant pas à y voir une atteinte aux droits à l'égalité des enfants[1213]. Leur critique semble avoir été entendue par la Cour d'appel. Dans l'arrêt *Droit de la famille – 072895* rendu en 2007[1214], le juge Dalphond a écrit, en *obiter dictum*, que la règle *in loco parentis* pouvait se déduire des articles 10 et 39 de la Charte [québécoise] des droits et libertés[1215] qui postulent respectivement le droit à l'égalité des justiciables et le droit de l'enfant « [...] à la protection, à la sécurité et à l'attention que ses parents ou les personnes qui en tiennent lieu peuvent lui donner »[1216] :

> La combinaison des articles 10 et 39 de la Charte m'amène à conclure que la notion « in loco parentis » s'applique tant aux couples mariés que non mariés lorsque le conjoint du parent de l'enfant tient dans les faits lieu de deuxième parent pour l'enfant[1217].

Dans l'arrêt *Droit de la famille – 102247*[1218], le juge Vézina a adopté une perspective similaire en accueillant la demande de garde partagée déposée par la conjointe de fait de la mère de l'enfant, dont la présence auprès de l'enfant remontait à sa naissance. Le principe *in loco parentis* se profile une fois de plus dans la décision :

> L'enfant qui a deux parents a droit à l'affection et l'attention de chacun. Et pour en bénéficier il a droit d'accès auprès de l'un et de l'autre, en autant que [*sic*] faire se peut bien sûr. Cela vaut tout autant à l'égard d'une personne qui lui tient lieu de parent

> comme le précise [l'article 39 de] la Charte [québécoise des droits et libertés]. Selon le droit, [l'enfant] n'a qu'une mère. Dans les faits, il en a deux[1219].

Étant donné la volonté exprimée par la conjointe de contribuer financièrement aux besoins de l'enfant, la Cour n'a pas eu à se commettre formellement sur la question de l'obligation alimentaire. Se référant au jugement très étoffé rendu par le juge Jean-Pierre Senécal en première instance[1220], la Cour a toutefois pris soin d'ajouter que « [s]i l'enfant a besoin de la présence et de l'affection de ses deux parents, il a aussi droit à ce que les deux contribuent à lui fournir tout ce dont il a besoin »[1221].

Éléments de réforme

➥ Conjoint qui agit *in loco parentis* : obligation alimentaire et garde

Le Comité prend acte de l'analyse que la Cour suprême a fait de la règle *in loco parentis* prévue à l'article 2(2) de la *Loi sur le divorce* et adhère à l'interprétation que la Cour d'appel du Québec en a retenue : seul le beau-parent dont le comportement traduit de manière non équivoque l'intention d'établir avec l'enfant un lien de nature parentale sur une base continue et permanente peut être assimilé à un parent aux fins des droits et obligations prévus dans la *Loi sur le divorce*.

Sensible à la situation inégalitaire que l'absence de règle équivalente dans le Code civil peut entraîner à l'égard des enfants dont le parent et le beau-parent ne sont pas unis par le mariage[1222], le Comité approuve l'approche des juges Dalphond et Vézina qui ont trouvé appui dans les articles 10 et 39 de la Charte québécoise pour en importer le contenu en droit privé québécois. Soucieux de veiller au meilleur intérêt de l'enfant et d'assurer en toutes circonstances le respect de son droit « à la protection, à la sécurité et à l'attention que ses parents ou les personnes qui en tiennent lieu peuvent lui donner », c'est donc sans hésitation et à l'unanimité que le Comité recommande d'introduire formellement la règle *in loco parentis* dans le Code civil. Comme l'affirme le professeur Dominique Goubau :

> Cette approche, de même que celle fondée sur la notion d'intérêt de l'enfant, est l'illustration d'une tendance très nette de certains tribunaux et législateurs à vouloir mettre en place un régime de protection des enfants qui ne tient plus seulement compte du statut conjugal des parents ou même du lien de filiation. Ce mouvement reconnaît également que le lien social ou psychologique, ainsi que la réalité des fonctions assumées par les adultes doivent être autant de marqueurs de la solidarité intergénérationnelle.[1223]

Selon la proposition du Comité, tout beau-parent qui agit *in loco parentis* au sens ci-dessus défini sera donc tenu, au jour de la séparation, à une obligation alimentaire au profit de l'enfant, qu'il soit ou non marié avec le parent de ce dernier. Il pourra également en revendiquer la garde aux mêmes conditions que celles qui s'appliquent au parent. En somme, par une fiction de la loi, le beau-parent *in loco parentis* sera, en ces matières, assimilé à un parent à part entière.

Tel que précédemment mentionné, l'application de la règle *in loco parentis* n'altérera en rien l'obligation alimentaire du véritable parent, pas plus d'ailleurs qu'elle n'entraînera *de facto* la déchéance de son autorité parentale. Le cas échéant, deux obligations alimentaires pourraient donc coexister, celle du parent de remplacement et celle du véritable parent. Faudra-t-il les hiérarchiser en prévoyant que ce dernier devra d'abord être appelé ? Faudra-t-il plutôt accorder

au tribunal le pouvoir discrétionnaire de départager la charge de chacun des débiteurs, comme le prévoit l'article 5 des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*[1224] ? Quelle solution s'avérerait la plus conforme à l'intérêt de l'enfant ? Chaque proposition comporte son lot d'inconvénients, soit pour le parent de remplacement, soit pour l'enfant. Le Comité n'a pu se positionner clairement sur le sujet. Quoiqu'il en soit, le droit québécois régissant les pensions alimentaires pour enfants devra être modifié, en fonction de l'orientation que le législateur choisira de privilégier.

> ***Recommandation n° 4.3***
>
> *Il est recommandé d'imposer au beau-parent de remplacement qui a agi* in loco parentis *à l'égard de l'enfant de son conjoint, marié ou non, une obligation alimentaire au profit de cet enfant; incidemment, il est recommandé de lui permettre d'en revendiquer la garde, aux mêmes conditions que celles qui s'appliquent au parent.*

➥ Conjoint qui agit *in loco parentis* : autorité parentale

Dans l'état actuel des choses, le beau-parent *in loco parentis* à qui le tribunal accorde la garde exclusive ou partagée de l'enfant n'obtient pas pour autant l'autorité parentale[1225]. Mis à part les décisions de nature courante qui s'attachent à la garde physique de l'enfant[1226], il ne peut donc prendre part au processus décisionnel. Il s'agit là d'une anomalie. Compte tenu du rôle prépondérant qu'il se voit ainsi confié auprès de l'enfant, il est tout à fait logique qu'on lui permette de participer au processus décisionnel au même titre que le parent*. Aux yeux du Comité, est tout simplement intenable la situation créée dans l'arrêt *Droit de la famille – 102247*[1227] où une garde partagée a été établie entre la mère de l'enfant et sa conjointe, sans que celle-ci ne puisse exercer l'autorité parentale au-delà des décisions courantes qui s'attachent à la garde physique. En effet, durant sa période de garde, la conjointe se doit d'assurer la mise en œuvre des décisions d'autorité parentale d'importance qui échappent au pouvoir du « simple » gardien. Cette conception réductrice du rôle parental qu'elle occupe ne peut qu'être source de frustration et de conflits. Dans l'intérêt de l'enfant, il convient de mieux équilibrer les forces en présence[1228].

Certes, rien n'exclut que le second parent de l'enfant, qui était jusqu'alors absent, se manifeste après la séparation du couple. On se rappellera que la règle *in loco parentis* peut trouver application alors que l'autre parent est toujours en vie et qu'il n'a pas été déchu de son autorité parentale[1229]. Il existe donc un risque, peut-être plus théorique que réel, que l'enfant se retrouve avec trois titulaires de l'autorité parentale, une situation que le Comité a ci-dessus jugée potentiellement contraire à l'intérêt de l'enfant. Pour contrer ce risque, on pourrait confier au tribunal le pouvoir d'intervenir afin de limiter les attributs du parent qui, en raison de son retour inopiné dans l'environnement familial de l'enfant, interfère avec les deux titulaires en place. À la demande de l'un des titulaires ou de toute autre personne intéressée, le tribunal serait ainsi en mesure de réaménager les pouvoirs parentaux des uns et des autres, à la lumière du principe de l'intérêt de l'enfant.

---

* Un membre a inscrit sa dissidence. Les motifs de cette dissidence sont présentés à l'Annexe 9.

> ***Recommandation n^{o} 4.4***
>
> *Il est recommandé de conférer à celui ou à celle qui se voit accorder la garde exclusive ou partagée de l'enfant en sa qualité de beau-parent de remplacement ayant agi in loco parentis, l'exercice de l'autorité parentale sur l'enfant, à moins que le tribunal ne décide du contraire sur la base de l'intérêt de l'enfant.*

➥ Conjoint qui n'agit pas *in loco parentis* : maintien des relations personnelles

Comment aborder le beau-parent qui occupe un rôle significatif auprès de l'enfant, mais sans pouvoir se qualifier au statut *in loco parentis* ? Pensons à celui ou à celle qui satisfait à chacun des critères à la base de ce statut alors que le second parent de l'enfant remplit pleinement son rôle parental. Il est possible, en effet, que l'enfant ait autour de lui trois, voire quatre personnes qui se partagent dans les faits l'ensemble des responsabilités parentales. Pensons également à celui ou à celle qui, sans satisfaire aux strictes exigences que suppose l'application du principe *in loco parentis*, représente néanmoins une figure importante pour l'enfant. Tel serait le cas du conjoint de la mère qui a développé au cours de la vie commune une relation privilégiée avec l'enfant, sans avoir pour autant assumé de responsabilités financières à son endroit.

Inspiré par le droit en vigueur dans certains États[1230], le Comité considère qu'une disposition reconnaissant à l'enfant le droit de maintenir sa relation privilégiée avec le conjoint ou la conjointe de l'un de ses parents devrait être introduite dans le Code civil[1231]. En somme, le législateur devrait adopter à l'égard du (de la) conjoint(e) ou de l'ex-conjoint(e) une approche similaire à celle qu'il a choisie à l'endroit des grands-parents en 1980[1232]. Rappelons qu'en vertu de l'article 611 C.c.Q., « [l]es père et mère ne peuvent sans motifs graves faire obstacle aux relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents. À défaut d'accord entre les parties, les modalités de ces relations sont réglées par le tribunal »[1233]. Cette disposition instaure donc une présomption légale en faveur des grands-parents. Alors que tout autre tiers qui réclame le maintien de relations avec l'enfant se voit imposer le fardeau de démontrer qu'il en va de l'intérêt de l'enfant, les grands-parents en sont quant à eux déchargés. Comme l'a bien précisé la jurisprudence, le droit des grands-parents ne se concrétisera pas nécessairement par l'attribution d'un droit d'accès à proprement parler. Le maintien des relations personnelles peut prendre différentes formes, notamment des contacts par voies téléphonique ou électronique[1234].

La proposition que soumet le Comité à l'égard du (de la) conjoint(e) ou de l'ex-conjoint(e) doit être conçue en termes de droit de l'enfant. Il devrait d'ailleurs en être de même de la disposition dont les grands-parents tirent actuellement profit[1235]. En exigeant la démonstration de « motifs graves » pour faire obstacle à leurs revendications, l'article 611 C.c.Q. semble privilégier leur intérêt au détriment de celui de l'enfant. En fait, ce n'est pas le critère de « motifs graves » qui devrait être utilisé pour faire échec aux relations, mais bien celui de l'intérêt de l'enfant, sans plus. La disposition suivante, que le Comité a jugé bon de libeller pour une meilleure compréhension, illustre clairement la perspective qui s'impose, tant à l'égard des grands-parents que du (de la) conjoint(e) ou de l'ex-conjoint(e) qui a tenu un rôle significatif auprès de l'enfant (sans qu'il ne s'agisse toutefois d'un véritable parent de remplacement – *in loco parentis*)[*] :

---

[*] Un membre a inscrit sa dissidence. Les motifs de cette dissidence sont présentés à l'Annexe 9.

> L'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses grands-parents et avec le conjoint ou l'ex-conjoint de son parent, dans la mesure où il a développé avec ce dernier des liens significatifs. Seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à l'exercice de ce droit.

L'approche que préconise le Comité n'est pas étrangère à l'interprétation que retiennent les tribunaux de l'autorité parentale et des attributs qui la composent. Comme le juge Maurice E. Lagacé l'écrivait en 1985, « c'est l'enfant qui a le droit d'être gardé, d'être visité ou d'être sorti par ses parents, alors que pour ces derniers, il s'agit d'un devoir... le débiteur de l'obligation de garde, de surveillance et d'éducation est le parent, alors que le créancier est l'enfant »[1236]. On peut en dire autant des grands-parents et du conjoint ou de la conjointe d'un parent qui voudrait se prévaloir de la disposition ci-dessus suggérée.

> ***Recommandation n^{o} 4.5***
>
> *Il est recommandé de reconnaître à l'enfant le droit d'entretenir des relations personnelles avec le (la) conjoint(e) ou l'ex-conjoint(e) de son parent afin de maintenir les liens significatifs qui l'unissent à lui (ou à elle), à moins que son intérêt y fasse obstacle; il est également recommandé de reformuler la présomption de l'article 611 C.c.Q. dont bénéficient actuellement les grands-parents de manière à en faire un droit de l'enfant subordonné au principe de l'intérêt de l'enfant.*

3. Régime parental impératif

Le Comité a choisi de réserver l'application du régime parental impératif (chapitre premier) aux parents d'un enfant commun. Le lien de droit créé suivant ce régime ne pourra donc relier qu'un parent à l'autre, et non pas un parent à son conjoint. Que le conjoint en question puisse recevoir la qualification *in loco parentis* au sens ci-dessus décrit n'y changera rien. Rappelons que le Comité justifie l'établissement d'un nouveau lien de droit entre les parents de l'enfant (peu importe leur statut conjugal), et les mesures prévues au régime parental impératif qui en découlent (dont la prestation compensatoire parentale), sur la base de la responsabilité statutaire qui leur incombe. Or, l'engagement parental d'une personne auprès de l'enfant de son conjoint puise plutôt sa source dans la volonté, qu'elle soit expresse ou tacite[1237].

Le Comité estime toutefois nécessaire d'assujettir celui ou celle qui agit *in loco parentis* auprès de l'enfant à charge de son conjoint aux mesures de protection et d'attribution de la résidence familiale tant que l'enfant concerné y habite[1238]. En dépit des apparences, cette proposition ne contredit en rien le principe que le Comité a mis de l'avant. Le créancier de l'obligation ici imposée au conjoint *in loco parentis* n'est pas véritablement le parent, mais l'enfant lui-même. Basée sur le principe de l'intérêt de l'enfant et sur le respect de ses droits, cette protection s'inscrit dans le prolongement de l'engagement volontaire que les agissements du conjoint *in loco parentis* auront permis de cristalliser au profit de l'enfant concerné.

> ***Recommandation n^{o} 4.6***
>
> *Il est recommandé que soit assujettie aux mesures de protection et d'attribution de la résidence familiale la personne qui agit* in loco parentis *auprès de l'enfant à charge de son (sa) conjoint(e) (avec qui il fait vie commune en mariage ou en union de fait), mais seulement durant la*

> *période pendant laquelle l'enfant habite la résidence familiale, sous réserve des règles applicables en mariage, s'il y a lieu.*

*** * ***

Le statut juridique que le Comité propose de reconnaître au beau-parent comporte donc plusieurs dimensions. Il convient ici d'en résumer les grandes lignes.

a) Durant la vie commune

- **Délégation « de soutien »** (p. 207-208). Chacun des parents pourra déléguer la garde, la surveillance ou l'éducation de l'enfant à son conjoint, en se prévalant des dispositions de l'actuel article 601 C.c.Q. Ainsi, le beau-parent de l'enfant pourra-t-il procurer au parent dont il est le (la) conjoint(e) un soutien ponctuel dans l'exercice de ses fonctions parentales. Cette délégation demeurera spéciale (par opposition à globale), temporaire et révocable en tout temps, comme c'est le cas actuellement;

- **Partage judiciaire de l'exercice de l'autorité parentale** (p. 208-210). Dans la mesure où un parent exerce seul de droit l'autorité parentale à l'égard de l'enfant, que ce soit en raison de l'inexistence d'un autre parent, de son décès, de son incapacité ou de la déchéance de son autorité parentale, il lui sera possible d'obtenir une ordonnance judiciaire lui permettant de partager l'exercice de l'autorité parentale avec son (sa) conjoint(e). Le tribunal prononcera l'ordonnance dans la mesure où la demande lui apparaît conforme à l'intérêt de l'enfant[1239];

- **Protection de la résidence familiale** (p. 216). Le beau-parent qui agit *in loco parentis* aux conditions ci-dessus énoncées (parent de remplacement ou de substitution) sera assujetti aux mesures de protection de la résidence familiale prévues au régime parental impératif tant et aussi longtemps que l'enfant concerné habite la résidence familiale et peu importe que le couple soit marié ou en union de fait.

b) Au jour de la rupture

- **Attribution de la résidence familiale** (p. 216). Si tant est que l'enfant habite toujours la résidence familiale au moment de la rupture, le beau-parent qui a agi *in loco parentis* durant la vie commune aux conditions ci-dessus énoncées (parent de remplacement ou de substitution) sera assujetti aux mesures d'attribution de la résidence familiale prévues au régime parental impératif, que le couple soit marié ou en union de fait;

- **Obligation alimentaire** (p. 213-214). Le beau-parent qui a agi *in loco parentis* durant la vie commune aux conditions ci-dessus énoncées (parent de remplacement ou de substitution) sera tenu à une obligation alimentaire à l'égard de l'enfant de son (sa) conjoint(e), que le couple soit marié ou en union de fait;

- **Garde et accès** (p. 213-214). Le beau-parent qui a agi *in loco parentis* durant la vie commune aux conditions ci-dessus énoncées (parent de remplacement ou de substitution) pourra réclamer la garde de l'enfant ou des droits d'accès, que le couple soit marié ou en

union de fait, aux mêmes conditions et suivant les mêmes modalités que celles qui s'appliquent à un parent;

- **Autorité parentale** (p. 214-215). Le beau-parent qui obtient la garde exclusive ou partagée de l'enfant en sa qualité de conjoint(e) *in loco parentis* se verra accessoirement investi de l'exercice de l'autorité parentale.

- **Maintien des relations personnelles** (p. 215-216). Le (la) conjoint(e) ou ex-conjoint(e) qui ne se qualifie pas au statut *in loco parentis* pourra néanmoins revendiquer le maintien des relations personnelles avec l'enfant dans la mesure où il (elle) a développé une relation significative avec lui (elle); seul l'intérêt de l'enfant pourra faire obstacle à l'exercice de ce droit.

B. La punition corporelle

À l'époque romaine, le *pater familias* avait droit de vie et de mort sur ses descendants[1240]. Ce pouvoir absolu a graduellement fait place à un droit de correction parental assorti de modalités diverses[1241]. Pays de tradition romaniste, la France en consacrera formellement l'existence dans le Code napoléon de 1804[1242]. Outre la punition corporelle, le droit de correction permet alors au père, dans certaines circonstances, de faire arrêter et enfermer son enfant, sans avoir à justifier de motifs particuliers[1243]. Aux dires de Portalis, le droit de correction fait du père de famille un véritable magistrat[1244].

Au pays, la Coutume de Paris à laquelle on se réfère ne reconnaît pas au droit de correction une portée si étendue. Les codificateurs bas-canadiens en prennent acte en 1866, comme en témoigne clairement l'article 245 C.c.B.C.[1245] :

> Le père, et à défaut la mère, a sur son enfant mineur et non émancipé un droit de correction modérée et raisonnable, droit qui peut être délégué et que peuvent exercer ceux à qui l'éducation de cet enfant a été confiée.

Commentant cette disposition dans son traité de 1955, Trudel interprète le caractère modéré et raisonnable en fonction de la norme observable dans les foyers : « [...] sont permises les corrections généralement infligées. Jamais cependant, la punition ne doit causer à l'enfant des blessures graves qui requerraient des soins médicaux »[1246]. En 1977, le passage de la puissance paternelle à l'autorité parentale dont seront désormais titulaires les deux parents amène le législateur à reformuler la disposition en fonction des principes égalitaires nouvellement introduits. Les père et mère de l'enfant disposeront dorénavant d'un droit de correction parental équivalent. Le législateur profite également de l'occasion pour abroger la délégation aux tiers jusqu'alors permise[1247].

Ainsi reformulé, le droit de correction sera reconduit lors de la réforme du droit de la famille de 1980. Dans les années subséquentes, les tribunaux tenteront tant bien que mal d'en harmoniser l'application avec les dispositions de la nouvelle *Loi sur la protection de la jeunesse* entrées en vigueur en 1979[1248]. Comme l'explique la juge Élaine Demers :

> Toute correction qui va au-delà de la modération et de la raisonnabilité conformément au Code civil du Québec [*sic*] constitue nécessairement des mauvais traitements physiques par suite d'excès ou de négligence au sens de la Loi sur la protection de la jeunesse. Car

> autrement, il y aurait entre les deux concepts un vacuum juridique qui répugne à toute logique[1249].

Lors de la réforme du Code civil de 1994, le droit de correction disparaîtra purement et simplement du chapitre portant sur l'autorité parentale. Les commentaires du ministre de la Justice qui accompagnent la réforme sont pour le moins ambigus sur le sens de cette intervention. Tout en faisant état de la disparition de la disposition, le ministre affirme que « [l]a règle générale sur le droit et le devoir d'éducation paraît suffisante ». Suffisante en quoi ? Suffisante pour assurer le respect de l'autorité des parents, sans qu'il ne leur soit nécessaire de recourir à la punition corporelle, ou suffisante pour inclure implicitement le droit de correction ? La doctrine est divisée sur la réponse à donner à la question. Alors que la professeure Monique Ouellette voit dans l'intervention du législateur une volonté d'éliminer un « vestige de temps anciens et de mœurs passées »[1250], la professeure Renée Joyal estime quant à elle le droit de correction toujours existant « [...] comme accessoire des droits de garde, de surveillance et d'éducation » [1251]. La jurisprudence témoigne d'une même hésitation[1252].

Quelle qu'ait pu être la véritable intention du législateur québécois, c'est toutefois au législateur fédéral qu'appartient le dernier mot. En effet, c'est à travers les conséquences pénales auxquelles s'exposent les parents qui ont recours à la force physique pour corriger leur enfant que l'on peut vraiment prendre la mesure du droit applicable. Or, l'article 43 du Code criminel canadien aménage une défense spécifique à leur profit. Si la force employée est raisonnable dans les circonstances, aucune accusation de voies de fait ne pourra être portée contre eux[1253]. Les instituteurs et les personnes à qui ils auraient confié l'enfant à une fin précise pourront invoquer la même défense[1254] :

> Tout instituteur, père ou mère, ou toute personne qui remplace le père ou la mère, est fondé à employer la force pour corriger un élève ou un enfant, selon le cas, confié à ses soins, pourvu que la force ne dépasse pas la mesure raisonnable dans les circonstances.

Au tournant des années 2000, la validité constitutionnelle de cette disposition a été attaquée en justice sur la base du droit des enfants à la sécurité, à l'égalité et à la protection contre les traitements ou peines cruelles et inhabituelles[1255]. En 2004, dans une décision divisée, la Cour suprême a confirmé la validité de l'article 43 C. cr., en prenant toutefois soin d'en baliser le champ d'application[1256]. Laura Barnett résume ainsi les paramètres fixés par la Cour :

> Le fait que l'emploi de la force contre un enfant doive avoir pour but de corriger signifie qu'il faut que cet usage soit réfléchi et modéré, qu'il réponde au comportement réel de l'enfant et qu'il vise à contrôler le comportement, le maîtriser ou encore à exprimer une désapprobation symbolique. L'enfant doit être en mesure de comprendre la correction et d'en tirer profit. Par conséquent, l'article 43 ne justifie pas l'emploi de la force à l'égard d'un enfant de moins de deux ans ou d'un enfant ayant une déficience particulière.
>
> L'expression « raisonnable dans les circonstances » signifie que la force doit être passagère et négligeable, qu'elle ne doit avoir un effet ni dégradant ni préjudiciable pour l'enfant et ne doit pas être exercée en fonction de la gravité du comportement répréhensible. L'expression laisse entendre également que la force ne doit pas être utilisée contre des adolescents, car elle risquerait de déclencher un comportement agressif ou antisocial. Elle ne doit pas non plus être appliquée au moyen d'objets comme une règle ou une ceinture et ne doit pas viser la tête. Bien que l'imposition de châtiments corporels

> ne soit pas raisonnable dans le contexte scolaire, les enseignants peuvent employer la force pour expulser un enfant de la classe ou pour assurer le respect des directives[1257].

Cette décision a été accueillie avec grande déception par les détracteurs de l'article 43 C.cr.[1258], au rang desquels se trouvent la Commission des droits de la personne et de la jeunesse du Québec[1259] et le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies. Selon l'instance onusienne, l'article 43 C. cr. contrevient à l'article 19 de la *Convention [internationale] relative aux droits de l'enfant* (CDE)[1260] qui consacre le droit de l'enfant d'être protégé contre « [...] toute forme de violence, d'atteinte ou de brutalités physiques ou mentales [...] pendant qu'il est sous la garde de ses parents ou de l'un d'eux, de son ou ses représentants légaux ou de toute autre personne à qui il est confié » [1261].

Sous l'impulsion de la CDE[1262], une trentaine de pays, dont la Suède, l'Autriche, la Finlande, le Danemark, la Norvège, la Nouvelle-Zélande et l'Allemagne, sont intervenus ces dernières décennies pour interdire les « châtiments corporels » à la maison et à l'école[1263]. Certains de ces pays ont créé une infraction spécifique permettant de soustraire les parents ayant soumis leur enfant à des châtiments corporels « mineurs » aux dispositions régissant les voies de fait régulières. Plutôt que d'être criminalisés au moyen des voies procédurales ordinaires, les parents fautifs sont orientés vers un mode de résolution de conflits tenant compte de la composante familiale et permettant d'assurer autant que possible le maintien des liens parents-enfants[1264]. Quant aux États européens qui tolèrent toujours la punition corporelle, ils pourraient sous peu faire l'objet d'une « condamnation » par des instances supranationales, comme ce fut récemment le cas de la France. Dans une décision non contraignante datée du 4 mars 2015, la France a en effet été blâmée par le Conseil de l'Europe « pour ne pas prévoir d'interdiction suffisamment claire, contraignante et précise des châtiments corporels »[1265].

Au Canada, plusieurs parlementaires, dont la sénatrice Céline Hervieux-Payette, ont déposé des projets de loi d'initiative privée proposant l'abrogation de l'article 43 C.cr., mais aucun d'eux n'a franchi l'étape de l'adoption[1266]. Ces projets de loi ont reçu des appuis de taille, dont celui de l'Association médicale canadienne qui regroupe plus de 80 000 médecins[1267]. Bien que la question demeure toujours controversée, les experts du domaine psychosocial sont également de plus en plus nombreux à dénoncer les effets préjudiciables qui peuvent découler de l'usage de la force physique, même assortie des balises établies par la Cour suprême[1268].

Peu importe les débats qui peuvent diviser les experts sur les vertus éducatives de la punition corporelle, le Comité en vient quant à lui à un constat objectif : l'article 43 C.cr. autorise à l'égard de l'enfant la commission d'actes qui ne pourraient légalement se justifier à l'égard d'un adulte[1269]. Comme l'exprime la juge Marie Deschamps, dissidente dans l'arrêt rendu par la Cour suprême en 2004, la défense fondée sur le droit de correction modéré procède d'une « […] conception traditionnelle des enfants considérés comme des possessions et capables de tirer des leçons de la violence physique que les pères, mères ou instituteurs pouvaient doser à leur guise »[1270]. Une telle vision s'oppose catégoriquement à la conception de l'enfant « sujet de droit à part entière »[1271] qui émane de la CDE, que le Canada a ratifiée le 13 décembre 1991[1272] et à laquelle le Québec s'est déclaré lié par décret le 9 décembre de la même année[1273].

S'adressant au législateur québécois, les recommandations du Comité ne peuvent évidemment porter sur l'article 43 C.cr., de compétence fédérale. Toutefois, le Comité estime nécessaire de contrecarrer clairement l'inquiétant message que véhicule la disposition fédérale[1274]. Pour atteindre l'objectif visé, le Comité suggère au législateur québécois d'exclure expressément la punition corporelle des attributs de l'autorité parentale[1275] :

> Les père et mère ont, à l'égard de leur enfant, le droit et le devoir de garde, de surveillance et d'éducation.
>
> Dans le cadre de leur mission, les parents, de même que toute autre personne exerçant l'autorité parentale, ne doivent pas infliger à l'enfant des punitions corporelles.

Certes, ces précisions ne priveront pas les parents de l'immunité que leur reconnaît toujours l'article 43 C.cr. Elles seront toutefois porteuses d'un puissant message social : au Québec, l'autorité parentale ne permet pas de soustraire l'enfant aux droits à la sécurité, à l'intégrité et à la dignité dont bénéficie l'ensemble des justiciables en vertu des chartes canadienne et québécoise[1276]. S'il peut être rassurant de penser qu'il s'agit là du message qu'entendait passer le législateur québécois en 1994 en abrogeant la disposition conférant aux parents un droit de correction modérée et raisonnable sur la personne de leur enfant[1277], on se doit maintenant de dissiper les doutes existants. D'implicite, le message doit aujourd'hui devenir clair et limpide.

Cette précision fondamentale apportée, il reviendra à l'État d'en assurer la diffusion au moyen de campagnes d'information et d'éducation[1278]. Les parents québécois doivent être sensibilisés aux conséquences néfastes de la punition corporelle et être formés aux autres modes d'apprentissage de la discipline.

Enfin, le Comité ne saurait trop insister sur l'influence positive qu'est à même d'exercer le gouvernement du Québec sur les autorités fédérales. Sans contredit, le Québec peut avantageusement ajouter sa voix à ceux et celles qui, depuis de nombreuses années, tentent de convaincre le législateur canadien d'abroger l'article 43 C.cr.

> ***Recommandation n^{o} 4.7***
>
> *Il est recommandé d'interdire formellement aux parents, de même qu'à toute autre personne exerçant l'autorité parentale, d'infliger à l'enfant des punitions corporelles.*

Chapitre cinquième
Le droit transitoire

À quelles situations conjugales et familiales les nouvelles règles vont-elles s'appliquer ? Aux anciennes, aux nouvelles ou aux deux ? La réponse à cette question fondamentale trouve sa réponse dans le droit transitoire dont la mission consiste à déterminer le champ d'application des nouvelles règles dans le temps. En d'autres termes, le droit transitoire vise à assurer le passage du droit actuel au droit nouveau découlant de la réforme proposée[1279].

Pour bien comprendre la portée des règles de droit transitoire proposées par le Comité, trois types de situations ou de scénarios doivent être dégagés : les situations qui se sont entièrement déroulées et achevées avant l'entrée en vigueur des nouvelles règles, les situations qui ont débuté après l'entrée en vigueur des nouvelles règles et les situations en cours de réalisation ou d'exécution au moment de l'entrée en vigueur des nouvelles règles.

En ce qui concerne la première situation, le Comité s'en remet au principe de la non-rétroactivité. Les nouvelles règles ne pourront donc pas être appliquées aux situations qui auront non seulement pris naissance avant leur entrée en vigueur, mais qui se seront également terminées avant cet évènement. Ainsi, les unions conjugales qui auront cessé d'exister avant l'entrée en vigueur de la réforme ne seront pas concernées par le nouveau régime conjugal; de même, le régime parental impératif ne trouvera pas application à l'égard des parents dont l'enfant est décédé, a fait l'objet d'un jugement d'adoption ou a cessé d'être considéré comme étant à leur charge avant l'entrée en vigueur de la réforme. En principe, les nouvelles règles relatives à l'établissement de la filiation de l'enfant ne seront pas davantage applicables à l'endroit de l'enfant dont le lien filial aura été établi antérieurement à leur entrée en vigueur, tout comme celles régissant les nouveaux rapports d'autorité parentale si l'enfant a atteint l'âge de la majorité ou a été émancipé antérieurement à cette date.

La deuxième situation ne pose pas de difficultés particulières : les couples constitués après l'entrée en vigueur des nouvelles règles seront intégralement couverts par le nouveau régime conjugal. De même, les parents dont l'enfant naîtra ou sera adopté après cet évènement seront soumis au régime parental et l'ensemble des nouvelles règles de filiation et d'autorité parentale leur seront applicables.

Plus complexe que les deux premiers, le troisième scénario concernant les situations en cours au moment de l'entrée en vigueur des nouvelles règles fait appel à deux visions de droit transitoire qui s'opposent. Selon une première vision, on exclura les situations en cours du champ d'application de la réforme. Ainsi, les nouvelles règles seront-elles strictement limitées à la deuxième situation ci-dessus décrite, la loi ancienne demeurant applicable aux couples et aux familles existant lors de leur entrée en vigueur. En revanche, la deuxième vision préconise l'application des nouvelles règles aux situations en cours.

À l'instar de la position adoptée par le législateur québécois lors de la réforme du Code civil de 1994, le Comité s'en remet, sauf exception, à cette deuxième vision, connue sous le nom de théorie de l' « effet immédiat de la loi nouvelle ». Au plan politique, expliquent les professeurs Côté et Jutras, « […] le système de l'effet immédiat favorise le droit nouveau pour les situations en cours : seuls les faits complètement accomplis échappent au domaine de la loi nouvelle »[1280].

> ***Recommandation n^{o} 5.1***
>
> *Il est recommandé d'élaborer les règles de droit transitoire accessoires à la réforme proposée dans le respect des principes de la non-rétroactivité et de l'effet immédiat de la loi nouvelle, sous réserve d'exceptions spécifiques.*

On ne peut toutefois s'en remettre à cette théorie sans en développer les implications précises pour chacune des nouvelles règles proposées. Il convient donc de recenser les différentes propositions du Comité aux fins d'identifier clairement la règle de droit transitoire qui leur sera applicable, tant en regard du régime parental impératif et du régime conjugal que des règles régissant la filiation et l'autorité parentale.

SECTION 1 – LE RÉGIME PARENTAL IMPÉRATIF

A. Imposition aux parents de l'obligation de contribuer aux charges de la famille proportionnellement à leurs facultés respectives

Les parents qui font vie commune et qui ont un enfant commun à charge lors de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi seront tenus, à compter de ce moment, de contribuer aux charges de la famille en proportion de leurs facultés respectives, conformément à la loi nouvelle. Celle-ci n'ayant pas d'effet rétroactif, seuls les agissements non conformes à la nouvelle règle et postérieurs à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle pourront donner lieu à une prestation compensatoire parentale (voir point C 1 b)).

Les parents qui font vie commune mais qui n'ont plus d'enfant à charge lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle ne seront pas assujettis à la nouvelle règle. Ainsi, les parents de 60 ans qui vivent ensemble et qui n'ont plus d'enfant à charge lors de cet évènement seront exclus de son champ d'application.

B. Assujettissement des parents aux mesures de protection et d'attribution de la résidence familiale

Les parents qui font vie commune et qui ont un enfant commun à charge lors de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi seront assujettis aux mesures de protection et d'attribution de la résidence familiale. À l'inverse, les parents qui font vie commune mais qui n'ont plus d'enfant à charge lors de cet évènement ne pourront pas s'en prévaloir. Ainsi les parents de 60 ans qui vivent ensemble et qui n'ont plus d'enfant à charge lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle en seront soustraits intégralement.

C. Aménagement du droit à la prestation compensatoire parentale

1. Compensation des désavantages économiques subis durant la vie commune

a) Non-proportionnalité des désavantages économiques

Les parents qui font vie commune et qui ont un enfant à charge lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle pourront se prévaloir des dispositions relatives à la prestation compensatoire parentale, mais seulement en ce qui a trait aux désavantages (liés à l'enfant) attribuables à des faits survenus après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. À l'inverse, les parents qui ne font pas vie commune lors de cet évènement seront exclus du champ d'application de la mesure, qu'ils aient ou non un enfant à charge. Les parents qui font vie commune lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, mais qui n'ont plus d'enfant à charge lors de cet évènement, en seront également exclus.

b) Contribution excédentaire aux charges de la famille

Les parents qui font vie commune et qui ont un enfant à charge lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle pourront se prévaloir des dispositions relatives à la prestation compensatoire parentale, mais seulement en ce qui a trait aux contributions fournies après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. À l'inverse, les parents qui ne font pas vie commune lors de cet évènement seront exclus du champ d'application de la mesure, qu'ils aient ou non un enfant à charge. Les parents qui font vie commune lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, mais qui n'ont plus d'enfant à charge lors de cet évènement, en seront également exclus.

2. Compensation des désavantages économiques subis à la suite de la rupture de l'union conjugale ou en l'absence de vie commune des parents

Les parents d'un enfant à charge lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, qu'ils fassent ou non vie commune, pourront se prévaloir des diverses dispositions relatives à la prestation compensatoire post-rupture (ou alors qu'il n'y a jamais eu vie commune), mais seulement en ce qui a trait aux désavantages (liés à l'enfant) attribuables à des faits postérieurs à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. À l'inverse, les parents dont l'enfant n'est plus à charge lors de cet évènement seront exclus du champ d'application des mesures, et ce, même s'ils font toujours vie commune à ce moment.

SECTION 2 – LE RÉGIME CONJUGAL

A. Le mariage

1. Aménagement d'un droit de retrait par contrat de mariage aux effets du mariage (« opting out »)

Pour autant qu'ils ne soient pas engagés dans une instance en divorce ou en séparation de corps, les couples mariés lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle pourront se prévaloir du nouveau droit de retrait par contrat de mariage (« opting out ») dès l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Ainsi pourront-ils se soustraire conventionnellement aux mesures actuellement impératives que constituent le patrimoine familial, la contribution proportionnelle aux charges du

mariage et la protection de la résidence familiale. Évidemment, cette règle ne porte pas atteinte aux dispositions transitoires régissant le régime parental impératif.

2. Substitution du « régime légal du patrimoine familial » à la société d'acquêts

Les couples mariés avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle sous le régime légal de la société d'acquêts y demeureront assujettis. Comme c'est le cas actuellement, ils pourront toutefois s'en soustraire par contrat de mariage.

3. Aménagement de nouvelles modalités en matière de prestation compensatoire conjugale

Pour autant qu'ils ne soient pas engagés dans une instance en divorce ou en séparation de corps, les couples mariés avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle pourront se prévaloir des nouvelles modalités de la prestation compensatoire conjugale, en remplacement des dispositions actuellement prévues aux articles 427 à 430 C.c.Q.

4. Abrogation du mandat présumé entre époux et du principe de solidarité à l'égard du tiers pour les dettes du ménage

Les couples mariés avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle ne seront plus soumis à la règle relative au mandat présumé pour les actes accomplis après cet évènement. En outre, ils « bénéficieront » de l'abrogation du recours solidaire du tiers cocontractant, dans la mesure où la dette contractée à son endroit l'a été après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. C'est donc la date de la dette et non du mariage qui constituera le critère d'établissement du droit applicable.

5. Nom du conjoint et changement de nom

La restriction apportée à la demande de changement de nom du conjoint s'appliquera dès l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, sauf à l'égard de ceux qui auront entamé leurs démarches administratives en changement de nom avant cet évènement.

6. Abrogation de la possibilité pour les époux de se consentir des donations à cause de mort à titre irrévocable

Les couples mariés avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle ne pourront plus se consentir des donations à cause de mort à titre irrévocable par contrat de mariage à compter de cet évènement. Toutefois, les donations à titre irrévocable dont ils auront convenu avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle demeureront valables, même si leur exécution survient après cet évènement.

7. Renversement de la présomption d'irrévocabilité au profit d'une présomption de révocabilité en matière d'assurance-vie

Les couples mariés avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle seront soumis à la nouvelle présomption de révocabilité pour toute désignation de bénéficiaire effectuée après cet évènement; les désignations effectuées avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle demeureront quant à elles soumises à la présomption d'irrévocabilité actuellement applicable.

B. L'union de fait

1. Établissement de nouvelles conditions de reconnaissance de l'union de fait

Les conjoints faisant vie commune en union de fait lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle seront soumis aux nouvelles conditions de reconnaissance de l'union de fait.

2. Établissement de nouvelles règles régissant la preuve de l'union de fait

Les conjoints faisant vie commune en union de fait lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle seront soumis aux nouvelles règles régissant la preuve de l'union de fait.

3. Établissement de nouvelles règles consacrant formellement le contrat d'union de fait

Les conjoints faisant vie commune en union de fait lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle seront soumis aux nouvelles règles consacrant formellement le contrat d'union de fait; ces règles ne changent toutefois en rien l'état du droit actuel.

4. Établissement de nouvelles règles régissant la fin de l'union de fait

Les conjoints faisant vie commune en union de fait lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle seront soumis aux nouvelles règles régissant la fin de l'union de fait.

5. Élargissement aux conjoints de fait du droit de réclamer une prestation compensatoire conjugale

Les conjoints faisant vie commune en union de fait lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle pourront se prévaloir des mesures régissant la prestation compensatoire conjugale. Il en est de même des conjoints de fait qui seront séparés lors de cet évènement, mais qui seront toujours dans les délais pour en revendiquer le versement. Une telle règle se justifie par le fait que le recours en prestation compensatoire conjugale constitue moins un nouveau droit pour les conjoints de fait qu'une procédure simplifiant l'exercice d'un droit que le droit commun leur reconnaît déjà à travers le recours en enrichissement injustifié.

6. Révocation des legs consentis entre conjoints de fait

Sauf stipulations contraires, les legs faits antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle seront révoqués par la fin de l'union de fait provoquée par une autre cause que leur mariage (entre eux), dans la mesure où celle-ci survient après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle**.**

7. Élargissement au profit des conjoints de fait de la règle successorale prévoyant le droit à une attribution préférentielle de la résidence familiale et des meubles du ménage

Le conjoint de fait survivant (qui hérite aux termes du testament du défunt) qui habitait dans la résidence familiale au moment du décès du défunt aura droit à une attribution préférentielle aux conditions prévues par la loi nouvelle, dans la mesure où le décès survient après son entrée en vigueur.

8. Élargissement de la règle établissant l'insaisissabilité du produit d'assurance-vie au profit des conjoints de fait

L'assurance-vie stipulée par une personne en faveur de son conjoint de fait sera insaisissable dans la mesure où le décès de l'assuré survient après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Si le décès donnant lieu au versement du produit d'assurance-vie est antérieur à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, celui-ci demeurera saisissable conformément au droit actuel.

9. Caducité de la désignation du conjoint de fait à titre de bénéficiaire d'une police d'assurance-vie

La fin de l'union de fait provoquée par une autre cause que le mariage des conjoints (entre eux) ou le décès de l'un d'eux entraînera la caducité de la désignation du conjoint de fait à titre de bénéficiaire dans la mesure où celle-ci survient après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle; si la fin de l'union de fait précède l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, la désignation demeurera soumise au droit actuel.

10. Suspension de la prescription durant la vie commune

Tous les recours non prescrits lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle seront soumis à l'article 2906 C.c.Q., tel que ses conditions d'application élargies au profit des conjoints de fait le permettront.

C. L'union civile

Les conjoints unis civilement avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle demeureront régis par l'union civile. Les dispositions des articles 521.1 et suiv. C.c.Q. demeureront donc en vigueur à leur égard. Les règles de droit transitoire applicables au mariage s'appliqueront aux conjoints unis civilement, compte tenu des adaptations nécessaires.

SECTION 3 – LA FILIATION

A. La filiation actuellement dite par le sang

1. Nouvelle définition de la possession constante d'état

La nouvelle définition de la possession constante d'état s'appliquera à tous les enfants, qu'ils soient nés avant ou après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, à l'exception de ceux dont la filiation est réclamée ou contestée en justice dans le cadre d'une action introduite avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Dans cette dernière hypothèse, il faudra s'en remettre à la définition et aux critères actuels de la possession constante d'état.

2. Nouvelle définition du « verrou de filiation » de l'actuel article 530 C.c.Q.

La nouvelle définition du « verrou de filiation » de l'actuel article 530 C.c.Q. s'appliquera à tous les enfants, qu'ils soient nés avant ou après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, à l'exception de ceux dont la filiation est réclamée ou contestée en justice dans le cadre d'une action

introduite avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Dans cette dernière hypothèse, il faudra s'en remettre à la définition actuelle du « verrou de filiation ».

3. Maintien de la présomption de paternité et élargissement au conjoint de fait, ou abrogation (selon la thèse avancée)

Si, en vertu de la décision qu'aura prise le législateur, la présomption de paternité est non seulement maintenue à l'égard de l'époux, mais également étendue au conjoint de fait, seuls les enfants conçus en union de fait après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle pourront en bénéficier (tout comme les enfants conçus ou nés durant le mariage, que ce soit avant ou après cet évènement). Les enfants qui auront été conçus durant l'union de fait avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle ne pourront quant à eux revendiquer l'application de la présomption de paternité.

Si, au contraire, le législateur décide d'abroger purement et simplement la présomption de paternité applicable en mariage, les enfants conçus avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle profiteront de la présomption de paternité dans la mesure prévue par le droit actuel, même si leur naissance a lieu après cet évenement. En revanche, les enfants conçus après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle ne pourront en revendiquer l'application.

4. Uniformisation des actions en contestation de la filiation (si la présomption de paternité devait être maintenue)

Si, en vertu de la décision qu'aura prise le législateur, la présomption de paternité est non seulement maintenue à l'égard de l'époux, mais également étendue au conjoint de fait, les nouvelles règles uniformisées en matière de contestation d'état trouveront application à l'égard des actions introduites après leur entrée en vigueur, pour autant qu'elles ne soient pas prescrites lors de cet évènement. Ainsi, la mère ou le conjoint qui voudront contester la filiation résultant de la présomption de paternité ne pourront le faire si le délai de prescription d'un an actuellement applicable est échu lors de cet évènement. Dans le cas contraire, ils pourront contester la paternité résultant de la présomption, non pas au moyen d'une action en désaveu ou en contestation de la paternité présumée, mais au moyen d'une action en contestation d'état, laquelle sera imprescriptible en vertu du nouveau droit (voir recommandation n^{o} 3.11).

5. Imprescriptibilité des actions en réclamation ou en contestation d'état (sous réserve des délais de déchéance imposés en cas de décès)

Les actions en réclamation et/ou en contestation de la filiation non prescrites avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle deviendront, dès cet évènement, imprescriptibles.

B. La filiation de l'enfant né d'une procréation assistée

1. La procréation assistée dite classique

a) Nouvelle définition de la possession constante d'état

La nouvelle définition de la possession constante d'état s'appliquera à tous les enfants, qu'ils soient nés avant ou après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, à l'exception de ceux dont la filiation est réclamée ou contestée en justice dans le cadre d'une action introduite avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Dans cette dernière hypothèse, il faudra s'en remettre à la définition et aux critères actuels de la possession constante d'état.

b) Abrogation de la présomption de parenté

Les enfants conçus avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle profiteront de la présomption de parenté dans la mesure prévue par le droit actuel, même si leur naissance a lieu après cet évènement. En revanche, les enfants conçus après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle ne pourront en revendiquer l'application.

c) Établissement judiciaire de la filiation sur la base du projet parental, sans égard au statut conjugal des parents

Les enfants dont la seconde filiation avec le conjoint ou la conjointe de leur mère n'est pas établie lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle pourront revendiquer l'établissement de cette filiation sur la base du projet parental, que ce conjoint ou cette conjointe soit ou non marié(e) avec la mère de l'enfant. Le Comité est conscient que cette proposition de droit transitoire crée une certaine brèche au principe de la non-rétroactivité de la loi nouvelle. Il lui paraît toutefois raisonnable de déroger ici à ce principe, compte tenu du caractère indéfendable de la règle actuelle (art. 538.1 et 540 C.c.Q.).

d) Nouvelle définition du « verrou de filiation » de l'actuel article 530 C.c.Q.

La nouvelle définition du « verrou de filiation » de l'actuel article 530 C.c.Q. s'appliquera à tous les enfants issus d'une procréation assistée, qu'ils soient nés avant ou après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, à l'exception de ceux dont la filiation est réclamée ou contestée en justice dans le cadre d'une action introduite avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Dans cette dernière hypothèse, il faudra s'en remettre à la définition actuelle du « verrou de filiation ».

e) Application des règles de preuve et de procédure relatives aux actions en contestation et en réclamation d'état de l'enfant issu d'une procréation naturelle, compte tenu des adaptations nécessaires

Les règles de preuve et de procédure reformulées en matière de procréation actuellement dite par le sang s'appliqueront aux actions en contestation et en réclamation d'état de l'enfant issu d'une procréation assistée dite classique (compte tenu des adaptations nécessaires), dans la mesure où l'action est intentée après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Dans le cas contraire, les règles de preuve et de procédure de la loi actuelle resteront applicables.

f) Interdiction pour l'auteur de l'apport des forces génétiques au projet parental d'autrui de réclamer une filiation avec l'enfant, peu importe la forme qu'aura empruntée son assistance à la procréation

La nouvelle règle, qui interdira au tiers géniteur intervenant dans le cadre d'une procréation « amicalement » assistée de revendiquer une filiation avec l'enfant dans l'année de la naissance, ne sera applicable que dans la mesure où le projet parental a été conclu après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Dans le cas contraire, le tiers géniteur conservera son recours, conformément à la loi actuelle.

2. La procréation assistée dite classique impliquant le recours à une mère porteuse

a) Établissement de la filiation avec les parents d'intention par la voie administrative

Les nouvelles règles permettant l'établissement de la filiation de l'enfant né d'une mère porteuse avec les parents d'intention par la voie administrative s'appliqueront évidemment aux projets parentaux conclus après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle; elles s'appliqueront également aux projets parentaux conclus avant cet évènement, dans la mesure où toutes les conditions d'application de la voie administrative sont satisfaites.

b) Établissement de la filiation avec les parents d'intention par la voie judiciaire

Les nouvelles règles permettant l'établissement de la filiation de l'enfant né d'une mère porteuse avec les parents d'intention par la voie judiciaire s'appliqueront évidemment aux projets parentaux conclus après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle; elles s'appliqueront également aux projets parentaux conclus avant cet évènement, dans la mesure où toutes les conditions d'application de la voie judiciaire sont satisfaites et que la demande au tribunal est présentée dans les 60 jours de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle.

3. Le droit à la connaissance des origines

Un développement spécifique de la section 6 du chapitre troisième du présent rapport porte sur le droit transitoire applicable au droit à la connaissance des origines[1281]. En matière d'adoption, le Comité réserve son jugement, compte tenu des travaux gouvernementaux en cours. En matière de procréation médicalement assistée, le Comité propose ce qui suit à la recommandation n^{o} 3.33.5 :

> Dans le cadre du régime juridique régissant le nouveau droit de l'enfant à la connaissance de ses origines, il est recommandé d'analyser la faisabilité d'une mesure qui permettrait aux enfants nés d'une procréation médicalement assistée avant l'entrée en vigueur d'une éventuelle réforme, le droit d'obtenir communication des renseignements personnels contenus à leur dossier, selon les conditions et modalités que le projet de loi 47 prévoyait à l'égard des adoptions du passé.

SECTION 4 – AUTORITÉ PARENTALE ET OBLIGATION ALIMENTAIRE

A. Partage d'autorité parentale

Les nouvelles règles qui permettront au parent qui exerce seul de droit son autorité parentale de convenir, sous contrôle judiciaire, d'un partage d'autorité parentale avec son conjoint, seront applicables dès l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, dans la mesure où toutes les conditions du partage sont satisfaites.

B. Statut *in loco parentis*

Les nouvelles règles qui permettront d'imposer au beau-parent de remplacement qui a agi *in loco parentis* à l'égard de l'enfant de son conjoint, marié ou non, une obligation alimentaire au

profit de cet enfant et qui lui permettront d'en revendiquer la garde aux mêmes conditions que celles qui s'appliquent au parent (et de bénéficier accessoirement de l'autorité parentale en cas de garde exclusive ou partagée), seront applicables dès l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, même si les agissements qui donnent lieu à l'application de la règle se sont déroulés avant cet évènement.

Les nouvelles règles qui assujettissent aux mesures de protection et d'attribution de la résidence familiale la personne qui agit *in loco parentis* auprès de l'enfant à charge de son conjoint (avec qui il fait vie commune en mariage ou en union de fait), mais seulement durant la période pendant laquelle l'enfant habite la résidence familiale, seront applicables dès l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, même si les agissements qui permettent d'attribuer au conjoint du parent le statut *in loco parentis* se sont déroulés avant cet évènement.

C. Maintien des relations personnelles

Le droit de l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec l'ex-conjoint ou l'ex-conjointe de son parent afin de maintenir les liens significatifs qui l'unissent à lui ou à elle, à moins que son intérêt y fasse obstacle, sera reconnu dès l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, même si les liens signicatifs qui donnent lieu à l'application de ce droit se sont tissés avant cet évènement.

Il en est de même du droit de l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec les grands-parents, à moins que son intérêt y fasse obstacle. Toutefois, les demandes fondées sur l'actuel article 611 C.c.Q. introduites par les grands-parents avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle resteront soumises au droit actuel.

Chapitre sixième
Politique de diffusion du droit de la famille

Dès le début de ses travaux, le Comité s'est montré préoccupé par le peu de connaissances que possèdent les justiciables en matière de droit familial. Au Québec comme ailleurs, différentes données permettent de saisir l'ampleur du problème[1282]. La méconnaissance ambiante du droit applicable aux conjoints de fait, toujours aussi vive après le jugement de la Cour suprême dans l'affaire *Lola*, en témoigne de manière éloquente. On aurait pu penser que le battage médiatique ayant entouré la célèbre cause aurait eu pour effet de sensibiliser les conjoints de fait sur les conséquences résultant de leur union et les aurait incités à s'informer davantage, mais il n'en est rien. Rappelons ici les résultats du sondage réalisé en 2013 par la Chambre des notaires, peu de temps après le jugement :

- 50 % des conjoints de fait sont persuadés qu'ils sont aussi bien protégés que ceux et celles qui sont mariés;

- 62 % des gens qui vivent en union de fait ne savent pas qu'en cas de rupture tous les biens acquis durant leur vie commune ne seront pas nécessairement partagés à parts égales;

- Plus de 58 % des gens qui vivent en union de fait ignorent que le conjoint le plus pauvre n'a pas droit à une pension alimentaire lors de la séparation;

- 46 % des répondants croient qu'après un certain nombre d'années de vie commune, les conjoints de fait obtiennent le statut de personnes mariées[1283].

Plusieurs expliquent ces données par la confusion que génère la « double logique » du système juridique québécois qui, d'une part, distingue les conjoints de fait des époux en droit privé et, d'autre part, assimile les uns aux autres en droit social et fiscal[1284]. Le Comité partage cette impression et y voit un motif supplémentaire pour accroître les mesures informatives destinées aux couples et aux familles.

Au-delà des conjoints de fait, il semble par ailleurs que plusieurs conjoints mariés ne connaissent pas non plus l'étendue de leurs droits et obligations réciproques. Bien qu'aucun sondage ne permette de confirmer cette affirmation, les représentants du ministère de la Justice participant aux travaux du Comité ont affirmé recevoir fréquemment des lettres de citoyens se plaignant des conséquences juridiques découlant de leur mariage et déplorant le fait qu'ils n'en aient pas été préalablement informés.

C'est dans cette perspective, pour le moins inquiétante, que le Comité a cru bon d'adopter son cinquième principe directeur, avant même de se pencher sur les orientations de la réforme :

> ***Des justiciables éclairés sur leurs droits et leurs obligations –*** Les choix et consentements dont peut dépendre l'application des règles juridiques qui composent le droit de la famille doivent être éclairés; à cet égard, l'État doit non seulement aménager dans la loi les conditions susceptibles d'assurer la qualité des consentements, mais il doit également faire preuve de leadership en se reconnaissant la responsabilité d'informer le mieux possible les justiciables de leurs droits et obligations[1285].

Il est somme toute impérieux que les justiciables soient dûment informés des conséquences juridiques rattachées au mariage et à l'union de fait. Un tel principe directeur aurait pu accompagner toute proposition de réforme, voire le *statu quo*, mais il s'avère d'autant plus important dans la mesure où les propositions formulées par le Comité en matière conjugale reposent essentiellement sur le respect de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle des parties. Afin de pouvoir consentir librement aux droits et obligations dont ils souhaitent assortir leur union, les conjoints doivent évidemment connaître les effets juridiques de leurs décisions[1286].

Certes, il existe déjà plusieurs outils qui permettent aux justiciables d'obtenir de l'information sur le droit de la famille[1287]. Ces ressources seront bien sûr mises à jour en fonction des nouvelles règles. Les citoyens proactifs pourront ainsi bénéficier de l'information dont ils ont besoin pour en comprendre la portée, que ce soit en lien avec le régime parental impératif, le régime conjugal, la filiation ou l'autorité parentale. En outre, les personnes désireuses de profiter de conseils juridiques adaptés à leur situation particulière pourront toujours s'adresser à un professionnel du droit, avocat ou notaire.

On ne saurait non plus sous-estimer le battage médiatique qui accompagnera le dépôt du présent rapport, la consultation publique qui y fera suite, de même que les travaux parlementaires entourant d'éventuelles modifications législatives. Au cours des prochaines années, le nouveau droit de la famille fera sans doute les manchettes à plusieurs occasions.

Est-ce suffisant ? Le Comité ne le croit pas. Bien des gens, pourtant directement concernés, resteront sans doute en marge du débat social ou ne s'y intéresseront pas. Par ailleurs, il est facile d'imaginer que, peu de temps après les travaux parlementaires menant à l'adoption des nouvelles règles, d'autres évènements viendront supplanter le sujet dans l'actualité et laisseront les futurs parents et les conjoints sans source d'information populaire, c'est-à-dire véhiculée par des médias non spécialisés. Une campagne de publicité massive identifiant les principaux enjeux de la réforme permettrait-elle de rejoindre plus efficacement la population ? Le Comité en doute fortement, sachant que les effets en résultant s'estomperont graduellement dans les préoccupations de la population ciblée dès lors qu'une autre campagne sera mise de l'avant sur un autre sujet[1288]. Le caractère durable préconisé est d'autant plus important que la réforme suggérée vise tous les couples à être constitués et tous les parents à venir; ainsi un justiciable moins concerné au jour de l'entrée en vigueur des nouvelles règles ou de la campagne publicitaire pourrait le devenir de façon toute particulière dans les mois et les années subséquentes.

Les actions isolées des acteurs gouvernementaux et des intervenants du milieu, le relai assuré par les médias et les campagnes de publicité lancées au moment de l'adoption ou de l'entrée en vigueur des nouvelles règles ne suffiront donc pas. S'il veut rejoindre efficacement la population sur une base permanente, le gouvernement doit se doter d'une véritable politique de diffusion du droit de la famille. Aux termes de cette politique, l'ensemble des acteurs et intervenants gouvernementaux pourront, de manière concertée, cibler et déployer tous les moyens possibles pour rejoindre efficacement la population. Toutes les communications que le gouvernement entretient avec la population doivent devenir une occasion de diffuser le droit de la famille, à court, moyen et long termes.

> ***Recommandation n^{o} 6.1***
>
> *Il est recommandé que le gouvernement se dote d'une véritable politique de diffusion du droit de la famille afin que les justiciables soient efficacement informés des règles qui les concernent, non seulement à court et moyen termes, mais également à long terme.*

Certes, il ne revient pas au Comité d'identifier spécifiquement les mesures informatives que pourrait comporter une politique de diffusion du nouveau droit. Des experts en communication sont certainement mieux placés que lui pour apporter au gouvernement l'éclairage nécessaire. Le Comité n'a toutefois pu résister à la tentation d'aller au-delà de sa recommandation générale et de réfléchir aux mesures ou mécanismes qui pourraient être déployés pour que les grandes orientations de la réforme parviennent jusqu'aux principaux intéressés.

Propositions spécifiques

Au total, trois catégories de citoyens devront être rejoints : les parents, les époux et les conjoints de fait. Dans chacune de ces trois catégories, on peut également décliner deux autres groupes : les personnes qui étaient déjà parents, conjoints de fait ou époux lors de l'entrée en vigueur des nouvelles règles et celles qui le deviendront après cette date.

Des stratégies de communication devront donc être mises en œuvre pour les six groupes de personnes visées. Pour ceux et celles qui acquerront un des statuts juridiques visés par la réforme après l'entrée en vigueur des nouvelles règles (statut de parent, d'époux ou de conjoint de fait), des mécanismes d'information permanents pourraient être avantageusement élaborés. Pour ceux et celles qui possèdent déjà un tel statut au jour de l'entrée en vigueur des nouvelles règles, de l'information ponctuelle faisant état des règles de droit transitoire applicables pourrait être privilégiée.

SECTION 1 – NOUVEAUX ÉPOUX

Tel que mentionné au point E 1) de la section 2 du chapitre deuxième portant sur la célébration du mariage, le Comité recommande d'instituer une nouvelle procédure en amont de la célébration du mariage afin que les futurs époux soient pleinement informés des conséquences juridiques en découlant et du droit qui leur sera désormais conféré de s'en soustraire, en tout ou en partie, par contrat de mariage (« opting out »). Selon cette recommandation, le célébrant sera donc tenu d'obtenir des futurs époux une attestation préalablement délivrée par un notaire ou un avocat confirmant que ceux-ci ont été informés des droits et obligations résultant du mariage, à moins que le célébrant soit lui-même juge, notaire ou avocat et qu'il se soit chargé de fournir aux futurs époux l'information pertinente. Il reviendra par ailleurs au ministère de la Justice d'évaluer la possibilité de mettre en place des séances d'information collectives permettant aux futurs époux d'obtenir leur attestation (voir recommandation n^{o} 2.1.14)[1289].

Selon le Comité, une telle formalité suffira à atteindre l'objectif poursuivi : dans tous les cas, les futurs époux obtiendront d'un juriste toute l'information utile. Il n'est donc pas nécessaire de prévoir des mécanismes additionnels. Toute modification ultérieure au contrat de mariage devant par ailleurs être faite devant notaire[1290], il reviendra à ce dernier de bien informer ses clients quant aux effets juridiques de leurs décisions.

SECTION 2 – NOUVEAUX CONJOINTS DE FAIT

Aucun acte officiel n'étant requis pour marquer le début d'une union de fait, les précautions nécessaires doivent emprunter d'autres formes. Des outils et formulaires simples permettant aux conjoints de faire le choix des obligations auxquelles ils souhaiteront mutuellement s'assujettir, le cas échéant, pourraient d'abord être développés et mis à leur disposition, que ce soit sur le site Internet du ministère de la Justice du Québec ou sur celui des partenaires du milieu juridique que sont les centres de justice de proximité, les palais de justice, les cliniques juridiques et les organismes d'information juridique comme Éducaloi. La disposition que le Comité propose d'intégrer au Code civil au nouveau chapitre sur l'union de fait participe de cette volonté de démocratisation. Rappelons-en ici la teneur :

> Il est permis de faire, par contrat d'union de fait, toutes sortes de stipulations, sous réserve des dispositions impératives de la loi et de l'ordre public.
>
> Les conjoints de fait peuvent notamment y adopter les modalités relatives à leur contribution respective aux charges de la famille, adopter les mesures de protection et d'attribution de la résidence familiale, instituer entre eux une obligation alimentaire et se soumettre au régime du patrimoine familial, de la société d'acquêts ou à tout autre régime patrimonial conjugal.

Tel que précédemment mentionné, l'identification précise des différents mécanismes juridiques auxquels les conjoints de fait peuvent se soumettre d'un commun accord, contribuera sans doute à démythifier le contrat d'union de fait. Jusqu'à ce jour, le concept est demeuré relativement inaccessible, notamment en raison de la complexité qu'il évoque dans l'imaginaire collectif. Les mécanismes susceptibles d'apporter réponse à l'interdépendance conjugale et familiale existent déjà dans le Code civil; il suffira de s'y assujettir conventionnellement par simple référence et non de les construire à grands frais au cas par cas. La disposition que propose le Comité pourrait donc contribuer à ce changement de perception puisqu'elle soutient clairement la mise en place de formulaires simples où les conjoints de fait pourront, d'un commun accord, choisir à la carte les mécanismes de protection existants.

Par ailleurs, le Comité s'est interrogé sur les meilleures façons d'aviser les principaux intéressés de l'existence des outils développés à leur intention et, dans certains cas, de l'opportunité d'une consultation juridique en bonne et due forme auprès d'un professionnel du droit. Une voie est apparue particulièrement prometteuse. Tel que précédemment mentionné, les lois fiscales confèrent aux conjoints de fait qui cohabitent depuis douze mois ou qui ont un enfant commun un statut juridique (fiscal) équivalent à celui des époux. Ainsi, dès la première déclaration de revenus produite par un citoyen démontrant l'acquisition d'un statut de conjoint de fait, une trousse contenant diverses informations sur le sujet pourrait lui être transmise par les autorités. Par cette trousse, le citoyen serait notamment avisé de l'absence de droits et d'obligations réciproques entre conjoints de fait et incité à prendre connaissance des outils disponibles, notamment des formulaires de contrat d'union de fait mis à la disposition de la population. Une démarche similaire pourrait également être envisagée à l'endroit des bénéficiaires de l'aide de dernier recours. Les modalités de transmission des informations contenues dans la trousse devront être définies par le gouvernement et, évidemment, respecter les règles applicables en matière de confidentialité.

Et pourquoi ne pas intervenir en amont ? Si les élèves de 5^{e} secondaire pouvaient bénéficier de quelques heures de formation juridique en droit des personnes et de la famille, les choix de vie

qu'ils poseraient seraient probablement plus éclairés. Les règles de base qui régissent les relations familiales et conjugales auxquelles ils seront un jour parties ne sont pas moins importantes que les mathématiques, l'histoire et la géographie. Le Comité demeure bien sûr conscient des nombreux obstacles que la mise en œuvre d'une telle proposition peut rencontrer, l'élaboration du contenu des programmes scolaires relevant d'une kyrielle d'intervenants. Des pourparlers auprès du ministère de l'Éducation pourraient sans doute permettre d'en évaluer la faisabilité.

SECTION 3 – NOUVEAUX PARENTS

Afin de leur permettre d'inscrire leur enfant au registre de l'état civil et de lui procurer une carte d'assurance-maladie, les nouveaux parents reçoivent déjà de l'information gouvernementale à la suite de la naissance de l'enfant ou de la délivrance du jugement d'adoption. Un feuillet d'information expliquant les conséquences juridiques du nouveau régime parental impératif pourrait être joint à cette documentation.

Vu l'importance des règles du nouveau régime parental et l'état de fébrilité dans lequel se trouvent les nouveaux parents, un rappel pourrait leur être transmis par la Régie des rentes lors du premier envoi de l'information concernant le crédit d'impôt remboursable pour le soutien aux enfants (communément appelé « allocations familiales »). Les règles constituant le régime parental impératif trouvant principalement application lors de la rupture du couple, les « séances sur la parentalité après la rupture » dispensées par le ministère de la Justice aux parents séparés ou en voie de l'être pourraient également en faire mention.

SECTION 4 – DROIT TRANSITOIRE RELATIF AU RÉGIME PARENTAL IMPÉRATIF ET AU RÉGIME CONJUGAL

Comme il en a été question au chapitre cinquième portant sur le droit transitoire, le Comité recommande l'application immédiate des nouvelles dispositions. Ainsi, les nouveaux parents seront assujettis au régime parental impératif à compter de son entrée en vigueur (pour les faits qui y sont postérieurs) et les conjoints mariés pourront, par contrat de mariage, décider de se soustraire en tout ou en partie au patrimoine familial ainsi qu'à d'autres obligations découlant du mariage.

Pour les conjoints de fait (sans enfant), les nouvelles dispositions n'auront que peu d'effet, si ce n'est de leur permettre de se réclamer une prestation compensatoire conjugale. Toutefois, tel que précédemment mentionné, la majorité d'entre eux ignorent actuellement l'étendue de leurs droits et obligations. Une campagne d'information ponctuelle et ciblée menée peu de temps après l'entrée en vigueur des nouvelles règles pourrait permettre de combler cette lacune. Il reviendra au ministère de la Justice d'évaluer la meilleure stratégie de communication, mais on peut penser que des messages radio, des affiches dans les endroits où circulent habituellement les parents (services de garde, écoles, arénas, organismes communautaires ou de services, etc.), des annonces dans des hebdos locaux et sur les réseaux sociaux pourraient permettre de rejoindre une large portion de la population. Encore ici, l'ajout de dépliants dans les présentoirs gouvernementaux, comme ceux que l'on retrouve chez Revenu Québec ou à la Régie des rentes, pourrait être envisagé. La collaboration de tous les acteurs du milieu juridique devra également être sollicitée.

SECTION 5 – FILIATION, AUTORITÉ PARENTALE ET OBLIGATION ALIMENTAIRE

Si on convient aisément que des efforts d'information devront être dirigés vers les conjoints et les parents pour lesquels les nouvelles règles en matière de régime parental ou de régime conjugal sont susceptibles d'avoir des effets importants, qu'en est-il des nouvelles règles proposées en matière de filiation, d'autorité parentale ou d'obligation alimentaire ?

En ce qui concerne la filiation, on peut penser que la transmission des documents gouvernementaux qui suit la naissance d'un enfant sera suffisante pour informer adéquatement les nouveaux parents d'un enfant issu d'une procréation naturelle ou d'une procréation assistée classique. Il ne semble pas opportun d'inciter le gouvernement à faire des efforts supplémentaires pour faire connaître les nouvelles dispositions qui, pour plusieurs, viennent essentiellement préciser ou confirmer les règles existantes ou les rendre plus cohérentes. Il en va de même des règles en matière d'autorité parentale ou d'obligation alimentaire qui ne nécessiteront qu'une mise à jour des divers outils d'information déjà existants.

Il reste essentiellement deux éléments à propos desquels il est intéressant de se questionner : le projet parental impliquant le recours à une mère porteuse et le droit de l'enfant à la connaissance de ses origines.

Bien que les recommandations du Comité prônent la reconnaissance formelle des projets parentaux impliquant le recours à une mère porteuse (en leur attribuant certains effets dans la mesure où les conditions prescrites auront été remplies), il ne semble pas pour autant opportun d'en faire la publicité. Le Comité a en effet pris acte du fait que de telles pratiques existent et qu'il s'avérait nécessaire de permettre l'établissement de la filiation de l'enfant issu d'un tel projet parental avec son ou ses parents d'intention, mais il n'a jamais cru bon d'en faire la promotion. L'information quant aux conditions à respecter pour l'utilisation de la voie administrative devrait donc être disponible dans les cliniques spécialisées, ainsi qu'auprès des notaires qui auront été accrédités pour agir en la matière ou dans certains centres de santé ou centres jeunesse, mais une diffusion plus large ne semble ni nécessaire, ni opportune. Les professionnels appelés à intervenir dans de tels types de projets (notaires et professionnels des centres jeunesse) devront bien sûr être formés à cette fin.

Par ailleurs, l'aménagement d'un nouveau droit à la connaissance des origines aura un effet important sur les donneurs qui pouvaient autrefois agir en tout anonymat. Une information précise devrait être disponible et systématiquement donnée à toute personne intéressée à faire un don. Les cliniques devront être vigilantes et s'assurer de revoir leurs formulaires de consentement. Une démarche d'information ciblée auprès d'elles devrait être entreprise lors de l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions. Ces nouvelles règles ne s'appliquant que pour les dons effectués après l'entrée en vigueur de la loi, il n'apparaît pas utile de faire une campagne d'information plus générale pour en aviser la population.

Enfin, les nouvelles règles relatives au statut juridique du beau-parent pourraient être diffusées au moyen des mêmes outils que ceux proposés aux sections 4 et 5 applicables au statut parental.

*** * ***

Penser que tous les citoyens du Québec seront rejoints et bien informés est sans doute utopique. Mais ce constat ne doit pas constituer un frein à l'accomplissement du devoir qui incombe aux autorités d'informer le plus efficacement possible la population de la teneur des règles qui gouvernent les relations familiales et conjugales. Telle est la part de responsabilité qui revient à l'État[1291]; l'autre part appartient aux justiciables. Dans une société libre et démocratique, les justiciables ont également un rôle à jouer et une responsabilité à assumer[1292]. Ils ne peuvent se contenter de plaider l'ignorance et la méconnaissance. Dans la mesure où l'information est à leur portée, il leur revient de se l'approprier.

Conclusion de la Troisième partie

Esquisse d'une table des matières du Livre deuxième sur la famille

Il n'appartient pas au Comité de rédiger les dispositions législatives qui donneront forme à ses recommandations, ni d'en établir l'ordonnancement au sein du Code civil. Cette prérogative relève de l'Assemblée nationale. Tout au long de ses travaux – et comme on aura pu le constater à la lecture du rapport –, le Comité s'est toutefois permis de proposer certaines dispositions pour favoriser une meilleure compréhension. En se donnant de tels outils de travail, le Comité a pu tester les limites de ses recommandations et, au besoin, en resserrer le contenu.

Le Comité s'est aussi employé à échafauder la structure du nouveau Livre deuxième sur la famille à l'intérieur duquel ses recommandations pourront éventuellement s'articuler. Non seulement cet exercice lui a-t-il permis de se donner une vue d'ensemble du travail effectué et d'en assurer la plus grande cohérence possible, mais il lui aura également révélé les traits de la famille que le nouveau droit entend refléter. Sans vouloir usurper des fonctions qui ne lui appartiennent pas, le Comité juge utile de partager cet outil de travail, à titre d'élément de conclusion. D'un seul coup d'œil, le lecteur sera à même d'apprécier la teneur des changements suggérés :

LIVRE DEUXIÈME
DE LA FAMILLE

DISPOSITION GÉNÉRALE

La famille est fondée sur la filiation et la conjugalité.

TITRE PREMIER –
DE LA FILIATION

CHAPITRE PREMIER –
DISPOSITION GÉNÉRALE

Tous les enfants ont droit à l'établissement de leur filiation dans les conditions prévues au présent titre, sans autre considération.

Les enfants dont la filiation est établie ont les mêmes droits et obligations.

CHAPITRE DEUXIÈME –
DES TYPES DE FILIATION

Section I –
De la filiation des enfants nés de la procréation naturelle
§ 1 – De l'établissement de la filiation
§ 2 – Des actions relatives à la filiation

Section II –
De la filiation des enfants nés de la procréation assistée
§ 1 – Du projet parental avec recours à l'assistance d'un tiers à la procréation
§ 2 – Du projet parental avec recours à une mère porteuse

Section III –
De la filiation adoptive

CHAPITRE TROISIÈME –
DE LA PREUVE DE LA FILIATION

TITRE DEUXIÈME –
DE LA CONJUGALITÉ

CHAPITRE PREMIER –
DISPOSITION GÉNÉRALE

Sont des conjoints les personnes liées par le mariage et celles vivant en union de fait.

CHAPITRE DEUXIÈME –
DU MARIAGE

Section I –
De la célébration du mariage

Section II –
De la preuve du mariage

Section III –
Du contrat de mariage

Section IV –
Des nullités du mariage

Section V –
De la séparation judiciaire des époux

Section VI –
De la dissolution du mariage

CHAPITRE TROISIÈME –
DE L'UNION DE FAIT

Section I –
Des conditions de reconnaissance de l'union de fait

Section II –
De la preuve de l'union de fait

Section III –
Du contrat d'union de fait

Section IV –
De la fin de l'union de fait

TITRE TROISIÈME –
DES EFFETS DE LA FAMILLE

CHAPITRE PREMIER –
DES DROITS ET DEVOIRS RÉSULTANT DE LA FAMILLE

CHAPITRE DEUXIÈME –
DE L'AUTORITÉ PARENTALE

CHAPITRE TROISIÈME –
DE LA RÉSIDENCE FAMILIALE
Section I –
Dispositions générales
Section II –
Des mesures de protection de la résidence familiale
Section III –
Des mesures d'attribution de la résidence familiale

CHAPITRE QUATRIÈME –
DES RÉGIMES PATRIMONIAUX CONJUGAUX
Section I –
Dispositions générales
Section II –
De l'exercice des droits et pouvoirs résultant du régime patrimonial conjugal
Section III –
Du patrimoine familial
Section IV –
De la société d'acquêts
Section V –
De la séparation des biens
Section VI –
Des régimes communautaires

CHAPITRE CINQUIÈME –
DE LA PRESTATION COMPENSATOIRE
Section I –
Des espèces de prestation compensatoire
§ 1 – De la prestation compensatoire parentale
§ 2 – De la prestation compensatoire conjugale
Section II –
De la preuve, de l'établissement et des modalités de paiement de la prestation compensatoire

CHAPITRE SIXIÈME –
DE L'OBLIGATION ALIMENTAIRE

Notes de fin de document

[1] *Québec (Procureur général)* c. *A*, 2013 CSC 5. Pour une analyse de ce jugement, voir Robert LECKEY, « Developments in Family Law : The 2012-2013 Term », (2014) 64 *S.C.L.R.* 241 et « Strange Bedfellows », (2014) 64 *U. of Toronto. L.J.* 641 et Alain ROY, « Affaire Éric c. Lola : Une fin aux allures de commencement », (2013) 1 *C.P. du N* 259. Dans une perspective de common law, voir Nathasha BAKHT, « A v B and Attorney General of Quebec (Eric v Lola) – The Implications for Cohabiting Couples Outside Quebec », (2013) 28 *C.J.F.L.* 261.

[2] *Droit de la famille – 091768*, 2009 QCCS 3210. Le jugement de la Cour d'appel est rapporté à *Droit de la famille –102866*, 2010 QCCA 1978.

[3] *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada, 1982, c. 11 (R.-U.).

[4] *Loi instituant le Code civil du Québec et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 89.

[5] *Loi instituant le Code civil du Québec et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 89. Notons que l'union civile a été ajoutée au Code civil en 2002, aux termes de la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, c. 6.

[6] Et, plus précisément, aux articles régissant le mariage et l'union civile. Pour une analyse de cette politique législative, voir Alain ROY, *L'évolution de la politique législative de l'union de fait au Québec. Analyse de l'approche autonomiste du législateur québécois sous l'éclairage du droit comparé*, Rapport d'expertise fourni le 30 juin 2008 au Ministre de la Justice du Québec – Procureur général du Québec. Publié à (2012) 1 *C.P. du N.* 235. Voir également Dominique GOUBAU, « Le Code civil du Québec et les concubins : un mariage discret », (1995) 74 *R. du B. can.* 474, 476. Pour une analyse historique de l'union de fait à la lumière du droit romain, voir Benoît LAPLANTE, « L'union de fait comme mariage romain : Rome, l'Église, la France d'Ancien régime » (2014) 48 *R.J.T.U.M.* 89 et « L'union de fait comme mariage romain. L'Angleterre avant 1857 et la situation actuelle en Angleterre, en France et au Québec », (2014) 48 *R.J.T.U.M.* 291.

[7] C.c.Q., art. 585, 511 (séparation de corps) et 388 (nullité du mariage). Les conjoints mariés qui divorcent pourront quant à eux se prévaloir des dispositions de l'art. 15.2 de *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, c. 3 (2^{e} supp.) (ci-après « Loi sur le divorce ») pour réclamer une pension alimentaire l'un de l'autre. Par ailleurs, qu'ils soient ou non mariés, les conjoints qui ont des enfants pourront être appelés à verser une pension alimentaire à leurs enfants en leur qualité de parents : C.c.Q., art. 585.

[8] C.c.Q., art 414 à 426 et 431 à 492.

[9] C.c.Q., art. 401 à 413 et 500.

[10] C.c.Q., art. 427 à 430.

[11] Plus précisément l'enrichissement injustifié (action *de in rem verso* – C.c.Q., art. 1493 et suiv.) et la société tacite (action *pro socio* – C.c.Q., art. 2250 et suiv.). Voir *infra*, p. 107-108.

[12] *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada, 1982, c. 11 (R-U.).

[13] Voir Robert LECKEY, « Cohabitation and Comparative Method », (2009) 72 *Mod. L. Rev.* 48, 54.

14 Pour une définition du formalisme, voir André-Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 1re éd., Paris-Bruxelles, L.G.D.J. – Story-Scienta, 1988, sous « Formalisme juridique », à la page 163. Sur le formalisme en matière contractuelle, voir Jacques FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », dans *Mélanges Ripert*, t. 2, Paris, L.G.D.J., 1950, p. 93 et Yves JEANCLOS, « Formalisme et consensualisme : la sempiternelle querelle du droit des contrats », dans *Hommages à G. Boulvert*, Nice, Service d'édition scientifique - Université de Nice, 1987, p. 333.

15 La politique législative adoptée par les autres provinces et territoires se déduit des lois particulières (*statutes*) qui gouvernent le droit de la famille. Alors que la Colombie-Britannique, la Saskatchewan et le Manitoba abordent époux et conjoints de fait (répondant à certaines conditions, notamment quant à la durée de l'union ou la présence d'enfant) sans faire de distinction, les autres provinces établissent tout au moins une obligation alimentaire entre les conjoints de fait (sous réserve également de certaines conditions, notamment quant à la durée de l'union ou la présence d'enfant). Voir le tableau comparatif produit à l'annexe 4. Pour une explication historique des deux traditions qui s'opposent (Québec et autres provinces canadiennes anglaises), voir Benoît LAPLANTE, « L'union de fait comme mariage romain. L'Angleterre avant 1857 et la situation actuelle en Angleterre, en France et au Québec », (2014) 48 *R.J.T.U.M.* 291. Pour un aperçu des modèles en place dans les autres pays du globe, voir Cynthia G. BOWMAN, *Unmarried Couples, Law, and Public Policy*, New-York, Oxford University Press, 2010.

16 Voir *infra*, première partie, chapitre 1.

17 Voir *infra*, p. 34 et suiv.

18 Voir *infra*, p. 25 et suiv. et 34 et suiv.

19 Voir *infra*, p. 38 et suiv.

20 Dans l'arrêt *Miron* c. *Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, la Cour suprême a déclaré discriminatoires à l'encontre des conjoints de fait hétérosexuels les dispositions de la *Loi ontarienne sur les assurances* (L.R.O. 1980, c. 218) réservant le versement d'indemnités d'assurance-accident aux seuls conjoints mariés. Dans l'affaire *M.* c. *H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, la Cour a jugé contraire à l'art. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada, 1982, c. 11 (R-U.)]). la disposition de la *Ontario Family Act* (R.S.O. 1990, c. F-3) niant aux conjoints de fait homosexuels le droit reconnu aux conjoints mariés ou unis de fait hétérosexuels de se réclamer l'un de l'autre une pension alimentaire. Rappelons que la première victoire morale des couples de même sexe avait eu lieu quatre ans auparavant, aux termes de l'arrêt *Egan* c. *Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513. Dans cette affaire, un couple de même sexe contestait la validité de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* (L.R.C. 1985, c. 0-9) réservant les allocations de retraite aux seuls couples mariés et unis de fait hétérosexuels. À l'unanimité, les neuf juges de la Cour suprême se sont ralliés à l'opinion selon laquelle l'orientation sexuelle est « une caractéristique profondément personnelle qui est soit immuable, soit susceptible de n'être modifiée qu'à un prix inacceptable et qui, partant, entre dans le champ de protection de l'art. 15 parce qu'elle est analogue aux motifs énumérés » (propos du juge La Forest à la page 528). Cependant, cinq juges sur quatre ont considéré comme valide et justifié le refus du législateur fédéral d'accorder des allocations de retraite aux couples de même sexe. Sur le sujet, voir Alain ROY, « Les couples de même sexe en droit québécois ou la quête d'une égalité sans compromis », (2005) 65 *Annales de droit de Louvain* 29.

21 Voir C.c.Q., art. 538 à 542, 115 et 578.1 tel qu'introduits par la *Loi instituant l'union civile et introduisant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, c. 6.

22 Ce n'est pas dire, évidemment, qu'il n'y a plus de normes sociales. Celles-ci se sont simplement transformées. Elles obligent désormais les individus à organiser leur vie et à assumer une plus grande responsabilité individuelle pour leurs choix et leurs échecs. Voir Ulrich BECK et Elisabeth BECK-GERNSHEIM, « Individualization and Precarious Freedoms : Perspectives and Controversies of a Subject-oriented Sociology », dans Paul HEELAS, Scott LASH et Paul MORRIS (dir.), *Detraditionalization. Critical*

Reflexions on Authority and Identity, Centre for the Study of Cultural Values of Lancaster University, Cambridge and Oxford, Blackwell Publishers Ltd, 1996, p. 23.

23 Voir Anthony GIDDENS, *La transformation de l'intimité*, Rodez, Le Rouergue/Chambon, 2004, p. 11. Voir également John EEKELAAR, « Self-Restraint : Social Norms, Individualism and the family », (2012) 13-1 *Theoretical Inquiries in Law*, *Rights and Obligations in the Contemporary Family : Retheorizing Individualism, families and the State* 75.

24 Commaille emploie les termes « mariage compagnonnage » pour décrire ce nouveau paradigme : « Le modèle du mariage-compagnonnage aurait pour fondement le sentiment. Alors que le mariage s'inscrivait auparavant dans une stratégie de l'alliance entre deux familles où prévalaient les impératifs de la reproduction biologique et de la reproduction sociale, de la gestion des patrimoines et de leur transmission, il semblerait que, de plus en plus, le choix du mariage soit d'abord un choix amoureux et que sa finalité soit la réussite au niveau affectif. [...]. Le caractère institutionnel du mariage s'effacerait ainsi de plus en plus pour laisser la place à son aspect « émotionnel-affectif », dans le cadre d'une évolution qui serait marquée par l'irrésistible ascension de l'« individualisme affectif [...] » : Jacques COMMAILLE, *De la réforme de 1975 à la sociologie du divorce*, 2e éd., Paris, La Documentation française, 1980, p. 85. Commaille évoque la nécessité de préserver certaines des fonctions sociales de la famille (entendue dans un sens général). En dépit du mouvement vers l'individualisation, observe Commaille, la famille doit rester un lieu de médiation entre l'individu et la société : « Les enjeux sont tels que la transformation des comportements privés, même si elle doit être acceptée, ne saurait conduire à livrer ceux-ci [les individus] à eux-mêmes parce qu'ils concernent pour partie la société dans ce qui la fonde » : Jacques COMMAILLE, « Une sociologie politique du droit de la famille – Des référentiels en tension : Émancipation, institution, protection », dans Jacqueline POUSSON-PETIT (dir.), *Liber Amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein – Droit comparé des personnes et de la famille,* Bruxelles, Éditions Bruylant, 1998, p. 83, à la page 95.

25 Comme l'explique Pierre Noreau, en s'appuyant sur les recherches de Frédéric Le Play, cette diversité n'est toutefois pas propre aux familles d'aujourd'hui, les familles dites traditionnelles connaissant également de multiples formes : Pierre NOREAU, « Formes et significations de la vie familiale : des liens entre famille, espace public et le droit », dans CONSEIL DE LA FAMILLE, *Démographie et famille, les impacts sur la société de demain*, Québec, Conseil de la famille, 2001, p. 45.

26 Pierre NOREAU, « Formes et significations de la vie familiale : des liens entre famille, espace public et le droit », dans CONSEIL DE LA FAMILLE, *Démographie et famille, les impacts sur la société de demain*, Québec, Conseil de la famille, 2001, p. 45, aux pages 55 et 59. L'auteur mentionne que « l'idée même de la famille monoparentale ou celle de la famille recomposée révèle que c'est en définitive la présence des enfants qui caractérise – sert de critère à la définition – de la famille » : note 29. Voir également Renée JOYAL, « Parents, enfants, conjoints : À la recherche d'un sens », (2009) 50 *C. de D.* 361, 368.

27 Propos de la sociologue Anne-Thérèse Casman rapportés par Soraya Ghali, « C'est désormais l'enfant qui fonde la famille », *Le Vif/L'Express*, Bruxelles, 24 janvier 2014, en ligne : http://www.levif.be/info/actualite/belgique/c-est-desormais-l-enfant-qui-fonde-la-famille/article-4000507649729.htm (page consultée le 8 mai 2014). C'est aussi l'avis du Groupe de travail Filiation, origines, parentalité (France) présidé par la sociologue Irène Théry : *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Paris, Ministère des affaires sociales et de la santé et ministère délégué chargé de la famille, Paris, 2014, p. 17 et p. 31. Par son slogan « Couple un jour, parents toujours », le programme par lequel le ministère de la Justice du Québec offre des séances de parentalité après la rupture témoigne également de cette orientation, en ligne : http://rendezvousjustice.ca/sujets-dinteret/couple-un-jour-parents-toujours.html (page consultée le 9 mai 2014). Sur la question, voir aussi Pierre NOREAU, « Formes et significations de la vie familiale : des liens entre famille, espace public et le droit », dans CONSEIL DE LA FAMILLE, *Démographie et famille, les impacts sur la société de demain*, Québec, Conseil de la famille, 2001, p. 45; Jane JENSON, « La citoyenneté sociale et les nouveaux risques sociaux au Canada : où sont passées les voix des femmes ? », (2006) 62 *Droit et Société* 21 et Dominique BARSALOU, *Ma mère ne travaille pas. Le traitement juridique de la mère au foyer en droit québécois de la famille*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 40-41. Pour une perspective étrangère, voir June CARBONE, « Morality, Public Policy and the Family : The Role of Marriage and the Public-Private Divide », (1996) 36 *Santa Clara Review* 267. La professeure de l'Université du Minnesota écrit : « Marriage, as a lifelong commitment with corresponding

legal obligations between husband and wife, may be dead, but it has been replaced by a renewed insistence on permanent ties between parent and child » : p. 282. Voir enfin Ulrich BECK et Elisabeth BECK-GERSHEIM, *Individualization*, Londres, Sage, 2002. Malgré cette tendance assez généralisée, on constate qu'aux États-Unis, la famille semble, à tout le moins implicitement, encore profondément ancrée au couple. Voir notamment Elizabeth S. SCOTT et Robert E. SCOTT, « From Contract to Status : Collaboration and the Evolution of Novel Family Relationships », (2014) 115 *Columbia Law Review* 293.

28 *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada, 1982, c. 11 (R.-U.).

29 Et bien avant le jugement : Robert LECKEY, « Families in the Eyes of the Law : Contemporary Challenges and the Grip of the Past », (2009) 15 (8) *IRPP Choices* 44. À la suite du jugement, voir Dominique GOUBAU, « Livre deuxième : de la famille », dans Marie-France BUREAU et Mathieu DEVINAT (dir.), *Les Livres du Code civil du Québec*, Sherbrooke, Les Éditions Revue de Droit, 2014, p. 73 et Alain ROY, « Affaire Éric c. Lola : Une fin aux allures de commencement », (2013) 1 *C.P. du N.* 259.

30 MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Le ministre de la Justice annonce la création d'un comité consultatif sur le droit de la famille*, Québec, ministère de la Justice du Québec, 19 avril 2013, en ligne : http://www.newswire.ca/en/story/1149573/le-ministre-de-la-justice-annonce-la-creation-d-un-comite-consultatif-sur-le-droit-de-la-famille (page consultée le 21 avril 2014).

31 COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, *Rapport préliminaire*, Québec, ministère de la Justice du Québec, 19 octobre 2013, en ligne : http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/pdf/rapp_prelim_COMITÉ.pdf (page consultée le 21 avril 2014).

32 COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, *Rapport préliminaire*, Québec, ministère de la Justice du Québec, 19 octobre 2013, en ligne : http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/pdf/rapp_prelim_COMITÉ.pdf (page consultée le 21 avril 2014) [Référence omise].

33 Chacun de ces principes directeurs est développé dans la deuxième partie, aux pages 57-61.

34 S'ils sont mariés, les parents pourront également se réclamer en leur qualité d'époux ou d'ex-époux une pension alimentaire en vertu de l'art. 15.2 de la *Loi sur le divorce*. Le régime parental impératif se superposera également aux mesures découlant du statut conjugal auxquels les conjoints mariés ne se seront pas soustraits ou auxquels les conjoints de fait auront adhéré, le cas échéant. Voir *infra*, p. 99 et suiv. et 113 et suiv.

35 L.Q. 2014, c. 1. L'entrée en vigueur du nouveau Code, pour l'essentiel des dispositions qu'il renferme, est prévu pour l'hiver 2016, du moins selon le site Internet du ministère de la Justice du Québec, en ligne : http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/sujets/glossaire/code-proc.htm (page consultée le 8 mai 2014).

36 Pensons, par exemple, à la *Loi sur le régime des rentes du Québec*, RLRQ, c. R-9, et à la *Loi sur les impôts*, RLRQ, c. I-3.

37 Dominique BARSALOU, *Ma mère ne travaille pas. Le traitement juridique de la mère au foyer en droit québécois de la famille*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 201-205; Brigitte LEFEBVRE, « Le traitement juridique des conjoints de fait : deux poids, deux mesures! », (2001) 1 *C.P. du N.* 223, 227 et Michelle GIROUX et Anouk LAURENT, « L'union de fait en droit québécois », (1989) 20 *R.G.D.* 129, 137.

38 L'assimilation des conjoints de fait aux époux dans les législations sociales et fiscales est fondée sur « […] l'idée que la décision de se marier ou non concerne essentiellement l'organisation des rapports privés entre individus […] et qu'il s'agit dès lors d'un choix éminemment privé qui ne devrait pas avoir d'incidence sur l'accès aux avantages et aux services dispensés par l'État » : 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, 17. Dans le même sens, voir Nicole ROY, *L'union de fait au Québec*, Ottawa, Groupe

de la coopération internationale, ministère de la Justice du Canada, Ottawa, janvier 2005, p. 1. Pour ces auteurs, le droit social et le droit civil, même si en apparence contradictoires, forment donc un tout cohérent en matière d'union de fait. Pour une position similaire, voir aussi Marsha GARRISON, « Is Consent Necessary ? An Evaluation of the Emerging Law of Cohabitant Obligation », (2005) 52 *UCLA L. Rev*. 815, 832.

39 Hélène BELLEAU et Pascale CORNUT-ST-PIERRE, « La question du choix dans la décision de se marier ou non au Québec », (2011) 66 *Lien social et Politiques* 65, 85 et Hélène BELLEAU, « D'un mythe à l'autre : de l'ignorance des lois à la présomption de choix éclairé chez les conjoints en union libre », (2015) 27-1 *Revue Femmes et Droit* 1; Benoît MOORE, « Variations chromatiques : l'union de fait entre noir et blanc », dans Benoît MOORE et Générosa BRAS MIRANDA (dir.), *Mélanges Adrian Popovici – Les couleurs du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 2010, p. 101, à la page 111 et « Auprès de ma blonde », dans Brigitte LEFEBVRE et Antoine LEDUC (dir.), *Mélanges Pierre Ciotola*, Montréal, Éditions Thémis, 2013, p. 359, à la page 373. Voir également CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Pour une véritable protection juridique des conjointes de fait*, Conseil du statut de la femme, Québec, 2014, p. 14.

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

41 *Acte pour pourvoir à la codification des lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles et à la procédure*, S.P.C. 1857, c. 43, art. 7. Voir Paul-André CRÉPEAU, « La renaissance du droit civil canadien », dans Jacques BOUCHER et André MOREL (dir.), *Le droit dans la vie familiale – Livre du centenaire du Code civil*, t. 1, Montréal, P.U.M., 1970, p. XIII. Sur le Code civil français de 1804 en matière familiale, voir Jean LECLAIR, « Le Code civil des Français de 1804 : une transaction entre révolution et réaction », (2002) 36 *R.J.T.* 1, 65 et suiv.

42 Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 1, Montréal, C. Théoret Éditeur, 1895, p. 475 et Jean PINEAU, *La famille. Droit applicable au lendemain de la "Loi 89"*, Montréal, P.U.M., 1982, n° 10, p. 4.

43 Dominique GOUBAU, « Le droit de la famille au Québec : un exemple de construction juridique par des apports de droit externe », dans H. Patrick GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français : Communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 245, aux pages 246-248.

44 Cela dit, il est également loisible aux Codificateurs de suggérer l'adoption de nouvelles règles, en rédigeant une proposition d'amendement à cet effet. D'ailleurs, les codificateurs se prévaudront de cette possibilité en droit de la famille dans le but de renforcer la liberté contractuelle, tout en conservant intégralement certaines règles du droit coutumier bas-canadien que le Code Napoléon avaient adoucies. Voir John E.C. BRIERLEY, « Quebec's Codification Viewed and Reviewed », (1968) 14 *R.D. McGill* 521; Michel MORIN, « La perception de l'ancien droit et du nouveau droit français au Bas-Canada, 1774-1866 », dans H. Patrick GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 1, aux pages 38-39; Sylvio NORMAND, « La codification de 1866: contexte et impact », dans H. Patrick GLENN, (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 43 et Brian YOUNG, *The Politics of Codification, The Lower Canadian Civil Code of 1866*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1994.

45 Pour de plus amples explications, voir Carmen LAVALLÉE, *L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption. Regards sur le droit français et le droit québécois*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, n° 32, p. 23 et Dominique GOUBAU et Claire O'NEILL, « L'adoption, l'Église et l'État : les origines tumultueuses d'une institution légale », (1997) 38 *C. de D.* 769.

46 R.-U., 14 Geo. III, c. 83, reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, n° 2. En 1801, une loi a été adoptée pour mettre fin aux incertitudes qui résultaient de la rédaction de l'Acte de Québec et, partant, confirmer la liberté illimitée de tester : *Acte pour expliquer et amender la Loi concernant les Testaments et Ordonnances de dernière volonté*, 41 Geo. III, c. 4.

47 À ce sujet, voir André MOREL, *Les limites de la liberté testamentaire dans le droit civil de la province de Québec*, Paris, L.G.D.J., 1960 et Christine MORIN, « La liberté de tester : évolution et révolution dans les représentations de la doctrine québécoise », (2008) 38 *R.D.U.S*. 339.

48 En 1891, le législateur français instituera une certaine réserve héréditaire en faveur du conjoint survivant : Pedro MORAL LOPEZ, « Les droits successoraux du conjoint survivant en droit espagnol et en droit français comparés », (1959) 11 *R.I.D.C.* 34.

49 *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.). Avant 1982, cette loi était connue sous l'appellation donnée par le Parlement du Royaume-Uni, soit l'« Acte de l'Amérique du Nord britannique » (A.A.N.B.). Elle fait partie de la « Constitution du Canada » au sens du paragraphe 52(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada, 1982, c. 11, (R.-U.).

50 *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), art. 91(26). En revanche, les législatures provinciales hériteront de la compétence législative en matière de conditions de célébration du mariage et de droit privé (incluant les effets du mariage) : art. 92(12) et (13).

51 C.c.B.C., art. 115 : « L'homme, avant quatorze ans révolus, la femme, avant douze ans révolus, ne peuvent contracter mariage ».

52 C.c.B.C., art. 116 : « Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a pas de consentement ».

53 C.c.B.C., art. 118 : « On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier ».

54 C.c.B.C., art. 117 : « L'impuissance naturelle ou accidentelle existant lors du mariage, le rend nul, mais dans le cas seulement où elle est apparente et manifeste […] ».

55 C.c.B.C., art. 124 : « En ligne directe, le mariage est prohibé entre les ascendants et les descendants et entre les alliés, soit légitimes, soit naturels »; art. 125 : « En ligne collatérale, le mariage est prohibé entre le frère et la sœur, légitimes ou naturels, et entre les alliés au même degré, aussi légitimes et naturels; mais il est permis entre un homme et la sœur de sa femme défunte »; art. 126 : « Le mariage est aussi prohibé entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu »; art. 127 : « Les autres empêchements, admis d'après les différentes croyances religieuses, comme résultant de la parenté ou de l'affinité et d'autres causes, restent soumises aux règles suivies jusqu'ici dans les diverses églises et sociétés religieuses. Il en est de même quant au droit de dispenser de ces empêchements, lequel appartiendra tel que ci-devant, à ceux qui en ont joui par le passé ». Au cours des années subséquentes, la jurisprudence restreindra la portée de l'art. 127 à une simple réaffirmation de la coexistence des empêchements prévus par le code et de ceux prévus par les différentes religions, sans que les époux soient tenus de respecter ces derniers : voir Michel MORIN, « De la reconnaissance officielle à la tolérance des religions : l'état civil et les empêchements de mariage de 1628 à nos jours », dans Jean-François GAUDREAULT-DESBIENS (dir.), *Le droit, la religion et le « raisonnable »,* Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 53. Voir également Maximilien CARON, « De la physionomie, de l'évolution et de l'avenir du Code civil », dans Jacques BOUCHER et André MOREL (dir.), *Le droit dans la vie familiale – Livre du centenaire du Code civil,* t. 1, Montréal, P.U.M., 1970, p. 3, à la page 17.

56 Comme il en sera question dans la troisième partie, le Comité recommande toutefois au gouvernement québécois d'entamer des discussions avec les autorités fédérales afin de récupérer les compétences législatives qui lui échappent en matière familiale. Voir *infra*, p. 125 et 127.

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

58 *Stricto sensu*, le *Code civil du Bas Canada* ne contenait pas de disposition prévoyant que le mariage devait être célébré entre deux personnes de sexe différent. C'était une condition sous-entendue, qui participait de l'essence même du mariage. Pineau écrit ainsi : « Cette condition est si essentielle et évidente que le législateur n'a pas cru bon de l'expliciter » : Jean PINEAU, *La famille*, Montréal, P.U.M., 1972, n° 26, p. 23. Lors de la réforme du Code civil de 1980, croyant pouvoir éventuellement récupérer toute compétence en matière de mariage, le législateur québécois précisera toutefois cette condition à l'art. 401 C.c.Q. L'objectif constitutionnel n'ayant pas été atteint, l'article n'est jamais entré en vigueur. La précision sera formellement codifiée sous forme de condition de célébration à l'art. 373 C.c.Q. lors de la réforme de 1994, mais elle disparaîtra en 2002, à la suite de l'entrée en vigueur de la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, c. 6. Sachant fort bien que le sexe des époux demeure une condition de fond du mariage relevant de la compétence du Parlement fédéral (malgré l'étiquette qu'on pourra lui accoler), le législateur québécois a ainsi posé un geste symbolique démontrant son ouverture face à l'avènement du mariage gai (que le Parlement fédéral admettra finalement en 2005 – voir *infra*, p. 18).

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

60 C.c.B.C., art. 185. Sur l'indissolubilité du mariage, voir Benoît LAPLANTE, « L'union de fait comme mariage romain : Rome, l'Église, la France d'Ancien régime », (2014) 48 *R.J.T.U.M.* 89 et « L'union de fait comme mariage romain. L'Angleterre avant 1857 et la situation actuelle en Angleterre, en France et au Québec », (2014) 48 *R.J.T.U.M.* 291.

61 C.c.B.C., art. 186.

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

63 C.c.B.C., art. 206-207.

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

65 C.c.B.C., art. 185.

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

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

68 C.c.B.C., art. 167 et 168.

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

70 C.c.B.C., art. 174. Voir également l'art. 1259.

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

72 Cette incapacité ne sera levée qu'en 1964. Voir *infra*, p. 14.

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

74 C.c.B.C., art. 176.

75 C.c.B.C., art. 180.

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

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

78 C.c.B.C., art. 1260.

79 C.c.B.C., art. 1272.

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

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

82 C.c.B.C., art. 1422 al. 2 et 1424.

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

84 Avant leur mariage, les futurs époux peuvent en effet convenir de diverses conventions matrimoniales par contrat de mariage, dont des donations entre vifs et à cause de mort, dans le respect de l'ordre public et des bonnes mœurs : C.c.B.C., art. 1257-1258 et 757-758. Certains couples stipulent une institution contractuelle, aussi désignée sous l'appellation de « clause au dernier vivant les biens », par laquelle ils conviennent de se léguer mutuellement l'universalité de leurs biens. Sur les conditions applicables aux donations par contrat de mariage, voir Alain ROY, *Le contrat de mariage réinventé. Perspectives socio-juridiques pour une réforme*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 66-79.

85 C.c.B.C., art. 1265.

86 Alain ROY, *Le contrat de mariage réinventé. Perspectives socio-juridiques pour une réforme*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 69, 95-106.

87 C.c.B.C., art. 1265 al. 2 (donations) et 1483 (vente). L'article 1301 C.c.B.C. interdisait pour sa part à la femme de s'obliger avec ou pour son mari, autrement qu'en qualité de commune. La règle sera précisée en 1904 aux termes de la *Loi amendant l'article 1301 du Code civil, relativement à la capacité juridique de la femme mariée de faire certains contrats*, S.Q. 1904, c. 42 : « L'article 1301 C.c.Q. ne s'est jamais appliqué aux achats, ventes ou échanges d'immeubles ni aux baux emphytéotiques faits par les femmes mariées ». Toutes les prohibitions légales de contracter seront levées le 1er juillet 1970, aux termes de la *Loi concernant les régimes matrimoniaux*, L.Q. 1969, c. 77. Sur ces règles (et les controverses jurisprudentielles et doctrinales en découlant), voir Louis MARCEAU, *De l'admissibilité des contrats entre époux dans le droit privé de la province de Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1960 et Alain ROY, *Le contrat de mariage réinventé. Perspectives socio-juridiques pour une réforme*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 106-125.

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

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

90 La femme mariée était ainsi préférée au… Souverain. Voir C.c.B.C., art. 598, 606-607, 614, 625-626, 628, 630-631 et 634 à 638 (tel qu'ils existaient avant la Loi « Pérodeau »). Voir Germain BRIÈRE, *Les successions*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, no 22, p. 27.

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

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

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

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

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

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

97 *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*, S.Q. 1964, c. 66. Cette loi a entraîné l'abrogation du devoir d'obéissance de la femme à l'égard de son mari, ainsi que l'élimination ou l'assouplissement d'autres dispositions accessoires. Voir Marcel GUY, « De l'accession de la femme au gouvernement de la famille », dans Jacques BOUCHER et André MOREL (dir.), *Le droit dans la vie familiale – Livre du centenaire du Code civil (1)*, Montréal, P.U.M., 1970, p. 199, à la page 205. Paradoxalement, toutefois, certaines règles inégalitaires sont demeurées au Code ou y ont été ajoutées. Notons, par exemple, le pouvoir du mari de choisir seul la résidence familiale (C.c.B.C., art. 175), la nécessité pour la femme d'obtenir l'autorisation de son mari pour accepter une succession (C.c.B.C., art. 643), pour consentir ou recevoir une donation entre vifs (C.c.B.C., art. 763 al. 4) ou pour accepter une charge d'exécuteur testamentaire (C.c.B.C., art. 906). Ces règles ne seront abrogées que le 1er juillet 1970, aux termes de la *Loi concernant les régimes matrimoniaux*, L.Q. 1969, c. 77. Notons également la conservation de la coutume permettant à la femme mariée de prendre le nom de son époux, coutume qui ne disparaîtra qu'en 1980, avec la réforme du droit de la famille (voir *infra*, p. 15 et 129-130). Notons enfin l'adoption, en 1964 (c'est-à-dire aux termes même de la *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*), d'une règle obligeant le mari à fournir à sa femme tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie selon ses facultés et son état (C.c.B.C., art. 164), de même que l'établissement d'un mandat légal au profit de la femme pour les besoins courants du ménage et l'entretien des enfants (C.c.B.C., art. 180). Ces règles ne seront abrogées (ou plutôt bilatéralisées) qu'en 1980, aux termes de la *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39. Sur le sujet, voir Jean PINEAU, *La famille*, Montréal, P.U.M., 1972, no 192 et no 200, p. 176 et 181.

98 Voir Jean PINEAU, *La famille*, Montréal, P.U.M., 1972, no 194-195, p. 177-178. Notons que le régime de la communauté de biens, bien que toujours soumis à la primauté du mari, a fait l'objet de réaménagements concomitants. En somme, le législateur a multiplié les cas où le mari se voit imposer l'obligation d'obtenir le concours de son épouse pour disposer des biens communs. Il a également accru les pouvoirs de la femme sur ses biens réservés : C.c.B.C. (1964), art. 1292 et 1425a. Des modifications ont aussi permis à la femme d'administrer seule ses biens personnels : C.c.B.C. (1964), art. 1297. Le législateur est en outre intervenu pour accorder les pleins pouvoirs à la femme séparée de biens : C.c.B.C. (1964), art. 1422. Voir Germain BRIÈRE, « L'épouse et l'administration de ses biens », dans Jacques BOUCHER et André MOREL (dir.), *Le droit dans la vie familiale – Livre du centenaire du Code civil*, t. 1, Montréal, P.U.M., 1970, p. 215, aux pages 219-221.

99 C.c.B.C. (1964), art. 177.

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

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

102 C.c.B.C., art. 129 et 44.

103 *Loi concernant le divorce*, S.C. 1967-68, c. 24.

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

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

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

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

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

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

110 « C'est un régime qui, tout à la fois [respecte] l'autonomie, l'égalité et l'indépendance des deux époux […] » : QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission de l'administration de la justice*, 4e sess., 28e légis., 1969, « Bill 10 - Régimes matrimoniaux », Québec, Notes explicatives, no 8.

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

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

113 C.c.B.C. (1970), art. 1265, tel que modifié par la *Loi concernant les régimes matrimoniaux*, L.Q. 1969, c. 77, art. 27. Lors de la réforme de 1980, le législateur éliminera toutes les formalités judiciaires, le changement de régime pouvait dès lors s'effectuer aux termes d'un contrat de mariage, sans plus : C.c.Q. (1980), art. 470 (aujourd'hui l'art. 438 C.c.Q.). Sur le passage de l'immutabilité à la mutabilité, voir Alain ROY, *Le contrat de mariage réinventé. Perspectives socio-juridiques pour une réforme*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 96-106.

114 C.c.B.C., art. 1265 et suiv.

115 *Loi concernant les régimes matrimoniaux*, L.Q. 1969, c. 77, art. 27. Voir *supra*, p. 13.

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

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

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

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

120 C.c.Q. (1980), art. 441 (aujourd'hui à l'art. 392 C.c.Q.).

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

122 C.c.Q. (1980), art. 446 (aujourd'hui l'art. 397 C.c.Q.).

123 C.c.Q. (1980), art. 444 (aujourd'hui l'art. 395 C.c.Q.).

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

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

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

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

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

129 C.c.Q. (1980), art. 445 (aujourd'hui l'art. 396 C.c.Q.).

130 *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39, art. 35. Évidemment, l'institution du principe d'égalité entre les enfants (consacré à l'art. 594 C.c.Q., aujourd'hui l'art. 522 C.c.Q.) – voir *infra*, p. 21-22 – consolidait également l'élévation juridique de l'union de fait. Voir Alain ROY, « L'évolution de la politique législative de l'union de fait au Québec – Analyse de l'approche autonomiste du législateur québécois sous l'éclairage du droit comparé », (2012) 1 *C.P. du N.* 235.

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

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

133 Alain ROY, « L'évolution de la politique législative de l'union de fait au Québec – Analyse de l'approche autonomiste du législateur québécois sous l'éclairage du droit comparé », (2012) 1 *C.P. du N.* 235.

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

135 Voir Alain ROY, « L'évolution de la politique législative de l'union de fait au Québec – Analyse de l'approche autonomiste du législateur québécois sous l'éclairage du droit comparé », (2012) 1 *C.P. du N.* 235.

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

137 C.c.B.C., art. 1659(1°). Cette disposition a été introduite dans le C.c.B.C. en 1987, aux termes de la *Loi modifiant la Loi sur la Régie du logement et le Code civil*, L.Q. 1987, c. 77 (aujourd'hui l'art. 1958 C.c.Q.). Pour une revue exhaustive des dispositions du Code civil étendues aux conjoints de fait, voir Alain ROY, « L'évolution de la politique législative de l'union de fait au Québec – Analyse de l'approche autonomiste du législateur québécois sous l'éclairage du droit comparé », (2012) 1 *C.P. du N.* 235.

138 *Loi concernant le divorce*, S.C. 1967-68, c. 24.

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

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

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

142 *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L.Q. 1989, c. 55. Accessoirement, le législateur intervient également pour introduire au *Code civil du Bas Canada* des règles permettant, à certaines conditions, la survie de l'obligation alimentaire dont bénéficient les conjoints et ex-conjoints (et autres créanciers) : C.c.B.C., art. 607.1 à 607.11 (aujourd'hui les art. 684 à 695 C.c.Q.). Ainsi, écrit Marie Pratte, « [l]e Code civil force en effet la succession à remédier au manque de solidarité du testateur, lorsque ce dernier a négligé d'aider financièrement certains membres de sa famille dans le besoin » : Marie PRATTE, « La situation juridique de la famille de 2020 », dans Gilles PRONOVOST, Chantale DUMONT et Isabelle BITAUDEAU (dir.), *La famille à l'horizon de 2020*, Trois-Rivières, P.U.Q., 2008, p. 401, à la page 408. Voir aussi Nicole ROY, « L'autorité parentale et l'obligation alimentaire des parents envers leur enfant : deux institutions proposant une conception de l'intérêt de l'enfant et de la famille », (2001) 61 *R. du B.* 51, 157-158.

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

144 *Droit de la famille – 67*, [1985] C.A. 135, 145.

145 *Id.*, 144-145.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

156 C.c.Q. (1994), art. 373.

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

158 L.C. 2001, c. 4.

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

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

161 C.c.Q., art. 857.

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

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

164 C.c.Q., art. 2419.

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

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

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

168 *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, c. 6, intégrant au Code civil les articles 521.1 à 521.19. Voir Hugo CYR, « La conjugalité dans tous ses états : La validité constitutionnelle de l'union civile sous l'angle du partage des compétences constitutionnelles », dans Pierre-

Claude LAFOND et Brigitte LEFEBVRE (dir.), *L'union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21e siècle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 193.

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

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

171 C.c.Q., art. 521.2.

172 Propos du ministre Paul Bégin : QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 2e sess., 36e légis., 7 mai 2002, n° 96, « Adoption du principe du projet de loi no 84 – *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation* », p. 5816.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

182 C.c.B.C., art. 237 à 239.

183 C.c.B.C., art. 218.

184 C.c.B.C., art. 220 à 226.

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

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

187 C.c.B.C., art 165.

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

189 C.c.B.C., art. 598 et 606.

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

191 C.c.B.C., art. 240.

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

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

194 C.c.B.C., art. 598, 624a, 624b et 625. Voir Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 2, Montréal, C. Théoret Éditeur, 1895, p. 59. Rien n'empêchait toutefois le parent d'avantager son enfant naturel (simple) par des donations entre vifs ou des libéralités testamentaires. Toutefois, comme l'écrit André Cossette, « […] rares sont les testateurs qui iront, par leur testament, rendre public un fait qui n'est connu que par eux et qui, par surcroît, viendrait ternir la bonne réputation qu'ils avaient de leur vivant, car, il faut se rappeler que la naissance d'un enfant hors mariage était encore considérée, jusqu'à récemment, comme étant le signe visible d'un dérèglement des mœurs, le résultat d'un acte méprisable…» : André COSSETTE, « Le concubinage au Québec », (1985) 88 *R. du N.* 43, 48.

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

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

197 C.c.B.C., art. 768.

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

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

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

201 C.c.B.C., art. 243. Voir aussi l'art. 1259.

202 C.c.B.C., art. 243.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

230 C.c.Q. (1980), art. 633 (aujourd'hui l'art. 585 C.c.Q.).

231 C.c.Q., (1980), art. 614 (aujourd'hui l'art. 653 C.c.Q.).

232 C.c.Q. (1980), art. 574 (aujourd'hui l'art. 525 C.c.Q.).

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

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

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

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

237 C.c.Q., (1980), art. 598 (aujourd'hui l'art. 546 C.c.Q.).

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

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

240 C.c.B.C.. (1980), art. 56.1 (aujourd'hui l'art. 51 C.c.Q.).

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

242 C.c.Q. (1994), art. 538 à 542.

243 C.c.Q., art. 541.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

256 C.p.c., art. 814.3.

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

258 Jean PINEAU et Marie PRATTE, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 590, 593, et 670-678. Au sujet des nouvelles règles sur la filiation par procréation assistée, voir Benoît MOORE, « Les enfants du nouveau siècle (libres propos sur la réforme de la filiation », dans S.F.P.B.Q., vol. 176, *Développements récents en droit familial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 75 et Marie PRATTE, « La filiation réinventée : l'enfant menacé ? », (2003) 33 *R.G.D.* 541.

259 C.c.Q., art. 538.2 al. 1.

260 C.c.Q., art. 538.2 al. 2.

261 C.c.Q., art. 538.

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

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

264 C.c.Q., art. 538.1 et 538.3.

265 C.c.Q., art. 540. Notons que les couples désireux de faire appel aux services d'une mère porteuse pourront en certains cas, passer par la voie de l'adoption sur consentement spécial (C.c.Q., art. 555) pour parachever leur projet parental. En principe, suivant l'état actuel de la jurisprudence, c'est uniquement dans la mesure où un lien de filiation biologique pourra être établi avec l'un des conjoints, parent d'intention, et sur accord de la mère porteuse, qu'un consentement spécial à l'adoption pourra être donné en faveur du second parent d'intention et qu'une adoption pourra être prononcée, rendant ainsi « parfait » le lien de filiation entre l'enfant et ses deux parents d'intention. Voir *Adoption – 1445*, 2014 QCCA 1162. Sur le sujet, voir *infra*, p. 168-169.

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

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

268 Yves PÉRON, « Du mariage obligatoire au mariage facultatif », dans Victor PICHÉ et Céline LE BOURDAIS (dir.), *La démographie québécoise. Enjeux du XXe siècle*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2003, p. 110.

269 *Id*.

270 *Id*., à la page 123, figure 3.2.

271 Philippe PACAUT et Martine ST-AMOUR, « Mariages et nuptialité », dans INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Le bilan démographique du Québec, éd. 2013*, Québec, 2013, p. 89.

272 Yves PÉRON, « Du mariage obligatoire au mariage facultatif », dans Victor PICHÉ et Céline LE BOURDAIS (dir.), *La démographie québécoise. Enjeux du XX^e siècle*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2003, p. 110, à la page 123, figure 3.5.

273 Martine ST-AMOUR, « Se remarier après un divorce ou le décès d'un conjoint : combien de personnes le font, après combien de temps et avec qui ? », (2012) 17-1 *Données sociodémographiques en bref* (ISQ) 5.

274 S.Q. 1968, c. 82.

275 Anne BINETTE CHARBONNEAU, « Mariages et nuptialité », dans INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Le bilan démographique du Québec*, *éd. 2014*, Québec, 2014, p. 97, Tableau 5.4a.

276 Cet indice est calculé de la même façon que l'indice synthétique de nuptialité mais en utilisant les mariages des diverses années comme base des taux de ruptures à chaque durée. Il correspond à la proportion des couples qui divorceraient avant d'atteindre leur 25^e anniversaire de mariage si les taux de rupture observés une année donnée demeuraient constants.

277 Jean DUMAS et Yves PÉRON, *La conjoncture démographique : Mariage et vie conjugale au Canada*, Ottawa, Statistique Canada, 1992.

278 Malheureusement, Statistique Canada a arrêté la production et la publication de données sur le divorce en 2008.

279 Jean DUMAS et Alain BÉLANGER, *Rapport sur l'état de la population du Canada, éd. 1996,* Ottawa, Statistique Canada, 1997, p. 127 à 160 et Céline LE BOURDAIS et Évelyne LAPIERRE-ADAMCYK, « Changes in Conjugal Life in Canada – Is Cohabitation Progressively Replacing Marriage ? », (2004) 66-4 *Journal of Marriage and Family* 929.

280 Compilation des auteures à partir de Statistique Canada 2011, Enquête sociale générale sur les familles.

281 Céline LE BOURDAIS, Évelyne LAPIERRE-ADAMCYK et Alain ROY, « Instabilité des unions libres : Une analyse comparative des facteurs démographiques », (2014) 55-1 *Recherches sociographiques* 53, figure 3.

282 *Id*., figure 2.

283 *Hendricks* c. *Québec (Procureur général)*, [2002] R.J.Q. 2506 (C.S.), confirmé en appel dans *Ligue catholique pour les droits de l'homme* c. *Hendricks*, [2004] R.J.Q. 851 (C.A.).

284 Soit la somme de 140 unions de deux hommes, 134 unions de deux femmes, et 68 unions de conjoints de sexe opposé.

285 Soit 156 unions sur 166.

286 Céline LE BOURDAIS, Évelyne LAPIERRE-ADAMCYK et Alain ROY, « Instabilité des unions libres : Une analyse comparative des facteurs démographiques », (2014) 55-1 *Recherches sociographiques* 53.

287 Cette analyse tient compte des facteurs démographiques suivants : la période de formation de l'union, la région de résidence (Québec, ailleurs au Canada), le rang de l'union et l'âge au début de l'union libre.

288 Céline LE BOURDAIS, Évelyne LAPIERRE-ADAMCYK et Alain ROY, « Instabilité des unions libres : Une analyse comparative des facteurs démographiques », (2014) 55-1 *Recherches sociographiques* 53, 67.

289 La figure 7 ne distingue pas les couples de même sexe qui ont été identifiés pour la première fois au recensement de 2001. Ils sont inclus dans les distributions de 2001 et 2011 et représentent environ 1 % de l'ensemble des couples.

290 Céline LE BOURDAIS et Évelyne LAPIERRE-ADAMCYK, « Changes in Conjugal Life in Canada – Is Cohabitation Progressively Replacing Marriage ? », (2004) 66-4 *Journal of Marriage and Family* 929.

291 Ce pourcentage ne comprend pas les enfants qui ont deux mères (leur nombre est passé de 15 en 2002 à 229 en 2013).

292 Martine ST-AMOUR, « Les écarts de fécondité selon la situation conjugale au Québec », (2013) 17-2 *Données sociodémographiques en bref (ISQ)* 6 et Chantal GIRARD, 2013, ISQ, communication personnelle.

293 INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, « Proportion de naissances hors mariage selon le rang de naissance, Québec, 1976-2013 », *Population et démographie – Naissance et fecondité*, Québec, 2014, en ligne : http://www.stat.gouv.qc.ca/statistiques/population-demographie/naissance-fecondite/5p2.htm (page consultée le 4 décembre 2014).

294 Céline LE BOURDAIS et Évelyne LAPIERRE-ADAMCYK, *L'union libre au Canada et au Québec – Point de vue démographique*, Rapport soumis à la Direction du contentieux, Montréal, ministère de la Justice du Québec, 2008.

295 Les naissances par groupe d'âge correspondent aux naissances survenues lors des années des recensements de 1991, 2001 et 2011. Les naissances hors mariage (qui comprennent des naissances de femmes seules) ont été attribuées aux couples en union libre. Les taux à 15-19 ans n'ont pas été estimés, car les naissances des mères seules entraînent une surestimation inacceptable de la fécondité des couples en union libre à cet âge; ces naissances ne représentent que 3 % de l'ensemble des naissances.

296 À l'exception des femmes âgées de 30-34 ans en 1996, où les taux sont presque égaux.

297 Martine ST-AMOUR, « Les écarts de fécondité selon la situation conjugale au Québec », (2013) 17-2 *Données sociodémographiques en bref (ISQ)* 6, figure 3.

298 Plusieurs changements ont été apportés en 2001 au concept de « famille de recensement » retenu ici. Les couples de même sexe ont été inclus pour la première fois dans l'univers des familles; de même, les enfants déjà mariés ont été comptés dans la famille de leurs parents à la condition qu'ils n'habitent pas avec leur conjoint et des enfants. Par ailleurs, les petits-fils ou petites-filles vivant dans un ménage à trois générations où le parent seul (deuxième génération) n'a jamais été marié sont maintenant considérés comme faisant partie de la famille de ce parent (auparavant la famille était constituée des deux générations les plus anciennes). Enfin, les petits-fils ou petites-filles vivant sans conjoint ont été comptés comme faisant partie de la famille de leurs grands-parents lorsque le parent (deuxième génération) n'habitait pas dans le ménage. Ces changements de définition ont eu pour effet de gonfler légèrement les pourcentages de couples en union libre et de familles monoparentales recensés en 2001.

299 STATISTIQUE CANADA, « Groupe d'âge de l'enfant, structure de la famille de recensement et sexe pour les enfants dans les familles de recensement dans les ménages privés », *Recensement du Canada de 2011*, Tableau thématique 98-312-X2011036.

300 Appellation utilisée par Statistique Canada.

301 Céline LE BOURDAIS et Évelyne LAPIERRE-ADAMCYK, « Portrait des familles québécoises à l'horizon 2020. Esquisse des grandes tendances démographiques », dans Gilles PRONOVOST, Chantale DUMONT

et Isabelle BITAUDEAU (dir.), *La famille à l'horizon 2020*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2008, p. 71.

302 En 1990 et 2001, les données portent sur les familles ayant au moins un enfant de moins de 21 ans, alors qu'en 2011, il s'agit des familles ayant au moins un enfant de moins de 25 ans.

303 Céline LE BOURDAIS et Évelyne LAPIERRE-ADAMCYK, « Portrait des familles québécoises à l'horizon 2020. Esquisse des grandes tendances démographiques », dans Gilles PRONOVOST, Chantale DUMONT et Isabelle BITAUDEAU (dir.), *La famille à l'horizon 2020*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2008, p. 71.

304 Céline LE BOURDAIS, Évelyne LAPIERRE-ADAMCYK et Valerie HEINTZ-MARTIN, « Composition de la famille et risques d'éclatement des familles recomposées : effet réel ou artefact lié au mode de collecte des données ? », (2013) 42-1 *Cahiers québécois de démographie* 5.

305 Soit la différence entre 31,0 % et 7,6 %.

306 Heather JUBY, Nicole MARCIL-GRATTON et Céline LE BOURDAIS, *Quand les parents se séparent : Nouveaux résultats de l'Enquête longitudinale nationale sur les enfants et les jeunes*, Rapport soumis à la Section de la famille, des enfants et des adolescents, Ottawa, ministère de la Justice du Canada, 2005.

307 Amélie DUCHARME et Hélène DESROSIERS, « La monoparentalité dans la vie des jeunes enfants québécois : une réalité fréquente mais souvent transitoire », (2008) *Portraits et trajectoires (ISQ)*, série ÉLDEQ.

308 *Id*.

309 Hélène DESROSIERS et Micha SIMARD, « Diversité et mouvances familiales durant la petite enfance », (2010) 4-4 *Étude longitudinale du développement des enfants du Québec (ISQ)*, série ÉLDEQ, tableau 1.

310 Heather JUBY, Nicole MARCIL-GRATTON et Céline LE BOURDAIS, *Quand les parents se séparent : Nouveaux résultats de l'Enquête longitudinale nationale sur les enfants et les jeunes*, Rapport soumis à la Section de la famille, des enfants et des adolescents, Ottawa, ministère de la Justice du Canada, 2005. Voir également Heather JUBY, Nicole MARCIL-GRATTON et Céline LE BOURDAIS, *Et la vie continue : expansion du réseau familial après la séparation des parents*, Rapport soumis à la Section de la famille, des enfants et des adolescents, Ottawa, ministère de la Justice du Canada, 2005. Voir finalement Gunnar ANDERSSON, « Children's Experience of Family Disruption and Family Formation : Evidence from 16 FFS Countries », (2002) 7-7 *Demographic Research* 343.

311 Heather JUBY et Nicole MARCIL-GRATTON, *Toujours, régulièrement, parfois ou jamais avec maman et papa : Les parcours familiaux des jeunes enfants*, Communication à la séance « Comprendre la petite enfance, agir pour l'avenir : l'apport des enquêtes longitudinales », 10e Journées annuelles de santé publique (JASP), Montréal, Centre interuniversitaire d'études démographiques, 2006, diapositive 9.

312 Hélène DESROSIERS et Micha SIMARD, « Diversité et mouvances familiales durant la petite enfance », (2010) 4-4 *Étude longitudinale du développement des enfants du Québec (ISQ)*, série ÉLDEQ.

313 *Id*., tableau 6.

314 Jacques HENRIPIN et Évelyne LAPIERRE-ADAMCYK, *La fin de la revanche des berceaux. Qu'en pensent les Québécoises ?*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1974, p. 70, graphique 12.

315 Évelyne LAPIERRE-ADAMCYK et Céline LE BOURDAIS, avec la collaboration de Valerie MARINT et Paul-Marie HUOT, *La diversification de la structure et de la composition des familles au Canada*, Rapport final soumis à la Direction de la recherche sur la politique stratégique, Ottawa, ministère des Ressources humaines et développement social Canada, 2008.

316 MINISTÈRE DE LA FAMILLE, « Les familles recomposées au Québec : qui sont-elles ? – Un profil à partir de l'Enquête nationale auprès des ménages de 2011 », (2014) 2-3 *Quelle famille ?* 1.

317 Évelyne LAPIERRE-ADAMCYK et Céline LE BOURDAIS, avec la collaboration de Valerie MARINT et Paul-Marie HUOT, *La diversification de la structure et de la composition des familles au Canada*, Rapport final soumis à la Direction de la recherche sur la politique stratégique, Ottawa, ministère des Ressources humaines et développement social Canada, 2008.

318 Plus précisément, les revenus rapportés dans les trois enquêtes ont été exprimés en dollars constants de 1990. Par la suite, nous avons divisé le revenu des familles par la racine carrée du nombre de personnes présentes dans la famille, suivant en cela une approche développée par Statistique Canada.

319 Claude FORTIER et Sylvie JEAN, « La contribution des femmes au revenu d'emploi du couple », (2000) 5-1 *Données sociodémographiques en bref (ISQ)* 6.

320 Peu importe qu'ils aient eu ensemble d'autres enfants ou qu'ils aient des enfants nés d'une union antérieure qui habitent avec eux.

321 Le nombre total de semaines travaillées inclut toutes les semaines travaillées à plein temps ou à temps partiel dans un emploi salarié ou à son compte (incluant le travail non payé dans une entreprise familiale), ainsi que les semaines de vacances ou de congé de maladie payé.

322 Selon nos estimations, à peine 0,2 % des couples retenus ici comprennent deux femmes.

323 Soit 17,5 % + 22,7 %.

324 Seul le revenu du travail est retenu; il comprend les salaires et traitements, le revenu net d'une entreprise agricole et le revenu net de l'exercice d'une profession.

325 Dana HAMPLOVÀ, Céline LE BOURDAIS et Évelyne LAPIERRE-ADAMCYK, « Is the Cohabitation-Marriage Gap in Money Pooling Universal », (2014) 76-5 *Journal of Marriage and Family* 983.

326 L'analyse statistique (régression logistique binomiale) neutralise l'effet des facteurs suivants : l'âge, le sexe et le niveau d'éducation des répondants; le revenu du ménage; la différence d'âge et de niveau d'éducation des conjoints; le régime de travail du couple; le statut d'immigration des conjoints; le type de famille; le rang et la durée de l'union.

327 20 novembre 1989, [1990] 1577 R.T.N.U. 3 (Résolution 44/25) (ci-après « CDE »), en ligne : http://www2.ohchr.org/french/law/crc.htm (page consultée le 5 avril 2015).

328 CDE, art. 3.

329 Le Canada a ratifié la Convention le 13 décembre 1991. Le Québec s'y est déclaré lié par décret le 9 décembre 1991 (91-1676), en vertu de l'art. 17 de la *Loi sur le ministère des relations internationales*, RLRQ c. M-25 (depuis abrogée).

330 C.c.Q., art. 33. Au moment de son adoption, le principe se retrouvait à l'art. 30 C.c.Q. (1980).

331 C.c.Q., art. 32 à 34.

332 Un phénomène similaire, pouvant être qualifié de « second souffle » pour la primauté de l'intérêt de l'enfant, est observable dans plusieurs pays. Voir Élaine E. SUTHERLAND, « Imperatives and Challenges in Child and Family Law. Commonalities and Disparities », dans Elaine E. SUTHERLAND (dir.), *Future of Child and Family Law. International Predictions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 1.

333 La juriste américaine Mary Ann Glendon constate la propension des législateurs à affirmer les droits de l'enfant, pour ensuite les subordonner à ceux des adultes : « Of the legal developments that have transformed family law, several represent pronounced departures from past arrangements : reconceptualization of marriage and the family under the influence of ideas about gender equality, individual rights, and neutrality towards their lifestyles; the trend toward lessened state regulation of marriage formation and dissolution, and despite the rise of « children's rights », the creation of a more adult-centered system of family law » (nous soulignons) : Mary Ann GLENDON, « Foreword », dans Robin FRETWELL WILSON (dir.), *Reconceiving the Family : Critique on the ALI's Principles of Law of Family Dissolution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. xiii. Voir aussi Louise-Andrée BARRETTE, *La connaissance des origines de l'enfant adopté : du besoin au droit. Perspectives anthropologiques, sociologiques et psychologiques pour une réforme législative*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2009, p. 48-61. Marsha Garrison invoque pour sa part la nécessité d'un « Child Centered Cohabitation Policy » : Marsha GARRISON, « Is Consent Necessary ? An Evaluation of the Emerging Law of Cohabitant Obligation », (2005) 52 *UCLA L. Rev*. 815, 894.

334 Sur les rôles du droit de la famille, voir John EEKELAAR, « Self-Restraint : Social Norms, Individualism and the Family », (2012) 13-1 *Theoretical Inquiries in Law*, *Rights and Obligations in the Contemporary Family : Retheorizing Individualism, Families and the State* 75. Plusieurs abordent la question sous l'angle des fonctions du droit. Voir par exemple Pierre NOREAU, « Famille séparées et ruptures du droit : du mélange des genres familiaux à la redéfinition du droit de la famille », dans ASSOCIATION INTERNATIONALE FRANCOPHONE DES INTERVENANTS AUPRÈS DES FAMILLES SÉPARÉES (AIFI), *Les nouveaux sentiers des familles séparées : un défi pour les intervenants*, Montréal, 2004, p. 209. Dans un article important, Atiyah établit une différence entre la fonction directrice du droit (*directives – channeling function*) et sa fonction de réponse (*responsive – reflective aspects*) : Patrick S. ATIYAH, « From Principle to Pragmatism : Change in the Function of the Judicial Process and the Law », (1980) 65 *Iowa L. Rev*. 1249. Pour André-Jean Arnaud, il n'existe pas de concept de « fonction » unique et acceptée universellement. Au total, l'auteur identifie cinq fonctions : la solution (ou la régulation) des conflits, la réglementation des conduites individuelles, la légitimation et l'organisation du pouvoir, l'orientation globale de la société vers des buts unitaires et la fonction promotionnelle et distributive : André-Jean ARNAUD et Maria José FARINAS DULCE, *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques,* Bruxelles, Éditions Bruylant, 1998 et André-Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit,* 2e éd., Paris, L.G.D.J., 1993. Voir les explications données par Christine MORIN, *L'emergence des limites à la liberté de tester en droit québécois : étude socio-juridique de la production du droit*, coll. « Minerve », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 41-42.

335 Bien que davantage portée vers le règlement des conflits, la common law était également forgée dans le but de servir les institutions sociales dominantes. Voir Mary Ann GLENDON, *The Transformation of Family Law : State, Law, and Family in the United States and Western Europe,* Chicago, The University of Chicago Press, 1997, p. 85.

336 Comme l'écrivait le professeur Jean Pineau, le législateur distinguait « […] le mariage – "cérémonial social" – de l'union libre, ce qui est digne de ce qui l'est moins » : Jean PINEAU, *Traité élémentaire de droit civil. La Famille*, Montréal, P.U.M., 1972, p. 11. Voir également Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. IV, Montréal, C. Théorêt Éditeur, 1899, p. 45 et François LANGELIER, *Cours de droit civil de la province de Québec*, t. III, Montréal, Wilson & Lafleur, 1907, p. 25.

337 Analysant les positions des États du nord et du sud des États-Unis, les théoriciennes américaines June Carbone et Naomi Cahn illustrent de manière imagée l'utilisation qu'on peut faire du droit, qualifiant de « rouge » la vision qui cherche à imposer le sens qu'il faille donner à la famille et au mariage et de « bleu » la perspective qui met plutôt l'accent sur l'infrastructure qui peut soutenir les familles et leurs membres, sans favoriser une forme particulière : June CARBONE et Naomi CAHN, « Red vs Blue Marriage », dans Marsha GARRISON et Elizabeth S. SCOTT (dir.), *Marriage at the Crossroads. Law, Policy, and the Brave New World of Twenty-First-Century Families*, New York, Cambridge University Press, 2012, p. 9.

338 Notons que des visions « hybrides » existent aussi quant à ces lignes de pensée. Par exemple, pour les Américains Elizabeth et Robert Scott, l'État devrait offrir un menu de formes familiales à partir duquel les individus pourraient choisir l'option qui rencontre davantage leurs besoins : « Autonomy and fairness support the claim that the liberal state should offer individuals the freedom to undertake whatever family relationships maximize their utility and then should support those families equally ». Elizabeth S. SCOTT et Robert E. SCOTT, « From Contract to Status : Collaboration and the Evolution of Novel Family Relationships », (2014) 115 *Columbia Law Review* 293, 297. À leur avis, cependant, la reconnaissance et l'obtention d'un statut juridique sont basées sur la valeur sociale que représente toute famille qui s'engage à long terme à offrir un soutien mutuel, l'interdépendance et l'égalité à ses membres. Ainsi, les nouvelles formes familiales devraient être reconnues par le droit dans la mesure où elles répondent aux fonctions traditionnelles de la famille : « In sum, while not all claimants warrant special family status, groups that care adequately for members' dependency needs and have the qualities of commitment, durability and emotional and financial interdependence deserve legal recognition and support. » *Id*., p. 19.

339 C.c.Q., art. 599.

340 C.c.Q., art. 599 al. 2 et 600.

341 C.c.Q., art. 522.

342 L'idée de créer des droits et obligations entre parents est mise de l'avant par plusieurs théoriciens. Cependant, les bases pour fonder ce lien horizontal entre parents n'est pas toujours le même. Pour certains, les parents sont des partenaires. Cette idée du *partenariat parental* serait une variable de la théorie fondée sur le partenariat conjugal ou du partage des revenus. Voir notamment Ayelet BLECHER-PRIGAT, « The Cost of Raising Children : Toward a Theory of Financial Obligations Between Co-Parents », (2012) 13-1 *Theoretical Inquiries in Law*, *Rights and Obligations in the Contemporary Family : Retheorizing Individualism, Families and the State* 179, qui décrit l'idée du *Joint Parenthood* qui pourrait fonder une partie essentielle du droit de la famille. Pour d'autres, avoir un enfant en commun serait en quelque sorte un indicateur de « mariage de common law » : Marsha GARRISON, « Is Consent Necessary ? An Evaluation of the Emerging Law of Cohabitant Obligation », (2005) 52 *UCLA L. Rev*. 815, 877. Enfin, certains vont qualifier de faute le comportement d'un parent qui prend avantage de l'autre en n'accomplissant pas sa part de la tâche parentale : Merle H. WEINER, « Caregiver Payments and the Obligation to Give Care or Share », (2014) 59 *Villanova Law Review* 135. Pour cette auteure, l'obligation qui devrait incomber à tout parent pourrait se résumer ainsi : « to give care or share ». À la page 137 de son article, elle propose la création d'un mécanisme de compensation entre parents pour la faute que constitue toute disproportion ou injustice reliée à la prise en charge des enfants du couple : « Wrongful behavior exists when a parent unilaterally retains the benefit of the caregiver's labor without giving anything of sufficient value to the caregiver in exchange, even though caregiving for their child is their shared responsibility. This type of wrongful behavior is typically called "freeloading," and unfortunately, it is widespread among parents ».

343 C.c.B.C., art. 1423 (abrogé aux termes de l'art. 85 de la *Loi concernant les régimes matrimoniaux*, L.Q. 1969, c. 77). Voir également les art. 1438 et 1317 C.c.B.C. en matière de séparation de biens (tous abrogés aux termes de l'art. 45 de la *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39). En matière de société d'acquêts, voir l'ancien art. 1266q C.c.B.C. (également abrogé aux termes de l'art. 45 de la *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39).

344 *Loi instituant le Code civil du Québec et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 89.

345 Notons le devoir des époux de contribuer aux charges du mariage, les mesures de protection de la résidence familiale et la prestation compensatoire.

346 Cette approche connaîtra son paroxysme en 1989 avec l'entrée en vigueur du patrimoine familial aux termes de la *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L.Q. 1989, c. 55.

347 Alain ROY, *L'évolution de la politique législative de l'union de fait au Québec. Analyse de l'approche autonomiste du législateur québécois sous l'éclairage du droit comparé*, Rapport d'expertise fourni le 30 juin 2008 au ministre de la Justice du Québec – Procureur général du Québec. Publié à (2012) 1 *C.P. du N.* 235.

348 Alain ROY, *L'évolution de la politique législative de l'union de fait au Québec. Analyse de l'approche autonomiste du législateur québécois sous l'éclairage du droit comparé*, Rapport d'expertise fourni le 30 juin 2008 au ministre de la Justice du Québec – Procureur général du Québec. Publié à (2012) 1 *C.P. du N.* 235.

349 *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L.Q. 1989, c. 55.

350 Le professeur Moore critique la politique législative du Québec en matière d'union de fait (et le discours des auteurs qui la soutiennent), la disant fondée sur une conception de l'autonomie qui, « […] partout ailleurs en droit des contrats, est vue comme archaïque, fantasmatique » : Benoît MOORE, « Variations chromatiques : l'union de fait entre noir et blanc », dans Benoît MOORE et Générosa BRAS MIRANDA (dir.), *Mélanges Adrian Popovici – Les couleurs du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 2010, p. 101, à la page 109. Voir également « Auprès de ma blonde », dans Brigitte LEFEBVRE et Antoine LEDUC (dir.), *Mélanges Pierre Ciotola*, Montréal, Éditions Thémis, 2013, p. 359, aux pages 372-373.

351 *Droit de la famille – 091768*, 2009 QCCS 3210, par. 252.

352 *Québec (Procureur général)* c. *A*, 2013 CSC 5.

353 Ainsi, au nom des principes d'équité, un droit à la prestation compensatoire conjugale sera-t-il proposé pour tous les couples, unis de fait comme mariés, avec ou sans enfant. Voir *infra*, p. 107-108 et 123-124.

354 Voir *infra*, p. 71 et suiv., sur le régime parental impératif.

355 C.c.Q., art. 392.

356 RLRQ, c. C-12, art. 47.

357 La quête de l'égalité économique des conjoints correspond à une conception de l'égalité connue sous le nom d'« égalité réelle ou factuelle » : voir Christine MORIN, « La contractualisation du mariage : réflexions sur les fonctions du Code civil du Québec dans la famille », (2008) 49 *C. de D.* 527, 540 et suiv. Pour un plaidoyer en faveur d'un droit privé de la famille résolument axé sur l'égalité réelle ou factuelle, voir Pierre ISSALYS, *Observations sur le document intitulé Les droits économiques des conjoints*, août 1988 (mémoire déposé lors des travaux parlementaires relatifs à l'adoption des règles instituant un patrimoine familial entre les époux). Voir également la position nouvellement défendue par le Conseil du statut de la femme : CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Pour une véritable protection juridique des conjointes de fait*, Québec, Conseil du statut de la femme, 2014, p. 18. Notons que la Cour suprême voit dans la *Charte canadienne des droits et libertés* (partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur la Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)]) des garanties susceptibles d'assurer la protection à la fois de l'égalité réelle et de l'égalité formelle :

Andrews c. *Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143. La « maternité » de la théorie de l'égalité réelle, fondée sur une conception concrète du droit à l'égalité, est généralement attribuée à Catherine Mackinnon : *Feminism Unmodified, Discourses on Life and Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1987. Voir à ce sujet Jean-François GAUDREAULT-DESBIENS, *Le Sexe et le droit. Sur le féminisme juridique de Catherine Mackinnon*, coll. « Le droit aussi… », Montréal et Cowansville, Éditions Liber et Éditions Yvon Blais, 2001. Pour un exposé explicatif sur ces deux formes d'égalité, voir Robert LECKEY, « Families in the Eyes of the Law. Contemporary Challenges and the Grip of the Past », (2009) 15-8 *IRPP Choices* 44 et Dominique BARSALOU, *Ma mère ne travaille pas. Le traitement juridique de la mère au foyer en droit québécois de la famille,* Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 31-32.

358 D'un point du vue juridique, voir Alain ROY, « L'encadrement législatif des rapports pécuniaires entre époux : un grand ménage s'impose pour les nouveaux ménages », (2000) 41 *C. de D.* 657, 667. D'un point de vue sociologique, voir Jacques COMMAILLE, « Préface », dans Brigitte FEUILLET-LIGIER et Maria-Claudia CRESPO-BRAUNER (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2014, p. 5, à la page 7. Voir aussi les exemples et motifs que donne le sociologue Benoît Laplante pour expliquer le grand respect que la société québécoise accorde à la liberté des personnes dans les matières qui touchent à la vie privée, même les plus difficiles, ainsi qu'à l'égalité des sexes et à l'indépendance financière des femmes : Benoît LAPLANTE, *Le rôle de l'ordonnance alimentaire au profit d'un époux dans la conception québécoise du divorce*, Rapport préparé pour le ministère de la Justice, 2015, p. 110 et suiv. et p. 114.

359 Cette vision correspond à la description qui est faite de l'individualisme dit « de la seconde modernité ». Sur le sujet, voir notamment Francois DE SINGLY, *L'individualisme est un humanisme*, La Tour D'aigues, Éditions de l'Aube, 2005 et « L'éthique dans une société "individualiste" », dans Françoise-Romaine OUELLETTE, Renée JOYAL et Roch HURTUBISE (dir.), *Familles en mouvance : quels enjeux éthiques ?*, coll. « Culture et Société », I.Q.R.C., Québec, P.U.L., 2005, p. 21; Irène THÉRY, « Individu, parenté et droits de l'homme », dans Françoise-Romaine OUELLETTE, Renée JOYAL et Roch HURTUBISE (dir.), *Familles en mouvance : quels enjeux éthiques ?,* coll. « Culture et Société », I.Q.R.C., Québec, P.U.L. 2005, p. 379; Anthony GIDDENS, *Modernity and Self-Identity. Self and Society in the Modern Age*, Stanford, Stanford University Press, 1992 et Ulrich BECK et Elisabeth BECK-GERSHEIM, *Individualization*, Londres, Sage, 2002. Voir aussi les propos de Anne-Marie Savard sur l'influence du courant individualiste lors de la réforme du droit de la famille de 1980 : *Le régime contemporain du droit de la filiation au Québec; d'une normativité institutionnelle à une normativité « fusionnelle »*, thèse de doctorat, Québec, Faculté des études supérieures et postdoctorales, Université Laval, 2011, p. 186-190, par. 303-309. Voir aussi David LE BRETON, « La question anthropologique de la gestation pour autrui », dans Brigitte FEUILLET-LIGER et Maria-Claudia CRESPO-BRAUNER (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2014. p. 337, aux pages 340-341. Pour une discussion sur le déploiement de l'individualisme dans différents pays, voir Danilo MARTUCELLI et François DE SINGLY, *Les sociologies de l'individu, Sociologie contemporaine*, Paris, Armand Collin, 2009 et Charles TAYLOR, *The Sources of the Self : The Making of the Modern Identity,* Cambridge, Harvard University Press, 1989. Les propos du directeur de l'Institut du nouveau monde, Michel Venne, traduisent bien les enjeux que pose le courant individualiste. Bien qu'elles concernent l'action citoyenne à l'égard des services et des politiques publics, les valeurs qui les sous-tendent peuvent être transposées à l'ensemble des problématiques sociales : « Globalement, la société est plus difficile à représenter, à satisfaire et à gouverner qu'autrefois. D'une part, les individus, plus scolarisés, plus informés et plus libres grâce notamment aux succès de l'État-providence (éducation, santé, protection sociale) et aux chartes des droits, sont jaloux de leur capacité de choisir et sont devenus plus exigeants. Habitués par la société de consommation à exercer des choix en fonction de leurs préférences individuelles au quotidien, les citoyens veulent exercer la même liberté, ou du moins une certaine liberté, à l'égard des services et des politiques publics. D'autre part, les sociétés modernes sont devenues pluralistes, les identités sont fragmentées, les appartenances sont multiples et ce pluralisme rend les sociétés plus imprévisibles. L'adoption de normes sociales qui font l'unanimité est un défi presque insurmontable. […] La diversité et le pluralisme imposent de laisser aux citoyens une marge de manœuvre individuelle. Les modèles uniques ne répondent plus aux exigences […] » : Michel VENNE, « Des citoyens responsables », (2011) 17 *Télescope* 192, 196. Pour certains, cette vision correspond au néolibéralisme : Wendy LARNER, « Neo-Liberalism : Policy, Ideology, Governmentality », (2000) 63 *Studies in Political Economy* 5. Plus qu'un simple système d'idées ou un programme politique, ce mouvement éclaté et parfois contradictoire impliquerait à la fois moins de structure étatique et une augmentation de la gouvernance par l'État (« less governement, more governance »). Selon Larner, plusieurs réformes sont liées à ce nouvel

objet de gouvernance qu'est la famille, composée de parents autonomes et égaux. L'articulation entre un certain féminisme et les idées néolibérales aboutit à une définition du citoyen en tant que travailleur qui possède et qui reconnaît les femmes en tant qu'individus à part entière.

360 La diffusion de l'information juridique participe d'ailleurs de l'accessibilité à la justice (principe directeur n° 6). Voir Thomas A. CROMWELL, « Access to Justice : Towards a Collaborative and Strategic Approach », (2012) 63 *University of New Brunswick Law Journal* 38, en ligne : http://www.thefreelibrary.com/Access+to+justice%3A+towards+a+collaborative+and+strategic+approach.-a0302776655 (page consultée le 8 mai 2014).

361 QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Sous-commission des institutions*, 1ère sess., 34e légis., 10 septembre 1991, « Étude détaillée du projet de loi n° 125, *Code civil du Québec* », en ligne : http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/sci-34-1/journal-debats/SCI-910910.html (page consultée le 7 mai 2014).

362 CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, « Plus de 50 % des conjoints de fait se croient protégés alors qu'ils ne le sont pas ! », Sondage réalisé par Ipsos Descaries, Montréal, 19 novembre 2007, en ligne : http://www.newswire.ca/en/story/157047/sondage-ipsos-descarie-plus-de-50-des-conjoints-de-fait-se-croient-proteges-alors-qu-ils-ne-le-sont-pas (page consultée le 8 mai 2014). Notons que des résultats d'enquêtes menées notamment en Angleterre, aux États-Unis et en Écosse indiquent que les citoyens croient erronément que le droit privé prévoit entre les conjoints de fait des mesures de partage ou de solidarité au moment de la rupture conjugale ou du décès de l'un d'eux. Fait remarquable, il semble que des campagnes d'information massives ne modifient pas la donne de manière significative : Ira Mark ELLMAN et Sanford L. BRAVER, « Should Marriage Matter ? », dans Marsha GARRISON et Elizabeth S. SCOTT (dir.), *Marriage at the Crossroads. Law, Policy, and the Brave New World of Twenty-First-Century Families*, New York, Cambridge University Press, 2012, p. 170.

363 CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, « Conjoints de fait : la Chambre des notaires du Québec sensibilise les Québécois », Montréal, 22 mars 2013, en ligne : http://www.newswire.ca/fr/story/1134643/conjoints-de-fait-la-chambre-des-notaires-du-quebec-sensibilise-les-quebecois (page consultée le 8 mai 2014). Voir également les données recueillies au terme des recherches empiriques qualitatives menées par la professeure Belleau : Hélène BELLEAU, « D'un mythe à l'autre : de l'ignorance des lois à la présomption de choix éclairé chez les conjoints en union libre », (2015) 27-1 *Revue Femmes et Droit* 1.

364 Cette volonté reflète l'orientation préconisée par le Comité consultatif sur l'accessibilité à la justice du Québec dans son rapport intitulé *Orientations et priorités 2013-2014*, p. 6 : « Accroître et faciliter l'accès à des services de nature juridique afin de permettre aux citoyennes et aux citoyens de mieux connaître, de faire valoir et d'exercer leurs droits ». Rapport en ligne : http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/pdf/rapp_com_consultatif2013_2014.pdf (page consultée le 8 mai 2014). Dans son avis récent sur les conjoints de fait, le Conseil du statut de la femme adhère pleinement à cet objectif : CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Pour une véritable protection juridique des conjointes de fait*, Conseil du statut de la femme, Québec, 2014, p. 78.

365 Cette préoccupation rejoint un grand nombre de pays, dont l'Australie, la Chine, l'Inde, Israël, la Malaisie, les Pays-Bas, la Nouvelle-Zélande, la Russie, l'Écosse, l'Afrique du Sud et les États-Unis. Voir Elaine E. SUTHERLAND, « Imperatives and Challenges in Child and Family Law. Commonalities and Disparities » dans Élaine E. SUTHERLAND (dir.), *The Future of Child and Family Law. International Predictions,* Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 1.

366 COMITÉ D'ACTION SUR L'ACCÈS À LA JUSTICE EN MATIÈRE CIVILE ET FAMILIALE, *L'accès à la justice en matière civile et familiale. Une feuille de route pour le changement*, Ottawa, octobre 2013, Rapport final, p. 12 et suiv. et p. 22, en ligne : http://www.cfcj-fcjc.org/sites/default/files/docs/2013/AC_Report_French_Final.pdf (page consultée le 8 mai 2014).

367 GROUPE DE TRAVAIL SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, COMITÉ D'ACTION SUR L'ACCÈS À LA JUSTICE EN MATIÈRE CIVILE ET FAMILIALE, *Des changements concrets en matière de droit de la famille. Au-delà des sages paroles*, Rapport final, Ottawa, avril 2013, p. 64, (voir également p. 68), en ligne : http://www.cfcj-fcjc.org/sites/default/files/docs/2013/Report%20of%20the%20Family%20Law%20WG%20Meaningful%20Change%20April%202013%20french.pdf (page consultée le 8 mai 2014). Voir également la conception de l'accès à la justice que promeut le Comité consultatif sur l'accessibilité à la justice du Québec dans son rapport intitulé *Orientations et priorités 2013-2014*, p. 6, en ligne : http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/pdf/rapp_com_consultatif2013_2014.pdf (page consultée le 8 mai 2014).

368 Ces différentes approches s'inscrivent plus généralement dans ce qu'il est convenu d'appeler la « justice participative ». Le Barreau du Québec y voit une « […] façon différente de faire valoir ses droits et de faciliter l'accès à la justice. La personne, avec l'assistance de son avocat, choisit le mode de prévention et de résolution de son conflit en fonction de ses besoins, de ses intérêts et de ses moyens » : BARREAU DU QUÉBEC*, Qu'est-ce que la justice participative ?*, en ligne : http://www.barreau.qc.ca/fr/avocats/justice-participative/ (page consultée le 24 novembre 2014).

369 *Id*., p. 37.

370 Voir particulièrement la *Loi favorisant l'accès à la justice en matière familiale*, L.Q. 2012, c. 20, qui a institué le Service administratif de révision des pensions alimentaires (SARPA). Voir également la *Loi instituant le Fond Accès Justice*, L.Q. 2012, c. 3. Voir enfin la *Loi instituant au Code de procédure civile la médiation préalable en matière familiale et modifiant d'autres dispositions de ce code*, L.Q. 1997, c. 42, qui a introduit les art. 814.3 à 814.14 C.p.c., de même que la *Loi portant réforme du Code de procédure civile*, L.Q. 2002, c. 7, qui a introduit les art. 151.14 à 151.23 C.p. instituant le processus connu sous le nom de Conférence de règlement à l'amiable (CRA).

371 Voir précisément les art. 1 à 7 du nouveau *Code de procédure civile*.

372 Cette suggestion est peut-être de nature à répondre à la préoccupation avancée par le professeur Pineau en 1972 : « Il est assez surprenant de constater, à la lecture du Code civil, que la famille ne tient nullement la place d'une véritable institution juridique alors qu'on s'accorde à la considérer comme un fait social méritant un protection particulière » : Jean PINEAU, *La famille*, Montréal, P.U.M, 1972, n^{o}, p. 5. En revanche, certains doutent de la pertinence de définir formellement la famille, craignant qu'on en échappe certaines configurations : Nicholas KASIRER, « Note introductive », dans CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, *Dictionnaire de droit privé de la famille et lexiques bilingues*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. XV. Voir également les propos de la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Canada (Procureur Général)* c. *Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, 626.

373 Voir *supra*, p. 2.

374 C.c.Q., art. 522.

375 Voir *infra*, p. 241-243.

376 *Québec (Procureur général)* c. *A*, 2013 CSC 5.

377 *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada, 1982, c. 11 (R.-U.).

378 En somme, quatre juges (j. LeBel, j. Fish, j. Rothstein et j. Moldaver) ont conclu que l'exclusion des conjoints de fait du champ d'application des dispositions du Code civil n'était pas discriminatoire au sens de l'art. 15(1). Pour les cinq autres juges (j. Abella, j. McLachlin, j. Deschamps, j. Karakatsanis et j. Cromwell), l'exclusion a été au contraire jugée discriminatoire. Ces cinq juges se sont toutefois divisés à l'étape de

l'analyse de l'article premier : la juge Abella a considéré la discrimination comme non justifiée au sens de cet article, et ce, tant en ce qui a trait à l'obligation alimentaire entre conjoints qu'aux mesures de protection de la résidence familiale, à la prestation compensatoire et au partage des biens (patrimoine familial et société d'acquêts). Selon la juge Abella, la politique législative du Québec en matière d'union de fait porte donc atteinte à la Charte d'une manière qui ne saurait se justifier dans une société libre et démocratique. Les juges Deschamps, Karakatsanis et Cromwell ont pour leur part estimé la discrimination non justifiée, mais uniquement en regard de l'obligation alimentaire. La juge McLachlin a quant à elle considéré comme justifiées toutes les exclusions préalablement jugées discriminatoires.

379 Voir notamment Robert LECKEY, « Cohabitation and Comparative Method », (2009) 72 *Mod. L. Rev*. 48, 54. C'est là la position adoptée par la juge Abella dans *Québec (Procureur général)* c. *A*, 2013 CSC 5, par. 284. Dans son avis récent sur les conjoints de fait, le Conseil du statut de la femme reconnaît aussi la similarité des dynamiques conjugales que révèlent le mariage et l'union de fait : CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Pour une véritable protection juridique des conjointes de fait*, Québec, Conseil du statut de la femme, 2014, p. 29-30 et p. 80. Voir également Benoît MOORE, « Passé et avenir de l'union de fait : entre volonté et solidarité », dans *Conférence des juristes de l'État 2013*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 65, à la page 77, en ligne : http://www.conferencedesjuristes.gouv.qc.ca/files/documents/3b/90/benoit-moore.pdf (page consultée le 5 août 2014).

380 Voir notamment 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, 35; Marie-Claude PRÉMONT et Michelle BERNIER, « Union de fait – vs – mariage : un engagement distinct qui engendre des conséquences distinctes », dans S.F.P.B.Q., vol. 140, *Développements récents sur l'union de fait (2000)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 125; Donald H. HENDY et Corinna N. STONEBANKS, « Strangers at Law ? The Treatment of Conjoints de fait in the Civil Law of Québec and the Development of unjust Enrichment », (1995) 55 *R. du B*. 71, 76 et André COSSETTE, « Le concubinage au Québec », (1985) 88 *R. du N.* 45, 52. Voir également les positions antérieurement défendues par le Conseil du Statut de la femme : CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Mémoire présenté à la Commission parlementaire sur la réforme du droit de la famille*, Québec, Conseil du statut de la femme, 1979, p. 23-24. Dans son avis récent, le Conseil fait volte-face en préconisant l'établissement d'une obligation alimentaire et d'un partage du patrimoine familial entre conjoints de fait : CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Pour une véritable protection juridique des conjointes de fait*, Québec, Conseil du statut de la femme, 2014.

381 Notons que la pertinence du critère du mariage dans l'attribution des droits et obligations en droit privé de la famille est remise en cause dans plusieurs pays. Voir Elaine E. SUTHERLAND, « Imperatives and challenges in child and family law. Commonalities and disparities » dans Elaine E. SUTHERLAND (dir.), *The Future of Child and Family Law. International Predictions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 1.

382 C'est également l'avis exprimé par le juge LeBel dans l'affaire *Lola :* « […] l'Assemblée nationale du Québec ne privilégie pas une forme d'union par rapport à une autre. Cette conclusion s'infère si l'on pose correctement les questions de la liberté de choix et de la marge d'autonomie laissée à la volonté des parties. Le législateur ne procède qu'à la définition du contenu juridique des différentes formes d'union conjugale. Il fait du consentement la clé de la modification des rapports patrimoniaux mutuels des conjoints. Il préserve dès lors la liberté de ceux qui désirent organiser leurs rapports patrimoniaux hors du cadre impératif légal » : *Québec (Procureur général)* c. *A*, 2013 CSC 5, par. 256. Certains croient toutefois que la politique législative québécoise révèle une certaine forme de subordination morale de l'union de fait. Ainsi, le professeur Leckey écrit : « Today, explicit prejudice against concubines on moral grounds is rather less frequent in Quebec legal scholarship […]. Turning from the scholarship to enacted rules, it is hard not to suspect that moral judgments underlie the different treatments of autonomy between de facto spouses presumed ability to contract effectively and married spouses meriting core protection shielded from contractual derogation. The overlap as to regulatory outcome between a normative reference for marriage and the strong autonomy argument invites more candid acknowledgment » : Robert LECKEY, « Cohabitation and Comparative Method », (2009) 72 *Mod. L. Rev.* 48, 60-61. Le professeur Moore semble partager cette perception : Benoît MOORE, « Variations chromatiques : l'union de fait entre noir et blanc », dans Benoît MOORE et Générosa BRAS MIRANDA (dir.), *Mélanges Adrian Popovici – Les couleurs du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 2010, p. 101, aux pages 119-120.

383 En somme, le législateur québécois ne « détermine » pas vraiment ces éléments puisque ceux-ci relèvent de la compétence du Parlement fédéral. Voir *supra*, p. 11.

384 Pierre NOREAU, « Famille séparées et ruptures du droit : du mélange des genres familiaux à la redéfinition du droit de la famille », dans ASSOCIATION INTERNATIONALE FRANCOPHONE DES INTERVENANTS AUPRÈS DES FAMILLES SÉPARÉES (AIFI), *Les nouveaux sentiers des familles séparées : un défi pour les intervenants*, Montréal, 2004, p. 209.

385 Ou le statut quasi équivalent introduit dans le Code civil en 2002, c'est-à-dire l'union civile (dont le Comité propose d'ailleurs l'abolition). Voir *supra*, p. 17-18 et *infra*, p. 137-138.

386 Le concept d'« interdépendance » est fréquemment utilisé pour expliquer le partage des biens et l'obligation alimentaire entre époux, mais sans être précisément défini. On peut toutefois dégager le sens que lui accolent juges et auteurs à travers la description des facteurs qui y donnent lieu. Par exemple, dans *Québec (Procureur général)* c. *A*, 2013 CSC 5, la juge Abella, en analysant la situation des conjoints de fait, explique l'interdépendance en lien avec la longue durée d'une relation et le partage des tâches ménagères : « Bien des conjoints de fait présentent les caractéristiques qui ont entraîné l'établissement des garanties accordées aux conjoints unis formellement. Ils forment des unions de longue durée; ils se partagent les tâches ménagères et il s'établit entre eux une grande interdépendance; et, fait crucial, le conjoint financièrement dépendant, et par conséquent vulnérable, subit, au moment de la dissolution de la relation, les mêmes inconvénients que les conjoints mariés ou unis civilement ». Pour la juge Deschamps, l'interdépendance semble être davantage liée à une situation de dépendance économique non planifiée : « l'acquisition d'un droit de propriété résulte d'un processus différent de celui qui donne lieu à l'état de dépendance économique d'un conjoint. Alors que le projet de vie commune prend forme progressivement et peut aller jusqu'à créer une relation d'interdépendance sur laquelle une des parties n'a que peu ou pas de prise, l'acquisition de biens ne peut résulter que d'un geste conscient ». Cette dernière signification semble rejoindre l'idée exprimée dans *Bracklow* c. *Bracklow*, [1999] 1 R.C.S 420. Dans l'explication du fondement non compensatoire de l'obligation alimentaire, l'interdépendance est assimilée à une dynamique non consciente, qui se développe au fil des années et qui semble liée à la dépendance économique de l'un des conjoints. Le mariage de longue durée créerait « des interdépendances dont il est difficile de se défaire » et « lorsque des gens cohabitent pendant un certain temps dans une relation familiale, leurs affaires peuvent devenir entremêlées et impossibles à démêler de manière ordonnée » : *Bracklow* c. *Bracklow*, [1999] 1 R.C.S 420, par. 30 et 31. Voir l'analyse qui en est faite dans Carol ROGERSON, *Élaboration des lignes directrices sur les pensions alimentaires pour époux : amorce de la discussion*, Ottawa, ministère de la Justice Canada, 2002, aux pages 29 et suiv. L'idée de partage soulevée par la juge Abella semble trouver écho auprès du juge LeBel (alors à la Cour d'appel). Commentant les fondements de la pension alimentaire de nature compensatoire, celui-ci écrit : « Il s'agit de reconnaître les rapports d'interdépendance que crée un partage des responsabilités familiales. On doit se souvenir aussi que celui-ci continue à imposer une responsabilité primaire aux femmes, pour l'éducation des enfants et l'entretien des foyers. Cette division des tâches affecte parfois singulièrement leurs perspectives d'emploi ou de carrière, alors même qu'elles restent au travail ou ne s'en retirent que pour quelques années ». Citant C. J. Rogerson, le juge LeBel ajoute : « However, we also know that in the typical case, the economic interdependencies go far beyond simply sharing a standard of living or the mere reliance on a promise of future economic security. In the typical case, the interdependencies continue to take the form of a gendered division of family responsibilities. Women continue to cut back on their investments in education and job training and limit, even if they do not completely terminate, their labour force participation in order to care for their children and perform domestic services from which their husbands benefit. As a result, women end up with lower income-earning capacities than their husbands and often, as well, lose out on employment-related benefits, which provide an economic cushion against the misfortunes of life, which leave one unable to work. Such benefits include pensions, disability insurance and unemployment insurance. These are the economic disadvantages, which flow from the typical marriage. As for the advantages, in typical marriages husbands are left, in an economically advantaged position. Their wives' contributions to the relationship have freed them from domestic responsibilities, allowing them to devote themselves to their employment. As well, in some cases, their wives may have financial contributions in the early stages of the marriage while they were pursuing their education » : *Droit de la famille – 1688,* [1992] R.J.Q. 2797 (C.A). Interprétant le droit social, certains tribunaux assimilent plutôt l'interdépendance à l'acceptation mutuelle par les conjoints que l'un d'eux pourrait

être appelé à subvenir aux besoins économiques de l'autre. Voir notamment *G.O*. c. *Québec (Ministre de l'Emploi et de la Solidarité sociale),* 2014 QCTAQ 06572; *L.N. (Succession de)* c. *Québec (Ministre de l'Emploi et de la Solidarité sociale),* 2014 QCTAQ 05716. Pour certains théoriciens, l'interdépendance est le lien qui existe entre les contributions de chacun : « When a spouse covers more than his or her share of domestic work, and thus enables the other spouse to earn more or spend more money, and this enabled income is invested, an economic connection is established between domestic work and the other spouse's acquisitions. When such an indirect contribution is acknowledged, it is taken for granted that a given quantity of work effort has to be done in the family. If one of the spouses performs less, the other must perform more. The valuation method proposed under this contribution model considers these efforts as dependent upon each other » : Tone SVERDRUP, « Compensating Gain and Loss in Marriage : A Scandanavian Comment on the ALI Principles », dans Robin FRETWELL (dir.), *Reconceiving the Family : Critique on the ALI's Principles of Law of Family Dissolution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 472, à la page 476. Pour d'autres, l'interdépendance serait en quelque sorte une cascade de dépendances; la personne qui prend soin d'une personne dépendante (comme un enfant), devient elle-même souvent dépendante des ressources d'une autre pour pouvoir offrir les soins (« derivative dependency ») : Martha ALBERTSON FINEMAN, *The Neutered Mother, the Sexual Family, and Other Twentieth Century Tragedies*, New York, Routledge, 1995 et Martha ALBERTSON FINEMAN, « Cracking the Foundational Myths : Independance, Autonomy and Self-Sufficiency », (2000) 8 *Am. U. J. Gender & Soc. Pol'y & L.* 13. Voir aussi Jan PAHL, « Individualisation et modèles de gestion des finances au sein des familles », (2005) 2 *Enfances, Famille, Générations* 1.

387 Voir COMMISSION DU DROIT DU CANADA, *Au-delà de la conjugalité. La reconnaissance et le soutien des rapports de nature personnelle entre adultes,* Ottawa, 2001.

388 Selon l'article 1(1)f) de la loi albertaine intitulée *Adult Interdependent Relationships Act* (S.A. 2002, c. A-4.5), une relation d'interdépendance signifie une relation entre deux personnes, en dehors des liens du mariage, dans laquelle elles partagent la vie de l'autre, sont émotionnellement impliquées l'une envers l'autre et forment une cellule domestique et économique. Pour déterminer s'il y a véritablement présence d'une telle cellule, l'art. 1(2) précise en ces termes les éléments devant être pris en considération : « (a) whether or not the persons have a conjugal relationship; (b) the degree of exclusivity of the relationship; (c) the conduct and habits of the persons in respect of household activities and living arrangements; (d) the degree to which the persons hold themselves out to others as an economic and domestic unit; (e) the degree to which the persons formalize their legal obligations, intentions and responsibilities toward one another; (f) the extent to which direct and indirect contributions have been made by either person to the other or to their mutual well-being; (g) the degree of financial dependence or interdependence and any arrangements for financial support between the persons; (h) the care and support of children et (i) the ownership, use and acquisition of property ». L'art. 3(1) ajoute « […] a person is the adult interdependent partner of another person if (a) the person has lived with the other person in a relationship of interdependence (i) for a continuous period of not less than 3 years, or (ii) of some permanence, if there is a child of the relationship by birth or adoption or (b) the person has entered into an adult interdependent partner agreement with the other person […] ».

389 Voir Claude MARTIN, « Couple et famille au prisme des inégalités : le retour de la question sociale », dans Claudine BURTON-JEANGROS, Christian LALIVE D'EPINAY et Eric WIDMER (dir.), *Interactions familiales et constructions de l'intimité. Hommages à Jean Kellerhals*, coll. « Questions sociologiques », Paris, L'Harmattan, 2007, p. 113-124. Notons que des différences peuvent être observées entre les conjoints d'un même couple. Ainsi, en regard de la gestion de l'argent au sein de la famille, des recherches démontrent que des raisonnements différents semblent apparaître au sein des couples selon la ligne de genre. Voir Jan PAHL, « Individualisation et modèles de gestion des finances au sein des familles », (2005) 2 *Enfances, Famille, Générations* 1; Hélène BELLEAU, « Entre le partage des dépenses et le partage des avoirs : les comptes conjugaux des ménages québécois », dans Hélène BELLEAU et Caroline HENCHOZ (dir.), *L'usage de l'argent dans le couple : pratiques et perceptions des comptes amoureux. Perspective internationale,* Paris, L'Harmattan, 2008, p. 113 et, dans le même ouvrage, Caroline HENCHOZ, « Le couple et l'argent : quand l'amour produit et reproduit des rapports de pouvoir et d'inégalités », p. 31. Voir aussi Hélène BELLEAU et Raphaëlle PROULX, « Équilibre et union libre, déséquilibre des comptes amoureux contemporains : le revenu familial remis en question. L'exemple québécois », (2010) 7 *Recherches familiales* 857. Par ailleurs, d'autres recherches mettent en lumière la coexistence de plusieurs normes éthiques différentes pour les hommes et les femmes lors des négociations entre les conjoints : John EEKELAAR,

« Personal Obligations », dans Mavis MACLEAN (dir.), *Family Law and Family Values*, Onati International series in Law and Society, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2005, p. 9. Enfin, soulignons qu'une étude récente montre que le partage est moins fréquent au Québec qu'ailleurs au Canada, mais qu'on y trouve le même écart proportionnel entre couples mariés et en union libre; cet écart reste constant peu importe la durée de l'union et la présence d'enfants communs au couple (famille intacte) : Dana HAMPLOVA, Céline LE BOURDAIS et Évelyne LAPIERRE-ADAMCYCK, « Is the Cohabitation – Marriage Gap in Pooling Universal ? », (2014) 76 *Journal of Marriage and Family* 983.

390 Les statistiques font état d'une différence entre les genres qui persiste quant à la nature des contributions après la venue d'un enfant. Bien qu'il soit exact d'affirmer que certaines femmes, une fois devenues mères, continuent de se consacrer à leur travail rémunéré sans changement, d'autres, plus nombreuses, adapteront plutôt leur travail rémunéré (en diminuant leurs heures de travail payées, en refusant des promotions, en changeant d'emploi, etc.) ou se retireront totalement du marché du travail pendant un certain nombre d'années. En revanche, il semble que les pères augmentent quant à eux leur niveau d'activité rémunérée après la venue d'un enfant. Voir INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Travail et rémunération, Le marché du travail et les parents*, décembre 2009, p. 13. Voir particulièrement le chapitre 2 sur « La participation au marché du travail selon la présence d'enfants ». Par ailleurs, il appert que plus les enfants sont jeunes, plus les inégalités en ce qui a trait au revenu gagné sont marquées. Ainsi, lorsqu'une famille québécoise compte un enfant entre 0 et 4 ans, le conjoint travaille à temps plein alors que la conjointe est en chômage ou inactive dans 22,4 % des cas; dans 22,2 % des cas, le conjoint travaille à temps plein alors que la conjointe travaille à temps partiel. C'est dire que la présence d'un jeune enfant se conjugue, quatre fois sur dix, avec un couple où le père travaille à temps plein alors que la mère est inactive ou travaille à temps partiel (44,6 %) (voir tableau 4.18 du rapport précité). Parmi les mères qui demeurent actives, la proportion du taux d'emploi ainsi que la proportion du revenu (familial) diminuent pour elles selon le nombre d'enfants à la maison et, de manière beaucoup plus significative, après la naissance d'un troisième enfant (figure 2.5, p. 17 du rapport précité). Sur le sujet, voir également Romaine MALENFANT, « Concilier travail et maternité : un sens, des pratiques, des effets », dans Francine DESCARRIES et Christine CORBEIL (dir.), *Espaces et temps de la maternité*, Montréal, Éditions du Remue-Ménage, 2002, p. 478 et Dominique BARSALOU, *Ma mère ne travaille pas. Le traitement juridique de la mère au foyer en droit québécois de la famille*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013. Voir aussi les données présentées par le Conseil du statut de la femme dans son avis récent sur les conjoints de fait : CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Pour une véritable protection juridique des conjointes de fait*, Québec, Conseil du statut de la femme, 2014, p. 27. Ainsi, plus que la scolarité, et plus que la discrimination pouvant exister sur le marché du travail, le facteur le plus important pour expliquer les écarts de revenus entre mère et père résiderait dans le fait que les femmes travaillent moins d'heures rémunérées parce qu'elles s'occupent d'enfants, de tâches domestiques et, parfois, de parents âgés. Le Comité reconnaît toutefois qu'une part importante de pères consacre temps et énergie aux tâches reliées aux enfants. Voir notamment CONSEIL DE LA FAMILLE ET DE L'ENFANCE, *L'engagement des pères. Le rapport 2007-2008 sur la situation et les besoins des familles et des enfants*, Québec, Publications du Québec, 2008. Cependant, l'inégalité du partage des tâches domestiques et des soins aux enfants entre père et mère subsiste. Voir les statistiques sur l'emploi du temps des familles et des personnes dans MINISTÈRE DE LA FAMILLE ET DES AÎNÉS, *Un portrait statistique des familles au Québec,* Québec, Publications du Québec, 2011. Voir aussi la recherche effectuée sur l'implication des pères du Québec dans MINISTÈRE DE LA FAMILLE ET DES AÎNÉS, *Les pères du Québec. Les soins et l'éducation de leurs jeunes enfants : évolution et données récentes,* Québec, Publications du Québec, 2011. Voir aussi MINISTÈRE DE LA FAMILLE ET DES AÎNÉS, *Regard statistique sur les jeunes enfants au Québec*, Québec, Publications du Québec, 2014, p. 52 : « Les égalités ou inégalités examinées ne le sont plus sous l'angle général des hommes et des femmes, mais sous celui du conjoint par rapport à sa conjointe, dans un même couple. Il s'agit, à partir de statistiques, de camper une manière de voir l'égalité ou l'inégalité parmi toutes celles possibles, sans juger de l'ampleur ou de la suffisance du temps consacré respectivement par les hommes et les femmes au partage des tâches ». Notons que des observations similaires sur le niveau d'activité des mères sont faites dans divers pays, y compris dans les pays nordiques traditionnellement perçus comme étant plus égalitaires. Voir Sigtona HALRYNJO et Selma Therese LYNG, « Preferences, Constraints or Schemas of Devotion ? Exploring Norwegian Mothers' Withdrawals from High-Commitment Careers », (2009) 60 *The British Journal of Sociology* 321; Elizabeth HAKIM, *Work-Lifestyle Choices in the 21st Century. Preference Theory*, New York, Oxford University Press, 2000 et « Lifestyles Preferences as Determinants of Women's Differentiated Labour Market Careers », (2002) 29 *Work and Occupations* 428 et *Women and Men in Sweden - Facts and figures 2012*, Örebro, Statistics Sweden, 2012.

391 Dans l'arrêt *Moge* c. *Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, la juge L'Heureux-Dubé écrit d'ailleurs ceci : « […] la conséquence économique la plus importante du mariage ou de son échec découle habituellement de la naissance d'enfants. Cet évènement oblige généralement l'épouse à restreindre son activité professionnelle rémunérée sur le marché du travail afin de prendre soin des enfants, ce qui met en péril sa capacité d'assurer la sécurité de son propre revenu et de parvenir à l'indépendance économique […] ».

392 Dans la même veine, affirmant que la cohabitation qui s'accompagne de la venue d'un enfant devrait être traitée différemment par le droit, Marsha Garrison insiste sur la nécessité d'un « Child Centered Cohabitation Policy » : Marsha GARRISON, « Is Consent Necessary ? An Evaluation of the Emerging Law of Cohabitant Obligation », (2005) 52 *UCLA L. Rev*. 815, 877 et 894.

393 Voir COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, *Rapport préliminaire*, Québec, ministère de la Justice du Québec, 2013, énoncé 7 de l'annexe, en ligne : http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/pdf/rapp_prelim_COMITÉ.pdf (page consultée le 21 avril 2014).

394 Cette nécessité d'intervention pour s'adapter aux nouvelles formes familiales est abordée par plusieurs juristes féministes. Voir notamment Martha ALBERTSON FINEMAN, « Progress and Progression in Family Law », (2004) *U. Chi. Legal F*. 1, 5 : « If changes in family form reveal different sets of problems and unmet needs, hereby making caretaking and managing dependency more difficult, policymakers should ask what institutional and other adjustments are necessary in order to help these new forms of family meet their responsibilities. »

395 Dans le cadre d'une étude empirique de nature qualitative réalisée en 2008 sous la direction d'Alain Roy et d'Hélène Belleau, (nb de répondants : 42), on a pu constater que « [w]ith the exception of some respondents who still attach to marriage a symbolic importance that is worthy of legal protection, in general, the fact of the cohabitation, its duration, and above all, the presence of children – rather that the relationship's formal status – seem to be the true marker of the committed conjugal relationship and the consequent economic interdependence. Indeed, for the majority of our respondents, the presence of children was the clearest indicator of the couple's joint committed and should, consequently, constitute the legally relevant criterion. Thus, the birth of a child clearly overrides the celebration of marriage as the symbol of a couple's common life plan » : Hélène BELLEAU et Pascale CORNUT-ST-PIERRE, « Conjugal Interdependence in Quebec, From Legal Rules to Social Representations About Spousal Support and Property Division on Conjugal Breakdown », (2014) 29-1 *R.C.D.S.* 43, 47.

396 Des auteurs avaient proposé cette dichotomie dans le passé, selon différentes modalités : 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, 36-37 et 49; Jocelyne JARRY, *Les conjoints de fait au Québec : vers un encadrement légal*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 162-163 et Alain ROY, « Affaire Éric c. Lola : Une fin aux allures de commencement », (2013) 1 *C.P. du N.* 259, 302 et suiv. Dans son avis récent sur les conjoints de fait, le Conseil du statut de la femme rejette cette approche, considérant qu'il faut soumettre les conjoints de fait sans enfant aux protections juridiques applicables aux époux de manière à couvrir toutes les sources d'interdépendance susceptibles d'exister, notamment la prise en charge par un des conjoints d'un parent âgé : CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Pour une véritable protection juridique des conjointes de fait*, Québec, Conseil du statut de la femme, 2014, p. 53.

397 Voir COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, *Rapport préliminaire*, Québec, ministère de la Justice du Québec, 2013, en ligne : http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/pdf/rapp_prelim_COMITÉ.pdf (page consultée le 21 avril 2014).

398 Voir *supra*, p. 58-59. Voir également *infra*, p. 100 et suiv. et p. 113 et suiv.

399 C.c.Q., art. 599 et 600.

400 C.c.Q., art. 192.

401 C.c.Q., art. 653, 666 et suiv. et 585.

402 Certes, les parents s'exposent à des désavantages économiques durant la grossesse ou le processus d'adoption. Le Comité a toutefois choisi la naissance ou le jugement d'adoption comme critère d'assujettissement plutôt que la conception de l'enfant ou l'introduction des procédures d'adoption. Une telle décision s'explique par le facteur « enfant = responsabilité commune » qui fonde le droit à la prestation compensatoire. Avant la naissance ou l'adoption, les parents ne peuvent être reliés l'un à l'autre par une responsabilité commune, du moins au sens légal du terme.

403 Pour le professeur Weiner, le fait de s'occuper d'un enfant crée une situation relationnelle qui est unique : « But, of course, caregiving is not like any other relationship of exchange. Children are not commodities. A caregiver's connection to her child and her desire to do what is best for her child mean she cannot simply walk away if the situation is unfair. Nor would we want that result. Nor does the law allow her to remedy the situation as others in the commercial world might. Caregivers cannot simply say, like Little Red Hen in the famous folk tale, "You did not do a fair share of the work to raise this child so you do not get to share in the joy of knowing him or her." The child is not like a loaf of bread to be parceled out » : Merle WEINER, « Caregiver Payments and the Obligation to give Care or Share », (2014) 59 *Villanova Law Review* 135, 141.

404 C.c.Q., art. 396.

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

406 Les mesures législatives se trouvent aujourd'hui aux art. 401 à 413 et 500 C.c.Q. Pour une présentation complète de ces règles, voir Dominique GOUBAU, « Mesures de protection de la résidence familiale », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit civil », *Personnes et famille*, fasc. 16, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, 2010.

407 Voir les critères d'attribution dégagés par la Cour d'appel dans l'arrêt *Droit de la famille – 579,* [1989] R.J.Q. 61 (C.A.). En pratique, il semble que les tribunaux limitent généralement la durée d'un tel droit à quelques mois tout au plus. Sur le sujet, voir aussi Christiane LALONDE, « Le partage et certains recours en cas de litige conjugal », dans Collection de droit 2014-2015, École du Barreau du Québec, vol. 3, *Personnes, famille et successions*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2014, p.435, à la page 441.

408 D'ailleurs, les tribunaux ont souvent accordé au conjoint de fait ayant obtenu la garde de l'enfant un droit d'usage dans la résidence familiale, en se basant sur l'obligation alimentaire des parents à l'endroit de leur enfant et sur le principe de l'intérêt de l'enfant. Voir *Droit de la famille – 111682*, 2011 QCCA 1153. Voir également 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 (2000)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 99 et Stéphanie CHAREST, « L'attribution d'un droit d'usage exclusif de la "résidence familiale" à un conjoint non marié ayant la garde des enfants au Québec : comparaison avec les provinces de common law », (2014) 116 *R. du N.* 277. Certains juges se sont toutefois montrés réfractaires à cette approche. Voir *Droit de la famille – 113973*, 2011 QCCA 2320. Voir également l'argumentaire du professeur Dominique Goubau qui prétend que le droit d'usage dans la résidence familiale pourrait se greffer au droit de garde à titre d'accessoire, indépendamment du statut légal des parents : Dominique GOUBAU, « Le Code civil du Québec et les concubins : un mariage discret », (1995) 74 *R. du B. can.* 474, 482.

409 Les mêmes inquiétudes trouveront application si, en vertu des règles proposées en matière matrimoniale, les parents mariés se sont soustraits par contrat de mariage, en leur qualité d'époux, aux mesures de protection et d'attribution de la résidence familiale. Voir *infra*, p. 118-119.

410 Voir *infra*, p. 104-105.

411 Voir *infra*, p. 216-217.

412 Voir C.c.Q., art. 585 et *Loi sur le divorce*, art. 15.1.

413 Comme le souligne le professeur Leleu, ce sont généralement les femmes qui subissent les plus grands désavantages économiques liés à la prise en charge de l'enfant : Yves-Henri LELEU, *Les collaborations économiques au sein des couples séparatistes – Pour une indemnisation des dommages collaboratifs envers et contre tous choix*, Conférence Roger-Comtois 2013, Montréal, Éditions Thémis, 2014, p. 9 et suiv.

414 Voir notamment *M.B.* c. *L.L.*, [2003] R.D.F. 539 (C.A.). Voir également Brigitte LEFEBVRE, « L'union de fait », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit civil », *Personnes et famille*, fasc. 28, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, 2010.

415 Voir *supra*, p. 38 et suiv.

416 C.c.Q., art. 414 à 426.

417 C.c.Q., art. 417-418. Voir Pierre CIOTOLA, *Le patrimoine familial, perspectives doctrinales et jurisprudentielles*, 2e éd., coll. « Bleue » – Série Répertoire de droit, Montréal, Wilson & Lafleur, 2007, no 122-145, p. 60-77.

418 C.c.Q., art. 422.

419 Voir *supra,* p. 60-61, principe directeur no 6.

420 « Le patrimoine familial, comme institution, entend assurer le partage de certains biens acquis en mariage : chaque conjoint jouit d'un droit au partage égal de ces biens. En fait le conjoint défavorisé a droit à la demie de la différence de la valeur nette des biens familiaux que possède chacun des époux. Le mariage, en tant que partenariat, emporte une association économique des conjoints durant leur vie commune » : Pierre CIOTOLA, *Le patrimoine familial, perspectives doctrinales et jurisprudentielles*, 2e éd., coll. « Bleue » – Série Répertoire de droit, Montréal, Wilson & Lafleur, 2007, no 4, p. 5; « Property division is generally based on a partnership model of marriage which suggests that at the dissolution of the partnership, the spouses should share the assets that have been acquired during the marriage » : Mary Kay KISTHARDT, « Re-thinking Alimony : The AAML's Considerations for Calculating Alimony, Spousal Support or Maintenance », (2008) 21 *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers* 61, 63. Voir aussi Calvin G.C. PANG, « Slow Baked, Flash-Fried, Not to be Devoured : Development of the Partnership Model of Property Division in Hawaii and Beyond », (1998) 20 *U. Haw. L. Rev.* 311. Dans certains pays, toutefois, le partage des biens est vu comme étant fondamentalement compensatoire : Tone SVERDRUP, « Compensating Gain and Loss in Marriage : A Scandanavian Comment on the ALI Principles », dans Robin FRETWELL (dir.), *Reconceiving the Family : Critique on the ALI's Principles of Law of Family Dissolution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 472.

421 On ne peut valablement prétendre que le patrimoine familial n'aurait toujours qu'une incidence mineure à l'égard des parents dont l'enfant n'aura été ni directement, ni indirectement, un facteur de ralentissement professionnel. Malgré la capacité des deux parties d'acquérir des biens en raison de leurs activités à l'extérieur du foyer, un parent pourrait devoir verser à l'autre d'importantes sommes, soit en raison des différences de revenus, soit en raison de la nature des actifs accumulés. Pensons simplement à la mère enseignante, titulaire de droits partageables dans le régime de retraite des enseignants, et au père commerçant qui aurait choisi en toute bonne foi d'investir ses économies dans l'acquisition d'un immeuble à revenus, plutôt que dans un REER. Dans la mesure où la résidence familiale est détenue en copropriété et qu'aucun autre bien ne se retrouve dans le patrimoine familial, le père sera gratifié du partage des droits accumulés par la mère (depuis l'évènement sur la base duquel on justifiera le patrimoine familial, en

l'occurrence la présence de l'enfant), alors que la mère ne pourra prétendre à quoi que ce soit dans le patrimoine immobilier du père.

422 L.R.C. 1985, c. 3 (2e supp.), art. 15.2.

423 Soulignons que ces facteurs ne sont pas limitatifs et que le tribunal pourrait également considérer, à titre d'exemple, la présence d'enfants à charge, le degré d'instruction, les attentes au moment du mariage, les possibilités de remariage, l'état de santé et l'effet psychologique de l'échec du mariage sur les parties. Voir : Michel TÉTRAULT, *Droit de la famille*, 3e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 649 et Marie-Josée BRODEUR et Catherine LA ROSA, *Loi sur le divorce annotée,* 2e éd., Toronto, Carswell, 2004, p. 201-219.

424 Selon le professeur Thompson, les disparités dans les jugements peuvent aussi s'expliquer par l'adhésion plus ou moins grande (ou même consciente) des juges aux différentes théories ou idées sous-tendant la pension alimentaire entre époux : Rollie THOMPSON, « Ideas of Spousal Support Entitlement », (2014) 34 *C.F.L.Q.* 1.

425 *Bracklow* c. *Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420.

426 *Moge* c. *Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813.

427 La paternité de l'idée de la compensation comme fondement à un régime juridique (ou plus précisément à l'obligation alimentaire entre ex-conjoint) est attribuée à Ira Mark Ellman dans son article phare **:** « Theory of Alimony »**,** (1989) 77 *Cal. L .Rev*. 1.

428 Commentant le fondement non compensatoire, Nicole Laviolette et Julie Audet écrivent : « […] les seuls besoins d'un conjoint peuvent suffire à fonder un droit à la prestation alimentaire si l'autre conjoint a la capacité de la payer. C'est donc dire qu'un conjoint qui n'a pas renoncé à ses possibilités de carrière et qui n'a pas autrement été désavantagé financièrement par le mariage pourrait quand même avoir droit à des aliments s'il ne peut combler seul ses besoins malgré les efforts fait à cet égard » : Nicole LAVIOLETTE et JULIE AUDET, *L'essentiel du droit de la famille dans les provinces et territoires de common law au Canada*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 275.

429 Dominique GOUBAU, « Une nouvelle ère pour la pension alimentaire entre ex-conjoints au Canada », (1993) 72 *R. du B. can.* 279, 288 et Gail C.A. COOK, « Economic Issues in Marriage Breakdown », dans Rosalie S. ABELLA et Claire L'HEUREUX-DUBÉ (dir.), *Family Law : Dimensions of Justice*, Londres, Butterworths, 1983, p. 19, à la page 22.

430 Dominique GOUBAU, « Une nouvelle ère pour la pension alimentaire entre ex-conjoints au Canada », (1993) 72 *R. du B. can.* 279, 288 et 289; Jocelyne JARRY, « L'obligation alimentaire entre époux et conjoints unis civilement », dans Collection de droit 2009-10, École du Barreau du Québec, vol. 3, *Personnes, famille et successions,* Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 4 et Michel TÉTRAULT, *Droit de la famille. L'obligation alimentaire*, vol. 2, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 276 et suiv. Voir également Heather JOSHI et Hugh DAVIES, « Pensions, Divorce and Wives' Double Burden », (1992) 6 *Int'l J. L. & Fam.* 289.

431 AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of the Law of Family Dissolution : Analysis and Recommendations*, Newark (N.J.), LexisNexis, 2002, p. 877.

432 AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of the Law of Family Dissolution : Analysis and Recommendations*, Newark (N.J.), LexisNexis, 2002, p. 878-879. Sur la question, voir John EEKELAAR, « Empowerment and Responsability : The Balance Sheet Approach in the Principles and English Law », dans Robin FRETWELL (dir.), *Reconceiving the Family : Critique on the ALI's Principles of Law of Family Dissolution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 433; Eric M. CLIVE, « Marriage : An Unnecessary Legal Concept ? », dans John M. EEKELAAR et Sanford N. KATZ (dir.), *Marriage and cohabitation in Contemporary Societies*,

Londres, Butterworths, 1980, p. 175 et Tonya L. BRITO, « Spousal Support Takes on the Mommy Track : Why the ALI Proposal is Good for Working Mothers », (2001) 8 *Duke J. Gender L & Policy* 151. La professeure Weiner suggère aussi l'approche d'une compensation, mais préconise un recours très large qui laisse une plus grande discrétion aux tribunaux. Reconnaissant que cette solution juridique ne sera pas adoptée, elle suggère qu'il s'agirait d'un premier pas vers une éventuelle adjudication basée sur des lignes directrices plus claires et prévisibles : Merle WEINER, « Caregiver Payments and the Obligation to give Care or Share », (2014) 59 *Villanova Law Review* 135.

433 Cela dit sous réserve des propositions exposées au point 2a) et 2b) ci-après « Compensation des désavantages économiques subis à la suite de l'union conjugale ou en l'absence de vie commune des parents » : *infra*, p. 91 et suiv.

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

435 Voir plus précisément *infra,* p. 107-108 et p. 123-124.

436 *Id.*

437 Pensons, par exemple, au conjoint qui aurait renoncé à ses chances d'avancement professionnel ou à la poursuite d'études pour permettre à l'autre de maximiser sa carrière, notamment en acceptant de le suivre à l'étranger.

438 Voir *infra*, p. 99.

439 Voir Heather JOSHI et Hugh DAVIES, « Pensions, Divorce and Wives' Double Burden », (1992) 6 *Int'l J. L. & Fam.* 289.

440 Sur les raisons qui justifient la disqualification des dommages moraux, voir Ira Mark ELLMAN, « Should the Theory of Alimony Include Non Financial Losses and Motivations ? », (1991) *BYU L. Rev*. 259.

441 Les économistes anglo-saxons parlent de « lost realised earnings » et de « lost earnings potential ». La littérature scientifique qui décrit la manière dont les gains économiques (« earnings ») après la rupture sont dépendants de la participation au marché du travail durant la relation, est abondante. Voir notamment Zvi ECKSTEIN et Kenneth I. WOLPIN, « Dynamic Labour Force Participation of Married Women and Endogenous Work Experience », (1989) 56 *Review of Economic Studies* 375. Notons que les pertes pour les individus qui se retirent temporairement du marché du travail pour s'occuper d'enfants, même pour une période courte, seraient plus importantes aujourd'hui qu'elles ne l'étaient auparavant. Voir Joanna MILES et Rebecca PROBERT, « Sharing Lives, Dividing Assets : Legal Principles and real Life », dans Joanna Miles and Rebecca PROBERT (dir.), *Sharing Lives, Dividing Assets : An Inter-Disciplinary Study,* Oxford, Hart Publishing, 2009.

442 *Droit de la famille –14175*, 2014 QCCA 216, par. 61, 67 et 70.

443 La proposition du Comité ne présume pas que les deux parents ont subi une perte liée à leurs responsabilités parentales. Non plus qu'il ne fait le lien entre les pertes que l'un peut avoir subies et les avantages que l'autre peut avoir reçus. La vision du Comité doit donc être distinguée de celle davantage liée au partenariat ou à la théorie de la contribution qui considère que la compensation doit non seulement être liée aux pertes accrues durant la relation (ainsi qu'à venir), mais aussi aux avantages dont aura bénéficié l'autre durant la relation et qui continueront d'avoir des conséquences après la rupture. Sur la question, voir Hayley FISHER et Hamish LOW, « Who Wins, Who Loses and Who Recovers from Divorce ? », dans Joanna MILES et Rebecca PROBERT (dir.), *Sharing Lives, Dividing Assets. An inter-Disciplinary Study*, Oxford, Hart Publishing, 2009, p. 227, à la page 251 et Penelope Eileeen BRYAN, « Vacant Promises ? : The ALI Principles of the Law of Family Dissolution and the Post-Divorce Financial Circumstances of Women », (2001) 8 *Duke J. of Gender Law and Policy* 167.

444 Le Comité répond ainsi à la critique dont sont fréquemment l'objet les modèles compensatoires qui ne tiennent pas compte de l'apport et de la perte potentielle de la personne avec le plus haut revenu. Voir Jennifer L. MCCOY, « Spousal Support Disorder : An Overview of Problems in Current Alimony Law », (2006) 33 *Florida State University Review* 501. Selon certaines recherches, le parent qui bénéficie de la présence de l'autre parent au foyer (lorsqu'ils ont des enfants), aura une rémunération plus élevée de 20 % comparativement au parent dont le conjoint est sur le marché du travail. Voir Joy A. SCHNEER et Frieda REITMAN, « Effects of Alternate Family Structures On Managerial Career Paths », (1993) 36-4 *Academy of Managerial Journal* 830 et Tamar LWIN, « Men Whose Wives Work Earn Less Studies Show », *New York Times*, 12 octobre 1994, en ligne : http://www.nytimes.com/1994/10/12/us/men-whose-wives-work-earn-less-studies-show.html (page consultée le 20 avril 2015).

445 Voir *supra*, p. 75.

446 Pensons par exemple à la convention suivant laquelle un parent aurait donné un immeuble à revenus à l'autre parent.

447 Suzanne ANFOUSSE, « Prestation compensatoire », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit civil », *Personnes et famille*, fasc. 19, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, 2010, p. 19.

448 Par analogie, on peut se référer à la décision rendue par la Cour suprême de la Colombie-Britannique en 2004 dans l'affaire *M. (N.M.)* c. *M. (N.S.)*, 2004 BCSC 346, 26 BCLR (4th) 73 où le tribunal a permis à une femme d'obtenir de son ex-époux le paiement d'une somme de 51 250 $ à titre de « mahr » (règle musulmane en vertu de laquelle le futur mari s'engage à verser une somme d'argent à la future épouse en prévision du mariage), sans pour autant diminuer les sommes auxquelles celle-ci pouvait prétendre en vertu du droit de la famille applicable (pension alimentaire et partage des biens). La Cour s'en est spécifiquement remis à la clause contenue dans la convention matrimoniale des parties (qualifiée de « marriage agreement » en vertu de la *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128, art. 61(2)) : « The written document provides that the Husband undertakes to pay the amount of the Maher "in addition and without prejudice to and not in substitution of all my obligations provided for by the laws of the land" » (par. 26). Notons que la seule considération religieuse à la base d'une entente conjugale (sans spécification contractuelle comme celle ci-dessus mentionnée) ne saurait suffire à exclure les sommes de l'évaluation du quantum de la prestation compensatoire parentale, certaines « dots » de nature religieuse ayant des visées compensatoires et réparatrices, eu égard au rôle conjugal et parental que la femme est appelée à tenir durant le mariage. Pour une étude des différentes conceptions du « mahr » musulman et des différentes manières dont l'institution est reçue par les tribunaux d'occident, voir Pascale FOURNIER, *Mariages musulmans, tribunaux d'occident. Les transplantations juridiques et le regard du droit*, Paris, SciencesPo, 2010.

449 Les tribunaux appliquent déjà cette règle dans les recours en enrichissement injustifié intentés par le conjoint de fait survivant à l'encontre de la succession du défunt : *Rioux* c. *Succession de Guénette*, 2010 QCCS 2896 et *Succession de Jasmin* c. *Montreuil*, 2011 QCCS 1032.

450 Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 6^{e} éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 888-891, n^{o} 1344.

451 Voir *infra*, p. 86-87.

452 En cas de divertissement ou de dilapidation de biens, le tribunal pourra condamner le débiteur, indépendamment de sa capacité de payer. Le créancier aura dès lors dix ans pour faire exécuter son jugement : C.c.Q., art. 2924.

453 Notons que certains suggèrent que la capacité de gain (« enhanced earning capacity ou human capital ») soit considérée comme un actif pouvant être partagé lors de la rupture. Voir notamment Joyce DAVIS, « Enhanced Earning Capacity/Human Capital : The Reluctance to Call It Property », (1996) 7 *Women's Rts L. Rep*. 109 et Leonore WEITZMAN, *The Divorce Revolution : The Unexpected Social and Economic*

Consequences for Women and Children in America, New York, The Free Press, 1985, p. 35-36 : « If the property accumulated during marriage is to be divided upon divorce, I would argue that the law should recognize career asset as major assets of the marriage ».

454 Comme il s'agit d'une règle commune à la détermination du quantum des prestations compensatoires parentale et conjugale, le libellé final de la disposition devra être ajusté de manière à intégrer les deux types de prestation.

455 La notion de « régime matrimonial » sera remplacée par celle de « régime patrimonial conjugal ». Voir *infra*, p. 122.

456 Comme il s'agit d'une règle commune à la détermination du quantum des prestations compensatoires parentale et conjugale, le libellé final de la disposition devra être ajusté de manière à intégrer les deux types de prestation.

457 On se réfère ici aux régimes de retraite auxquels l'art. 415 C.c.Q. fait actuellement mention.

458 Voir d'ailleurs les commentaires de Kristen Douglas dans *Moge c. Moge : une conception nouvelle de la pension alimentaire*, Division du droit et du gouvernement, Canada, Juillet 1993, en ligne : http://publications.gc.ca/Collection-R/LoPBdP/BP/bp339-f.htm (page consultée le 4 juin 2014).

459 Sur les avantages et désavantages de Lignes directrices (en matière alimentaire), voir Carol ROGERSON et Rollie THOMSON, « The Canadian Experiment with Spousal Support Guidelines », (2011) 45-2 *Family Law Quaterly : To Stabilize and preserve the family* 241. Sur la pertinence de lignes directrices entre époux, particulièrement dans le contexte de la médiation, de l'arbitrage et des négociations, voir les propos récents de la Commission de réforme du droit du Royaume-Uni : « Most couples going through divorce, or the dissolution of civil partnership, do not have their financial arrangements made by a judge. Many reach a settlement with the assistance of lawyers. Some go through mediation; others make use of collaborative law negotiations, or of family law arbitration. Increasingly, many do not have access to lawyers because of the withdrawal of legal aid in this area. They do have access to the courts, but the majority nevertheless resolve their financial arrangements out of court; and we have to add that if all or even a majority of couples going through divorce or dissolution were to go to court for financial orders, the court system would be unable to cope. Against that practical background, the lack of clear law is problematic. For the law to say, in effect, "it is up to the judge" may be acceptable if everyone gets to see a judge; but now that is the exception rather than the rule. There is a need for clearer and more transparent law so as to give people an indication of the sort of financial settlement that they ought to reach, as well as more certainty so that they can have confidence in the arrangements they have made » : THE LAW COMMISSION, *Matrimonial Property, Needs and Agreements*, Law Commission n^{o} 343, London, The Law Commission, 2014, par. 1.14 et 1.15. Voir aussi Judith McMULLEN, « Alimony : What Social Science and Popular Culture Tell Us About Women, Guilt, and Spousal Support after Divorce », (2011-2012) 41 *Duke J. Gender L. & Policy* 41, 78 et suiv.; Craig Martin, « Unequal Shadows : Negotiation Theory and Spousal Support Under the Canadian Divorce Act », (1998) 56 *U.T. Fac. L. Rev*. 135; PRAIRIE RESEARCH ASSOCIATES*, Assessing the Impact of the Spousal Support Advisory Guidelines (SSAG)*. *Final Report*, preparé pour le ministère de la Justice du Canada, Ottawa, 2012 et J&J RESEARCH ASSOCIATES, *Evaluation of the Divorce Act 1985 – Phase II : Monitoring and Evaluation,* rapport préparé pour le Ministère de la Justice du Canada, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 1990.

460 *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, projet de loi n^{o} 28 (sanctionné – 21 février 2014), 1re sess., 40^{e} légis. (Qc), art. 73 et 415.

461 En cas d'inexécution, le parent pourrait se prévaloir des mesures de saisies particulières actuellement prévues à l'art. 553 *in fine* C.p.c.

462 Par analogie, voir C.c.Q., art. 420.

463 RLRQ, c. P-2.2.

464 Une présomption semblable est suggérée par J. Thomas OLDHAM, « ALI Principles of Family Dissolution : Some Comments », (1997) 3 *U. Ill. L. Rev*. 801, 824.

465 Le Comité reconnaît bien sûr la diversité des valeurs et des conceptions que peuvent avoir les parents quant à ce qui est nécessaire ou souhaitable pour l'enfant (en matière de soins, voire de présence au foyer). Les parents peuvent ainsi favoriser la présence de l'un d'eux au foyer alors même que l'enfant est d'âge scolaire et qu'une activité à l'extérieur du foyer pourrait fort bien se concilier avec l'exercice des rôles parentaux. Cela dit, par la prestation compensatoire parentale, le régime parental de base ne permettra de prendre en compte que la situation du parent dont la présence au foyer est requise par la situation de l'enfant, compte tenu de son âge et de ses besoins.

466 Selon une étude réalisée par des chercheurs de la Pennsylvania State University School of Labor and Employment Relations, « [m]others who work full time and steadily across their twenties and thirties report better mental and physical health at age 45 than mothers who work part-time, who stay at home, or who experience repeated bouts of unemployment ». Voir le résumé de l'étude publié à : https://contemporaryfamilies.org/work-lowers-stress-levels/ (page consultée le 5 août 2014). Voir aussi les résultats de l'étude menée par la professeure Sarah Damaske dans Sarah DAMASKE, Joshua M. SMYTH et Matthew J. ZAWADSKI, « Has Work Replaced Home as a Haven ? Re-examining Arlie Hochschild's Time Bind Proposition with Objective Stress Data », (2014) 115 *Social Science & Medicine* 130.

467 *Moge* c. *Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, 848-849.

468 *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, projet de loi n^{o} 28 (sanctionnée – 21 février 2014), 1re sess., 40^{e} légis. (Qc), art. 73 et 416 (ci-après : « N.C.p.c. »).

469 C.p.c., art. 752 al. 2 et N.C.p.c., art. 510 et 511.

470 Comme il s'agit d'une règle commune à la détermination du quantum des prestations compensatoires parentale et conjugale, le libellé final de la disposition devra être ajusté de manière à intégrer les deux types de prestation.

471 Voir C.p.c., art. 734.0.1 et N.C.p.c., art. 518 et 519.

472 Voir *supra*, p. 72-73.

473 On peut ici s'appuyer sur les propos du juriste Albert Mayrand qui écrivait ce qui suit à propos de l'obligation impérative des époux de contribuer aux charges du mariage (actuellement prévue à l'art. 396 C.c.Q.) : « Le […] cas […] de l'époux qui, par générosité au cours du mariage, a tenu à faire plus que sa part, soulève une difficulté. On peut y voir une violation de la règle impérative d'une contribution proportionnelle; pareille libéralité serait illégale, parce qu'elle serait un moyen de déroger à une règle d'ordre public. Il ne nous apparaît cependant pas déraisonnable de soutenir une thèse contraire. Maintenant que les donations directes et indirectes entre époux sont permises, il faudrait un texte clair pour restreindre à ce point la liberté qu'ont les époux de s'avantager durant mariage. Cette forme de libéralité douce, ces petits "dons de mains chaudes", par lesquels un époux saisit l'occasion de faire plus que sa part, nous paraissent peu périlleux pour l'ordre public. Ces gestes naturels et courants doivent être encouragés plutôt qu'interdits. L'article 445 C.c.Q. [aujourd'hui 396] impose aux époux l'égalité des devoirs, mais il n'entend pas interdire certaines générosités auxquelles l'inégalité donne de la valeur. La libéralité occasionnelle de l'époux qui paye plus que sa part contributive des charges du mariage a l'avantage de ne pas l'engager pour l'avenir. Les relations conjugales tournent-elles au vinaigre ? La générosité cesse et cède la place à la plate égalité proportionnelle. "Un je le paye vaut mieux que deux je le paierai". Telle est la philosophie dont s'inspirait la jurisprudence à l'époque où l'on interdisait à la femme de cautionner la dette de son mari; ceci ne l'empêchait pas de payer la dette de son mari, car alors elle ne s'engagerait pas pour l'avenir : Albert MAYRAND, « Égalité en droit familial québécois », (1985) 19 *R.J.T*. 249, 265.

474 Compte tenu de la situation particulière dont il est ici question, il sera toutefois difficile de prévoir des Lignes directrices pouvant faciliter la détermination du quantum.

475 Ce n'est pas dire que le principe de l'intérêt de l'enfant est absent durant la vie commune des parents, le cas échéant. Leur entente quant au départage des rôles familiaux devra forcément le refléter, compte tenu des dispositions de l'art. 33 C.c.Q.

476 C.c.Q., art. 33.

477 Aux fins du *Règlement sur la fixation des pensions alimentaires pour enfants* (c. C-25, r. 6), le parent qui assume plus de 60 % du temps de garde à l'égard d'un enfant, est considéré comme en ayant la garde exclusive (art. 4). Toutefois, si le parent non gardien exerce entre 20 % et 40 % du temps de garde (en vertu d'un « droit de visite et de sortie prolongé ») il sera compensé en partie pour le temps de garde assumé dans le calcul de la pension alimentaire établie au profit de l'enfant : *Règlement sur la fixation des pensions alimentaires pour enfants*, (2004) 136 G.O. II, 5264, section 1.1 de la partie 5 de l'Annexe I.

478 Dans la mesure où les parents sont mariés et obtiennent un divorce, le parent gardien pourra toutefois réclamer la compensation de tels désavantages en invoquant les dispositions de la loi fédérale sur le divorce en matière alimentaire : *Loi sur le divorce*, art. 15.2(6)b). Voir *infra*, p. 124-125. S'il se rapproche ici de la proposition de l'ALI (AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of the Law of Family Dissolution : Analysis and Recommendations*, Newark (N.J.), LexisNexis, 2002, p. 946 et suiv.), le Comité s'écarte donc clairement des principes énoncés dans la *Loi sur le divorce*. Pour une critique de cette position de l'ALI, voir Penelope Eileeen BRYAN, « Vacant Promises ? : The ALI Principles of the Law of Family Dissolution and the Post-Divorce Financial Circumstances of Women », (2001) 8 *Duke J. Gender L. & Pol'y* 167, 175.

479 C.c.Q., art. 585 et 587.1 à 587.3. Si les parents sont mariés et que la pension à l'enfant est demandée dans le cadre du divorce, voir également *Loi sur le divorce*, art. 15.1.

480 Le sociologue Benoît Laplante trace un lien à la fois philosophique et fonctionnel entre les principales mesures de la politique familiale québécoise et le droit privé qui gouverne les époux : Benoît LAPLANTE, *Le rôle de l'ordonnance alimentaire au profit d'un époux dans la conception québécoise du divorce*, Rapport préparé pour le ministère de la Justice, Montréal, 2015, p. 112 et suiv. Plusieurs auteurs qui militent en faveur de l'adoption d'une politique familiale plus robuste font clairement un lien entre le droit privé et les régimes du droit social ou fiscal : Martha FINEMAN, *The Autonomy Myth : A Theory of Dependancy,* New York, New Press, 2004 et Maxine EICHNER, *The Supportive State : Families, Governement and America's Political Ideals*, New York, Oxford University Press, 2010.

481 L'exercice de tout recours devra se faire dans le respect de la règle prévue à l'art. 4.2 du nouveau Code de procédure civile : « Dans toute instance, les parties doivent s'assurer que les actes de procédure choisis sont, eu égard aux coûts et au temps exigés, proportionnés à la nature et la finalité de la demande et à la complexité du litige; le juge doit faire de même à l'égard des actes de procédure qu'il autorise ou ordonne. »

482 La proportion retenue se justifie par le fait que le parent qui assume un droit de visite et de sortie qui correspond à 20 % ou moins du temps de garde total n'est pas compensé aux termes du *Règlement sur la fixation des pensions alimentaires pour enfants*, ((2004) 136 G.O. II, 5264, section 1 de la partie 5 de l'Annexe I). Toutefois, si le parent non gardien n'exerce pas ses droits d'accès (de 20 % ou moins), le tribunal pourra majorer la pension alimentaire qu'il verse au profit de l'enfant afin de compenser l'autre parent, dans la mesure où celui-ci en subit des difficultés excessives au sens de l'art. 587.2 C.c.Q. Voir *Droit de la famille – 3228*, [1999] R.J.Q. 1356 (C.A.) et *Droit de la famille – 121120*, 2012 QCCA 909.

483 C.c.Q., art. 587.2 et *Règlement sur la fixation des pensions alimentaires pour enfants*, (2004) 136 G.O. II, 5264, art. 9.

484 Voir *supra*, p. 83-85.

485 Voir *supra*, p. 85. Compte tenu de la situation particulière dont il est ici question, il sera toutefois difficile de prévoir des lignes directrices pouvant faciliter la détermination du quantum.

486 Voir *supra*, p. 87-88.

487 C.c.Q., art. 605.

488 Voir *supra*, p. 83-85.

489 Voir *supra*, p. 85-86. Compte tenu de la situation particulière dont il est ici question, il sera toutefois difficile de prévoir des lignes directrices pouvant faciliter la détermination du quantum.

490 Voir *supra*, p. 87-88.

491 La reconnaissance formelle de l'union de fait comme forme de conjugalité, et partant, de famille, permettra d'éliminer les problèmes de juridictions concurrentes qui se posent actuellement entre la Cour du Québec et la Cour supérieure, l'union de fait était jusqu'à présent considérée comme une matière civile. Voir Benoît MOORE, « Variations chromatiques : l'union de fait entre noir et blanc », dans Benoît MOORE et Générosa BRAS MIRANDA (dir.), *Mélanges Adrian Popovici – Les couleurs du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 2010, p. 101, aux pages 120-121.

492 Des dispositions transitoires sont proposées afin de permettre aux personnes qui auront adhéré à l'union civile avant l'entrée en vigueur de la réforme de conserver leur statut juridique. Voir *infra*, p. 137-138 et 228.

493 Voir *infra*, p. 107-108 et 123-124 sur la prestation compensatoire « conjugale ».

494 Rappelons que le Parlement fédéral a compétence sur les conditions de fond du mariage et sur le divorce. Les dispositions de la *Loi [fédérale] sur le divorce*, sur lesquelles le législateur québécois n'a aucune prise, interfère donc avec la vision du Comité.

495 Voir *supra*, p. 58-59.

496 Pour une perspective différente, voir notamment Robert LECKEY, « Cohabitation and Comparative Method », (2009) 72 *Mod. L. Rev.* 48 et Benoît MOORE, « Variations chromatiques : l'union de fait entre noir et blanc », dans Benoît MOORE et Générosa BRAS MIRANDA (dir.), *Mélanges Adrian Popovici – Les couleurs du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 2010, p. 101.

497 C'est à des fins de commodité que le Comité propose de prévoir entre époux des obligations par défaut, lesquelles seront en quelque sorte basées sur des intentions présumées pouvant être repoussées ou précisées par un geste explicite.

498 *Québec (Procureur général)* c. *A*, 2013 CSC 5.

499 Pour le sociologue Benoît Laplante, ainsi conçue, l'union de fait incarne ni plus ni moins que le mariage romain. Voir « L'union de fait comme mariage romain. L'Angleterre avant 1857 et la situation actuelle en Angleterre, en France et au Québec », (2014) 48 *R.J.T.U.M.* 291, 327.

500 Tel que précédemment mentionné, dans le cadre des dispositions relatives à la résidence familiale, la personne agissant *in loco parentis* auprès de l'enfant de son conjoint sera toutefois visée par le régime parental impératif. Voir *supra*, p. 75 et *infra*, p. 216-217.

501 C.c.Q., art. 392. Notons que cet article impose également un devoir de respect aux époux. Même sans mention expresse, un tel devoir paraît inhérent aux relations conjugales.

502 Voir notamment Robert LECKEY, « Cohabitation and Comparative Method », (2009) 72 *Mod. L. Rev*. 48, 54. C'est là la position adoptée par la juge Abella dans *Québec (Procureur général)* c. *A*, 2013 CSC 5, par. 284. Dans son avis récent sur les conjoints de fait, le Conseil du statut de la femme plaide également en faveur d'une extension de droits et d'obligations de nature matrimoniale à l'endroit des conjoints de fait : CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Pour une véritable protection juridique des conjointes de fait*, Québec, Conseil du statut de la femme, 2014, p. 29-30 et p. 80. Voir également Benoît MOORE, « Passé et avenir de l'union de fait : entre volonté et solidarité », dans *Redéfinir la gouvernance publique. Actes de la XX^e conférence des juristes de l'État*, tenue les 9 et 10 avril 2013, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 68, à la page 77, en ligne : http://www.conferencedesjuristes.gouv.qc.ca/files/documents/3b/90/benoit-moore.pdf (page consultée le 5 août 2014). Pour d'autres, il convient de soumettre les conjoints de fait à des droits et des obligations mutuels de manière à ce que les cadres juridiques correspondent davantage aux normes et aux valeurs sociales ambiantes. L'étude de ces normes révélerait que les conjoints de fait, se croyant à tort protégés par le droit, prendraient des décisions sans en mesurer les conséquences au jour de la séparation ou du décès de l'un d'eux. Voir en ce sens Hélène BELLEAU, « D'un mythe à l'autre : de l'ignorance des lois à la présomption de choix éclairé chez les conjoints en union libre », (2015) 27-1 *Revue Femmes et Droit* 1. Voir également Hélène BELLEAU et Pascale CORNUT-ST-PIERRE, « Conjugal Interdependence in Quebec, From Legal Rules to Social Representations About Spousal Support and Property Division on Conjugal Breakdown », (2014) 29-1 *R.C.D.S.* 43.

503 Le juge LeBel écrit : « […] À l'instar du législateur néo-écossais et de la *MPA* [*Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, c. 275] en litige dans l'arrêt *Walsh*, l'Assemblée nationale du Québec ne privilégie pas une forme d'union par rapport à une autre. Cette conclusion s'infère si l'on pose correctement les questions de la liberté de choix et de la marge d'autonomie laissée à la volonté des parties. Le législateur ne procède qu'à la définition du contenu juridique des différentes formes d'union conjugale. Il fait du consentement la clé de la modification des rapports patrimoniaux mutuels des conjoints. Il préserve dès lors la liberté de ceux qui désirent organiser leurs rapports patrimoniaux hors du cadre impératif légal » : *Québec (Procureur général)* c. *A*, 2013 CSC 5, par. 256.

504 CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Pour une véritable protection juridique des conjointes de fait*, Québec, Conseil du statut de la femme, 2014, p. 76 et suiv. Pour une approche semblable, voir Hélène BELLEAU, « D'un mythe à l'autre : de l'ignorance des lois à la présomption de choix éclairé chez les conjoints en union libre », (2015) 27-1 *Revue Femmes et Droit* 1.

505 Mentionnons qu'un tel système est en vigueur dans les provinces canadiennes anglaises où les conjoints de fait sont soumis à un cadre juridique (variable d'une province à l'autre), mais peuvent s'en soustraire par contrat selon différentes modalités. Voir Alain ROY, *L'évolution de la politique législative de l'union de fait au Québec. Analyse de l'approche autonomiste du législateur québécois sous l'éclairage du droit comparé*, Rapport d'expertise fourni le 30 juin 2008 au ministre de la Justice du Québec – Procureur général du Québec. Publié à (2012) 1 *C.P. du N.* 235. Voir également la tableau produit à l'annexe 2. Cette approche est également observable en Suède et en Nouvelle-Zélande. Voir *Cohabitees Act*, Sweeden (2003 : 376) et *Property (Relationships) Act 1984* (New Zealand).

506 *Québec (Procureur général)* c. *A*, 2013 CSC 5, par. 443.

507 Voir en ce sens Jocelyne JARRY, *Les conjoints de fait au Québec : vers un encadrement légal*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 20; Benoît MOORE, « Variations chromatiques : l'union de fait entre noir et blanc », dans Benoît MOORE et Générosa BRAS MIRANDA (dir.), *Mélanges Adrian Popovici – Les couleurs*

du droit, Montréal, Éditions Thémis, 2010, p. 101, à la page 113; CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Pour une véritable protection juridique des conjointes de fait*, Québec, Conseil du statut de la femme, 2014, p. 17. Voir également *Miron* c. *Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, par. 153 (motifs de la juge McLachlin); *Nouvelle-Écosse (Procureur général)* c. *Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325, par. 152 (motifs de la juge L'Heureux-Dubé, dissidente) et *Québec (Procureur général)* c. *A*, 2013 CSC, par. 375 (motifs de la juge Abella, dissidente quant au résultat).

508 *Québec (Procureur général)* c. *A*, 2013 CSC 5, par. 260.

509 Voir Benoît MOORE, « Variations chromatiques : l'union de fait entre noir et blanc », dans Benoît MOORE et Générosa BRAS MIRANDA (dir.), *Mélanges Adrian Popovici – Les couleurs du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 2010, p. 101, à la page 109. Voir également Elaine SUTHERLAND, « Marriage of Principle and Pragmatism », dans Elaine SUTHERLAND (dir.), *The Future of Child and Family Law. International Predictions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 363 et Ira Mark ELLMAN et Sanford L. BRAVER, « Should Marriage Matter ? », dans Marsha GARRISON et Elizabeth S. SCOTT (dir.), *Marriage at the Crossroads. Law, Policy, and the Brave New World of Twenty-First-Century Families*, New York, Cambridge University Press, 2012, p. 170, à la page 71.

510 L'assimilation des conjoints de fait aux époux dans les législations sociales et fiscales est fondée sur « […] l'idée que la décision de se marier ou non concerne essentiellement l'organisation des rapports privés entre individus […] et qu'il s'agit dès lors d'un choix éminemment privé qui ne devrait pas avoir d'incidence sur l'accès aux avantages et aux services dispensés par l'État » : 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, 17. Dans le même sens, voir Nicole ROY, *L'union de fait au Québec*, Ottawa, Groupe de la coopération internationale, ministère de la Justice du Canada, janvier 2005, p. 1. Pour ces auteurs, le droit social et le droit civil, même si en apparence contradictoires, forment donc un tout cohérent en matière d'union de fait. Pour une position similaire, voir aussi Marsha GARRISON, « Is Consent Necessary ? An Evaluation of the Emerging Law of Cohabitant Obligation », (2005) 52 *UCLA L. Rev*. 815, 832.

511 Hélène BELLEAU et Pascale CORNUT-ST-PIERRE, « La question du choix dans la décision de se marier ou non au Québec », (2011) 66 *Lien social et Politiques* 65, 85; Benoît MOORE, « Variations chromatiques : l'union de fait entre noir et blanc », dans Benoît MOORE et Générosa BRAS MIRANDA (dir.), *Mélanges Adrian Popovici – Les couleurs du droit*, Montréal, Thémis, 2010, p. 101, à la page 111 et « Auprès de ma blonde », dans Brigitte LEFEBVRE et Antoine LEDUC (dir.), *Mélanges Pierre Ciotola*, Montréal, Éditions Thémis, 2013, p. 359, à la page 373. Voir également CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Pour une véritable protection juridique des conjointes de fait*, Québec, Conseil du statut de la femme, 2014, p. 14.

512 Robert LECKEY, « Conjoints de fait et à bien y penser », *La Presse*, 12 juin 2014, en ligne : http://plus.lapresse.ca/screens/42b508cc-5391-c6cb-afb1-5cc6ac1c606a%7C_0 (page consultée le 5 août 2014). Du même auteur, voir également « Strange Bedfellows », (2014) 64 *U. of Toronto. L.J.* 641, 655 et suiv.

513 Hélène Belleau suggère d'« […] uniformiser les lois sociales, fiscales et privées soit en distinguant clairement les statuts dans toutes les lois, soit au contraire en accordant à tous les couples les mêmes droits et les mêmes responsabilités » : Hélène BELLEAU, « D'un mythe à l'autre : de l'ignorance des lois à la présomption de choix éclairé chez les conjoints en union libre », (2015) 27-1 *Revue Femmes et Droit* 1. À l'étranger, des problèmes similaires d'harmonisation entre le droit privé et le droit social sont soulevés en matière de droit de l'enfant : Andrew BAINHAM, « Private and Public Children Law : an Under-Explored Relationship », (2013) 25 *Child and Fam. L.Q.* 138.

514 Voir *supra*, p. 59-60.

515 Comme l'écrit Nicholas Kasirer, « [...] le terme UNION DE FAIT véhicule implicitement l'idée selon laquelle l' "union libre" évolue en marge du juridique, à l'intérieur d'un champ conceptuel qui serait à l'abri de toute intervention de l'État. Même s'il ne s'agit pas d'un mariage *de jure*, le mariage de fait relève [déjà] en partie

du droit non écrit, de sorte qu'il est tout aussi juridique que le mariage décrit à l'article 365 C.c.Q. Aussi mérite-t-il ses lettres de noblesse en tant que terme juridique » : Nicholas KASIRER, « Note introductive », dans CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, *Dictionnaire de droit privé de la famille et lexiques bilingues*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. XIX.

516 RLRQ, c. I-16.

517 Sur la notion de vie commune en matière d'union de fait, voir Brigitte LEFEBVRE, « L'union de fait », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit civil », *Personnes et famille*, fasc. 28, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, 2010, par. 9-21. Dans l'arrêt *M.* c. *H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 59, la Cour suprême reprend à son compte les propos de la Cour de district de l'Ontario qui a établi sept facteurs à la base d'une cohabitation de nature conjugale : « *Molodowich c. Penttinen* (1980), 17 R.F.L. (2d) 376 (C. dist. Ont.), énonce les caractéristiques généralement acceptées de l'union conjugale, soit le partage d'un toit, les rapports personnels et sexuels, les services, les activités sociales, le soutien financier, les enfants et aussi l'image sociétale du couple. Toutefois, il a été reconnu que ces éléments peuvent être présents à des degrés divers et que tous ne sont pas nécessaires pour que l'union soit tenue pour conjugale. […] Pour être visés par la définition, ni les couples de sexe différent ni les couples de même sexe n'ont besoin de se conformer parfaitement au modèle matrimonial traditionnel afin de prouver que leur union est "conjugale" ».

518 *Loi sur le mariage (degrés prohibés)*, L.C. 1990, c. 46, art. 2(2).

519 RLRQ, c. I-16.

520 C.c.B.C., art. 768 : « Les donations entre vifs faites par le donateur à celui ou à celle avec qui il a vécu en concubinage, à ses enfants incestueux ou adultérins, sont limitées à des aliments. Cette prohibition ne s'applique pas aux donations par contrat de mariage intervenu entre les concubinaires. Les autres enfants illégitimes peuvent recevoir des donations entre vifs comme toutes autres personnes ».

521 *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39, art. 35.

522 *Couture* c. *Gagnon*, [2001] R.J.Q. 2047 C.A. commenté dans Alain ROY, « La liberté contractuelle des conjoints de fait réaffirmée par la Cour d'appel... Un avant-goût des jugements à venir ? », (2001) 103 *R. du N.* 431 à 438. Voir également *Houle* c. *Forand*, 2009 QCCS 1626 et Mireille D. CASTELLI et Dominique GOUBAU, *Le droit de la famille au Québec,* Sainte-Foy, P.U.L., 2005, p. 176.

523 Une approche semblable est préconisée en Ontario, au Nouveau-Brunswick, à l'Île-du-Prince-Édouard et au Yukon. Bien que les conjoints de fait ne soient pas soumis aux règles relatives au partage des biens familiaux, la loi prévoit expressément qu'ils peuvent conclure une entente par laquelle ils conviendront des droits et des obligations de chacun pendant leur cohabitation ou en cas de rupture ou de décès, notamment en ce qui a trait à la propriété ou à la répartition de leurs biens respectifs. Ontario : *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 53(1); Nouveau-Brunswick la *Loi sur partage des biens matrimoniaux,* L.N.-B. 2012, c. 107, art. 35(1); Île-du-prince-Édouard : *Family Law Act,* R.S.P.E.I. 1988, c. F.-2.1, art. 52(1)(a); Yukon : *Loi sur le patrimoine familial et l'obligation alimentaire*, L.R.Y. 2002, c. 83, art. 60(1).

524 La notion de « régime patrimonial conjugal » est décrite dans la deuxième section portant sur le mariage. Voir *infra*, p. 121-123.

525 Selon le sondage réalisé par la firme *Ipsos Descarie* à la demande de la Chambre des notaires, seulement 21 % des couples qui vivent en union libre ont signé un contrat d'union de fait : « Sondage sur l'union libre », *Rapport de recherche pour la Chambre des notaires du Québec*, Montréal, Octobre 2007, Dossier 07-204, p. 51. Voir également l'étude réalisée par Alain Roy et Violaine Lemay, *Pour l'amour ou pour la guerre. Étude empirique des représentations mentales du contrat chez les juristes et les psychothérapeutes conjugaux*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 85 et suiv. Notons que pour certains, couple et contrat sont antinomiques : la négociation contractuelle entre conjoints animés d'un sentiment amoureux serait ni plus ni moins qu'un leurre : voir Yves-Henri LELEU, *Les collaborations économiques au sein des couples*

séparatistes – Pour une indemnisation des dommages collaboratifs envers et contre tous choix, Conférence Roger-Comtois 2014, Montréal, Éditions Thémis, 2014, p. 79. Pour une approche opposée, voir Alain ROY, « Qu'avez-vous fait de mon contrat de mariage : Je l'ai réinventé! », (2013) 115 *R. du N.* 307.

526 Selon l'art. 1824 C.c.Q., « [l]a donation d'un bien meuble ou immeuble s'effectue, à peine de nullité absolue, par acte notarié en minute; elle doit être publiée. Il est fait exception à ces règles lorsque, s'agissant de la donation d'un bien meuble, le consentement des parties s'accompagne de la délivrance et de la possession immédiate du bien ».

527 C.c.Q., art. 1819 et 440.

528 L'apport peut être en biens (p. ex. : un époux fait une mise de fond au nom de l'autre pour l'acquisition d'un bien ou lui permet d'utiliser un local qui lui appartient pour exercer sa profession ou exploiter son entreprise); il peut également être en service (p. ex. : un époux administre ou entretient l'immeuble appartenant à l'autre, organise des réceptions à son profit ou travaille bénévolement dans son entreprise). Sur le sujet, voir Suzanne ANFOUSSE, « Prestation compensatoire », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit civil », *Personnes et famille*, fasc. 19, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, 2010.

529 [1992] 1 R.C.S. 183, 197-198.

530 Voir, par exemple, *Droit de la famille – 2220*, J.E. 95-1319 (C.A.) et *Droit de la famille – 441*, [1988] R.J.Q. 291 (C.A.).

531 *Peter* c. *Beblow*, [1993] 1 RCS 980. La Cour d'appel a reconnu l'applicabilité en droit québécois des principes dégagés dans cet arrêt qui émane d'une province de common law : *Droit de la famille – 132495,* 2013 QCCA 1586. La professeure Lefebvre résume ces présomptions de la manière suivante : « D'une part, l'union quasi-maritale crée une présomption de corrélation entre l'enrichissement et l'appauvrissement et, d'autre part, vu l'union de fait, il est présumé qu'il y a absence de motif à l'enrichissement. La relation (l'union de fait) ou l'amour que se vouent les conjoints de fait ne peuvent être invoqués pour justifier l'enrichissement. Les services rendus par une personne à son conjoint de fait ne sont pas dus et on ne peut présumer qu'ils sont offerts gratuitement. L'enrichissement et l'appauvrissement doivent s'analyser avec souplesse, de façon globale et libérale et ne requièrent pas une preuve mathématique. Toutefois, les sommes allouées ne peuvent correspondre au partage égal des actifs du défunt et atteindre indirectement les mêmes effets que le partage des droits matrimoniaux » [références omises] : Brigitte LEFEBVRE, « Le conjoint survivant : créancier, héritier ou étranger à la succession en droit québécois », (2013) 2 *Studia Iurisprudentia* 72, en ligne : http://studia.law.ubbcluj.ro/articol.php?articolId=550 (page consultée le 12 août 2014).

532 *Droit de la famille – 132495*, 2013 QCCA 1586. La Cour d'appel a importé en droit québécois la méthode de calcul de la réparation (à laquelle le conjoint appauvri peut prétendre) qui a été dégagée en common law dans l'arrêt *Kerr* c. *Baranow*, [2011] 1 R.C.S. 269, soit celle de la « valeur accumulée ». En vertu de cette méthode, le conjoint appauvri s'est vu attribuer une somme correspondant à un pourcentage précis de la richesse globale accumulée par l'autre conjoint. Pour une présentation sommaire des principes de common law, voir Nicole LAVIOLETTE et JULIE AUDET, *L'essentiel du droit de la famille dans les provinces et territoires de common law au Canada*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 122-125.

533 Un processus de rapprochement qui permettra du même coup d'éviter l'importation en droit québécois de l'interprétation que font les tribunaux des provinces de common law de l'action en enrichissement injustifiée en matière conjugale. Afin de palier l'absence de régime de partage de biens, ceux-ci s'appuient sur le concept de « Joint Family Venture » pour donner à l'action une portée à laquelle le Comité n'adhère pas. Pour une synthèse de la jurisprudence canadienne-anglaise sur la question, voir David FRENKEL, « Joint Family Venture : A Synthesis of the Post-Kerr Case Law », (2014) 34 *C.F.L.Q.* 35.

534 Voir *supra*, p. 83-87.

535 Rappelons que le principe de la liberté de tester a été réintroduit en droit québécois en 1774 aux termes de l'Acte de Québec : *An act for making more effectual provision for the government of the province of Quebec in North America*, 14 Geo. III, chap. 83. Selon un sondage Ipsos Descarie effectué pour le compte de la Chambre des notaires en 2007, 33 % des conjoints de fait croient qu'ils hériteront des biens de leur conjoint à son décès et 45 % des conjoints de fait ont rédigé un testament : « Sondage sur l'union libre », *Rapport de recherche pour la Chambre des notaires du Québec*, Montréal, Octobre 2007, Dossier 07-204, p. 37 et 58.

536 En Colombie-Britannique, la constitutionnalité de l'exclusion des conjoints de fait des règles de dévolution successorale *ab intestat* a été contestée avec succès sur la base des droits à l'égalité garantis par l'art. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)]) : *Grigg* v. *Berg and others*, 2000 BCSC 36. Le législateur de la Colombie-Britannique a par la suite modifié sa loi pour accorder une vocation successorale aux conjoints de fait : *Wills Variation Act*, R.S.B.C., 1996, c. 490 (voir aujourd'hui *Wills, Estates and Succession Act*, R.S.B.C. 2009, c. 13). Notons que cette décision a été rendue avant l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Lola*. Notons également que trois autres provinces canadiennes accordent aux conjoints de fait une vocation successorale, soit l'Alberta (*Intestate Succession Act*, R.S.A. 2000, c. I-10), la Saskatchewan (*Intestate Succession Act*, S.S. 1996, c. I-13.1 et le Manitoba (*Loi sur les successions ab intestat*, C.P.L.M. c. I-85).

537 En ce sens, voir Benoît MOORE, « Auprès de ma blonde », dans Brigitte LEFEBVRE et Antoine LEDUC (dir.), *Mélanges Pierre Ciotola*, Montréal, Éditions Thémis, 2013, p. 359, à la page 377. Selon Benoît Moore, la dévolution successorale *ab intestat* repose en droit québécois sur des « affections présumées ». La professeure Lefebvre évoque également ce fondement, mais en précisant que les affections présumées « […] découlent des liens familiaux qu'ils soient créés par le sang, par l'adoption ou par l'alliance » : Brigitte LEFEBVRE, « L'union de fait : enjeux de l'encadrement dans un contexte successoral », dans Alain-Charles VAN GYSEL (dir.), *Conjugalités et discriminations*, Paris, L.G.D.J., 2012, p. 105, à la page 114. Reconnaissant également l'existence de ce fondement, dont les commentaires du ministre de la Justice qui ont accompagné la réforme du Code civil de 1991 font d'ailleurs état (*Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 391), le professeur Jacques Beaulne est, pour sa part, plus nuancé quant à la véritable place qu'il occupe en droit québécois, constatant qu'en vertu des dispositions actuelles, le conjoint survivant, à défaut d'enfant, héritera d'une portion équivalente à celles qu'obtiendront ses parents et ses frères et sœurs (ou, en cas de prédécès de ces derniers, leurs descendants respectifs). À ses dires, il « heurte le sens commun moderne » de considérer qu'un défunt a des affections similaires à l'égard de son conjoint, de ses parents et de ses frères et sœurs, neveux et nièces : Jacques BEAULNE, *Droit des successions (d'après l'œuvre originale de Germain Brière)*, 4e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, no 248, p. 160.

538 La proposition ne relèverait donc pas du même paradigme que celui qui fonde l'idée d'instituer entre les conjoints de fait une obligation alimentaire, voire un partage des biens, assortis d'un droit de retrait (« opting out »); dans ce dernier cas, faut-il le rappeler, l'exercice du droit de retrait n'est pas l'affaire d'un seul conjoint, mais des deux (*supra*, p. 101-102). La professeure Lefebvre écrit en ce sens : « L'impact de cette modification du droit serait moindre si la cessation de vie commune survient à l'occasion du décès car les règles de la succession légale peuvent être écartées par testament ce qui permet de conjuguer égalité et autonomie de la volonté » : Brigitte LEFEBVRE, « Le conjoint survivant : créancier, héritier ou étranger à la succession en droit québécois », (2013) 2 *Studia Iurisprudentia* 72, en ligne : http://studia.law.ubbcluj.ro/articol.php?articolId=550 (page consultée le 12 août 2014).

539 C.c.Q., art. 666 al. 2 et 671 à 673.

540 Il conviendrait évidemment d'établir une durée minimale de vie commune de manière à exclure les relations ne présentant pas le degré de stabilité minimale justifiant que soit prévue une telle vocation successorale. Voir en ce sens Brigitte LEFEBVRE, « L'union de fait : enjeux de l'encadrement dans un contexte successoral », dans Alain-Charles VAN GYSEL (dir.), *Conjugalités et discriminations*, Paris, L.G.D.J., 2012, p. 105, aux pages 115-116. Dans les provinces où une vocation successorale est reconnue au conjoint de fait survivant, on impose une durée minimale à l'union de fait, soit deux ans en Colombie-Britannique et en Saskatchewan (*Wills, Estates and Succession Act*, R.S.B.C. 2009, c. 13, art. 2(1) et *Intestate Succession*

Act, S.S. 1996, c. I-13.1, art. 2(b)i) et trois ans (ou un an si le couple avait un enfant commun) au Manitoba (*Loi sur les successions ab intestat*, C.P.L.M. c. I-85, art. 1(1)b).

541 Voir *supra*, p. 38 et suiv.

542 Cette préoccupation de protéger les intérêts des enfants du défunt existe dans plusieurs pays européens. Ainsi, même les systèmes juridiques qui offrent une certaine protection au conjoint de fait lors de la séparation manifestent une réticence à conférer au conjoint de fait un rang successoral équivalent ou supérieur à celui dont bénéficient les enfants. Voir Inge KROPPENBERG, « Should the Surviving Cohabitant Be Given Hereditary Rights to the Estate of the Deceased ? A European Quest », dans Torstein FRANTZEN (dir.), *Inheritance Law - Challenges and Reform*, Verlag, BWV, 2013, p. 73, à la page 79.

543 En supposant que la période de vie commune exigible soit égale ou inférieure à cinq ans.

544 Sur cette règle, voir Jacques BEAULNE, *Droit des successions (d'après l'œuvre originale de Germain Brière)*, 4e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, no 268, p. 167.

545 C.c.Q., art. 663.

546 D'ailleurs, dans plusieurs des pays où les conjoints de fait ne sont pas soumis à des obligations mutuelles de leur vivant, le droit en vigueur ne prévoit pas de vocation successorale à l'endroit du conjoint de fait survivant, ce qui n'exclut pas, toutefois, que le conjoint survivant puisse obtenir, à certaines conditions, une compensation de la succession du défunt (comme c'est le cas en Suède). Ainsi, écrit Kroppenberg, « […] the issue of the hereditary rights of one unmarried cohabitant in the case of the other's death is necessarily linked with the images that the various legal systems associate with the organisation of the cohabitation during the lifetime of the two partners » : Inge KROPPENBERG, « Should the Surviving Cohabitant Be Given Hereditary Rights to the Estate of the Deceased ? A European Quest », dans Torstein FRANTZEN (dir.), *Inheritance Law - Challenges and Reform*, Verlag, BWV, 2013, p. 73, aux pages 74 et 75. Pour une analyse comparative des régimes européens, voir p. 73. Notons toutefois le cas de la Norvège qui prévoit dorénavant que les conjoints de fait avec enfant peuvent hériter l'un de l'autre en l'absence de testament. Voir Tone SVERDRUP, « Norway. Equal Rights at Any Costs ? », dans Elaine SUTHERLAND (dir.), *The Future of Child and Family Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 296. Voir aussi John ASLAND et Peter HAMBRO, « New Developments and Expansion of Relationships Covered by Norwegian Law », dans Bill ATKIN (dir.), *The International Survey of Family Law*, Bristol, Jordan Publishing, 2009, p. 375. Pour Kroppenberg, l'exemple de la Norvège est inspirant en ce que les règles successorales ne s'appliquent pas à tous les conjoints de fait de manière uniforme, la loi distinguant les conjoints de fait en fonction de la durée de leur relation ou de la présence d'enfant : « Should the Surviving Cohabitant Be Given Hereditary Rights to the Estate of the Deceased ? A European Quest », dans Torstein FRANTZEN (dir.), *Inheritance Law - Challenges and Reform*, Verlag, BWV, 2013, p. 82 et suiv.

547 Au Québec, voir notamment *Loi sur le régime des rentes*, RLRQ, c. R-9; *Loi sur les conditions de travail et le régime de retraite des membres de l'Assemblée nationale*, RLRQ, c. C-52.1; *Loi sur le Régime de rentes du Québec*, RLRQ, c. R-9; *Loi sur le régime de retraite de certains enseignants*, RLRQ, c. R-9.1; *Loi sur le régime de retraite des agents de la paix en services correctionnels*, RLRQ, c. R-9.2; *Loi sur le régime de retraite des élus municipaux*, RLRQ, c. R-9.3; *Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics*, RLRQ, c. R-10; *Loi sur le régime de retraite des enseignants*, RLRQ, c. R-11; *Loi sur le régime de retraite des fonctionnaires*, RLRQ, c. R-12; *Loi sur le régime de retraite du personnel d'encadrement*, RLRQ, c. R-12.1; *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, RLRQ, c. R-15.1 et *Loi sur les tribunaux judiciaires*, RLRQ, c. T-16. Voir également *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, RLRQ, c. A-3.001 et *Loi sur l'assurance automobile*, RLRQ, c. A-25. Au fédéral, voir *Loi sur la pension de la fonction publique*, L.R.C. 1985, c. P-36; *Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. 1985, c. R-11; *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, L.R.C. 1985, c. C-17; *Loi sur la pension de retraite des lieutenant-gouverneurs*, L.R.C. 1985, c. L-8; *Loi sur les pensions*, L.R.C. 1985, c. P-6 et *Loi sur la pension spéciale du service diplomatique*, L.R.C. 1985, c. D-2.

548 C.c.Q., art. 1819.

549 Par analogie avec le contrat de mariage : C.c.Q., art. 431.

550 C.c.Q., art. 1824.

551 C.c.Q., art. 764.

552 Actuellement, le legs fait au conjoint de fait, en son nom personnel et sans mention de sa qualité de conjoint, demeure valide malgré la cessation de l'union de fait. Voir *Filion* c. *Bazinet*, 2011 QCCS 721, commenté par Benoît MOORE, « Auprès de ma blonde », dans Brigitte LEFEBVRE et Antoine LEDUC (dir.), *Mélanges Pierre Ciotola*, Montréal, Éditions Thémis, 2013, p. 359, à la page 378. Voir également *Couture* c. *Bujold*, 2012 QCCS 5887.

553 C.c.Q., art. 856.

554 La soulte correspond à la différence entre la valeur dont le conjoint héritera et la valeur de la résidence familiale et des meubles qui lui seront attribués.

555 C.c.Q., art. 857. L'article ne prévoit aucun droit particulier à l'égard des meubles du ménage.

556 Telle est également la position défendue par Brigitte Lefebvre : « Le conjoint survivant : créancier, héritier ou étranger à la succession en droit québécois », (2013) 2 *Studia Iurisprudentia* 72, en ligne : http://studia.law.ubbcluj.ro/articol.php?articolId=550 (page consultée le 12 août 2014).

557 Sauf, évidemment, si la fin de l'union de fait résulte du mariage des conjoints de fait entre eux. Voir *supra*, p. 107.

558 C.c.Q., art. 2459 al. 2.

559 C.c.Q., art. 2449.

560 C.c.Q., art. 2444 et 2457.

561 *Rondeau* c. *Albernhe*, 2011 QCCS 7356, par. 107-108 (appel rejeté par la Cour d'appel : 2012 QCCA 977).

562 Tempérament à ce principe, le jugement de séparation de corps mettait fin (et met d'ailleurs toujours fin) au devoir de faire vie commune.

563 Le devoir de fidélité fondait notamment la présomption de paternité applicable au mariage et dont la portée légale s'avérait beaucoup plus importante qu'elle ne l'est aujourd'hui. Voir Jean PINEAU, *La famille. Droit applicable au lendemain de la loi « 89 »*, Montréal, P.U.M., 1983, p. 198 et suiv.

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

565 Tel qu'introduits par la *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L.Q. 1989, c. 55.

566 C.c.Q., art. 423.

567 À moins, bien sûr, d'avoir hérité.

568 Alain ROY, « L'encadrement législatif des rapports pécuniaires entre époux : un grand ménage s'impose pour les nouveaux ménages », (2000) 41 *C. de D.* 657, 662-664 et Louise LANGEVIN, « Liberté de choix et protection des conjoints de fait en cas de rupture : difficile exercice de jonglerie », (2009) 54 *R.D. McGill* 697, 714.

569 Toutefois, en vertu des dispositions transitoires prévues à l'art. 42 de la *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L.Q. 1989, c. 55, ont échappé au patrimoine familial les époux mariés avant le 1er juillet 1989 qui se sont soustraits à l'application du patrimoine familial par acte notarié avant le 31 décembre 1990; les époux qui avaient cessé de faire vie commune et avaient réglé les conséquences de leur séparation avant le 15 mai 1989, et les couples dont l'un des époux avait introduit une demande en séparation de corps, en divorce ou en annulation de mariage avant le 15 mai 1989. Voir Pierre CIOTOLA, *Le patrimoine familial, perspectives doctrinales et jurisprudentielles*, 2e éd., coll. « Bleue » – Série Répertoire de droit, Montréal, Wilson & Lafleur, 2007, no 60 et suiv., p. 35 et suiv.

570 *Québec (Procureur général)* c. *A*, 2013 CSC 5, par. 79. Le juge réfère à l'article du professeur Benoît MOORE, « Culture et droit de la famille : de l'institution à l'autonomie individuelle », (2009) 54 *R.D. McGill* 257, 268. Sur la consolidation des finalités économiques du mariage qu'a provoquée l'introduction du patrimoine familial, voir Christine MORIN, « La contractualisation du mariage : réflexions sur les fonctions du Code civil du Québec dans la famille », (2008) 49 *C. de D.* 527, 546.

571 Pas plus d'ailleurs qu'il ne fait d'adéquation entre union de fait et refus de s'obliger. Pour le Comité, les dynamiques de formation, de transformation ou de rupture des couples ne reposent pas exclusivement sur une rationalité économique ou juridique. Voir notamment Ira Mark ELLMAN et Sanford L. BRAVER, « Should Marriage Matter ? », dans Marsha GARRISON et Elizabeth S. SCOTT (dir.), *Marriage at the Crossroads. Law, Policy, and the Brave New World of Twenty-First-Century Families*, New York, Cambridge University Press, 2012, p. 170; Anthony W. DNES, « Rational Decision-making and Intimate Cohabitation », dans Joanna MILES et Rebecca PROBERT (dir.), *Sharing Lives, Dividing Assets. An Inter-Disciplinary Study*, Oxford, Hart Publishing, 2009, p. 285 et Stéphane MECHOULAN, « Divorce Laws and the Structure of the American Family », (2006) 35 *J. Legal Stud.* 143.

572 Dans le même sens, le professeur Moore écrit : « Le consentement au mariage dépasse le seul cadre juridique; il implique la volonté d'intégrer une institution sociale, qui est porteuse d'un héritage dont on peut vouloir s'associer ou non » : Benoît MOORE, « Auprès de ma blonde », dans Brigitte LEFEBVRE et Antoine LEDUC (dir.), *Mélanges Pierre Ciotola*, Montréal, Éditions Thémis, 2013, p. 359, aux pages 373-374. Dans le même sens, voir Dominique GOUBAU, « Le Code civil du Québec et les concubins : un mariage discret », (1995) 74 *R. du B. can.* 474, 479. Voir également les données recueillies aux termes des recherches empiriques qualitatives menées par la professeure Belleau : Hélène BELLEAU, « D'un mythe à l'autre : de l'ignorance des lois à la présomption de choix éclairé chez les conjoints en union libre », (2015) 27-1 *Revue Femmes et Droit* 1.

573 Selon un sondage Ipsos Descarie effectué pour le compte de la Chambre des notaires en 2007, seulement 12 % des couples mariés ont justifié leur mariage par des raisons légales : « Sondage sur l'union libre », *Rapport de recherche pour la Chambre des notaires du Québec*, Montréal, Octobre 2007, Dossier 07-204, p. 19. Rien ne permet toutefois de conclure que ces couples étaient de ce fait réfractaires aux effets juridiques du mariage.

574 Sans nécessairement se rallier à cette proposition, le professeur Moore en reconnait à tout le moins la cohérence : « Encore, si les effets du mariage étaient supplétifs, par l'application d'un *opting out*, pourrait-on alors prétendre que le consentement au mariage puisse impliquer l'application d'un régime, sauf volonté expresse contraire et, qu'à l'inverse, l'inexistence du mariage exige l'adoption explicite de ce régime légal » : Benoît MOORE, « Variations chromatiques : l'union de fait entre noir et blanc », dans Benoît MOORE et

Générosa BRAS MIRANDA (dir.), *Mélanges Adrian Popovici – Les couleurs du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 2010, p. 101, aux pages 122-123. Du même auteur, voir également « Auprès de ma blonde », dans Brigitte LEFEBVRE et Antoine LEDUC (dir.), *Mélanges Pierre Ciotola*, Montréal, Éditions Thémis, 2013, p. 359, aux pages 375 et 380.

575 Voir Alain ROY, *Le contrat de mariage réinventé. Perspectives sociojuridiques pour une réforme*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 300 et suiv. Selon la professeure Christine Morin, cette façon d'appréhender l'organisation juridique des rapports conjugaux revient à attribuer au Code civil le « rôle formel de décrire la famille » : Christine MORIN, « La contractualisation du mariage : réflexions sur les fonctions du Code civil du Québec dans la famille », (2008) 49 *C. de D.* 527, 531 et suiv.

576 Une telle confusion peut sans doute s'expliquer par l'habilitation des ministres du culte à conférer au mariage qu'ils célèbrent des effets civils : C.c.Q., art. 366. Il est d'ailleurs intéressant de constater l'attachement des Québécois et Québécoises au mariage célébré par des officiers religieux. Ainsi, en 2011, les officiers religieux ont célébré 53,9 % de tous les mariages inscrits durant l'année au registre de l'état civil : INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Le bilan démographique du Québec. Édition 2012*, Québec, 2012, p. 98.

577 Tels qu'actuellement énoncés aux art. 391 à 430 C.c.Q.

578 Jean PINEAU et Danielle BURMAN, *Effets du mariage et régimes matrimoniaux*, Montréal, Éditions Thémis, 1984, p. 44. Pour un exposé complet sur les différences entre les charges du mariage, l'obligation alimentaire et le devoir de secours, voir Germain BRIÈRE, « Les charges du mariage », (1967) 2 *R.J.T.* 451, 453-454.

579 Albert MAYRAND, « Égalité en droit familial québécois », (1985) 19 *R.J.T.* 249, 265. Selon le juge Jean-Pierre Senécal (alors auteur), l'époux qui contribue en sus de ce à quoi il est légalement tenu pourrait même, sur la base de l'art. 400 C.c.Q., s'adresser au tribunal durant la vie commune pour obtenir la juste part de l'autre : Jean-Pierre SENÉCAL, *Droit de la famille québécois*, t. 2, Farnham, CCH/FM, 1986, aux pages 6512 et 6513. Selon les circonstances, l'époux dont la contribution excède ce à quoi la loi l'oblige pourrait demander au tribunal d'ordonner en sa faveur un partage inégal du patrimoine familial selon l'art. 422 C.c.Q.

580 Voir *supra*, p. 72-73.

581 Voir *supra*, p. 100 et suiv.

582 Pour une position similaire, voir Alain ROY, *Le contrat de mariage réinventé. Perspectives sociojuridiques pour une réforme*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 301-305.

583 C.c.B.C., art. 1423 (abrogé aux termes de l'art. 85 de la *Loi concernant les régimes matrimoniaux*, L.Q. 1969, c. 77). Voir également les articles 1438 et 1317 C.c.B.C. en matière de séparation de biens (tous abrogés aux termes de l'article 45 de la *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39). En matière de société d'acquêts, voir l'ancien article 1266q C.c.B.C. (également abrogé aux termes de l'article 45 de la *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39). Notons qu'en communauté de biens, le mari, en sa qualité de chef de la communauté, devait supporter les charges financière du mariage, la femme n'ayant pas à y contribuer financièrement (C.c.B.C., art. 1280(5). En somme, la femme commune en biens s'acquittait de sa contribution aux charges du mariage par ses apports en communauté. Si l'épouse possédait des biens réservés, l'article 1425h C.c.B.C., ajouté en 1931 aux termes de la *Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile, relativement aux droits civils de la femme* (S.Q. 1930-31, c. 101), l'obligeait à contribuer aux charges du mariage à même ses biens réservés, en proportion des facultés respectives de chacun des époux, ou plus exactement, des deux patrimoines concernés, soit la communauté, d'une part, et les biens réservés de la femme, d'autre part. Sur le sujet, voir généralement Pierre CIOTOLA, « Les conventions matrimoniales au lendemain de la réforme des régimes matrimoniaux », (1976) 1 *C.P. du N.* 157, 172-173; Jean PINEAU, « L'élaboration d'une politique générale en matière matrimoniale », (1971) 74 *R. du N.* 3, 8-10 et Ernest

CAPARROS, « La détermination conventionnelle de la contribution des époux aux besoins de la famille », (1976) 17 *C. de D.* 603.

584 C. civ. fr., art. 214.

585 Pour une présentation détaillée de ces règles, voir Dominique GOUBAU, « Mesures de protection de la résidence familiale », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit civil », *Personnes et famille*, fasc. 16, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, 2010.

586 Plusieurs provinces et territoires canadiens anglais aménagent au profit des époux un droit d'« opting out » leur permettant de se soustraire aux mesures de protection de la résidence principale. Ainsi, au Manitoba, selon les art. 11(1) et suiv. de la *Loi sur la propriété familiale*, C.P.L.M., c. H80, « [l]e conjoint [ou le conjoint de fait] d'un propriétaire peut, en utilisant la formule réglementaire et moyennant une contrepartie de valeur, renoncer en faveur du propriétaire à tous les droits que lui confère la présente loi à l'égard de la propriété familiale ». Cette renonciation doit être faite devant une personne habilitée à recevoir des déclarations assermentées et contenir une reconnaissance du conjoint qui renonce à ses droits attestant du fait qu'il : a) […] sait que la *Loi sur la propriété familiale* lui confère un domaine viager dans la propriété familiale ainsi que le droit d'empêcher l'aliénation de celle-ci en refusant son consentement; b) […] sait que par sa renonciation il abandonne le domaine viager dans la propriété familiale; c) […] passe l'acte de renonciation de son plein gré et sans contrainte de la part du propriétaire. À la requête du propriétaire ou de son conjoint [ou conjoint de fait] le tribunal peut « […] rendre une ordonnance dans laquelle il résilie la renonciation et ordonne au registraire de district d'en donner mainlevée s'il est convaincu : a) que la renonciation a été faite sans remise d'une contrepartie de valeur suffisante; b) que la renonciation a été faite en raison de la séparation des conjoints ou des conjoints de fait; c) que les conjoints ou les conjoints de fait se sont réconciliés et ont repris la cohabitation; d) que la résiliation de la renonciation ne portera pas atteinte aux droits ou aux intérêts des tiers ». Voir également les dispositions équivalentes applicables en Alberta (*Loi sur les biens familiaux*, C.P.L.M., c. F-25, art. 92), en Saskatchewan (*Loi sur les biens familiaux*, L.S. 1997, c. F-6.3, art. 38 et 40), au Nouveau Brunswick (*Loi sur les biens matrimoniaux*, L.N.-B. 2012, c. 107, art. 34(1) et 34(4)), à Terre-Neuve et Labrador (*Family Law Act*, R.S.N.L. 1990, c. F.-2, art. 33) et en Nouvelle-Écosse (*Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, c. 275, art. 23). Au Yukon, dans les Territoires du Nord-Ouest et au Nunavut, voir respectivement : *Loi sur le patrimoine familial et l'obligation alimentaire*, L.R.Y. 2002, c. 83, art. 2(1) et art. 60; *Loi sur le droit de la famille*, L.T.N.-O. 1997, c. 18, art. 3 et 4 et *Loi sur le droit de la famille*, L.T.N.-O. (Nu) 1997, c. 18, art. 3 et 4.

587 Voir *supra*, p. 73-74.

588 C.c.Q., art. 414-415.

589 C.c.Q., art. 423.

590 C.c.Q., art. 432.

591 Pour une présentation détaillée des règles régissant la société d'acquêts, voir Jocelyne JARRY, *Guide sur le partage de la société d'acquêts*, 2e éd., Montréal, Publications CCH, 2013 et Brigitte LEFEBVRE, *Les régimes matrimoniaux : contrat de mariage, séparation de biens, société d'acquêts*, Cowanville, Éditions Yvon Blais, 2011.

592 C.c.Q., art. 467-470.

593 Pour une perspective similaire, voir Alain ROY, *Le contrat de mariage réinventé. Perspectives sociojuridiques pour une réforme*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 300 et suiv. Voir également Dominique GOUBAU, « Livre deuxième : de la famille » dans Marie-France BUREAU et Mathieu DEVINAT (dir.), *Les Livres du Code civil du Québec*, Sherbrooke, Les Éditions Revue de Droit, 2014, p. 73.

594 Voir d'ailleurs Benoît MOORE, « Variations chromatiques : l'union de fait entre noir et blanc », dans Benoît MOORE et Générosa BRAS MIRANDA (dir.), *Mélanges Adrian Popovici – Les couleurs du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 2010, p. 101, aux pages 122-123. Du même auteur, voir également « Auprès de ma blonde », dans Brigitte LEFEBVRE et Antoine LEDUC (dir.), *Mélanges Pierre Ciotola*, Montréal, Éditions Thémis, 2013, p. 359, aux pages 375 et 380.

595 Soulignons que l'application du patrimoine familial à l'égard des époux régis par la société d'acquêts et la communauté de biens soulève d'ores et déjà d'importants problèmes de coordination : Alain ROY, « Problématiques en matière de patrimoine familial et fonctions préventives du contrat de mariage », (1996) 1 *C.P. du N.* 156, 166 et suiv.

596 Pour une perspective similaire, voir Alain ROY, « L'encadrement législatif des rapports pécuniaires entre époux : un grand ménage s'impose pour les nouveaux ménages », (2000) 41 *C. de D.* 657, 667.

597 Le rattachement du patrimoine familial à la catégorie des régimes matrimoniaux n'est pas étranger à sa véritable nature. D'ailleurs, malgré son emplacement au chapitre quatrième sur les effets du mariage, certains n'ont jamais hésité à le qualifier de « régime matrimonial » : En ce sens : Jeffrey A. TALPIS, « Quelques réflexions sur le champ d'application international de la Loi favorisant l'égalité économique des époux », (1989) 2 *C.P. du N.* 135, 159-170 et Ernest CAPARROS, « Le patrimoine familial, une qualification difficile », (1994) 25 *R.G.D.* 251, 267 et « La nature juridique commune du patrimoine familial et de la société d'acquêts », (1999) 30 *R.G.D.* 1, 10 et suiv. D'autres, en revanche, lui ont refusé cette qualification, voyant dans le patrimoine familial un « effet du mariage », sans plus : Pierre CIOTOLA, *Le patrimoine familial, perspectives doctrinales et jurisprudentielles*, 2e éd., coll. « Bleue » – Série Répertoire de droit, Montréal, Wilson & Lafleur, 2007, no 9, p. 6 et Jean-Pierre SENÉCAL, *Le partage du patrimoine familial et les autres réformes du projet de loi 146*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, p. 26-27. Dans le cadre d'affaires mettant en cause les dispositions relatives au droit international privé, la Cour d'appel a adhéré à cette dernière qualification. Voir *Droit de la famille – 977*, [1991] R.J.Q. 904 (C.A.) et *G.B.* c. *C.C.,* [2001] R.J.Q. 1435 (C.A.).

598 Sur le sujet, voir Ernest CAPARROS, *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1985, no 248, p. 182 et Jean GAGNON, « Société d'acquêts : partage brut ou partage net »?, (1986-87) 89 *R. du N.* 336, 340. Voir toutefois Danielle BURMAN, « Politiques législatives québécoises dans l'aménagement des rapports pécuniaires entre époux : d'une justice bien pensée à un semblant de justice – un juste sujet de s'alarmer », (1988) 22 *R.J.T.* 149, 164.

599 *Droit de la famille – 3577*, J.E. 2000-760 (C.A.).

600 Pour une présentation détaillée des règles qui gouvernent la prestation compensatoire, voir Suzanne ANFOUSSE, « Prestation compensatoire », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit civil », *Personnes et famille*, fasc. 19, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, 2010.

601 Voir *supra*, p. 107-108.

602 Voir *supra*, p. 83-87.

603 *Loi sur le divorce*, art. 15.2.

604 Voir *supra*, p. 77-78.

605 C.c.Q., art. 684 à 695.

606 Notons qu'on justifie parfois l'imposition de droits et d'obligations entre époux par des raisons économiques. Puisque le droit fiscal et le droit social accordent des privilèges aux époux, il est, dit-on, logique que des mécanismes de droit privé opèrent entre les époux des transferts susceptibles d'alléger le fardeau de l'État à l'égard des personnes indigentes : « Marriage is a status with a clear social meaning and with extensive social and legal privileges that rewards spouses for undertaking a commitment to support and care for one another, a commitment that relieves society of some of the burden of dependency » : Élizabeth SCOTT, « Domestic Partnerships, Implied Contracts and Law Reform », dans Robin FRETWELL WILSON, *Reconceiving the Family : Critique on the ALI's Principles of Law of Family Dissolution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 331, à la page 342. Voir aussi Elizabeth SCOTT, « Marriage, Cohabitation and Collective Responsability for Dependency », (2004) *U. Chi Legal F*. 225. Au Québec, rappelons qu'aucune adéquation n'est faite entre les obligations qui peuvent lier les conjoints ou les époux en droit privé et les privilèges qui leur sont accordés par le droit social ou par le droit fiscal en leur qualité de conjoints ou d'époux. Voir *supra*, p. 5-6. Voir aussi l'annexe 5.

607 30 & 31 Victoria, c. 3, art. 91(26).

608 *Loi sur le divorce*, art. 15.2.

609 Le droit de retrait ou « opting out » qu'envisage le Comité participe de la nature du contrat civil et s'imposerait donc au tribunal qui n'aurait ni le pouvoir de l'écarter, ni celui d'en réduire la portée, notamment pour cause de lésion ou d'imprévision (voir *infra*, p. 132). On ne saurait donc l'assimiler au droit de retrait que prévoit la plupart des législations des provinces canadiennes anglaises qui assujettissent le contrat de mariage par lequel les époux renoncent mutuellement à leur obligation alimentaire mutuelle (telle qu'établie par le droit provincial) au contrôle des tribunaux, lesquels pourront en prononcer l'annulation, notamment si la renonciation alimentaire donne lieu, au moment de la séparation, à une situation inadmissible ou inacceptable. Voir, par exemple, en Ontario : *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 33(4). Voir également l'interprétation retenue par la Cour d'appel de l'Ontario dans *LeVan* c. *LeVan*, 2008 ONCA 388, 90 O.R. (3e) 1 et *Scheel* c. *Henkelman*, (2001), 52 O.R. (3e) 1, 142 OAC 374. Au Nouveau-Brunswick, voir *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, c. F-2.2, art. 115(5). Sur la question, voir également Alain ROY, « Le contrat de mariage en droit québécois : Un destin marqué du sceau du paradoxe », (2006) 51 *R.D. de McGill* 665.

610 En vertu de cet article, les ententes conclues par les époux en matière alimentaire sont prises en considération par le tribunal, mais elles ne s'imposent nullement à lui. Plus l'entente sera conforme pour l'essentiel aux objectifs de l'obligation alimentaire entre ex-époux prévus dans la *Loi sur le divorce*, plus elle sera considérée par le tribunal : *Miglin* c. *Miglin*, [2003] 1 R.C.S. 303.

611 Les professeurs Chevrette et Marx décrivent ainsi ces motifs : « La compétence fédérale exclusive sur le mariage et le divorce (91(26)), qui est une exception à première vue assez curieuse à la compétence des provinces sur le droit civil (92(13)), s'explique historiquement par une volonté d'assurer l'uniformité du statut des personnes dans l'ensemble du pays et d'éviter par exemple qu'une province refuse de reconnaître chez elle des mariages contractés ailleurs. Pour atteindre cet objectif, peut-être une simple compétence fédérale sur le droit international privé du mariage ou sur les règles de conflit eût-elle suffi. Mais il est clair que la compétence fédérale ne se limite pas à cela, même si c'est ce que certains hommes politiques ont prétendu lors de la Confédération. Dans la mesure où l'on a pu vouloir aussi protéger les minorités religieuses contre des lois provinciales trop restrictives pour elles, il fallait donner à l'autorité fédérale plus que le seul droit international privé du divorce. On lui donna donc compétence sur le mariage en tant que tel [...] On fit [...] une mention expresse du divorce dans l'A.A.N.B., qui devint de compétence fédérale essentiellement pour des raisons de croyance religieuse. En effet, les catholiques du Bas Canada refusaient le divorce et il est probable que la minorité protestante du Québec n'aurait pu en bénéficier si le pouvoir était demeuré provincial. Le compromis consista à faire du divorce une compétence fédérale » : François CHEVRETTE et Herbert MARX, *Droit constitutionnel. Notes et jurisprudence*, Montréal, P.U.M., 1982, p. 656.

612 Jean PINEAU et Marie PRATTE, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, no 108, p. 132 et suiv.

613 En ce sens, voir Alain ROY*, Le contrat de mariage réinventé. Perspectives sociojuridiques pour une réforme*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 282 et suiv.

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

615 C.c.Q., art. 522.

616 *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, c. 3, art. 91(26).

617 *Loi sur le divorce*, art. 8(2)b).

618 Nicole Laviolette et Julie Audet écrivent : « Le maintien de l'adultère comme faute conjugale [dans la loi fédérale sur le divorce] prouve implicitement que, en droit canadien, les époux se doivent toujours fidélité » : Nicole LAVIOLETTE et JULIE AUDET, *L'essentiel du droit de la famille dans les provinces et territoires de common law au Canada*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 62.

619 Monique OUELLETTE, *Droit de la famille*, 3e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1995, p. 136.

620 Sur le devoir de vie commune, voir le remarquable article de Nicholas KASIRER, « What is *vie commune* ? Qu'est-ce que *Living Together* ? » dans *Mélanges offerts par ses collègues de McGill à Paul-André Crépeau*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 487.

621 Voir *supra*, p. 104.

622 C.c.Q., art. 507.

623 *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 89, art. 65.

624 L'ancien mandat domestique, traduit en termes légaux en 1964, se retrouvait à l'art. 180 C.c.B.C. Sur le sujet, voir Monique LAUZON-OUELLETTE, « Le mandat domestique ou du pouvoir des clefs », (1972-73) 75 *R. du N.* 104.

625 C.c.Q., art. 401 à 406.

626 La règle de l'actuel art. 603 C.c.Q. qui prévoit un mandat présumé entre parents dans le cadre des actes qui relèvent de l'autorité parentale sera quant à elle préservée.

627 En 1985, Albert Mayrand écrivait : « L'égalité des époux leur est généralement favorable et profite à la famille, tandis qu'ici ce sont les tiers qui en sont les bénéficiaires. Le concontractant de l'époux a la bonne fortune, parfois même l'heureuse surprise, de trouver deux débiteurs au lien d'un. Pour les époux, c'est un désavantage auquel ils échapperaient s'ils étaient simplement concubins. Chacun des époux devient comme la caution de l'autre. C'est le créancier qui y gagne, non pas l'époux débiteur » : Albert MAYRAND, « Égalité en droit familial québécois », (1985) 19 *R.J.T.* 249, 266.

628 Toutefois, l'époux qui aura fourni une contribution excédentaire aux charges du ménage, compte tenu des dispositions du contrat de mariage ou, à défaut, de la loi, pourra toujours réclamer à l'autre la part qu'il aura versée en trop, sous forme de prestation compensatoire (conjugale). Voir *infra*, p. 123-124.

629 C.c.Q., art. 2157 et suiv.

630 Voir *infra*, p. 204-205.

631 *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 89, art. 65.

632 Marcel GUY, « Un peu d'histoire, beaucoup d'espoir », (1993) 23 *R.D.U.S*. 454, 471. Voir également Paul-André CRÉPEAU, « Préface », dans OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 1, Québec, p. XXXII et Albert MAYRAND, « Égalité en droit familial québécois », (1985) 19 *R.J.T*. 249, 257.

633 En vertu d'une coutume bien établie (consacrée par l'ancien art. 56a C.c.B.C. introduit en 1951. Voir aussi C.p.c., art. 115 al. 3 et al. 4), la femme mariée avait effectivement la possibilité de prendre le nom de son mari. L'art. 79 de la *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille* (L.Q. 1980, c. 89) a abrogé cette coutume, tout en permettant aux femmes mariées avant le 2 avril 1981 de continuer à utiliser le nom de leur mari. Denyse Fortin explique ainsi l'ancienne coutume : « [l]e mari étant le chef de la famille dans laquelle la femme entrait par son mariage et exerçant l'autorité parentale sur celle-ci, il allait de soi que la femme mariée prenne le nom de son mari » : Denyse FORTIN, *Évolution du droit de la famille : filiation, rapports personnels et rapports patrimoniaux entre conjoints*, dans Chambre des notaires du Québec, *Le manuel du notaire*, Partie I, Traité – Formulaire, Montréal, 1975, p. 19, à la page 99.

634 C.c.Q., art. 56.

635 Voir *supra*, p. 1-2 et 59.

636 François DE SINGLY, *Sociologie de la famille contemporaine*, Paris, Nathan, 1993, p. 89.

637 Déjà, au début des années 70, la Cour suprême des Etats-Unis observait : « Yet, the marital couple is not an independant entity with a mind and heart of its own, but an association of two individuals with a separation intellectual and emotional make-up » : *Eisenstadt* c. *Baird*, (1972) 405 U.S. 438, 453. Au Québec, la sociologue Jocelyne Valois constate cette valorisation de l'individu dès le début des années 1960 : Jocelyne VALOIS, « Famille traditionnelle et famille moderne, réalité de notre société », (1965) 7 *C. de D*. 149, 152.

638 William BLACKSTONE, *Commentaries on the laws of England*, Philadelphia, J.B. Lippincott Company, 1893, p. 348. L'unité juridique des époux est présentée comme la conséquence de la doctrine canonique qui fait d'eux une seule chair : Benoît LAPLANTE, « L'union de fait comme mariage romain. L'Angleterre avant 1857 et la situation actuelle en Angleterre, en France et au Québec », (2014) 48 *R.J.T.U.M.* 291, 327. Cette conception du couple a évidemment influencé le droit québécois et le droit canadien anglais : Alain ROY, *Le contrat de mariage réinventé. Perspectives sociojuridiques pour une réforme*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 237-241 et Nicole LAVIOLETTE et JULIE AUDET, *L'essentiel du droit de la famille dans les provinces et territoires de common law au Canada*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 9 : « […] l'époux et l'épouse s'unissaient à la date du mariage pour former une seule personnalité juridique. En réalité, la common law reconnaissait la personnalité juridique de l'homme comme étant la personnalité juridique du couple […] ».

639 Bien que la démarche ne soit en rien scientifique, un simple regard sur les sites de discussions en ligne démontre l'intérêt que manifestent certaines femmes à l'idée de pouvoir prendre formellement le nom de leur mari. Sans doute l'immigration qu'a connue le Québec au cours des dernières années explique en partie ces « revendications ». En effet, le droit de plusieurs des pays d'où proviennent les nouveaux arrivants prévoit l'équivalent de l'ancienne coutume québécoise. C'est notamment le cas de la France (voir le site Internet officiel de l'administration française : http://vosdroits.service-public.fr/particuliers/F868.xhtml (page consultée le 3 décembre 2014). Notons que c'est aussi le cas de plusieurs provinces canadiennes. Par ailleurs, certains pays, comme l'Allemagne, permettent également au mari de prendre le nom de son épouse. En pratique cependant, cette option ne serait que rarement utilisée. Sur la situation en Europe, voir généralement Marie-France VALETAS, « Le nom des femmes mariées en Europe », (2009) 4 *Grande Europe – La Documentation française*, en ligne : http://www.ladocumentationfrancaise.fr/pages-europe/d000626-le-nom-des-femmes-mariees-en-europe-par-marie-france-valetas/article (page consultée le 3 décembre 2014).

640 Pour Irène Théry, la manière dont une société conçoit l'individualisme peut prendre plusieurs couleurs et est intimement liée aux valeurs qui l'animent : « [l]a façon dont une une société vit concrètement, faits et valeurs ne sont pas séparés : le travail d'individuation et d'individualisation s'opère toujours en référence à des représentations et valeurs » : Irène THÉRY, « Individu, parenté et droits de l'homme », dans Françoise-Romaine OUELLETTE, Renée JOYAL et Roch HURTUBISE (dir.), *Familles en mouvance : quels enjeux éthiques ?,* coll. « Culture et Société », I.Q.R.C., Québec, P.U.L., 2005, p. 379, à la page 384.

641 Voir *supra*, p. 25 et suiv.

642 En France, « [a]près le mariage, chaque époux a la possibilité d'utiliser le nom de l'autre. Cette utilisation d'un nom d'usage est totalement facultative et n'a aucun caractère automatique. En revanche, dès lors que l'époux manifeste cette volonté, le nom d'usage doit être utilisé par les administrations et il peut être inscrit sur les documents d'identité. […] Ce nom d'usage ne remplace en aucun cas le nom de famille qui reste le seul nom mentionné sur les actes d'état civil (acte de naissance, de mariage, livret de famille...) ». Précisons qu'en vertu de l'art. 264 du Code civil (français), à la suite d'un divorce, l'ex-époux perd généralement l'usage du nom de son conjoint quoiqu'il puisse le conserver en certaines circonstances. En ce qui concerne la séparation de corps (C. civ. fr., art. 300), la règle s'applique inversement, c'est-à-dire que « [c]hacun des époux séparés conserve l'usage du nom de l'autre [quoique] le jugement de séparation de corps ou un jugement postérieur peut, compte tenu des intérêts respectifs des époux, le leur interdire ». La déclaration de changement de nom d'usage se fait dorénavant en ligne et permet « de déclarer, à plusieurs organismes, un changement de nom d'usage lorsqu'il s'agit de l'ajout ou du retrait du nom de [l'époux ou de l'épouse] ». La déclaration de changement de nom d'usage s'effectue sur la base du livret de famille de la personne ou de son jugement de divorce. Si elle souhaite conserver le nom de son ex-conjoint, elle devra produire à l'appui de sa demande l'autorisation écrite de celui-ci ou la décision du tribunal acquiescant à sa demande. Voir le *site officiel de l'administration française*, à la rubrique « Déclaration de changement de nom d'usage », en ligne : http://vosdroits.service-public.fr/particuliers/F868.xhtml (page consultée le 20 avril 2015).

643 *Gratton* c. *Directeur de l'état civil*, 2012 QCCS 3433. Voir également *D'Aoust* c. *Directeur de l'état civil*, [2005] R.J.Q. 1128 (C.S.). Dans l'affaire *Gabriel* c. *Directeur de l'état civil*, [2005] R.J.Q. 470 (C.S.), la requête en changement de nom (visant à attribuer à l'épouse le nom de son mari) a été autorisée sur la base de la liberté de croyance de l'épouse.

644 C.c.Q., art. 431.

645 C.c.Q., art. 437.

646 Alain ROY, « Le contrat de mariage en droit québécois : Un destin marqué du sceau du paradoxe », (2006) 51 *R.D. de McGill* 665, 668.

647 *Id.*, note 10.

648 Voir *supra*, p. 113 et suiv.

649 C.c.Q., art. 2813-2814.

650 Voir Alain ROY, « Le contrat de mariage en droit québécois : Un destin marqué du sceau du paradoxe », (2006) 51 *R.D. McGill* 665. À l'appui de cette proposition, voir Benoît MOORE, « Passé et avenir de l'union de fait : entre volonté et solidarité », *Actes de la XX^e^ conférence des juristes de l'État*, 9-10 avril 2013, p. 79, en ligne : http://www.conferencedesjuristes.gouv.qc.ca/files/documents/3b/90/benoit-moore.pdf (page consultée le 5 août 2014). Voir également Dominique GOUBAU, « Livre deuxième : de la famille » dans Marie-France BUREAU et Mathieu DEVINAT (dir.), *Les Livres du Code civil du Québec*, Sherbrooke, Les Éditions Revue de Droit, 2014, p. 73.

651 *Hartshorne* c. *Hartshorne*, [2004] 1 R.C.S. 550.

652 C.c.Q., art. 666 : « Si le défunt laisse un conjoint et des descendants, la succession leur est dévolue. Le conjoint recueille un tiers de la succession et les descendants les deux autres tiers ».

653 C.c.Q., art. 671 : « À défaut de descendants, d'ascendants et de collatéraux privilégiés, la succession est dévolue pour le tout au conjoint survivant »; C.c.Q., art. 672 : « À défaut de descendants, la succession est dévolue au conjoint survivant pour deux tiers et aux ascendants privilégiés pour l'autre tiers »; C.c.Q., art. 673 : « À défaut de descendants et d'ascendants privilégiés, la succession est dévolue au conjoint survivant pour deux tiers et aux collatéraux privilégiés pour l'autre tiers ».

654 L.Q. 1991, c. 64.

655 C.c.B.C., art. 823. Notons que le donateur conservait toutefois le droit de faire des cadeaux d'usage et de donner des biens de peu de valeur, sans avoir à obtenir le consentement du donataire. Voir Pierre CIOTOLA, *Les donations par contrat de mariage*, dans Chambre des notaires du Québec, Répertoire de droit, « Droit de la famille », Doctrine – Document 6, Montréal, 1988, p. 54 et suiv.

656 Ainsi, après dix ans de mariage, le quart des couples mariés au cours des années 1990 avaient divorcé, et on estime à plus de 40 % la proportion qui le feront avant de célébrer leur 25^{e} anniversaire. Voir plus généralement *supra*, p. 28.

657 C.c.Q., art. 519.

658 Alain ROY et Violaine LEMAY, *Le contrat conjugal : pour l'amour ou pour la guerre ?*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 1.

659 Notons que le recours à la stipulation d'irrévocabilité destinée à contrer les effets de la transmissibilité du patrimoine familial perd son intérêt dans la mesure où le patrimoine familial est dépouillé de son caractère impératif. Compte tenu de cette nouvelle perspective, les conjoints seront en mesure d'en aménager par contrat de mariage les modalités de transmission. Sur la stipulation d'irrévocabilité actuellement utilisée à cette fin, voir Alain ROY*, Le contrat de mariage réinventé. Perspectives sociojuridiques pour une réforme*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 87-88.

660 Voir *supra*, p. 111-112.

661 *Id.*

662 Voir *Loi d'harmonisation no 1 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2001, c. 4, art. 4 et 5.

663 À plus forte raison lorsque des éléments d'extranéité (comme le fait pour les époux d'être domiciliés à l'étranger) supposent l'application de règles de droit international privé. Par exemple, voir C.c.Q., art. 3123.

664 Voir *supra*, p. 115.

665 Voir *supra*, p. 113 et suiv.

666 L'habilitation des ministres du culte à célébrer un mariage religieux comportant des effets civils constitue un héritage du droit anglais : Benoît LAPLANTE, « L'union de fait comme mariage romain. L'Angleterre avant 1857 et la situation actuelle en Angleterre, en France et au Québec », (2014) 48 *R.J.T.U.M.* 291, 309.

667 C.c.Q., art. 366.

668 Notons que la formalité proposée par le Comité doit être distinguée de l'exigence imposée aux futurs époux dans certaines provinces canadiennes anglaises d'obtenir une licence de mariage. La délivrance de telles licences ne dépend pas de la transmission d'informations juridiques aux futurs époux, mais de la vérification de conditions objectives, comme l'âge des futurs époux (et la présence d'un consentement parental si le futur époux n'a pas atteint l'âge de la majorité) et l'absence de lien matrimonial antérieur. En ce sens, les licences participent davantage de la nature de la publication des bans. Sur le sujet, voir Nicole LAVIOLETTE et JULIE AUDET, *L'essentiel du droit de la famille dans les provinces et territoires de common law au Canada*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 12 et suiv. Voir par exemple, en Ontario, la *Loi sur le mariage*, L.R.O. 1990, c. M.3, art. 4.

669 Voir Benoît MOORE, « Culture et droit de la famille : de l'institution à l'autonomie individuelle », (2009) 54 *R.D. McGill* 257, 269-270.

670 INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Statistiques – Population et démographie – Mariages et divorces,* Québec, en ligne : http://www.stat.gouv.qc.ca/statistiques/population-demographie/mariages-divorces/513.htm (page consultée le 5 août 2014).

671 Projet de loi n^{o} S-7 (1re lecture au Sénat – 5 novembre 2014), 1re sess., 41^{e} légis. (Can.).

672 *Id.*, sommaire. Voir également l'art. 9, ajoutant un nouvel art. 293.1 au Code criminel.

673 Cette étude donne suite à la mesure 78 du Plan d'action gouvernemental 2012-2017 en matière de violence conjugale intitulé « Étudier la possibilité d'introduire une mesure législative relativement à l'ordonnance civile de protection pour les victimes de violence conjugale ainsi que la reconnaissance de telles ordonnances rendues ailleurs au Canada ou à l'étranger ». Tel que mentionné, cette étude analysera aussi la pertinence des ordonnances civiles de protection comme mesure de lutte contre les mariages forcés, ceci afin de tenir compte de l'avis du Conseil du statut de la femme (CSF) sur les crimes d'honneur paru en octobre 2013. Dans son avis, le CSF présente le modèle britannique qui vise la protection des enfants et des adultes menacés de mariage forcé, sans pour autant criminaliser leurs parents : « En cas de menace de mariage forcé, elle [la loi britannique] permet d'émettre une injonction intimant aux parents de s'abstenir d'imposer un mariage à la victime et, si le mariage est projeté outre-mer, l'obligation de ramener la victime au Royaume-Uni. Le refus de se conformer à une telle ordonnance étant considéré comme un outrage au tribunal, il peut entraîner des sanctions à l'endroit des contrevenants, telles qu'une pénalité pécuniaire ou encore la confiscation de leur passeport jusqu'au retour de la victime en sol britannique ».

674 Rappelons que la compétence législative en matière de divorce appartient au Parlement fédéral : *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, c. 3 (R.-U.), art. 91(26).

675 C.c.Q, art. 507.

676 Entre autres conditions, l'art. 3(1) de la *Loi sur le divorce* prévoit que : « Dans une action en divorce, a compétence pour instruire l'affaire et en décider le tribunal de la province où l'un des époux a résidé habituellement pendant au moins l'année précédant l'introduction de l'instance. » À défaut de remplir cette condition, les époux peuvent entreprendre une procédure en séparation de corps.

677 C.c.Q., art. 494.

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

679 Pensons, par exemple, à l'assurance-médicament.

680 C.c.Q., art. 507-512.

681 Parallèlement, le recours actuellement connu sous le nom de « séparation judiciaire de biens » (art. 488 à 491 C.c.Q.) pourrait être aboli, étant devenu tout à fait marginal.

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

683 Voir Alain ROY, « Partenariat civil et couples de même sexe : La réponse du Québec », (2001) 35 *R.J.T.* 663, 675.

684 C.c.Q., art. 521.1.

685 En vertu de l'art. 521.1 C.c.Q., l'union civile ne peut être contractée qu'entre personnes ayant atteint l'âge de 18 ans. En matière matrimoniale, l'âge minimal pour contracter mariage est établi, par le droit fédéral, à 16 ans : *Loi visant à harmoniser le droit fédéral avec le droit civil de la province de Québec et modifiant certaines lois pour que chaque version linguistique tienne compte du droit civil et de la common law*, L.C. 2001, c. 4. L'union civile ne peut être contractée par des personnes qui sont, l'une par rapport à l'autre, un ascendant, un descendant, un frère ou une sœur. En matière matrimoniale, jusqu'en 2005, le droit fédéral autorisait le mariage entre demi-frère et demi-sœur par adoption *: Loi concernant le droit interdisant le mariage entre personnes apparentées*, L.C. 1990, c. 46 et *Loi concernant certaines conditions de fond du mariage civil*, L.C. 2005, c. 33, art. 13.

686 C.c.Q., art. 521.2 à 521.4.

687 C.c.Q., art. 521.5 et 121.1 à 121.3.

688 C.c.Q., art. 521.6.

689 L'expression « régime primaire » réfère aux règles relatives aux effets du mariage (art. 391 à 430 C.c.Q.), tandis que l'expression « régime secondaire » réfère aux règles relatives aux régimes matrimoniaux (art. 431 à 492 C.c.Q.).

690 C.c.Q., art. 521.6 al. 4 et 5 et 521.8. En matière successorale, voir C.c.Q., art. 653. Voir également l'art. 61.1 de la *Loi d'interprétation* (RLRQ, c. I-16) dont le premier alinéa définit ainsi le terme « conjoint » : « Sont des conjoints les personnes liées par un mariage ou par une union civile ».

691 *Loi sur le divorce*, art. 3(1), 4(1) et 8(1). Voir, sur le sujet, Alain ROY, « Déjudiciarisation et divorce consensuel : perspectives socio-juridiques », dans Nicholas KASIRER et Pierre NOREAU (dir.), *Sources et instruments de justice en droit privé*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 287.

692 C.c.Q., art. 521.12 à 521.16.

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

694 En 2003 (première année complète où l'union civile fut accessible), 342 unions civiles ont été célébrées, dont 274 entre conjoints de même sexe. Le nombre d'unions civiles est tombé à 179 en 2004 et touche depuis en majorité des couples hétérosexuels. Le nombre total d'unions civiles oscille entre 240 et 290 par an depuis 2010; moins de 60 sont célébrées à l'égard de couples homosexuels. Voir *supra*, p. 31-32.

695 En 2005, 451 mariages entre conjoints de même sexe ont été célébrés; depuis 2009, ce nombre oscille entre 500 et 600 par année. En 2013, les unions civiles représentaient moins de 10 % de toutes les unions légalisées (mariages et unions civiles) entre conjoints de même sexe. Voir *supra*, p. 31-32.

696 À l'opposé, pourrait-on dire, l'héritage culturel du mariage peut s'avérer rebutant. Pour certains, le mariage incarnera toujours l'inégalité des sexes et le conformisme social. Pour d'autres, le mariage ne pourra jamais faire fi de ses racines religieuses. Même célébré au palais de justice par un greffier, il portera à jamais les stigmates de son passé canonique. Si de tels symboles sont de nature à expliquer le rejet du cadre matrimonial, l'intérêt de maintenir en parallèle au mariage un cadre juridique reflétant clairement les valeurs conjugales contemporaines pourrait être invoqué. Lorsque l'on compare le nombre de célébrations annuelles de mariages et d'unions civiles (couples hétérosexuels et homosexuels), on constate qu'une telle perception n'est pas dominante, pour dire le moins. Ainsi, en 2012, 23 504 mariages (peu importe le type de célébrant) ont été célébrés, contre 288 unions civiles. Voir INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, « Mariages et unions civiles selon le sexe des conjoints », *Tableau – Population et démographie – Mariage et divorce*, Québec, 2014, en ligne : http://www.stat.gouv.qc.ca/statistiques/population-demographie/mariages-divorces/501b.htm (page consultée le 11 novembre 2014).

697 C.c.Q., art. 521.13.

698 Voir Sean H. WILLIAMS, « Sticky Expectations : Responses to Persistent Over-Optimism in Marriage, Employment Contracts, and Credit Card Use », (2009) 84-2 *N.D. L. Rev.* 733 et Lynn A. BAKER et Robert E. EMERY, « When Every Relationship is Above Average : Perceptions and Expectations of Divorce at the Time of Marriage », (1993) 17-4 *Law and Hum. Behav.* 439, 443.

699 CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, *Dictionnaire de droit privé de la famille et lexiques bilingues*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 54. Voir également Jean CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1, Paris, P.U.F., 1967, n° 148, p. 477; Claire BERNARD et Catherine CHOQUETTE, « Les incidences de l'identification génétique sur le droit de la filiation québécoise », dans Christiane HENNAU-HUBLET et Bartha Maria KNOPPERS (dir.), *L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'homme : aspects médico-scientifique, éthique et juridique*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 1997, p. 351, à la page 352; Renée JOYAL, « Parenté, parentalité et filiation. Des questions cruciales pour l'avenir de nos enfants et de nos sociétés », (2006) 5 *Enfances, Familles, Générations* 1, en ligne : http://www.erudit.org/revue/efg/2006/v/n5/015778ar.html (page consultée le 12 décembre 2014) et Alexandra OBADIA, « L'incidence des tests d'ADN sur le droit québécois de la filiation », (2005) 45 *R.D. McGill* 483, 488.

700 Ainsi, écrit l'anthropologue Françoise-Romaine OUELLETTE, « [l]établissement de la filiation désigne les parents d'un enfant, leur conférant l'ensemble des droits, obligations et privilèges associés à ce statut juridique. Cet enfant se trouve dès lors inscrit à une place généalogique unique dans le réseau de parenté auquel appartiennent aussi ses frères et sœurs, grands-parents, oncles et tantes, cousins, etc. Sa participation au lien social s'arrime à cette première inscription […] » : Françoise-Romaine OUELLETTE et Julie SAINT-PIERRE, « Parenté, citoyenneté et état civil des adoptés », (2011) 14 *Enfances, Familles, Générations* 51, 53 (Références omises). Le Groupe de travail Filiation, origines, parentalité (France) présidé par la sociologue Irène THÉRY affirme dans le même sens : « [...] la filiation ne se conjugue pas seulement au présent, ni même dans le temps long de la vie. Elle participe directement de la temporalité transgénérationnelle liant les vivants à la fois à la mémoire de ceux qui ne sont plus et à l'esquisse de ceux qui ne sont pas encore » : *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Rapport du groupe de travail « Filiation, origines, parentalité », Irène THÉRY (prés.), Paris, Ministère des affaires sociales et de la santé et ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 22. Voir également Irène THÉRY, « Engendrement et filiation au temps du démariage », dans Hugues FULCHIRON et Jehanne SOSSON (dir.), *Parenté, filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 329, aux pages 333-334. Pour une approche psychanalytique du droit de la filiation dont la mission serait « d'instituer la vie » (*vitam instituere)*, voir Pierre LEGENDRE, *L'inestimable objet de la transmission. Étude sur le principe généalogique en Occident*, Fayard, Paris, 1985, p. 10. Voir également l'analyse que fait Anne-Marie Savard des travaux de Legendre dans sa thèse de doctorat : *Le régime contemporain du droit de la filiation au Québec; d'une normativité institutionnelle à une normativité*

"fusionnelle", thèse de doctorat, Québec, Faculté des études supérieures et postdoctorales, Université Laval, 2011. Voir également son article-synthèse « La filiation et la codification au Québec : une approche psychanalytique », (2005) 46 *C. de D.* 411.

701 Les professeures Ouellette et Lavallée, respectivement anthropologue et juriste, font remarquer que l'anthropologie et le droit se rejoignent. Ainsi, affirment-elles, « [u]n autre élément essentiel de la filiation est qu'elle inscrit l'enfant dans une parenté, c'est-à-dire dans un groupe multigénérationnel de personnes reliées entre elles par un lien de parenté en ligne directe ou en ligne collatérale ». […] Le droit québécois associe des droits et des obligations à cette parenté cognatique (incluant les ascendants et collatéraux des lignes maternelle et paternelle), notamment à travers ses règles successorales ». Sur cette base, concluent-elles, « [l]es définitions juridique et anthropologique de la filiation se rejoignent donc. Dans les deux cas, la filiation est considérée comme un principe de transmission de la parenté déterminant l'identité et la position généalogique de chacun » : Françoise-Romaine OUELLETTE et Carmen LAVALLÉE, « La réforme proposée du régime québécois de l'adoption et le rejet des parentés plurielles », (2015) 60-2 *R.D. McGill* 295. Voir également Jean PINEAU et Marie PRATTE, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, n^{o} 387, p. 589, et Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, *La famille*, 4^{e} éd., coll. « Droit civil », Paris, Defrénois, 2011, n^{o} 903, p. 358.

702 Ce n'est que depuis le 24 juin 2002 que le législateur aborde distinctement la filiation de l'enfant issu d'une procréation assistée : *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, c. 6. Entre 1994 et 2002, les dispositions sur la « procréation médicalement assistée » constituaient une section du chapitre sur la filiation par le sang. Entre 1980 et 1994, seuls deux articles disséminés au chapitre de la filiation par le sang (586 et 588) en traitaient.

703 Voir *infra*, p. 242-243.

704 Voir *supra*, p. 57.

705 20 novembre 1989, [1990] 1577 R.T.N.U. 3. (Résolution 44/25).

706 Les Codes civils français et belge comportent une disposition équivalente : en France, voir l'art. 310; en Belgique, voir l'art. 334.

707 À travers les époques, les enfants illégitimes (ou naturels) ont été privés d'un grand nombre de droits. À moins d'avoir été légitimés par le mariage subséquent de leurs parents (lorsque possible), ils ne pouvaient compter sur le devoir d'entretien et d'éducation auquel les parents sont normalement tenus envers leur progéniture. Jusqu'à la réforme de 1980, ils ne pouvaient hériter *ab intestat* de leurs ascendants, la dévolution successorale demeurant fondée sur la légitimité. Fruit d'une relation conjugale jugée socialement répréhensible, l'enfant naturel n'était en fait qu'un « déclassé juridique ». Comme l'écrivait Jean-Louis Baudouin, alors professeur, les raisons juridiques invoquées pour justifier l'ignorance de la famille naturelle transparaissaient clairement à la lecture de l'ancien Code civil : « […] désir de protéger les droits de la famille légitime, refus de sanctionner une conduite contraire aux bonnes mœurs, refus d'encourager la prolifération des unions libres, etc. » : Jean-Louis BAUDOUIN, « Examen critique de la situation juridique de l'enfant naturel », (1966) 12 *R.D. McGill* 157, 158. Pour un exposé sur les sous-catégories d'enfants naturels et leurs effets (filiation naturelle simple, filiation naturelle adultérine et filiation naturelle incestueuse), voir Jean PINEAU, *La Famille*, Montréal, P.U.M., 1972, p. 89-90. Voir également *supra*, p. 19 et suiv.

708 Notons que l'enfant légalement adopté a été, dès 1970, assimilé à un enfant légitime : *Loi de l'adoption*, L.Q. 1969, c. 64, art. 38(a).

709 Voir Marie PRATTE, « Les nouvelles règles relatives à la filiation », (1982) 13 *R.G.D.* 159, 161-164.

710 Il est intéressant de noter que, jusqu'en 1994, le principe d'égalité de l'art. 522 C.c.Q. n'était pas énoncé dans une disposition générale chapeautant le Livre deuxième sur la filiation, mais dans le seul article constituant la Section III du chapitre relatif à la filiation par le sang, soit l'art. 594 C.c.Q. (1980). On assurait

l'égalité de la filiation adoptive par l'art. 628 C.c.Q. (1980) (aujourd'hui l'art. 578 al. 1 C.c.Q.) affirmant que « l'adoption fait naître les mêmes droits et obligations que la filiation par le sang ».

711 RLRQ, c. A-5.01. Notons que le projet de *Loi édictant la Loi favorisant l'accès aux services de médecine de famille et de médecine spécialisée et modifiant diverses dispositions législatives en matière de procréation assistée* (projet de loi n° 20 [présentation – 28 novembre 2014], 1re sess., 41e légis. [Qc]) prévoit l'ajout d'autres formalités en matière de procréation médicalement assistée, notamment une évaluation psychosociale des candidats au projet parental et la fixation d'un âge minimal et maximal de la femme qui souhaite être inséminée. Voir les nouveaux art. 10.1 et 10.2, tels qu'introduits par l'art. 3 du projet. Voir également *infra*, p. 186-188.

712 L.C. 2004, c. 2.

713 Une telle proposition permettrait au Québec de respecter plus clairement l'art. 2 de la *Convention [internationale] relative aux droits de l'enfant :* « Les États parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de [...] leur origine [...] sociale, de leur naissance ou de toute autre situation ».

714 Anne-Marie SAVARD, *Le régime contemporain du droit de la filiation au Québec; d'une normativité institutionnelle à une normativité "fusionnelle"*, thèse de doctorat, Québec, Faculté des études supérieures et postdoctorales, Université Laval, 2011, p. II et p. 179 et suiv., par. 292 et suiv. Voir également Claire BERNARD et Catherine CHOQUETTE, « Les incidences de l'identification génétique sur le droit de la filiation québécoise », dans Christiane HENNAU-HUBLET et Bartha Maria KNOPPERS (dir.), *L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'homme : aspects médico-scientifique, éthique et juridique*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 1997, p. 351, à la page 367.

715 Notons que la présomption s'applique également à l'égard du conjoint lié à la mère par une union civile : C.c.Q., art. 525. Notons aussi que la portée attribuée à la reconnaissance volontaire, quatrième « preuve » non judiciaire de filiation, est d'un tout autre ordre, d'où d'ailleurs les modifications que propose le Comité à ce sujet. Voir *infra*, p. 150-151.

716 C.c.Q., art. 530 et suiv. Voir *infra*, p. 151 et suiv.

717 Anne-Marie SAVARD, *Le régime contemporain du droit de la filiation au Québec; d'une normativité institutionnelle à une normativité "fusionnelle"*, thèse de doctorat, Québec, Faculté des études supérieures et postdoctorales, Université Laval, 2011, p. 342, par. 525. Voir également Michelle GIROUX, « Test d'ADN et filiation à la lumière des développements récents : dilemmes et paradoxes », (2002) 32 *R.G.D.* 865, 867, note 5 et Alexandra OBADIA, « L'incidence des tests d'ADN sur le droit québécois de la filiation », (2005) 45 *R.D. McGill* 483, 495.

718 Anne-Marie SAVARD, *Le régime contemporain du droit de la filiation au Québec; d'une normativité institutionnelle à une normativité "fusionnelle"*, thèse de doctorat, Québec, Faculté des études supérieures et postdoctorales, Université Laval, 2011, p. II et p. 179 et suiv., par. 292 et suiv.

719 Selon l'art. 218 C.c.B.C : « L'enfant conçu pendant le mariage est légitime et a pour père le mari. L'enfant né le ou après le centre quatre-vingtième jour de la célébration du mariage, ou dans les trois cents jours après sa dissolution, est tenu pour conçu durant le mariage ». Notons que l'application de la présomption de paternité à l'enfant né durant le mariage, mais conçu avant, demeurait discutée : Jean PINEAU, *La Famille*, Montréal, P.U.M., 1972, p. 91.

720 Ce qu'elle est devenue aujourd'hui. Voir *infra*, p. 147-150.

721 N'oublions pas qu'avant l'avènement de la preuve scientifique, la paternité était vue comme un phénomène « occulte et incertain » : Pierre-Basile MIGNEAULT, *Le droit civil canadien*, t. 2, Montréal, C. Théorêt Éditeur, 1895, p. 61. Marie Pratte écrit : « Traditionnellement, on a dit que cette présomption de paternité reposait elle-même sur une double présomption : une présomption de fidélité de la femme – la femme mariée n'a pas eu, pendant son mariage, de rapports avec d'autres hommes que son mari – et une présomption de cohabitation – normalement les époux ont eu entre eux des rapports intimes. La présomption était donc fondée sur la vérité probable, sur ce qui était vraisemblablement conforme à la réalité physiologique » : Marie PRATTE, « La filiation réinventée : l'enfant menacé ? », 33 *R.G.D.* 541, 568, note 105. Voir également « La présomption de paternité : complice ou rivale de l'acte de naissance », (1986) 17 *R.G.D.* 685, 701.

722 Le délai courait à compter de la naissance de l'enfant (ou du retour, en cas d'absence, ou encore de la découverte, en cas de fraude): C.c.B.C., art. 223 et 224. Sur le sujet, voir Jean PINEAU, *La Famille*, Montréal, P.U.M., 1972, p. 111 et suiv. Au lendemain de la réforme de 1980, le professeur Pineau rappellera « […] avec insistance l'importance de la présomption et le cadre austère de l'action en désaveu » : Jean PINEAU, *La Famille. Droit applicable au lendemain de la "Loi 89"*, Montréal, P.U.M., 1982, p. 199. Mentionnons que le professeur Pineau a toujours soutenu que la paternité du mari pouvait être contestée au-delà de ce délai par l'enfant, la mère de l'enfant et son véritable père : p. 214.

723 Anne-Marie SAVARD, *Le régime contemporain du droit de la filiation au Québec; d'une normativité institutionnelle à une normativité "fusionnelle"*, thèse de doctorat, Québec, Faculté des études supérieures et postdoctorales, Université Laval, 2011, p. 116-117, par. 192.

724 Marie Pratte écrit en ce sens : « En 1866, les dispositions du Code civil relatives à la filiation visaient à favoriser le mariage et à protéger la famille légitime plutôt qu'à assurer des droits égaux à tous les enfants » : Marie PRATTE, « Les nouvelles règles relatives à la filiation », (1982) 13 *R.G.D.* 159, 160. Pour une analyse sommaire de l'évolution qu'ont connue d'autres pays à ce chapitre, voir Rainer FRANK, « Observations comparatives sur la contestation de paternité », (2005) 57 *R.I.D.C.* 85.

725 Selon une chercheure, aucun État n'est intervenu en ce sens. Ainsi, écrit Brigitte Feuillet-Ligier, « [...] un État pourrait opter pour un système simple où la filiation serait fondée sur le seul lien biologique, l'inscription à l'état civil ou la reconnaissance ne pouvant alors se faire sans cette preuve de la vérité biologique. Or, à notre connaissance, aucun droit positif n'a retenu cette conception » : Brigitte FEUILLET-LIGER, « Avant-propos », dans Brigitte FEUILLET-LIGER et Maria-Claudia CRESPO-BRAUNER (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2014, p. 5, à la page 24. L'anthropologue française Françoise Héritier observe pour sa part : « Au total, il n'existe pas jusqu'à nos jours de sociétés humaines qui soient fondées sur la seule prise en considération de l'engendrement biologique, ou qui lui auraient reconnu la même portée que celle de la filiation socialement définie » : Françoise HÉRITIER, *Masculin/Féminin. La pensée de la différence*, Paris, Odile Jacob, 1996, p. 52.

726 Voir par exemple les propos du juge Bellavance dans *Droit de la famille – 2530*, [1996] R.J.Q. 2981 (C.S.) et ceux de la Cour d'appel dans *Droit de la famille – 3544*, J.E. 2000-508 (C.A.). Voir également Michel TÉTRAULT, *Droit de la famille – Aspects juridiques et déontologiques*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 329; *Droit de la famille*, 2e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 619 et *Droit de la famille*, 3e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 1116.

727 Le Québec s'inscrit ainsi dans la tradition romaniste, observable notamment en Belgique et en France. Voir Gérard CORNU, *Droit civil. La famille*, 3e éd., Paris, Montchrestien, 1993, p. 266-270; Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, « Les empreintes génétiques et la filiation : la fin d'une énigme ou la fin des dilemmes ? », dans Brigitte FEUILLET-LIGER et Maria-Claudia CRESPO-BRAUNER, *L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'homme : aspects médico-scientifique, éthique et juridique*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 1997, p. 397, aux pages 398 et suiv. Par opposition à la tradition romaniste, la tradition germanique a quant à elle toujours accordé aux liens du sang un rôle prédominant : Françoise FURKEL, « L'incidence de la biomédecine sur la parenté ou le triomphe de l'amour sur la vérité biologique », dans Maria-Claudia CRESPO-BRAUNER et Brigitte FEUILLET-LIGER (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2014, p. 23, à la page 51.

728 Voir *infra*, p. 152.

729 À titre illustratif, voir *Droit de la famille – 2143*, [1995] R.D.F 137, 140 (C.S.). On pourrait également ajouter la prescription annale à l'intérieur de laquelle le mari (ou son épouse – mère de l'enfant) peut aujourd'hui contester sa filiation avec l'enfant au terme d'une action en désaveu (on en contestation de la présomption de paternité) : art. 531 al. 2 C.c.Q. Par extension, on peut aussi se référer aux deux autres chapitres de l'actuel Titre deuxième. En effet, les règles qui régissent la filiation de l'enfant issu d'une procréation assistée (chapitre 1.1) de même que celles portant sur l'adoption (chapitre 2), permettent tout autant de relativiser la portée du facteur biologique dans l'établissement de la filiation, au sens général du terme.

730 « La filiation juridique ne s'est jamais bornée à n'être que le "calque" des liens de sang » : Anne-Marie SAVARD, « La nature des fictions juridiques au sein du nouveau mode de filiation unisexuée au Québec; un retour aux sources ? », (2006) 47-2 *C. de D.* 377, 380. Voir également les réflexions fort pertinentes du juge Nicholas Kasirer, alors professeur, dans la préface qu'il signe dans l'ouvrage de Marie-France BUREAU, *Le droit de la filiation entre ciel et terre : étude du discours juridique québécois*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009. Voir aussi l'analyse de Robert LECKEY, « Where the Parents are of the Same Sex : Quebec's Reforms to Filiation », (2009) 23 *Int. J. Law & Fam.* 62. Notons que cette conception « mixte » de la filiation dite par le sang existe dans de nombreux pays : Brigitte FEUILLET-LIGER, « Avant-propos », dans Maria-Brigitte FEUILLET-LIGER et Maria-Claudia CRESPO-BRAUNER (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2014, p. 5, à la page 18.

731 Gérard CORNU, *Droit civil. La famille*, 3e éd., coll. « Précis Domat », Paris, Montchrestien, 1993, p. 270, tel que cité par Michelle GIROUX, « Test d'ADN et filiation à la lumière des développements récents : dilemmes et paradoxes », (2002) 32 *R.G.D.* 865, 890. Voir également les propos du juge Louis LeBel (alors à la Cour supérieure) dans *Droit de la famille – 989*, [1991] R.J.Q. 1343, 1358 (C.S.) : « La lecture de l'ensemble des dispositions […] du C.c.Q. portant sur la filiation amène inévitablement à la conclusion que le législateur a refusé d'ériger en système un principe selon lequel seule compterait la "vérité biologique" ». Voir aussi Marie-France BUREAU, *Le droit de la filiation entre ciel et terre : étude du discours juridique québécois*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 20.

732 Le Comité partage l'opinion de Marie Pratte qui, en 1982, écrivait à propos des règles relatives à la filiation par le sang : « Il est dommage que le législateur ait davantage essayé de solutionner divers problèmes particuliers, tel celui des conflits de filiation, plutôt que de créer à partir de nouveaux principes, un ensemble de règles logiques et cohérentes » : Marie PRATTE, « Les nouvelles règles relatives à la filiation », (1982) 13 *R.G.D.* 159, 174.

733 Anne-Marie SAVARD, *Le régime contemporain du droit de la filiation au Québec; d'une normativité institutionnelle à une normativité "fusionnelle"*, thèse de doctorat, Québec, Faculté des études supérieures et postdoctorales, Université Laval, 2011, p. 342, par. 525. Voir également Nicholas KASIRER, « Note introductive », dans CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, *Dictionnaire de droit privé de la famille et lexiques bilingues*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. XIX. Le Groupe de travail Filiation, origines, parentalité (France) présidé par la sociologue Irène Théry privilégie quant à lui les termes « procréation charnelle » : *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Rapport du groupe de travail « Filiation, origines, parentalité », Irène THÉRY (prés.), Paris, Ministère des affaires sociales et de la santé et ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 79.

734 Certains auteurs le constatent expressément, avec un certain étonnement : Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, « Les empreintes génétiques et la filiation : la fin d'une énigme ou la fin des dilemmes ? », dans Christine HENNAU-HUBLET et Bartha Maria KNOPPERS, *L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'homme : aspects médico-scientifique, éthique et juridique*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 1997, p. 397, à la page 404. D'autres en revanche le laissent sous-entendre. Voir par exemple la qualification donnée à la possession d'état par Jean PINEAU et Marie PRATTE, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, no 397, p. 605. Voir également la terminologie employée dans Mireille D. CASTELLI et Dominique GOUBAU, *Le droit de la famille au Québec*, 5e éd., Québec, P.U.L, 2005, p. 195 et suiv. Dans l'affaire *Droit de la famille –*

1260, [1989] R.D.F. 368, 369 (C.Q.), le tribunal déclare à ce propos : « [i]l est tout à fait juste de considérer que les expressions "se prouve" et "s'établit" sont synonymes ». Sur la question, voir également Claire BERNARD et Catherine CHOQUETTE, « Les incidences de l'identification génétique sur le droit de la filiation québécoise », dans Christiane HENNAU-HUBLET et Bartha Maria KNOPPERS (dir.), *L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'homme : aspects médico-scientifique, éthique et juridique*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 1997, p. 351, aux pages 361-362.

735 OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, t. 1, vol. II, projet de Code civil, Québec, Éditeur officiel, 1977, p. 107. Voir également Anne-Marie SAVARD, *Le régime contemporain du droit de la filiation au Québec; d'une normativité institutionnelle à une normativité "fusionnelle"*, thèse de doctorat, Québec, Faculté des études supérieures et postdoctorales, Université Laval, 2011, p. 342, par. 526.

736 Alexandra OBADIA, « L'incidence des tests d'ADN sur le droit québécois de la filiation », (2005) 45 *R.D. McGill* 483, 486. Sur la portée traditionnellement attribuée à ce principe, voir Marie-France BUREAU et Édith GUILHERMONT, « Maternité, gestation et liberté. Réflexions sur la prohibition de la gestation pour autrui en droit québécois », (2011) 4 *Revue de droit et santé de McGill* 43, 50 et suiv. Sans développer d'argumentaires, certains semblent croire en l'inapplicabilité d'un tel principe en droit québécois : voir l'opinion du Juge Dubois dans *Adoption — 091*, 2009 QCCQ 628, par. 44. Voir aussi Marie Christine KIROUAK, « Le projet parental et les nouvelles règles relatives à la filiation : une avancée ou un recul quant à la stabilité de la filiation ? », dans S.F.P.B.Q., vol. 229, *Développements récents en droit familial (2005)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 369, à la page 423 et suiv.

737 Notons que le fait d'inscrire sciemment le nom d'une femme autre que celle qui a accouché de l'enfant constitue un acte criminel au sens du droit criminel : C.cr., art 377(1)b.

738 Si la naissance n'est pas constatée ou déclarée, ou l'est incorrectement ou tardivement, le directeur de l'état civil procède à une enquête sommaire, dresse l'acte de l'état civil sur la foi de l'information qu'il obtient et l'insère dans le registre de l'état civil : C.c.Q., art. 130. Si la déclaration de naissance et le constat de naissance contiennent des mentions contradictoires, par ailleurs essentielles pour permettre d'établir l'état de la personne, l'acte de l'état civil ne pourra être dressé qu'avec l'autorisation du tribunal, sur demande du directeur de l'état civil ou d'une personne intéressée : C.c.Q., art. 131. Sur l'application erronée que font certains juges de ces dispositions, voir Benoît MOORE, « Maternité de substitution et filiation en droit québécois », dans *Liber Amicorum – Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Paris, Dalloz, 2013, p. 859, à la page 868, note 43 et Michelle GIROUX, « Le recours controversé à l'adoption pour établir la filiation de l'enfant né d'une mère porteuse : entre ordre public contractuel et intérêt de l'enfant », (2011) 70 *R. du B.* 509, 524.

739 En France, on reconnaît à la volonté un rôle dans l'établissement (ou plutôt le non établissement) de la filiation maternelle puisqu'on permet à la femme qui a donné naissance d'accoucher « sous X » et de maintenir ainsi la maternité secrète. Voir art. 341-1 C. civ. fr. Aucune action en recherche de maternité n'est admise. Commentant notamment le droit des pays qui admettent l'accouchement « sous X », Brigitte Feuillet-Liger observe : « [....] le fait naturel (l'accouchement) ne suffit pas toujours à établir une filiation juridique qui nécessite, en plus, un acte volontaire de la part de la mère comme l'inscription à l'état civil, voire une reconnaissance. Ainsi, parfois, à défaut de désignation sociale de l'enfant par la mère, l'enfant ne bénéficie pas de filiation juridique [maternelle] » : Brigitte FEUILLET-LIGER, « Avant-propos », dans Maria-Brigitte FEUILLET-LIGER et Maria-Claudia CRESPO-BRAUNER (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2014, p. 5, aux pages 11-12.

740 Voir *infra*, p. 189-190. Notons que, en raison du fondement de la filiation maternelle que constitue l'accouchement (attesté par le constat de naissance), la déclaration de naissance de la mère ne serait ici qu'une simple modalité de communication de la maternité, non pas une « reconnaissance » de filiation à proprement parler (comme c'est le cas pour la filiation paternelle).

741 Voir Jean PINEAU et Marie PRATTE, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, n° 406, p. 635.

742 C.c.Q., art. 108.

743 Selon l'art.113 C.c.Q., la déclaration de naissance doit être transmise dans les 30 jours de la naissance de l'enfant. Une déclaration tardive peut toutefois être faite aux conditions prévues par l'art.130 C.c.Q (ajouté au Code civil en 1999, aux termes de la *Loi modifiant le Code civil en matière de nom et de registre de l'état civil*, L.Q. 1999, c. 47, art. 8) : « Lorsqu'une naissance, un mariage, une union civile ou un décès survenu au Québec n'est pas constaté ou déclaré, ou l'est incorrectement ou tardivement, le directeur de l'état civil procède à une enquête sommaire, dresse l'acte de l'état civil sur la foi de l'information qu'il obtient et l'insère dans le registre de l'état civil. En cas de déclaration tardive s'ajoutant à une autre déclaration sans la contredire, le directeur de l'état civil peut, avec le consentement de l'auteur de la déclaration précédente, apporter la modification correspondante à l'acte de l'état civil. Toutefois, s'il s'agit d'une déclaration de filiation, la modification est, en outre, conditionnelle au consentement de l'enfant âgé de 14 ans ou plus et à l'absence d'un lien de filiation établi en faveur d'une autre personne par un titre, une possession constante d'état ou une présomption légale; elle est aussi conditionnelle à l'absence d'objection d'un tiers dans les 20 jours d'un avis publié conformément aux règles fixées par règlement du gouvernement ».

744 Si une possession constante d'état est constatée à l'égard de celui dont la filiation est consignée dans l'acte de naissance, l'action sera jugée irrecevable en raison du verrou de filiation prévu à l'art. 530 C.c.Q. Voir *infra*, p. 152.

745 On pourra à cet égard avoir recours à une preuve d'ADN obtenue dans les conditions prescrites par l'art. 535.1 C.c.Q.

746 À preuve, l'art. 114 C.c.Q. permet actuellement à la mère de déclarer la filiation de son mari dans la déclaration de naissance, en raison de la présomption de paternité applicable en mariage (C.c.Q., art. 525). On ne peut certainement pas attribuer un fondement volontariste à l'acte de naissance constitué sur la base de cette déclaration. Le problème était encore plus évident avant la réforme de 1994 puisque toute personne autre que celle concernée pouvait théoriquement déclarer la paternité ou la maternité : C.c.B.C., art. 39, 40, 53a, 54 et 55. Voir à ce sujet Serge BARRIÈRE, « Les actes de naissance : qui peut déclarer et quoi », (1989) 49 *R. du B.* 165. *Contra : Droit de la famille – 526*, [1988] R.J.Q. 1766 (C.A.).

747 Voir *infra*, p. 189-190.

748 L'Office de révision du Code civil semblait d'ailleurs partager cette manière de voir les choses : OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, t. 1, vol. II, projet de Code civil, Québec, Éditeur officiel, 1977, p. 107-110.

749 C.c.Q., art. 114 et 130.

750 La confusion s'explique peut-être par l'art.109 C.c.Q. qui précise que « [l]e directeur de l'état civil dresse l'acte de l'état civil en signant la déclaration qu'il reçoit ou en l'établissant lui-même conformément au jugement ou à un autre acte qu'il reçoit […]. Il date la déclaration, y appose un numéro et l'insère dans le registre de l'état civil. Elle constitue, dès lors, l'acte de l'état civil ».

751 Pour un exposé sur la reconnaissance ou la non-reconnaissance par les autres pays de la notion de possession d'état, voir Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, « Réflexions sur les destinées de la possession d'état d'enfant », dans *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet Weiller. Droit des personnes et de la famille. Liber Amicorum*, Strasbourg et Paris, Presses Universitaires de Strasbourg et L.G.D.J., 1994, p. 319, à la page 320.

752 Le traitement s'observera à travers les soins et l'éducation que le prétendu parent procurera à l'enfant, les frais d'entretien qu'il engagera à son profit, et à la manière dont chacun réfèrera à l'autre. Soulignons qu'une possession constante d'état peut exister alors même que l'enfant et le prétendu parent n'habitent pas sous le

même toit. Les faits et gestes qui attestent du traitement parental peuvent donc s'entrevoir à travers l'exercice de droits d'accès : *Droit de la famille – 1528*, 2015 QCCA 59. Notons également que le *tractatus* se formera même si le prétendu parent a agi ainsi parce qu'il a cru, *à tort* (à la suite du dol de la mère), qu'il était le père biologique de l'enfant. En effet, la notion de possession d'état « involontaire » a été clairement rejetée par la Cour d'appel : *Droit de la famille – 1528*, 2015 QCCA 59 et *Droit de la famille – 09358*, 2009 QCCA 332. Sur l'ensemble des critères applicables, voir Alain ROY*, La filiation par le sang et par la procréation assistée (art. 522 à 542 C.c.Q.)*, coll. « Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ) », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 31 et suiv. Notons que la possession constante d'état impliquait naguère le port par l'enfant du nom de son prétendu parent (*nomen*). Depuis la réforme de 1980 qui a permis que l'enfant soit désigné sous le nom de sa mère (C.c.Q., art. 51), ce critère n'a plus la même portée.

753 Notons que la commune renommée n'est pas remise en cause du simple fait que certaines personnes (et non la majorité) entretiennent des doutes sur la paternité biologique du prétendu père : *Droit de la famille – 9358*, 2009 QCCA 332 et *Droit de la famille – 11394*, 2011 QCCA 319.

754 Encore une fois, précisons que la notion de possession d'état involontaire a été rejetée par la Cour d'appel. L'homme concerné ne peut donc faire échec à la possession constante d'état en prétendant qu'il n'aurait pas agi ainsi à l'égard de l'enfant s'il avait su qu'il n'en était pas le père biologique : *Droit de la famille – 1528*, 2015 QCCA 59. Voir aussi *Droit de la famille – 09358*, 2009 QCCA 332.

755 Jean Pineau et Marie Pratte affirment d'ailleurs : « La possession d'état constitue aussi une reconnaissance tacite; n'est-elle pas constituée d'une série d'aveux échelonnés dans le temps ? […] C'est d'ailleurs à titre de reconnaissance tacite que la possession d'état a été utilisée en droit québécois, avant la réforme de 1981 pour démontrer la filiation naturelle » : Jean PINEAU et Marie PRATTE, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 606, note 1979.

756 On pourra à cet égard avoir recours à une preuve d'ADN obtenue dans les conditions prescrites par l'art. 535.1 C.c.Q.

757 Sous réserve du verrou de filiation prévue à l'art. 530 C.c.Q. Voir *infra*, p. 152.

758 Voir d'ailleurs le récent jugement de la Cour d'appel qui a renversé l'interprétation erronée de la Cour supérieure qui avait tenu compte des faits et gestes posés par le prétendu père durant la grossesse : *Droit de la famille – 142296*, 2014 QCCA 1724.

759 Certains auteurs considèrent que la fixation du point de départ de la possession constante d'état à la naissance reflète « l'indice de filiation biologique » qui en résulte, éloignant ainsi la notion de son fondement volontariste : Jean PINEAU et Marie PRATTE, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, n^{o} 397, p. 613. Une telle affirmation est contestable. En effet, nul n'a jamais remis en cause le fondement exclusivement volontariste de la filiation résultant d'une déclaration de naissance alors que, traditionnellement, celle-ci doit être faite à l'intérieur d'un court délai suivant la naissance (C.c.Q., art. 113). L'ajout en 1999 d'une règle permettant, à certaines conditions précises, le dépôt d'une déclaration *tardive* (C.c.Q., art. 130 al. 2) confirme cette conviction. En qualifiant la déclaration de tardive, le législateur conserve clairement son cadre de référence initial.

760 En cas de contestation, le délai se calcule à partir de la naissance (où la possession constante d'état a débuté) jusqu'à l'introduction des procédures. Voir Alain ROY*, La filiation par le sang et par la procréation assistée (art. 522 à 542 C.c.Q.)*, coll. « Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ) », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 32-33.

761 C.c.Q., art. 530. Voir *infra*, p. 152.

762 En prévoyant cette réserve que pourrait constituer une « circonstance exceptionnelle », on fixe législativement la barre à une hauteur minimale, tout en permettant aux tribunaux de l'abaisser si nécessaire.

763 Comme l'affirme Anne-Marie Savard, « [l]'expression "dont on le dit issu" ne pourrait référer plus clairement à la réalité charnelle » : Anne-Marie SAVARD, *Le régime contemporain du droit de la filiation au Québec; d'une normativité institutionnelle à une normativité "fusionnelle"*, thèse de doctorat, Québec, Faculté des études supérieures et postdoctorales, Université Laval, 2011, p. 271, par. 432. Pour une application jurisprudentielle, voir *Droit de la famille – 11394*, 2011 QCCA 319.

764 Ce à quoi elle était à l'origine destinée. Ainsi, explique Marie Pratte, « [c]'est […] d'abord à tire de présomption que la possession d'état a été retenue par le droit. Le mystère entourant le domaine de la procréation a en effet toujours obligé le droit de la filiation à se contenter de preuves plus ou moins approximatives. Parmi celles-ci, la possession d'état a longtemps été jugée comme l'une des plus efficaces. Prenant racine dans le quotidien, caractérisée par une certaine durée, elle traduit une vérité affective qui correspond généralement à la vérité biologique et laisse présumer le lien de filiation » : Marie PRATTE, « La possession d'état : un mode de preuve méconnu », (1993) 24 *R.G.D.* 571, 572, note 1. À l'heure de l'ADN, on peut évidemment s'interroger sur la pertinence d'une telle conception de la possession d'état.

765 L'expression « indice de la filiation biologique » provient de Jean PINEAU et Marie PRATTE, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 607-608; celle de « présomption de lien biologique » est attribuable à Marie-Noël CHARLES, « Le rôle de la possession d'état dans la filiation de l'enfant "fa'a'amu" en Polynésie française », (1995) 30-31 *Droit et société* 445, 448.

766 Notons que l'élément « biologique » de la possession constante d'état n'existe en ces termes que depuis la réforme de 1980. Avant cette époque, la possession d'état servait à prouver l'état de légitimité de l'enfant, à savoir sa conception durant le mariage de ses parents. Ainsi, selon l'art. 230 C.c.B.C., la possession constante d'état s'établissait « […] par une réunion suffisante de faits qui indiqu[aient] le rapport de filiation et de parenté entre un individu et la famille à laquelle il prétend[ait] appartenir ». Comme l'écrit Anne-Marie Savard, « […] la possession d'état ne se souciait pas du lien biologique en soi, non plus que de son apparence, existant entre les parents et l'enfant, mais s'intéressait à savoir si ce lien était marqué du sceau institutionnel du mariage » : Anne-Marie SAVARD, *Le régime contemporain du droit de la filiation au Québec; d'une normativité institutionnelle à une normativité « fusionnelle »*, thèse de doctorat, Québec, Faculté des études supérieures et postdoctorales, Université Laval, 2011, p. 274, par. 435.

767 En revanche, la possession constante d'état demeurerait pertinente en matière de filiation maternelle si on ne le concevait que comme une « preuve » de filiation dont le sang demeure le fondement (ou, en d'autres termes, comme un indice ou une présomption de lien biologique).

768 Voir *infra*, p. 189-190.

769 Voir C.p.c., art. 817.1. Voir par exemple *Lebrun* c. *Directeur de l'état civil*, [2002] R.D.F. 653 (C.S.). En France, le Code civil prévoit expressément la possibilité pour le tribunal de délivrer un acte de notoriété constatant la filiation établie par possession d'état : C. civ. fr., art. 317 et 310-3.

770 Voir Alain ROY*, La filiation par le sang et par la procréation assistée (art. 522 à 542 C.c.Q.)*, coll. « Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ) », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 37.

771 C.c.Q., art. 536.

772 Jean PINEAU et Marie PRATTE, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, n^{o} 399, p. 616.

773 Dès le début des années 80, la jurisprudence a clairement confirmé cette interprétation : *Trudeau* c. *Arial*, [1981] C.S. 727 et *Droit de la famille – 6*, J.E. 83-76 (C.A.). Voir également Alain ROY*, La filiation par le sang et par la procréation assistée (art. 522 à 542 C.c.Q.)*, coll. « Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ) », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 25.

774 Notons que l'Office de révision du Code civil était en faveur d'un tel élargissement : OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, t. 1, vol. II, projet de Code civil, Québec, Éditeur officiel, 1977, p. 187. C'était également l'avis exprimé par le Conseil de la famille en 1990 : CONSEIL DE LA FAMILLE, *Réaction au Plan d'action gouvernemental en matière de politique familiale 1989-1991 – Familles en tête*, Avis 1990, Québec, 1er février 1990, p. 114. Pour une réflexion générale sur le sujet, voir Jean PINEAU et Marie PRATTE, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, no 401, p. 622-626.

775 Dès après l'entrée en vigueur de la réforme de 1980, le professeur Pineau écrivait : « Si l'on désirait que les moyens de prouver la filiation paternelle fussent identiques dans le cas de l'enfant né dans le mariage et dans le cas de l'enfant né en dehors du mariage il eût fallu supprimer complètement la présomption […], ou bien il eût fallu la prévoir également pour les époux de fait » : Jean PINEAU, *La Famille. Droit applicable au lendemain de la "Loi 89"*, Montréal, P.U.M., 1982, p. 201. Au contraire, un rapport français remis en 1999 à Élisabeth Guigou, garde des Sceaux, plaide en faveur d'une présomption réservée aux seuls époux principalement parce que « […] le mariage [doit] continuer à pouvoir se démarquer d[es] autres formes de conjugalité […]. [S]upprimer [la présomption de paternité] ou créer une présomption semblable au profit des couples non mariés nierait les significations respectives du mariage et de l'union libre » : Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Rapport au Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, Paris, La Documentation française, 1999, p. 31 et 33.

776 Benoît Moore y voit un accroc à la philosophie égalitaire du droit de la famille : Benoît MOORE, « Les enfants du nouveau siècle. Libres propos sur la réforme de la filiation », dans S.F.P.B.Q., vol. 176, *Développements récents en droit de la famille (2002)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 75, aux pages 104 à 110; Voir aussi Dominique GOUBAU, « Le Code civil du Québec et les concubins : un mariage discret », (1995) 74 *R. du B. can.* 474, 480 et Claire BERNARD et Catherine CHOQUETTE, « Les incidences de l'identification génétique sur le droit de la filiation québécoise », dans Christiane HENNAU-HUBLET et Bartha Maria KNOPPERS (dir.), *L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'homme : aspects médico-scientifique, éthique et juridique*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 1997, p. 351, à la page 360.

777 Certains se sont déjà prononcés sur la question. En faveur d'un élargissement de la présomption de paternité aux conjoints de fait, voir BARREAU DU QUÉBEC, *Mémoire du Barreau du Québec. Projet de loi 84 (2002) – Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, Montréal, Barreau du Québec, 2002, p. 9 et Benoît MOORE, « Les enfants du nouveau siècle. Libres propos sur la réforme de la filiation », dans S.F.P.B.Q., vol. 176, *Développements récents en droit de la famille (2002)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 75, aux pages 104 à 110. Après avoir défendu le maintien de la présomption au profit des seuls couples mariés, la professeure Pratte (aujourd'hui juge à la Cour du Québec) semble maintenant favorable à son l'élargissement à l'ensemble des couples : voir Marie PRATTE, « Le nouveau Code civil du Québec : Quelques retouches en matière de filiation », dans Ernest CAPARROS (dir.), *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, p. 283, par opposition à Marie PRATTE, « Filiation par le sang », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit civil », *Personnes et famille*, fasc. 29, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, 2011, p. 13, par. 23.

778 Voir *supra*, p. 36 et suiv.

779 À l'exception de la Nouvelle-Écosse. Dans les autres provinces, voir Alberta : *Family Law Act*, S.A. 2003, c. F-4.5, art. 8(1)(d) et (e); Saskatchewan : *Loi de 1997 sur le droit de l'enfance*, L.S. 1997, c. C-8.2, art. 45(1)(a); Manitoba : *Loi sur l'obligation alimentaire*, C.P.L.M. c. F20, art. 23(d); Colombie-Britannique : *Family Law Act*, S.B.C. 2001, c. 25, art. 26(2)(d); Ontario : *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, L.R.O. 1990, c. C.12, art. 8(1)(4); Terre-Neuve et Labrador : *Children's Law Act*, R.S.N.L. 1990, c. C-13, art. 10(1)(e); Île-du-Prince-Édouard : *Child Status Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. C-6, art. 9(4)(c); Nouveau-Brunswick : *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, c. F-2.2, art. 103(1)(d); Yukon : *Loi sur le droit de l'enfance*, L.R.Y. 2002, c. 31, art. 12(1)(d); Territoires du Nord-Ouest : *Loi sur le droit de l'enfance*, L.T.N.-O. 1997, c. 14, art. 8(1)(d) et Nunavut : *Loi sur le droit de l'enfance*, L.T.N.-O. (Nu) 1997, c. 14, art. 8(1)(d)). Notons que c'est également la proposition de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada : *Loi uniforme de 2010 sur le statut de l'enfant*, art. 4(1), en ligne : http://chlc.ca/fr/lois-uniformes-nouvelle-structure/lois-uniformescourantes/655-

statut-de-l-enfant-1/1414-loi-uniforme-de-2010-sur-le-statut-de-l-enfant (page consultée le 8 février 2015). Soulignons qu'aucun pays de droit civil n'aurait franchi ce pas (du moins selon l'état des connaissances en 2002) : Johanne SOSSON, « Les enfants de concubins. Aspects de droit comparé », dans *Études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi. Des concubinages. Droit interne – Droit international – Droit comparé*, Paris, Litec, 2002, p. 393, à la page 396.

780 Ou, plus précisément, du jour où la présomption a pris effet : C.c.Q., art. 531 al. 1.

781 C.c.Q., art. 531 al. 1. Les professeurs Pineau et Pratte semblent partager cet avis : « Si l'on modifie ainsi le champ d'application de la présomption, il faudra prendre en conscience que l'on désignera notamment comme père l'homme qui vivait, certes, en union de fait avec la mère au moment de la conception ou de la naissance, mais qui n'a tout de même pas reconnu l'enfant et ne s'en est jamais occupé. Et s'il n'était pas le père ? Il pourra, certes, désavouer l'enfant; mais dans un tel contexte, ne devrait-on pas assouplir le délai durant lequel cette action peut être introduite ? » : Jean PINEAU et Marie PRATTE, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, n^{o} 259, p. 198-202. Notons que dans les provinces canadiennes anglaises, la paternité du conjoint peut être contestée en tout temps et en toutes circonstances. Voir Alberta : *Family Law Act*, S.A. 2003, c. F-4.5, art. 9; Saskatchewan : *Loi de 1997 sur le droit de l'enfance*, L.S. 1997, c. C-8.2, art. 43; Manitoba : *Loi sur l'obligation alimentaire*, C.P.L.M. c. F20, art. 20; Colombie-Britannique : *Family Law Act*, S.B.C. 2001, c. 25, art. 31; Ontario : *Loi portant réforme du droit de l'enfance***,** L.R.O. 1990, c. C.12, art. 4; Terre-Neuve et Labrador : *Children's Law Act*, R.S.N.L. 1990, c. C-13, art. 7; Île-du-Prince-Édouard : *Child Status Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. C-6, art. 5; Nouveau-Brunswick : *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, c. F-2.2, art. 100; Nouvelle-Écosse : *Vital Statistics Act*, R.S.N.S. 1989, c. 494, art. 11A; Yukon : *Loi sur le droit de l'enfance*, L.R.Y. 2002, c. 31, art. 9; Territoires du Nord-Ouest : *Loi sur le droit de l'enfance*, L.T.N.-O. 1997, c. 14, art. 5 et Nunavut : *Loi sur le droit de l'enfance*, L.T.N.-O. (Nu) 1997, c. 14, art. 5.

782 Rappelons que le délai d'un an constitue davantage un délai de déchéance qu'un véritable délai de prescription : Mireille D. CASTELLI et Dominique GOUBAU, *Précis de droit de la famille*, Québec, P.U.L, 2000, p. 160, note 52.

783 Mentionnons que le professeur Pineau a toujours soutenu que, même avant la réforme de 1980, la paternité du mari pouvait être contestée au-delà du délai d'un an par l'enfant et son véritable père : Jean PINEAU, *La Famille. Droit applicable au lendemain de la "Loi 89"*, Montréal, P.U.M., 1982, p. 199 et 214.

784 C.c.Q., art. 536.

785 Voir *infra*, p. 151-152.

786 Un tel libellé permettrait d'établir expressément le rang qu'occuperait la présomption de paternité dans la hiérarchie des modes d'établissement de la filiation, ce que l'actuel art. 525 C.c.Q. ne fait pas. Ce silence a d'ailleurs donné lieu à une certaine controverse au début des années 80. Profitant de l'absence de précision législative, le professeur Jean Pineau prétendait que, malgré la réforme, la présomption de paternité primait la filiation résultant de la reconnaissance formelle de paternité dans la déclaration de naissance, de même que la possession constante d'état. Voir Jean PINEAU, *La Famille. Droit applicable au lendemain de la "Loi 89"*, Montréal, P.U.M., 1982, n^{o} 266, p. 209.

787 Les « 300 jours » correspondent au délai maximal de gestation : Marie PRATTE, « Filiation par le sang », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit civil », *Personnes et famille*, fasc. 29, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, 2011, p. 12, par. 20.

788 À l'instar de l'actuel art. 525 al. 3 C.c.Q. (introduit lors de la réforme de 1980), la présomption ne jouerait point à l'égard de l'ex-conjoint, mais elle s'appliquerait à l'égard du nouveau conjoint. Jean Pineau écrit qu'une telle application « […] correspond probablement à la vérité biologique » : Jean PINEAU, *La Famille. Droit applicable au lendemain de la "Loi 89"*, Montréal, P.U.M., 1982, n^{o} 266, p. 209. Monique Ouellette observe dans le même sens : « [l]'on présume, en somme, que les nouveaux époux ont "pris de l'avance", le mariage régularisant une situation de fait ». Monique OUELLETTE, *Droit des personnes et de la famille*, 3^{e}

éd., Montréal, Édition Thémis, 1980, p. 228. Voir également Mireille D. CASTELLI et Dominique GOUBAU, *Le droit de la famille au Québec*, 5e éd., Québec, P.U.L, 2005, p. 206. L'application de la présomption de paternité à l'égard du second conjoint viserait également à préserver l'unité et la stabilité de la nouvelle cellule familiale : Marie PRATTE, « Filiation par le sang », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit civil », *Personnes et famille*, fasc. 29, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, 2011, p. 13, par. 22.

789 Rappelons que le Comité propose d'attribuer ce nouveau nom à la séparation de corps. Voir *supra*, p. 136-137.

790 Rappelons que cette déclaration doit être transmise au directeur de l'état civil dans les 30 jours de la naissance en vertu de l'art.113 C.c.Q. Si la déclaration de la mère a été faite sans droit, celle-ci ayant déclaré la paternité d'un homme qui n'était pas son mari (ou conjoint uni civilement) au jour de la conception ou de la naissance de l'enfant, le père (ou un tiers intéressé) pourra demander au tribunal de rayer la filiation paternelle inscrite sur l'acte de naissance aux termes d'une requête en rectification ou d'une action en contestation d'état : *Droit de la famille – 200*, J.E. 85-468 (C.S.) et *S.* c. *D.*, [1996] R.L. 447 (C.S.).

791 Notons que le directeur de l'état civil s'appuie sur la déclaration de la mère, sans chercher à vérifier la validité des informations qui lui sont fournies dans la déclaration, dont la date du mariage. Voir *Règlement relatif à la tenue et à la publicité du registre de l'état civil*, (1993) 125 G.O. II, 8051, art. 3(2).

792 Sur la preuve de la filiation que constitue l'acte de naissance, voir *infra*, p. 189-190. En Ontario, au contraire, pour acquérir ce caractère, la présomption doit faire l'objet d'une ordonnance déclaratoire du tribunal : *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, L.R.O. 1990, c. C-12, art. 4(1) et 4(2).

793 Voir C.p.c., art. 817.1. Évidemment, si les conditions de l'art. 130 al. 2 C.c.Q. sont satisfaites, une déclaration tardive de naissance pourrait être faite afin que la filiation résultant de la présomption de paternité soit transposée sur l'acte de naissance (auquel cas la filiation découlera d'abord de ladite déclaration et non plus uniquement de la présomption de paternité). Voir Alain ROY*, La filiation par le sang et par la procréation assistée (art. 522 à 542 C.c.Q.)*, coll. « Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ) », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 37.

794 La présomption est non seulement devenue un mode de preuve subsidiaire, mais les règles de preuve dans le cadre des actions en désaveu, autrefois très strictes (voir C.cB.C., art. 219 et suiv.), se sont considérablement assouplies : Monique OUELLETTE, *Droit de la famille*, Montréal, Éditions Thémis, 1984, p. 116.

795 Jean PINEAU et Marie PRATTE, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, n° 405, p. 633. Voir également n° 400, p. 617, note 2029. Pour de plus amples explications sur les retouches apportées par la réforme de 1994, voir Marie PRATTE, « Le nouveau Code civil du Québec : Quelques retouches en matière de filiation », dans Ernest CAPARROS (dir.), *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, p. 283, aux pages 286-291.

796 Obtenu dans les conditions prescrites par l'art. 535.1 C.c.Q.

797 Notons que la contestation de la filiation devra se faire dans le cadre d'une action indépendante : *Droit de la famille – 2650*, [1997] R.J.Q. 1418 (C.S.).

798 À l'exception du cas où le conjoint est absent au sens de l'art. 84 C.c.Q. ou qu'il est décédé après la conception de l'enfant. Cela dit, si les enjeux financiers sont importants, on peut penser que le tuteur au conjoint absent, le cas échéant, ou la succession du conjoint décédé, contestera la présomption.

799 Marie PRATTE, « Filiation par le sang », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit civil », Personnes et famille, fasc. 29, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, 2011, p. 13, par. 23. Voir par exemple *M.-C.L.* c. *P. C. (Succession de)*, J.E. 2004-338 (C.S.).

800 Pour une opinion contraire, voir *H.M.* c. *D.L.V.*, [2001] R.D.F. 446 (C.S.).

801 Rappelons qu'avant l'avènement de la preuve scientifique, la paternité était vue comme un phénomène « occulte et incertain » : Pierre-Basile MIGNEAULT, *Le droit civil canadien*, t. 2, Montréal, C. Théorêt Éditeur, 1895, p. 61. En 1994, la professeure Monique Ouellette laissait sous-entendre que la libéralisation de l'ADN pourrait bien avoir raison de la présomption de paternité : Monique OUELLETTE, *Droit de la famille*, 2e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1994, p. 69.

802 La même question se pose dans plusieurs pays : « Ainsi qu'il ressort d'une étude du Conseil de l'Europe sur l'évolution de la législation dans les États membres, cette règle (la présomption de paternité) se réduit de plus en plus à une présomption simple qui ne cesse de perdre de son importance du fait des techniques médicales modernes (examens sanguins et génétiques) » : Rainer FRANK, « L'établissement et les conséquences de la filiation maternelle et paternelle en droit européen », (1999) 51 *R.I.D.C*. 29, 31-32.

803 Marie PRATTE, « Filiation par le sang », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit civil », Personnes et famille, fasc. 29, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, 2011, p. 15, par. 28. Voir cependant Monique OUELLETTE, *Droit de la famille*, 2e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1995, p. 62 et Jean PINEAU, « Les preuves de la filiation », (1981) 22 *C. de D.* 337, 342.

804 *Droit de la famille – 819*, [1992] R.J.Q. 581 (C.A.) et Marie PRATTE, « Filiation par le sang », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit civil », Personnes et famille, fasc. 29, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, 2011, p. 15, par. 28. Voir cependant Mireille D. CASTELLI et Dominique GOUBAU, *Le droit de la famille au Québec*, 5e éd., Québec, P.U.L, 2005, p. 207. Évidemment, si la mère de l'enfant et l'enfant de 14 ans ou plus y consentent, le « père » concerné pourrait également faire une déclaration de naissance tardive, conformément à l'art. 130 al. 2 C.c.Q. Par ailleurs, puisque la reconnaissance volontaire n'*établit* pas la filiation, celui qui réclame une filiation qui contredit la reconnaissance volontaire n'a pas à joindre une action en contestation d'état à son action en réclamation d'état : C.c.Q., art. 532 al. 2.

805 C.c.Q., art. 2850. Voir également Mario PROVOST, « Les types de filiation », dans *Droit de la famille québécois*, Brossard, Éditions CCH, p. 50-075 et Alain ROY, *La filiation par le sang et par la procréation assistée (art. 522 à 542 C.c.Q.)*, coll. « Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ) », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 55. Commentant la reconnaissance volontaire lors des travaux parlementaires portant sur la réforme de 1980, le ministre de la Justice déclarait d'ailleurs : « C'est au tribunal d'apprécier si la reconnaissance doit valoir vis-à-vis les tiers. La reconnaissance ne lie que son auteur. […] Afin de lui permettre de lier les tiers, il faut qu'elle soit entérinée par le tribunal qui apprécie toutes les circonstances » : QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission permanente de la justice*, 6e sess., 31e légis., 15 décembre 1980, « Étude du projet de loi no 89 – *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille (4)* », p. B-702.

806 Ce jugement ordonnera au directeur de l'état civil d'inscrire la filiation maternelle sur l'acte de naissance de l'enfant : C.p.c., art. 817.1. Voir *infra*, p. 190.

807 Notons au passage que dans la très grande majorité des situations, la filiation établie par la volonté reflétera la vérité biologique.

808 Tel qu'obtenue dans les conditions prescrites par l'art. 535.1 C.c.Q. Ici encore, le jugement ordonnera au directeur de l'état civil d'inscrire la filiation sur l'acte de naissance de l'enfant : C.p.c., art. 817.1.

809 Compte tenu de son application courante, certains seront certainement tentés de présenter cette exception comme un principe.

810 *Droit de la famille – 1528*, 2015 QCCA 59.

811 *Droit de la famille – 2252*, [1996] R.D.F. 889 (C.S.). Notons que « [l]'idée selon laquelle on peut se fonder sur la possession d'état […] pour stabiliser la filiation, est une considération propre aux pays de droits romanistes [*sic*] » : Rainer FRANK, « Observations comparatives sur la contestation de paternité », (2005) 57 *R.I.D.C.* 85, 88-93.

812 « Si le fait de naître est de l'ordre du naturel, la manière d'organiser cette naissance et de donner un statut de parents est un fait culturel et social » : Anne CADORET, « Maternité et parenté plurielle », dans Diana MARRE, *Adopcion Internacional y Nacional : Familia, educacion y pertenencia : perspectivas interdisciplinares y comparativas*, Barcelona, Universidad Autónoma de Barcelona, 2009, en ligne : http://claradoc.gpa.free.fr/doc/358.pdf (page consultée le 19 décembre 2014). Voir également Brigitte FEUILLET-LIGER, « Avant-propos », dans Brigitte FEUILLET-LIGER et Maria-Claudia CRESPO-BRAUNER (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2014, p. 5, à la page 19.

813 Voir *supra*, p. 145. Voir également *infra*, p. 189-190.

814 Le directeur de l'état civil aura le devoir de vérifier la validité de la déclaration, notamment en fonction des conditions prescrites par l'art. 114 C.c.Q.

815 Voir *supra*, p. 145. D'ailleurs, dans *Droit de la famille – 1528*, 2015 QCCA 59, par. 12, la Cour d'appel justifie ainsi le verrou de filiation de l'art. 530 C.c.Q. : « L'appelant a choisi et voulu que son nom soit inscrit, à titre de père, sur l'acte de naissance ».

816 C.c.Q., art. 114 *in fine*. Cette observation ne tient que si la présomption de paternité est conservée. Un auteur écrit : « Certes, l'acte de naissance ne pourra valoir comme reconnaissance de paternité ou de maternité que si le père ou la mère y comparaissent en personne ou par fondé de procuration spéciale. Mais le législateur ne semble pas avoir conçu l'acte de naissance comme véhicule des reconnaissances de paternité et maternité, à l'exclusion de toute mention à ce sujet si le père et la mère ne sont pas présents » : Serge BARRIÈRE, « Les actes de naissance : qui peut déclarer et quoi », (1989) 49 *R. du B.* 165, 170.

817 C.p.c., art. 817.1.

818 À titre d'exemple, la mauvaise phraséologie de l'art. 532 al. 3 C.c.Q. qui laisse entendre que l'action en contestation de filiation doit être dirigée contre l'enfant dans le cadre du désaveu ou de la contestation de paternité présumée (en sus de la mère et, selon le cas, du père présumé), mais non dans les autres cas. Ce qui serait évidemment insensé.

819 L'art. 537 C.c.Q. prévoit en ces termes la transmissibilité du droit d'action aux héritiers du requérant : « Le décès du père présumé ou de la mère avant l'expiration du délai prévu pour le désaveu ou la contestation d'état n'éteint pas le droit d'action. Toutefois, ce droit doit être exercé par les héritiers dans l'année qui suit le décès ».

820 Voir *supra*, p. 148. Il semble que la tendance observable dans plusieurs pays soit au même effet. Dans les pays nordiques que sont la Norvège, le Danemark et la Suède, l'action est imprescriptible : Rainer FRANK, « L'établissement et les conséquences de la filiation maternelle et paternelle en droit européen », (1999) 51 *R.I.D.C*. 29, 31.

821 Tel est le cas du droit allemand : Rainer FRANK, « Observations comparatives sur la contestation de paternité », (2005) 57 *R.I.D.C.* 85, 86. Une préoccupation d'harmonisation des actions judiciaires a également été exprimée en France dans un rapport gouvernemental : Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Rapport au Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, Paris, La Documentation française, 1999, p. 50.

822 Le deuxième alinéa de l'art. 536 C.c.Q. prévoit la transmissibilité du droit d'action aux héritiers en ces termes : « Les héritiers de l'enfant décédé sans avoir réclamé son état, alors qu'il était encore dans les délais utiles pour le faire, peuvent agir dans les trois ans de son décès ».

823 Monique OUELLETTE, *Droit de la famille*, Montréal, Éditions Thémis, 1984, p. 127. Notons que le droit français prévoit que les actions relatives à la filiation se prescrivent en principe par dix ans, mais que, à l'égard de l'enfant, le délai est suspendu durant la minorité : C. civ. fr., art. 321.

824 Voir C.c.Q., art. 1013 en matière d'indivision; art. 1190 en matière de servitude; art. 1240 en matière de substitution; art. 2799 en matière d'hypothèque immobilière; art. 2926.1 et 2930 en matière de responsabilité civile et art. 3022 en matière de publicité des droits.

825 Pour une autre perspective, voir Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Rapport au Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, Paris, La Documentation française, 1999, p. 50.

826 Sous réserve de l'art. 223 C.c.B.C. En fait, en vertu des art. 235 et 236 C.c.B.C., les actions étaient imprescriptibles dans le cas de l'enfant et des héritiers. Quant aux tiers, diverses interprétations étaient soutenues : Monique OUELLETTE, *Droit des personnes et de la famille*, 3e éd., Montréal, Édition Thémis, 1980, p. 234. Avant 1994, l'action en réclamation d'état était prescriptible par 30 ans en vertu de l'art. 589 C.c.Q. (1980), mais on considérait généralement comme imprescriptible l'action en contestation d'état en raison des termes « à tout moment » employés à l'art. 588 C.c.Q. (1980) : « Toute personne intéressée, y compris le père ou la mère, peut, à tout moment, contester par tous moyens la filiation de celui qui n'a pas une possession d'état conforme à son acte de naissance. […] ». Voir *Droit de la famille – 1325*, [1990] R.D.F. 423 (C.S.). En droit français, avant 1972, l'état d'une personne était jugé imprescriptible. La loi du 3 janvier 1972 sur la filiation a établi le délai à 30 ans (art. 311-7 C. civ. fr.). Depuis l'ordonnance du 4 juillet 2005, le délai est établi à dix ans (art. 321 C. civ. fr.). Ce délai est toutefois ramené à cinq ans si le lien est corroboré par une possession d'état conforme (art. 333 C. civ. fr.). En droit anglais et russe et dans les pays nordiques que sont la Norvège, le Danemark et la Suède, les actions en contestation de filiation (intentée dans les conditions prescrites par la loi) seraient imprescriptibles : Rainer FRANK, « Observations comparatives sur la contestation de paternité », (2005) 57 *R.I.D.C.* 85, 88-89.

827 Bien qu'ils viennent aux droits de l'enfant ou du parent, c'est au nom d'un intérêt monétaire que les héritiers rechercheront l'établissement de la filiation de leur auteur ou en contesteront le bien-fondé. D'action d'état qu'elle était du vivant de l'enfant ou du parent, le recours se transformera après son décès en action pécuniaire. Voir Jean PINEAU et Marie PRATTE, *La famille*, Montréal, Thémis, 2006, no 412, p. 647.

828 L.Q. 2002, c. 6.

829 Pour un exposé historique des règles du Code civil en matière de procréation assistée, voir Mario PROVOST, « La procréation assistée », dans *Droit de la famille québécois,* Brossard, Éditions CCH*,* p. 50-205 et Jacques BEAULNE, « Réflexions sur quelques aspects de la procréation médicalement assistée en droit des personnes et de la famille », (1995) 26 *R.G.D.* 235.

830 « Toute femme en âge de procréer peut en effet se prévaloir d'une assistance à la procréation, peu importe les raisons de son "incapacité" à procréer naturellement. Cette "incapacité" peut non seulement s'expliquer par des motifs biologiques, elle peut également trouver réponse dans son orientation sexuelle ou dans sa volonté de vivre une maternité sans "interférence" paternelle » : Alain ROY*, La filiation par le sang et par la procréation assistée (art. 522 à 542 C.c.Q.)*, coll. « Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ) », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 152. Sur la question, voir aussi Marie PRATTE, « La filiation réinventée : l'enfant menacé ? », (2003) 33 *R.G.D.* 541, 552.

831 Le droit québécois ne conçoit donc plus l'assistance à la procréation comme étant une alternative à l'infertilité biologique : Louise VANDELAC, « La famille reconstituée par la biologie : des flous du droit au

droit floué ? », (1999) 33 *R.J.T.* 372, 386. Avant la réforme de 2002, les cliniques réservaient généralement leurs services aux couples hétérosexuels dont l'un des conjoints souffrait d'infertilité : Mireille D. CASTELLI et Dominique GOUBAU, *Le droit de la famille au Québec*, Ste-Foy, P.U.L., 2005, p. 233. Dans son avis de 2009, la Commission de l'éthique de la science et de la technologie remarquait que, pour l'année 2007, « [...] environ 50 % des dons de sperme ont été utilisés pour pallier une indication médicale ou une infertilité inexpliquée. L'autre partie des dons est allée à des femmes qui en ont fait la demande pour des raisons personnelles ou sociales (environ 40 % pour des femmes homosexuelles et 10 % pour des femmes seules) » : COMMISSION DE L'ÉTHIQUE DE LA SCIENCE ET DE LA TECHNOLOGIE, *Avis éthique et procréation assistée : des orientations pour le don de gamètes et d'embryons, la gestation pour autrui et le diagnostic préimplantatoire*, Québec, Gouvernement du Québec, 2009, p. 29.

832 Ce faisant, le législateur québécois introduit ce qu'il est aujourd'hui convenu d'appeler « l'homoparenté ».

833 C.c.Q., art. 541.

834 La notion de « conjoint » employée à l'art. 538 C.c.Q. doit être comprise en fonction de la définition inclusive énoncée à l'art. 61.1 de la *Loi d'interprétation*, RLRQ, c. I-16.

835 Pensons à un gai et une lesbienne qui voudraient avoir un enfant en commun. Sur la question, voir Marie-Christine KIROUAK, « Le projet parental et les nouvelles règles relatives à la filiation : une avancée ou un recul quant à la stabilité de la filiation ? », dans S.F.P.B.Q., *Développements récents en droit familial (2005)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 369, à la page 388.

836 *F.P.* c. *P.C.*, [2005] R.D.F. 268, par. 79-80 (C.S.).

837 C'est ce qu'on appelle traditionnellement la procréation « médicalement assistée » : « […] qui a lieu en clinique, est effectuée par un personnel professionnel et implique généralement un don de sperme anonyme » : *F.P.* c. *P.C.*, [2005] R.D.F. 268, par. 14 (C.S.).

838 On réfère ici à la procréation réalisée « […] sans relation sexuelle et sans intervention d'un personnel professionnel, où l'insémination du sperme est faite de façon "artisanale" par la personne même qui le reçoit ou avec l'aide de quelqu'un d'autre » : *F.P.* c. *P.C.*, [2005] R.D.F. 268, par. 14 (C.S.).

839 C.c.Q., art. 538.2 al. 2. L'expression a été utilisée pour la première fois lors des travaux parlementaires entourant l'adoption de l'art. 538.2 al. 2 C.c.Q. : QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des institutions*, 2e sess., 36e légis., 15 mai 2002, « Consultations particulières sur le projet de loi n° 84 - *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation* », 16 h 30 (M. Bégin). Elle a ensuite été reprise par la jurisprudence : *F.P.* c. *P.C.*, [2005] R.D.F. 268, par. 64 (C.S.).

840 Ainsi, la *Loi [provinciale] sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée* (RLRQ, c. A-5.01), ne vise que la procréation médicalement assistée, et couvre à la fois les procréations assistées hétérologues et homologues. Le champ d'application de la *Loi [fédérale] sur la procréation assistée* (L.C. 2004, c. 2) s'avère quant à lui plus large, comme le démontre clairement le nouvel art. 10(1) introduit par l'art. 716 de la *Loi sur l'emploi, la croissance et la prospérité durable* (L.C. 2012, c. 19) qui vise clairement la procréation « artisanalement assistée », mais qui n'est toutefois jamais entré en vigueur. Voir également la définition qu'en retient la Commission de l'éthique de la science et de la technologie dans son avis sur la procréation assistée produit en 2009 : COMMISSION DE L'ÉTHIQUE DE LA SCIENCE ET DE LA TECHNOLOGIE, *Avis éthique et procréation assistée : des orientations pour le don de gamètes et d'embryons, la gestation pour autrui et le diagnostic préimplantatoire,* Québec, Gouvernement du Québec, 2009, p. 10.

841 C.c.Q., art. 538.1.

842 C.c.Q., art. 538.3.

843 C.c.Q., art. 538.2.

844 Pensons, par exemple, au recours à des dons provenant de membres de la famille (dons intragénérationnels) qui peuvent avoir d'importantes répercussions sur les fondements sociologiques et anthropologiques de la parenté, voire sur l'identité des individus. Pour une analyse des enjeux éthiques à la base de la procréation médicalement assistée, voir COMMISSION DE L'ÉTHIQUE DE LA SCIENCE ET DE LA TECHNOLOGIE, *Avis éthique et procréation assistée : des orientations pour le don de gamètes et d'embryons, la gestation pour autrui et le diagnostic préimplantatoire*, Québec, Gouvernement du Québec, 2009, p. 56.

845 RLRQ, c. A-5.01. D'ailleurs, le projet de *Loi édictant la Loi favorisant l'accès aux services de médecine de famille et de médecine spécialisée et modifiant diverses dispositions législatives en matière de procréation assistée* (projet de loi n° 20 [présentation – 28 novembre 2014], 1re sess., 41e légis. [Qc]) prévoit l'imposition de certaines conditions additionnelles en matière de procréation médicalement assistée, notamment une évaluation psychosociale des candidats et la fixation d'un âge minimal et maximal de la femme qui souhaite être inséminée. Voir les nouveaux art. 10.1 et 10.2, tel qu'introduits par l'art. 3 du projet. Voir *infra*, p. 182-183 et 186-188.

846 Voir *supra*, p. 19-20.

847 Les propos du juge Jean-Pierre Senécal sont sans équivoque : *F.P.* c. *P.C.*, [2005] R.D.F. 268, par. 72 (C.S.) et *Droit de la famille – 07528*, 2007 QCCA 361. Sur la question, voir également Alain ROY*, La filiation par le sang et par la procréation assistée (art. 522 à 542 C.c.Q.)*, coll. « Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ) », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 153.

848 *Droit de la famille – 111729*, 2011 QCCA 1180, par. 42. Voir Alain ROY*, La filiation par le sang et par la procréation assistée (art. 522 à 542 C.c.Q.)*, coll. « Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ) », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 176-177 et Mario PROVOST, « La procréation assistée par relation sexuelle : qu'en est-il si ... », (2005) 7-4 *Bulletin de la Collection du Juriste* 3.

849 Voir *supra*, p. 141 et suiv.

850 Voir *supra*, p. 143.

851 C.c.Q., art. 2803 et 2804. La preuve exigible est bien sûr la prépondérance des probabilités : Voir *Droit de la famille – 10190*, 2010 QCCS 348, par. 31 et 37, confirmé en appel à *Droit de la famille – 111729,* 2011 QCCA 1180, par. 45.

852 Mireille D. CASTELLI et Dominique GOUBAU*, Droit de la famille,* 5e éd., Québec, P.U.L., 2005, p. 234; Alain Roy, « Famille », (2005) 107 *R. du N.* 1, 12-13; Marie PRATTE, « La filiation réinventée : L'enfant menacé ? », (2003) 33 *R.G.D.* 541, 562-563; Sonia LEBRIS, « Procréation médicalement assistée et parentalité à l'aube du 21e siècle », (1994) *1 C.P. du N.* 133, 156; Suzanne PHILIPS-NOOTENS et Carmen LAVALLÉE, « De l'état inaliénable à l'instrumentalisation : La filiation en question », dans Pierre-Claude LAFOND et Brigitte LEFEBVRE (dir.), *L'union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21e siècle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 337, à la page 347. Pour une réflexion sociojuridique abordant la problématique du formalisme (ou d'absence de formalisme) dans le contexte des pratiques familiales des couples lesbiens, voir Robert LECKEY, « Lesbian Parental Projects in Word and Deed », (2011) 45 *R.J.T.* 315. Pour certains, ces conditions de forme s'imposent non pas tant pour des raisons liées à la preuve que pour assurer une certaine forme d'institutionnalisation de la filiation : Anne-Marie SAVARD, « L'établissement de la filiation à la suite du recours à la gestation pour autrui : l'adoption par consentement spécial est-il le moyen approprié en droit québécois », dans Christelle LANDHEER-CIESLACK (dir.), *Mélanges en l'honneur de Édith Deleury*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, à paraître. En France, « [l]es époux ou les concubins qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur, doivent préalablement donner, dans des conditions garantissant le secret, leur

consentement au juge ou au notaire, qui les informe des conséquences de leur acte au regard de la filiation » : C. civ. fr., art. 311-20.

853 Pour une illustration des difficultés de preuve auxquelles pourraient faire face les parties, voir *S.G.* c. *L.C.,* J.E. 2004-1151 (C.S.).

854 Curieusement, alors que l'art. 523 C.c.Q., au chapitre de la filiation par le sang, énonce que la filiation se *prouve* par l'acte de naissance, l'art. 538.1 C.c.Q., au chapitre de la procréation assistée, prévoit quant à lui que la filiation de l'enfant *s'établit* (comme la filiation par le sang) par l'acte de naissance.

855 C.c.Q., art. 538.1. Voir également C.c.Q., art. 115.

856 C.c.Q., art. 538.1. Sur la manière de concevoir les critères à la base de la possession d'état en matière de procréation assistée, voir Benoît MOORE, « Les enfants du nouveau siècle (libre propos sur la réforme de la filiation) », dans S.F.P.B.Q., vol. 176, *Développements récents en droit de la famille (2002)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 75, à la page 83.

857 C.c.Q., art. 538.3. Voir aussi l'art. 114 C.c.Q. qui, en application de la présomption, permet à l'un des conjoints de déclarer la filiation de l'autre si la conception ou la naissance survient pendant le mariage ou l'union civile. Voir *supra*, p. 149.

858 Sur les justifications à la base de cette absence, voir Alain ROY*, La filiation par le sang et par la procréation assistée (art. 522 à 542 C.c.Q.)*, coll. « Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ) », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 166.

859 « [...] les modes de preuve que constituent l'acte de naissance, la présomption de parenté, ainsi que la possession d'état ont été conservés et s'appliquent, de manière simiesque, à la filiation des enfants nés d'une procréation assistée, même dans le cas des parents de même sexe » : Anne-Marie SAVARD, « L'établissement de la filiation à la suite du recours à la gestation pour autrui : l'adoption par consentement spécial est-il le moyen approprié en droit québécois », dans Christelle LANDHEER-CIESLACK (dir.), *Mélanges en l'honneur de Édith Deleury*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, à paraître.

860 Voir *supra*, p. 144. Pour l'application de cette règle en matière de procréation assistée, voir Michelle GIROUX, « Le recours controversé à l'adoption pour établir la filiation de l'enfant né d'une mère porteuse : entre ordre public contractuel et intérêt de l'enfant », (2011) 70 *R. du B.* 509, 522-523 et Anne-Marie SAVARD, « L'établissement de la filiation à la suite du recours à la gestation pour autrui : l'adoption par consentement spécial est-il le moyen approprié en droit québécois », dans Christelle LANDHEER-CIESLACK (dir.), *Mélanges en l'honneur de Édith Deleury*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, à paraître. *Contra :* Marie-Christine KIROUAK, « Le projet parental et les nouvelles règles relatives à la filiation : une avancée ou un recul quant à la stabilité de la filiation ? », dans S.F.P.B.Q., vol. 229, *Développements récents en droit familial (2005),* Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 369, aux pages 466 et suiv. Dans la décision *Adoption – 09185*, 2009 QCCQ 8703, le juge Tremblay semble croire qu'il est possible pour la mère d'intention ayant fourni ses ovules de faire établir sa filiation sur la base d'une preuve génétique. Pour une perspective semblable, voir aussi *Adoption – 10489*, 2010 QCCQ 19971, par. 17 et *A.* c. *E.S. A.-M.M.*, C.Q. Montréal, n° 525-43-005788-092, 7 janvier 2010, j. Wilhelmy, par. 50. Pour une critique de la règle, voir Marie-France BUREAU et Édith GUILHERMONT, « Maternité, gestation et liberté. Réflexions sur la prohibition de la gestation pour autrui en droit québécois », (2011) 4 *Revue de droit et santé de McGill* 43.

861 Cette conception de la filiation maternelle est conforme à la proposition de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada qui la justifie ainsi : « La mère naturelle est la mère légale de l'enfant au moment de la naissance. Cette règle s'applique que l'enfant ait ou non été conçu à partir de l'ovule de la mère ou d'une donneuse, ce qui procure une stabilité pour l'enfant et un traitement identique pour la conception naturelle et la conception assistée. La règle est compatible avec l'exigence du paragraphe 7(1) de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant, qui prévoit que, dès sa naissance, l'enfant a le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et le droit de connaître ses parents. Elle est également

compatible avec le traitement reçu historiquement par les mères en common law comme en droit civil, et sous le régime des lois actuelles sur les statistiques de l'état civil » : commentaires portant sur l'art. 3 de la *Loi uniforme de 2010 sur le statut de l'enfant*, en ligne : http://chlc.ca/fr/lois-uniformes-nouvelle-structure/lois-uniformes-courantes/655-statut-de-l-enfant-1/1414-loi-uniforme-de-2010-sur-le-statut-de-l-enfant (page consultée le 8 février 2015).

862 Voir d'ailleurs C.c.Q., art. 538.2 al. 1. Voir toutefois les avis divergents mentionnés à la note 860.

863 C.c.Q., art. 111 et 115. Ici encore, en raison du fondement de la filiation maternelle que constitue l'accouchement (attesté par le constat de naissance), la déclaration de naissance ne représenterait qu'une simple modalité de communication de la maternité, non pas une « reconnaissance » de filiation à proprement parler.

864 Voir *infra*, p. 189-190.

865 Voir *infra*, p. 161-162.

866 Pour une critique sociologique de cette consécration législative de la filiation unilinéaire, voir Marie-Blanche TAHON, *Vers l'indifférence des sexes ? Union civile et filiation au Québec*, Montréal, Éditions Boréal, 2004, p. 95.

867 Depuis, le Code civil permet à « [...] [t]oute personne majeure, seule ou conjointement avec une autre personne [...] », de se porter requérante à l'adoption d'un enfant : C.c.Q., art. 546 (auparavant l'art. 598 C.c.Q.).

868 Voir *supra*, p. 145 et *infra*, p. 189-190.

869 Voir *infra*, p. 163-164.

870 Voir Anne-Marie SAVARD, « L'établissement de la filiation à la suite du recours à la gestation pour autrui : l'adoption par consentement spécial est-il le moyen approprié en droit québécois », dans Christelle LANDHEER-CIESLACK (dir.), *Mélanges en l'honneur de Édith Deleury*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, à paraître.

871 Voir *supra*, p. 145.

872 Voir *supra*, p. 146-147.

873 Notons que l'actuel art. 538.1 C.c.Q. appréhende le critère de notoriété de manière fort ambiguë. L'article semble exiger que la personne à l'égard de laquelle on invoque une possession d'état soit *réellement* celle qui est partie au projet parental. Or, s'il s'agit effectivement d'elle, nul besoin de la possession d'état pour fonder la filiation. La preuve du projet parental suffira. C'est comme si, en matière de filiation par le sang, l'art. 524 C.c.Q. exigeait que l'homme à l'égard de qui la possession d'état est invoquée soit *réellement* le géniteur. L'art. 524 C.c.Q. pose plutôt, et à bon droit (selon la logique actuelle) l'exigence d'une croyance de l'entourage suivant laquelle il s'agit du géniteur. Si le critère de notoriété devait être conservé en matière de procréation assistée, il faudrait donc modifier le libellé de l'art. 538.1 C.c.Q. de manière à exiger non plus la preuve d'une « réunion suffisante de faits qui indiquent le rapport de filiation entre l'enfant, la femme qui lui a donné naissance et, le cas échéant, la personne qui a formé, avec cette femme, le projet parental commun », mais la preuve « d'une réunion suffisante de faits qui indiquent le rapport de filiation entre l'enfant, la femme qui lui a donné naissance et, le cas échéant, la personne qu'on dit partie au projet parental dont l'enfant est issu ».

874 Comme en matière de filiation par le sang, la présomption est écartée lorsque l'enfant naît plus de 300 jours après le jugement prononçant la séparation de corps des époux, sauf s'il y a eu reprise volontaire de la vie commune avant la naissance. Elle est également écartée à l'égard de l'ex-conjoint lorsque l'enfant est né dans les 300 jours de la fin de l'union, mais après le mariage ou l'union civile subséquent de la femme qui lui a donné naissance : C.c.Q., art. 538.3 al. 2 et al. 3.

875 On remarque que, contrairement à l'art. 525 C.c.Q., l'art. 539 C.c.Q. réserve l'action à la conjointe ou au conjoint, la mère ne pouvant elle-même contester la filiation résultant de la présomption de parenté.

876 Au même effet, voir Anne-Marie SAVARD, « L'établissement de la filiation à la suite du recours à la gestation pour autrui : l'adoption par consentement spécial est-il le moyen approprié en droit québécois », dans Christelle LANDHEER-CIESLACK (dir.), *Mélanges en l'honneur de Édith Deleury*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, à paraître.

877 Voir *supra*, p. 142 et 147-150.

878 Voir *supra*, p. 149-150.

879 En revanche, la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada considère une telle présomption comme justifiée, tant à l'égard du conjoint uni de fait que du conjoint marié. À l'appui d'une telle proposition, la Conférence écrit : « Cet article [l'article 5] établit un jeu parallèle de présomptions réfutables qui s'appliquent aux situations où intervient la procréation assistée. Toutefois, en l'espèce, la présomption n'est pas fondée sur la présence supposée d'un lien génétique découlant de l'existence d'une union conjugale, mais plutôt sur l'intention d'être le parent d'un enfant issu de la procréation assistée. L'établissement de la filiation résulte de la relation conjugale existant entre la personne en cause et la mère naturelle au moment pertinent. Cette présomption s'applique indépendamment de la présence d'un lien génétique entre la mère naturelle ou l'autre parent et l'enfant. [...]. [À] la différence des présomptions applicables lorsqu'il n'y a pas eu recours à la procréation assistée, l'autre parent doit avoir consenti à être le parent de l'enfant au moment de la conception (même s'il est prévu [...] que le consentement est présumé du fait de la relation, à moins que le contraire ne soit établi selon la prépondérance des probabilités); il s'ensuit que cette personne doit avoir eu une relation conjugale avec la mère naturelle à l'époque pertinente » : Voir *Loi uniforme de 2010 sur le statut de l'enfant*, commentaires sous l'art. 5, en ligne : http://chlc.ca/fr/lois-uniformes-nouvelle-structure/lois-uniformes-courantes/655-statut-de-l-enfant-1/1414-loi-uniforme-de-2010-sur-le-statut-de-l-enfant (page consultée le 8 février 2015).

880 Pour une réflexion dans le même sens, voir Ana QUINONES ESCAMEZ, « Conjugalité, parenté et parentalité : la famille homosexuelle en droit espagnol comparé », (2012) 1 *R.I.D.C.* 57, 69-71.

881 C.c.Q., art. 535.1. Un commencement de preuve ou des présomptions ou indices résultant de faits déjà clairement établis et assez graves pour justifier l'ordonnance d'un test génétique seront toutefois nécessaires. Notons que si le constat et la déclaration contiennent des mentions contradictoires, le directeur de l'état civil ou une personne intéressée pourra s'adresser au tribunal afin que l'acte de naissance puisse être complété : C.c.Q., art. 131.

882 Voir *supra*, p. 151.

883 Marie PRATTE, « La filiation réinventée : l'enfant menacé ? », (2003) 33 *R.G.D.* 541, 576 et Alain ROY*, La filiation par le sang et par la procréation assistée (art. 522 à 542 C.c.Q.)*, coll. « Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ) », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 196.

884 Voir C.p.c., art. 817.1. Évidemment, si les conditions de l'art. 130 al. 2 C.c.Q. sont satisfaites, une déclaration tardive de naissance pourrait être faite afin que la filiation résultant de la présomption de parenté soit transposée sur l'acte de naissance (auquel cas la filiation découlera d'abord de ladite déclaration et non plus

uniquement de la présomption de parenté). Voir Alain ROY*, La filiation par le sang et par la procréation assistée (art. 522 à 542 C.c.Q.)*, coll. « Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ) », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 37.

885 Si le conjoint de fait a agi de manière à fonder une possession constante d'état, le tribunal pourra être sollicité non pas pour établir la filiation, mais pour constater l'existence de la possession constante d'état et pour ordonner au directeur de l'état civil de modifier l'acte de naissance en conséquence : Alain ROY*, La filiation par le sang et par la procréation assistée (art. 522 à 542 C.c.Q.)*, coll. « Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ) », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 197.

886 Pour Benoît Moore, l'art. 540 C.c.Q. fait de l'enfant issu du projet parental d'un couple en union de fait l'« enfant naturel contemporain » : Benoît MOORE, « Quelle famille pour Le XXI^{e} siècle ? : Perspectives Québécoises », (2003) 20 *Rev. Can. D. Fam.* 57, par. 11. De fait, l'enfant faisant l'objet de l'art. 540 C.c.Q. ne pourra prétendre à aucun droit successoral à l'égard de son auteur.

887 Tel est le cas en France où le consentement au projet parental doit toutefois être constaté par acte notarié ou par jugement (C. civ. fr., art. 311-20) et en Espagne (voir Javier NANCLARES VALLE et Veronica SAN JULIAN PUIG, « Les incidences de la biomédecine sur la parenté et l'identité sexuelle en Espagne », dans Brigitte FEUILLET-LIGER et Maria-Claudia CRESPO-BRAUNER (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2014, p. 83, aux pages 89-90). C'est aussi la solution que semblait préconiser le Comité consultatif de bioéthique de Belgique dans son *Avis n°29 du 21 juin 2004 relatif au don d'embryon*, p. 9, en ligne : http://www.chu-rouen.fr/page/publisher/comite-consultatif-de-bioethique-de-belgique (page consultée le 7 février 2015). Il semble toutefois que le législateur belge n'ait pas suivi cette recommandation. Voir, dans le même ouvrage, Geneviève SCHAMPS, « Les incidences de la biomédecine sur la parenté : le hiatus entre les actes liés à la procréation médicalement assistée et l'établissement de la filiation en droit belge », p. 55, aux pages 64-65 et 81. En Grèce, le consentement à la procréation assistée attesté par acte notarié est assimilé à une reconnaissance volontaire de l'enfant à naître : dans le même ouvrage, voir Pénélope AGALLOPOULOU, « La procréation médicalement assistée, source de bouleversement de la parenté en droit hellénique », p. 125, aux pages 138 et 143.

888 Voir Alain ROY*, La filiation par le sang et par la procréation assistée (art. 522 à 542 C.c.Q.)*, coll. « Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ) », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 193.

889 Voir *supra*, p. 153-154

890 C.c.Q., art. 538.2 al. 2. L'article précise que, durant cette période, « [...] le conjoint de la femme qui a donné naissance à l'enfant ne [pourra], pour s'opposer à cette demande, invoquer une possession d'état conforme au titre ». Une doctrine minoritaire estime que l'art. 538.2 al. 2 C.c.Q. permet aussi à l'enfant de revendiquer, dans le délai d'un an, une filiation avec le géniteur : Marie-Christine KIROUAK, « Le projet parental et les nouvelles règles relatives à la filiation : une avancée ou un recul quant à la stabilité de la filiation ? », dans S.F.P.B.Q., vol. 229, *Développements récents en droit familial (2005)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 369, à la page 422 et Mireille D.-CASTELLI et Dominique GOUBAU, *Le droit de la famille au Québec*, 5^{e} éd., Québec, P.U.L., 2005, p. 240.

891 En Allemagne, en l'absence de disposition équivalente à l'art. 538.2 al. 1, le donneur n'est pas à l'abri de toute poursuite. Pour certains, cette absence de protection du donneur vise à « [...] provoquer une raréfaction des dons et, à terme, une disparition de la procréation hétérologue » : Françoise FURKEL, « L'incidence de la biomédecine sur la parenté ou le triomphe de l'amour sur la vérité biologique », dans Brigitte FEUILLET-LIGER et Maria-Claudia CRESPO-BRAUNER (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2014. p. 23, aux pages 36-38.

892 Pour une critique plus générale de cette disposition, voir Benoît MOORE, « Les enfants du nouveau siècle. Libres propos sur la réforme de la filiation », dans S.F.P.B.Q., vol. 176, *Développements récents en droit de la famille (2002)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 75, à la page 93 et Alain ROY, « La filiation homoparentale : Esquisse d'une réforme précipitée », (2004) 1 *Enfances, Familles, Générations* 101, en

ligne : http://www.erudit.org/revue/efg/2004/v/n1/008896ar.html (page consultée le 23 janvier 2015). Voir également Anne-Marie SAVARD, « L'établissement de la filiation à la suite du recours à la gestation pour autrui : l'adoption par consentement spécial est-il le moyen approprié en droit québécois », dans Christelle LANDHEER-CIESLACK (dir.), *Mélanges en l'honneur de Édith Deleury*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, à paraître.

893 *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25, art. 30(1)(b)ii). L'entente deviendra nulle dans son intégralité si une des parties retire son consentement ou décède avant que l'enfant ne soit conçu : art. 30(3). En Ontario, sur la base de sa compétence *parens patriae*, un tribunal a, en 2007, reconnu la triparenté (deux femmes et le donneur) : *A.A.* v. *B.B.*, 2007 CanLII 39998 (ON. C.A.). En Alberta, un tribunal a déclaré inconstitutionnelle la loi faisant obstacle à l'établissement d'une filiation avec les deux membres du couple gai et la mère porteuse qui souhaitaient tous devenir parents de l'enfant : *D.W.H. v. D.J.R.*, 2011 ABQB 608, [2011] A.J. No. 1082. En Saskatchewan, la triparenté, voire la quadriparenté, semble également autorisée : *Loi de 2009 sur les services de l'état civil*, L.S. 2009, c. V-7.21, art. 2(1) et 20(3). La Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada appuie également la reconnaissance de la multiparenté, acceptant l'idée qu'un enfant puisse à certaines conditions avoir six parents. Ainsi, dans son commentaire portant sur l'art. 9 de la *Loi uniforme de 2010 sur le statut de l'enfant*, la Conférence écrit : « En théorie, en vertu de l'article 9, l'enfant pourrait avoir jusqu'à six parents : la mère naturelle, son époux ou conjoint de fait, les deux donneurs qui ont accepté avant la conception d'être parents de l'enfant (si l'embryon issu d'eux est porté par la mère naturelle), et enfin, les époux ou conjoints de fait des donneurs. Toutefois, dans la plupart des cas, l'application de ces dispositions permettra tout au plus de reconnaître trois parents : la mère naturelle, son époux ou conjoint de fait et le donneur, s'ils ont convenu ensemble avant la conception d'être les parents de l'enfant », en ligne http://chlc.ca/fr/lois-uniformes-nouvelle-structure/lois-uniformes-courantes/655-statut-de-l-enfant-1/1414-loi-uniforme-de-2010-sur-le-statut-de-l-enfant (page consultée le 8 février 2015).

894 Voir les études publiées dans Brigitte FEUILLET-LIGER et Maria-Claudia CRESPO-BRAUNER (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2014.

895 Voir Isabel CÔTÉ, « Du père au géniteur en passant par le tiers intéressé : représentations du rôle joué par le donneur de sperme connu dans les familles lesboparentales », (2014) 21 *Enfances, Familles, Générations* 70, en ligne : http://www.erudit.org/revue/efg/2014/v/n21/1025960ar.pdf (page consultée le 4 avril 2015). Voir également Robert LECKEY, « Infiniment plus de choses dans la vie que dans la loi. La reconnaissance des mères lesbiennes », (2014) 86 *Droit et société* 115, 125.

896 Voir Dominique GOUBAU, « Biomédecine et droit de la filiation au Canada : entre audace et retenue », dans Brigitte FEUILLET-LIGER et Maria-Claudia CRESPO-BRAUNER (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2014, p. 221, à la page 233.

897 Voir Claire NEIRINCK, « De la parenté à la parentalité », dans *De la parenté à la parentalité*, coll. « Maison des droits de l'enfance », Ramonville, Éditions Érès, 2001, p. 15, à la page 21; Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, « La filiation en question », dans *Inventons la famille !*, coll. « Société », Paris, Bayard, 2001, p. 12, à la page 62 et Maïté BEAGUE, Scarlett-May FERRIÉ, Jérémy HOUSSIER et Maïté SAULIER, « Beau-parent/co-parent », dans Hugues FULCHIRON et Jehanne SOSSON (dir.), *Parenté, filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 71, aux pages 77-78.

898 Suzanne PHILIPS-NOOTENS et Carmen LAVALLÉE, « De l'état inaliénable à l'instrumentalisation : la filiation en question », dans Pierre-Claude LAFOND et Brigitte LEFEBVRE (dir.), *L'union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21e siècle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 337, à la page 354. Voir également Pierre MURAT, « Passer par la filiation ou dépasser la filiation », dans Hugues FULCHIRON et Jehanne SOSSON (dir.), *Parenté, filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 259.

899 Irène THÉRY, *Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*, Paris, Éditions EHESS, 2010, p. 127-128.

900 En France, le débat serait porteur d'« insultes », d'« horions » et d'« anathèmes » : Irène THÉRY, *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Rapport du groupe de travail « Filiation, origines, parentalité », Irène THÉRY (prés.), Paris, Ministère des affaires sociales et de la santé et ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 185. Ailleurs, ces débats existent, mais sans que la passion rende toute discussion et réflexion impensables : Geneviève SCHAMPS et Jehanne SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui, vers un encadrement ?*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013.

901 Au Québec, voir Louise VANDELAC, « Enjeux cachés. Le cheval de Troie des technologies de reproduction », (2001) 1455 *L'Émilie* 17, en ligne : http://retro.seals.ch/cntmng?pid=emi-003:2001:%5B89%5D::61 (page consultée le 4 avril 2015). De la même auteure, voir également « Technologies de la reproduction; L'irresponsabilité des pouvoirs publics et la nôtre », (1996) 28-2 *Sociologie et sociétés* 59, en ligne : https://www.erudit.org/revue/socsoc/1996/v28/n2/001819ar.pdf (page consultée le 4 avril 2015) et « Sexes et technologies de procréation : "mères porteuses" ou la maternité déportée par la langue... », (1987) 19-1 *Sociologie et Sociétés* 97, en ligne : http://classiques.uqac.ca/contemporains/vandelac_louise/sexes_technologies_procreation/sexes_technologies_procreation.pdf (page consultée le 14 avril 2015). Voir également Céline LAFONTAINE, *Le corps marché. La marchandisation de la vie humaine à l'ère de la bioéconomie*, Montréal, Seuil, 2014. En France, parmi les opposants à la maternité de substitution se trouvent notamment la philosophe Sylviane Agacinski (*Corps en miette*, Paris, Flammarion, 2009), le « père » du premier bébé éprouvette l'obstétricien René Frydman, le philosophe Xavier Dijon et la féministe et historienne des femmes Marie-Josèphe Bonnet. Notons que toutes les féministes n'entretiennent pas la même conception. Pour une synthèse de l'analyse féministe de la procréation assistée, voir Jérôme COURDURIÈS et Cathy HERBRAND, « Genre, parenté et techniques de reproduction assistée après 30 ans de recherche », (2014) 21 *Enfances, familles, générations* iii, en ligne : http://www.efg.inrs.ca/index.php/EFG/article/view/449 (page consultée le 16 mars 2015).

902 En ce sens, voir notamment Jean-Louis BAUDOUIN et Catherine LABRUSSE-RIOU, *Produire l'homme, de quel droit ?*, Paris, P.U.F., 1987, p. 112.

903 Pour une critique de l'argument de l'« indisponibilité de la filiation » à la lumière de la réforme de la filiation de 2002, voir Benoît MOORE, « Maternité de substitution et filiation en droit québécois », dans *Liber Amicorum – Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Paris, Dalloz, 2013, p. 859, à la page 865. En France, voir Michelle GOBERT, « Réflexions sur les sources du "principe" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes » [À propos de la maternité de substitution], (1992) 91-3 *RTD civ*. 489 et Gilles GENICOT, « Gestation pour autrui, autonomie personnelle et maîtrise corporelle : plaidoyer pour un droit neutre et libéré », dans Geneviève SCHAMPS et Jehanne SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 155, aux pages 164-169.

904 Voir COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *Rapport final – Un virage à prendre en douceur*, vol. 2, Ottawa, ministère des Services gouvernementaux, 1993, p. 755 et suiv. Voir également Renée JOYAL, « Parents, enfants, conjoints : À la recherche d'un sens », (2009) 50 *C. de D.* 361, 368.

905 En ce sens, voir notamment Marie-France BUREAU et Édith GUILHERMONT, « Maternité, gestation et liberté. Réflexions sur la prohibition de la gestation pour autrui en droit québécois », (2011) 4 *Revue de droit et santé de McGill* 43 et Anne-Marie SAVARD, « L'établissement de la filiation à la suite du recours à la gestation pour autrui : l'adoption par consentement spécial est-il le moyen approprié en droit québécois », dans Christelle LANDHEER-CIESLACK (dir.), *Mélanges en l'honneur de Édith Deleury*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, à paraître. En France, au rang des personnes favorables à la maternité de substitution se trouvent différents intellectuels, dont la juriste Marcela Iacub, la philosophe Élizabeth Badinter, la sociologue Irène Théry, l'anthropologue Maurice Godelier, l'historienne et psychanalyste Élizabeth Roudinesco et la psychanalyste Geneviève Delaisi de Parseval. Voir plus généralement les réflexions présentées dans Brigitte FEUILLET-LIGER, « Avant-propos », dans Brigitte FEUILLET-LIGER et Maria-Claudia CRESPO-BRAUNER (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2014, p. 5, à la page 11 et, dans le même ouvrage, Jean-Hugues DÉCHAUX, « Les défis des nouvelles

techniques de reproduction : comment la parenté entre en politique », p. 313, particulièrement aux pages 331 et suiv.

906 L.C. 2004, c. 2. À l'origine, la loi fédérale comportait plusieurs volets, dont l'un prévoyait l'établissement d'un registre national où devaient être consignés les renseignements relatifs à la procréation assistée (art. 17). En 2010, la Cour suprême a déclaré plusieurs dispositions de la loi inconstitutionnelles (dont l'art. 17), les jugeant *ultra vires* des compétences législatives du Parlement fédéral : *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, [2010] 3 R.C.S. 457.

907 COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *Rapport final – Un virage à prendre en douceur*, Ottawa, ministère des Services gouvernementaux, 1993.

908 L'art. 3 de la loi définit ainsi la mère porteuse : « Personne de sexe féminin qui porte un embryon ou un fœtus issu d'une technique de procréation assistée et provenant des gènes d'un ou de plusieurs donneurs, avec l'intention de remettre l'enfant à un donneur ou à une autre personne à la naissance ».

909 Aucun règlement n'a jamais été adopté en application de cet article, ce qui fait dire à certains auteurs que « [w]ithout such regulations, any surrogacy arrangement where the surrogate mother is reimbursed for expenses would appear to violate this act », ajoutant toutefois que « [...] various sources indicate that expenses, including lost wages, are routinely paid to surrogate mothers in Canada and to those engaged by Canadians abroad » : Karen BUSBY, « Of Surrogate Mother Born : Parentage Determinations in Canada and Elsewhere », (2013) 25 *Canadian Journal of Women and the Law* 284, 302.

910 Dans certains pays, on préfère l'appellation « parents demandeurs » ou « parents commanditaires ». Le Comité leur préfère nettement les termes « parents d'intention » qui reflètent clairement le fondement de la filiation dont il est ici question, c'est-à-dire le projet parental.

911 Mis à part l'Inde, l'Ukraine et certains États américains, la plupart des pays qui reconnaissent des effets à la maternité de substitution interdisent également la rémunération des mères porteuses, tout en permettant le remboursement de certaines dépenses. D'autres interdisent la pratique des mères porteuses en toutes circonstances, prévoyant de lourdes peines (voire la prison) pour les médecins qui interviendraient dans le but d'en permettre la réalisation. Tel est le cas de l'Allemagne : *Loi sur la médiation familiale en matière d'adoption* (Gesetz über die Vermittlung der Annahme als Kind und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern), 1989, art. 13(d) et *Loi sur la protection de l'embryon* (Svensk Författningssamling, Föräldrabalk), 1990, art. 1(7). Voir également le cas de la Suisse : *Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, 1999, art. 119(2)d) et *Loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée*, 1998, art. 4 et 31. Voir aussi celui de l'Italie : *Loi n^{o} 40 du 19 février 2004 sur la procréation médicalement assistée* (Nuove norme sulla procreazione assistita : vietata la fecondazione eterologa), 2004, art. 4 (3)). En fait, l'Italie prohibe tout apport génétique provenant d'un tiers dans toute forme d'assistance à la procréation, ce qui inclut la gestation pour autrui. Aux États-Unis, certains États prohibent également le recours à la maternité de substitution (par exemple, le Kentucky, l'Indiana, la Louisiane et le Nebraska), alors que d'autres ne sont pas intervenus sur la question. L'absence de réglementation a parfois donné lieu à une commercialisation massive des services de procréation. Voir Marsha GARRISON, « La procréation médicalement assistée (PMA) aux États-Unis : un Far West de la filiation », dans Brigitte FEUILLET-LIGER et Maria-Claudia CRESPO-BRAUNER (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2014, p. 241, à la page 242.

912 *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), art. 92(13).

913 Quatre provinces et un territoire ont adopté des règles précises sur le sujet, soit la Colombie-Britannique (*Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25), l'Alberta (*Family Law Act*, S.A. 2003, c. F-4.5), la Nouvelle-Écosse (N.S. Reg. 390/207, adopté conformément à la Section 51 de la *Vital Statistics Act*, R.S.N.S. 1989, c. 494), Terre-Neuve et Labrador (*Vital Statistics Act*, S.N.L. 2009, c. V-6.01, art. 50) et les Territoires du Nord-Ouest (*Loi sur le droit de l'enfance*, L.T.N.-O. 1997, c. 14). Dans les autres provinces, le cadre juridique applicable

aux mères porteuses émane des tribunaux. Voir, par exemple, en Ontario, *JR* v. *LH*, [2002] O.J. No 3998, [2002] OTC 764 (Ont. Sup. Ct.), par. 29; *MD* v. *LL*, 90 OR (3d) 127, 2008 CanLII 9374 (Ont. Sup. Ct.). Seule l'Île-du-Prince-Édouard n'aurait pas de décisions rapportées sur le sujet. Voir sur la question Karen BUSBY, « Of Surrogate Mother Born : Parentage Determinations in Canada and Elsewhere », (2013) 25 *Canadian Journal of Women and the Law* 284, particulièrement aux pages 295 et suiv. Voir également le tableau produit à l'Annexe 3.

914 C.c.Q., art. 541. Avant 2002, l'article était ainsi rédigé : « Les conventions de procréation ou de gestation pour le compte d'autrui sont nulles de nullité absolue ». Le Code civil français prévoit une disposition équivalente depuis 1994 : C. civ. fr., art. 16-7. En Belgique, c'est par la lecture combinée des art. 6 et 1128 du Code civil qu'on en arrive à cette conclusion. En Espagne, voir *Loi du 26 mai 2006 sur les techniques de reproduction humaine assistée* (Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida), 2006, art. 10.1. Sur cette loi, voir Ana QUINONES ESCAMEZ, « Conjugalité, parenté et parentalité : la famille homosexuelle en droit espagnol comparé », (2012) 1 *R.I.D.C.* 57, 79 et suiv.

915 Alain ROY*, La filiation par le sang et par la procréation assistée (art. 522 à 542 C.c.Q.)*, coll. « Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ) », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 216.

916 MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Code civil du Québec – Loi sur l'application de la réforme du Code civil et commentaires du Ministre de la Justice*, t. I, II et III, Montréal, Publications DACFO, 1995, p. 196.

917 Certains auteurs français remettent en cause le droit du père d'intention de reconnaître l'enfant suivant les règles relatives à la filiation par le sang, voyant dans ce geste une forme d'exécution indirecte du contrat de mère porteuse : François TERRÉ et Dominique FENOUILLET, *Droit civil. La famille*, 8e éd., Paris, Dalloz, 2011, no 819, p. 763. Notons que si la mère porteuse a plutôt agi à la demande d'une femme seule ou d'un couple de lesbiennes, cette femme seule ou l'une des conjointes du couple ne pourra prétendre à une filiation comaternelle avec l'enfant en signant la déclaration de naissance ou en se comportant de manière à fonder une possession constante d'état, le chapitre 1 sur la filiation par le sang ne permettant pas l'établissement d'une filiation bi-maternelle.

918 C.c.Q., art. 531 al. 2.

919 C.c.Q., art. 532 et suiv.

920 Une preuve génétique obtenue conformément à l'art. 535.1 C.c.Q. permettra au tribunal d'accueillir l'action. Notons que si le sperme qui a servi à l'insémination de la mère porteuse provient d'un donneur (et non de l'homme qui, en couple ou en solo, souhaitait l'enfant), aucun lien de filiation ne pourra être établi entre l'enfant et le donneur. Dans ce cas de figure, l'art. 538.2 al. 1 C.c.Q. trouvera application à l'égard du donneur non partie au « projet parental ».

921 *Loi de l'adoption*, L.Q. 1969, c. 64, art. 7(c) : « L'enfant mineur ne peut être adopté que dans les cas suivant : [...] c) lorsque le mariage de ses père et mère a été annulé ou a été dissous par décès ou divorce, que l'adoptant est le nouveau conjoint de l'une des parties au mariage annulé ou dissous et que le consentement de l'autre partie à ce mariage, si elle survit, a été obtenu [...] ».

922 *Droit de la famille – 1445*, 2014 QCCA 1162. Le tribunal retient en fait l'opinion avancée par les professeurs Giroux et Moore : Michelle GIROUX, « Le recours controversé à l'adoption pour établir la filiation de l'enfant né d'une mère porteuse : entre ordre public contractuel et intérêt de l'enfant », (2011) 70 *R. du B.* 509 et « L'encadrement de la maternité de substitution au Québec et la protection de l'intérêt de l'enfant », (1997) 28 *R.G.D.* 535 et Benoît MOORE, « Maternité de substitution et filiation en droit québécois », dans *Liber Amicorum – Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Paris, Dalloz, 2013, p. 859.

923 En jurisprudence, voir *Adoption – 091*, 2009 QCCQ 628 (j. Dubois) et *Adoption – 12464*, 2012 QCCQ 20039 (j. Wilhelmy). En doctrine, voir Carmen LAVALLÉE, *L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption. Regards sur le droit français et le droit québécois*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, no 513, p. 411 à 413;

Alain ROY, *Droit de l'adoption*, 2e éd., coll. « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, no 39, p. 63-67; Michel TÉTRAULT, *Droit de la famille*, 3e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 1173-1174 et Jacques BEAULNE, « Réflexions sur quelques aspects de la procréation médicalement assistée en droit des personnes et de la famille », (1995) 26 *R.G.D.* 235, 254. Voir également Anne-Marie SAVARD, « L'établissement de la filiation à la suite du recours à la gestation pour autrui : l'adoption par consentement spécial est-il le moyen approprié en droit québécois », dans Christelle LANDHEER-CIESLACK (dir.), *Mélanges en l'honneur de Édith Deleury*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, à paraître. Notons que cette position minoritaire est conforme à celle retenue en France par la Cour de Cassation : Ass. Plén. 31 mai 1994, D. 1991.525, note Chartier. Pour palier aux difficultés causées par cette interprétation du droit, le Conseil d'État français a suggéré que la mère d'intention puisse bénéficier d'un jugement de délégation et de partage de l'autorité parentale sur consentement du père d'intention dont la paternité aura été reconnue selon les règles relatives à la filiation par le sang : CONSEIL D'ÉTAT, *La révision des lois de bioéthique*, Les études du Conseil d'État, Paris, La Documentation française, 2009, p. 52. Pour une synthèse de la controverse, voir Michelle GIROUX, « Le recours controversé à l'adoption pour établir la filiation de l'enfant né d'une mère porteuse : entre ordre public contractuel et intérêt de l'enfant », (2011) 70 *R. du B.* 509.

924 *Droit de la famille – 1445*, 2014 QCCA 1162, par. 66.

925 L'obtention d'un consentement à l'adoption ne peut toutefois être monnayé, sous peine d'amendes : *Loi sur la protection de la jeunesse*, RLRQ, c. P-34.1, art. 135.1 et 135.1.3.

926 *Droit de la famille – 1445*, 2014 QCCA 1162, par. 66.

927 C'est ce que semble suggérer le Comité d'éthique sur la science et la technologie dans son avis sur la procréation assistée rendu en 2009 : *Avis éthique et procréation assistée : des orientations pour le don de gamètes et d'embryons, la gestation pour autrui et le diagnostic préimplantatoire*, Québec, Gouvernement du Québec, 2009, p. 77. Dans le même sens, voir Benoît Moore : « Maternité de substitution et filiation en droit québécois », dans *Liber Amicorum – Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Paris, Dalloz, 2013, p. 859. C'est aussi la solution actuellement retenue dans certains pays, comme la Belgique, les Pays-Bas, la Nouvelle-Zélande, l'Espagne et le Japon. En Belgique, voir Nicole GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socioaffective et de la volonté en droit belge*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 392-393. Notons que la jurisprudence belge fait des distinctions en fonction du fait que la mère porteuse a ou non fourni ses ovules : Gerd BERSCHELDEN et Liesbet PLUYM, « Chronique de jurisprudence belge concernant la gestation pour autrui (droit interne) », dans Geneviève SCHAMPS et Jehanne SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 196, à la page 211. Dans ce même ouvrage, voir toutefois aux pages 287 à 291 les propositions de cadres juridiques spécifiques à la maternité de substitution présentées au Sénat belge ces dernières années. Aux Pays-Bas et en Nouvelle-Zélande, voir, dans le même ouvrage collectif, Geoffrey WILLIEMS et Jehanne SOSSON, « Légiférer en matière de gestation pour autrui : quelques repères en droit comparé et international », p. 239, aux pages 249 et 252. En Espagne, voir Javier NANCLARES VALLE et Veronica SAN JULIAN PUIG, « Les incidences de la biomédecine sur la parenté et l'identité sexuelle en Espagne », dans Brigitte FEUILLET-LIGIER et Maria-Claudia CRESPO-BRAUNER (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2014, p. 83, à la page 96. Au Japon, voir, dans le même ouvrage collectif, Shinichiro HAYAKAWA, « Impact du développement de la procréation médicalement assistée sur le droit de la filiation au Japon », p. 279, à la page 282, note 9.

928 Pour certains, la solution la plus satisfaisante serait peut-être de contrecarrer la décision de la Cour d'appel en interdisant formellement l'adoption de l'enfant par les parents d'intention, comme c'est le cas en Allemagne : *Loi du 27 novembre 1989 sur l'entremise en matière d'adoption* (Adoptionsvermittlungsgesetz), 2014. Telle était d'ailleurs la proposition du Barreau du Québec formulée en 1988 : BARREAU DU QUÉBEC, « Rapport du Comité sur les nouvelles technologies de reproduction », (1988) 48-2 *R. du B.* 30, 39 (Recommandations 19 à 21).

929 Ce constat est partagé par un très grand nombre d'observateurs, tant du monde médical que juridique. Voir, par exemple, les propos du Dr François Bissonnette, chef du service d'endocrinologie et de la reproduction et infertilité du CHUM et directeur médical de la clinique de fertilité OVO, rapportés dans le journal La Presse

en 2009 : Judith LACHAPELLE, « Mère porteuses : il faut changer la loi, selon un expert », Montréal, *La Presse*, 2009, en ligne : http://www.lapresse.ca/actualites/justice-et-affaires-criminelles/200903/19/01-837977-meres-porteuses-il-faut-changer-la-loi-selon-un-expert.php (page consultée le 6 février 2015). Voir également les propos rapportés dans Dominique FORGET, *Bébés illimités. La procréation assistée et ses petits*, coll. « La santé du monde », Montréal, Québec Amérique, 2012, notamment à la page 23. Dans le monde juridique, plusieurs chercheurs font également ce constat : voir Marie-France BUREAU et Édith GUILHERMONT, « Maternité, gestation et liberté. Réflexions sur la prohibition de la gestation pour autrui en droit québécois », (2011) 4 *Revue de droit et santé de McGill* 43, 52; Benoît MOORE, « Maternité de substitution et filiation en droit québécois », dans *Liber Amicorum – Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Paris, Dalloz, 2013, p. 859, à la page 867; Dominique GOUBAU, « Biomédecine et droit de la filiation au Canada : entre audace et retenue », dans Brigitte FEUILLET-LIGIER et Maria-Claudia CRESPO-BRAUNER (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2014, p. 221, à la page 235 et Louise LANGEVIN, « Réponse jurisprudentielle à la pratique des mères porteuses au Québec : une difficile réconciliation », (2010) 26 *Rev. Can. D. Fam.* 171. Le même constat s'impose aussi à l'étranger, notamment en France : Francis KERNALEGUEN, « Les incidences de la biomédecine sur la parenté en droit français : reconsidérer la parenté », dans Brigitte FEUILLET-LIGIER et Maria-Claudia CRESPO-BRAUNER (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2014, p. 107, à la page 115.

930 Référant aux propos de René Frydman, le sociologue Jacques Commaille constate ce phénomène en ces termes : « Face à une "mosaïque d'ordres juridiques", les individus sont tentés de se placer dans une situation de "forum shopping" [...], c'est-à-dire en situation de rechercher entre les différents ordres juridiques nationaux ce qu'ils pensent être la solution à ce qu'ils estiment être leur besoin ou leur désir » : Jacques COMMAILLE, « Préface », dans Brigitte FEUILLET-LIGIER et Maria-Claudia CRESPO-BRAUNER (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2014, p. 5, à la page 8.

931 Voir le reportage saisissant de Agnès Gruda publié le 19 octobre 2014 dans le journal *La Presse* sous le titre « Ventre à louer en Inde », en ligne : http://www.lapresse.ca/international/asie-oceanie/201410/18/01-4810456-ventres-a-louer-en-inde.php (page consultée le 6 février 2015). Voir également les réflexions rapportées par la Commission de l'éthique de la science et de la technologie dans son avis sur la procréation assistée de 2009 : *Avis éthique et procréation assistée : des orientations pour le don de gamètes et d'embryons, la gestation pour autrui et le diagnostic préimplantatoire*, Québec, Gouvernement du Québec, 2009, p. 84-85. Voir enfin la description de la situation indienne présentée dans Geoffrey WILLIEMS et Jehanne SOSSON, « Légiférer en matière de gestation pour autrui : quelques repères en droit comparé et international », dans Geneviève SCHAMPS et Jehanne SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 239, aux pages 264 et suiv. Sur le plan statistique, écrit Karen Busby, « [o]ne study estimates that Indian surrogate mothers have given birth to more than 25,000 children, and about half of these children now live in the West » : Karen BUSBY, « Of Surrogate Mother Born : Parentage Determinations in Canada and Elsewhere », (2013) 25 *Canadian Journal of Women and the Law* 284, 287, référant à Priya SHETTY, « India's Unregulated Surrogacy Industry », (2012) 380 *The Lancet* 1633.

932 Comme l'affirme Louise Langevin, il est toutefois difficile de cibler l'importance quantitative du phénomène : Louise LANGEVIN, « Réponse jurisprudentielle à la pratique des mères porteuses au Québec : une difficile réconciliation », (2010) 26 *Rev. Can. D. Fam.* 171, 172, note 3. Les auteures Bureau et Guilhermont expliquent ainsi cette difficulté : « [s]'il est si difficile de connaître dans quelle mesure les couples infertiles ont recours à la pratique de la gestation pour autrui, c'est probablement en partie parce qu'ils demeurent dans l'ombre et qu'il existe, ce faisant, un chiffre noir de la gestation pour autrui un peu comme il existe un chiffre noir de la criminalité. Ainsi, le contentieux judiciaire en la matière est, plus qu'ailleurs, un piètre reflet de la réalité sur laquelle il s'agit ici de raisonner » : Marie-France BUREAU et Édith GUILHERMONT, « Maternité, gestation et liberté. Réflexions sur la prohibition de la gestation pour autrui en droit québécois », (2011) 4 *Revue de droit et santé de McGill* 43, 59. Au Canada anglais, voir Karen BUSBY, « Of Surrogate Mother Born : Parentage Determinations in Canada and Elsewhere », (2013) 25 *Canadian Journal of Women and the Law* 284. Aux États-Unis, on estime aujourd'hui que 1 500 bébés naissent chaque année de contrats de mère porteuse : Elly TEMAN, *Birthing a Mother, The Surrogate Body and the Pregnant Self*, Berkeley, University of California Press, 2010, p. 1. Voir aussi Marie-France BUREAU et Édith GUILHERMONT,

« Maternité, gestation et liberté. Réflexions sur la prohibition de la gestation pour autrui en droit québécois », (2011) 4 *Revue de droit et santé de McGill* 43, note 114.

933 L'expression est de la professeure Carmen Lavallée : Carmen LAVALLÉE, *L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption. Regards sur le droit français et le droit québécois*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, n^{o} 514, p. 413. Cet argument est soulevé par le Groupe de travail de la Commission des affaires sociales et de la commission des lois du Sénat français créé en 2008 (Rapport n° 421), en ligne : http://www.senat.fr/rap/r07-421/r07-421_mono.html (page consultée le 9 février 2015).

934 Le Comité partage l'avis de la juriste belge Nicole Gallus selon lequel : [...] le droit ne peut rester aveugle face à l'existence du procédé de maternité pour autrui dans la mesure où il lui appartient d'en fixer les limites pour éviter autant que faire se peut les dérives et dans la mesure où il lui appartient également d'organiser les règles d'établissement de la filiation particulière à cette forme de procréation » : Nicole GALLUS, « La validité de la convention de gestation pour autrui en droit belge actuel », dans Geneviève SCHAMPS et Jehanne SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 181, à la page 193. Voir aussi Marie-France BUREAU et Édith GUILHERMONT, « Maternité, gestation et liberté. Réflexions sur la prohibition de la gestation pour autrui en droit québécois », (2011) 4 *Revue de droit et santé de McGill* 43, 66-67 et Louise LANGEVIN, « Réponse jurisprudentielle à la pratique des mères porteuses au Québec : une difficile réconciliation », (2010) 26 *Rev. Can. D. Fam.* 171, 198.

935 La Commission Baird reconnaissait d'ailleurs clairement, en 1993, la position de vulnérabilité de ces deux acteurs : COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *Rapport final – Un virage à prendre en douceur*, vol. 2, Ottawa, ministère des Services gouvernementaux, 1993, p. 754. Voir également Renée JOYAL, « Parents, enfants, conjoints : À la recherche d'un sens », (2009) 50 *C. de D.* 361. C'est également l'avis de la Commission de l'éthique de la science et de la technologie : *Avis éthique et procréation assistée : des orientations pour le don de gamètes et d'embryons, la gestation pour autrui et le diagnostic préimplantatoire*, Québec, Gouvernement du Québec, 2009, p. 85. Voir aussi Jean-Hugues DÉCHAUX, « Les défis des nouvelles techniques de reproduction : comment la parenté entre en politique », dans Brigitte FEUILLET-LIGIER et Maria-Claudia CRESPO-BRAUNER (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2014, p. 313, à la page 330.

936 Le Comité est conscient que certains jugeront probablement toujours la maternité de substitution comme étant immorale ou y verront une forme de consécration d'un « droit à l'enfant ». Dans certains cas, les réticences exprimées à l'égard du phénomène pourront cacher d'autres types d'inconforts qui s'attachent plus généralement aux conceptions de la filiation, de la maternité, des rôles parentaux et de la procréation. Voir Régine TREMBLAY, « Surrogates in Québec : The Good, the Bad, and the Foreigner », (2015) 27-1 *Can. J. Women & L.* 94.

937 Commentant le droit actuel, les auteures Bureau et Guilhermont écrivent : « [...] de manière générale, l'état actuel du droit a pour effet, qu'on le veuille ou non, de sanctionner l'enfant pour des choix effectués par ses parents » : Marie-France BUREAU et Édith GUILHERMONT, « Maternité, gestation et liberté. Réflexions sur la prohibition de la gestation pour autrui en droit québécois », (2011) 4 *Revue de droit et santé de McGill* 43, 56. Pour une perspective similaire, voir Benoît MOORE, « Maternité de substitution et filiation en droit québécois », dans *Liber Amicorum – Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Paris, Dalloz, 2013, p. 859, à la page 873 et Michelle GIROUX, « Le recours controversé à l'adoption pour établir la filiation de l'enfant né d'une mère porteuse : entre ordre public contractuel et intérêt de l'enfant », (2011) 70 *R. du B.* 509, 536 et 541. Voir aussi Geoffrey WILLIEMS et Jehanne SOSSON, « Légiférer en matière de gestation pour autrui : quelques repères en droit comparé et international », dans Geneviève SCHAMPS et Jehanne SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 239, aux pages 277 à 280 et p. 283. Voir enfin *supra*, p. 57 et 140-141.

938 Certes, le sens de la dignité peut faire l'objet de plusieurs interprétations. On met généralement en opposition « dignity as constraint » et « dignity as empowerment ». Comme l'explique le sociologue Jean-Hugues Déchaux, « [d]eux conceptions de la dignité s'opposent : l'une d'origine kantienne, pose la dignité humaine comme un absolu, un devoir de l'homme envers lui-même, c'est-à-dire qui doit être respecté non

seulement chez autrui mais aussi pour soi; l'autre considère que chacun est libre de déterminer ce qui est de l'ordre de sa propre dignité, et par là-même, conditionne le principe de la dignité à celui de l'autonomie » : Jean-Hugues DÉCHAUX, « Les défis des nouvelles techniques de reproduction : comment la parenté entre en politique », dans Brigitte FEUILLET-LIGIER et Maria-Claudia CRESPO-BRAUNER (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2014, p. 313, à la page 329. Sur le sens et la portée de la notion de dignité, voir Christian BRUNELLE, « La dignité dans la Charte des droits et libertés de la personne : de l'ubiquité à l'ambiguïté d'une notion fondamentale », (2006) numéro thématique *R. du B.* 143 et Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, Paris, L'Harmattan, 2004, p. 393 et suiv.

939 Pour la juriste belge Nicole Gallus, le débat éthique sur l'éventuelle reconnaissance légale de la maternité de substitution doit notamment s'articuler autour du « [...] respect de l'intérêt de l'enfant et de son droit à l'établissement d'un lien juridiquement protégé correspondant aux liens affectif qu'il a avec ses parents intentionnels – génétiques ou non –, c'est-à-dire ceux qui l'élèvent, l'éduquent, prennent soin de lui et assument donc en fait, sinon en droit, tous les engagements de la parenté » : Nicole GALLUS, « La validité de la convention de gestation pour autrui en droit belge actuel », dans Geneviève SCHAMPS et Jehanne SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?,* Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 181, à la page 193.

940 Pour certains, la gestation pour autrui soulève de telles questions sur le développement de l'enfant qu'on peut difficilement en rendre la pratique compatible avec l'intérêt de l'enfant : David LE BRETON, « La question anthropologique de la gestation pour autrui », dans Brigitte FEUILLET-LIGIER et Maria-Claudia CRESPO-BRAUNER (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2014, p. 337, aux pages 342-344.

941 Ce droit de la mère porteuse est reconnu dans la très grande majorité des pays, ainsi que dans toutes les provinces canadiennes. Voir le tableau produit à l'Annexe 3. Toutefois, le droit des provinces de Terre-Neuve et de la Nouvelle-Écosse s'avère quelque peu ambigu sur la question, laissant entendre que la filiation de l'enfant né d'une mère porteuse peut être transférée aux parents d'intention par le tribunal sans que le consentement de la mère porteuse soit véritablement requis : *Vital Statistics Act*, S.N.L. 2009, c. V-6.01, art. 5 et N.S. Reg. 390/207, adopté conformément à l'art. 51 de la *Vital Statistics Act*, R.S.N.S. 1989, c. 494. Voir Karen BUSBY, « Of Surrogate Mother Born : Parentage Determinations in Canada and Elsewhere », (2013) 25 *Canadian Journal of Women and the Law* 284, 298-299. Notons par ailleurs que c'est ce droit de la mère porteuse à la « conservation de l'enfant » qu'entendent essentiellement préserver les tenants de la thèse favorisant le maintien de l'art. 541 C.c.Q. (sanctionnant de nullité absolue les ententes de gestation ou de procréation pour le compte d'autrui) : voir notamment Benoît MOORE, « Maternité de substitution et filiation en droit québécois », dans *Liber Amicorum – Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Paris, Dalloz, 2013, p. 859, à la page 866. Voir aussi l'avis de la Commission de l'éthique de la science et de la technologie : *Avis éthique et procréation assistée : des orientations pour le don de gamètes et d'embryons, la gestation pour autrui et le diagnostic préimplantatoire*, Québec, Gouvernement du Québec, 2009, p. 77. Voir également la proposition de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada dans sa *Loi uniforme de 2010 sur le statut de l'enfant* (à l'art. 8(11)), en ligne : http://chlc.ca/fr/lois-uniformes-nouvelle-structure/lois-uniformes-courantes/655-statut-de-l-enfant-1/1414-loi-uniforme-de-2010-sur-le-statut-de-l-enfant (page consultée le 8 février 2015). Comme l'affirme le Groupe de travail sur la maternité pour autrui créé par le Sénat français en 2008, « [s]i cruel que cela puisse paraître pour les parents intentionnels et comme vos rapporteurs l'ont déjà indiqué, il est essentiel que la gestatrice puisse devenir la mère légale de l'enfant si elle le souhaite. Lui dénier ce droit reviendrait à admettre une forme d'asservissement d'un être humain par un autre » : GROUPE DE TRAVAIL DE LA COMMISSION DES AFFAIRES SOCIALES ET DE LA COMMISSION DES LOIS DU SÉNAT, Rapport n° 421, Paris, 2008, en ligne : http://www.senat.fr/rap/r07-421/r07-421_mono.html (page consultée le 9 février 2015). Le Comité rejette donc catégoriquement la solution retenue dans certains États reconnus comme étant « Surrogacy-friendly », comme la Grèce (C. civ., art. 1458, 1464 et 1474), l'Ukraine (*Code de la famille*, art. 123), l'Afrique du Sud (*Children's Act 2005,* art. 297(1)a)), la Californie (*California Family Code*, art. 7962 e) et l'Illinois (*Gestational Surrogacy Act 2005,* 750 ILCS 4, art. 15) où la filiation de l'enfant est, à la naissance, *ipso facto* établie en faveur des parents d'intention (pour autant qu'une ordonnance judiciaire ait été obtenue avant la naissance de l'enfant – *pre-birth judgment* –, sauf en Illinois et en Ukraine où une telle intervention judiciaire n'est pas requise, l'intervention d'avocats ou d'un notaire étant jugé suffisante), forçant ainsi la mère porteuse à remettre

l'enfant (qui n'est déjà plus le sien) aux parents d'intention dès après l'accouchement. Notons que dans ces États, la mère porteuse ne peut toutefois fournir ses propres ovules : voir *infra*, p. 183). Le Comité partage l'avis de certains des membres du Comité consultatif de bioéthique de Belgique pour qui « [f]orcer une femme à se séparer d'un enfant qu'elle a porté et dont elle ne désire pas se séparer est [...] inhumain » : COMITÉ CONSULTATIF DE BIOÉTHIQUE DE BELGIQUE, *Avis no. 30 du 5 juillet 2004 relatif à la gestion pour autrui (mères porteuses)*, p. 27, en ligne : http://www.chu-rouen.fr/page/publisher/comite-consultatif-de-bioethique-de-belgique (page consultée le 7 février 2015). Pour une position opposée, voir Gilles GENICOT, « Gestation pour autrui, autonomie personnelle et maîtrise corporelle : plaidoyer pour un droit neutre et libéré », dans Geneviève SCHAMPS et Jehanne SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 155, aux pages 173-175 et Monique BANDRAC, Geneviève DELAISI DE PARSEVAL et Valérie DEPADT-SEBAG, « Repenser la prohibition de la gestation pour autrui ? », (2008) 7 *Recueil Dalloz* 434, 434 et suiv. et Alain SÉRIAUX, « Maternités pour le compte d'autrui : la mainlevée de l'interdit ? », (2009) 18 *Recueil Dalloz* 1215, 1218. Voir aussi Marie-Xavière CATTO, « La gestation pour autrui : d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts ? », (2013) 3 *La Revue des droits de l'homme* n° 92, en ligne : http://revdh.revues.org/201?lang=en (page consultée le 23 février 2015). À propos du droit grec, voir Pénélope AGALLOPOULOU, « La procréation médicalement assistée, source de bouleversement de la parenté en droit hellénique », dans Brigitte FEUILLET-LIGIER et Maria-Claudia CRESPO-BRAUNER (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2014, p. 124, à la page 139. En Californie, voir *An act to amend Section 7960 of, to amend the heading of Part 7 (commencing with Section 7960) of Division 12 of, and to add Section 7962 to, the Family Code, relating to surrogacy agreements,* Assembly Bill No. 1217, chapter 466 (notons que cette loi a codifié la jurisprudence existante : *Johnson* v. *Calvert*, Supreme Court of California, 5 Cal. 4th 84, 19 Cal. Rptr. 2d 494, 851 P.2d 776 (1993)).

942 Voir *supra*, p. 165-166. Sur la reconnaissance de deux mères dans l'acte de naissance de l'enfant, soit la mère porteuse et la mère d'intention, voir Nicole GALLUS, « Approche juridique nouvelle des parentés et parentalités en droit belge », (2010) 44 *R.J.T.* 145, 152.

943 Voir *infra*, p. 207 et suiv.

944 Comme l'exprime Anne-Marie Savard, « [...] il existe réellement un projet parental fondé sur la volonté d'être parent et requérant l'assistance d'un tiers, se matérialisant ici non par un apport de forces génétiques mais plutôt par un « service en nature » pour être mené à bien. Pour nous, il s'agit donc bel et bien de procréation assistée et [...] nous ne faisons pas de distinction entre ces différents cas de figure, c'est-à-dire que des liens génétiques entre la mère porteuse et l'enfant existent ou non » : Anne-Marie SAVARD, « L'établissement de la filiation à la suite du recours à la gestation pour autrui : l'adoption par consentement spécial est-il le moyen approprié en droit québécois », dans Christelle LANDHEER-CIESLACK (dir.), *Mélanges en l'honneur de Édith Deleury*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, à paraître.

945 Sur l'origine des forces génétiques, voir *infra*, p. 183 et 185-186.

946 Louise LANGEVIN, « Réponse jurisprudentielle à la pratique des mères porteuses au Québec : une difficile réconciliation », (2010) 26 *Rev. Can. D. Fam.* 171, 175. Dans le même sens, voir Michel DUPUIS : « La gestation pour autrui : brève note anthropologique », dans Geneviève SCHAMPS et Jehanne SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 35, à la page 38. Pour une opinion opposée, voir Marie-France BUREAU et Édith GUILHERMONT, « Maternité, gestation et liberté. Réflexions sur la prohibition de la gestation pour autrui en droit québécois », (2011) 4 *Revue de droit et santé de McGill* 43. Dans son avis sur la procréation assistée, la Commission de l'éthique de la science et de la technologie privilégie quant à elle l'expression « gestation pour autrui », oblitérant ainsi le scénario où la mère porteuse fournit ses propres ovules : *Avis éthique et procréation assistée : des orientations pour le don de gamètes et d'embryons, la gestation pour autrui et le diagnostic préimplantatoire*, Québec, Gouvernement du Québec, 2009, p. 69, note 222. Pour d'autres précisions terminologiques, voir Geneviève SCHAMPS et Jehanne SOSSON, « Introduction », dans Geneviève SCHAMPS et Jehanne SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 1, aux pages 2-3.

947 Le Comité rejette donc l'appellation « femme porteuse » que certains proposent pour clairement évacuer l'idée d'une maternité avec la mère porteuse. Voir Geneviève SCHAMPS et Jehanne SOSSON, « Introduction », dans Geneviève SCHAMPS et Jehanne SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 1, à la page 3.

948 Une voie administrative (entièrement déjudiciarisée) a été mise en place en Colombie-Britannique en 2009 : *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25, art. 29(2) et en Illinois (É.-U.) en 2005 : *Gestational Surrogacy* Act 2005 750 ILCS. Pour une analyse du régime de la Colombie-Britannique, voir Karen BUSBY, « Of Surrogate Mother Born : Parentage Determinations in Canada and Elsewhere », (2013) 25 *Canadian Journal of Women and the Law* 284, 297. Une approche déjudiciarisée a également été proposée par la Manitoba Law Reform Commission dans son rapport *Assisted Reproduction : Legal Parentage and Birth Registration*, Issue Paper, avril 2014, p. 36. La Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada reconnaît également, dans son projet de *Loi uniforme de 2010 sur le statut de l'enfant*, la légitimité d'une voie administrative : « S'il est vrai qu'au départ, il a été envisagé de laisser aux provinces et aux territoires le soin de décider s'il leur est nécessaire de se doter d'un mécanisme de surveillance judiciaire ou d'une procédure administrative eu égard à la confirmation du statut parental des futurs parents, la loi uniforme exige l'obtention d'une déclaration judiciaire afin de garantir le caractère certain du processus. Cependant, les provinces et les territoires pourront choisir de permettre un transfert de filiation par voie administrative en substituant une procédure d'enregistrement à la procédure judiciaire » : voir commentaires sous l'art. 8, en ligne : http://chlc.ca/fr/lois-uniformes-nouvelle-structure/lois-uniformes-courantes/655-statut-de-l-enfant-1/1414-loi-uniforme-de-2010-sur-le-statut-de-l-enfant (page consultée le 8 février 2015).

949 Plus les procédures sont lourdes et compliquées, plus les parties auront tendance à s'en soustraire. Ainsi, écrit Karen Busby, «[...] the main reason many seek a cross-border surrogate mother is that the intended parents' home country prohibits surrogacy (as in, for example, Japan, most Western European countries, and most, if not all, predominantly Muslim countries) or restricts surrogacy (as in, for example, Britain, all Australian states, and Israel) » : Karen BUSBY, « Of Surrogate Mother Born Parentage Determinations in Canada and Elsewhere », (2013) 25 *Canadian Journal of Women and the Law* 284, 291.

950 L'idée de confier aux centres jeunesse le soin de consigner le projet parental par écrit et de s'assurer de la validité des consentements exprimés a ainsi été discutée, mais n'a pas été retenue. Sur l'idée de faire appel au notaire, voir Geneviève SCHAMPS et Geoffrey WILLEMS, « La convention de gestation pour autrui entre autonomie de la volonté, ordre public et droits fondamentaux : quelles garanties formelles et substantielles ? », dans Geneviève SCHAMPS et Jehanne SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 326, aux pages 335-337. Les auteurs n'adhèrent toutefois pas à cette idée, lui préférant l'intervention du tribunal : voir p. 374. En revanche, des propositions législatives récemment déposées devant le Sénat belge suggèrent l'aménagement d'une voie administrative basée sur l'intervention notariale : *Proposition de loi relative aux mères porteuses*, déposée par Mme Ch. Defraigne, Doc. parl., Sénat, sess. extr. 2010, n°5-160 et *Proposition de loi portant organisation des centres de maternité de substitution*, déposée par Mme M. Temmerman et M. G. Swennen, Doc. parl., Sénat, sess. ord. 2010-2011, n° 5-929. Au contraire de la recommandation ici formulée par le Comité, ces voies administratives représentent toutefois 1) les seules voies procédurales envisagées, 2) ne sont assorties d'aucun volet psychosocial 3) n'attribuent pas de droit de rétractation à la mère porteuse après la naissance de l'enfant 4) ne concernent que les projets parentaux où les deux parents d'intention fournissent leurs gamètes, ou à tout le moins l'un d'eux (dans le cas de la proposition 5-929) et 5) ne concernent que les projets parentaux où la mère porteuse ne fournit pas ses gamètes.

951 *Loi sur le notariat*, RLRQ, c. N-3, art. 11. Pour une analyse critique du caractère libre et éclairé du consentement de la mère porteuse, voir David LE BRETON, « La question anthropologique de la gestation pour autrui », dans Brigitte FEUILLET-LIGIER et Maria-Claudia CRESPO-BRAUNER (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2014, p. 337, aux pages 346-347.

952 Sur la question, voir Geneviève SCHAMPS et Geoffrey WILLIEMS, « La convention de gestation pour autrui entre autonomie de la volonté, ordre public et droits fondamentaux : quelles garanties formelles et

substantielles ? », dans Geneviève SCHAMPS et Jehanne SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?,* Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 326, aux pages 356 et suiv. et p. 371.

953 Dans la province du Queensland (Australie), la loi énonce expressément le droit de la mère porteuse de gérer sa grossesse comme elle l'entend. Ce principe impératif s'impose aux parties, nonobstant toute convention contraire : *Surrogacy Act 2010* (Qld), art. 16. En Afrique du Sud, la loi prévoit que la décision d'avorter appartient à la mère porteuse, mais que celle-ci doit prévenir les parents d'intention de sa décision et se concerter avec eux avant l'avortement : *Children's Act 38 of 2005*, art. 300. Pour un plaidoyer en faveur de la recevabilité de clauses permettant de limiter l'autonomie de la mère porteuse, voir Gilles GENICOT, « Gestation pour autrui, autonomie personnelle et maîtrise corporelle : plaidoyer pour un droit neutre et libéré », dans Geneviève SCHAMPS et Jehanne SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 155, à la page 178. En Californie, « [...] certains appréhendent la question de l'avortement, en conférant par exemple aux parents d'intention le droit de demander que la grossesse soit interrompue » : Geoffrey WILLIEMS et Jehanne SOSSON, « Légiférer en matière de gestation pour autrui : quelques repères en droit comparé et international », dans Geneviève SCHAMPS et Jehanne SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 239, à la page 261. Sur la question, voir également, des mêmes auteurs, « La convention de gestation pour autrui entre autonomie de la volonté, ordre public et droits fondamentaux : quelles garanties formelles et substantielles ? », p. 326, aux pages 350 et suiv.

954 C.c.Q., art. 2818 et 2819.

955 C.c.Q., art. 2821.

956 *Loi sur le notariat*, RLRQ, c. N-3, art. 52.

957 Dans la mesure où la mère porteuse est inséminée privément ou au moyen d'une relation sexuelle, aucun autre document que l'acte notarié ne permettra de cibler la date du projet parental.

958 *Loi sur le notariat*, RLRQ, c. N-3, art. 10, 35 et 38. Voir également C.c.Q., art. 2815, 2817 et 2820.

959 Pour une synthèse de ces questions éthiques, voir COMMISSION DE L'ÉTHIQUE DE LA SCIENCE ET DE LA TECHNOLOGIE, *Avis éthique et procréation assistée : des orientations pour le don de gamètes et d'embryons, la gestation pour autrui et le diagnostic préimplantatoire*, Québec, Gouvernement du Québec, 2009, p. 74 et suiv. Voir aussi COMITÉ CONSULTATIF DE BIOÉTHIQUE DE BELGIQUE, *Avis no. 30 du 5 juillet 2004 relatif à la gestion pour autrui*, en ligne : http://www.chu-rouen.fr/page/publisher/comite-consultatif-de-bioethique-de-belgique (page consultée le 7 février 2015). Voir aussi la description de la procédure de consultation avec un psychiatre ou un psychologue mise en place par un centre de procréation médicalement assistée belge : Candice AUTIN, « Gestation pour autrui : expérience d'un centre belge de procréation médicalement assistée », dans Geneviève SCHAMPS et Jehanne SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 9, aux pages 13-14. Une telle procédure existe également en Israël et aux Pays-Bas : dans le même ouvrage collectif, voir Geoffrey WILLIEMS et Jehanne SOSSON, « Légiférer en matière de gestation pour autrui : quelques repères en droit comparé et international », p. 239, à la page 258. Voir enfin Edihno DOS REIS, Gaëlle RUFFIEUX, Julie REREL et Geoffrey WILLEMS, « La maternité de substitution », dans Hugues FULCHIRON et Jehanne SOSSON (dir.), *Parenté, filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 169, aux pages 198-199.

960 RLRQ, c. N-3, art. 56-57.

961 (1999) 131 G.O. II, 1317.

962 Rien n'exclut en effet qu'on appréhende la mère porteuse comme étant « la mère de naissance » de l'enfant, et ce, même si les gamètes proviennent de la mère d'intention. Le Comité fait siens les propos du professeur Moore qui affirme : « [q]u'on le veuille ou non, la réalité naturelle de la maternité est composée de deux parts

essentielles que la maternité de substitution permet de diviser [...] Soutenir que c'est la mère génétique qui représente la "vraie filiation maternelle" me semble être une affirmation à tout le moins catégorique laquelle laisse peu de place à la gestation » : Benoît MOORE, « Maternité de substitution et filiation en droit québécois », dans *Liber Amicorum – Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Paris, Dalloz, 2013, p. 859, à la page 872. Voir également les propos de Jehanne SOSSON et Géraldine MATHIEU, « L'enfant né d'une gestation pour autrui : quelle filiation ? Quels liens avec la mère porteuse ? », dans Geneviève SCHAMPS et Jehanne SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?,* Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 375, à la page 406. Pour une opinion différente, voir Marie-France BUREAU et Édith GUILHERMONT, « Maternité, gestation et liberté. Réflexions sur la prohibition de la gestation pour autrui en droit québécois », (2011) 4 *Revue de droit et santé de McGill* 43, 44. Notons qu'en vertu de la loi de la Colombie-Britannique, la mère porteuse qui accepte de donner suite au projet parental n'est jamais inscrite en qualité de « mère de naissance » sur quelque document que ce soit (peu importe la provenance des gamètes) : *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25, art. 29(3).

963 Au Canada, selon Karen Busby, « [t]here is only one reported decision in Canada involving a dispute between a surrogate mother and the intended parents, and it concerned disagreement over compensation. All other decisions touching on surrogacy concern parentage issues or disputes between intended parents when their relationship breaks down or where citizenship and immigration officials raised questions when a genetic link to an intended parent was absent and the circumstances suggested an adoption that did not conform to international protocols. There are no parentage cases in Canada (other than the one already mentioned in Quebec) where the court had any doubt about making the order sought, and, as noted, applications have been processed in a summary fashion » : Karen BUSBY, « Of Surrogate Mother Born : Parentage Determinations in Canada and Elsewhere », (2013) 25 *Canadian Journal of Women and the Law* 284, 303 (référant à l'affaire *H.L.W. and T.H.W.* v. *J.C.T. and J.T.*, 2005 BCSC 1679). Dans leur étude sur la maternité de substitution, les auteures Bureau et Guilhermont réfèrent aux études étrangères qui démontrent que « [...] dans les pays où la pratique est admise, les conventions de gestation pour autrui ne suscitent guère de contentieux ». Ainsi, remarquent-elles, « [...] des auteurs estiment à moins de 1 % le nombre de cas de gestation pour autrui se terminant devant les tribunaux aux États-Unis et en Grande Bretagne. Dans 99 % des cas, les gestatrices remettent volontairement l'enfant aux parents d'intention. Hormis la célèbre affaire américaine *In re Baby M*, 109 N.J. 396 (1988) et une décision de 2009 de la Cour supérieure du New Jersey (*A.G.R.* v. *D.R.H. & S.H.*, N.J. Super. Ct., 23 décembre 2009), nous n'avons recensé aucune décision impliquant une gestatrice qui aurait refusé de remettre aux parents commanditaires l'enfant issu de la gestation pour autrui. Il n'existe par ailleurs, à notre connaissance, aucun cas recensé de demandeurs qui auraient refusé d'établir leur filiation avec l'enfant né d'une gestatrice » : Marie-France BUREAU et Édith GUILHERMONT, « Maternité, gestation et liberté. Réflexions sur la prohibition de la gestation pour autrui en droit québécois », (2011) 4 *Revue de droit et santé de McGill* 43, 48, note 16. Au Canada, voir également p. 71. Le Comité consultatif de bioéthique de la Belgique arrive à la même conclusion : COMITÉ CONSULTATIF DE BIOÉTHIQUE DE BELGIQUE, *Avis no. 30 du 5 juillet 2004 relatif à la gestion pour autrui,* en ligne : http://www.chu-rouen.fr/page/publisher/comite-consultatif-de-bioethique-de-belgique (page consultée le 7 février 2015).

964 Par analogie, voir la loi de la Colombie-Britannique qui prévoit un formalisme comparable : *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25, art. 29(3)b)i) et *Vital Statistics Act*, R.S.B.C. 1996, c. 479, art. 3(1.1).

965 Le fait d'infliger une pénalité ou une amende pourrait amener la mère porteuse à renoncer à l'enfant pour des raisons économiques : Geneviève SCHAMPS et Geoffrey WILLIEMS, « La convention de gestation pour autrui entre autonomie de la volonté, ordre public et droits fondamentaux : quelles garanties formelles et substantielles ? », dans Geneviève SCHAMPS et Jehanne SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?,* Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 326, à la page 367. On peut également dégager une explication systémique de la règle. Ainsi, le Groupe de travail de la Commission des affaires sociales et de la commission des lois du Sénat français créé en 2008 (Rapport n° 421) écrit : « Dans l'hypothèse où la gestatrice déciderait d'exercer ce droit [de conserver l'enfant], elle ne serait nullement tenue de verser des dommages et intérêts au couple demandeur puisqu'il n'y aurait pas de contrat ». En ligne : http://www.senat.fr/rap/r07-421/r07-421_mono.html (page consultée le 9 février 2015). D'autres encore pourraient considérer qu'une telle faculté se conçoit d'une certaine manière en termes de contrepartie à l'atteinte conventionnelle aux droits fondamentaux de la mère porteuse. Voir sur cette question Pascal PUIG, « Droits fondamentaux et formation du contrat », (2009) 10 *Revue juridique de l'USEK* 159, 185.

966 Dans la province du Queensland (Australie), la mère porteuse qui refuse de remettre l'enfant peut être tenue responsable des frais engendrés par la grossesse : *Surrogacy Act 2010* (Qld), art. 15.

967 Seule province à mettre en place une voie administrative, la Colombie-Britannique ne prévoit pas un tel droit de dédie au profit de la mère porteuse.

968 Ces règles constituent d'une certaine manière le « droit commun » de la filiation. Dans son rapport, le Groupe de travail de la Commission des affaires sociales et de la commission des lois du Sénat français créé en 2008 (Rapport n° 421) s'en remet également aux règles relatives à la filiation par le sang en cas de caducité du projet parental. En ligne : http://www.senat.fr/rap/r07-421/r07-421_mono.html (page consultée le 9 février 2015).

969 Dans la mesure où, suivant l'une des thèses proposées par le Comité, la présomption de paternité prévue au chapitre portant sur la filiation de l'enfant né d'une procréation naturelle était conservée, voire élargie à l'ensemble des couples (voir *supra*, p. 147-150), une disposition spécifique pourrait en éliminer l'application à l'égard du conjoint de la mère porteuse.

970 Telle est la proposition de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada dans son projet de *Loi uniforme de 2010 sur le statut de l'enfant*. Voir art. 8(2)b), en ligne : http://chlc.ca/fr/lois-uniformes-nouvelle-structure/lois-uniformes-courantes/655-statut-de-l-enfant-1/1414-loi-uniforme-de-2010-sur-le-statut-de-l-enfant (page consultée le 8 février 2015).

971 Nicole Gallus croit également nécessaire de distinguer les deux scénarios pour cette raison : « La validité de la convention de gestation pour autrui en droit belge actuel », dans Geneviève SCHAMPS et Jehanne SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 181, à la page 182.

972 Ainsi, l'enfant se verra-t-il attribuer un lien de filiation avec la mère porteuse, sans égard à la provenance des gamètes. Quant à la filiation paternelle, elle pourra ici encore découler de l'un des modes d'établissement non judiciaires de la filiation (exception faite de la présomption de paternité – voir *supra*, note 263) ou, ultimement, d'une décision du tribunal.

973 Le parent d'intention qui aura fourni les gamètes mâles pourrait donc se voir attribuer une filiation malgré son refus de donner suite au projet parental. Celle-ci trouvera sa justification non pas dans le projet parental devenu caduc, mais dans le lien génétique auquel font écho les règles régissant la filiation de l'enfant né d'une procréation naturelle.

974 Telle est la solution retenue en Colombie-Britannique (*Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25, art. 29(4)) et en Alberta (*Family Law Act*, S.A. 2003, c. F-4.5, art. 8.2(9)). Voir également en ce sens la proposition de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada consignée à l'art. 8 de son projet de *Loi uniforme de 2010 sur le statut de l'enfant*, en ligne : http://chlc.ca/fr/lois-uniformes-nouvelle-structure/lois-uniformes-courantes/ 655-statut-de-l-enfant-1/1414-loi-uniforme-de-2010-sur-le-statut-de-l-enfant (page consultée le 8 février 2015).

975 En Colombie-Britannique, la loi prévoit que « [i]f an intended parent dies, or the intended parents die, after the child is conceived, the deceased intended parent is, or intended parents are, the child's parent or parents if the surrogate gives written consent to surrender the child to the personal representative or other person acting in the place of the deceased intended parent or intended parents ». Si les gamètes d'un parent d'intention éventuel ont été prélevés et que ce parent d'intention décède après la signature du contrat de mère porteuse mais avant la conception, il sera père s'il a consenti à l'utilisation de ses gamètes avant sa mort et s'il est le conjoint de l'autre parent d'intention : *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25, art. 29(5) et 29(7).

976 La voie judiciaire ici proposée doit donc être distinguée du mécanisme d'approbation judiciaire mis en place par certains pays qui exigent l'intervention du juge avant même la conception de l'enfant. Plusieurs États américains prévoient ainsi la nécessité pour les parties d'obtenir un « preconception judicial approval ». Tel est le cas de la Grèce et de l'Afrique du Sud (*Children's Act 38 of 2005*, art. 292, 295 et 297). Dans la plupart des pays, une seconde requête (d'ordre technique et déclarative) sera nécessaire après la naissance de l'enfant afin d'opérer, sur la base de l'ordonnance judiciaire obtenue avant sa conception, le transfert de filiation en faveur des parents. Sur le sujet, voir Geoffrey WILLIEMS et Jehanne SOSSON, « Légiférer en matière de gestation pour autrui : quelques repères en droit comparé et international », dans Geneviève SCHAMPS et Jehanne SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 239, aux pages 270-271 et, des mêmes auteurs, « La convention de gestation pour autrui entre autonomie de la volonté, ordre public et droits fondamentaux : quelles garanties formelles et substantielles ? », p. 326, à la page 332. Dans le même ouvrage, voir aussi Jehanne SOSSON et Géraldine MATHIEU, « L'enfant né d'une gestation pour autrui : quelle filiation ? Quels liens avec la mère porteuse ? », p. 375, aux pages 392-394.

977 Telle semble la logique applicable au Royaume-Uni et en Israël où les parents d'intention doivent obtenir le prononcé d'un « parental order » qui permettra de substituer la filiation des parents d'intention à celle de la mère porteuse. Au Royaume-Uni, voir *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*, c. 22, art. 33; en Israël, voir *Surrogate Agreements (Approval of Agreements and Status of Newborn) Law 1996*, art. 11. Il semble que ce soit également le cas en Nouvelle-Zélande (quoique le processus applicable fasse plutôt appel au droit commun de l'adoption). Sur le sujet, voir Geoffrey WILLIEMS et Jehanne SOSSON, « Légiférer en matière de gestation pour autrui : quelques repères en droit comparé et international », dans Geneviève SCHAMPS et Jehanne SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 239, aux pages 253 et 263.

978 Voir les remarques formulées aux notes 740 et 863.

979 La loi albertaine prévoit un délai de 30 jours : *Family Law Act*, S.A. 2003, c. F-4.5, art. 8.2(4). Dans son projet de *Loi uniforme de 2010 sur le statut de l'enfant*, la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada suggère aussi un délai de 30 jours, sauf prolongation judiciaire en raison de circonstances particulières. Voir art. 8(6), en ligne : http://chlc.ca/fr/lois-uniformes-nouvelle-structure/lois-uniformes-courantes/655-statut-de-l-enfant-1/1414-loi-uniforme-de-2010-sur-le-statut-de-l-enfant (page consultée le 8 février 2015). En Angleterre, la demande judiciaire sur consentement de toutes les parties doit être présentée au tribunal dans les six mois qui suivent la naissance. Le consentement de la mère n'est toutefois pas valable s'il est donné dans les six premières semaines de l'accouchement : *Human Fertilisation & Embryology Act 2008*, c. 22, art. 54(3) et (6).

980 La loi albertaine prévoit une règle similaire : *Family Law Act*, S.A. 2003, c. F-4.5, art. 8.2(1) et 8.2(6)b).

981 Une disposition similaire est prévue en Alberta et à Terre-Neuve : *Family Law Act*, S.A. 2003, c. F-4.5, art. 8.2(7) et *Vital Statistics Act*, S.N.L. 2009, c. V-6.01, art. 5(6). Voir aussi la proposition de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada consignée à l'art. 8(10) de son projet de *Loi uniforme de 2010 sur le statut de l'enfant*, en ligne : http://chlc.ca/fr/lois-uniformes-nouvelle-structure/lois-uniformes-courantes/655-statut-de-l-enfant-1/1414-loi-uniforme-de-2010-sur-le-statut-de-l-enfant (page consultée le 8 février 2015).

982 En Saskatchewan, « [s]'il est prouvé par prépondérance des probabilités qu'une femme est ou n'est pas légalement la mère d'un enfant, le tribunal peut rendre une ordonnance déclaratoire à cet effet » : art. 43(3) de la *Loi de 1997 sur le droit de l'enfance* (L.S. 1997, c. C-8.2). La volonté de la mère porteuse de ne pas vouloir garder l'enfant n'est pas mentionnée par l'article, ce qui laisse croire qu'on pourrait répudier la mère porteuse qui n'a pas fourni ses ovules, mais non celle qui les a fournis. Voir cependant *W.J.Q.M.* v. *A.M.A.,* 2011 SKQB 317 où le tribunal retire la maternité à une mère porteuse qui n'avait pas fourni ses ovules, mais en insistant sur sa volonté de ne pas assumer de maternité.

983 Voir *supra*, p. 144 et suiv. et 151 et suiv. Exception faite, ici encore, de la présomption de paternité, si nécessaire. Voir *supra*, note 969.

984 Telle est la solution retenue en Colombie-Britannique (*Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25, art. 29(4)) et en Alberta (*Family Law Act*, S.A. 2003, c. F-4.5, art. 8.2(9)). Voir également en ce sens la proposition de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada consignée à l'art. 8(12) de son projet de *Loi uniforme de 2010 sur le statut de l'enfant*, en ligne : http://chlc.ca/fr/lois-uniformes-nouvelle-structure/lois-uniformes-courantes/ 655-statut-de-l-enfant-1/1414-loi-uniforme-de-2010-sur-le-statut-de-l-enfant (page consultée le 8 février 2015).

985 Rappelons ici la solution retenue en Colombie-Britannique, où la loi prévoit que « [i]f an intended parent dies, or the intended parents die, after the child is conceived, the deceased intended parent is, or intended parents are, the child's parent or parents if the surrogate gives written consent to surrender the child to the personal representative or other person acting in the place of the deceased intended parent or intended parents ». Si les gamètes d'un parent d'intention éventuel ont été prélevés et que ce parent d'intention décède après la signature du contrat de mère porteuse, mais avant la conception, il sera père s'il a consenti à l'utilisation de ses gamètes avant sa mort et s'il est le conjoint de l'autre parent d'intention : *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25, art. 29(5) et 29(7).

986 Comme en Australie où, dans la plupart des provinces, la mère porteuse doit être âgée d'au moins 25 ans : Australie – Queensland, *Surrogacy Act 2010*, art. 22(f); Australie – Victoria*, Assisted Reproductive Treatment Act 2008*, art. 40(b); Australie – New South Wales*, Surrogacy Act 2010*, art. 27. En Illinois, la loi fixe l'âge minimal de la mère porteuse à 21 ans : *Gestational Surrogacy Act 2005,* 750 ILCS 4, art. 20. Voir également les différentes propositions contenues dans les projets de loi déposés devant le Sénat belge ces dernières années, telles que résumées dans Marie-Noëlle DERÈSE, « L'accès à la gestation pour autrui », dans Geneviève SCHAMPS et Jehanne SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 293, aux pages 318-320.

987 Telle est la solution retenue en Afrique du Sud : *Children's Act 2005*, art. 1 et art. 292-303 et dans plusieurs États américains.

988 RLRQ, c. A-5.01.

989 En Grèce, voir C. civ., art. 1458. Voir également Pénélope AGALLOPOULOU, « La procréation médicalement assistée, source de bouleversement de la parenté en droit hellénique », dans Brigitte FEUILLET-LIGIER et Maria-Claudia CRESPO-BRAUNER (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2014, p. 125, à la page 131. En Israël, voir *Surrogate Agreements (Approval of Agreements and Status of Newborn) Law 1996*. En Afrique du Sud, voir *Children's Act 2005*, c. 38, art. 297. En Ukraine, voir *Code de la famille*, art. 123. Aux États-Unis, dans l'ouvrage collectif ci-dessus cité, voir Marsha GARRISON, « La procréation médicalement assistée (PMA) aux États-Unis : un Far West de la filiation », p. 241, à la page 242. Voir plus spécifiquement le cas de la Californie : *California Family Code*, art. 7960 f) 1) et 7962 a) et de l'Illinois : *Gestational Surrogacy Act 2005*, 750 ILCS 4*,* art. 20. Le Groupe de travail de la Commission des affaires sociales et de la commission des lois du Sénat français créé en 2008 (Rapport n° 421) recommandait également cette condition : en ligne : http://www.senat.fr/rap/r07-421/r07-421_mono.html (page consultée le 9 février 2015). Au Royaume-Uni, il est permis que la mère porteuse soit la mère génétique de l'enfant pour autant qu'un des parents d'intention ait fourni ses gamètes : Geoffrey WILLIEMS et Jehanne SOSSON, « Légiférer en matière de gestation pour autrui : quelques repères en droit comparé et international », dans Geneviève SCHAMPS et Jehanne SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 239, aux pages 252-253.

990 Le Groupe de travail de la Commission des affaires sociales et de la commission des lois du Sénat français créé en 2008 (Rapport n° 421) justifie ainsi l'exigence : « [...] la gestatrice ne devrait pas être la mère génétique de l'enfant, afin de prévenir les conflits de filiation en facilitant son « désinvestissement affectif »

lors de la grossesse, pour reprendre des termes employés par des psychanalystes » : en ligne : http://www.senat.fr/rap/r07-421/r07-421_mono.html (page consultée le 9 février 2015). Dans le même sens, voir Gilles GENICOT, « Gestation pour autrui, autonomie personnelle et maîtrise corporelle : plaidoyer pour un droit neutre et libéré », dans Geneviève SCHAMPS et Jehanne SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 155, à la page 177 et Edihno DOS REIS, Gaëlle RUFFIEUX, Julie REREL et Geoffrey WILLEMS, « La maternité de substitution », dans Hugues FULCHIRON et Jehanne SOSSON (dir.), *Parenté, filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 169, à la page 219.

991 GROUPE DE TRAVAIL DE LA COMMISSION DES AFFAIRES SOCIALES ET DE LA COMMISSION DES LOIS DU SÉNAT, Rapport n° 421, Paris, 2008, en ligne : http://www.senat.fr/rap/r07-421/r07-421_mono.html (page consultée le 9 février 2015). Voir également COMITÉ CONSULTATIF DE BIOÉTHIQUE DE BELGIQUE, *Avis n° 30 du 5 juillet 2004 relatif à la gestion pour autrui*, p. 35, en ligne : http://www.chu-rouen.fr/page/publisher/comite-consultatif-de-bioethique-de-belgique (page consultée le 7 février 2015). La loi sud-africaine prescrit cette exigence en ces termes : « A court may not confirm a surrogate motherhood agreement unless [...] the surrogate mother [...] has a documented history of at least one pregnancy and viable delivery; and [...] has a living child of her own : *Children's Act 2005*, art. 295c)vi) et vii). Voir aussi la loi de l'État de l'Illinois aux États-Unis : *Gestational Surrogacy Act 2005*, 750 ILCS 4, art. 20(a)(2).

992 L'une des propositions législatives soumises au Sénat belge ces dernières années exige que la mère porteuse ait mis au monde au moins un enfant qui est toujours en vie : Marie-Noëlle DERÈSE, « L'accès à la gestation pour autrui », dans Geneviève SCHAMPS et Jehanne SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 293, à la page 315.

993 Telle est la conclusion à laquelle en est arrivée la *Victorian Law Reform Commission* d'Australie dans son rapport de 2008, que le législateur de l'État de Victoria a d'ailleurs suivi : VICTORIAN LAW REFORM COMMISSION, *Assisted Reproductive Technology & Adoption*, Final Report, Melbourne, Victoria, Australia, 2007, n° 51, p. 90.

994 Marie-Noëlle DERÈSE, « L'accès à la gestation pour autrui », dans Geneviève SCHAMPS et Jehanne SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 293, à la page 315.

995 En Belgique, les membres du Comité consultatif de bioéthique se sont divisés sur la question : « Les centres publics reconnus ou érigés par l'autorité doivent pouvoir accepter, selon certains membres du Comité, aussi bien les conventions de grossesse entre personnes qui se connaissent qu'entre personnes étrangères les unes aux autres. Ils estiment en particulier que la possibilité de conventions de grossesse entre personnes mutuellement inconnues doit exister, parce qu'elles permettent d'éviter certains problèmes prévisibles provenant du lien entre mère porteuse et enfant. D'autres membres du Comité y sont expressément opposés, par crainte d'une dérive vers la commercialisation » : COMITÉ CONSULTATIF DE BIOÉTHIQUE DE BELGIQUE, *Avis n° 30 du 5 juillet 2004 relatif à la gestion pour autrui*, p. 34, en ligne : http://www.chu-rouen.fr/page/publisher/comite-consultatif-de-bioethique-de-belgique (page consultée le 7 février 2015). Le Groupe de travail de la Commission des affaires sociales et de la commission des lois du Sénat français créé en 2008 (Rapport n° 421) n'est pas non plus parvenu à un consensus clair : « [a]près en avoir longuement débattu, les membres du groupe de travail préconisent, dans leur majorité, d'interdire à une mère de porter un enfant pour le compte de sa fille mais de laisser à la commission chargée de l'agrément des gestatrices le soin d'apprécier au cas par cas si telle ou telle femme doit être habilitée à porter un enfant pour le compte de sa sœur ou de sa cousine », en ligne : http://www.senat.fr/rap/r07-421/r07-421_mono.html (page consultée le 9 février 2015).

996 Pour une réflexion sur le sujet, voir Marie-Noëlle DERÈSE, « L'accès à la gestation pour autrui », dans Geneviève SCHAMPS et Jehanne SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 293, à la page 321.

997 L.C. 2004, c. 2.

998 En Alberta, voir *Family Law Act*, S.A. 2003, c. F-4.5, art. 8.2(1)b) et 8.2(6)a); en Nouvelle-Écosse, voir *Birth Registration Regulations*, N.S. Reg. 390/2007, art. 5(2)e) (adopté conformément à l'art. 51 de la *Vital Statistics Act*, R.S.N.S. 1989, c. 494); dans les Territoires-du-Nord-Ouest, voir *Loi sur le droit de l'enfance*, L.T.N.-O. 1997. c. 14, art. 8.1(3). Tel est aussi le cas au Royaume-Uni : *Human Fertilisation and Embryology Act 1990,* c. 37, art. 30, en Israël : *Surrogate Agreements (Approval of Agreements and Status of Newborn) Law 1996* et dans l'État de l'Illinois aux États-Unis : *Gestational Surrogacy Act 2005*, 750 ILCS 4, art. 20(b)(1). En Afrique du Sud, il semble que l'on ne permette l'établissement de la filiation en faveur des parents d'intention que si chacun d'eux a fourni le matériel génétique nécessaire à la conception de l'enfant : Geoffrey WILLIEMS et Jehanne SOSSON, « Légiférer en matière de gestation pour autrui : quelques repères en droit comparé et international », dans Geneviève SCHAMPS et Jehanne SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 239, à la page 269.

999 CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA, *Loi uniforme de 2010 sur le statut de l'enfant*, art. 8(3)b), en ligne : http://chlc.ca/fr/lois-uniformes-nouvelle-structure/lois-uniformes-courantes/655-statut-de-l-enfant-1/1414-loi-uniforme-de-2010-sur-le-statut-de-l-enfant (page consultée le 8 février 2015).

1000 CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA, *Loi uniforme de 2010 sur le statut de l'enfant*, commentaires portant sur l'art. 8, en ligne : http://chlc.ca/fr/lois-uniformes-nouvelle-structure/lois-uniformes-courantes/655-statut-de-l-enfant-1/1414-loi-uniforme-de-2010-sur-le-statut-de-l-enfant (page consultée le 8 février 2015).

1001 *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25, art. 29(3)b)ii). Une telle exigence n'existe pas non plus au Royaume-Uni, mais au moins un des parents d'intention doit toutefois avoir fourni ses gamètes : *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*, c. 22, art. 54(1)(b).

1002 Toutefois, il semble que la majorité des décisions rendues concernent des couples où l'un des conjoints a fourni ses gamètes : Karen BUSBY et Delaney VUN, « Revisiting the Handmaid's Tale : Feminist Theory Meets Empirical Research on Surrogate Motherhood », (2010) 26 *Rev. Can. D. Fam.* 13, 27.

1003 Au contraire, certains attribuent un fondement hybride à la filiation puisque, dans plusieurs situations, un lien biologique reliera l'enfant à l'un de ses parents : Sonia LE BRIS, « Procréation médicalement assistée et parentalité à l'aube du 21e siècle », (1994) 1 *C.P. du N.* 135, 147. Voir également Jean-Louis BAUDOUIN et Catherine LABRUSSE-RIOU, *Produire l'homme, de quel droit ?*, Paris, P.U.F., 1987, p. 213.

1004 Sur cette confusion des genres, voir Jérôme COURDURIÈS et Cathy HERBRAND, « Genre, parenté et techniques de reproduction assistée après 30 ans de recherche », (2014) 21 *Enfances, familles, générations* iii, ix et xi, en ligne : http://www.efg.inrs.ca/index.php/EFG/article/view/449 (page consultée le 16 mars 2015). Plusieurs pays semblent aux prises avec ce « syndrome » en reconnaissant la possibilité d'établir la filiation avec les parents d'intention, mais à travers deux systèmes distincts qui dépendent de la provenance des forces génétiques ayant servi à la conception de l'enfant. Voir Jehanne SOSSON et Géraldine MATHIEU, « L'enfant né d'une gestation pour autrui : quelle filiation ? Quels liens avec la mère porteuse ? », dans Geneviève SCHAMPS et Jehanne SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 375, à la page 400. Voir également Laurence BRUNET et Jehanne SOSSON, « L'engendrement à plusieurs en droit comparé : quand le droit peine à distinguer filiation, origine et parentalité », dans Hugues FULCHIRON et Jehanne SOSSON (dir.), *Parenté, filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 31, aux pages 53-54. Voir également les propos contradictoires que certains avancent au sujet du fondement de la filiation de l'enfant issu d'une maternité de substitution : « Nous sommes favorables, s'il s'agit d'admettre la maternité pour autrui, aux options législatives plus originales et ambitieuses qui acceptent l'idée suivant laquelle la rencontre des volontés des parties est en soi de nature à fonder le lien de filiation entre les parents d'intention et l'enfant qu'ils ont souhaité [...] Il nous apparaît en tout état de cause que la mère porteuse ne doit jamais procurer son matériel génétique [...] Dans ce contexte où la contribution de la mère porteuse serait obligatoirement cantonnée à la grossesse, il serait possible de considérer que la volonté d'être mère (idéalement conjuguée à un apport biologique) constitue le fondement de l'établissement certain et immédiat de son lien de filiation à l'égard de l'enfant à naître » : Edihno DOS REIS, Gaëlle RUFFIEUX, Julie REREL et Geoffrey WILLEMS,

« La maternité de substitution », dans Hugues FULCHIRON et Jehanne SOSSON (dir.), *Parenté, filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 169, à la page 219.

1005 Quoique peu vraisemblable, cette volonté pourrait également provenir de la mère porteuse. Si tel est le cas, elle serait tout aussi inacceptable.

1006 En Australie, dans la province de New South Wales, la Cour saisie dans le cadre d'une requête visant à substituer la filiation des parents d'intention à celle de la mère porteuse est tenue de rendre un jugement déclaratif de filiation visant à garder la fratrie unie. En d'autres termes, le jugement ne peut attribuer une filiation différente à des frères et sœurs nés de la même grossesse. Les enfants pourraient toutefois être séparés si le tribunal juge qu'il en va de leur intérêt. Voir *Surrogacy Act 2010* (NSW), art. 20. Dans la province du Queensland, voir *Surrogacy Act 2010* (Qld), art. 24. Certaines propositions récemment déposées devant le Sénat belge envisagent également le cas des grossesses multiples : Geneviève SCHAMPS et Geoffrey WILLIEMS, « La convention de gestation pour autrui entre autonomie de la volonté, ordre public et droits fondamentaux : quelles garanties formelles et substantielles ? », dans Geneviève SCHAMPS et Jehanne SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 326, aux pages 348-349.

1007 Alain ROY, *Droit de l'adoption*, 2e éd., coll. « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, no 82 et 164, p. 107 et 179.

1008 Ou à tout le moins, démontrer que le transfert de la filiation en leur faveur est dans l'intérêt de l'enfant. Tel est le cas en Afrique du Sud (où le tribunal intervient toutefois avant la conception et non après) : *Children's Act 2005*, art. 295(e); en Israël : *Surrogate Agreements (Approval of Agreements and Status of Newborn) Law 1996* et dans certaines provinces australiennes : Australia – New South Wales, *Surrogacy Act 2010*, art. 22; Australia – Queensland, *Surrogacy Act 2010*, art. 22, Australia – Victoria, *Status of Children Act 1974* (Vic), art. 22. Au Royaume-Uni, le juge ne s'en remettra à l'intérêt de l'enfant que si une condition prévue par la loi applicable à la maternité de substitution n'est pas satisfaite : *Children Act 1989*, c. 41, art. 1. Voir Geoffrey WILLIEMS et Jehanne SOSSON, « Légiférer en matière de gestation pour autrui : quelques repères en droit comparé et international », dans Geneviève SCHAMPS et Jehanne SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 239, aux pages 254, 256 à 258 et, des mêmes auteurs, « La convention de gestation pour autrui entre autonomie de la volonté, ordre public et droits fondamentaux : quelles garanties formelles et substantielles ? », p. 326, à la page 332.

1009 Tel est le cas en Australie, dans la province de New South Wales, si les parents d'intention ont moins de 25 ans : *Surrogacy Act 2010* (NSW), art. 29(1).

1010 Comme c'est le cas dans les provinces canadiennes qui reconnaissent des effets à la maternité de substitution : « In sum, Canadian provinces [...] do not evaluate the intended parents' capacities or plans [...] » : Karen BUSBY, « Of Surrogate Mother Born : Parentage Determinations in Canada and Elsewhere », (2013) 25 *Canadian Journal of Women and the Law* 284, 304.

1011 L'expression est notamment utilisée par la Clinique de fertilité du CHUM dans son mémoire sur le programme québécois de procréation assistée : CENTRE HOSPITALIER DE L'UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL, *Mémoire déposé au Commissaire à la santé et au bien-être dans le cadre de la consultation publique sur le programme québécois de procréation assistée*, Montréal, 21 juin 2013, p. 7, en ligne : http://www.chumontreal.qc.ca/sites/default/files//documents/memoire_pma_20130621-final.pdf (page consultée le 25 mars 2015). Certains emploient plutôt l'expression « infertilité structurelle » : Naomie R. CAHN, *Why the Fertiliy Market Needs Legal Regulation*, New York et Londres, N.Y. University Press, 2009.

1012 Jehanne Sosson et Géraldine Mathieu ne partagent pas cet avis : « Ne peut-on pas penser ou accepter de penser que dès lors qu'une société est sollicitée pour réaliser ce que la nature seule ne permet pas, il n'est pas totalement illégitime qu'à travers une procédure judiciaire, cette société apprécie si l'intérêt de l'enfant est respecté ? » : Jehanne SOSSON et Géraldine MATHIEU, « L'enfant né d'une gestation pour autrui : quelle filiation ? Quels liens avec la mère porteuse ? », dans Geneviève SCHAMPS et Jehanne SOSSON

(dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 375, à la page 403.

1013 RLRQ, c. P-34.1. Voir les art. 76.1 et 79 pour les mesures de protection immédiate, et l'art. 91 pour les ordonnances pouvant être rendues dans le cas d'une situation de compromission (déclarée conformément à l'art. 38).

1014 Projet de loi n° 20 (présentation – 28 novembre 2014), 1re sess., 41e légis. (Qc). En France, une règle semblable à l'art. 10.2, introduit par l'art. 3 du projet de loi, est prévue à l'art. L. 2141-6 du Code de la santé publique.

1015 *Loi édictant la Loi favorisant l'accès aux services de médecine de famille et de médecine spécialisée et modifiant diverses dispositions législatives en matière de procréation assistée*, projet de loi n° 20 (présentation – 28 novembre 2014), 1re sess., 41e légis. (Qc), art. 3, proposant l'introduction d'un nouvel art. 10.2 à la *Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée* (L.Q. 2009, c. A-5.01).

1016 L.C. 2004, c. 2.

1017 L.Q. 2009, c. A-5.01.

1018 Une perspective similaire est appliquée au Royaume-Uni par les tribunaux : Thérèse CALLUS, « La parenté au Royaume-Uni : un droit en évolution face à l'essor des pratiques biomédicales », dans Brigitte FEUILLET-LIGIER et Maria-Claudia CRESPO-BRAUNER (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2014, p. 171, note 55. Pour une perspective différente, voir le rapport du Groupe de travail de la Commission des affaires sociales et de la commission des lois du Sénat français créé en 2008 (Rapport n° 421) qui affirme *:* « Malheureusement, l'interdiction d'établir la filiation d'un enfant né en violation de la législation française demeure sans doute la sanction la plus dissuasive à l'égard de celles et ceux qu'un désir irrépressible d'enfant conduit parfois à l'aveuglement ». En ligne : http://www.senat.fr/rap/r07-421/r07-421_mono.html (page consultée le 9 février 2015).

1019 GROUPE DE TRAVAIL INTERMINISTÉRIEL SUR LE RÉGIME QUÉBÉCOIS DE L'ADOPTION, sous la présidence de Carmen LAVALLÉE, *Pour une adoption québécoise à la mesure de chaque enfant*, Québec, ministère de la Justice et ministère de la Santé et des Services sociaux, 2007, en ligne : http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications /rapports/pdf/adoption-rap.pdf (page consultée le 5 avril 2015).

1020 *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale,* avant-projet de loi (présentation – 31 octobre 2009), 1re sess., 39e légis. (Qc).

1021 *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*, projet de loi n° 81 (présentation – 13 juin 2012), 2e sess., 39e légis. (Qc).

1022 *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption, d'autorité parentale et de divulgation de renseignements*, projet de loi n° 47 (présentation – 14 juin 2013), 1re sess., 40e légis. (Qc).

1023 Sous réserve des coutumes qui régissent l'adoption autochtone. Voir GROUPE DE TRAVAIL INTERMINISTÉRIEL SUR LE RÉGIME QUÉBÉCOIS DE L'ADOPTION, sous la présidence de Carmen LAVALLÉE, *Pour une adoption québécoise à la mesure de chaque enfant*, Québec, ministère de la Justice et ministère de la Santé et des Services sociaux, 2007, p. 102 et suiv., en ligne : http://www.justice. gouv.qc.ca/francais/publications /rapports/pdf/adoption-rap.pdf (page consultée le 5 avril 2015).

1024 Voir *infra*, p. 193.

1025 Sur le sujet, voir Alain ROY, *Droit de l'adoption*, 2e éd., coll. « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, no 14, p. 26-27. Rappelons que certaines initiatives législatives récentes, qui n'ont toutefois pas abouti, proposaient l'introduction d'autres formes ou modalités d'adoption : *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale,* avant-projet de loi (présentation – 31 octobre 2009), 1re sess., 39e légis. (Qc). Voir *supra*, p. 189.

1026 C.c.Q., art. 577 et 579. Exceptionnellement, le second alinéa de l'art. 579 prévoit que « [l]'adoption, par une personne, de l'enfant de son conjoint ne rompt pas le lien de filiation établi entre ce conjoint et son enfant ».

1027 C.c.Q., art. 132.

1028 C.p.c., art. 823.1 et 823.2. Voir également les articles du nouveau *Code de procédure civile* qui reprennent ces principes : art. 432 al. 2 et 434 al. 2.

1029 Cette caractéristique vaut le qualificatif d'« adoption fermée » à l'adoption québécoise. Notons que le principe de confidentialité des dossiers judiciaires d'adoption n'a été exprimé dans la loi qu'en 1960 (*Loi modifiant la Loi de l'adoption*, S.Q. 1959-60, c. 65), tandis que le principe de confidentialité des dossiers administratifs remonte quant à lui à la loi de 1969 (*Loi de l'adoption*, L.Q. 1969, c. 64). Avant ces époques, la confidentialité relevait plutôt d'une coutume. Pour une brève présentation historique du sujet, voir GROUPE DE TRAVAIL INTERMINISTÉRIEL SUR LE RÉGIME QUÉBÉCOIS DE L'ADOPTION, sous la présidence de Carmen LAVALLÉE, *Pour une adoption québécoise à la mesure de chaque enfant*, Québec, ministère de la Justice et ministère de la Santé et des Services sociaux, 2007, p. 51-52, en ligne : http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/pdf/adoption-rap.pdf (page consultée le 5 avril 2015). Notons par ailleurs qu'en marge du cadre légal, des pratiques d'adoption ouverte se sont développées au cours des dernières années. L'adoption ouverte « [...] suppose différents scénarios où parents d'origine et parents adoptifs s'échangent des renseignements ou acceptent de maintenir certaines relations, à court ou à long terme, afin que l'enfant ne soit pas totalement coupé de son milieu d'origine » : Alain ROY, *Droit de l'adoption*, 2e éd., coll. « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, no 15, p. 28-29.

1030 Les autres exceptions permettent la transmission de renseignements nominatifs à des *tiers*, sans que les parties elles-mêmes puissent se les approprier. Ainsi, selon l'art. 582 al. 2 C.c.Q., « le tribunal peut permettre la consultation d'un dossier d'adoption à des fins d'étude, d'enseignement, de recherche ou d'enquête publique, pourvu que soit respecté l'anonymat de l'enfant, des parents et de l'adoptant ». Selon l'art. 584 C.c.Q., « [l]orsqu'un préjudice grave risque d'être causé à la santé de l'adopté, majeur ou mineur, ou de l'un de ses proches parents s'il est privé des renseignements qu'il requiert, le tribunal peut permettre que l'adopté obtienne ces renseignements. L'un des proches parents de l'adopté peut également se prévaloir de ce droit si le fait d'être privé des renseignements qu'il requiert risque de causer un préjudice grave à sa santé ou à celle de l'un de ses proches ». Malgré ce que peut laisser entendre le libellé de l'article, les renseignements ne doivent pas être communiqués à l'adopté, mais aux autorités médicales concernées : Alain ROY, *Droit de l'adoption*, 2e éd., coll. « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, no 127, p. 142. Le projet de loi 47 codifiait d'ailleurs cette interprétation en son art. 53, tout en assouplissant le critère applicable. En effet, le projet de loi abandonnait le qualificatif « grave » actuellement employé, en se limitant à exiger la démonstration d'un préjudice, sans plus : *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption, d'autorité parentale et de divulgation de renseignements*, projet de loi no 47 (présentation – 14 juin 2013), 1re sess., 40e légis. (Qc). Sur la notion de « préjudice grave », voir Laurence LE GUILLOU, *La procréation médicalement assistée et le droit des enfants qui en sont issus à la connaissance de leurs origines*, essai de maîtrise, Sherbrooke, Programme de maîtrise en droit et politiques de la santé, Faculté de droit, Université de Sherbrooke, 2014, p. 23 et suiv.

1031 Pour une présentation détaillée du processus des retrouvailles, voir Alain ROY, *Droit de l'adoption*, 2e éd., coll. « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, no 114-126, p. 133-141.

1032 Soulignons que le centre jeunesse, dépositaire des dossiers, agit comme intermédiaire entre les parties : *Loi sur la santé et les services sociaux*, RLRQ, c. S-4.2, art. 82.

1033 Notons que des renseignements non nominatifs seront toutefois remis à la partie demanderesse sous forme de sommaire des antécédents sociobiologiques : *Loi sur la protection de la jeunesse*, RLRQ, c. P-34.1, art. 71.2.

1034 Alain ROY, *Droit de l'adoption*, 2e éd., coll. « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, no 125-126, p. 140-141.

1035 Sous réserve de l'adoption autochtone, qui a fait l'objet de recommandations spécifiques, et de l'adoption internationale, où le principe demeurait inchangé : GROUPE DE TRAVAIL INTERMINISTÉRIEL SUR LE RÉGIME QUÉBÉCOIS DE L'ADOPTION, sous la présidence de Carmen LAVALLÉE, *Pour une adoption québécoise à la mesure de chaque enfant*, Québec, ministère de la Justice et ministère de la Santé et des Services sociaux, 2007, p. 47 à 49, p. 69 et suiv., et p. 125-126, en ligne : http://www.justice.gouv.qc.ca/ francais/publications/rapports/pdf/ adoption-rap.pdf (page consultée le 5 avril 2015).

1036 La notion de « renseignements personnels » est définie comme suit par l'art. 2 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé* (RLRQ, c. P-39.1) : « [e]st un renseignement personnel, tout renseignement qui concerne une personne physique et permet de l'identifier ». Quant à la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels* (RLRQ, c. A-2.1), elle énonce, à l'art. 54, que : « [d]ans un document, sont personnels les renseignements qui concernent une personne physique et permettent de l'identifier ». Selon l'art. 56, « [l]e nom d'une personne physique n'est pas un renseignement personnel, sauf lorsqu'il est mentionné avec un autre renseignement la concernant ou lorsque sa seule mention révélerait un renseignement personnel concernant cette personne ». Comme l'explique Laurence Le Guillou, « [d]'autres renseignements qui ne comprennent pas le nom d'une personne mais qui permettent néanmoins de l'identifier seront également considérés être des renseignements personnels [...]. Suivant l'interprétation des tribunaux, il peut s'agir par exemple de la date de naissance d'une personne, son sexe, sa race, sa langue, son numéro de téléphone, son adresse ainsi que sa description physionomique » : Laurence LE GUILLOU, *La procréation médicalement assistée et le droit des enfants qui en sont issus à la connaissance de leurs origines*, essai de maîtrise, Sherbrooke, Programme de maîtrise en droit et politiques de la santé, Faculté de droit, Université de Sherbrooke, 2014, p. 21-22.

1037 En l'absence de veto au moment de la demande, le centre jeunesse se serait même vu imposer l'obligation de contacter l'enfant pour obtenir son consentement : GROUPE DE TRAVAIL INTERMINISTÉRIEL SUR LE RÉGIME QUÉBÉCOIS DE L'ADOPTION, sous la présidence de Carmen LAVALLÉE, *Pour une adoption québécoise à la mesure de chaque enfant*, Québec, ministère de la Justice et ministère de la Santé et des Services sociaux, 2007, p. 69, recommandations O.9 et O.10. En ligne : http://www.justice.gouv.qc.ca /francais/publications/rapports/pdf/adoption-rap.pdf (page consultée le 5 avril 2015).

1038 *Id*., recommandations O.14 et O.15.

1039 *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale,* avant-projet de loi (présentation – 31 octobre 2009), 1re sess., 39e légis. (Qc).

1040 *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*, projet de loi no 81 (présentation – 13 juin 2012), 2e sess., 39e légis. (Qc).

1041 *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption, d'autorité parentale et de divulgation de renseignements*, projet de loi no 47 (présentation – 14 juin 2013), 1re sess., 40e légis. (Qc).

1042 Hormis en matière d'adoption coutumière autochtone, où l'ouverture à la communication des origines est plutôt la règle (voir l'art. 543.1 proposé par l'art. 23 du projet de loi 47 [*Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption, d'autorité parentale et de divulgation de renseignements*, projet de loi no 47 (présentation – 14 juin 2013), 1re sess., 40e légis. (Qc)]), et en matière d'adoption

internationale, où la règle était modulée pour couvrir la multitude de situations et de conditions en vigueur dans l'État d'origine de l'enfant (voir l'art. 583.10, proposé par l'art. 52 du projet de loi 47).

1043 Et à l'avant-projet de loi (*Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale,* avant-projet de loi [présentation – 31 octobre 2009], 1re sess., 39e légis. (Qc)). Voir l'art. 20, proposant l'introduction d'un nouvel art. 582.1 au Code civil.

1044 *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption, d'autorité parentale et de divulgation de renseignements*, projet de loi no 47 (présentation – 14 juin 2013), 1re sess., 40e légis. (Qc)., art. 52, proposant l'introduction d'un nouvel art. 583.1 au Code civil. Il en était de même du même projet de loi 81 (*Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*, projet de loi no 81 [présentation – 13 juin 2012], 2e sess., 39e légis. [Qc]), à l'art. 56.

1045 Au contraire, le rapport Lavallée recommandait de maintenir le principe de la confidentalité à l'égard de ces adoptions : GROUPE DE TRAVAIL INTERMINISTÉRIEL SUR LE RÉGIME QUÉBÉCOIS DE L'ADOPTION, sous la présidence de Carmen LAVALLÉE, *Pour une adoption québécoise à la mesure de chaque enfant*, Québec, ministère de la Justice et ministère de la Santé et des Services sociaux, 2007, p. 70-72, en ligne : http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/pdf/adoption-rap.pdf (page consultée le 5 avril 2015).

1046 *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption, d'autorité parentale et de divulgation de renseignements*, projet de loi no 47 (présentation – 14 juin 2013), 1re sess., 40e légis. (Qc), art. 583.2. Après ce délai, le parent d'origine aurait encore pu inscrire un veto à la divulgation de son identité jusqu'à ce qu'une première demande de renseignements le concernant soit présentée.

1047 Pour un bref exposé permettant de saisir les motivations profondes à la base de la confidentialité, voir Alain ROY, « D'où viens-je ? – ou la question sans réponse des enfants issus de la procréation médicalement assistée », (2011) *Revue de l'Association internationale des magistrats de la jeunesse et de la famille* 30. Voir également Sonia LEBRIS, « Procréation médicalement assistée et parentalité à l'aube du 21e siècle », (1994) 1 *C.P. du N.* 133, 144. Voir également Brigitte FEUILLET-LIGER, « La levée de l'anonymat, une question complexe », (2011) 106 *Médecine & Droit* 17, 18.

1048 Dans le même sens, voir la *Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée*, RLRQ, A-5.01, art. 42. Sur la notion de « renseignements personnels », voir *supra*, note 1036.

1049 Notons que le projet de loi 47 proposait, en son art. 20, d'éliminer le qualificatif grave, se limitant à exiger la démonstration d'un préjudice à la santé, sans plus : *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption, d'autorité parentale et de divulgation de renseignements*, (projet de loi no 47 [présentation – 14 juin 2013], 1re sess., 40e légis. (Qc)). Sur la notion de « préjudice grave », voir Laurence LE GUILLOU, *La procréation médicalement assistée et le droit des enfants qui en sont issus à la connaissance de leurs origines*, essai de maîtrise, Sherbrooke, Programme de maîtrise en droit et politiques de la santé, Faculté de droit, Université de Sherbrooke, 2014, p. 23 et suiv.

1050 Dans le même sens, voir la *Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée*, RLRQ, A-5.01, art. 43. Notons qu'aucune norme de conservation particulière n'est toutefois prévue, autre que la « conservation adéquate »: *Règlement sur les activités cliniques en matière de procréation assistée*, (2010) 142 G.O. II, 3278, art. 15(1o).

1051 L.C. 2004, c. 2, art. 14 à 19 (abrogés avant d'entrer en vigueur). Voir l'art. 17, spécifiquement pour le registre. Pour une analyse de ces dispositions, voir Laurence LE GUILLOU, *La procréation médicalement assistée et le droit des enfants qui en sont issus à la connaissance de leurs origines*, essai de maîtrise, Sherbrooke, Programme de maîtrise en droit et politiques de la santé, Faculté de droit, Université de Sherbrooke, 2014, p. 30 et suiv.

1052 [2010] 3 R.C.S. 457.

1053 Soulignons que, contrairement à l'actuel art. 542 C.c.Q., la preuve d'un risque de préjudice grave n'était nullement requise.

1054 La loi prévoyait également des dispositions permettant de prévenir des unions consanguines. Ainsi, l'art. 18(4) prévoyait que : « [s]ur demande écrite de deux personnes qui sont fondées à croire qu'au moins l'une d'elles est issue d'une technique de procréation assistée au moyen du matériel reproductif humain ou d'un embryon in vitro d'un donneur, l'Agence [canadienne de contrôle de la procréation assistée] les informe du fait qu'elle a ou non en sa possession des renseignements qui indiquent qu'elles sont génétiquement parentes et, le cas échéant, de la nature du lien de parenté ». Sur la question, voir BBC NEWS – UK, « Parted-at-birth Twins "Married" », 11 janvier 2008, en ligne : http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/7182817.stm (page consultée le 29 mars 2015).

1055 *Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée*, RLRQ, A-5.01, art. 42. Voir les travaux portant sur le projet de loi 89 du 14 avril 2005 dont l'adoption de principe a été effectuée sous la législature précédente (*Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée et modifiant d'autres dispositions législatives*, projet de loi n° 89 (dépôt du rapport de la Commission – 6 juin 2006), 1re sess., 37e légis. (Qc)).

1056 Pour le Conseil du statut de la femme, voir son mémoire du mois de mars 2006 : CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Mémoire sur le projet de loi n° 89, Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée et modifiant d'autres dispositions législatives*, Avis, Québec, Conseil du statut de la femme, 2006. Pour la Fédération, voir QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des affaires sociales*, 2e sess., 37e légis., 29 mars 2006, « Consultations particulières sur le projet de loi n° 89 - *Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée et modifiant d'autres dispositions législatives* ».

1057 *Règlement modifiant le Règlement d'application de la Loi sur l'assurance maladie*, (2010) 142 G.O. II, 3283.

1058 Voir les conditions d'admissibilité publiées sur le site du programme québécois de procréation assistée à http://sante.gouv.qc.ca/programmes-et-mesures-daide/programme-quebecois-de-procreation-assistee/insemination/ (page consultée le 29 mars 2015).

1059 « Étant donné le besoin de délibération collective et de réflexions d'ordre légal sur la levée de l'anonymat dans le contexte de la procréation assistée, en plus de la reconnaissance croissante de la légitimité et du droit des enfants adoptés et nés par procréation assistée d'accéder à leurs origines, le Commissaire considère qu'au minimum, le remboursement des gamètes, anonymes et non anonymes, devrait être équitable » : COMMISSAIRE À LA SANTÉ ET AU BIEN-ÊTRE, *Avis synthèse sur les activités de procréation assistée au Québec*, Québec, Gouvernement du Québec, 2014, p. 58, en ligne : http://www.csbe.gouv.qc.ca/fileadmin/www/2014/Procreation_assistee/CSBE_ PA_Synthese_2014.pdf (page consultée le 25 mars 2015).

1060 Voir notamment Marie-France BUREAU, « La naissance du droit aux origines », dans Christelle LANDHEER-CIESLAK (dir.), *Mélanges en l'honneur de Édith Deleury*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, à paraître; Marie-France BUREAU et Édith GUILHERMONT, « Le droit de connaître ses origines : chronique d'une réforme annoncée », (2014) 73 *R. du B.* 599; Julie COUSINEAU, *L'anonymat des dons de gamètes et d'embryons au Québec et au Canada. Essai théorique sur l'internormativité entre le droit positif et l'éthique de la sollicitude dans la résolution du conflit*, thèse de doctorat, Montréal, Institut de droit comparé, Université McGill, 2011; Michelle GIROUX, « Le droit fondamental de connaître ses origines biologiques », dans Tara COLLINS, Rachel GRONDIN, Veronica PINERO, Marie PRATTE et Marie-Claude ROBERGE (dir.), *Droit de l'enfant*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2008, p. 355 et « Le droit fondamental de connaître ses origines biologiques : impact des droits fondamentaux sur le droit de la filiation », (2006) Numéro thématique hors série *R. du B.* 255 et Françoise-Romaine OUELLETTE et Alain ROY, « Prendre acte des nouvelles réalités de l'adoption. Coup d'œil sur l'avant-projet de loi intitulé *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale* », (2010) 48 *R.J.T.* 7.

1061 Soulignons que la professeure Édith Deleury est la première juriste québécoise à avoir dénoncé la règle de l'anonymat des donneurs au nom du droit de l'enfant à la connaissance de ses origines : Édith DELEURY, « Filiation, parenté, identité : rupture ou continuité ? », dans CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME (dir.), *Sortir la maternité du laboratoire : Actes du forum international sur les nouvelles technologies de la reproduction*, Québec, Conseil du statut de la femme, 1988, p. 164 et Édith DELEURY, « Le droit de la procréation artificielle au Québec présent et futur », dans Claudine BOURG (dir.), *L'infertilité – Procréation médicalement assistée – Adoption, filiation – Questions éthiques, psychologiques, juridiques et scientifiques*, Bruxelles, De Boeck-Wesmael, 1992, p. 91. Notons que le Conseil du statut de la femme était déjà intervenu en 1987 pour soutenir le droit à la connaissance des origines des enfants adoptés et de ceux nés d'une procréation assistée : CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Mémoire portant sur le droit de connaître leurs origines pour les enfants adoptés ou conçus au moyen d'une technique de procréation assistée*, Québec, Conseil du statut de la femme, Gouvernement du Québec, 1987. Plus récemment, dans le cadre des consultations menées par le Commissaire à la santé et au bien-être au sujet du programme québécois de procréation assistée, « plusieurs acteurs ont également pris position quant à la nécessité d'amender le Code civil du Québec de telle sorte que l'anonymat soit levée dans les cas d'inséminations artificielles ou de FIV avec donneur » : COMMISSAIRE À LA SANTÉ ET AU BIEN-ÊTRE, *Avis synthèse sur les activités de procréation assistée au Québec*, Québec, Gouvernement du Québec, 2014, p. 58, en ligne : http://www.csbe.gouv.qc.ca/fileadmin /www/2014/Procreation_assistee/CSBE_PA_Synthese_2014.pdf (page consultée le 25 mars 2015).

1062 La psychanalyste Geneviève Delaisi De Parseval écrit : « [...] le secret sur la filiation, détenu par quelqu'un d'autre que par le sujet lui-même nous semble être un des plus mortifères [...] » : Geneviève DELAISI DE PARSEVAL, « Secret et anonymat dans l'assistance médicale à la procréation avec donneurs de gamètes, ou le dogme de l'anonymat "à la française" », (2006) 51 *Droit et Cultures* 197, 208. Jean-Hugues Déchaux écrit quant à lui : « La levée de l'anonymat [du donneur] se réclame d'une philosophie de la transparence, c'est-à-dire de l'idée que seules les choses honteuses sont à dissimuler » : Jean-Hugues DÉCHAUX, « Les défis des nouvelles techniques de reproduction : comment la parenté entre en politique », dans Brigitte FEUILLET-LIGIER et Maria-Claudia CRESPO-BRAUNER (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2014. p. 313, à la page 322.

1063 Dans leur article consacré au droit de l'enfant à la connaissance de ses origines, les professeures Lavallée et Giroux définissent ainsi l'identité : « l'identité peut être considérée comme tout ce qui fait qu'une personne est ce qu'elle est, qu'on peut la reconnaître et la distinguer d'une autre. En droit, l'état des personnes constitue le cadre privilégié de l'affirmation de l'identité, plus précisément de l'identité civile se composant de « l'ensemble des éléments qui, aux termes de la loi, concourent à l'identification d'une personne physique ». Une liste précise des éléments de l'identité civile n'a jamais été établie, mais il semble évident que le nom, le prénom, la date de naissance, la nationalité et la filiation en font partie. L'identité civile ne constitue cependant qu'une facette de l'identité à laquelle peut s'ajouter l'identité culturelle, religieuse, sociale, sexuelle, etc. Le développement des sciences psychologiques a mis en évidence la nécessité d'une certaine permanence de l'identité tout en favorisant l'apparition de ce que certains appellent le « sentiment d'identité » : Carmen LAVALLÉE et Michelle GIROUX, « Le droit de l'enfant québécois à la connaissance de ses origines évalué à l'aune de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant », (2013) 72 *R. du B.* 147, 151. Sur les dimensions de l'identité, voir plus généralement Daniel GUTMAN, *Le sentiment d'identité. Étude de droit des personnes et de la famille*, Paris, L.G.D.G., 2000 et Vincent DECOMBES, *Les embarras de l'identité*, Paris, Gallimard, 2012 et Agnès FINE (dir.), *États civils en questions. Papiers, identités, sentiment de soi*, coll. « Le regard de l'ethnologue », Paris, Éditions du CTHS, 2008.

1064 Voir les études auxquelles réfèrent Carmen LAVALLÉE et Michelle GIROUX à la note 4 de leur article intitulé « Le droit de l'enfant québécois à la connaissance de ses origines évalué à l'aune de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant », (2013) 72 *R. du B.* 147. Sur les études disponibles, voir les observations de la COMMISSION DE L'ÉTHIQUE DE LA SCIENCE ET DE LA TECHNOLOGIE, *Avis éthique et procréation assistée : des orientations pour le don de gamètes et d'embryons, la gestation pour autrui et le diagnostic préimplantatoire*, Québec, Gouvernement du Québec, 2009, p. 42. Plus généralement, sur le besoin identitaire de l'enfant adopté ou né d'une procréation assistée, voir également Geneviève DELAISI DE PARSEVAL, « Secret des origines / inceste / procréation médicalement assistée avec des gamètes anonymes : "Ne pas l'épouser" », (2009) 33 *Anthropologie et Sociétés* 157 et Irène THÉRY, *Filiation,*

origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle, Rapport du groupe de travail « Filiation, origines, parentalité », Irène THÉRY (prés.), Paris, Ministère des affaires sociales et de la santé et ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 219; Laurence LE GUILLOU, *La procréation médicalement assistée et le droit des enfants qui en sont issus à la connaissance de leurs origines*, essai de maîtrise, Sherbrooke, Programme de maîtrise en droit et politiques de la santé, Faculté de droit, Université de Sherbrooke, 2014, p. 56 et suiv. et Jean-François CHICOINE, Patricia GERMAIN et Johanne LEMIEUX, *L'enfant adopté dans le monde*, Montréal, Éditions de l'Hôpital Sainte-Justine, 2003, p. 45.

1065 Comme le souligne Laurence Brunet, « les débats actuels autour du principe de l'anonymat du donneur ne doivent pas être abordés sur le seul terrain de la bioéthique mais dans le prolongement de la réflexion ancienne et évolutive que le droit mène sur les modes de construction juridique de l'identité personnelle et familiale » : Laurence BRUNET, « Le principe de l'anonymat du donneur de gamètes à l'épreuve de son contexte. Analyse des conceptions juridiques de l'identité », (2010) 20 *Andrologie* 92, 99. Pour plusieurs, ces données ne doivent toutefois pas être appréhendées comme des « données brutes ». Relativement à la procréation assistée, Marie-France Bureau écrit : « [...] la plupart des chercheurs qui soutiennent le besoin qu'ont les enfants issus de la PA [procréation assistée] d'avoir des informations sur leurs origines génétiques situent cette démarche plus largement dans un processus d'histoire personnelle, dans une trajectoire narrative censée constituer un remède contre d'éventuelles souffrances psychiques » : Marie-France BUREAU, « La naissance du droit aux origines », dans Christelle LANDHEER-CIESLAK (dir.), *Mélanges en l'honneur de Édith Deleury*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, à paraître. Voir aussi Irène THÉRY, « L'anonymat des dons d'engendrement est-il vraiment "éthique"? », (2009) 5 *Esprit* 133; Geneviève DELAISI DE PERSIVAL, « Comment entendre les demandes de levée du secret des origines ? », (2009) 5 *Esprit* 165 et Gilles SÉRAPHIN, « L'accès aux origines : les ressorts d'un débat passionnée », (2009) 5 *Esprit* 82.

1066 20 novembre 1989, [1990] 1577 R.T.N.U. 3 (Résolution 44/25). Rappelons que cette convention, bien que ratifiée par le Canada et « sanctionnée » par le Québec (voir *supra*, note 329) n'a pas force de loi au Québec. La Cour suprême a toutefois reconnu qu'on pouvait y avoir recours dans l'approche contextuelle de l'interprétation des lois canadiennes : *Baker* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 69-71.

1067 Voir *supra*, p. 57.

1068 Pour une critique de l'analyse du besoin identitaire sous l'angle des droits fondamentaux, voir Marie-France BUREAU, « La naissance du droit aux origines », dans Christelle LANDHEER-CIESLAK (dir.), *Mélanges en l'honneur de Édith Deleury*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, à paraître.

1069 En fait, rien ne permet de conclure que les « parents » auxquels on fait mention dans l'art. 7 réfèrent aux parents d'origine de l'enfant, voire au donneur de gamètes (et non à ses parents légaux). La réserve « dans la mesure du possible » est également source d'interprétation, certains lui attribuant non seulement une dimension matérielle, mais également une dimension juridique (ce qui permettrait aux États membres de s'y soustraire sans trop de difficultés). À l'art. 8, l'expression « tels qu'ils sont reconnus par la loi » peut référer soit à la loi nationale exclusivement, soit à la loi nationale ou au droit international de l'enfant, selon l'interprétation retenue. Sur la question, voir Carmen LAVALLÉE et Michelle GIROUX, « Le droit de l'enfant québécois à la connaissance de ses origines évalué à l'aune de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant », (2013) 72 *R. du B.* 147, 154 et suiv. et Julie COUSINEAU, *L'anonymat des dons de gamètes et d'embryons au Québec et au Canada. Essai théorique sur l'internormativité entre le droit positif et l'éthique de la sollicitude dans la résolution du conflit*, thèse de doctorat, Montréal, Institut de droit comparé, Université McGill, 2011, p. 239 à 242. Voir aussi Marie-France BUREAU, « La naissance du droit aux origines », dans Christelle LANDHEER-CIESLAK (dir.), *Mélanges en l'honneur de Édith Deleury*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, à paraître et Claude PICHARD, « La place de qui participe au projet parental d'autrui », dans Hugues FULCHIRON et Jehanne SOSSON (dir.), *Parenté, filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 285, aux pages 294-297.

1070 Dans une affaire de filiation (par le sang), la Cour d'appel, sous la plume du juge Forget, s'est basée sur l'art. 7 de la Convention pour contraindre le « père » d'origine de l'enfant à subir un prélèvement d'ADN. Aux dires de la Cour, « [...] le droit de l'enfant de connaître ses parents, prévu à l'article 7 de la Convention relative aux droits de l'enfant, s'insère parfaitement dans le cadre de l'article 33 du Code civil du Québec » et prime le droit au respect de l'intégrité de son prétendu père : *A.P.* c. *L.D.,* [2001] R.J.Q. 16 (C.A.), par. 37. Voir aussi par. 39.

1071 Notons que ce droit peut également être invoqué par l'adulte que l'enfant deviendra un jour : Michelle GIROUX et Mariana DE LORENZI, « Putting the Child First : A Necessary Step in the Recognition of the Right to Identity in Canadian Law », (2011) 27-1 *Can. J. Fam. L.* 53, 61; John EEKELAAR, « The Importance of Thinking that Children Have Rights », dans Philip ALSTON, Stephen PARKER et John A. SEYMOUR (dir.), *Children, Rights and the Law*, Oxford, Oxford University Press, 1992, p. 234. Voir toutefois Claude PICHARD, « La place de qui participe au projet parental d'autrui », dans Hugues FULCHIRON et Jehanne SOSSON (dir.), *Parenté, filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 285, à la page 295.

1072 Carmen LAVALLÉE et Michelle GIROUX, « Le droit de l'enfant québécois à la connaissance de ses origines évalué à l'aune de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant », (2013) 72 *R. du B.* 147, 156-157. Voir sur la question Ineta ZIEMELE, *A Commentary on the United Nations Convention on the Right of the Child, Article 7 : The Right to Birth Registration, Name and Nationality, and the Right to Know and Be Cared for by Parents*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 106 et suiv. Dans son rapport de 2003 destiné au Canada, le Comité des droits de l'enfant de l'ONU s'est montré préoccupé par le fait que les enfants adoptés n'ont pas tous accès aux renseignements leur permettant d'identifier leurs parents d'origine : « Le Comité est également préoccupé de ce que certaines provinces ne reconnaissent pas le droit de l'enfant adopté de connaître, dans la mesure du possible, ses parents biologiques (art. 7) » : CRC/C/15/Add. 215, 27 octobre 2003, par. 30 et 31. Le Comité a réitéré ses préoccupations dans son rapport de 2012 : CRC/C/CAN/co/3-4, 6 décembre 2012, par. 57-58. Déjà en 1994, le Comité avait laissé entendre que la loi norvégienne qui protège l'anonymat du donneur en matière de procréation médicalement assistée pouvait s'avérer contraire à la CDE : « Concerning the right of a child to know his or her origins, the Committee notes the possible contradiction between this provision of the Convention with the policy of the State party in relation to artificial insemination, namely in keeping the identity of sperm donors secret » : CRC/C/15/Add. 23, par. 10.

1073 Voir d'abord *Odièvre* c. *France* [GC], n^{o} 42326/98, CEDH 2003-III, commenté par Odile ROY, « Le droit de connaître ses origines et la Cour européenne des droits de l'homme : l'affaire Odièvre contre France », dans Peter LODRUP et Eva MODVAR (dir.), *Family Life and Human Rights*, Trondhein, Gyldendal Norsk Forlag, 2004, p. 603. Voir aussi *Jäggi* c. *Suisse*, n^{o} 58757/00, CEDH 2006-X; *Bensaïd* c. *Royaume-Uni*, n^{o} 44599/98, CEDH 2001-I; *Gaskin* c. *Royaume-Uni*, arrêt du 7 juillet 1989, série A, n^{o} 160; *Mikulić* c. *Croatie,* n^{o} 53176/99, § 54 et 65, CEDH 2002-I; *Godelli* c. *Italie*, n^{o} 33783/09, CEDH 2012; *Pascaud* c. *France*, n^{o} 19539/08, CEDH 2011 et *Anayo* c. *Allemagne*, n^{o} 20578/07, CEDH 2010. Sur la portée de ces arrêts, dépendamment du contexte applicable (procréation médicalement assistée vs accouchement sous « X » ou autre), voir Irène THÉRY, *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Rapport du groupe de travail « Filiation, origines, parentalité », Irène THÉRY (prés.), Paris, Ministère des affaires sociales et de la santé et ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 224. En revanche, le Conseil d'État français a quant à lui jugé que la règle de l'anonymat du donneur « n'impliqu[ait] par elle-même aucune atteinte à la vie privée et familiale de la personne ainsi conçue » : CONSEIL D'ÉTAT, *La révision des lois de bioéthique*, Les études du Conseil d'État, Paris, La Documentation française, 2009, p. 54, en ligne : http://www.ladocumentation francaise.fr/var/storage/rapports-publics/094000288/0000.pdf (page consultée le 19 décembre 2015).

1074 En fait, la Cour européenne se limite à exiger que soit mis en place un juste équilibre des intérêts en cause (appelé principe de proportionnalité), ce qu'elle semble considérer comme acquis en ce qui concerne le droit français applicable à l'accouchement sous « X » dans l'affaire *Odièvre* (*id.*). Pour la Cour, le système permettant à l'enfant d'obtenir l'identité de sa mère d'origine pour autant que celle-ci y consente répond au critère. Autrement dit, le droit de la mère à l'anonymat et au secret et celui de l'enfant à la connaissance de ses origines font, aux dires de la Cour, l'objet d'un équilibrage satisfaisant. Les juges dissidents (le jugement

a été rendu à dix voix contre sept) s'en sont quant à eux déclarés insatisfaits, concluant à la nécessité d'une procédure d'arbitrage formel des intérêts contradictoires en jeu : *Odièvre* c. *France* [GC], n° 42326/98, § 20-21, CEDH 2003-III.

1075 *Jäggi* c. *Suisse*, n° 58757/00, § 37, CEDH 2006-X. Au Québec, comme le souligne Michelle Giroux, « on a plutôt eu tendance à invoquer le droit à la vie privée pour protéger l'anonymat du donneurs de gamètes et non pour protéger l'identité de l'enfant » : Michelle GIROUX, « Le droit fondamental de connaître ses origines biologiques : impact des droits fondamentaux sur le droit de la filiation », (2006) Numéro thématique hors série *R. du B.* 255, 290. En matière d'adoption, on pourrait ajouter que le droit à la vie privé a aussi traditionnellement servi à préserver l'anonymat des parents d'origine.

1076 *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, (1953) S.T.E. n° 5 (entrée en vigueur le 3 septembre 1953).

1077 Un droit que la Cour a toutefois refusé de considérer comme absolu, estimant que le secret pouvait être maintenu si la révélation des origines posait le risque de mettre en péril l'unité de la famille adoptive : BVerfG, 31 janv., *FamRZ*, 1989, 255 et suiv. Bien que la décision ne portait pas sur un cas de procréation assistée, l'application universelle du principe énoncé par la Cour en la matière ne fait aujourd'hui aucun doute. Sur la question, voir Géraldine MATHIEU, « La place du donneur d'engendrement », dans Hugues FULCHIRON et Jehanne SOSSON (dir.), *Parenté, filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 125, aux pages 155-156 et Françoise FURKEL, « L'incidence de la biomédecine sur la parenté ou le triomphe de l'amour de la vérité biologique », dans Brigitte FEUILLET-LIGIER et Maria-Claudia CRESPO-BRAUNER (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2014, p. 23, à la page 33.

1078 Dans l'affaire *Pratten* c. *British Columbia (Attorney General)*, 2011 BCSC 656, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a conclu que le droit de la Colombie-Britannique qui préserve l'anonymat du donneur de gamètes dans le cadre d'une procréation médicalement assistée, tout en autorisant les enfants adoptés à obtenir les renseignements leur permettant d'identifier leurs parents d'origine, enfreignait le droit à l'égalité des enfants issus d'une procréation assistée. La décision a toutefois été infirmée par la Cour d'appel : *Pratten* c. *British Columbia (Attorney General)*, 2012 BCCA 480. La Cour suprême a refusé d'entendre l'appel : C.S.C., 30-05-2013, 35191.

1079 Sur le sujet, voir Julie COUSINEAU, *L'anonymat des dons de gamètes et d'embryons au Québec et au Canada. Essai théorique sur l'internormativité entre le droit positif et l'éthique de la sollicitude dans la résolution du conflit*, thèse de doctorat, Montréal, Institut de droit comparé, Université McGill, 2011, p. 231-232. Marie-France Bureau et Édith Guilhermont repoussent le parallèle en ces termes : « À vrai dire, dans l'état actuel des connaissances développées sur la levée de l'anonymat et la connaissance des origines, dans des disciplines très différentes, il paraît pour le moins hasardeux d'affirmer que les personnes nées d'un don de gamètes sont troublées dans leur identité » : Marie-France BUREAU et Édith GUILHERMONT, « Le droit de connaître ses origines : chronique d'une réforme annoncée », (2014) 73 *R. du B.* 599, 618. Voir aussi les propos des auteures aux pages 616 et 621. D'autres se limitent à dire que les deux réalités ne sont pas comparables, l'adoption visant à procurer une famille à un enfant qui n'en a pas, tandis que la procréation assistée vise quant à elle à mettre en place une famille. Voir, par exemple, Jacques BEAULNE, « Réflexions sur quelques aspects de la procréation médicalement assistée en droit des personnes et de la famille », (1995) 26 *R.G.D.* 235, 262. Voir également Françoise FURKEL, « L'identification possible des donneurs de gamètes en République fédérale d'Allemagne. Un principe controversé aux effets dérangeants », dans Brigitte FEUILLET-LIGER (dir.), *Procréation médicalement assistée et anonymat, panorama international*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2008, p. 95, aux pages 121 et 122.

1080 En ce sens, voir Marie-Christine KIROUAK, « Le projet parental et les nouvelles règles relatives à la filiation : une avancée ou un recul quant à la stabilité de la filiation ? », dans S.F.P.B.Q., vol. 229, *Développements récents en droit familial (2005)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 369, à la page 481; Carmen LAVALLÉE et Michelle GIROUX, « Le droit de l'enfant québécois à la connaissance de ses origines évalué à l'aune de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant », (2013) 72 *R. du B.* 147, 170-171. Voir également COMMISSION DE L'ÉTHIQUE DE LA SCIENCE ET DE LA TECHNOLOGIE, *Avis éthique et*

procréation assistée : des orientations pour le don de gamètes et d'embryons, la gestation pour autrui et le diagnostic préimplantatoire, Québec, Gouvernement du Québec, 2009, p. xxii (recommandation 2) et Marie PRATTE, « La situation juridique de la famille de 2020 », dans Gilles PRONOVOST, Chantale DUMONT et Isabelle BITAUDEAU (dir.), *La famille à l'horizon de 2020*, Trois-Rivières, P.U.Q., 2008, p. 401, à la page 419, note 65.

1081 On pourrait aussi tenter de comparer la situation des enfants nés d'une procréation assistée à celle des enfants nés d'une procréation naturelle. Voir Laurence LE GUILLOU, *La procréation médicalement assistée et le droit des enfants qui en sont issus à la connaissance de leurs origines*, essai de maîtrise, Sherbrooke, Programme de maîtrise en droit et politiques de la santé, Faculté de droit, Université de Sherbrooke, 2014, p. 66-67.

1082 Une tendance à laquelle le Canada tout entier semble imperméable. Pour un exposé sur la situation observable dans les provinces anglo-canadiennes, voir Dominique GOUBAU, « Biomédecine et droit de la filiation au Canada : entre audace et retenue », dans Brigitte FEUILLET-LIGIER et Maria-Claudia CRESPO-BRAUNER (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2014, p. 221, aux pages 237-239.

1083 *Swedish Insemination Act* [Lag om insemination], 1984 : 1140. En fait, la loi suédoise a levé l'anonymat du donneur de sperme en 1984, et celle de la donneuse d'ovocyte en 2003. Voir Kristina ORFALI, « PMA et levée de l'anonymat : la Suède entre une tradition de transparence et un statut novateur de l'enfant », dans Brigitte FEUILLET-LIGER (dir.), *Procréation médicalement assistée et anonymat, panorama international*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2008, p. 251.

1084 Notons simplement le Royaume-Uni (*Human Fertilisation and Embryology Act*, 1990, c. 37, tel que modifié en 2004 et en 2008), l'Autriche (*Law on Reproductive Medicine*, [Fortpflanzungsgesetz – FmedG], 1992, BGB1 275/1992), la Norvège (*Artificial Procreation Act*, [Lov om kunstig befruktning], 1987, nr 68), et la Finlande (*Act on Assisted Fertility Treatments*, [Laki hedelmöityshoidoista], 2006, 1237/2006). D'autres pays ont institué ce qu'il est convenu d'appeler le système du « double guichet », qui permet au donneur de choisir, au moment du don, d'être ou non identifiable, et aux parents d'intention d'opter entre un don anonyme ou un don non anonyme. Tel est le cas en Belgique où le droit d'obtenir l'identité du donneur n'est toutefois pas accordé à l'enfant, mais aux seuls parents d'intention (voir *Loi du 6 juillet 2007*, art. 22 al. 2 et art. 57). Tel était également le cas aux Pays-Bas jusqu'en 2002. Le droit néerlandais prévoit aujourd'hui un droit « relatif » à la connaissance des origines puisque le donneur recherché doit donner son consentement écrit à la divulgation de son identité. En cas de refus, un organisme sera appelé à trancher en fonction des intérêts en cause. Voir Géraldine MATHIEU, « La place du donneur d'engendrement », dans Hugues FULCHIRON et Jehanne SOSSON (dir.), *Parenté, filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 135, aux pages 146-147 et 16 et Jaap G. SIJMONS, « Anonymat de gamètes selon le droit néerlandais », dans Brigitte FEUILLET-LIGER (dir.), *Procréation médicalement assistée et anonymat, panorama international*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2008, p. 231, à la page 237. Pour une critique du système du « double guichet » sous l'angle du droit à l'égalité des enfants, voir Claude PICHARD, « La place de qui participe au projet parental d'autrui », dans Hugues FULCHIRON et Jehanne SOSSON (dir.), *Parenté, filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 285, à la page 298. En France, si l'anonymat demeure la règle, un changement de cap a fréquemment été étudié en suscitant de fortes positions allant dans un sens ou dans l'autre : Julie COUSINEAU, *L'anonymat des dons de gamètes et d'embryons au Québec et au Canada. Essai théorique sur l'internormativité entre le droit positif et l'éthique de la sollicitude dans la résolution du conflit*, thèse de doctorat, Montréal, Institut de droit comparé, Université McGill, 2011, p. 333 et suiv. En 2006, une proposition de loi suggérant l'établissement du système du « double guichet » a d'ailleurs été sousmise à l'Assemblée nationale : *Proposition de loi relative à la possibilité de lever l'anonymat de gamètes*, proposition de loi n^{o} 3225 (dépôt – 28 juin 2006), 12^{e} légis., Assemblée nationale, présentée par Valérie PÉCRESSE.

1085 En Suisse, voir la Constitution fédérale, art. 119(2)g. Le principe constitutionnel est opérationnalisé dans la *Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée du 18 décembre 1998*, 1 RO 2000 3055, art. 27 et, en matière d'adoption, dans le Code civil, à l'art. 268c). Voir à ce sujet Dominique MANAÏ, « La procréation médicalement assistée en droit suisse : vérité sur la conception et l'identité du donneur de gamètes », dans Brigitte FEUILLET-LIGER (dir.), *Procréation médicalement assistée et anonymat, panorama international*,

Bruxelles, Éditions Bruylant, 2008, p. 261, aux pages 264 et 265. En Allemagne, voir BVerfG, 31 janv., *FamRZ*, 1989, 255 et suiv. (voir *supra*, note 1077).

1086 Rappelons ici le principe directeur n^{o} 1 du Comité : « L'intérêt et les droits de l'enfant au cœur des priorités – Le droit de la famille doit refléter le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et promouvoir avec force et conviction ses droits » : Voir *supra*, p. 57. Pour une analyse de la question des origines de l'enfant à la lumière du critère de l'intérêt de l'enfant (selon les différentes conceptions qu'on peut en entretenir), voir Laurence LE GUILLOU, *La procréation médicalement assistée et le droit des enfants qui en sont issus à la connaissance de leurs origines*, essai de maîtrise, Sherbrooke, Programme de maîtrise en droit et politiques de la santé, Faculté de droit, Université de Sherbrooke, 2014, p. 56-60. Voir aussi Julie COUSINEAU, *L'anonymat des dons de gamètes et d'embryons au Québec et au Canada. Essai théorique sur l'internormativité entre le droit positif et l'éthique de la sollicitude dans la résolution du conflit*, thèse de doctorat, Montréal, Institut de droit comparé, Université McGill, 2011, p. 175 et suiv. et p. 235 et suiv.

1087 Tel est notamment le cas de Julie Cousineau, de Laurence De Guillou, de Dominique Goubau, de Carmen Lavallée, de Michelle Giroux et de Alain Roy : Julie COUSINEAU, *L'anonymat des dons de gamètes et d'embryons au Québec et au Canada. Essai théorique sur l'internormativité entre le droit positif et l'éthique de la sollicitude dans la résolution du conflit*, thèse de doctorat, Montréal, Institut de droit comparé, Université McGill, 2011; Laurence LE GUILLOU, *La procréation médicalement assistée et le droit des enfants qui en sont issus à la connaissance de leurs origines*, essai de maîtrise, Sherbrooke, Programme de maîtrise en droit et politiques de la santé, Faculté de droit, Université de Sherbrooke, 2014; Dominique GOUBAU, « Biomédecine et droit de la filiation au Canada : entre audace et retenue », dans Brigitte FEUILLET-LIGIER et Maria-Claudia CRESPO-BRAUNER (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2014, p. 221, à la page 233; Carmen LAVALLÉE et Michelle GIROUX, « Le droit de l'enfant québécois à la connaissance de ses origines évalué à l'aune de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant », (2013) 72 *R. du B.* 147 et Alain ROY, « D'où viens-je ? – ou la question sans réponse des enfants issus de la procréation médicalement assistée », (2011) *Revue de l'Association internationale des magistrats de la jeunesse et de la famille* 30.

1088 Geneviève Delaisi de Parseval écrit : « L'identité de chacun se construit par la capacité qu'il peut avoir de mettre en intrigue son passé, de traduire son histoire sous forme de récit. Mais encore faut-il pour cela que l'histoire ait un début, que la vérité de son histoire soit rendue au sujet » : « L'anonymat des dons en AMP : un point de vue de psychanalyste. L'anonymat évite la vérité psychique du don », dans Brigitte FEUILLET-LIGER (dir.), *Procréation médicalement assistée et anonymat, panorama international*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2008, p. 55, aux pages 58 et 59.

1089 Au Canada, dans l'affaire *Pratten* (*supra*, note 1078), la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a refusé de considérer que le droit à la connaissance des origines était un droit fondamental protégé par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés,* suivant en cela l'analyse de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Marchand* c. *Ontario*, 2007 ON O.A.C. 787. La Cour suprême a refusé d'entendre l'appel. Dans ses premiers articles sur le sujet, Michelle Giroux, semblait croire à l'existence d'un tel droit : « Le droit fondamental de connaître ses origines biologiques : impact des droits fondamentaux sur le droit de la filiation », (2006) Numéro thématique hors série *R. du B.* 255, 290 et 293 et « Le droit fondamental de connaître ses origines biologiques », dans Tara COLLINS, Rachel GRONDIN, Veronica PINERO, Marie PRATTE et Marie-Claude ROBERGE (dir.), *Droit de l'enfant*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2008, p. 355, aux pages 384-385. Avec sa collègue Carmen Lavallée, la professeure Giroux se rabat plutôt aujourd'hui sur le droit international pour fonder le droit de l'enfant à la connaissance de ses origines : Carmen LAVALLÉE et Michelle GIROUX, « Le droit de l'enfant québécois à la connaissance de ses origines évalué à l'aune de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant », (2013) 72 *R. du B.* 147. Au contraire, Marie-France Bureau et Édith Guilhermont rejettent cette perspective : Marie-France BUREAU et Édith GUILHERMONT, « Le droit de connaître ses origines : chronique d'une réforme annoncée », (2014) 73 *R. du B.* 599. Voir aussi Marie-France BUREAU, « La naissance du droit aux origines », à paraître dans Christelle LANDHEER-CIESLAK (dir.), *Mélanges en l'honneur de Édith Deleury*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, à paraître.

1090 « [...] ce qu'on nomme la quête des origines n'a [...] rien à voir avec les conflits de filiation [...] l'accès aux origines personnelles n'est ni une "recherche de paternité" ni une "recherche de maternité" puisqu'il ne permet pas d'établir une filiation. Pourtant, malgré tous les efforts de clarification, le débat social est encore

grevé de lourds malentendus » : Irène THÉRY, *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Rapport du groupe de travail « Filiation, origines, parentalité », Irène THÉRY (prés.), Paris, Ministère des affaires sociales et de la santé et ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 201. Voir également ce qu'écrit l'auteure aux pages 209, 216 et 222. En Allemagne, toutefois, la question de la recherche des origines et celle de la filiation sont intrinsèquement liées : Géraldine MATHIEU, « La place du donneur d'engendrement », dans Hugues FULCHIRON et Jehanne SOSSON (dir.), *Parenté, filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 135, aux pages 156 et 165.

1091 Pour Marie-France Bureau, la promotion du droit à la connaissance des origines procède d'une vision traditionnelle de la parenté axée sur le sang : Marie-France BUREAU, « La naissance du droit aux origines », dans Christelle LANDHEER-CIESLAK (dir.), *Mélanges en l'honneur de Édith Deleury*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, à paraître. Dans le même sens, voir Jean-Marie KUNSTMANN, « L'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur : Remise en cause de l'anonymat ? », dans Brigitte FEUILLET-LIGER (dir.), *Procréation médicalement assistée et anonymat, panorama international*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2008, p. 1, aux pages 20 et 32. Pour une critique de cet argument, voir Irène THÉRY, *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Rapport du groupe de travail « Filiation, origines, parentalité », Irène THÉRY (prés.), Paris, Ministère des affaires sociales et de la santé et ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 217.

1092 Comme l'écrit Irène Théry, « [l]es psychologues, psychiatres et psychanalystes rappellent avec raison qu'il est tout aussi légitime de ne pas rechercher ses géniteurs que de les chercher, et qu'il importe surtout de ne pas créer une nouvelle doxa » : Irène THÉRY, *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Rapport du groupe de travail « Filiation, origines, parentalité », Irène THÉRY (prés.), Paris, ministère des affaires sociales et de la santé et ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 247. À l'appui de leur refus de reconnaître la légitimité du droit à la connaissance des origines, certains se réfèrent à des études qui concluent que, dans les pays qui autorisent la divulgation de l'identité du donneur, un nombre peu élevé de demandes d'accès sont présentées aux autorités par les enfants nés d'une procréation médicalement assistée : Jean-Marie KUNSTMANN, « L'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur : Remise en cause de l'anonymat ? », dans Brigitte FEUILLET-LIGER (dir.), *Procréation médicalement assistée et anonymat, panorama international*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2008, p. 1, aux pages 23 à 26. Pour une relativisation de ces données, voir, dans le même ouvrage, Brigitte FEUILLET-LIGER, « Procréation médicalement assistée et anonymat : au-delà des divergences », p. 303, à la page 309. Pour des données provenant d'études qualitatives, voir, dans le même ouvrage, Dominique MEHL, « L'anonymat en question », p. 69 (qui résume l'analyse présentée dans *Enfants du don. Procréation médicalement assistée : parents et enfants témoignent*, Paris, Éditions Robert Laffont, 2008).

1093 RLRQ, c. C-12.

1094 Sur le droit à l'intégrité, voir l'art. 1 de la Charte et les art. 10 à 31 C.c.Q.; sur le droit à la vie privée, voir l'art. 5 de la Charte et les art. 35 à 41 C.c.Q.

1095 Julie Cousineau écrit en ce sens : « Les conclusions découlant des principes directeurs d'égalité et de protection des personnes vulnérables tendent vers la création d'une obligation morale de faire part à l'enfant des circonstances de sa conception. Ceci étant, cette obligation ne doit pas pour autant être de nature législative. Nous soutenons la position en faveur de l'autonomie des parents dans leur décision de dire ou non à l'enfant qu'il a été conçu grâce à un donneur. Si pareille obligation vient à se retrouver dans un texte de loi, nous craignons une trop grande ingérence de l'État dans la sphère privée des individus en matière familiale. [...] D'ailleurs, est-il bien réaliste de penser que la responsabilisation des parents passe par l'imposition d'une règle de droit obligeant le bris du silence ? Comment s'assurer de son respect ? Comment sera-t-elle sanctionnée ? » : Julie COUSINEAU, *L'anonymat des dons de gamètes et d'embryons au Québec et au Canada. Essai théorique sur l'internormativité entre le droit positif et l'éthique de la sollicitude dans la résolution du conflit*, thèse de doctorat, Montréal, Institut de droit comparé, Université McGill, 2011, p. 209 et 211.

1096 Géraldine MATHIEU, « La place du donneur d'engendrement », dans Hugues FULCHIRON et Jehanne SOSSON (dir.), *Parenté, filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 135, à la page 138. Notons que l'art. 72 du projet de loi 47 proposait l'introduction d'un nouvel art. 71.2.2. à la *Loi sur la protection de la jeunesse,* (RLRQ, c. P-34.1) : « Il appartient aux adoptants d'informer leur enfant : 1° sur le fait qu'il a été adopté; 2° sur son droit de connaître son nom d'origine et le nom de ses parents d'origine, sous réserve de vetos à la divulgation de l'identité; 3° sur son droit d'obtenir les renseignements lui permettant de prendre contact avec ses parents d'origine, sous réserve de vetos au contact [....] ».

1097 Évidemment, les organismes ou institutions dépositaires de renseignements personnels ne seraient pas relevés de leur obligation d'assurer la confidentialité des données à l'égard des tiers. Voir Irène THÉRY, *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Rapport du groupe de travail « Filiation, origines, parentalité », Irène THÉRY (prés.), Paris, Ministère des affaires sociales et de la santé et ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 227.

1098 *Id.,* p. 247, note 322. Pour une opinion contraire, voir Claude PICHARD, « La place de qui participe au projet parental d'autrui », dans Hugues FULCHIRON et Jehanne SOSSON (dir.), *Parenté, filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 285, à la page 399. Voir également Marie-France BUREAU et Édith GUILHERMONT, « Le droit de connaître ses origines : chronique d'une réforme annoncée », (2014) 73 *R. du B.* 599, 623-625. En Allemagne, le « fantasme » décrit par Irène Théry semble exister depuis toujours en raison de la forte tradition qui, à tous égards, accorde aux liens du sang un rôle prépondérant, y compris pour l'établissement de la filiation : Françoise FURKEL, « L'identification possible des donneurs de gamètes en République fédérale d'Allemagne. Un principe controversé aux effets dérangeants », dans Brigitte FEUILLET-LIGER (dir.), *Procréation médicalement assistée et anonymat, panorama international*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2008, p. 95, à la page 99.

1099 C.c.Q., art. 530. Voir *supra*, p. 152.

1100 De l'avis de Julie Cousineau, cela relève directement de l'autonomie reproductive du couple : « Dans sa dimension individuelle, l'autonomie reproductive renvoie donc à l'autodétermination dans le processus de prise de décision concernant les choix reproductifs, ce qui est beaucoup plus large que la simple liberté qui implique l'absence d'interférences ou la présence d'alternatives. La décision de recourir à un don relève en conséquence de l'autonomie des parents. Cela inclurait le choix de le révéler ou non à l'enfant. » : Julie COUSINEAU, *L'anonymat des dons de gamètes et d'embryons au Québec et au Canada. Essai théorique sur l'internormativité entre le droit positif et l'éthique de la sollicitude dans la résolution du conflit*, thèse de doctorat, Montréal, Institut de droit comparé, Université McGill, 2011, p. 165-166.

1101 En matière de procréation médicalement assistée, il se pourrait également que l'enfant n'ait pas été avisé du mode de sa conception. Certains craignent d'ailleurs qu'en levant l'anonymat du donneur, les parents hétérosexuels de l'enfant lui cachent plus systématiquement le mode de sa conception pour le tenir dans l'ignorance et, incidemment, faire échec à l'exercice de son droit à la connaissance de ses origines. Le cas de la Suède a été parfois invoqué au soutien de cette appréhension. Or, des statistiques récentes tendent à démontrer le contraire. En effet, des chercheurs suédois ont montré que « [a]bout 90 % of participants supported disclosure and honesty to offspring concerning her/his genetic origin, and had told other people about their donation treatment. Two decades after the Swedish legislation of identifiable gamete donors, recipient couples of donated sperm and ovocytes are relatively open about their treatment and support disclosure to offspring. Recipient couples may benefit from more information and support regarding parenthood after gamete donation. Further studies are required to follow up on the future parents actual disclosure behaviour directed to offspring » : Stina ISAKSSON, Agneta SKOOG SVANBERG, Gunilla SYDSJÖ, Ann THURIN-KJELLBERG, Per-Olof KARLSTROM, Nils-Gunnar SOLENSTEN and Claudia LAMPIC, « Two Decades After Legislation on Identifiable Donors in Sweden : are Recipient Couples Ready to be Open About Using Gametes Gonation ? », (2011) 26-4 *Human Reproduction* 853. La résistance pourrait toutefois être plus grande dans les pays qui, comme la France, privilégient traditionnellement la culture du secret. Pour une analyse des études sur le sujet, voir Julie COUSINEAU, *L'anonymat des dons de gamètes et d'embryons au Québec et au Canada. Essai théorique sur l'internormativité entre le droit positif*

et l'éthique de la sollicitude dans la résolution du conflit, thèse de doctorat, Montréal, Institut de droit comparé, Université McGill, 2011, p. 161-64 et Laurence LE GUILLOU, *La procréation médicalement assistée et le droit des enfants qui en sont issus à la connaissance de leurs origines*, essai de maîtrise, Sherbrooke, Programme de maîtrise en droit et politiques de la santé, Faculté de droit, Université de Sherbrooke, 2014, p. 48-49.

1102 « [L]'équilibre entre la nécessité d'être transparent à l'égard de l'enfant, relativement aux circonstances de sa naissance, et le respect de l'autonomie des parents passent davantage par une responsabilisation de ces derniers concernant leur obligation morale envers leur enfant. L'objectif est de les conscientiser à l'importance de la transparence à l'intérieur de la famille et des dangers du secret particulier qui concerne les questions d'engendrement, notamment par la mise en place d'un "counseling" offert par le milieu médical » : Julie COUSINEAU, *L'anonymat des dons de gamètes et d'embryons au Québec et au Canada. Essai théorique sur l'internormativité entre le droit positif et l'éthique de la sollicitude dans la résolution du conflit*, thèse de doctorat, Montréal, Institut de droit comparé, Université McGill, 2011, p. 210. Voir également les réflexions de Brigitte FEUILLET-LIGER, « Procréation médicalement assistée et anonymat : au-delà des divergences », dans Brigitte FEUILLET-LIGER (dir.), *Procréation médicalement assistée et anonymat, panorama international*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2008, p. 303, à la page 311. Selon les consultations menées par le Commissaire à la santé et au bien-être, « [u]n nombre de plus en plus important de couples et de femmes célibataires font le choix de payer pour avoir recours à un donneur à identité ouverte, à environ 700 $ la paillette, plutôt que de profiter du don anonyme qui est couvert par le programme [québécois de procréation médicalement assistée]. Le gouvernement débourse actuellement 600 $ par paillette de sperme anonyme » : COMMISSAIRE À LA SANTÉ ET AU BIEN-ÊTRE, *Avis synthèse sur les activités de procréation assistée au Québec*, Québec, Gouvernement du Québec, 2014, p. 57, en ligne : http://www.csbe.gouv.qc.ca/fileadmin/www/2014/Procreation_assistee/CSBE_PA_Synthese_2014.pdf (page consultée le 25 mars 2015).

1103 Selon une auteure, « [...] aucune législation [dans le monde] n'impose aux parents de révéler à l'enfant qu'il est issu d'une technique de procréation médicalement assistée, qu'elle soit homologue ou hétérologue » : Géraldine MATHIEU, « La place du donneur d'engendrement », dans Hugues FULCHIRON et Jehanne SOSSON (dir.), *Parenté, filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 125, à la page 138. Voir également Brigitte FEUILLET-LIGER, « Procréation médicalement asssitée et anonymat : au-delà des divergences », dans Brigitte FEUILLET-LIGER (dir.), *Procréation médicalement assistée et anonymat, panorama international*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2008, p. 303, aux pages 309 et 310.

1104 Dans son rapport de décembre 2001 (Rapport Brown), le Comité permanent de la santé de la Chambre des communes écrivait, après avoir appuyé l'idée de la levée de l'anonymat des donneurs : « [s]elon nous, seuls les donneurs qui consentent à divulguer leur identité à leur progéniture devraient être acceptés [...]. Nous avons besoin d'un système qui responsabilise le don et sensibilise davantage la population. Nous voulons que cesse le système du don anonyme » : CHAMBRE DES COMMUNES, Bonnie BROWN (prés.), *Assistance à la procréation : bâtir la famille*, Ottawa, Comité permanent de la santé, 2001, p. 22.

1105 Voir en ce sens les craintes soulevées dans Marie-France BUREAU et Édith GUILHERMONT, « Le droit de connaître ses origines : chronique d'une réforme annoncée », (2014) 73 *R. du B.* 599, 627.

1106 On réfère spécialement à la Suède, à la Suisse et au Royaume-Uni : Irène THÉRY, *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Rapport du groupe de travail « Filiation, origines, parentalité », Irène THÉRY (prés.), Paris, Ministère des affaires sociales et de la santé et ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 211. Voir aussi à la p. 241 pour le cas du Royaume-Uni où plusieurs statistiques permettent d'appréhender la réalité actuelle. Seuls les Pays-Bas semblent avoir été aux prises avec une certaine diminution, ce qui a amené le pays à permettre le don anonyme sur une période transitoire de deux ans : Pauline TIBERGHIEN, « Présentation de Pauline Tiberghien du 30 novembre 2006 », dans *VIII^e journées annuelles de la Société de Médecine de la Reproduction. Dons de gamètes et d'embryons; faut-il remettre l'anonymat en question ?*, Paris, Procréation médicalement anonyme, 2006, p. 5.

1107 Voir les propos recueillis par des responsables de cliniques dans Irène THÉRY, *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Rapport du groupe de travail « Filiation, origines, parentalité », Irène THÉRY (prés.), Paris, Ministère des affaires sociales et de la santé et ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 211-212. Voir également Kristina ORFALI, « PMA et levée de l'anonymat : la Suède entre une tradition de transparence et un statut novateur de l'enfant », dans Brigitte FEUILLET-LIGER (dir.), *Procréation médicalement assistée et anonymat, panorama international*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2008, p. 251, à la page 258.

1108 Tel est le cas au Royaume-Uni en matière de procréation assistée : *Human Fertilisation and Embryology Act*, 1990, c. 37, art. 31(3) : Voir Thérèse CALLUS, « De l'anonymat assuré à l'anonymat affaibli : La (r)évolution du droit anglais en matière de procréation médicalement assistée », dans Brigitte FEUILLET-LIGER (dir.), *Procréation médicalement assistée et anonymat, panorama international*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2008, p. 179, à la page 188.

1109 C'est le cas aux Pays-Bas : art. 3(2) de la *Loi du 25 avril 2002 sur les règles relatives à la conservation, à la gestion et à la diffusion des informations relatives aux donneurs en cas de procréation médicalement assistée*. Voir Jaap G. SIJMONS, « Anonymat de gamètes selon le droit néerlandais », dans Brigitte FEUILLET-LIGER (dir.), *Procréation médicalement assistée et anonymat, panorama international*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2008, p. 213, à la page 237.

1110 C'est le cas en Suède : Kristina ORFALI, « PMA et levée de l'anonymat : la Suède entre une tradition de transparence et un statut novateur de l'enfant », dans Brigitte FEUILLET-LIGER (dir.), *Procréation médicalement assistée et anonymat, panorama international*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2008, p. 251, à la page 255. En Suisse, le droit s'ouvre à la majorité de l'enfant, sauf si celui-ci démontre avant ce terme un « intérêt légitime » : *Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée du 18 décembre 1998*, 1 RO 2000 3055, art. 27. Voir Dominique MANAÏ, « La procréation médicalement assistée en droit suisse : vérité sur la conception et l'identité du donneur de gamètes », dans Brigitte FEUILLET-LIGER (dir.), *Procréation médicalement assistée et anonymat, panorama international*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2008, p. 261, à la page 268.

1111 En Allemagne, où le droit de l'enfant de connaître l'identité de son donneur a été proclamé dans l'arrêt de la Cour Constitutionnelle du 31 janvier 1989 (voir *supra*, note 1077), il semble que l'enfant soit autorisé à faire valoir son droit à tout âge, à tout le moins selon une jurisprudence récente de la Cour fédérale, en ligne : http://www.dw.de/german-court-removes-age-limit-for-sperm-donor-disclosure/a-18222071 (page consultée le 14 avril 2015).

1112 C.c.Q., art 14 al. 2.

1113 En matière de soins et de retrouvailles, voir respectivement les art. 18 et 583 al. 2 C.c.Q. Plus généralement, voir les art. 153 et 155 C.c.Q.

1114 Carmen LAVALLÉE et Michelle GIROUX, « Le droit de l'enfant québécois à la connaissance de ses origines évalué à l'aune de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant », (2013) 72 *R. du B.* 161.

1115 Voir *supra*, p. 192.

1116 C. civ. fr., art. 326.

1117 Autrefois appelées « tour d'abandon », ces boîtes dont l'origine remonte au Moyen-Âge, se trouvent à « [...] l'entrée des hôpitaux, sur le parvis des mairies, à proximité des églises ou dans des rues très fréquentées. De loin, elles ressemblent à de larges coffre-forts vitrés, souvent peints en jaune vif. À l'intérieur, un lit autochauffant, une caméra, et un signal d'alarme relié au centre de soins le plus proche. Sur la porte, un mode d'emploi rudimentaire indique comment ouvrir le coffre, y déposer son bébé, puis le refermer » :

Charlotte CHABAS, « En Europe, les "boîtes à bébés" se multiplient », Paris, *Le Monde*, 11 juin 2012, en ligne : http://www.lemonde.fr/europe/article/2012/06/11/en-europe-les-boites-a-bebes-se-multiplient_1716529_3214.html (page consultée le 25 mars 2015).

1118 De telles « boîtes » ou « couveuses extérieures » existeraient dans plusieurs pays d'Europe, dont l'Allemagne, l'Autriche, la Suisse, la Pologne, la République Tchèque et la Lettonie. On en retrouverait également en Chine et au Japon. Récemment, l'État américain de l'Indiana s'est montré intéressé au phénomène. Voir Cécile DEHESDIN, « L'ONU s'inquiète des "boîtes à bébé" où les Européens abandonnent anonymement leurs enfants », Paris, *Slate*, 11 juin 2002, en ligne : www.slate.fr/lien/.../baby-box-tour-abandon-bebe-enfant-europe-onu (page consultée le 22 mars 2015) et Anne RENAUD, « Des boîtes pour bébés abandonnés dans l'Indiana », Montréal, *Journal de Montréal*, 14 mars 2015, en ligne : http://www.journaldemontreal.com/2015/03/14/des-boites-pour-bebes-abandonnes-dans-lindiana (page consultée le 25 mars 2015).

1119 En effet, des initiatives de ce type ont été déployées au cours des dernières années dans des hôpitaux de Vancouver et d'Edmonton : Geneviève NORMAND, « Inauguration de "boîtes à bébés " abandonnés à Edmonton », Edmonton, *Radio-Canada*, 6 mai 2013, en ligne : http://ici.radio-canada.ca/regions/alberta/2013/05/06/003-berceaux-anges-abandon-bebes-edmonton.shtml (page consultée le 25 mars 2015) et « Les "boîtes pour bébé" comme celle de Vancouver critiquées par l'ONU », Vancouver, *Radio-Canada*, 13 juin 2012, en ligne : http://ici.radio-canada.ca/regions/colombie-britannique/2012/06/13/001-chute-bebe-critiques-onu.shtml (page consultée le 25 mars 2015). Dans son rapport sur le droit suisse déposé en 2015, le Comité des droits de l'enfant de l'ONU s'est dit fortement préoccupé par ces « boîtes », eu égard aux droits de l'enfant de connaître ses origines : CRC/C/CHE/CO/2-4, en ligne : http://www.childsrights.org/actualites/sensibilisation/497-la-suisse-examinee-par-le-comite (page consultée le 25 mars 2015). Le Comité avait également émis les mêmes réserves à l'égard de la République Tchèque en 2011 : CRC/C/CZE/CO/3-4, en ligne : http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.CZE.CO.3-4_fr.doc (page consultée le 25 mars 2015).

1120 Sans que des statistiques claires ne permettent toutefois d'en mesurer l'efficacité, du moins quant aux « boîtes à bébés » : CENTRE INTERNATIONAL DE RÉFÉRENCE POUR LES DROITS DE L'ENFANT PRIVÉ DE FAMILLE, « Les "boîtes à bébé" : un mode d'abandon polémique », (2012) 5 *Bulletin mensuel* 1, en ligne : http://iss-ssi.org/2009/assets/files/editorial-monthlyreview/Editorials_fra/2012/Edito%202012%205%20fra.pdf (page consultée le 25 mars 2015). Et sans garantie éthique... Le professeur Kevin Browne de l'Université de Nottingham au Royaume-Uni affirme ainsi : « Studies in Hungary show that it's not necessarily mothers who place babies in these boxes - that it's relatives, pimps, step-fathers, fathers » : propos rapportés par Stephen EVANST, « The 'baby box' returns to Europe », Londres, *BBC*, 26 juin 2012, en ligne : http://www.bbc.com/news/magazine-18585020 (page consultée le 25 mars 2015). La même critique pourrait être adressée à l'accouchement sous « X ». Comme l'écrit Irène Théry : « L'accouchement sous X est souvent utilisé pour couvrir l'emprise extrême d'une famille sur celle qui a "fauté", et dans ce cas l'anonymat définitif devient un instrument d'oppression parmi les plus violents. Ce n'est rien de moins qu'un "crime parfait", qui efface ses propres traces avec la bénédiction du droit » : Irène THÉRY, *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Rapport du groupe de travail « Filiation, origines, parentalité », Irène THÉRY (prés.), Paris, Ministère des affaires sociales et de la santé et ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 253.

1121 Irène THÉRY, *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Rapport du groupe de travail « Filiation, origines, parentalité », Irène THÉRY (prés.), Paris, Ministère des affaires sociales et de la santé et ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 262.

1122 Pour une perspective similaire, voir *Id.*, p. 230.

1123 *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption, d'autorité parentale et de divulgation de renseignements*, projet de loi n° 47 (présentation – 14 juin 2013), 1re sess., 40e légis. (Qc), art. 52, proposant l'introduction d'un nouvel art. 583.5 au Code civil. Voir également les art. 583, 583.4 et 583.7.

1124 L'art. 52 du projet de loi 47 (*Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption, d'autorité parentale et de divulgation de renseignements*, projet de loi n° 47 [présentation – 14 juin 2013), 1re sess., 40e légis. [Qc]), proposait l'introduction de l'article suivant au Code civil (583.6) : « Lorsque seul un veto au contact est inscrit, le nom de la personne recherchée est divulgué à la condition de respecter ce veto. L'adopté ou le parent d'origine qui obtient le renseignement à cette condition et qui ne la respecte pas engage sa responsabilité envers l'auteur du veto et, peut, en outre, être tenu à des dommages-intérêts punitif ». L'art. 92 du projet de loi prévoyait également l'ajout d'un nouvel art. 135.0.0.1 à la *Loi sur la protection de la jeunesse* (RLRQ, c. P. 34-1) : « L'adopté ou le parent d'origine qui obtient des renseignements identificatoires à la condition de respecter un veto au contact ou un refus de contact et qui ne respecte pas cette condition commet une infraction et est passible d'une amende de 2 500 $ à 25 000 $ ».

1125 Alberta : *Child, Youth and Family Enhancement Act*, R.S.A. 2000, c. C-12; Colombie-Britannique : *Adoption Act*, R.S.B.C. 1996, c. 5; Ontario : *Loi sur les statistiques de l'état civil*, L.R.O. 1990, c. V.4. Notons qu'en Alberta, il ne s'agit pas véritablement d'un veto de contact, mais de préférences de modalités de contact données à titre indicatif.

1126 *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption, d'autorité parentale et de divulgation de renseignements*, projet de loi n° 47 (présentation – 14 juin 2013), 1re sess., 40e légis. (Qc), art. 52, proposant l'introduction d'un nouvel art. 583 au Code civil. Nos italiques.

1127 En Angleterre, la loi reconnaît au donneur le droit de connaître non pas l'identité des enfants issus de ses dons, mais leur nombre, leur sexe et leur année de naissance : *Human Fertilisation and Embryology Act*, 1990, c. 37, art. 31ZD.

1128 Comme l'écrivent Philippe Meier et Martin Stettler à propos du droit suisse : « le renseignement obtenu [par l'enfant concernant son ascendance biologique] ne vise qu'à favoriser l'épanouissement psychologique, non à combler un vide juridique. L'enfant n'a pas le droit non plus d'exiger des contacts personnels avec le donneur. Quant à celui-ci, il n'a aucun droit à connaître l'identité de l'enfant; la protection des droits de la personnalité de l'enfant et des parents s'opposerait à la satisfaction d'une telle revendication » : Philippe MEIER et Martin STETTLER, *Droit civil – L'établissement de la filiation (art. 252 à 269c CC)*, 2e éd., vol. 1, Fribourg, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, 2002, n° 383, p. 203-204. Voir également Dominique MANAÏ, « La procréation médicalement assistée en droit suisse : vérité sur la conception et l'identité du donneur de gamètes », dans Brigitte FEUILLET-LIGER (dir.), *Procréation médicalement assistée et anonymat, panorama international*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2008, p. 261, à la page 268. Compte tenu de ce qu'implique le prélèvement d'ovocytes, certains l'appréhendent différemment du don de sperme : à propos du débat qui a cours en France, Claire Neirinck écrit : « [...] le don d'ovocytes s'inscrit le plus souvent dans une démarche relationnelle et affective. Dès le départ, ce caractère relationnel a malmené la justification de l'anonymat. Si la donneuse ne revendiquait pas le titre de mère, elle prétendait poursuivre avec l'enfant une relation affective ou d'ordre familial » : Claire NEIRINCK, « La qualification du donneur dans l'assistance médicale à la procréation », dans Hugues FULCHIRON et Jehanne SOSSON (dir.), *Parenté, filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 273, à la page 275.

1129 Voir l'exemple du droit anglais : Thérèse CALLUS, « De l'anonymat assuré à l'anonymat affaibli : La (r)évolution du droit anglais en matière de procréation médicalement assistée », dans Brigitte FEUILLET-LIGER (dir.), *Procréation médicalement assistée et anonymat, panorama international*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2008, p. 179, à la page 188.

1130 *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption, d'autorité parentale et de divulgation de renseignements*, projet de loi n° 47 (présentation – 14 juin 2013), 1re sess., 40e légis. (Qc), art. 52, proposant l'introduction d'un nouvel art. 583.2. Après ce délai, le parent d'origine aurait encore pu inscrire un veto à la divulgation de son identité jusqu'à ce qu'une première demande de renseignements le concernant soit présentée.

1131 Voir *supra*, p. 193.

1132 *Pratten* c. *British Columbia (Attorney General)*, 2011 BCSC 656.

1133 Voir en ce sens Marie-France BUREAU et Édith GUILHERMONT, « Le droit de connaître ses origines : chronique d'une réforme annoncée », (2014) 73 *R. du B.* 599, 626-627. Le système anglais, où l'instance nommée « Human Fertilisation and Embryoloy Authority (HFEA) » s'est vu confier la mission de tenir un registre d'information (« Register of Information ») pourrait assurément servir de modèle. Aux Pays-Bas, cette mission relève de la « Fondation de donneurs de procréation médicalement assistée » : Jaap G. SIJMONS, « Anonymat de gamètes selon le droit néerlandais », dans Brigitte FEUILLET-LIGER (dir.), *Procréation médicalement assistée et anonymat, panorama international*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2008, p. 213, aux pages 235 et suiv. En Suisse, c'est l'Office fédéral de l'état civil (OFEC) qui est chargé par l'État d'assurer la mise en application du droit à la connaissance des origines : Dominique MANAÏ, « La procréation médicalement assistée en droit suisse : vérité sur la conception et l'identité du donneur de gamètes », dans Brigitte FEUILLET-LIGER (dir.), *Procréation médicalement assistée et anonymat, panorama international*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2008, p. 261, aux pages 266 et 267.

1134 On ne doit pas non plus sous-estimer l'ampleur des questions accessoires qui émergeront en cours de route, notamment quant aux différentes dimensions du droit nouvellement reconnu. Au-delà des parents d'origine ou du donneur, faudra-t-il éventuellement conférer à l'enfant le droit d'identifier ses « frères » et « sœurs » d'origine ou, selon le cas, les autres enfants conçus au moyen de gamètes provenant du même donneur ? Au Royaume-Uni, le « Sibling Contact Register » poursuit précisément cette mission.

1135 « [...] l'application et l'interprétation de la notion d'autorité parentale témoignent des valeurs que le droit québécois privilégie en ce qui concerne la famille, le rôle respectif des parents et des enfants ainsi que le type de relation que ceux-ci doivent entretenir » : Nicole ROY, « L'autorité parentale et l'obligation alimentaire des parents envers leur enfant : deux institutions proposant une conception de l'intérêt de l'enfant et de la famille », (2001) 61 *R. du B.* 51, 61.

1136 Jean PINEAU et Marie PRATTE, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 823.

1137 C.c.Q., art. 604 et 612.

1138 « Par conséquent, les parents québécois des années 80 ne détiennent plus de droits « sur » leur enfant. Ils sont plutôt tenus à des obligations et à des devoirs. Bref, ils sont, à titre de titulaires de l'autorité parentale, dotés de droits-fonctions » : Nicole ROY, « L'autorité parentale et l'obligation alimentaire des parents envers leur enfant : deux institutions proposant une conception de l'intérêt de l'enfant et de la famille », (2001) 61 *R. du B.* 51, 71-72.

1139 20 novembre 1989, [1990] 1577 R.T.N.U. 3 (Résolution 44/25).

1140 Bien qu'il ne s'agisse pas d'un attribut au sens strict du terme, la tutelle de l'enfant revient également aux père et mère. S'ils sont majeurs ou émancipés, précise l'art. 192 C.c.Q., ceux-ci sont de plein droit tuteurs de leur enfant mineur, « [...] afin d'assurer sa représentation dans l'exercice de ses droits civils et d'administrer son patrimoine ». Notons également les droits et devoirs des parents en matière de consentement aux soins (C.c.Q., art. 11 et suiv.), de mariage (C.c.Q., art. 373) et d'attribution de nom et de prénoms (C.c.Q., art. 51).

1141 *Stevenson* c. *Florant*, [1925] R.C.S. 532.

1142 C.c.Q., art. 601. Comme l'enseigne Nicole Roy, lorsque le titulaire délègue volontairement et temporairement à des tiers l'exercice d'un attribut de l'autorité parentale, par exemple en faveur de l'école, de la garderie ou de la colonie de vacances, il demeure investi des autres attributs et conserve un certain contrôle sur le tiers :

Nicole ROY, « L'autorité parentale et l'obligation alimentaire des parents envers leur enfant : deux institutions proposant une conception de l'intérêt de l'enfant et de la famille », (2001) 61 *R. du B.* 51, 75.

1143 Voir *supra*, p. 20.

1144 C.c.Q., art. 600.

1145 C.c.Q., art. 604.

1146 C.c.Q., art. 603.

1147 C.c.Q., art. 604.

1148 Rappelons que le principe directeur n° 1 se lit ainsi : « L'intérêt et les droits de l'enfant au cœur des priorités – Le droit de la famille doit refléter le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et promouvoir avec force et conviction ses droits. »

1149 Marie PRATTE, « Solidarité familiale en droit privé québécois : les principales tendances », dans *Droit de la personne : Solidarité et bonne foi*, Actes des Journées Strasbourgeoises 2000, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 177. Voir également Michel TÉTRAULT, *Droit de la famille – L'obligation alimentaire*, vol. 2, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 2.

1150 Jean CARBONNIER, *Droit civil. La famille, l'enfant, le couple*, Paris, P.U.F., 2002, p. 53, tel que cité dans CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, *Dictionnaire de droit privé de la famille et lexiques bilingues*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 9. Voir également l'interprétation retenue par la Cour suprême dans *D.B.S.* c. *S.R.G.*; *L.J.W.* c. *T.A.R.; Henry* c. *Henry*; *Hiemstra* c. *Hiemstra*, [2006] 2 R.C.S. 231 (en ce qui concerne les enfants) et dans *Moge* c. *Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813 (en ce qui concerne les ex-époux).

1151 Pour une revue historique des règles sur le sujet, voir Nicole ROY, « L'autorité parentale et l'obligation alimentaire des parents envers leur enfant : deux institutions proposant une conception de l'intérêt de l'enfant et de la famille », (2001) 61 *R. du B.* 51, 151 et suiv.

1152 C.c.Q., art. 585. Depuis 1989, le Code civil prévoit, à certaines conditions, la survie de l'obligation alimentaire à la suite du décès du débiteur : *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L.Q. 1989, c. 55, art. 24, introduisant les art. 607.1 à 607.11 au *Code civil du Bas Canada* (aujourd'hui les art. 684 à 695 C.c.Q.).

1153 Voir les anciens art. 166 à 168 C.c.B.C. Voir *supra*, p. 12.

1154 *Loi modifiant le Code civil en matière d'obligation alimentaire*, L.Q. 1996, c. 28. Voir *supra*, p. 22-23.

1155 Voir *supra*, p. 105-106.

1156 Voir *supra*, p. 75 et suiv.

1157 Voir *supra*, p. 125.

1158 Analysant les arguments qui militaient en faveur de la suppression de l'obligation de solidarité entre grands-parents et petits-enfants au Québec, le sociologue Benoît Laplante relève que la conception des relations alimentaires entre personnes apparentées qui prévaut dans la société québécoise se fonde notamment sur la perception qu'ajouter un lien de dépendance économique au lien de parenté nuit grandement au lien

affectif : Benoît LAPLANTE, *Le rôle de l'ordonnance alimentaire au profit d'un époux dans la conception québécoise du divorce*, Rapport préparé pour le ministère de la Justice, 2015**,** p. 110. Sur l'abrogation de l'obligation alimentaire des grands-parents, voir également Marie PRATTE, « La situation juridique de la famille de 2020 », dans Gilles PRONOVOST, Chantale DUMONT et Isabelle BITAUDEAU (dir.), *La famille à l'horizon de 2020*, Trois-Rivières, P.U.Q., 2008, p. 401, à la page 404.

1159 *Loi facilitant le paiement des pensions alimentaires*, L.Q. 1995, c. P-2.2. Voir *supra*, p. 23.

1160 Rappelons le principe directeur n^{o} 6 : « Une justice familiale accessible – L'État doit promouvoir l'accès à la justice familiale par la mise en place de mesures et d'outils favorisant l'exercice des droits et obligations et, s'il y a lieu, la médiation des parties au litige familial, dans le respect du droit et de l'équité ».

1161 En ce qui a trait à l'enfant, les mesures permettent également d'atteindre les objectifs fixés par les paragraphes 2, 3 et 4 de l'art. 27 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* (20 novembre 1989, [1990] 1577 R.T.N.U. 3 (Résolution 44/25)) *:* « 2. C'est aux parents ou autres personnes ayant la charge de l'enfant qu'incombe au premier chef la responsabilité d'assurer, dans les limites de leurs possibilités et de leurs moyens financiers, les conditions de vie nécessaires au développement de l'enfant; 3. Les États parties adoptent les mesures appropriées, compte tenu des conditions nationales et dans la mesure de leurs moyens, pour aider les parents et autres personnes ayant la charge de l'enfant à mettre en oeuvre ce droit [...]; 4. Les États parties prennent toutes les mesures appropriées en vue d'assurer le recouvrement de la pension alimentaire de l'enfant auprès de ses parents ou des autres personnes ayant une responsabilité financière à son égard, que ce soit sur leur territoire ou à l'étranger [...] ».

1162 « Le beau-parent est la personne amenée à cohabiter avec l'enfant et son parent biologique à la suite d'une recomposition familiale – après le décès d'un parent ou une séparation » : Maïté BEAGUE, Scarlett-May FERRIÉ, Jérémy HOUSSIER et Maïté SAULIER, « Beau-parent/co-parent », dans Hugues FULCHIRON et Jehanne SOSSON (dir.), *Parenté, filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 71, à la page 72. Pour des précisions terminologiques, voir Claire BERNARD, « Le statut juridique de la famille recomposée et l'intérêt de l'enfant », (1999) 33 *R.J.T.* 347, 348-350.

1163 « Une famille recomposée se forme lorsqu'un parent seul entre en union, par mariage ou cohabitation, avec une personne seule ou avec un autre parent seul » : Heather JUBY, Nicole MARCIL-GRATTON et Céline LE BOURDAIS, « Une nouvelle étape de la vie familiale : la naissance d'un enfant en famille recomposée », dans *Rapport sur l'état de la population du Canada*, Statistiques Canada, Ottawa, Statistiques Canada, 2000, p. 177. Voir également Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, *Les recompositions familiales aujourd'hui*, Paris, Nathan, 1993, p. 5.

1164 Renée JOYAL, « Parenté, parentalité et filiation. Des questions cruciales pour l'avenir de nos enfants et de nos sociétés », (2006) 5 *Enfances, Familles, Générations*, 1, n^{o} 12, en ligne : http://www.erudit.org/revue/efg/2006/v/n5/015778ar.html (page consultée le 8 mars 2015). Sur l'évolution socio-historique des familles recomposées, voir également (en France) Irène THÉRY, *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Rapport du groupe de travail « Filiation, origines, parentalité », Irène THÉRY (prés.), Paris, Ministère des affaires sociales et de la santé et ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 277 et suiv.

1165 Voir *supra*, p. 38 et suiv.

1166 Voir *supra*, p. 29 et suiv.

1167 Dominique GOUBAU, « Le devoir de solidarité des parents psychologiques et les fondements possibles de leur éventuelle obligation alimentaire », dans Hugues FULCHIRON (dir.), *Les solidarités entre générations. Solidarities between Generations*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 163, à la page 164.

1168 En droit, voir Dominique GOUBAU, « Le devoir de solidarité des parents psychologiques et les fondements possibles de leur éventuelle obligation alimentaire », dans Hugues FULCHIRON (dir.), *Les solidarités entre*

générations. Solidarities between Generations, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p 163; Benoît MOORE, « La notion de parent psychologique et le Code civil du Québec », (2001) 103 *R. du N.* 115; Nicole ROY, « L'autorité parentale et l'obligation alimentaire des parents envers leur enfant : deux institutions proposant une conception de l'intérêt de l'enfant et de la famille », (2001) 61 *R. du B.* 51, 82 et 89 et Claire BERNARD, « Le statut juridique de la famille recomposée et l'intérêt de l'enfant », (1999) 33 *R.J.T.* 347. Dans le domaine psychosocial, voir notamment Claudine PARENT, Madeleine BEAUDRY, Marie-Christine SAINT-JACQUES, Daniel TURCOTTE, Caroline ROBITAILLE, Marie BOUTIN et Catherine TURBIDE, « Les représentations sociales de l'engagement parental du beau-père en famille recomposée », (2008) 8 *Enfances, Familles, Générations* 154, en ligne : http://efg.inrs.ca/index.php/EFG/article/viewFile/79/75 (page consultée le 10 mars 2015) et Marie-Christine SAINT-JACQUES et Claudine PARENT, *La famille recomposée. Une famille composée sur un air différent*, Montréal, Éditions du CHU Ste-Justine, 2002. Voir aussi Marie-Christine SAINT-JACQUES, Sylvie DRAPEAU, Claudine PARENT et Élizabeth GODBOUT, « Recomposition familiale, parentalité et beau-parentalité. Constats, limites et prospectives », (2012) 25 *Nouvelles pratiques sociales* 107 et Marie-Christine SAINT-JACQUES, Sylvie DRAPEAU, Claudine PARENT, Marie-Ève ROUSSEAU, Élizabeth GODBOUT, Marie-Christine FORTIN et Toula KOURGIANTAKIS, *Conséquences et facteurs de résilience pour les familles recomposées*, Rapport déposé à Ressources humaines et Développement des compétences Canada, Ottawa, Direction de la recherche en politiques, Ottawa, 2009.

1169 Notons que certaines législations particulières accordent des droits à la personne qui tient lieu de parent à un enfant à charge. Voir notamment *Loi sur l'assurance-automobile*, RLRQ, c. A.-25, art. 2(2) à 2(5); *Loi sur les accidents de travail et les maladies professionnelles*, RLRQ, c. A-3.001, art. 92; *Loi sur les victimes d'actes criminels*, RLRQ, c.I-6, art. 4 et *Loi sur le régime des rentes du Québec*, RLRQ, c. 29, art. 86 b).

1170 *Droit de la famille – 3444*, [2000] R.J.Q. 2533 (C.A.). Voir également *Droit de la famille – 09398,* 2009 QCCA 374.

1171 « La délégation de l'autorité parentale par un seul parent à son nouveau conjoint ne peut [...] porter que sur la parcelle d'autorité que ce parent exerce seul, c'est-à-dire normalement les décisions quotidiennes qu'il peut prendre lorsqu'il a l'enfant avec lui. [...] De plus, cette délégation [...] ne peut porter sur des décisions importantes, à moins que les deux parents ne consentent à telle délégation » : Dominique GOUBAU, « Le statut du tiers significatif dans les "familles recomposées" », dans S.F.P.B.Q., vol. 340, *Développements récents en droit familial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 1, à la page 5. Sur la dichotomie « décisions courantes et décisions fondamentales », voir *Droit de la famille – 09746*, 2009 QCCA 623, par. 41 et suiv. En France, on oppose les « actes usuels » aux « actes importants » de l'autorité parentale : « sont réputés tels les actes qui engagent l'avenir de l'enfant, notamment quant à sa santé ou à son éducation, ou qui touchent à ses droits fondamentaux » : Irène THÉRY, *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Rapport du groupe de travail « Filiation, origines, parentalité », Irène THÉRY (prés.), Paris, Ministère des affaires sociales et de la santé et ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 289.

1172 Notons qu'en situation d'urgence médicale, les intervenants médicaux n'ont besoin d'aucun consentement pour dispenser les soins requis : C.c.Q., art. 13. Le beau-parent qui accompagne l'enfant à l'hôpital dans une situation d'urgence n'a donc besoin d'aucune autorisation spécifique. S'agissant de soins requis non urgent, le beau-parent pourra se qualifier à titre de personne qui démontre un intérêt particulier pour l'enfant, au sens de l'art. 15 C.c.Q.

1173 Jean PINEAU et Marie PRATTE, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, n^{o} 513, p. 832. Notons que la révocation de la délégation sera présumée conforme à l'intérêt de l'enfant. Le tiers, qu'il soit beau-parent ou autre, pourra renverser cette présomption en démontrant qu'elle entraîne un risque pour le développement ou l'épanouissement de l'enfant et qu'il a la capacité d'assumer les fonctions parentales : *Droit de la famille – 09398*, 2009 QCCA 374.

1174 C.c.Q., art. 605.

1175 Notons que l'ancien art. 245 C.c.B.C. mentionnait expressément le caractère révocable de la délégation.

1176 Rappelons ici les termes du principe directeur n° 6 : « Une justice familiale accessible – L'État doit promouvoir l'accès à la justice familiale par la mise en place de mesures et d'outils favorisant l'exercice des droits et obligations et, s'il y a lieu, la médiation des parties au litige familial, dans le respect du droit et de l'équité » : voir *supra*, p. 60-61.

1177 GROUPE DE TRAVAIL INTERMINISTÉRIEL SUR LE RÉGIME QUÉBÉCOIS DE L'ADOPTION, sous la présidence de Carmen LAVALLÉE, *Pour une adoption québécoise à la mesure de chaque enfant*, Québec, ministère de la Justice et ministère de la Santé et des Services sociaux, 2007, en ligne : http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications /rapports/pdf/adoption-rap.pdf (page consultée le 5 avril 2015).

1178 À ce propos, voir également Alain ROY, « L'adoption intrafamiliale : Une institution à remanier en fonction des besoins identitaires de l'enfant », dans S.F.P.B.Q., vol. 273, *Développements récents en droit familial (2007)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 1, aux pages 7 à 15. Voir également Claire BERNARD, « Le statut juridique de la famille recomposée et l'intérêt de l'enfant », (1999) 33 *R.J.T.* 347, 367.

1179 GROUPE DE TRAVAIL INTERMINISTÉRIEL SUR LE RÉGIME QUÉBÉCOIS DE L'ADOPTION, sous la présidence de Carmen LAVALLÉE, *Pour une adoption québécoise à la mesure de chaque enfant*, Québec, ministère de la Justice et ministère de la Santé et des Services sociaux, 2007, p. 80 à 85 et p. 92 à 94, en ligne : http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications /rapports/pdf/adoption-rap.pdf (page consultée le 5 avril 2015).

1180 Avant-projet de loi (présentation – 31 octobre 2009), 1re sess., 39e légis. (Qc).

1181 *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*, Avant-projet de loi (présentation – 31 octobre 2009), 1re sess., 39e légis. (Qc), art. 24. Sur cette disposition, voir Alain ROY, *Avant-projet de loi sur l'adoption – Les écueils d'une réforme annoncée*, 9e Conférence Roger-Comtois, Montréal, Éditions Thémis, 2011, p. 26-28.

1182 *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale,* projet de loi n° 81 (présentation – 13 juin 2002), 2e sess., 39e légis. (Qc.).

1183 *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption*, d'autorité parentale et de divulgation de renseignements, projet de loi n° 47 (présentation – 14 juin 2013), 1re sess., 40e légis. (Qc.).

1184 *Id*., art. 56, proposant d'introduire les nouveaux art. 602 à 602.4 C.c.Q.

1185 Tel est le résultat auquel peut mener le droit français. En effet, bien qu'il ne fasse pas expressément référence au beau-parent, l'art. 377 C. civ. fr. prévoit que « [l]es père et mère, ensemble ou séparément, peuvent, lorsque les circonstances l'exigent, saisir le juge en vue de voir déléguer tout ou partie de l'exercice de leur autorité parentale à un tiers, membre de la famille, proche digne de confiance, établissement agréé pour le recueil des enfants ou service départemental de l'aide sociale à l'enfance [délégation – transfert] ». En vertu de l'art. 377-1 C. civ. fr., tel qu'introduit en 2002 par la *Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale (délégation – partage)*, « [...] le jugement de délégation peut prévoir, pour les besoins d'éducation de l'enfant, que les père et mère, ou l'un d'eux, partageront tout ou partie de l'exercice de l'autorité parentale avec le tiers délégataire. Le partage nécessite l'accord du ou des parents en tant qu'ils exercent l'autorité parentale ». Sur ces dispositions, voir Irène THÉRY, *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Rapport du groupe de travail « Filiation, origines, parentalité », Irène THÉRY (prés.), Paris, Ministère des affaires sociales et de la santé et ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 295. En Angleterre, voir *Children Act 1989*, c. 41, art. 4A1)a) : « Where a child's parent ("parent A") who has parental responsibility for the child is married to [or a civil partner of,] a person who is not the child's parent ("the step-parent") : (a) parent A or, if the other parent of the child also has parental responsibility for the child, both parents may by agreement with the step-parent provide for the step-parent to have parental responsibility for the child ».

1186 En Allemagne, au Danemark et aux Pays-Bas, la participation du beau-parent à l'exercice de l'autorité parentale (selon différentes modalités) exige que celle-ci soit exercée par un seul des deux parents : SERVICES DES ÉTUDES JURIDIQUES, *Étude de législation comparée n° 196 - avril 2009 - Le statut du beau-parent*, Sénat, Paris, 2009, en ligne : http://www.senat.fr/lc/lc196/lc1960.html (page consultée le 8 mars 2015). Voir également, sur le droit hollandais, où le concept est désigné sous le nom d'« autorité commune », Maïté BEAGUE, Scarlett-May FERRIÉ, Jérémy HOUSSIER et Maïté SAULIER, « Beau-parent/co-parent », dans Hugues FULCHIRON et Jehanne SOSSON (dir.), *Parenté, filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 71, aux pages 84-85.

1187 Notons que ce partage n'aura aucun effet sur la tutelle qui demeurera entre les seuls mains du parent : C.c.Q., art. 192 et suiv.

1188 Rappelons qu'en vertu de l'art. 258 C.c.Q. « [i]l est nommé au majeur un curateur ou un tuteur pour le représenter, ou un conseiller pour l'assister, dans la mesure où il est inapte à prendre soin de lui-même ou à administrer ses biens, par suite, notamment, d'une maladie, d'une déficience ou d'un affaiblissement dû à l'âge qui altère ses facultés mentales ou son aptitude physique à exprimer sa volonté ». Sur cette disposition, voir Dominique GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 5e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, no 686, p. 634.

1189 *Stevenson* c. *Florant*, [1925] R.C.S. 532.

1190 Un tel scénario se concrétisera également si le parent déchu est réhabilité dans ses fonctions en vertu de l'art. 610 C.c.Q. Dans ce cas, toutefois, le tribunal sera appelé à intervenir et pourra dès lors considérer l'intérêt de l'enfant.

1191 Notons que l'art. 25 de l'avant-projet de loi [(présentation – 31 octobre 2009), 1re sess., 39e légis. (Qc)], envisageait plutôt une « délégation d'autorité parentale » : « Avec l'autorisation du tribunal et le consentement de l'autre parent, à moins qu'il ne soit déchu de l'autorité parentale ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, les père et mère peuvent déléguer l'exercice de l'ensemble de leurs droits et devoirs liés à l'autorité parentale et à la tutelle légale en faveur de leur conjoint, d'un ascendant de l'enfant, d'un parent en ligne collatérale jusqu'au troisième degré de l'enfant ou du conjoint de cet ascendant ou parent. L'un de ces derniers peut aussi saisir le tribunal afin que lui soit délégué l'exercice de ces droits et devoirs malgré l'absence de consentement des père et mère ». Sur le sujet, voir Alain ROY, *Avant-projet de loi sur l'adoption – Les écueils d'une réforme annoncée*, 9e Conférence Roger-Comtois, Montréal, Éditions Thémis, 2011, p. 28-29.

1192 *Loi concernant le divorce*, S.C. 1967-68, c. 24, art. 2.

1193 On utilise communément l'expression *in loco parentis* pour désigner le statut reconnu au beau-parent de remplacement dans la *Loi sur le divorce*. Il faut toutefois rappeler que le concept *in loco parentis* trouve son origine dans la common law. Or, dans l'arrêt *Chartier* ci-après évoqué, la Cour suprême a souligné que la *Loi sur le divorce* ne réfère pas au concept *in loco parentis* proprement dit, mais à une autre forme d'« engagement » qui ne peut être rompu unilatéralement par le conjoint du parent : *Chartier* c. *Chartier*, [1999] 1 R.C.S. 242, par. 18-20. Voir *infra*, p. 211-212

1194 *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, c. 3 (2e suppl.).

1195 *Id*., art. 15.1(1) et 16(1).

1196 [1999] 1 R.C.S. 242, par. 39.

1197 La vie commune comprend non seulement la période du mariage, mais également la cohabitation qui l'a précédée : *Droit de la famille – 101005*, 2010 QCCS 1862.

1198 *Chartier* c. *Chartier*, [1999] 1 R.C.S. 242. La Cour prend soin de bien circonscrire la place de l'intention. Au par. 39, le tribunal affirme que « [c]e qu'il faut déterminer, c'est la nature du lien. La *Loi sur le divorce* ne fait aucune allusion à une quelconque expression formelle de la volonté. Le tribunal doit déterminer la nature du lien en examinant un certain nombre de facteurs, dont l'intention. L'intention ne s'exprime pas seulement de manière explicite. Le tribunal doit aussi déduire l'intention des actes accomplis et tenir compte du fait que même les intentions exprimées peuvent parfois changer. Le fait même de fonder une nouvelle famille constitue un facteur clé appuyant la conclusion que le beau-parent considère l'enfant comme un membre de sa famille, c'est-à-dire comme un enfant à charge ». Certains remettent en question ce dernier postulat : Marie-Christine SAINT-JACQUES, « Spécificité et modes de régulation des familles recomposées », dans Robert MAYER et Henri DORVIL (dir.), *Nouvelles configurations des problèmes sociaux et intervention*, Montréal, P.U.Q, p. 27 et Claudine PARENT, Madeleine BEAUDRY, Marie-Christine SAINT-JACQUES, Daniel TURCOTTE, Caroline ROBITAILLE, Marie BOUTIN et Catherine TURBIDE, « Les représentations sociales de l'engagement parental du beau-père en famille recomposée », (2008) 8 *Enfances, Familles, Générations* 154, en ligne : http://efg.inrs.ca/index.php/EFG/article/viewFile/79/75 (page consultée le 10 mars 2015).

1199 *Chartier* c. *Chartier*, [1999] 1 R.C.S. 242, par. 39.

1200 En fait, « il s'agit de savoir s'il y a eu substitution de la responsabilité parentale » : Jean PINEAU et Marie PRATTE, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, n^{o} 294, p. 356, note 1041. En pratique, il semble que les décisions rendues sur le sujet révèlent que le « [...] statut *in loco parentis* est plus souvent attribué quand le parent biologique est complètement absent de la vie de l'enfant, donc soit que l'enfant ne l'ait jamais connu, soit que le parent biologique soit décédé » : voir Marie-Claude PRÉMONT, « Conférence sur le statut in loco parentis », Section 10.2, 9 mars 2009, en ligne : http://www.bplavocats.ca/wp-content/uploads/2011/09/Statut_in_loco_parentis.pdf (page consultée le 12 mars 2015).

1201 *Chartier* c. *Chartier*, [1999] 1 R.C.S. 242, par. 42. Comme l'explique le professeur Goubau, la plupart des systèmes de fixation des pensions alimentaires pour enfants à travers le Canada prévoient que le cas du conjoint *in loco parentis* ne doit pas être traité en fonction des paramètres réguliers, devant plutôt être réglé en vertu du pouvoir discrétionnaire du tribunal. Ainsi, ajoute le professeur, les tribunaux disposent du pouvoir de rendre l'obligation du conjoint *in loco parentis* subsidiaire à celle du parent légal : Dominique GOUBAU, « Le devoir de solidarité des parents psychologiques et les fondements possibles de leur éventuelle obligation alimentaire », dans Hugues FULCHIRON (dir.), *Les solidarités entre générations. Solidarities Between Generations*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 163, à la page 169. Notons que la loi en vigueur au Manitoba prévoit expressément le caractère prioritaire de l'obligation alimentaire du parent par rapport à celle du conjoint *in loco parentis*. Ainsi, l'art. 36(4) de la *Loi sur l'obligation alimentaire*, C.P.L.M., c. F20 prévoit que : « [u]ne personne qui tient lieu de parent pour un enfant doit, de façon raisonnable, lui fournir des aliments et pourvoir à son éducation. Cependant, cette obligation est subsidiaire à celle des parents de l'enfant prévue par le paragraphe (1) et n'existe que dans la mesure où ces parents omettent de lui fournir les aliments et de pourvoir à son éducation de façon raisonnable ». Sur la question, voir également Dominique GOUBAU, « Le caractère contraignant de l'obligation alimentaire des parents psychologiques», (1992) 51 *R. du B.* 625, 627 et 642-643.

1202 *Chartier* c. *Chartier*, [1999] 1 R.C.S. 242, par. 32.

1203 *Chartier* c. *Chartier*, [1999] 1 R.C.S. 242, par. 32.

1204 Ainsi, le fait pour le conjoint *in loco parentis* de rompre unilatéralement ses contacts avec l'enfant au moment de la séparation ne le soustraira pas à ses obligations.

1205 *Chartier* c. *Chartier*, [1999] 1 R.C.S. 242, par. 41.

1206 « Chacun de ces éléments me paraît au moins aussi compatible, sinon davantage relié à une intention de la part de l'appelant de plaire à l'intimée, et d'établir avec celle-ci une relation familiale d'excellente qualité,

attitude simplement logique et normale de la part de celui qui décide de s'engager dans une relation conjugale que l'on veut présumément, de part et d'autre, être à long terme. Le fait de vouloir être ami avec le fils de sa nouvelle épouse ne signifie pas nécessairement, à mon avis, que l'on veuille agir « in loco parentis » à l'égard de l'enfant, avec toutes les conséquences que ceci représente » : *V.A.* c. *S.F.*, [2001] R.J.Q. 36, par. 24.

1207 « Le simple fait pour une personne de contribuer aux dépenses d'un enfant, d'agir comme tante ou oncle généreux ou [...] en bon samaritain, est de toute évidence insuffisant pour conclure que cette personne a agi *in loco parentis*. C'est une question de bon sens, car le danger d'une solution contraire serait de décourager inévitablement les élans de générosités à l'égard des enfants » : Dominique GOUBAU, « Le caractère contraignant de l'obligation alimentaire des parents psychologiques», (1992) 51 *R. du B.* 625, 630.

1208 *V.A.* c. *S.F.*, [2001] R.J.Q. 36, par. 14. Dans le même sens, voir *R.J.* c. *B.G.*, 2006 QCCA 868, par. 16. Pour une revue de la jurisprudence québécoise depuis cet arrêt, voir Marie-Josée BRODEUR et Catherine LA ROSA, *Loi sur le divorce annotée*, 3e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, à paraître.

1209 Alberta : *Family Law Act*, S.A. 2003, c. F-4.5, art. 47 et suiv.; Colombie-Britannique : *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25, art. 147; Île-du-Prince-Édouard : *Family Law Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. F-2.1, art. 1(1)(e) et 31(1); Manitoba : *Loi sur l'obligation alimentaire*, C.P.L.M. c. F20, art. 36(4); Nouveau-Brunswick : *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, c. F-2.2, art. 1d) (définition de « enfant ») et 113(1); Nouvelle-Écosse : *Maintenance and Custody Act*, R.S.N.S. 1989, c. 160, art. 2(e), 8(b) et 9; Ontario : *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 1(1) (définition de « père ou mère ») et 31; Saskatchewan : *Family Maintenance Act*, S.S. 1997, c. F-6.2, art. 2(c) (définition de « parent »), 3 et 4; Terre-Neuve : *Family Law Act*, R.S.N.L. 1990, c. F-2, art. 2(1)(a)(ii), 2(1)(d) et 37; Territoire du Nord-Ouest : *Loi sur le droit de l'enfance*, L.T.N.-O. 1997, c. 14, art. 57 (définition de « père ou mère ou parents ») et 58 et Yukon : *Loi sur le patrimoine familial et l'obligation alimentaire*, L.R.Y. 2002, c. 83, art. 1 (définition de « enfant » et de « père ou mère ») et 32.

1210 La règle *in loco parentis* ne sera pas davantage applicable si le couple marié se sépare de fait ou encore s'il obtient une séparation de corps plutôt qu'un divorce ou que le mariage fait l'objet d'une annulation, les demandes alimentaires accessoires à ces recours étant également régies par le Code civil.

1211 L'intérêt de l'enfant peut non seulement servir de base à l'obtention de droits d'accès par le tiers, mais également à une garde exclusive proprement dite. C'est dans l'arrêt *C. (G.)* c. *V.F. (T.)* ([1987] 2 R.C.S. 244, 269), que la Cour suprême a établi les critères d'attribution d'une telle garde. Pour avoir gain de cause, le tiers doit non seulement démontrer qu'il est en mesure de prendre charge de l'enfant, mais également que l'enfant subira un réel préjudice si la garde ne lui est pas confiée. Voir Johanne CLOUET, « Le statut juridique du beau-parent en droit civil québécois. Perspectives législatives et jurisprudentielles », dans Vincent CARON, Gabriel-Arnault BERTHOLD, Charlotte DESLAURIERS-GOULET et Jérémie TORRES-CEYTE (dir.), *Les oubliés du Code civil du Québec*, Montréal, Éditions Thémis, 2015, p. 51, à la page 62. Voir également *Droit de la famille – 09398,* 2009 QCCA 374; *Droit de la famille – 771*, [1990] R.D.F. 68 (C.A.); *Droit de la famille – 3061*, [1998] R.D.F. 496 (C.S.) et *Droit de la famille – 3192*, [1999] R.D.F. 50 (C.S.).

1212 Notons que, dans les années 70, l'Office de révision du Code civil s'est gardé de recommander l'adoption de la règle dans le Code civil, son application étant jugée trop compliquée. Par ailleurs, les membres du Comité n'ont pu faire consensus sur la légitimité du principe. Voir OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL DU QUÉBEC, *Rapport sur la famille : première partie*, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1974, p. 441-442 et OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL DU QUÉBEC, *Rapport sur le Code civil du Québec. Commentaires*, t. 1, vol. II, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1977, p. 207.

1213 Déjà en 1992, la juge Danielle Richer, alors avocate, analysait ainsi la problématique : « [...] nos lois, leur interprétation ainsi que l'attitude générale des juristes devraient faire en sorte de traiter tous les enfants sur un pied d'égalité, et faire en sorte qu'il n'y ait qu'un régime de droits et d'obligations parents [*in loco parentis*]-enfants » : Danielle RICHER, « Les enfants qui ne sont pas les miens », dans S.F.P.B.Q., vol. 37, *Développements récents en droit familial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 152, à la page 169. Voir

aussi Dominique GOUBAU, « Le caractère contraignant de l'obligation alimentaire des parents psychologiques», (1992) 51 *R. du B.* 625, 628 et 643 et Benoît MOORE, « La notion de parent psychologique et le Code civil du Québec », (2001) 103 *R. du N.* 115.

1214 2007 QCCA 1640.

1215 RLRQ, c. C-12.

1216 Notons que le principe de l'art. 39 de la Charte se trouve également consigné à l'art. 32 C.c.Q. Soulignons que la juge Pierrette Rayle (alors à la Cour supérieure) avait clairement refusé, en 1996, de voir l'art. 32 C.c.Q. et la Charte québécoise des droits et libertés comme de possibles fondements à l'obligation alimentaire du parent psychologique : « Furthermore, to interpret article 32 C.C.Q. as granting to a "child" an alimentary recourse not only against his parents but also against the persons "acting in their stead," one would have to ignore totally the provisions of article 585 C.C.Q. which reads as follows. [...] The enactment of the Quebec Charter of Human Rights and Freedoms has not modified this situation » : *Droit de la famille – 2534*, [1996] R.D.F. 828. Dans le même sens : *Droit de la famille – 2347*, [1996] R.D.F. 129 (C.S.). Au contraire, le professeur Moore écrivait, en 2001, qu'on pouvait y voir un fondement suffisant : Benoît MOORE, « La notion de parent psychologique et le Code civil du Québec », (2001) 103 *R. du N.* 115, 121. Voir aussi les propos du professeur Goubau dans « Le caractère contraignant de l'obligation alimentaire des parents psychologiques », (1992) 51 *R. du B.* 625, 643.

1217 *Droit de la famille – 072895,* 2007 QCCA 1640, par. 87. Le juge Dalphond insiste par ailleurs sur le caractère exceptionnel de la situation en cause et la portée limitée de l'arrêt (par. 62) qui met en scène deux conjointes de même sexe, dont l'une seule a adopté les deux enfants (dont la garde est disputée) en raison de l'impossibilité, à l'époque considérée, pour deux parents de même sexe d'adopter les enfants en commun. Aux dires du juge Dalphond, l'attribution d'une garde partagée entre le parent et le beau-parent doit satisfaire au critère de l'arrêt *C. (G.)* c. *V.F. (T.)* ([1987] 2 R.C.S. 244), c'est-à-dire que « [...] l'appelante doit établir de façon prépondérante que le développement ou l'épanouissement des filles risque d'être compromis si elles demeurent sous la seule garde de l'intimée » : par. 79. Quant à la juge Duval-Hesler, qui a rédigé ses propres motifs, elle s'appuie essentiellement sur le principe de l'intérêt de l'enfant pour accorder la garde partagée, après avoir mentionné que ce n'est qu'en vertu des lois en vigueur aux époques pertinentes que chacune des parties n'a pas pu obtenir l'établissement d'un lien de filiation avec l'enfant (par. 44). Le troisième magistrat, le juge Doyon, souscrit à la fois aux motifs du juge Dalphond et de la juge Duval-Hesler. Pour une analyse de cet arrêt, voir Dominique GOUBAU, « Le statut du tiers significatif dans les "familles recomposées" », dans S.F.P.B.Q., vol. 340, *Développements récents en droit familial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 1, aux pages 12-13.

1218 2010 QCCA 1561. Pour une analyse de cet arrêt, voir Dominique GOUBAU, « Le statut du tiers significatif dans les "familles recomposées" », dans S.F.P.B.Q., vol. 340, *Développements récents en droit familial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 1, aux pages 13-14.

1219 *Droit de la famille – 102247*, 2010 QCCA 1561, par. 45. Alors qu'il était juge à la Cour supérieure, le juge Vézina avait tenu des propos similaires relativement à l'art. 32 C.c.Q. (identique à l'art. 39 de la Charte) dans une affaire soulevant une question de droit international privé : *Droit de la famille – 3687*, [2000] R.D.F. 505 (C.S.).

1220 *Droit de la famille – 092011*, 2009 QCCS 3782, par. 145.

1221 *Droit de la famille – 102247*, 2010 QCCA 1561, par. 59 (italiques du juge).

1222 Pour un exemple éloquent, voir *C.B.* c. *Y.P.*, [2002] R.D.F. 399 (C.S.).

1223 Dominique GOUBAU, « Le devoir de solidarité des parents psychologiques et les fondements possibles de leur éventuelle obligation alimentaire », dans Hugues FULCHIRON (dir.), *Les solidarités entre générations. Solidarities Between Generations*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 163, à la page 174. Notons que,

traditionnellement, le principe de l'intérêt de l'enfant a toujours été jugé insuffisant pour fonder une obligation alimentaire à l'égard du conjoint de fait agissant *in loco parentis* : *C.B.* c. *Y.P.*, [2002] R.D.F. 399, par. 15 (C.S.).

1224 *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, DORS/1997-175 (Gaz. Can. II): « Si l'époux faisant l'objet de la demande d'ordonnance alimentaire tient lieu de père ou de mère à l'égard d'un enfant, le montant de l'ordonnance pour cet époux est le montant que le tribunal juge indiqué compte tenu des présentes lignes directrices et de toute autre obligation légale qu'a un autre père ou mère pour le soutien alimentaire de l'enfant ». Voir MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *Les enfants d'abord : Rapport au Parlement concernant les dispositions et l'application des Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, vol. 2, Ottawa, Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2002, p. 52.

1225 *Droit de la famille – 3444*, [1999] R.J.Q. 2910, 2912 (C.S.), confirmé en appel à J.E. 2000-1970 (C.A). Notons que la même « carence » existe à l'égard de tout autre tiers qui obtient la garde sur la base de l'intérêt de l'enfant.

1226 Dans *C. (G.)* c. *V.F. (T.)* ([1987] 2 R.C.S. 244, par. 68), la Cour suprême affirme : « Il est vrai que l'attribution de la garde à un tiers signifie qu'une parcelle de l'autorité parentale échappe, quant à son exercice, au parent non gardien. Le gardien exerce un contrôle évident sur le choix des sorties, des loisirs et des fréquentations de l'enfant; il est aussi amené, par sa position privilégiée, à prendre les décisions courantes qui affectent la vie de l'enfant. Privé la majorité du temps de la présence physique de son enfant, le parent non-gardien jouit néanmoins d'un droit de surveillance sur les décisions prises par le gardien. » Dans *Droit de la famille – 09746*, 2009 QCCA 623, par. 41-42, le juge Dalphond écrit dans le même sens : « [...] dans les faits, le parent avec qui l'enfant réside accomplit seul diverses manifestations de cette autorité parentale : par exemple, aller chercher l'enfant à l'école, l'emmener au cinéma, exiger qu'il porte un casque pour le vélo ou le ski, fixer l'heure des repas et du coucher, etc. En réalité, la responsabilité de la prise de décision pour les questions routinières suit l'enfant » .

1227 2010 QCCA 1561, par. 72. En fait, la Cour d'appel souscrit ici à l'analyse du juge Senécal en première instance : *Droit de la famille – 092011*, 2009 QCCS 3782, par. 133 : « C'est dire qu'en l'espèce, la mère demeure titulaire de l'autorité parentale qui lui est accordée par la loi face à son fils et, qui plus est, elle est seule à en être titulaire. Seule une partie de l'exercice de cette autorité peut lui échapper dans la seule mesure nécessaire à l'exercice de la garde partagée par Mme R.... De l'avis de la Cour, les ordonnances relatives à l'exercice de l'autorité parentale doivent être limitées à ce qui est nécessaire à la seule mise en application de la garde partagée accordée [...]. Il appartiendra par ailleurs à la mère seule de prendre les décisions importantes concernant l'enfant, que ce soit relativement à sa santé, à son éducation, à ses activités, etc., encore une fois dans la mesure où cela n'affecte pas l'exercice de la garde partagée. Le Tribunal rejette l'idée de partager le pouvoir décisionnel à l'égard de l'enfant, sauf pour ce qui est des décisions reliées au quotidien lorsque Mme R... exerce la garde ».

1228 Tel est l'état du droit anglais : Where a child's parent ("parent A") who has parental responsibility for the child is married to [or a civil partner of,] a person who is not the child's parent ("the step-parent") : (b) the court may, on the application of the step-parent, order that the step-parent shall have parental responsibility for the child : *Children Act*, 1989, c. 41, art. 4A1)b). Une préoccupation semblable est exprimée en France : Irène THÉRY, *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Rapport du groupe de travail « Filiation, origines, parentalité », Irène THÉRY (prés.), Paris, Ministère des affaires sociales et de la santé et ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 300.

1229 Voir *supra*, p. 211.

1230 En Belgique, l'art. 375bis du Code civil dispose que « [l]es grands-parents ont le droit d'entretenir des relations personnelles avec l'enfant. Ce même droit peut être octroyé à toute autre personne, si celle-ci justifie d'un lien d'affection particulier avec lui [...] ». Plusieurs états américains prévoient également un tel droit, en employant différentes formulations : Israel L. KUNIN et James M. DAVIS, « Protecting Children and the Custodial Rights of Co-Habitants », (2009) 22 *J. Am. Acad. Matrimonial Law* 29. En France, l'art. 371-4 du Code civil prévoit que « [l]'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants.

Seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à l'exercice de ce droit. Si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non, en particulier lorsque ce tiers a résidé de manière stable avec lui et l'un de ses parents, a pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation, et a noué avec lui des liens affectifs durables ».

1231 Dans son rapport de 1977, outre le droit de l'enfant au maintien des relations personnelles avec ses grands-parents, l'Office de révision du Code civil proposait la disposition suivante à l'art. 358 : « En considération de situations exceptionnelles, le tribunal peut accorder un droit de correspondance ou de visite à d'autres personnes, parent ou non » : OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 1, projet de Code civil, Québec, Éditeur officiel, 1977, p. 124.

1232 *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39, art. 1 introduisant l'art. 659 (aujourd'hui l'art. 611 C.c.Q.). Sur le sujet, voir Dominique GOUBAU, « Relations grands-parents et petits-enfants : le juste équilibre entre l'intérêt légitime et l'intrusion », dans S.F.P.B.Q., vol. 158, *Développements récents en droit familial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 67, à la page 77.

1233 Notons que la preuve des motifs graves s'évalue en tenant compte des conséquences qu'elles peuvent avoir sur l'enfant.

1234 *Droit de la famille – 2216*, [1995] R.J.Q. 1734, 1737 (C.S.). Voir aussi Nicole ROY, « L'autorité parentale et l'obligation alimentaire des parents envers leur enfant : deux institutions proposant une conception de l'intérêt de l'enfant et de la famille », (2001) 61 *R. du B.* 51, 86.

1235 Pour une approche semblable, voir Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Rapport au Garde des Sceaux et Ministre de la Justice, Paris, La Documentation française, 1999, p. 97.

1236 *Droit de la famille – 198*, [1985] C.S. 397, 400. Voir également *Droit de la famille – 102247*, 2010 QCCA 1561, par. 31, où le juge Vézina écrit : « À mon avis, et soit dit avec égards pour tous les parents, ceux-ci n'ont pas de droits sur leur enfant, ils n'ont que des obligations à son égard ». En ce qui a trait au droit de l'enfant au maintien des relations personnelles avec ses grands-parents, voir *J. St-L. (Dans la situation de)*, J.E. 2001-683 (C.Q.). Voir également Élaine DEMERS et Andrée RUFFO, « La genèse du concept de l'autorité parentale et de l'intérêt de l'enfant en droit civil français et québécois », dans H. Patrick GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 263, à la page 266.

1237 Voir *supra*, p. 211-212.

1238 Évidemment, les mesures continueront de s'appliquer si l'enfant est appelé à quitter la résidence familiale en raison des agissements du propriétaire. À cet égard, on se référera par analogie aux principes jurisprudentiels selon lesquels, en mariage, le départ non volontaire ou non définitif du conjoint non propriétaire ne met pas fin aux mesures de protection. Voir Jean PINEAU et Marie PRATTE, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, n^{o} 116, p. 142 à 144.

1239 Le Comité ne se prononce pas sur les autres conditions et modalités du partage envisagé en raison des travaux gouvernementaux en cours sur la question. Voir *supra*, p. 209-210.

1240 Voir Yveline MARTIN et Jacques A. ULYSSE, *L'autorité parentale : un droit ou un devoir ... pour qui!*, Prix Charles-Coderre 1984, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1985, p. 6-12. Voir aussi Yan THOMAS, *Vitae necisque potestas. Le père, la cité, la mort. Du châtiment dans la cité. Supplices corporels et peine de mort dans le monde antique*, Rome, Publications de l'École française de Rome, 1984, p. 499-548.

1241 Voir Edith DELEURY, Michèle RIVET et Jean-Marc NAULT, « De la puissance paternelle à l'autorité parentale : Une institution en voie de trouver sa vraie finalité », (1974) 15 *C. de D.* 779, 792 et Nicole ROY,

« L'autorité parentale et l'obligation alimentaire des parents envers leur enfant : deux institutions proposant une conception de l'intérêt de l'enfant et de la famille », (2001) 61 *R. du B.* 51, 64.

1242 Le droit de correction existait avant la codification, mais avait été neutralisé pendant la période révolutionnaire.

1243 Edith DELEURY, Michèle RIVET et Jean-Marc NAULT, « De la puissance paternelle à l'autorité parentale : Une institution en voie de trouver sa vraie finalité », (1974) 15 *C. de D.* 779.

1244 Né le 1er avril 1746 et mort le 25 août 1807, Jean-Étienne-Marie Portalis est l'un des rédacteurs du Code civil français, communément appelé « Code Napoléon ». Voir Sylvie HUMBERT, « Il y a deux cents ans, le Code civil », Paris, Association française pour l'histoire de la justice, 2004, p. 8, en ligne : http://www.afhj.fr/ressources/200ans_humbert.pdf (page consultée le 21 février 2015).

1245 René-Édouard CARON, *Code civil du Bas-Canada : Commissaires pour la Codification des lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles*, « Rapport des Codificateurs », Québec, G.E. Desbarats, 1865, p. 2020.

1246 Gérard TRUDEL, *Traité de droit civil du Québec*, t. 2, Montréal, Wilson & Lafleur, 1955, p. 1984. Pour d'autres, le caractère modéré et raisonnable exigeait que les corrections infligées soient proportionnelles à la faute commise par l'enfant : Jean PINEAU et Monique OUELLETTE, « La protection de l'enfant dans le droit de la famille », (1978) 9 *R.D.U.S.* 76, 95. Voir aussi *Protection de la jeunesse – 302*, [1988] R.J.Q. 923 (C.Q.). Voir également Edith DELEURY, Michèle RIVET et Jean-Marc NAULT, « De la puissance paternelle à l'autorité parentale : Une institution en voie de trouver sa vraie finalité », (1974) 15 *C. de D.* 779, 864.

1247 Certains se sont toutefois demandés si l'art. 601 C.c.Q. (alors l'art. 649) permettant la délégation de la garde, de la surveillance et de l'éducation de l'enfant ne comporterait pas implicitement le pouvoir de déléguer le droit de correction : Jean PINEAU, *La Famille. Droit applicable au lendemain de la "Loi 89"*, Montréal, P.U.M., 1982, n° 336, p. 286.

1248 L.Q. 1977, c. 20.

1249 *Protection de la jeunesse – 238*, J.E. 87-162 (C.Q.). Au même effet, voir *Protection de la jeunesse – 302*, [1988] R.J.Q. 923 (C.Q.).

1250 Monique OUELLETTE, « Livre deuxième : de la famille », dans BARREAU DU QUÉBEC ET CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil*, t. 1, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 151, à la page 181. Voir également Claire BERNARD, *Le châtiment corporel comme moyen de corriger un enfant*, Montréal, Commission des droits de la personne et de la jeunesse, Montréal, 1998, en ligne : http://www.cdpdj.qc.ca/publications/chatiment_corporel.pdf (page consultée le 20 février 2015).

1251 Renée JOYAL, avec la collaboration de Mario PROVOST*, Précis de droit des jeunes*, 3e éd., t. 1, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1999, n° 230, p. 90-91.

1252 Dans *Protection de la jeunesse* – 717, J.E. 94-1514 (C.Q.), le juge Jacques R. Roy affirme que le droit de correction a disparu du *Code civil du Québec* (voir dans le même sens : *Protection de la jeunesse – 681*, J.E. 94-683 (C.Q.) et *Protection de la jeunesse – 905*, J.E. 97-1369 (C.Q.)), alors que dans *Protection de la jeunesse – 712*, J.E. 94-1404 (C.Q.) et *Protection de la jeunesse – 955*, J.E. 98-1900 (C.Q.), le tribunal estime que le *Code civil du Québec* reconnaît toujours ce droit aux parents. Voir également *N.L. (Dans la situation de)*, J.E. 2002-2027 (C.S.) et *P.D.C.-F. (Dans la situation de)*, [2001] R.D.F. 422 (C.Q.).

1253 Ainsi, « [...] l'art. 43 légitime l'emploi par un groupe de personnes à l'endroit d'un autre d'une force qui serait autrement criminelle. L'article 43 *protège* le premier groupe de personnes, mais en même temps, rappelons-

le, il *enlève* au second groupe la protection du droit criminel » : *Oggs-Moss* c. *La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 173. 183 (j. Dickson) (italiques dans le texte du jugement).

1254 À l'origine, en 1892, l'art. 55 C. cr. reconnaissait également une défense aux patrons à l'égard des apprentis : « Il est légal pour le père ou la mère, ou toute personne qui remplace le père ou la mère, ou pour le maître d'école ou le patron, d'employer la force pour corriger un enfant, un élève ou un apprenti confié à ses soins, pourvu que la force soit raisonnable dans les circonstances ». L'art. 44 C.cr., qui protégeait le capitaine, patron ou commandant d'un navire ayant appliqué un châtiment corporel à des fins de maintien de l'ordre ou de discipline, a été abrogé en 2001 : *Loi de 2001 sur la marine marchande du Canada*, L.C. 2001, c. 26, art. 294.

1255 *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)], art. 7 (sécurité), art. 12 (peine cruelle et inhabituelle) et art. 15 (égalité).

1256 *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law* c. *Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, confirmant (2002) 57 O.R. (3d) 511 (C.A.) et (2000) 49 O.R. (3d) 662 (C.S.).

1257 Pour une synthèse de l'arrêt et des motifs des juges majoritaires et dissidents, voir Laura BARNETT, *La loi et le châtiment corporel : l'article 43 du Code criminel*, Ottawa, Division du droit et du gouvernement, Ottawa, 2008, en ligne : http://www.parl.gc.ca/content/lop/researchpublications/prb0510-f.htm (page consultée le 19 février 2015).

1258 Le Barreau du Québec, en revanche, semble se satisfaire de ce jugement. Voir les lettres des différents bâtonniers au sujet de l'art. 43 C.cr., en ligne : http://www.barreau.qc.ca/pdf/medias/positions/2014/20140617-pl-s206.pdf (page consultée le 20 février 2015).

1259 COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DE LA JEUNESSE, *Réaction de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse au jugement de la Cour suprême sur l'article 43 du Code criminel*, Montréal, Commission des droits de la personne et de la jeunesse, 2004, en ligne : http://www.cdpdj.qc.ca/Publications/correction_ enfant_reaction.pdf (page consultée le 20 février 2015). Voir aussi Claire BERNARD, *Le châtiment corporel comme moyen de corriger un enfant*, Commission des droits de la personne et de la jeunesse, Montréal, 1998, en ligne : www.cdpdj.qc.ca/publications/chatiment_corporel.pdf (page consultée le 20 février 2015).

1260 20 novembre 1989, [1990] 1577 R.T.N.U. 3 (Résolution 44/25).

1261 COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT DES NATIONS UNIES, *Examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 44 de la Convention. Observations finales du Comité des droits de l'enfant : Canada*, CRC/C/15/Add.37, 20 juin 1995, par. 14 et 25 et CRC/C/15/Add.215, 27 octobre 2003, par. 32. Dans l'arrêt *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law* c. *Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, par. 33, la Cour suprême rejette cette interprétation, considérant que l'art. 19 de la Convention relative aux droits de l'enfant n'exige pas l'abrogation de l'art. 43 C.cr.

1262 [...] ou des travaux qui en ont précédé l'adoption, des pays, comme la Suède, n'ayant pas attendu l'entrée en vigueur de la Convention pour abroger le droit de correction parental.

1263 COMMISSION DES QUESTIONS SOCIALE DE LA SANTÉ ET DE LA FAMILLE, *Interdire le châtiment corporel des enfants en Europe*, Doc. 10199, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 4 juin 2004.

1264 Laura BARNETT, *La loi et le châtiment corporel : l'article 43 du Code criminel*, Ottawa, Division du droit et du gouvernement, 2008, en ligne : http://www.parl.gc.ca/content/lop/researchpublications/prb0510-f.htm (page consultée le 19 février 2015). Voir également la proposition en ce sens de Rachel Grondin : Rachel GRONDIN, *L'enfant et le droit pénal*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2011, n^{o} 122, p. 160.

1265 *Association for the Protection of All Children (APPROACH)* v. *France*, Affaire 92/2013, (12 September 2014), Conseil de l'Europe (Comité européen des droits sociaux), en ligne : http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Complaints/CC92Merits_en.pdf (page consultée le 4 avril 2015).

1266 Dans son analyse sur l'art. 43 C.cr. (voir *supra*, note 1257), Laura Barnett recense les projets de loi suivants : *Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants)*, projet de loi n^{o} C-305 (Dépôt et 1re lecture – 12 juin 1996), 2^{e} sess., 35^{e} légis. (Can.), (député Robinson); *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur le ministère de la Santé (sécurité de l'enfant)*, projet de loi n^{o} S-14 (Dépôt et 1re lecture – 12 décembre 1996), 2^{e} sess., 35^{e} légis. (Can.), (sénatrice Carstairs); *Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants)*, projet de loi n^{o} C-276 (Dépôt et 1re lecture – 5 novembre 1997), 1re sess., 36^{e} légis. (Can.), (députée Davies); *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur le ministère de la Santé (sécurité de l'enfant)*, projet de loi n^{o} C-368 (Dépôt et 1re lecture – 11 mars 1998), 1re sess., 36^{e} légis. (Can.), (député Lanno); *Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants)*, projet de loi n^{o} C-329 (Dépôt et 1re lecture – 4 avril 2001), 1re sess., 37^{e} légis. (Can.), (députée Davies); *Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants)*, projet de loi n^{o} S-21 (Dépôt et 1re lecture – 2 décembre 2004), 1re sess., 38^{e} légis. (Can.), (sénatrice Hervieux-Payette); *Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants)*, projet de loi n^{o} S-207 (Dépôt et 1re lecture – 5 avril 2006), 1re sess., 39^{e} légis. (Can.), (sénatrice Hervieux-Payette); *Loi modifiant le Code Criminel (protection des enfants)*, projet de loi n^{o} S-209 (Dépôt et 1re lecture – 27 janvier 2009), 2^{e} sess., 39^{e} légis. (Can.), (sénatrice Hervieux-Payette); *Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants)*, projet de loi n^{o} S-214 (Dépôt et 1re lecture – 7 novembre 2012), 1re sess., 41^{e} légis. (Can.), (sénatrice Hervieux-Payette); *Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants contre la violence éducative ordinaire)*, projet de loi n^{o} S-206 (Dépôt et 1re lecture – 29 octobre 2013), 2^{e} sess., 41^{e} légis. (Can.), (sénatrice Hervieux-Payette). Soulignons également qu'en 1984, la Commission de réforme du droit du Canada avait recommandé l'abrogation de l'art. 43 comme moyen de défense pour les enseignants. La majorité des membres recommandait toutefois le maintien de la disposition pour les parents, principalement dans le but d'éviter que le droit criminel vienne perturber la paix des familles à la moindre gifle ou fessée : COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Document de travail n^{o} 38 portant sur l'agression*, Ottawa, ministère des Approvisionnements et services, 1984, p. 44 et 53.

1267 ASSOCIATION MÉDICALE CANADIENNE, (Louis Hugo FRANCESCUTTI (prés.)), *Lettre d'appui au projet de loi S-206, Loi modifiant le Code criminel*, Ottawa, 8 juillet 2014, en ligne : http://eurekablogue.ca/fr/articles/societe/enfants/plus-de-80-000-medecins-canadiens-appuient-le-projet-de-loi-s-206/ (page consultée le 21 février 2014). En revanche, voir les craintes exprimées par le Barreau du Québec sur l'éventuelle augmentation de la criminalisation des parents que pourrait entraîner l'abrogation de l'art. 43 C. cr. : « [...] étant donné la définition large donnée par la jurisprudence à l'infraction de voies de fait, et à celle de séquestration, nous craignons un accroissement du nombre d'accusations portées contre les parents ou les instituteurs en réaction à des comportements légitimes et nécessaires, liés à leur rôle d'éducateur et qui ne correspondent pas à la définition du châtiment corporel », en ligne : http://www.barreau.qc.ca/pdf/medias/positions/2014/20140617-pl-s206.pdf (page consultée le 20 février 2015). Dans son discours de présentation du projet de loi S-206 au Sénat (voir *supra*, note 1266), la sénatrice Hervieux-Payette réfute en ces termes cet argument : « Ceux qui prétendent que ces dispositions entraîneraient la criminalisation des parents ou des tuteurs pour des raisons soi-disant banales, disais-je à l'époque, font preuve de mauvaise foi. Les articles 34 et 37 du Code criminel autorisent toute personne à avoir recours à la force nécessaire pour se défendre ou pour défendre toute personne placée sous sa protection. De plus, les moyens de défense fondés sur le principe de *minimis* et de nécessité, que l'on retrouve dans la *common law*, protègent déjà les parents, indépendamment de l'article 43 » . La sénatrice évoque également l'exemple de la Suède, de la Nouvelle-Zélande et du Danemark pour appuyer ses dires : *L'article 43 du code criminel : un permis de violence à abolir*, 13 février 2014, en ligne : http://eurekablogue.ca/fr/activites-parlementaires/discours/larticle-43-du-code-criminel-un-permis-de-violence-abolir-discours/ (page consultée le 21 février 2015).

1268 Voir Marie-Ève CLÉMENT, Francine BERNÈCHE, Catherine FONTAINE et Claire CHAMBERLAND, *La violence familiale dans la vie des enfants du Québec. Les attitudes parentales et les pratiques familiales*, Québec, Institut de la statistique du Québec, 2013; Marie-Ève CLÉMENT, « La violence physique envers les enfants : le cas particulier de la punition corporelle », (2011) 40 *Revue de psychoéducation* 121, réagissant à Daniel PAQUETTE, Marc BIGRAS et Maria CREPALDI, « La violence : un jugement de valeur sur les rapports de pouvoir », (2010) 39 *Revue de psychoéducation* 276; Joan E. DURRANT, Nico TROCMÉ,

Barbara FALLON, Cheryl MILNE et Tara BLACK, « Protection of Children from Physical Maltreatment in Canada : An Evaluation of the Supreme Court's Definition of Reasonable Force », (2009) 18 *Journal of Aggression, Maltreatment & Trauma* 64; Joan E. DURRANT, Nadine SIGVALDASON et Lisa BEDNAR, « What did the Canadian Public Learn From the 2004 Supreme Court Decision on Physical Punishment ? », (2008) 16 *International Journal of Children's Rights* 229 et Elizabeth GERSHOFF, « Corporal Punishment by Parents and Associated Child Behaviors and Experiences : A Meta-Analytic and Theoretical Review », (2002) 128 *Psychological Bulletin* 539. Voir aussi Murray A. STRAUS, David SUGARMAN et Jean GILES-SIMS, « Spanking by Parents and Subsequent Antisocial Behavior of Children », (1997) 151 *Archives of Pediatrics and Adolescent Medicine* 761 et Joan DURRANT et Ron ENSOM, *Les punitions corporelles et les enfants*, Feuillet n° 7F, Ottawa, Centre d'excellence pour la protection et le bien-être des enfants, 2004. Certains chercheurs contestent la validité de ces études, invoquant notamment qu'elles ne marquent pas suffisamment la différence entre châtiment corporel et violence physique. Voir notamment Robert E. LARZELERE et Brett R. KUHN, « Comparing Child Outcomes of Physical Punishment and Alternative Disciplinary Tactics : A Meta-Analysis », (2005) 8 *Clinical Child and Family Psychology Review* 1.

1269 Il est d'ailleurs intéressant de noter que la Cour suprême a refusé d'appliquer l'art. 43 C.cr. pour justifier la force utilisée envers un adulte atteint d'un handicap limitant son développement mental à celui d'un enfant : *Oggs-Moss* c. *La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 173.

1270 *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law* c. *Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, par. 235.

1271 Guillemette MEUNIER, *L'application de la Convention des NU relatives aux droits de l'enfant dans le droit interne des État parties*, Paris, L'Harmattan, 2002, p. 54 et suiv. Pour un historique sommaire de l'évolution de la position de l'enfant dans la société, de l'Antiquité à nos jours, voir Jean ZERMATTEN, *L'intérêt supérieur de l'enfant. De l'analyse littérale à la portée philosophique*, Working Report 3, Sion (Suisse), Institut International des Droits de l'Enfant (IDE), 2003.

1272 20 novembre 1989, [1990] 1577 R.T.N.U. 3 (Résolution 44/25). Sur la portée de la CDE en droit québécois, telle que délimitée par la Cour suprême dans l'arrêt *Baker* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, voir Anne-Marie TRAHAN, « Les droits de l'enfant, la Convention des Nations Unies et l'arrêt Baker : une trilogie porteuse d'espoir », dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 151.

1273 *Décret 1676-91 du 9 décembre 1991 concernant la Convention relative aux droits de l'enfant*, (1992) 1 G.O. II, 51.

1274 La professeure Rachel Grondin écrit ainsi : « Le message que laisse transparaître cette disposition est pour le moins inquiétant par rapport aux valeurs de la société canadienne, et nous semble plutôt une relique du statut inférieur des enfants à une époque où l'État hésitait à intervenir dans la vie des familles » : *L'enfant et le droit pénal*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2011, n° 122, p. 158. Dans le même sens, voir Alain ROY, « Correction parentale : un vestige gênant », Montréal, *La Presse*, 28 janvier 2011, en ligne : http://www.lapresse.ca/opinions/201101/27/01-4364378-correction-parentale-un-vestige-genant.php (page consultée le 20 février 2015).

1275 Notons que le législateur québécois n'a pas attendu l'abrogation de l'art. 43 C.cr. pour exclure toute forme de punition corporelle en milieu scolaire. Ainsi, depuis 1997, l'art. 76 de *Loi sur l'instruction publique* (RLRQ, c. I-13.3) prévoit que les règles et mesures de sécurité proposées par le directeur de l'école peuvent prévoir les sanctions applicables, autres que l'expulsion de l'école et des punitions corporelles. Voir *Loi modifiant la Loi sur l'instruction publique*, L.Q. 1997, c. 96, art. 13.

1276 *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)], art. 7 et *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, art. 4 et 39. Voir aussi Claire BERNARD, *Le châtiment corporel comme moyen de corriger un enfant*, Montréal, Commission des droits de la personne et de la jeunesse, 1998, en ligne : www.cdpdj.qc.ca/publications/chatiment_corporel.pdf (page consultée le 20 février 2015).

1277 Comme l'estime le Juge Jacques R. Roy dans *Protection de la jeunesse – 717*, J.E. 94-1514 (C.Q.).

1278 Commentant le droit suédois qui a interdit le châtiment corporel en 1979, Claire Bernard écrit : « [l]e succès dans ce pays de l'implantation des dispositions interdisant les châtiments corporels est attribué en grande partie à une importante campagne d'éducation qui a mis l'accent sur les moyens de prévenir la mauvaise conduite des enfants et sur les alternatives à la correction physique » : Claire BERNARD, *Le châtiment corporel comme moyen de corriger un enfant*, Montréal, Commission des droits de la personne et de la jeunesse, 1998, en ligne : www.cdpdj.qc.ca/publications/chatiment_corporel.pdf (page consultée le 20 février 2015). Voir aussi la recommandation du Comité des droits de l'enfant des Nations unies qui considère que l'abolition de l'art. 43 C.cr. devrait être complétée par des campagnes de sensibilisation et d'éducation. Voir enfin les propos de la sénatrice Hervieux-Payette dans son discours de présentation du projet de loi S-206 au sénat (voir *supra*, note 1266), en ligne : http://eurekablogue.ca/fr/activites-parlementaires/discours/larticle-43-du-code-criminel-un-permis-de-violence-abolir-discours/ (page consultée le 21 février 2015).

1279 Pierre-André CÔTÉ et Daniel JUTRAS, « Le droit transitoire relatif à la réforme du Code civil », dans BARREAU DU QUÉBEC et CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil*, t. 3, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 935, à la page 937. Voir également Richard TREMBLAY, « Les dispositions relatives à l'application de la loi dans le temps », dans Richard TREMBLAY (dir.), *Éléments de légistique, Comment rédiger les lois et les règlements*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 715 et, du même auteur, *L'entrée en vigueur des lois : Principes et techniques*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997.

1280 Pierre-André CÔTÉ et Daniel JUTRAS, « Le droit transitoire relatif à la réforme du Code civil », dans BARREAU DU QUÉBEC et CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil,* t. 3, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 935, à la page 942.

1281 Voir *supra*, p. 201.

1282 Voir Hélène BELLEAU, « D'un mythe à l'autre : de l'ignorance des lois à la présomption de choix éclairé chez les conjoints en union libre », (2015) 27-1 *Revue Femmes et Droit* 1. En Belgique, voir particulièrement Yves-Henri LELEU, *Les collaborations économiques au sein des couples séparatistes – Pour une indemnisation des dommages collaboratifs envers et contre tous choix*, Conférence Roger-Comtois 2013, Montréal, Éditions Thémis, 2014, p. 67-68.

1283 CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, « Conjoints de fait : la Chambre des notaires du Québec sensibilise les Québécois », Montréal, 22 mars 2013, en ligne à http://www.newswire.ca/fr/story/1134643/conjoints-de-fait-la-chambre-des-notaires-du-quebec-sensibilise-les-quebecois (page consultée le 8 mai 2014).

1284 Voir *supra*, p. 5-6. Voir également l'Annexe 5. De plus, voir Hélène BELLEAU et Pascale CORNUT-ST-PIERRE, « La question du choix dans la décision de se marier ou non au Québec », (2011) 66 *Lien social et Politiques* 65, 85; Hélène BELLEAU, « D'un mythe à l'autre : de l'ignorance des lois à la présomption de choix éclairé chez les conjoints en union libre », (2015) 27-1 *Revue Femmes et Droit* 1 et Benoît MOORE, « Variations chromatiques : l'union de fait entre noir et blanc », dans Benoît MOORE et Générosa BRAS MIRANDA (dir.), *Mélanges Adrian Popovici – Les couleurs du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 2010, p. 101, à la page 111. Voir également CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Pour une véritable protection juridique des conjointes de fait*, Conseil du statut de la femme, Québec, 2014, p. 14. Voir également l'Annexe 5.

1285 Voir *supra*, p. 59-60.

1286 Au cours des années 80 et 90, plusieurs parlementaires québécois ont également incité le gouvernement à accroître les mesures informatives de manière à ce que les couples puissent choisir leur mode de conjugalité en toute connaissance de cause. Voir Alain ROY, *L'évolution de la politique législative de l'union de fait au Québec. Analyse de l'approche autonomiste du législateur québécois sous l'éclairage du droit comparé*, Rapport d'expertise fourni le 30 juin 2008 au ministre de la Justice du Québec – Procureur général du Québec. Publié à (2012) 1 *C.P. du N.* 235.

1287 Voir notamment le site Internet du ministère de la Justice du Québec qui contient de l'information sur les thèmes « Vivre à deux » et « Séparation et divorce » : http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/generale/public-gen.htm (page consultée le 7 août 2014); le site Internet d'Éducaloi qui comporte une section sur les familles et les couples : http://www.educaloi.qc.ca/categories/familles-et-couples (page consultée le 7 août 2014); le site Internet de la Chambre des notaires du Québec qui comporte aussi une section sur les familles et les couples http://www.cnq.org/fr/famille-couple.html (page consultée le 7 août 2014) et le portail du gouvernement du Québec où se trouve une section sur les évènements de vie et qui collige de l'information sur les thèmes « Devenir parent » et « Quand un couple se sépare » : http://www.gouv.qc.ca/portail/quebec/ pgs/citoyens/?lang=fr (page consultée le 7 août 2014).

1288 D'ailleurs, des études tendent à démontrer que des campagnes d'information massives ne rejoignent pas efficacement les principaux intéressés : Ira Mark ELLMAN et Sanford L. BRAVER, « Should Marriage Matter ? », dans Marsha GARRISON et Elizabeth S. SCOTT (dir.), *Marriage at the Crossroads. Law, Policy, and the Brave New World of Twenty-First-Century Families*, New York, Cambridge University Press, 2012, p. 170. Voir également Hélène BELLEAU, « D'un mythe à l'autre : de l'ignorance des lois à la présomption de choix éclairé chez les conjoints en union libre », (2015) 27-1 *Revue Femmes et Droit* 1.

1289 Les séances d'information sur la médiation familiale offertes par le Service de médiation familiale de la Cour supérieure pourraient ici servir de modèle.

1290 C.c.Q., art. 438 et 440.

1291 Voir d'ailleurs l'art. 4 du *Règlement sur la diffusion de l'information et sur la protection des renseignements personnels* (c. A-2.1, r. 2) selon lequel « […] un organisme public doit diffuser sur un site Internet les documents ou les renseignements suivants, dans la mesure où ils sont accessibles en vertu de la loi : […] (11) les lois, les règlements, les codes de déontologie ou d'éthique, les directives, les politiques et autres documents de même nature servant à la prise de décision concernant les droits des administrés, qu'il est chargé d'appliquer […] ».

1292 Voir Michel VENNE, « Des citoyens responsables », (2011) 17 *Télescope* 192, 196.

Sommaire des recommandations

Régime parental impératif

Recommandation n° 1.1 (p. 72)

Il est recommandé d'instituer entre les parents d'un enfant commun à charge un lien juridique assorti de droits et d'obligations réciproques qui, selon différentes modalités, se concrétiseront durant leur vie commune, après la cessation de celle-ci ou alors même qu'ils n'ont jamais fait vie commune (« régime parental impératif »).

Recommandation n° 1.1.1 (p. 73)

Au fins du régime parental impératif, il est recommandé d'assujettir les parents d'un enfant commun à charge qui font vie commune (en mariage ou en union de fait) à l'obligation de contribuer, en biens ou en services, aux charges de la famille en proportion de leurs facultés respectives et de prévoir le droit à une compensation au jour de la cessation de vie commune en faveur de celui qui aura contribué en sus de son obligation.

Droit transitoire suggéré
Les parents qui font vie commune et qui ont un enfant commun à charge lors de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi seront tenus, à compter de ce moment, de contribuer aux charges de la famille en proportion de leurs facultés respectives, conformément à la loi nouvelle (p. 224).

Recommandation n° 1.1.2 (p. 74)

Aux fins du régime parental impératif, il est recommandé d'assujettir les parents d'un enfant commun à charge qui font vie commune (en mariage ou en union de fait) aux mesures de protection et d'attribution de la résidence familiale et des meubles du ménage.

À cette fin, il est recommandé :

A. Que, sous réserve des règles applicables en mariage, s'il y a lieu (p. 118-119), l'application des mesures de protection subsiste pendant un délai de 30 jours suivant la date de cessation de vie commune des parents;

B. Que, sous réserve des règles applicables en mariage, s'il y a lieu (p. 118-119), le délai d'action à l'intérieur duquel le parent non propriétaire ou non locataire doit agir pour obtenir l'une ou l'autre des mesures d'attribution soit fixé à 30 jours de la date de la fin de la vie commune;

C. Que l'application des mesures de protection et d'attribution de la résidence familiale subsiste après que l'enfant ait quitté la résidence ou cessé d'être à la charge de ses parents, sauf entente contraire de leur part.

Droit transitoire suggéré
Les parents qui font vie commune et qui ont un enfant commun à charge lors de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi seront assujettis aux mesures de protection et d'attribution de la résidence familiale (p. 224).

Recommandation n^{o} 1.1.3 (p. 80)

Aux fins du régime parental impératif, il est recommandé d'instituer une nouvelle mesure appelée « prestation compensatoire parentale », qui répondra à ses propres conditions d'attribution, et dont l'objectif général sera de permettre, dans les situations prévues par la loi, la répartition équitable entre les parents (mariés, en union de fait, ou n'ayant jamais vécu ensemble) des désavantages économiques résultant de l'exercice du rôle parental à l'égard de leur enfant commun à charge.

Recommandation n^{o} 1.1.3.1 (p. 88)

Il est recommandé d'attribuer un droit à la prestation compensatoire parentale au parent qui, dans l'exercice du rôle parental assumé durant sa vie commune avec l'autre parent, a subi des désavantages économiques qui ne sont pas proportionnels à ceux qu'a pu subir ce dernier, compte tenu des facultés respectives de chacun.

Il est recommandé de prévoir que cette prestation compensatoire parentale ait vocation à compenser non seulement les désavantages excédentaires subis durant la vie commune, mais également leurs conséquences futures prévisibles.

Il est en outre recommandé :

A. Que le délai de la demande soit fixé à trois ans de la cessation de vie commune des parents, sauf circonstances exceptionnelles, ou à un an du décès de l'un d'eux, selon le cas;

B. Que le montant de la prestation compensatoire parentale soit établi en tenant compte :

   1) Des avantages que procurent le régime matrimonial, le contrat de mariage ou d'union de fait et les autres ententes intervenues entre les parties, le cas échéant, à moins que la partie qui a droit à la prestation ne démontre que ces avantages lui ont été consentis pour des raisons autres que celles liées à la compensation visée par la prestation réclamée; en cas de décès, il serait en outre tenu compte des avantages que procure la succession au parent survivant, à moins que celui-ci ne démontre que ces avantages lui ont été consentis pour des raisons autres que celles liées à la compensation

recherchée; seraient assimilés à des avantages successoraux les avantages découlant d'un régime de retraite ou d'un contrat d'assurance de personne;

2) Des efforts accomplis par les parents pour minimiser leurs désavantages économiques respectifs;

3) De l'insuffisance ou de l'absence des ressources économiques actuelles et prévisibles dont dispose le parent débiteur au moment de la demande, sauf si celles-ci résultent de la dilapidation des biens, du divertissement de ce dernier ou s'il les a administrés de mauvaise foi;

C. Que soient instituées des lignes directrices formelles dans le but de faciliter la détermination du quantum de la prestation compensatoire parentale et, partant, de prévenir les différends et la judiciarisation des demandes;

D. Que le montant et les modalités de paiement de la prestation compensatoire puissent être établis par les parties ou, à défaut, qu'ils soient déterminés par le tribunal qui pourra en ordonner le paiement au moyen d'une somme forfaitaire, par l'attribution de droits dans certains biens ou par versements échelonnés sur une période d'au plus dix ans;

E. Que, en cas de difficultés excessives pour le débiteur tenu à des versements périodiques, le tribunal puisse prolonger pour une durée qu'il détermine la période pendant laquelle celui-ci sera tenu d'acquitter les versements de la prestation compensatoire;

F. Qu'une double présomption de droit et de quantum soit instituée en faveur du parent qui, pour s'occuper de l'enfant ou assumer les charges qui en découlent, s'est retiré du marché du travail ou y a renoncé, de même qu'à l'égard de celui qui, pour les mêmes raisons, a interrompu ses études, de manière temporaire ou définitive;

G. Que le tribunal soit autorisé, durant l'instance, à accorder une avance sur la prestation compensatoire parentale au parent qui paraît y avoir droit si l'avance est jugée nécessaire pour empêcher que ne lui soit causé un préjudice sérieux ou irréparable, ou que ne soit créé un état de fait ou de droit de nature à rendre le jugement final inefficace;

H. Que, en cas de difficultés excessives pour le débiteur tenu à des versements périodiques, le tribunal puisse prolonger pour une durée qu'il détermine la période pendant laquelle celui-ci est tenu d'acquitter les versements de la prestation compensatoire.

Droit transitoire suggéré

Les parents qui font vie commune et qui ont un enfant à charge lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle pourront se prévaloir des dispositions relatives à la prestation compensatoire parentale, mais seulement en ce qui a trait aux désavantages (liés à l'enfant) attribuables à des faits survenus après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle (p. 225).

Recommandation n^{o} 1.1.3.2 (p. 90)

Il est recommandé d'attribuer un droit à la prestation compensatoire parentale au parent qui, durant sa vie commune avec l'autre parent, a contribué de façon excédentaire aux charges de la famille, compte tenu des facultés respectives de chacun.

Il est recommandé que le parent à qui s'adresse la demande puisse y faire échec en démontrant que la contribution excédentaire apportée par le parent demandeur résulte d'une intention libérale.

Il est en outre recommandé que les règles proposées dans la recommandation n^{o} 1.1.3.1 relativement à la détermination du quantum de la prestation compensatoire parentale, à ses modalités de paiement, aux délais de la demande et aux mesures « provisoires et conservatoires » afférentes s'appliquent ici, compte tenu des adaptations nécessaires.

Droit transitoire suggéré
Les parents qui font vie commune et qui ont un enfant à charge lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle pourront se prévaloir des dispositions relatives à la prestation compensatoire parentale, mais seulement en ce qui a trait aux contributions fournies après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle (p. 225).

Recommandation n^{o} 1.1.3.3 (p. 94)

Il est recommandé d'attribuer un droit à la prestation compensatoire parentale au parent qui assume plus de 80 % du temps de garde de l'enfant en raison d'un manquement de l'autre parent à ses devoirs parentaux, notamment son désintérêt ou son désengagement à l'égard de l'enfant.

Il est également recommandé d'attribuer un droit à la prestation compensatoire au parent qui, quelles que soient les modalités de garde applicables, subit des désavantages économiques en raison de tout autre manquement important de l'autre parent dans l'exercice de ses devoirs parentaux.

Il est recommandé d'attribuer à la prestation compensatoire parentale réclamée dans ces circonstances la vocation de compenser non seulement les désavantages économiques découlant du manquement, mais également leurs conséquences futures prévisibles.

Il est en outre recommandé :

A. Que soient exclus des désavantages visés par la compensation les frais qui peuvent s'ajouter à la pension alimentaire de l'enfant en raison d'un manquement parental;

B. Que le délai de la demande soit fixé à un an de la fin de l'évènement qui y donne droit, sauf circonstances exceptionnelles;

C. Que le quantum de la prestation compensatoire parentale soit déterminé en tenant compte des deux critères que constituent les efforts accomplis par les parents pour minimiser leurs désavantages économiques et les ressources économiques actuelles et prévisibles dont dispose le parent débiteur au moment de la demande;

D. Que les règles proposées dans la recommandation n^{o} 1.1.3.1 relativement aux modalités de paiement et aux mesures « provisoires et conservatoires » afférentes s'appliquent ici, compte tenu des adaptations nécessaires.

Droit transitoire suggéré
Les parents d'un enfant à charge lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, qu'ils fassent ou non vie commune, pourront se prévaloir des dispositions relatives à la prestation compensatoire, mais seulement en ce qui a trait aux désavantages (liés à l'enfant) attribuables à des faits postérieurs à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle (p. 225).

Recommandation n^{o} 1.1.3.4 (p. 96)

Il est recommandé d'attribuer un droit à la prestation compensatoire parentale au parent qui assure une présence ou un soutien exceptionnel à l'enfant dont l'état de santé l'exige, sauf si l'autre parent a également contribué en proportion de ses facultés au soutien de l'enfant tout au long de la période pendant laquelle cette situation a prévalu.

Il est recommandé d'attribuer à la prestation compensatoire parentale réclamée dans ces circonstances la vocation de compenser non seulement les désavantages économiques découlant du manquement, mais également leurs conséquences futures prévisibles.

Il est en outre recommandé :

A. Que soient exclus des désavantages visés par la compensation les frais relatifs à la pension alimentaire de l'enfant, de même que ceux autrement compensés par tout régime d'assurance ou d'indemnisation privé ou public;

B. Que le délai de la demande soit fixé à un an de la fin de l'évènement qui y donne droit, sauf circonstances exceptionnelles;

C. Que le quantum de la prestation compensatoire parentale soit déterminé en tenant compte des deux critères que constituent les efforts accomplis par les parents pour minimiser leurs désavantages économiques et les ressources économiques actuelles et prévisibles dont dispose le parent débiteur au moment de la demande;

D. Que les règles proposées dans la recommandation n^{o} 1.1.3.1 relativement aux modalités de paiement et aux mesures « provisoires et conservatoires » afférentes s'appliquent ici, compte tenu des adaptations nécessaires.

Droit transitoire suggéré
Les parents d'un enfant à charge lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, qu'ils fassent ou non vie commune, pourront se prévaloir des dispositions relatives à la prestation compensatoire, mais seulement en ce qui a trait aux désavantages (liés à l'enfant) attribuables à des faits postérieurs à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle (p. 225).

Régime conjugal

Recommandation n° 2.1 (p. 100)

Il est recommandé de reconnaître formellement deux formes de conjugalité dans le Code civil, soit le mariage et l'union de fait, et d'aménager le régime juridique applicable à chacun des statuts conjugaux dans le respect des principes d'autonomie de la volonté et de liberté contractuelle.

• Union de fait

Recommandation n° 2.1.1 (p. 102)

Il est recommandé de maintenir la logique d'« opting in » qui prévaut en matière d'union de fait, en n'instaurant entre les conjoints de fait ni droit ni obligation mutuels auxquels ils n'auront pas formellement consenti, que ce soit par la signature d'un contrat d'union de fait ou de tout autre type d'arrangement contractuel.

Recommandation n° 2.1.2 (p. 104)

Il est recommandé d'intégrer au Livre deuxième sur la famille un chapitre complet sur l'union de fait comportant quatre sections : une première section identifiant les conditions de reconnaissance de l'union de fait, une seconde portant sur la preuve de l'union de fait, une troisième consacrant formellement le contrat d'union de fait et une quatrième établissant les règles relatives à la fin de l'union de fait.

Recommandation n° 2.1.2.1 (p. 104)

Il est recommandé de définir l'union de fait comme étant l'union de deux personnes qui font vie commune et qui se présentent publiquement comme un couple, sans égard à la durée de leur vie commune, ces personnes ne pouvant toutefois être un ascendant, un descendant, un frère ou une sœur l'une par rapport à l'autre.

Droit transitoire suggéré
Les conjoints faisant vie commune en union de fait lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle seront soumis aux nouvelles conditions de reconnaissance de l'union de fait (p. 227).

Recommandation n^{o} 2.1.2.2 (p. 105)

Il est recommandé que la preuve de l'union de fait puisse être faite par tous moyens et que la date qui en marque le début ou la fin puisse être notamment prouvée par une déclaration commune des conjoints ou par un avis de rupture notifié par l'un des conjoints à l'autre.

Si une controverse survient relativement à l'existence de la communauté de vie, il est recommandé que celle-ci soit présumée dès lors que les personnes cohabitent depuis au moins un an ou dès le moment où elles deviennent parents d'un même enfant.

Droit transitoire suggéré
Les conjoints faisant vie commune en union de fait lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle seront soumis aux nouvelles règles régissant la preuve de l'union de fait (p. 227).

Recommandation n^{o} 2.1.2.3 (p. 106)

Il est recommandé de faire du contrat d'union de fait un contrat nommé en bonne et due forme.

Sous réserve des formalités applicables aux dispositions spécifiques qu'il pourrait contenir, il est recommandé de ne pas soumettre le contrat d'union de fait à des conditions de forme particulière.

Droit transitoire suggéré
Les conjoints faisant vie commune en union de fait lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle seront soumis aux nouvelles règles consacrant formellement le contrat d'union de fait; ces règles ne changent toutefois en rien l'état du droit actuel (p. 227).

Recommandation n^{o} 2.1.2.4 (p. 107)

Il est recommandé d'identifier formellement les évènements qui entraînent la fin de l'union de fait, soit la cessation de la vie commune, le décès d'un conjoint, le mariage d'un conjoint avec un tiers et le mariage des conjoints entre eux, sous réserve, dans cette dernière hypothèse, du maintien de certains des effets de l'union de fait.

Droit transitoire suggéré
Les conjoints faisant vie commune en union de fait lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle seront soumis aux nouvelles règles régissant la fin de l'union de fait (p. 227).

Recommandation n^{o} 2.1.3 (p. 109)

Il est recommandé d'élargir au profit des conjoints de fait le droit à la prestation compensatoire dont peuvent actuellement se prévaloir les époux en vertu des articles 427 à 430 C.c.Q., en renommant la mesure « prestation compensatoire conjugale » (pour la distinguer de la « prestation compensatoire parentale ») (v. recommandation n^{o} 1.1.3).

Droit transitoire suggéré

Les conjoints faisant vie commune en union de fait lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle pourront se prévaloir des mesures régissant la prestation compensatoire conjugale. Il en est de même des conjoints de fait qui seront séparés lors de cet évènement, mais qui seront toujours dans les délais pour en revendiquer le versement (p. 227).

Recommandation n^{o} 2.1.4 (p. 112)

Dans le respect de la logique d'« opting in » que le Comité préconise en matière d'union de fait, il est recommandé de ne pas attribuer de vocation successorale aux conjoints de fait l'un à l'égard de l'autre, mais de leur conférer de leur vivant les mêmes privilèges que ceux dont bénéficient les époux en matière de donations à cause de mort, d'attributions préférentielles successorales et d'assurance-vie (insaisissabilité), aux mêmes conditions et suivant les mêmes modalités, compte tenu des adaptations nécessaires.

Droit transitoire suggéré

Le conjoint de fait survivant (qui hérite aux termes du testament du défunt) qui habitait dans la résidence familiale au moment du décès du défunt aura droit à une attribution préférentielle aux conditions prévues par la loi nouvelle, dans la mesure où le décès survient après son entrée en vigueur. L'assurance-vie stipulée par une personne en faveur de son conjoint de fait sera insaisissable dans la mesure où le décès de l'assuré survient après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. La fin de l'union de fait provoquée par une autre cause que le mariage des conjoints (entre eux) ou le décès de l'un d'eux entraînera la caducité de la désignation du conjoint de fait à titre de bénéficiaire dans la mesure où celle-ci survient après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle (p. 227-228).

Recommandation n^{o} 2.1.5 (p. 113)

Il est recommandé d'intégrer les conjoints de fait à l'article 2906 C.c.Q. afin que la prescription ne coure point entre eux, comme c'est déjà le cas entre époux (et conjoints unis civilement).

Droit transitoire suggéré

Tous les recours non prescrits lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle seront soumis à l'article 2906 C.c.Q., tel qu'élargi dans ses conditions d'application (p. 228).

- **Mariage**

Recommandation n° 2.1.6 (p. 116)

Il est recommandé d'instaurer en mariage un régime juridique basé sur une logique d'« opting out » au terme duquel les époux seront d'office soumis à l'application d'un cadre de droits et d'obligations mutuels, mais conserveront le pouvoir de s'en soustraire d'un commun accord, en tout ou en partie, avant ou pendant le mariage, au moyen d'un contrat de mariage, sous réserve des dispositions du « régime parental impératif » (v. recommandation n° 1.1).

Recommandation n° 2.1.6.1 (p. 118)

Conformément à la logique d'« opting out » que le Comité propose d'instituer en matière matrimoniale, il est recommandé de soumettre les époux à l'obligation de contribuer aux charges de la famille en proportion de leurs facultés respectives, à moins qu'ils en aient convenu autrement dans leur contrat de mariage, sous réserve, dans ce dernier cas, des dispositions du « régime parental impératif » qui pourraient s'appliquer à eux.

Droit transitoire suggéré
Pour autant qu'ils ne soient pas parties à une instance en divorce ou en séparation de corps, les couples mariés lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle pourront se prévaloir du nouveau droit de retrait par contrat de mariage (« opting out ») dès l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, sous réserve des dispositions du « régime parental impératif » qui pourraient s'appliquer à eux. (p. 225).

Recommandation n° 2.1.6.2 (p. 119)

Conformément à la logique d'« opting out » que le Comité propose d'instituer en matière matrimoniale, il est recommandé de soumettre les époux aux mesures de protection et d'attribution de la résidence familiale, à moins qu'ils en aient convenu autrement dans leur contrat de mariage, sous réserve, dans ce dernier cas, des dispositions du « régime parental impératif » qui pourraient s'appliquer à eux.

Droit transitoire suggéré
Pour autant qu'ils ne soient pas parties à une instance en divorce ou en séparation de corps, les couples mariés lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle pourront se prévaloir du nouveau droit de retrait par contrat de mariage (« opting out ») dès l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, sous réserve des dispositions du « régime parental impératif » qui pourraient s'appliquer à eux (p. 225).

Recommandation n^{o} 2.1.6.3 (p. 123)

Conformément à la logique d'« opting out » que le Comité propose d'instituer en matière matrimoniale, il est recommandé d'assortir tout régime de partage de biens entre époux d'un droit de retrait par contrat de mariage.

Dans cette perspective, il est également recommandé de faire du patrimoine familial le régime matrimonial d'application supplétive et, incidemment, de reléguer la société d'acquêts au rang des régimes dits conventionnels.

Il est en outre recommandé de remplacer l'appellation « régime matrimonial » par « régime patrimonial conjugal ».

Droit transitoire suggéré

Pour autant qu'ils ne soient pas parties à une instance en divorce ou en séparation de corps, les couples mariés lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle pourront, dès cet évènement, se prévaloir du nouveau droit de retrait par contrat de mariage (« opting out ») pour se soustraire conventionnellement au patrimoine familial. Les couples mariés avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle sous le régime légal de la société d'acquêts y demeureront assujettis. Comme c'est le cas actuellement, ils pourront toutefois s'en soustraire par contrat de mariage (p. 225).

Recommandation n^{o} 2.1.7 (p. 124)

Il est recommandé de maintenir les dispositions portant sur la prestation compensatoire dont peuvent actuellement se prévaloir les époux en vertu des articles 427 à 430 C.c.Q., en renommant la mesure « prestation compensatoire conjugale » (pour la distinguer de la « prestation compensatoire parentale »), laquelle sera également applicable aux conjoints de fait (v. recommandation n^{o} 2.1.3).

Droit transitoire suggéré

Pour autant qu'ils ne soient pas parties à une instance en divorce ou en séparation de corps, les couples mariés avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle pourront se prévaloir des nouvelles modalités de la prestation compensatoire conjugale, en remplacement des dispositions actuellement prévues aux articles 427 à 430 C.c.Q. (p. 226).

Recommandation n^{o} 2.1.8 (p. 126)

Par souci d'harmonisation avec le droit fédéral, il est recommandé de maintenir une obligation alimentaire entre les époux, mais d'inviter le gouvernement du Québec à entreprendre un dialogue avec les autorités fédérales afin de récupérer toute compétence législative en matière de mariage et de divorce.

Recommandation n^{o} 2.1.9 (p. 127)

Par souci d'harmonisation avec le droit fédéral, il est recommandé de maintenir dans le Code civil les devoirs matrimoniaux de nature morale que sont les devoirs d'assistance, de respect et de fidélité, mais d'inviter le gouvernement du Québec à entreprendre un dialogue avec les autorités fédérales afin de récupérer toute compétence législative en matière de mariage et de divorce.

Recommandation n^{o} 2.1.10 (p. 129)

Il est recommandé que soit abrogé le mandat présumé entre époux et, incidemment, le principe de responsabilité solidaire à l'égard des dettes du ménage.

Droit transitoire suggéré

Les couples mariés avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle ne seront plus soumis à la règle relative au mandat présumé pour les actes accomplis après cet évènement. En outre, ils « bénéficieront » de l'abrogation du recours solidaire du tiers cocontractant, dans la mesure où la dette contractée à son endroit l'a été après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle (p. 226).

Recommandation n^{o} 2.1.11 (p. 131)

Il est recommandé que la règle établissant que chaque époux conserve en mariage son nom de naissance soit non seulement conservée, mais qu'elle soit également reformulée de manière à s'appliquer à l'ensemble des relations conjugales.

Afin d'éviter tout détournement de la règle, il est aussi recommandé d'interdire l'attribution du nom du conjoint ou de la conjointe par voie de changement de nom pour cause d'usage.

Droit transitoire suggéré

La règle relative à la conservation des noms s'appliquera dès l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, sans toutefois changer quoi que ce soit au droit actuel, tant en mariage qu'en union de fait. La restriction apportée aux demandes de changement de nom s'appliquera dès l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, sauf à l'égard de ceux qui auront entamé leurs démarches administratives en changement de nom avant cet événement (p. 226).

Recommandation n^{o} 2.1.12 (p. 132)

Il est recommandé de maintenir la forme notariée en minute du contrat de mariage.

Recommandation n^{o} 2.1.13 (p. 134)

Il est recommandé d'abolir la possibilité qu'ont actuellement les époux de stipuler une donation à cause de mort à titre irrévocable.

Il est également recommandé de remplacer la présomption d'irrévocabilité applicable à la désignation du conjoint à titre de bénéficiaire d'une police d'assurance-vie par une présomption de révocabilité.

Droit transitoire suggéré

Les couples mariés avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle ne pourront plus se consentir des donations à cause de mort à titre irrévocable par contrat de mariage à compter de cet évènement. Toutefois, les donations à titre irrévocable dont ils auront pu convenir avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle demeureront valables, même si leur exécution survient après cet évènement. Les couples mariés avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle seront soumis à la nouvelle présomption de révocabilité en matière d'assurance-vie pour toute désignation de bénéficiaire effectuée après cet évènement; les désignations effectuées avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle demeureront quant à elles soumises à la présomption d'irrévocabilité actuellement applicable (p. 226).

Recommandation n^{o} 2.1.14 (p. 135)

Il est recommandé d'imposer au célébrant du mariage l'obligation d'obtenir des futurs époux une attestation délivrée par un notaire ou un avocat confirmant qu'ils ont été informés des droits et obligations résultant du mariage, à moins que, lui-même juge, notaire ou avocat, le célébrant se charge de fournir aux futurs époux l'information pertinente.

Recommandation n^{o} 2.1.15 (p. 136)

Dans un souci de lutte contre le phénomène des mariages forcés, il est recommandé d'interdire la célébration d'un mariage par un célébrant parent en ligne directe ou en ligne collatérale au deuxième degré de l'un des futurs époux.

Recommandation n^{o} 2.1.16 (p. 137)

Il est recommandé que la « séparation de corps » soit renommée « séparation judiciaire des époux ».

- **Union civile**

Recommandation n^{o} 2.1.17 (p. 138)

Il est recommandé d'abroger l'institution de l'union civile, sous réserve des dispositions transitoires qui en maintiendront les effets entre les conjoints unis civilement lors de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi.

Droit transitoire suggéré
Les conjoints unis civilement avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle demeureront régis par l'union civile. Les dispositions des articles 521.1 et suiv. C.c.Q. demeureront donc en vigueur à leur égard. Les règles de droit transitoire applicables au mariage s'appliqueront aux conjoints unis civilement, compte tenu des adaptations nécessaires (p. 228).

Filiation

Recommandation n° 3.1 (p. 141)

Disposition générale

Il est recommandé de reformuler le principe d'égalité des filiations actuellement énoncé à l'article 522 C.c.Q. de manière à proclamer non plus seulement l'égalité des enfants face aux droits et obligations que leur confère leur filiation (une fois établie), mais également leur égalité face à l'établissement de leur filiation, sans autre considération.

• Filiation dite par le sang

Recommandation n° 3.2 (p. 143)

Il est recommandé de remplacer le nom actuel du chapitre premier « De la filiation par le sang » par un nom plus représentatif des dispositions qui y sont contenues, tant dans leur portée que dans leur fondement, soit « De la filiation de l'enfant né d'une procréation naturelle ».

Recommandation n° 3.3 (p. 144)

Il est recommandé d'appréhender sous l'angle des « modes d'établissement » de la filiation dite par le sang ce que le législateur désigne actuellement sous le nom de « preuves de filiation ».

Recommandation n° 3.4 (p. 144)

Il est recommandé de consacrer en toutes lettres le fondement et le mode d'établissement de la filiation maternelle de l'enfant issu d'une procréation naturelle que constitue l'accouchement.

Recommandation n° 3.5 (p. 145)

Il est recommandé de consacrer en toutes lettres les modes d'établissement de la filiation paternelle de l'enfant issu d'une procréation naturelle que constituent la reconnaissance formelle de paternité (dans la déclaration de naissance) et la possession constante d'état.

Recommandation n° 3.6 (p. 147)

Il est recommandé de préciser le point de départ et la durée minimale de la possession constante d'état, d'abandonner le critère de réputation ou commune renommée dont elle est actuellement assortie et d'en circonscrire l'application à la seule filiation paternelle.

Droit transitoire suggéré

La nouvelle définition de la possession constante d'état s'appliquera à tous les enfants, qu'ils soient nés avant ou après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, à l'exception de ceux dont la filiation est réclamée ou contestée en justice dans le cadre d'une action introduite avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle (p. 228).

Recommandation n° 3.7 (p. 150)

N'ayant pu s'entendre sur la voie à privilégier, le Comité ne formule pas de recommandation précise quant à la présomption de paternité, si ce n'est qu'elle devrait être étendue aux conjoints de fait dans la mesure où son maintien était jugé pertinent.

Droit transitoire suggéré

Si, en vertu de la décision qu'aura prise le législateur, la présomption de paternité est non seulement maintenue à l'égard de l'époux, mais également étendue au conjoint de fait, seuls les enfants conçus en union de fait après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle pourront en bénéficier (tout comme les enfants conçus ou nés durant le mariage, avant ou après cet évènement). Si, au contraire, le législateur décide d'abroger purement et simplement la présomption de paternité applicable en mariage, les enfants conçus en mariage avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle profiteront de la présomption de paternité, même si leur naissance a lieu après cet évènement. En revanche, les enfants conçus en mariage après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle ne pourront en revendiquer l'application (p. 229).

Recommandation n° 3.8 (p. 151)

Il est recommandé d'exclure la reconnaissance volontaire présentement prévue aux articles 526 à 529 C.c.Q. des modes d'établissement non judiciaires de la filiation actuellement dite par le sang, s'agissant plutôt d'un simple commencement de preuve susceptible d'être utilisé dans le cadre d'une action judiciaire.

Recommandation n° 3.9 (p. 153)

Il est recommandé de reformuler le « verrou de filiation » que constituent l'acte de naissance et la possession constante d'état, tel qu'actuellement énoncé à l'article 530 C.c.Q., en se référant non plus à l'acte de naissance, mais à la reconnaissance formelle de paternité et, incidemment, en en limitant l'application à la seule filiation paternelle.

Droit transitoire suggéré

La nouvelle définition du « verrou de filiation » s'appliquera à tous les enfants, qu'ils soient nés avant ou après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, à l'exception de ceux dont la filiation est réclamée ou contestée en justice dans le cadre d'une action introduite avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle (p. 228).

Recommandation n° 3.10 (p. 154)

S'il était décidé de maintenir la présomption de paternité (et de l'étendre aux conjoints de fait), il est recommandé d'uniformiser l'ensemble des actions visant à contester la filiation actuellement dite par le sang, sans égard au mode d'établissement sollicité.

Droit transitoire suggéré
Si, en vertu de la décision qu'aura prise le législateur, la présomption de paternité est non seulement maintenue à l'égard de l'époux, mais également étendue au conjoint de fait, les nouvelles règles uniformisées en matière de contestation d'état trouveront application à l'égard des actions introduites après leur entrée en vigueur (pour autant qu'elles ne soient pas prescrites lors de cet évènement) (p. 229).

Recommandation n° 3.11 (p. 154)

Il est recommandé de rendre imprescriptibles les actions en réclamation et/ou en contestation de la filiation actuellement dite par le sang, mais de reconduire les délais de déchéance imposés aux héritiers de l'enfant ou d'un parent, compte tenu des adaptations nécessaires.

Droit transitoire suggéré
Les actions en réclamation et/ou en contestation de la filiation non prescrites avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle deviendront, dès cet évènement, imprescriptibles (p. 229).

- **Filiation de l'enfant né d'une procréation assistée « classique »**

Recommandation n° 3.12 (p. 158)

Aux fins du cadre juridique régissant la procréation assistée dite classique, il est recommandé de préciser la nécessité pour le tiers dont l'assistance est requise de connaître la nature de sa contribution au projet parental d'autrui.

Il est en outre recommandé de ne pas imposer de conditions de forme particulières au projet parental.

Recommandation n° 3.13 (p. 159)

Il est recommandé de consacrer en toutes lettres le fondement et le mode d'établissement de la filiation maternelle de l'enfant issu d'une procréation assistée dite classique que constitue l'accouchement.

Recommandation n° 3.14 (p. 160)

Il est recommandé de consacrer en toutes lettres les modes d'établissement de la seconde filiation de l'enfant issu d'une procréation assistée dite classique que constituent la reconnaissance formelle de parenté (dans la déclaration de naissance) et la possession constante d'état.

Recommandation n° 3.15 (p. 160)

Il est recommandé d'appliquer en matière de procréation assistée dite classique les précisions et modifications suggérées à la possession d'état en matière de filiation dite par le sang (v. recommandation n° 3.6).

Droit transitoire suggéré
La nouvelle définition de la possession constante d'état s'appliquera à tous les enfants, qu'ils soient nés avant ou après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, à l'exception de ceux dont la filiation est réclamée ou contestée en justice dans le cadre d'une action introduite avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle (p. 229).

Recommandation n° 3.16 (p. 161)

Il est recommandé d'abroger la présomption de parenté comme mode d'établissement de la filiation de l'enfant issu d'une procréation assistée dite classique.

Droit transitoire suggéré
Les enfants conçus en mariage avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle profiteront de la présomption de parenté, même si leur naissance a lieu après cet évenement. En revanche, les enfants conçus en mariage après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle ne pourront en revendiquer l'application (p. 230).

Recommandation n° 3.17 (p. 163)

Il est recommandé de permettre l'établissement judiciaire de la filiation de l'enfant issu d'une procréation assistée dite classique sur la base du projet parental, sans égard au statut conjugal des parties au projet parental; incidemment, il est recommandé d'abroger l'actuel article 540 C.c.Q.

Il est également recommandé de reconduire en matière de procréation assistée dite classique le « verrou de filiation » découlant de l'application de l'article 530 C.c.Q., tel que reformulé au terme de la recommandation n° 3.9.

Il est enfin recommandé d'affirmer le droit de tous les enfants issus d'une même grossesse de réclamer leur seconde filiation en justice sur la base du projet parental, nonobstant la volonté du conjoint ou de la conjointe de limiter le projet parental à un seul enfant.

Droit transitoire suggéré
Les enfants dont la seconde filiation avec le conjoint ou la conjointe de leur mère (partie au projet parental) n'est pas établie lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, pourront revendiquer l'établissement de cette filiation sur la base du projet parental, que ce conjoint ou cette conjointe soit ou non marié(e) avec la mère de l'enfant. La nouvelle définition du « verrou de filiation » de l'actuel article 530 C.c.Q. s'appliquera à tous les enfants issus d'une procréation assistée, qu'ils soient nés avant ou après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, à l'exception de ceux dont la filiation est réclamée ou contestée en justice dans le cadre d'une action introduite avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle (p. 230).

Recommandation n° 3.18 (p. 164)

Il est recommandé d'appliquer en matière de procréation assistée dite classique l'ensemble des règles de preuve et de procédure que le Comité propose d'instaurer pour régir les actions en contestation et en réclamation d'état de l'enfant issu d'une procréation naturelle, compte tenu des adaptations nécessaires.

Recommandation n° 3.19 (p. 165)

Aux fins du cadre juridique régissant la procréation assistée dite classique, il est recommandé d'interdire toute action visant à établir une filiation entre l'enfant et l'auteur de l'apport des forces génétiques au projet parental d'autrui, peu importe la forme qu'aura empruntée son assistance à la procréation.

Droit transitoire suggéré
La nouvelle règle ne sera applicable que dans la mesure où le projet parental a été conclu après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle (p. 230).

Recommandation n° 3.20 (p. 166)

Il est recommandé de maintenir la règle actuelle qui limite à deux le nombre de parents qu'un enfant peut avoir, que ce soit en matière de procréation assistée ou en toute autre matière.

- **Filiation de l'enfant né d'une procréation assistée impliquant le recours à une mère porteuse**

Recommandation n° 3.21 (p. 171)

Dans le respect du principe de l'intérêt de l'enfant et du droit des femmes à la dignité et à la libre disposition de leur corps, il est recommandé d'instituer un cadre juridique spécifique permettant de reconnaître des effets au projet parental impliquant le recours à une mère porteuse.

Recommandation n° 3.21.1 (p. 174)

Aux fins du cadre juridique applicable au projet parental impliquant le recours à une mère porteuse, il est recommandé d'instituer une première voie procédurale administrative qui, en raison des garanties dont elle sera assortie, permettra au directeur de l'état civil de procéder, après la naissance de l'enfant, à l'inscription de sa filiation avec les parents d'intention, du consentement de toutes les parties.

Plus spécifiquement, il est recommandé que la voie administrative ne trouve application que dans la mesure où :

A. Les parents d'intention et la mère porteuse ont bénéficié des conseils d'un notaire et le projet parental a été consigné par acte notarié avant la conception de l'enfant;

B. Les parents d'intention et la mère porteuse ont rencontré individuellement un professionnel du centre jeunesse (ou dûment mandaté par l'institution) aux fins d'obtenir l'éclairage nécessaire sur les conséquences psychosociales du projet parental convenu et sur les questions éthiques qu'il implique.

Recommandation n^{o} 3.21.1.1 (p. 177)

Dans le cadre de la voie administrative, il est recommandé d'instituer des règles qui, pour l'essentiel :

A. Autoriseront la mère porteuse à remettre l'enfant aux parents d'intention dès après sa naissance dans le but de leur transférer l'autorité parentale, cette remise devant être constatée par écrit devant deux témoins ou par acte notarié;

B. Autoriseront la mère porteuse et les parents d'intention à signer volontairement une déclaration commune de naissance dans les 30 jours de la naissance à l'intention du directeur de l'état civil aux fins de permettre l'établissement de la filiation de l'enfant avec ces derniers;

C. Permettront à la mère porteuse de rétracter son consentement à la remise de l'enfant et à l'établissement de sa filiation avec les parents d'intention dans les 30 jours de la naissance, provoquant ainsi la caducité du projet parental;

D. Reconnaîtront la responsabilité des parents d'intention ou du parent d'intention qui auront provoqué la caducité du projet parental en refusant d'y donner suite après la naissance, cette responsabilité jouant tant à l'égard de l'enfant que de la mère porteuse;

E. Permettront la finalisation du projet parental sur la base du consentement de la mère porteuse et d'un seul parent d'intention, en dépit du refus de l'autre parent d'intention initialement partie au projet parental, la responsabilité de ce dernier étant toutefois engagée à l'égard de l'enfant et de l'autre parent d'intention;

F. Élimineront l'application de la voie administrative au profit de la voie judiciaire dans la mesure où la mère porteuse devient inapte ou disparaît avant d'avoir pu manifester sa volonté; (v. recommandation n^{o} 3.21.2)

G. Permettront d'assimiler à un refus l'incapacité factuelle ou juridique des parents d'intention ou de l'un d'eux de donner suite au projet parental;

H. En cas de caducité du projet parental, permettront d'appliquer par défaut les règles relatives à la filiation de l'enfant né d'une procréation naturelle.

Droit transitoire suggéré
Les nouvelles règles permettant l'établissement de la filiation de l'enfant né d'une mère porteuse avec les parents d'intention par la voie administrative s'appliqueront aux projets parentaux conclus après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle; elles s'appliqueront également aux projets parentaux conclus avant cet évènement, dans la mesure où toutes les conditions d'application de la voie administrative sont satisfaites (p. 231).

Recommandation n^{o} 3.21.2 (p. 179)

Aux fins du cadre juridique applicable au projet parental impliquant le recours à une mère porteuse, il est recommandé d'instituer une voie procédurale judiciaire subsidiaire à la voie administrative qui permettra au tribunal, du consentement de la mère porteuse et des parents d'intention ou de l'un d'eux, de prononcer après la naissance de l'enfant la substitution de la filiation en faveur du ou des parents d'intention, pour autant que la preuve du projet parental et de son antériorité par rapport à la conception de l'enfant lui soit apportée, par tous moyens.

Recommandation n^{o} 3.21.2.1 (p. 181)

Dans le cadre de la voie judiciaire, il est recommandé d'instituer des règles qui, pour l'essentiel :

A. Autoriseront la mère porteuse et les parents d'intention ou l'un d'eux à s'adresser au tribunal dans les 60 jours de la naissance pour lui demander de faire en sorte que la filiation de l'enfant avec les parents d'intention soit substituée à celle de la mère porteuse;

B. Reconnaîtront la responsabilité des parents d'intention ou du parent d'intention qui auront provoqué la caducité du projet parental en refusant d'y donner suite après la naissance, cette responsabilité jouant tant à l'égard de l'enfant que de la mère porteuse;

C. Permettront la finalisation du projet parental sur la base du consentement de la mère porteuse et d'un seul parent d'intention, en dépit du refus de l'autre parent d'intention initialement partie au projet parental, la responsabilité de ce dernier étant toutefois engagée à l'égard de l'enfant et de l'autre parent d'intention;

D. Permettront au tribunal de rendre la décision qu'il estimera la plus favorable à l'enfant dans le cas où la mère porteuse décède, devient inapte ou disparaît avant d'avoir pu opposer son refus ou exprimer sa volonté;

E. Permettront d'assimiler à un refus l'incapacité factuelle ou juridique des parents d'intention ou de l'un d'eux de donner suite au projet parental;

F. En cas de caducité du projet parental, permettront d'appliquer par défaut les règles relatives à la filiation de l'enfant né d'une procréation naturelle.

Droit transitoire suggéré
Les nouvelles règles permettant l'établissement de la filiation de l'enfant né d'une mère porteuse avec les parents d'intention par la voie judiciaire s'appliqueront aux projets parentaux conclus après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle; elle s'appliqueront également aux projets parentaux conclus avant cet évènement, dans la mesure où toutes les conditions d'application de la voie judiciaire sont satisfaites et que la demande au tribunal est présentée dans les 60 jours de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle (p. 281).

Recommandation n^{o} 3.21.3 (p. 183)

Aux fins des règles d'établissement de la filiation de l'enfant né des suites d'un projet parental impliquant le recours à une mère porteuse, il est recommandé d'établir l'âge minimal de la mère porteuse et des parents d'intention à l'âge de la majorité.

Recommandation n^{o} 3.21.4 (p. 183)

Aux fins des règles d'établissement de la filiation de l'enfant né des suites d'un projet parental impliquant le recours à une mère porteuse, il est recommandé de ne pas établir de distinctions fondées sur l'apport ou non de son propre ovocyte par la mère porteuse.

Recommandation n^{o} 3.21.5 (p. 184)

Aux fins des règles d'établissement de la filiation de l'enfant né des suites d'un projet parental impliquant le recours à une mère porteuse, il est recommandé de ne pas exiger que la mère porteuse soit soumise à l'obligation de justifier d'une expérience de grossesse et de naissance antérieure.

Recommandation n^{o} 3.21.6 (p. 184)

Aux fins des règles d'établissement de la filiation de l'enfant né des suites d'un projet parental impliquant le recours à une mère porteuse, il est recommandé de ne pas imposer de conditions relatives à l'existence ou à l'absence de liens de parenté entre la mère porteuse et les parents d'intention.

Recommandation n^{o} 3.21.7 (p. 185)

Aux fins des règles d'établissement de la filiation de l'enfant né des suites d'un projet parental impliquant le recours à une mère porteuse, il est recommandé de ne pas proposer de dispositions concernant le nombre de contributions qu'une femme peut apporter à titre de mère porteuse.

Recommandation n^{o} 3.21.8 (p. 186)

Aux fins des règles d'établissement de la filiation de l'enfant né des suites d'un projet parental impliquant le recours à une mère porteuse, il est recommandé de ne pas faire de distinction en fonction du fait que les parents d'intention fournissent ou non leurs propres gamètes.

Recommandation n^{o} 3.21.9 (p. 186)

Aux fins des règles d'établissement de la filiation de l'enfant né des suites d'un projet parental impliquant le recours à une mère porteuse, il est recommandé de ne pas séparer la fratrie résultant d'une grossesse multiple.

Recommandation n^{o} 3.21.10 (p. 188)

Aux fins des règles d'établissement de la filiation de l'enfant né des suites d'un projet parental impliquant le recours à une mère porteuse, il est recommandé de ne pas soumettre les parents d'intention à une évaluation préalable de leurs capacités parentales.

- **Preuve de la filiation**

Recommandation n^{o} 3.32 (p. 190)

Il est recommandé d'appréhender l'acte de naissance en tant que mode de preuve usuel de la filiation, quel qu'en soit le type, et de lui consacrer en conséquence un chapitre distinct.

- **Connaissance des origines**

Recommandation n^{o} 3.33 (p. 195)

Il est recommandé de consacrer dans la Charte québécoise des droits et libertés le « droit de toute personne à la connaissance de ses origines », et d'en préciser la portée dans le Code civil au Titre portant sur les « droits de la personnalité ».

Recommandation n^{o} 3.33.1 (p.197)

Dans le cadre du régime juridique régissant le nouveau droit de l'enfant à la connaissance de ses origines, il est recommandé d'établir dans le Code civil le principe suivant lequel il appartient aux parents de l'enfant de lui transmettre l'ensemble des données lui permettant de connaître ses origines, de même que le droit de l'enfant d'obtenir communication de tout renseignement personnel lié à ses origines auprès des organismes ou instances, publics ou privés, qui en seraient dépositaires d'une manière ou d'une autre.

Recommandation n^{o} 3.33.2 (p. 198)

Dans le cadre du régime juridique régissant le nouveau droit de l'enfant à la connaissance de ses origines, il est recommandé d'autoriser le majeur et le mineur de 14 ans ou plus à exercer seuls leurs droits, et de subordonner l'exercice du droit du mineur de moins de 14 ans à l'accord du titulaire de l'autorité parentale.

Recommandation n^{o} 3.33.3 (p. 199)

Dans le cadre du régime juridique régissant le nouveau droit de l'enfant à la connaissance de ses origines, il est recommandé d'accorder aux parents d'origine, au donneur de gamètes et à la mère porteuse le droit d'inscrire un veto de contact auprès des autorités compétentes afin que l'enfant ne puisse entrer en communication avec eux.

Recommandation n^{o} 3.33.4 (p. 200)

Dans le cadre du régime juridique régissant le nouveau droit de l'enfant à la connaissance de ses origines, il est recommandé de reconnaître aux parents d'origine (en matière d'adoption), mais non au donneur (en matière de procréation médicalement assistée), le droit d'obtenir les renseignements personnels relatifs à l'enfant devenu majeur et, éventuellement, de prendre contact avec lui, sous réserve du veto de contact que ce dernier pourra inscrire auprès des autorités compétentes afin qu'ils ne puissent entrer en communication avec lui.

Recommandation n^{o} 3.33.5 (p. 201)

Dans le cadre du régime juridique régissant le nouveau droit de l'enfant à la connaissance de ses origines, il est recommandé d'analyser la faisabilité d'une mesure qui permettrait aux enfants nés d'une procréation médicalement assistée avant l'entrée en vigueur d'une éventuelle réforme, le droit d'obtenir communication des renseignements personnels contenus à leur dossier, selon les conditions et modalités que le projet de loi 47 prévoyait à l'égard des adoptions du passé.

Autorité parentale et obligation alimentaire

- **Statut du beau-parent**

Recommandation n^{o} 4.1 (p. 208)

Il est recommandé de préciser le caractère spécial (par opposition à global), temporaire et révocable de la délégation des attributs de l'autorité parentale que prévoit l'actuel article 601 C.c.Q.

Recommandation n^{o} 4.2 (p. 210)

Il est recommandé de permettre au parent qui exerce seul de droit son autorité parentale de convenir, sous contrôle judiciaire, d'un partage d'autorité parentale avec son conjoint, le Comité réservant son analyse des conditions et modalités dont devrait faire l'objet le partage en raison des travaux gouvernementaux actuellement en cours sur le sujet.

Droit transitoire suggéré
La nouvelle règle sera applicable dès l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, dans la mesure où toutes les conditions du partage sont satisfaites (p. 231).

Recommandation n° 4.3 (p. 214)

Il est recommandé d'imposer au beau-parent de remplacement qui a agi *in loco parentis* à l'égard de l'enfant de son conjoint, marié ou non, une obligation alimentaire au profit de cet enfant; incidemment, il est recommandé de lui permettre d'en revendiquer la garde, aux mêmes conditions que celles qui s'appliquent au parent.

Droit transitoire suggéré
La nouvelle règle sera applicable dès l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, même si les agissements qui donnent lieu à son application se sont déroulés avant cet évènement (p. 231-232).

Recommandation n° 4.4 (p. 215)

Il est recommandé de conférer à celui ou à celle qui se voit accorder la garde exclusive ou partagée de l'enfant en sa qualité de beau-parent de remplacement ayant agi *in loco parentis,* l'exercice de l'autorité parentale sur l'enfant, à moins que le tribunal ne décide du contraire sur la base de l'intérêt de l'enfant.

Droit transitoire suggéré
La nouvelle règle sera applicable dès l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, même si les agissements qui donnent lieu à son application se sont déroulés avant cet évènement (p. 231-232).

Recommandation n° 4.5 (p. 216)

Il est recommandé de reconnaître à l'enfant le droit d'entretenir des relations personnelles avec le (la) conjoint(e) ou l'ex-conjoint(e) de son parent afin de maintenir les liens significatifs qui l'unissent à lui ou à elle, à moins que son intérêt y fasse obstacle; il est également recommandé de reformuler la présomption de l'article 611 C.c.Q. dont bénéficient actuellement les grands-parents de manière à en faire un droit de l'enfant subordonné au principe de l'intérêt de l'enfant.

Droit transitoire suggéré
La nouvelle règle sera applicable dès l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, même si les liens significatifs qui donnent lieu à son application (à l'égard du conjoint ou de la conjointe) se sont tissés avant cet évènement. Les demandes d'accès ou de maintien aux relations personnelles introduites par les grands-parents avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle resteront toutefois soumises au droit actuel (art. 611 C.c.Q.) (p. 232).

Recommandation n° 4.6 (p. 216)

Il est recommandé que soit assujettie aux mesures de protection et d'attribution de la résidence familiale la personne qui agit *in loco parentis* auprès de l'enfant à charge de son conjoint (avec qui il fait vie commune en mariage ou en union de fait), mais seulement durant la période pendant laquelle l'enfant habite la résidence familiale, sous réserve des règles applicables en mariage, s'il y a lieu.

Droit transitoire suggéré
Les nouvelles règles seront applicables dès l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, même si les agissements qui permettent d'attribuer au conjoint du parent le statut in loco parentis se sont déroulés avant cet évènement (p. 232).

- **Punition corporelle**

Recommandation n° 4.7 (p. 221)

Il est recommandé d'interdire formellement aux parents, de même qu'à toute autre personne exerçant l'autorité parentale, d'infliger à l'enfant des punitions corporelles.

Droit transitoire

Recommandation n° 5.1 (p. 224)

Il est recommandé d'élaborer les règles de droit transitoire accessoires à la réforme proposée dans le respect des principes de la non-rétroactivité et de l'effet immédiat de la loi nouvelle, sauf exceptions spécifiques.

Mesures informatives

Recommandation n° 6.1 (p. 235)

Il est recommandé que le gouvernement se dote d'une véritable politique de diffusion du droit de la famille afin que les justiciables soient efficacement informés des règles qui les concernent, non seulement à court et moyen termes, mais également à long terme.

Table de la législation

Textes préconfédératifs

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

Acte de Québec de 1774 (An act for making more effectual provision for the government of the province of Quebec in North America), R.-U., 14 Geo. III, c. 83.

Acte pour expliquer et amender la Loi concernant les Testaments et Ordonnances de dernière volonté, 41 Geo. III, c. 4.

Acte pour pourvoir à la codification des lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles et à la procédure, S.P.C. 1857, c. 43.

Textes constitutionnels

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

Loi constitutionnelle de 1982, annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada, 1982, c. 11 (R.-U.).

Textes fédéraux

- **Lois**

Acte pour expliquer et amender la Loi concernant les Testaments et Ordonnances de dernière volonté, 41 Geo. III, c. 4.

Code criminel, L.R.C. (1985), c. C-46.

Loi concernant certaines conditions de fond du mariage civil, L.C. 2005, c. 33.

Loi concernant l'adoption, 14 Geo. V, 1924, c. 75.

Loi concernant le divorce, S.C. 1967-68, c. 24.

Loi concernant le droit interdisant le mariage entre personnes apparentées, L.C. 1990, c. 46.

Loi concernant le mariage, S.R.C. 1970, c. M-5.

Loi de 2001 sur la marine marchande du Canada, L.C. 2001, c. 26.

Loi visant à harmoniser le droit fédéral avec le droit civil de la province de Québec et modifiant certaines lois pour que chaque version linguistique tienne compte du droit civil et de la common law (Loi d'harmonisation), L.C. 2001, c. 4.

Loi sur l'emploi, la croissance et la prospérité durable, L.C. 2012, c. 19.

Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations, L.C. 2000, c. 12.

Loi sur la pension de la fonction publique, L.R.C. 1985, c. P-36.

Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. 1985, c. R-11.

Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes, L.R.C. 1985, c. C-17.

Loi sur la pension de retraite des lieutenant-gouverneurs, L.R.C. 1985, c. L-8.

Loi sur la pension spéciale du service diplomatique, L.R.C. 1985, c. D-2.

Loi sur la procréation assistée, L.C. 2004, c. 2.

Loi sur la sécurité de la vieillesse, L.R.C. 1985, c. 0-9.

Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, c. 3 (2e supp.).

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

Loi sur le mariage (degrés prohibés), L.C. 1990, c. 46.

Loi sur les pensions, L.R.C. 1985, c. P-6.

- **Règlements**

Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants, DORS/1997-175 (Gaz. Can. II.

- **Projets de loi**

Loi modifiant la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, la Loi sur le mariage civil, le Code criminel et d'autres lois en conséquence, Projet de loi no S-7 (1re lecture au Sénat – 5 novembre 2014), 1re sess., 41e légis. (Can.).

Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur le ministère de la Santé (sécurité de l'enfant), projet de loi no C-368 (Dépôt et 1re lecture – 11 mars 1998), 1re sess., 36e légis. (Can.), (député Ianno).

Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur le ministère de la Santé (sécurité de l'enfant), projet de loi no S-14 (Dépôt et 1re lecture – 12 décembre 1996), 2e sess., 35e légis. (Can.), (sénatrice Carstairs).

Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants contre la violence éducative ordinaire), projet de loi n° S-206 (Dépôt et 1re lecture – 29 Octobre 2013), 2e sess., 41e légis. (Can.), (sénatrice Hervieux-Payette).

Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants), projet de loi n° C-276 (Dépôt et 1re lecture – 5 novembre 1997), 1re sess., 36e légis. (Can.), (députée Davies).

Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants), projet de loi n° C-305 (Dépôt et 1re lecture – 12 juin 1996), 2e sess., 35e légis. (Can.), (député Robinson).

Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants), projet de loi n° C-329 (Dépôt et 1re lecture – 4 avril 2001), 1re sess., 37e légis. (Can.), (députée Davies).

Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants), projet de loi n° S-207 (Dépôt et 1re lecture – 5 avril 2006), 1re sess., 39e légis. (Can.), (sénatrice Hervieux-Payette).

Loi modifiant le Code Criminel (protection des enfants), projet de loi n° S-209 (Dépôt et 1re lecture – 27 janvier 2009), 2e sess., 39e légis. (Can.), (sénatrice Hervieux-Payette).

Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants), projet de loi n° S-21 (Dépôt et 1re lecture – 2 décembre 2004), 1re sess., 38e légis. (Can.), (sénatrice Hervieux-Payette).

Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants), projet de loi n° S-214 (Dépôt et 1re lecture – 7 novembre 2012), 1re sess., 41e légis. (Can.), (sénatrice Hervieux-Payette).

- **Autres**

Loi uniforme de 2010 sur le statut de l'enfant, Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, Lois uniformes courantes.

Textes québécois

- **Lois**

Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12.

Code civil du Québec, L.Q. 1991, c. 64.

Code de procédure civile, RLRQ, c. C-25.

Loi amendant l'article 1301 du Code civil, relativement à la capacité juridique de la femme mariée de faire certains contrats, S.Q. 1904, c. 42.

Loi amendant le Code civil relativement aux successions, S.Q. 1915, c. 74.

Loi concernant la révision du Code civil, S.Q. 1955, c. 47.

Loi concernant le mariage civil, S.Q. 1968, c. 82.

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

Loi d'interprétation, RLRQ, c. I-16.

Loi facilitant le paiement des pensions alimentaires, L.Q. 1995, c. P-2.2.

Loi favorisant l'accès à la justice en matière familiale, L.Q. 2012, c. 20.

Loi instituant au Code de procédure civile la médiation préalable en matière familiale et modifiant d'autres dispositions de ce code, L.Q. 1997, c. 42.

Loi instituant la Régie du logement et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives, L.Q. 1979, c. 48.

Loi instituant le Code civil du Québec et portant réforme du droit de la famille, L.Q. 1980, c. 89.

Loi instituant le Fond Accès Justice, L.Q. 2012, c. 3.

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

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

Loi instituant un nouveau Code de procédure civile, L.Q. 2014, c. 1.

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

Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant les conjoints de fait, L.Q. 1999, c. 14 .

Loi modifiant la Loi de l'adoption, S.Q. 1959-60, c. 65.

Loi modifiant la Loi sur l'instruction publique, L.Q. 1997, c. 96.

Loi modifiant la Loi sur la Régie du logement et le Code civil, L.Q. 1987, c. 77.

Loi modifiant le Code civil, S.Q. 1954-55, c. 48.

Loi modifiant le Code civil, S.Q. 1969, c. 74.

Loi modifiant le Code civil, L.Q. 1977, c. 72.

Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux, L.Q. 1989, c. 55.

Loi modifiant le Code civil du Québec et le Code de procédure civile relativement à la fixation des pensions alimentaires pour enfants, L.Q., 1996, c. 68.

Loi modifiant le Code civil en matière d'obligation alimentaire, L.Q. 1996, c. 28.

Loi modifiant le Code civil en matière de nom et de registre de l'état civil, L.Q. 1999, c. 47.

Loi modifiant le Code civil et concernant les enfants naturels, L.Q. 1970, c. 62.

Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile, relativement aux droits civils de la femme, S.Q. 1930-1931, c. 101.

Loi portant réforme du Code de procédure civile, L.Q. 2002, c. 7.

Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels, RLRQ, c. A-2.1.

Loi sur l'adoption, L.Q. 1969, c. 64.

Loi sur l'assurance automobile, RLRQ, c. A-25.

Loi sur l'instruction publique, RLRQ, c. I-13.3.

Loi sur la capacité juridique de la femme mariée, S.Q. 1964, c. 66.

Loi sur la protection de la jeunesse, L.Q. 1977, c. 20.

Loi sur la protection de la jeunesse, RLRQ, c. P-34.1.

Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé, RLRQ, c. P-39.1.

Loi sur la santé et les services sociaux, RLRQ, c. S-4.2.

Loi sur le ministère des relations internationales, RLRQ, c. M-25.

Loi sur le notariat, RLRQ, c. N-3.

Loi sur le régime de retraite de certains enseignants, RLRQ, c. R-9.1.

Loi sur le régime de retraite des agents de la paix en services correctionnels, RLRQ, c. R-9.2.

Loi sur le régime de retraite des élus municipaux, RLRQ, c. R-9.3.

Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics, RLRQ, c. R-10.

Loi sur le régime de retraite des enseignants, RLRQ, c. R-11.

Loi sur le régime de retraite des fonctionnaires, RLRQ, c. R-12.

Loi sur le régime de retraite du personnel d'encadrement, RLRQ, c. R-12.1.

Loi sur le régime des rentes du Québec, RLRQ, c. R-9.

Loi sur le régime des rentes du Québec, S.Q. 1965, c. 24.

Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, RLRQ, c. A-3.001.

Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée, RLRQ, A-5.01.

Loi sur les conditions de travail et le régime de retraite des membres de l'Assemblée nationale, RLRQ, c. C-52.1.

Loi sur les impôts, RLRQ, c. I-3.

Loi sur les régimes complémentaires de retraite, RLRQ, c. R-15.1.

Loi sur les tribunaux judiciaires, RLRQ, c. T-16.

Loi sur les victimes d'actes criminels, RLRQ, c.I-6.

- **Règlements**

Décret 1676-91 du 9 décembre 1991 concernant la Convention relative aux droits de l'enfant, (1992) 1 G.O. II, 51.

Règlement modifiant le Règlement d'application de la Loi sur l'assurance maladie, (2010) 142 G.O. II, 3283.

Règlement relatif à la tenue et à la publicité du registre de l'état civil, (1993) 125 G.O. II, 8051.

Règlement sur les activités cliniques en matière de procréation assistée, (2010) 142 G.O. II, 3278.

Règlement sur la fixation des pensions alimentaires pour enfants, c. C-25, r. 6.

Règlement sur les conditions de l'accréditation des notaires en matière d'ouverture ou de révision d'un régime de protection et de mandat donné par une personne en prévision de son inaptitude, (1999) 131 G.O. II, 1317.

- **Projets de lois**

Loi édictant la Loi favorisant l'accès aux services de médecine de famille et de médecine spécialisée et modifiant diverses dispositions législatives en matière de procréation assistée, projet de loi n^{o} 20 (présentation – 28 novembre 2014), 1re sess., 41^{e} légis. (Qc).

Loi instituant le nouveau Code de procédure civile, projet de loi n^{o} 28 (sanctionné – 21 février 2014), 1re sess., 40^{e} légis. (Qc).

Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale, avant-projet de loi (présentation – 31 octobre 2009), 1re sess., 39^{e} légis. (Qc).

Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale, projet de loi n^{o} 81 (présentation – 13 juin 2012), 2^{e} sess., 39^{e} légis. (Qc).

Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption, d'autorité parentale et de divulgation de renseignements, projet de loi n^{o} 47 (présentation – 14 juin 2013), 1re sess., 40^{e} légis. (Qc).

Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée et modifiant d'autres dispositions législatives, projet de loi n^{o} 89 (dépôt du rapport de la Commission – 6 juin 2006), 1re sess., 37^{e} légis. (Qc).

Textes autres provinces et territoires

Adoption Act, R.S.B.C. 1996, c. 5 (Colombie-Britannique).

Adult Interdependent Relationships Act, S.A. 2002, c. A-4.5 (Alberta).

Birth Registration Regulations, N.S. Reg. 390/207 (Nouvelle-Écosse).

Child Status Act, R.S.P.E.I. 1988, c. C-6 (Île-du-Prince-Édouard).

Child, Youth and Family Enhancement Act, R.S.A. 2000, c. C-12 (Alberta).

Children's Law Act, R.S.N.L. 1990, c. C-13 (Terre-Neuve et Labrador).

Family Law Act, R.S.N.L. 1990, c. F.-2 (Terre-Neuve et Labrador).

Family Law Act, R.S.P.E.I. 1988, c. F.-2.1 (Île-du-Prince-Édouard).

Family Law Act, S.A. 2003, c. F-4.5 (Alberta).

Family Law Act, S.B.C. 2001, c. 25 (Colombie-Britannique).

Family Maintenance Act, S.S. 1997, c. F-6.2 (Saskatchewan).

Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, c. 128 (Colombie-Britannique).

Intestate Succession Act, R.S.A. 2000, c. I-10 (Alberta).

Intestate Succession Act, S.S. 1996, c. I-13.1 (Saskatchewan).

Loi de 1997 sur le droit de l'enfance, L.S. 1997, c. C-8.2 (Saskatchewan).

Loi de 2009 sur les services de l'état civil, L.S. 2009, c. V-7.21 (Saskatchewan).

Loi ontarienne sur les assurances, L.R.O. 1980, c. 218 (Ontario).

*Loi portant réforme du droit de l'enfance***,** L.R.O. 1990, c. C.12 (Ontario).

Loi sur l'obligation alimentaire, C.P.L.M., c. F20 (Manitoba).

Loi sur l'obligation alimentaire, L.R.M. 1987, c. F20 (Manitoba).

Loi sur la propriété familiale, C.P.L.M., c. H80 (Manitoba).

Loi sur le droit de l'enfance, L.R.Y. 2002, c. 31 (Yukon).

Loi sur le droit de l'enfance, L.T.N.-O. 1997, c. 14 (Territoires du Nord-Ouest).

Loi sur le droit de l'enfance, L.T.N.-O. (Nu) 1997, c. 14 (Nunavut).

Loi sur le droit de la famille, L.R.O. 1990, c. F.3 (Ontario).

Loi sur le droit de la famille, L.T.N.-O. 1997, c. 18 (Territoires du Nord-Ouest).

Loi sur le droit de la famille, L.T.N.-O. (Nu) 1997, c. 18 (Nunavut).

Loi sur le mariage, L.R.O. 1990, c. M.3 (Ontario).

Loi sur le partage des biens matrimoniaux, L.N.-B. 2012, c. 107 (Nouveau-Brunswick).

Loi sur le patrimoine familial et l'obligation alimentaire, L.R.Y. 2002, c. 83 (Yukon).

Loi sur les biens familiaux, C.P.L.M., c. F-25 (Alberta).

Loi sur les biens familiaux, L.S. 1997, c. F-6.3 (Saskatchewan).

Loi sur les biens matrimoniaux, L.N.-B. 2012, c. 107 (Nouveau-Brunswick).

Loi sur les services à la famille, L.N.-B. 1980, c. F-2.2 (Nouveau-Brunswick).

Loi sur les statistiques de l'état civil, L.R.O. 1990, c. V.4 (Ontario).

Loi sur les successions ab intestat, C.P.L.M., c. I-85 (Manitoba).

Maintenance and Custody Act, R.S.N.S. 1989, c. 160 (Nouvelle-Écosse).

Matrimonial Property Act, R.S.N.S. 1989, c. 275 (Nouvelle-Écosse).

Ontario Family Act, R.S.O. 1990, c. F-3 (Ontario).

Vital Statistics Act, R.S.B.C. 1996, c. 479 (Colombie-Britannique).

Vital Statistics Act, R.S.N.S. 1989, c. 494 (Nouvelle-Écosse).

Vital Statistics Act, S.N.L. 2009, c. V-6.01 (Terre-Neuve et Labrador).

Wills, Estates and Succession Act, R.S.B.C. 2009, c. 13 (Colombie-Britannique).

Wills Variation Act, R.S.B.C. 1996, c. 490 (Colombie-Britannique).

Textes autres pays

Act on Assisted Fertility Treatments (Laki hedelmöityshoidoista), 2006, 1237/2006 (Finlande).

An act to amend Section 7960 of, to amend the heading of Part 7 (commencing with Section 7960) of Division 12 of, and to add Section 7962 to, the Family Code, relating to surrogacy agreements, Assembly Bill No. 1217, c. 466 (Californie, États-Unis).

Artificial Procreation Act (Lov om kunstig befruktning), 1987, nr 68 (Norvège).

Assisted Reproductive Treatment Act 2008 (Vic) (Victoria, Australie).

California Family Code, (Californie, États-Unis).

Children Act 1989, c. 41 (Royaume-Uni).

Children's Act 2005, (Afrique du Sud).

Cohabitees Act, Sweeden (2003 : 376) (Suède).

Code civil belge (Belgique).

Code civil français (France).

Code civil grec (Grèce).

Code civil suisse (Suisse).

Code de la famille (Ukraine).

Code de la santé publique (France).

Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, 1999 (Suisse).

Gestational Surrogacy Act 2005, 750 ILCS 4 (Illinois, États-Unis).

Human Fertilisation and Embryology Act 1990, c. 37 (Royaume-Uni).

Human Fertilisation and Embryology Act 2008, c. 22 (Royaume-Uni).

Law on Reproductive Medicine (Fortpflanzungsgesetz – FmedG), 1992, BGB1 275/1992 (Autriche).

Loi du 25 avril 2002 sur les règles relatives à la conservation, à la gestion et à la diffusion des informations relatives aux donneurs en cas de procréation médicalement assistée (Pays-Bas).

Loi du 26 mai 2006 sur les techniques de reproduction humaine assistée (Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida), 2006 (Espagne).

Loi du 27 novembre 1989 sur l'entremise en matière d'adoption (Adoptionsvermittlungsgesetz), 2014 (Allemagne).

Loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes (Belgique).

Loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée, 1 RO 2000 3055 (Suisse).

Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale (délégation – partage) (France).

Loi n° 40 du 19 février 2004 sur la procréation médicalement assistée (Nuove norme sulla procreazione assistita : vietata la fecondazione eterologa), 2004 (Italie).

Loi sur la médiation familiale en matière d'adoption (Gesetz über die Vermittlung der Annahme als Kind und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern), 1989 (Allemagne).

Loi sur la protection de l'embryon (Svensk Författningssamling, Föräldrabalk), 1990 (Allemagne).

Property (Relationships) Act 1984 (New Zealand).

Proposition de loi portant organisation des centres de maternité de substitution, déposée par M^me^ M. Temmerman et M. G. Swennen, Doc. parl., Sénat, sess. ord. 2010-2011, n° 5-929 (France).

Proposition de loi relative à la possibilité de lever l'anonymat de gamètes, proposition de loi n° 3225 (dépôt – 28 juin 2006), 12^e^ légis., Assemblée nationale, présentée par M^me^ Valérie Pécresse (France).

Proposition de loi relative aux mères porteuses, déposée par M^me^ Ch. Defraigne, Doc. parl., Sénat, sess. extr. 2010, n°5-160 (France).

Status of Children Act 1974 (Vic) (Victoria, Australie).

Surrogacy Act 2010 (NSW) (New South Wales, Australie).

Surrogacy Act 2010 (Qld) (Queensland, Australie).

Surrogate Agreements (Approval of Agreements and Status of Newborn) Law 1996 (Israël).

Swedish Insemination Act (Lag om insemination), 1984 : 1140 (Suède).

Conventions internationales

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 4 novembre 1950, (1953) S.T.E. n° 5 (entrée en vigueur le 3 septembre 1953).

Convention relative aux droits de l'enfant, 20 novembre 1989, [1990] 1577 R.T.N.U. 3 (Résolution 44/25).

Table des jugements

Jurisprudence canadienne

A.A. v. *B.B.*, 2007 CanLII 39998 (ON. C.A.).

A. c. *E.S. A.-M.M.*, C.Q. Montréal, n° 525-43-005788-092, 7 janvier 2010, j. Wilhelmy.

A.P. c. *L.D.,* [2001] R.J.Q. 16 (C.A.).

Adoption — 091, 2009 QCCQ 628.

Adoption – 09185, 2009 QCCQ 8703.

Adoption – 10489, 2010 QCCQ 19971.

Adoption – 12464, 2012 QCCQ 20039.

Adoption – 1445, 2014 QCCA 1162.

Andrews c. *Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

Baker c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

Bracklow c. *Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420.

C.B. c. *Y.P.*, [2002] R.D.F. 399 (C.S.).

C. (G.) c. *V.F. (T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244.

Canada (Procureur Général) c. *Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554.

Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. *Canada (Procureur général)*, (2000) 49 O.R. (3d) 662 (C.S.).

Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. *Canada (Procureur général)*, (2002) 57 O.R. (3d) 511 (C.A.).

Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. *Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76.

Chartier c. *Chartier*, [1999] 1 R.C.S. 242.

Couture c. *Bujold*, 2012 QCCS 5887.

Couture c. *Gagnon*, [2001] R.J.Q. 2047 (C.A.).

D'Aoust c. *Directeur de l'état civil*, [2005] R.J.Q. 1128 (C.S.).

D.B.S. c. *S.R.G.*, [2006] 2 R.C.S. 231.

D.W.H. v. D.J.R., 2011 ABQB 608, [2011] A.J. No. 1082.

Droit de la famille – 072895, 2007 QCCA 1640.

Droit de la famille – 07528, 2007 QCCA 361.

Droit de la famille – 091768, 2009 QCCS 3210.

Droit de la famille – 092011, 2009 QCCS 3782.

Droit de la famille – 09358, 2009 QCCA 332.

Droit de la famille – 09398, 2009 QCCA 374.

Droit de la famille – 09746, 2009 QCCA 623.

Droit de la famille – 10190, 2010 QCCS 348.

Droit de la famille – 102247, 2010 QCCA 1561.

Droit de la famille – 102866, 2010 QCCA 1978.

Droit de la famille – 111682, 2011 QCCA 1153.

Droit de la famille – 111729, 2011 QCCA 1180.

Droit de la famille – 11394, 2011 QCCA 319.

Droit de la famille – 113973, 2011 QCCA 2320.

Droit de la famille – 121120, 2012 QCCA 909.

Droit de la famille – 1260, [1989] R.D.F. 368 (C.Q.).

Droit de la famille – 132495, 2013 QCCA 1586.

Droit de la famille – 1325, [1990] R.D.F. 423 (C.S.).

Droit de la famille – 14175, 2014 QCCA 216.

Droit de la famille – 142296, 2014 QCCA 1724.

Droit de la famille – 1528, 2015 QCCA 59.

Droit de la famille – 1688, [1992] R.J.Q. 2797 (C.A).

Droit de la famille – 198, [1985] C.S. 397.

Droit de la famille – 200, J.E. 85-468 (C.S.).

Droit de la famille – 2143, [1995] R.D.F. 137 (C.S.).

Droit de la famille – 2216, [1995] R.J.Q. 1734.

Droit de la famille – 2220, J.E. 95-1319 (C.A.).

Droit de la famille – 2252, [1996] R.D.F. 889 (C.S.).

Droit de la famille – 2347, [1996] R.D.F. 129 (C.S.).

Droit de la famille – 2530, [1996] R.J.Q. 2981 (C.S.).

Droit de la famille – 2534, [1996] R.D.F. 828 (C.S.).

Droit de la famille – 2650, [1997] R.J.Q. 1418 (C.S.).

Droit de la famille – 3061, [1998] R.D.F. 496 (C.S.).

Droit de la famille – 3192, [1999] R.D.F. 50 (C.S.).

Droit de la famille – 3228, [1999] R.J.Q. 1356 (C.A.).

Droit de la famille – 3444, [1999] R.J.Q. 2910 (C.S.).

Droit de la famille – 3444, [2000] R.J.Q. 2533, J.E. 2000-1970 (C.A.).

Droit de la famille – 3544, J.E. 2000-508 (C.A.).

Droit de la famille – 3577, J.E. 2000-760 (C.A.).

Droit de la famille – 3687, [2000] R.D.F. 505 (C.S.).

Droit de la famille – 441, [1988] R.J.Q. 291 (C.A.).

Droit de la famille – 526, [1988] R.J.Q. 1766 (C.A.).

Droit de la famille – 579, [1989] R.J.Q. 61 (C.A.).

Droit de la famille – 6, J.E. 83-76 (C.A.).

Droit de la famille – 67, [1985] C.A. 135.

Droit de la famille – 771, [1990] R.D.F. 68 (C.A.).

Droit de la famille – 819, [1992] R.J.Q. 581 (C.A.).

Droit de la famille – 977, [1991] R.J.Q. 904 (C.A.).

Droit de la famille – 989, [1991] R.J.Q. 1343 (C.S.).

Egan c. *Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513.

F.P. c. *P.C.*, [2005] R.D.F. 268 (C.S).

Filion c. *Bazinet*, 2011 QCCS 721.

G.B. c. *C.C.,* [2001] R.J.Q. 1435 (C.A.).

G.O. c. *Québec (Ministre de l'Emploi et de la Solidarité sociale),* 2014 QCTAQ 06572.

Gabriel c. *Directeur de l'état civil*, [2005] R.J.Q. 470 (C.S.).

Gratton c. *Directeur de l'état civil*, 2012 QCCS 3433.

Grigg v. *Berg and others*, 2000 BCSC 36.

H.L.W. and T.H.W. v. *J.C.T. and J.T.*, 2005 BCSC 1679.

H.M. c. *D.L.V.*, [2001] R.D.F. 446 (C.S.).

Hartshorne c. *Hartshorne*, [2004] 1 R.C.S. 550.

Hendricks c. *Québec (Procureur général)*, [2002] R.J.Q. 2506 (C.S.).

Henry c. *Henry*, [2006] 2 R.C.S. 231.

Hiemstra c. *Hiemstra*, [2006] 2 R.C.S. 231.

Houle c. *Forand*, 2009 QCCS 1626.

J.R. v. *L.H.*, [2002] O.J. No 3998, [2002] OTC 764 (Ont. Sup. Ct.).

J. St-L. (Dans la situation de), J.E. 2001-683 (C.Q.).

Kerr c. *Baranow*, [2011] 1 R.C.S. 269.

L.J.W. c. *T.A.R.*, [2006] 2 R.C.S. 231.

Lebrun c. *Directeur de l'état civil*, [2002] R.D.F. 653 (C.S.).

LeVan c. *LeVan*, 2008 ONCA 388, 90 O.R. (3^{e}) 1.

Ligue catholique pour les droits de l'homme c. *Hendricks,* [2004] R.J.Q. 851 (C.A.).

L.N. (Succession de) c. *Québec (Ministre de l'Emploi et de la Solidarité sociale),* 2014 QCTAQ 05716.

M. c. *H.*, [1999] 2 R.C.S. 3.

M. c. *L.*, [1992] 1 R.C.S. 183.

M.B. c. *L.L.*, [2003] R.D.F. 539 (C.A.).

M.-C.L. c. *P. C. (Succession de)*, J.E. 2004-338 (C.S.).

M. (N.M.) c. *M. (N.S.)*, 2004 BCSC 346, 26 BCLR (4th) 73.

M.D. v. *L.L.*, 90 OR (3d) 127, 2008 CanLII 9374 (Ont. Sup. Ct.).

Marchand c. *Ontario*, 2007 ON O.A.C. 787.

Miglin c. *Miglin*, [2003] 1 R.C.S. 303.

Miron c. *Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418.

Moge c. *Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813.

Molodowich c. *Penttinen* (1980), 17 R.F.L. (2d) 376 (C. dist. Ont.).

N.L. (Dans la situation de), J.E. 2002-2027 (C.S.).

Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. *Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325.

Oggs-Moss c. *La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 173.

P.D.C.-F. (Dans la situation de), [2001] R.D.F. 422 (C.Q.).

Peter c. *Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980.

Pratten c. *British Columbia (Attorney General)*, 2011 CCSC 656.

Pratten c. *British Columbia (Attorney General)*, 2012 BCCA 480.

Protection de la jeunesse – 238, J.E. 87-162 (C.Q.).

Protection de la jeunesse – 302, [1988] R.J.Q. 923 (C.Q.).

Protection de la jeunesse – 681, J.E. 94-683 (C.Q.).

Protection de la jeunesse – 712, J.E. 94-1404 (C.Q.).

Protection de la jeunesse – 717, J.E. 94-1514 (C.Q.).

Protection de la jeunesse – 905, J.E. 97-1369 (C.Q.).

Protection de la jeunesse – 955, 98-1900 (C.Q.).

Québec (Procureur général) c. *A*, 2013 CSC 5.

R.J. c. *B.G.*, 2006 QCCA 868.

Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée, [2010] 3 R.C.S. 457.

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

Rioux c. *Succession de Guénette*, 2010 QCCS 2896.

Rondeau c. *Albernhe*, 2011 QCCS 7356.

S. c. *D.*, [1996] R.L. 447 (C.S.).

S.G. c. *L.C.,* J.E. 2004-1151 (C.S.).

Scheel c. *Henkelman*, (2001), 52 O.R. (3e) 1, 142 OAC 374.

Stevenson c. *Florant*, [1925] R.C.S. 532.

Succession de Jasmin c. *Montreuil*, 2011 QCCS 1032.

Therrien c. *Gunville*, (1976) C.S. 777.

Trudeau c. *Arial*, [1981] C.S. 727.

V.A. c. *S.F.*, [2001] R.J.Q. 36.

W.J.Q.M. v. *A.M.A.,* 2011 SKQB 317.

Jurisprudence américaine

A.G.R. v. D.R.H. & S.H., N.J. Super. Ct., 23 décembre 2009.

Eisenstadt c. *Baird*, (1972) 405 U.S. 438.

In re Baby M, 109 N.J. 396 (1988).

Johnson v. *Calvert*, Supreme Court of California, 5 Cal. 4th 84, 19 Cal. Rptr. 2d 494, 851 P.2d 776 (1993).

Jurisprudence européenne

- **Jurisprudence nationale**

Cour de Cassation : Ass. Plén. 31 mai 1994, D. 1991.525 (France).

BVerfG, 31 janvier 1989, FamRZ (Allemagne).

- **Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme**

Anayo c. *Allemagne*, n° 20578/07, CEDH 2010.

Bensaïd c. *Royaume-Uni*, n° 44599/98, CEDH 2001-I.

Gaskin c. *Royaume-Uni*, arrêt du 7 juillet 1989, série A n° 160.

Godelli c. *Italie*, n° 33783/09, CEDH 2012.

Jäggi c. *Suisse*, n° 58757/00, CEDH 2006-X.

Mikulić c. *Croatie*, n° 53176/99, CEDH 2002-I.

Odièvre c. *France* [GC], n° 42326/98, CEDH 2003-III.

Pascaud c. *France*, n° 19539/08, CEDH 2011.

- **Jurisprudence du Conseil de l'Europe**

Association for the Protection of All Children (APPROACH) v. *France*, Affaire 92/2013, (12 September 2014).

Bibliographie

Monographies

AGACINSKI, S., *Corps en miette*, Paris, Flammarion, 2009.

ALBERTSON FINEMAN, M., *The Autonomy Myth : A Theory of Dependancy,* New York, New Press, 2004.

The Neutered Mother, the Sexual Family, and Other Twentieth Century Tragedies, New York, Routledge, 1995.

AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of the Law of Family Dissolution : Analysis and Recommendations*, Newark (N.J.), LexisNexis, 2002.

ARNAUD A.-J. et M. J. FARINAS DULCE, *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques,* Bruxelles, Éditions Bruylant, 1998.

BARNETT, L., *La loi et le châtiment corporel : l'article 43 du Code criminel*, Ottawa, Division du droit et du gouvernement, Ottawa, 2008.

BARSALOU, D., *Ma mère ne travaille pas. Le traitement juridique de la mère au foyer en droit québécois de la famille*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013.

BAUDOUIN, J.-L., *La responsabilité civile*, 4e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1994.

BAUDOUIN, J.-L. et C. LABRUSSE-RIOU, *Produire l'homme, de quel droit ?*, Paris, P.U.F., 1987.

BAUDOUIN, J.-L. et P. DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 6e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003.

BEAULNE, J., *Droit des successions (d'après l'œuvre originale de Germain Brière)*, 4e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010.

BECK, U. et E. BECK-GERSHEIM, *Individualization*, Londres, Sage, 2002.

BERNARD, C., *Le châtiment corporel comme moyen de corriger un enfant*, Montréal, Commission des droits de la personne et de la jeunesse, Montréal, 1998.

BOWMAN, C. G., *Unmarried Couples, Law, and Public Policy*, New York, Oxford University Press, 2010.

BLACKSTONE, W., *Commentaries on the laws of England*, Philadelphia, J.B. Lippincott Company, 1893.

BRIÈRE, G., *Les successions*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994.

BRODEUR, M.-J. et C. LA ROSA, *Loi sur le divorce annotée,* 2e éd., Toronto, Carswell, 2004.

Loi sur le divorce annotée, 3e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, à paraître.

BUREAU, M.-F., *Le droit de la filiation entre ciel et terre : étude du discours juridique québécois*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009.

CAHN, N. R., *Why the Fertiliy Market Needs Legal Regulation*, New York et Londres, N.Y. University Press, 2009.

CAPARROS, E., *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1985.

CARON, R.-E., *Code civil du Bas-Canada : Commissaires pour la Codification des lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles*, « Rapport des Codificateurs », Québec, G.E. Desbarats, 1865.

CASTELLI, M. D. et D. GOUBAU, *Le droit de la famille au Québec*, 5e éd., Sainte-Foy, P.U.L., 2005.

Précis de droit de la famille, Québec, P.U.L, 2000.

CARBONNIER, J., *Droit civil*, t. 1, Paris, P.U.F., 1967.

Droit civil. La famille, l'enfant, le couple, Paris, P.U.F., 2002.

CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, *Dictionnaire de droit privé de la famille et lexiques bilingues*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999.

CHEVRETTE, F. et H. MARX, *Droit constitutionnel. Notes et jurisprudence*, Montréal, P.U.M., 1982.

CHICOINE, J.-F., P. GERMAIN et J. LEMIEUX, *L'enfant adopté dans le monde*, Montréal, Éditions de l'Hôpital Sainte-Justine, 2003.

CIOTOLA, P., *Le patrimoine familial, perspectives doctrinales et jurisprudentielles*, 2e éd., coll. « Bleue » – Série Répertoire de droit, Montréal, Wilson & Lafleur, 2007.

CLÉMENT, M.-E., F. BERNÈCHE, C. FONTAINE et C. CHAMBERLAND, *La violence familiale dans la vie des enfants du Québec, 2012. Les attitudes parentales et les pratiques familiales*, Québec, Institut de la statistique du Québec, 2013.

COMMAILLE, J., *De la réforme de 1975 à la sociologie du divorce*, 2e éd., Paris, La Documentation française, 1980.

COMTOIS, R., *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, Montréal, Le recueil de droit et de jurisprudence, 1964.

CORNU, G., *Droit civil. La famille*, 3e éd., Paris, Montchrestien, 1993.

DECOMBES, V., *Les embarras de l'identité*, Paris, Gallimard, 2012.

DE SINGLY, F., *L'individualisme est un humanisme*, La Tour D'aigues, Éditions de l'Aube, 2005.

Sociologie de la famille contemporaine, Paris, Nathan, 1993.

DOUGLAS, K., *Moge c. Moge : une conception nouvelle de la pension alimentaire*, Canada, Division du droit et du gouvernement, Canada, 1993.

DUMAS, J. et A. BÉLANGER, *Rapport sur l'état de la population du Canada, éd. 1996,* Ottawa, Statistique Canada, 1997.

DURRANT, J. et R. ENSOM, *Les punitions corporelles et les enfants*, Feuillet n^{o} 7F, Ottawa, Centre d'excellence pour la protection et le bien-être des enfants, 2004.

EICHNER, M., *The Supportive State : Families, Governement and America's Political Ideals*, New York, Oxford University Press, 2010.

FORGET, D., *Bébés illimités. La procréation assistée et ses petits*, coll. « La santé du monde », Montréal, Québec Amérique, 2012.

FOURNIER, P., *Mariages musulmans, tribunaux d'occident. Les transplantations juridiques et le regard du droit*, Paris, SciencesPo, 2010.

GALLUS, N., *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socioaffective et de la volonté en droit belge*, Bruxelles, Larcier, 2009.

GAUDREAULT-DESBIENS, J.-F., *Le Sexe et le droit. Sur le féminisme juridique de Catherine Mackinnon*, coll. « Le droit aussi… », Montréal et Cowansville, Éditions Liber et Éditions Yvon Blais, 2001.

GIDDENS, A., *La transformation de l'intimité*, Rodez, Le Rouergue/Chambon, 2004.

Modernity and Self-Identity. Self and Society in the Modern Age, Stanford, Stanford University Press, 1992.

GLENDON, M. A., *The Transformation of Family Law : State, Law, and Family in the United States and Western Europe,* Chicago, The University of Chicago Press, 1997.

GOUBAU, D., *Le droit des personnes physiques*, 5^{e} éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014.

GRONDIN, R., *L'enfant et le droit pénal*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2011.

GUTMAN, D., *Le sentiment d'identité. Étude de droit des personnes et de la famille*, Paris, L.G.D.G., 2000.

HAKIM, E., *Women and Men in Sweden - Facts and figures 2012*, Örebro, Statistics Sweden, 2012.

Work-Lifestyle Choices in the 21st Century. Preference Theory, New York, Oxford University Press, 2000.

HENNETTE-VAUCHEZ, S., *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, Paris, L'Harmattan, 2004.

HENRIPIN, J. et É. LAPIERRE-ADAMCYK, *La Fin de la revanche des berceaux. Qu'en pensent les Québécoises ?*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1974.

HÉRITIER, F., *Masculin/Féminin. La pensée de la différence*, Paris, Odile Jacob, 1996.

JARRY, J., *Guide sur le partage de la société d'acquêts*, 2e éd., Montréal, Publications CCH, 2013.

Les conjoints de fait au Québec : vers un encadrement légal, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008.

JOYAL, R., *Les Enfants, la société et l'État au Québec. 1608-1989 Jalons*, coll. « Cahiers du Québec », Montréal, Éditions Hurtubise HMH, 1999.

JOYAL, R., avec la collaboration de M. PROVOST*, Précis de droit des jeunes*, 3e éd., t. 1, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1999.

LAFONTAINE, C., *Le corps marché. La marchandisation de la vie humaine à l'ère de la bioéconomie*, Montréal, Seuil, 2014.

LANGELIER, F., *Cours de droit civil de la province de Québec*, t. III, Montréal, Wilson & Lafleur, 1907.

LAVALLÉE, C., *L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption. Regards sur le droit français et le droit québécois*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005.

LAVIOLETTE, N. et J. AUDET, *L'essentiel du droit de la famille dans les provinces et territoires de common law au Canada*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014.

LEFEBVRE, B., *Les régimes matrimoniaux : contrat de mariage, séparation de biens, société d'acquêts*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011.

LEGENDRE, P., *L'inestimable objet de la transmission. Étude sur le principe généalogique en Occident*, Fayard, Paris, 1985.

LELEU, Y.-H., *Les collaborations économiques au sein des couples séparatistes – Pour une indemnisation des dommages collaboratifs envers et contre tous choix*, Conférence Roger-Comtois 2013, Montréal, Éditions Thémis, 2014.

MACKINNON, C., *Feminism Unmodified, Discourses on Life and Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1987

MALAURIE, P. et H. FULCHIRON, *La famille*, 4e éd., coll. « Droit civil », Paris, Defrénois, 2011.

MARCEAU, L., *De l'admissibilité des contrats entre époux dans le droit privé de la province de Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1960.

MARTIN, Y. et J. A. ULYSSE, *L'autorité parentale : un droit ou un devoir ... pour qui!*, Prix Charles-Coderre 1984, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1985.

MARTUCELLI, D. et F. DE SINGLY, *Les sociologies de l'individu, Sociologie contemporaine*, Paris, Armand Collin, 2009.

MEHL, D., *Enfants du don. Procréation médicalement assistée : parents et enfants témoignent*, Paris, Éditions Robert Laffont, 2008.

MEIER, P. et M. STETTLER, *Droit civil – L'établissement de la filiation (art. 252 à 269c CC)*, 2e éd., vol. 1, Fribourg, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, 2002.

MEULDERS-KLEIN, M.-T., *Les recompositions familiales aujourd'hui*, Paris, Nathan, 1993.

MEUNIER, G., *L'application de la Convention des NU relatives aux droits de l'enfant dans le droit interne des État parties*, Paris, L'Harmattan, 2002.

MIGNAULT, P.-B., *Le droit civil canadien*, t. 1, Montréal, C. Théoret Éditeur, 1895.

Le droit civil canadien, t. 2, Montréal, C. Théoret Éditeur, 1895.

Le droit civil canadien, t. 4, Montréal, C. Théorêt Éditeur, 1899.

Le droit civil canadien, t. 6, Montréal, C. Théoret Éditeur, 1902.

MOREL, A., *Les limites de la liberté testamentaire dans le droit civil de la province de Québec*, Paris, L.G.D.J., 1960.

MORIN, C., *L'emergence des limites à la liberté de tester en droit québécois : étude socio-juridique de la production du droit*, coll. « Minerve », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009.

OUELLETTE, M., *Droit de la famille*, Montréal, Éditions Thémis, 1984.

Droit de la famille, 2e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1994.

Droit de la famille, 3e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1995.

Droit des personnes et de la famille, 3e éd., Montréal, Édition Thémis, 1980.

PÉRON, J. et J. DUMAS, *La Conjoncture démographique : Mariage et vie conjugale au Canada*, Ottawa, Statistique Canada, 1992.

PINEAU, J., *La famille. Droit applicable au lendemain de la "Loi 89"*, Montréal, P.U.M., 1982.

La famille, Montréal, P.U.M., 1972.

PINEAU, J. et D. BURMAN, *Effets du mariage et régimes matrimoniaux*, Montréal, Éditions Thémis, 1984.

PINEAU, J. et M. PRATTE, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006.

ROGERSON, C., *Élaboration des lignes directrices sur les pensions alimentaires pour époux : amorce de la discussion*, Ottawa, Ministère de la Justice Canada, 2002.

ROY, A., *Avant-projet de loi sur l'adoption – Les écueils d'une réforme annoncée*, 9e Conférence Roger-Comtois, Montréal, Éditions Thémis, 2011.

Droit de l'adoption, 2e éd., coll. « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 2010.

La filiation par le sang et par la procréation assistée (art. 522 à 542 C.c.Q.), coll. « Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ) », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014.

Le contrat de mariage réinventé. Perspectives socio-juridiques pour une réforme, Montréal, Éditions Thémis, 2002.

ROY, A. et V. LEMAY, *Pour l'amour ou pour la guerre. Étude empirique des représentations mentales du contrat chez les juristes et les psychothérapeutes conjugaux*, Montréal, Éditions Thémis, 2009.

ROY, N., *L'union de fait au Québec*, Ottawa, Groupe de la coopération internationale, Ministère de la Justice du Canada, Ottawa, 2005.

SAINT-JACQUES, M.-C. et C. PARENT, *La famille recomposée. Une famille composée sur un air différent*, Montréal, Éditions du CHU Ste-Justine, 2002.

SENÉCAL, J.-P., *Droit de la famille québécois*, t. 2, Farnham, CCH/FM, 1986.

Le partage du patrimoine familial et les autres réformes du projet de loi 146, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989.

TAHON, M.-B., *Vers l'indifférence des sexes ? Union civile et filiation au Québec*, Montréal, Éditions Boréal, 2004.

TAYLOR, C., *The Sources of the Self : The Making of the Modern Identity,* Cambridge, Harvard University Press, 1989.

TEMAN, E., *Birthing a Mother, The Surrogate Body and the Pregnant Self*, Berkeley, University of California Press, 2010.

TERRÉ, F. et D. FENOUILLET, *Droit civil. La famille*, 8e éd., Paris, Dalloz, 2011.

TÉTRAULT, M., *Droit de la famille*, 2e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003.

Droit de la famille, 3e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005.

Droit de la famille – Aspects juridiques et déontologiques, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001.

Droit de la famille. L'obligation alimentaire, vol. 2, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011.

THÉRY, I., *Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*, Paris, Éditions EHESS, 2010.

THOMAS, Y., *Vitae necisque potestas. Le père, la cité, la mort. Du châtiment dans la cité. Supplices corporels et peine de mort dans le monde antique*, Rome, Publications de l'École française de Rome, 1984.

TREMBLAY, R., *L'entrée en vigueur des lois : Principes et techniques*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997.

TRUDEL, G., *Traité de droit civil du Québec*, t. 2, Montréal, Wilson & Lafleur, 1955.

WEITZMAN, L., *The Divorce Revolution : The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America,* New York, The Free Press, 1985.

YOUNG, B., *The Politics of Codification, The Lower Canadian Civil Code of 1866*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1994.

ZERMATTEN, J., *L'intérêt supérieur de l'enfant. De l'analyse littérale à la portée philosophique*, Working Report 3, Sion (Suisse), Institut International des Droits de l'Enfant (IDE), 2003.

ZIEMELE, I., *A Commentary on the United Nations Convention on the Right of the Child, Article 7 : The Right to Birth Registration, Name and Nationality, and the Right to Know and Be Cared for by Parents*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

Ouvrages collectifs

ARNAUD, A.-J., (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 1re éd., Paris-Bruxelles, L.G.D.J. – Story-Scienta, 1988.

Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, 2e éd., Paris, L.G.D.J., 1993.

FEUILLET-LIGER, B. et M.-C. CRESPO-BRAUNER (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2014.

FINE, A., (dir.), *États civils en questions. Papiers, identités, sentiment de soi*, coll. « Le regard de l'ethnologue », Paris, Éditions du CTHS, 2008.

SCHAMPS, G. et J. SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui, vers un encadrement ?*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013.

Articles de revue

ALBERTSON FINEMAN, M., « Cracking the Foundational Myths : Independance, Autonomy and Self-Sufficiency », (2000) 8 *Am. U. J. Gender & Soc. Pol'y & L.* 13.

« Progress and Progression in Family Law », (2004) *U. Chi. Legal F*. 1.

ANDERSSON, G., « Children's experience of family disruption and family formation : Evidence from 16 FFS countries », (2002) 7-7 *Demographic Research* 343.

ATIYAH, P. S., « From Principle to Pragmatism : Change in the Function of the Judicial Process and the Law », (1980) 65 *Iowa L .Rev*. 1249.

BAINHAM, A., « Private and Public Children Law : an Under-Explored Relationship », (2013) 25 *Child and Fam. L.Q.* 138.

BAKER, L. A. et R. E. EMERY, « When Every Relationship is Above Average : Perceptions and Expectations of Divorce at the Time of Marriage », (1993) 17-4 *Law and Hum. Behav.* 439.

BAKHT, N., « A v B and Attorney General of Quebec (Eric v Lola) – The Implications for Cohabiting Couples Outside Quebec », (2013) 28 *C.J.F.L.* 261.

BANDRAC, M., G. DELAISI DE PARSEVAL et V. DEPADT-SEBAG, « Repenser la prohibition de la gestation pour autrui ? », (2008) 7 *Recueil Dalloz* 434.

BARRIÈRE, S., « Les actes de naissance : qui peut déclarer et quoi », (1989) 49 *R. du B.* 165.

BAUDOUIN, J.-L., « Examen critique de la situation juridique de l'enfant naturel », (1966) 12 *R.D. McGill* 157.

BEAULNE, J., « Réflexions sur quelques aspects de la procréation médicalement assistée en droit des personnes et de la famille », (1995) 26 *R.G.D.* 235.

BELLEAU, H., « D'un mythe à l'autre : de l'ignorance des lois à la présomption de choix éclairé chez les conjoints en union libre », (2015) 27-1 *Revue Femmes et Droit* 1.

BELLEAU, H. et P. CORNUT-ST-PIERRE, « Conjugal Interdependence in Quebec, From Legal Rules to Social Representations About Spousal Support and Property Division on Conjugal Breakdown », (2014) 29-1 *R.C.D.S.* 43.

« La question du choix dans la décision de se marier ou non au Québec », (2011) 66 *Lien social et Politiques* 65.

BELLEAU, H. et R. PROULX, « Équilibre et union libre, déséquilibre des comptes amoureux contemporains : le revenu familial remis en question. L'exemple québécois », (2010) 7 *Recherches familiales* 857.

BERNARD, C., « Le statut juridique de la famille recomposée et l'intérêt de l'enfant », (1999) 33 *R.J.T.* 347.

BLECHER-PRIGAT, A., « The Cost of Raising Children : Toward a Theory of Financial Obligations Between Co-Parents », (2012) 13-1 *Theoretical Inquiries in Law*, *Rights and Obligations in the Contemporary Family : Retheorizing Individualism, families and the State* 179.

BRIÈRE, G., « Les charges du mariage », (1967) 2 *R.J.T.* 451.

BRIERLEY, J. E. C., « Quebec's codification viewed and reviewed », (1968) 14 *R.D. McGill* 521.

BRITO, T. L., « Spousal Support Takes on the Mommy Track : Why the ALI Proposal is Good for Working Mothers », (2001) 8 *Duke J. Gender L & Policy* 151.

BRYAN, P.E., « Vacant Promises ? : The ALI Principles of the Law of Family Dissolution and the Post-Divorce Financial Circumstances of Women », (2001) 8 *Duke J. of Gender Law and Policy* 167.

BRUNELLE, C., « La dignité dans la Charte des droits et libertés de la personne : de l'ubiquité à l'ambiguïté d'une notion fondamentale », (2006) numéro thématique *R. du B.* 143.

BRUNET, L., « Le principe de l'anonymat du donneur de gamètes à l'épreuve de son contexte. Analyse des conceptions juridiques de l'identité », (2010) 20 *Andrologie* 92.

BUREAU, M.-F. et É. GUILHERMONT, « Le droit de connaître ses origines : chronique d'une réforme annoncée », (2014) 73 *R. du B.* 599.

« Maternité, gestation et liberté. Réflexions sur la prohibition de la gestation pour autrui en droit québécois », (2011) 4 *Revue de droit et santé de McGill* 43.

BURMAN, D., « Politiques législatives québécoises dans l'aménagement des rapports pécuniaires entre époux : d'une justice bien pensée à un semblant de justice – un juste sujet de s'alarmer », (1988) 22 *R.J.T.* 149.

BUSBY, K., « Of Surrogate Mother Born : Parentage Determinations in Canada and Elsewhere », (2013) 25 *Canadian Journal of Women and the Law* 284.

BUSBY, K. et D. VUN, « Revisiting the Handmaid's Tale : Feminist Theory Meets Empirical Research on Surrogate Motherhood », (2010) 26 *Rev. Can. D. Fam.* 13.

CAPARROS, E., « La détermination conventionnelle de la contribution des époux aux besoins de la famille », (1976) 17 *C. de D.* 603.

« La nature juridique commune du patrimoine familial et de la société d'acquêts », (1999) 30 *R.G.D.* 1.

« Le patrimoine familial, une qualification difficile », (1994) 25 *R.G.D.* 251.

« Observations sur la première partie du Rapport de l'O.R.C.C. sur la famille », (1975) 16 *C. de D.* 621.

CARBONE, J., « Morality, Public Policy and the Family : The Role of Marriage and the Public-Private Divide », (1996) 36 *Santa Clara Review* 267.

CHAREST, S., « L'attribution d'un droit d'usage exclusif de la "résidence familiale" à un conjoint non marié ayant la garde des enfants au Québec : comparaison avec les provinces de common law », (2014) 116 *R. du N.* 277.

CHARLES, M.-N., « Le rôle de la possession d'état dans la filiation de l'enfant "fa'a'amu" en Polynésie française », (1995) 30-31 *Droit et société* 445.

CASTELLI, M. D., « Le douaire en droit coutumier ou la déviation d'une institution », (1979) 20 *C. de D.* 315.

CATTO, M.-X., « La gestation pour autrui : d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts ? », (2013) 3 *La Revue des droits de l'homme* 92.

CIOTOLA, P., « Les conventions matrimoniales au lendemain de la réforme des régimes matrimoniaux », (1976) 1 *C.P. du N*. 157.

CLÉMENT, M.-E., « La violence physique envers les enfants : le cas particulier de la punition corporelle », (2011) 40 *Revue de psychoéducation* 121.

COSSETTE, A., « Le concubinage au Québec », (1985) 88 *R. du N*. 43.

CÔTÉ, I., « Du père au géniteur en passant par le tiers intéressé : représentations du rôle joué par le donneur de sperme connu dans les familles lesboparentales », (2014) 21 *Enfances, Familles, Générations* 70.

COURDURIÈS, J. et C. HERBRAND, « Genre, parenté et techniques de reproduction assistée après 30 ans de recherche », (2014) 21 *Enfances, familles, générations* iii.

CROMWELL, T. A., « Access to Justice : Towards a Collaborative and Strategic Approach », (2012) 63 *University of New Brunswick Law Journal* 38.

DAMASKE, S., J. M. SMYTH et M. J. ZAWADSKI, « Has Work Replaced Home as a Haven ? Re-examining Arlie Hochschild's Time Bind Proposition with Objective Stress Data », (2014) 115 *Social Science & Medicine* 130.

DAVIS, J., « Enhanced Earning Capacity/Human Capital : The Reluctance to Call It Property », (1996) 7 *Women's Rts L. Rep*. 109.

DELAISI DE PARSEVAL, G., « Comment entendre les demandes de levée du secret des origines ? », (2009) 5 *Esprit* 165.

« Secret des origines / inceste / procréation médicalement assistée avec des gamètes anonymes : "Ne pas l'épouser" », (2009) 33 *Anthropologie et Sociétés* 157.

« Secret et anonymat dans l'assistance médicale à la procréation avec donneurs de gamètes, ou le dogme de l'anonymat "à la française" », (2006) 51 *Droit et Cultures* 197.

DELEURY, É., M. RIVET et J.-M. NEAULT, « De la puissance paternelle à l'autorité parentale : une institution en voie de trouver sa vraie finalité », (1974) 15 *C. de D.* 779.

DESROSIERS, H. et M. SIMARD, « Diversité et mouvances familiales durant la petite enfance », (2010) 4-4 *Étude longitudinale du développement des enfants du Québec (ISQ)*, série ÉLDEQ.

DUCHARME, A. et H. DESROSIERS, « La monoparentalité dans la vie des jeunes enfants québécois : une réalité fréquente mais souvent transitoire », (2008) *Portraits et trajectoires (ISQ)*, série ÉLDEQ.

DURRANT, J. E., N. SIGVALDASON et L. BEDNAR, « What did the Canadian Public Learn From the 2004 Supreme Court Decision on Physical Punishment ? », (2008) 16 *International Journal of Children's Rights* 229.

DURRANT, J. E., N. TROCMÉ, B. FALLON, C. MILNE et T. BLACK, « Protection of Children from Physical Maltreatment in Canada : An Evaluation of the Supreme Court's Definition of Reasonable Force », (2009) 18 *Journal of Aggression, Maltreatment & Trauma* 64.

ECKSTEIN, Z. et K. I. WOLPIN, « Dynamic Labour Force Participation of Married Women and Endogenous Work Experience », (1989) 56 *Review of Economic Studies* 375.

EEKELAAR, J., « Self-Restraint : Social Norms, Individualism and the family », (2012) 13-1 *Theoretical Inquiries in Law*, *Rights and Obligations in the Contemporary Family : Retheorizing Individualism, families and the State* 75.

ELLMAN, I. M., « Should the Theory of Alimony Include Non Financial Losses and Motivations ? », (1991) *BYU L. Rev*. 259.

« Theory of Alimony »**,** (1989) 77 *Cal. L .Rev*. 1.

FEUILLET-LIGER, B., « La levée de l'anonymat, une question complexe », (2011) 106 *Médecine & Droit* 17.

FORTIER, C. et S. JEAN, « La contribution des femmes au revenu d'emploi du couple », (2000) 5-1 *Données sociodémographiques en bref (ISQ)* 6.

FRANK, R., « L'établissement et les conséquences de la filiation maternelle et paternelle en droit européen », (1999) 51 *R.I.D.C*. 29.

« Observations comparatives sur la contestation de paternité », (2005) 57 *R.I.D.C.* 85.

FRENKEL, D., « Joint Family Venture : A Synthesis of the Post-Kerr Case Law », (2014) 34 *C.F.L.Q.* 35.

GAGNON, J., « Société d'acquêts : partage brut ou partage net ? », (1986-87) 89 *R. du N.* 336.

GALLUS, N., « Approche juridique nouvelle des parentés et parentalités en droit belge », (2010) 44 *R.J.T.* 145.

GARRISON, M., « Is Consent Necessary ? An Evaluation of the Emerging Law of Cohabitant Obligation », (2005) 52 *UCLA L. Rev*. 815.

GERSHOFF, E., « Corporal Punishment by Parents and Associated Child Behaviors and Experiences : A Meta-Analytic and Theoretical Review », (2002) 128 *Psychological Bulletin* 539.

GIROUX, M., « L'encadrement de la maternité de substitution au Québec et la protection de l'intérêt de l'enfant », (1997) 28 *R.G.D.* 535.

« Le droit fondamental de connaître ses origines biologiques : impact des droits fondamentaux sur le droit de la filiation », (2006) Numéro thématique hors série *R. du B.* 255.

« Le recours controversé à l'adoption pour établir la filiation de l'enfant né d'une mère porteuse : entre ordre public contractuel et intérêt de l'enfant », (2011) 70 *R. du B.* 509.

« Test d'ADN et filiation à la lumière des développements récents : dilemmes et paradoxes », (2002) 32 *R.G.D.* 865

GIROUX, M. et A. LAURENT, « L'union de fait en droit québécois », (1989) 20 *R.G.D.* 129.

GIROUX, M. et M. DE LORENZI, « Putting the Child First : A Necessary Step in the Recognition of the Right to Identity in Canadian Law », (2011) 27-1 *Can. J. Fam. L.* 53.

GOBERT, M., « Réflexions sur les sources du "principe" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », (1992) 91-3 *RTD civ*. 489.

GOUBAU, D., « Le caractère contraignant de l'obligation alimentaire des parents psychologiques », (1992) 51 *R. du B.* 625.

« Le Code civil du Québec et les concubins : un mariage discret », (1995) 74 *R. du B. can.* 474.

« Une nouvelle ère pour la pension alimentaire entre ex-conjoints au Canada », (1993) 72 *R. du B. can.* 279.

GOUBAU, D. et C. O'NEILL, « L'adoption, l'Église et l'État : les origines tumultueuses d'une institution légale », (1997) 38 *C. de D.* 769.

GOUBAU, D., G. OTIS et D. ROBITAILLE, « La spécificité patrimoniale de l'union de fait : le libre choix et ses "dommages collatéraux" », (2003) 44 *C. de D.* 3.

GROFFIER-ATALA, E., « De la puissance paternelle à l'autorité parentale », (1977) 8 *R.G.D.* 223.

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

HAKIM, E., « Lifestyles Preferences as Determinants of Women's Differentiated Labour Market Careers », (2002) 29 *Work and Occupations* 428.

HALRYNJO, S. et S. T. LYNG, « Preferences, Constraints or Schemas of Devotion ? Exploring Norwegian Mothers' Withdrawals from High-Commitment Careers », (2009) 60 *The British Journal of Sociology* 321.

HAMPLOVÀ, D., C. LE BOURDAIS et É. LAPIERRE-ADAMCYK, « Is the Cohabitation-Marriage Gap in Money Pooling Universal », (2014) 76-5 *Journal of Marriage and Family* 983.

HENDY, D. H. et C. N. STONEBANKS, « Strangers at Law ? The Treatment of Conjoints de fait in the Civil Law of Québec and the Development of unjust Enrichment », (1995) 55 *R. du B*. 71.

ISAKSSON, S., A. SKOOG SVANBERG, G. SYDSJÖ, A. THURIN-KJELLBERG, P.-O. KARLSTROM, N.-G. SOLENSTEN et C. LAMPIC, « Two Decades After Legislation on Identifiable Donors in Sweden : are Recipient Couples Ready to be Open About Using Gametes Gonation ? », (2011) 26-4 *Human Reproduction* 853.

JENSON, J., « La citoyenneté sociale et les nouveaux risques sociaux au Canada : où sont passées les voix des femmes ? », (2006) 62 *Droit et Société* 21.

JOSHI, H. et H. DAVIES, « Pensions, Divorce and Wives' Double Burden », (1992) 6 *Int'l J. L. & Fam.* 289.

JOYAL, R., « La Loi 89 et l'autorité parentale », (1982) 13 *R.G.D.* 97.

« Les obligations familiales et les enfants : de l'exclusion horizontale à l'exclusion verticale ? », (1999) 33 *R.J.T.* 327.

« Parenté, parentalité et filiation. Des questions cruciales pour l'avenir de nos enfants et de nos sociétés », (2006) 5 *Enfances, Familles, Générations* 1.

« Parents, enfants, conjoints : À la recherche d'un sens », (2009) 50 *C. de D.* 361.

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

KISTHARDT, M. K., « Re-thinking Alimony : The AAML's Considerations for Calculating Alimony, Spousal Support or Maintenance », (2008) 21 *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers* 61.

KUNIN, I. L. et J. M. DAVIS, « Protecting Children and the Custodial Rights of Co-Habitants », (2009) 22 *J. Am. Acad. Matrimonial Law* 29.

LANGEVIN, L., « Liberté de choix et protection des conjoints de fait en cas de rupture : difficile exercice de jonglerie », (2009) 54 *R.D. McGill* 697.

« Réponse jurisprudentielle à la pratique des mères porteuses au Québec : une difficile réconciliation », (2010) 26 *Rev. Can. D. Fam.* 171.

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

« L'union de fait comme mariage romain : Rome, l'Église, la France d'Ancien régime », (2014) 48 *R.J.T.U.M.* 89.

LARNER, W., « Neo-Liberalism : Policy, Ideology, Governmentality », (2000) 63 *Studies in Political Economy* 5.

LARZELERE, R. E. et B. R. KUHN, « Comparing Child Outcomes of Physical Punishment and Alternative Disciplinary Tactics : A Meta-Analysis », (2005) 8 *Clinical Child and Family Psychology Review* 1.

LAVALLÉE, C. et M. GIROUX, « Le droit de l'enfant québécois à la connaissance de ses origines évalué à l'aune de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant », (2013) 72 *R. du B.* 147.

LE BOURDAIS, C. et É. LAPIERRE-ADAMCYK, « Changes in Conjugal Life in Canada – Is Cohabitation Progressively Replacing Marriage ? », (2004) 66-4 *Journal of Marriage and Family* 929.

LE BOURDAIS, C., É. LAPIERRE-ADAMCYK et A. ROY, « Instabilité des unions libres : Une analyse comparative des facteurs démographiques », (2014) 55-1 *Recherches sociographiques* 53.

LE BOURDAIS, C., É. LAPIERRE-ADAMCYK et V. HEINTZ-MARTIN, « Composition de la famille et risques d'éclatement des familles recomposées : effet réel ou artefact lié au mode de collecte des données ? », (2013) 42-1 *Cahiers québécois de démographie* 5.

LEBRIS, S., « Procréation médicalement assistée et parentalité à l'aube du 21e siècle », (1994) 1 *C.P. du N.* 133.

LECKEY, R., « Cohabitation and Comparative Method », (2009) 72 *Mod. L. Rev.* 48.

« Developments in Family Law : The 2012-2013 Term », (2014) 64 *S.C.L.R.* 241.

« Families in the Eyes of the Law : Contemporary Challenges and the Grip of the Past », (2009) 15-8 *IRPP Choices* 44.

« Infiniment plus de choses dans la vie que dans la loi. La reconnaissance des mères lesbiennes », (2014) 86 *Droit et société* 115.

« Lesbian Parental Projects in Word and Deed », (2011) 45 *R.J.T.* 315.

« Strange Bedfellows », (2014) 64 *U. of Toronto. L.J.* 641.

« Where the Parents are of the Same Sex : Quebec's Reforms to Filiation », (2009) 23 *Int. J. Law & Fam.* 62.

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

LEFEBVRE, B., « Le conjoint survivant : créancier, héritier ou étranger à la succession en droit québécois », (2013) 2 *Studia Iurisprudentia* 72.

« Le traitement juridique des conjoints de fait : deux poids, deux mesures! », (2001) 1 *C.P. du N.* 223.

LÉGARÉ, M., « Libérations des donations entre vifs entre concubins », (1977) 79 *R. du N.* 278.

MARTIN, C., « Unequal Shadows : Negotiation Theory and Spousal Support Under the Canadian Divorce Act », (1998) 56 *U.T. Fac. L. Rev.* 135.

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

« La présomption de faute du titulaire de l'autorité parentale et les diverses ordonnances de garde de l'enfant », (1988) 33 *R.D. McGill* 257.

MCCOY, J. L., « Spousal Support Disorder : An Overview of Problems in Current Alimony Law », (2006) 33 *Florida State University Review* 501.

McMULLEN, J., « Alimony : What Social Science and Popular Culture Tell Us About Women, Guilt, and Spousal Support after Divorce », (2011-2012) 41 *Duke J. Gender L. & Policy* 41.

MECHOULAN, S., « Divorce Laws and the Structure of the American Family », (2006) 35 *J. Legal Stud.* 143.

MOORE, B., « Culture et droit de la famille : de l'institution à l'autonomie individuelle », (2009) 54 *R.D. McGill* 257.

« La notion de parent psychologique et le Code civil du Québec », (2001) 103 *R. du N.* 115.

« Quelle famille pour le XXI^{e} siècle ? : Perspectives Québécoises », (2003) 20 *Rev. Can. D. Fam.* 57.

MORAL LOPEZ, P., « Les droits successoraux du conjoint survivant en droit espagnol et en droit français comparés », (1959) 11 *R.I.D.C.* 34.

MORIN, C., « La contractualisation du mariage : réflexions sur les fonctions du Code civil du Québec dans la famille », (2008) 49 *C. de D.* 527.

« La liberté de tester : évolution et révolution dans les représentations de la doctrine québécoise », (2008) 38 *R.D.U.S*. 339.

OBADIA, A., « L'incidence des tests d'ADN sur le droit québécois de la filiation », (2005) 45 *R.D. McGill* 483.

OLDHAM, J. T., « ALI Principles of Family Dissolution : Some Comments », (1997) 3 *U. Ill. L. Rev*. 801.

OUELLETTE, F.-R. et A. ROY, « Prendre acte des nouvelles réalités de l'adoption. Coup d'œil sur l'avant-projet de loi intitulé Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale », (2010) 48 *R.J.T.* 7.

OUELLETTE, F.-R. et C. LAVALLÉE, « Le réforme proposée du régime québécois de l'adoption et le rejet des parentés plurielles », (2015) 60-2 *R.D McGill* 295.

OUELLETTE, F.-R. et J. SAINT-PIERRE, « Parenté, citoyenneté et état civil des adoptés », (2011) 14 *Enfances, famille, générations* 51.

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

« Le mandat domestique ou du pouvoir des clefs », (1972-73) 75 *R. du N.* 104.

« Individualisation et modèles de gestion des finances au sein des familles », (2005) 2 *Enfances, Famille, Générations* 1.

PANG, C. G. C., « Slow Baked, Flash-Fried, Not to be Devoured : Development of the Partnership Model of Property Division in Hawaii and Beyond », (1998) 20 *U. Haw. L. Rev.* 311.

PAQUETTE, D., M. BIGRAS et M. CREPALDI, « La violence : un jugement de valeur sur les rapports de pouvoir », (2010) 39 *Revue de psychoéducation* 276.

PARENT, C., M. BEAUDRY, M.-C. SAINT-JACQUES, D. TURCOTTE, C. ROBITAILLE, M. BOUTIN et C. TURBIDE, « Les représentations sociales de l'engagement parental du beau-père en famille recomposée », (2008) 8 *Enfances, Familles, Générations* 154.

PINEAU, J., « L'élaboration d'une politique générale en matière matrimoniale », (1971) 74 *R. du N*. 3.

« La situation juridique des enfants nés hors mariage », (1973) 8 *R.J.T.* 209.

« Les preuves de la filiation », (1981) 22 *C. de D.* 337.

PINEAU, J. et M. OUELLETTE, « La protection de l'enfant dans le droit de la famille », (1978) 9 *R.D.U.S.* 76.

PRATTE, M., « La filiation réinventée : l'enfant menacé ? », (2003) 33 *R.G.D.* 541.

« La possession d'état : un mode de preuve méconnu », (1993) 24 *R.G.D.* 571.

« La présomption de paternité : complice ou rivale de l'acte de naissance », (1986) 17 *R.G.D.* 685.

« Les nouvelles règles relatives à la filiation », (1982) 13 *R.G.D.* 159.

PROVOST, M., « La procréation assistée par relation sexuelle : qu'en est-il si ... », (2005) 7-4 *Bulletin de la Collection du Juriste* 3.

PUIG, P., « Droits fondamentaux et formation du contrat », (2009) 10 *Revue juridique de l'USEK* 159.

QUINONES ESCAMEZ, A., « Conjugalité, Parenté et parentalité : la famille homosexuelle en droit espagnol comparé », (2012) 1 *R.I.D.C.* 57.

ROGERSON, C. et R. THOMSON, « The Canadian Experiment with Spousal Support Guidelines », (2011) 45-2 *Family Law Quaterly : To Stabilize and preserve the family* 241.

ROUILLARD, J., « La place de l'enfant dans l'évolution des lois du Québec et du Canada », (1982) 33 *Critères* 239.

ROY, A., « Affaire Éric c. Lola : Une fin aux allures de commencement », (2013) 1 *C.P. du N* 259.

« D'où viens-je ? – ou la question sans réponse des enfants issus de la procréation médicalement assistée », (2011) *Revue de l'Association internationale des magistrats de la jeunesse et de la famille* 30.

« Famille », (2005) 107 *R. du N.* 1.

« L'encadrement législatif des rapports pécuniaires entre époux : un grand ménage s'impose pour les nouveaux ménages », (2000) 41 *C. de D.* 657.

« La filiation homoparentale : Esquisse d'une réforme précipitée », (2004) 1 *Enfances, Familles, Générations — Revue Internationale* 101.

« La liberté contractuelle des conjoints de fait réaffirmée par la Cour d'appel... Un avant-goût des jugements à venir ? », (2001) 103 *R. du N.* 431.

« Le contrat de mariage en droit québécois : un destin marqué du sceau du paradoxe », (2006) 51 *R.D. McGill* 665.

« Le droit de la famille – une décennie d'effervescence législative », (2003) 105 *R. du N.* 215.

« Les couples de même sexe en droit québécois », (2005) 35 *R.G.D.* 161.

« Les couples de même sexe en droit québécois ou la quête d'une égalité sans compromis », (2005) 65 *Annales de droit de Louvain* 29.

« L'évolution de la politique législative de l'union de fait au Québec – Analyse de l'approche autonomiste du législateur québécois sous l'éclairage du droit comparé », (2012) 1 *C.P. du N.* 235.

« Partenariat civil et couples de même sexe : La réponse du Québec », (2001) 35 *R.J.T.* 663.

« Problématiques en matière de patrimoine familial et fonctions préventives du contrat de mariage », (1996) 1 *C.P. du N.* 156.

« Qu'avez-vous fait de mon contrat de mariage : Je l'ai réinventé! », (2013) 115 *R. du N.* 307.

ROY, N., « L'autorité parentale et l'obligation alimentaire des parents envers leur enfant : deux institutions proposant une conception de l'intérêt de l'enfant et de la famille », (2001) 61 *R. du B.* 51.

SAINT-JACQUES, M.-C., S. DRAPEAU, C. PARENT et É. GODBOUT, « Recomposition familiale, parentalité et beau-parentalité. Constats, limites et prospectives », (2012) 25 *Nouvelles pratiques sociales* 107.

SAVARD, A.-M., « L'établissement de la filiation à la suite du recours à la gestation pour autrui : l'adoption par consentement spécial est-il le moyen approprié en droit québécois », à paraître.

« La filiation et la codification au Québec : une approche psychanalytique », (2005) 46 *C. de D.* 411.

« La nature des fictions juridiques au sein du nouveau mode de filiation unisexuée au Québec; un retour aux sources ? », (2006) 47-2 *C. de D.* 377.

SCHNEER, J. A. et F. REITMAN, « Effects of Alternate Family Structures On Managerial Career Paths », (1993) 36-4 *Academy of Managerial Journal* 830.

SCOTT, E. S., « Marriage, Cohabitation and Collective Responsability for Dependency » (2004) *U. Chi Legal F.* 225.

SCOTT, E. S. et R. E. SCOTT, « From Contract to Status : Collaboration and the Evolution of Novel Family Relationships », (2014) 115 *Columbia Law Review* 293.

SÉRAPHIN, G., « L'accès aux origines : les ressorts d'un débat passionnée », (2009) 5 *Esprit* 82.

SÉRIAUX, A., « Maternités pour le compte d'autrui : la mainlevée de l'interdit ? », (2009) 18 *Recueil Dalloz* 1215.

SHETTY, P., « India's Unregulated Surrogacy Industry », (2012) 380 *The Lancet* 1633.

ST-AMOUR, M., « Les écarts de fécondité selon la situation conjugale au Québec », (2013) 17-2 *Données sociodémographiques en bref (ISQ)* 6.

« Se remarier après un divorce ou le décès d'un conjoint : combien de personnes le font, après combien de temps et avec qui ? », (2012) 17-1 *Données sociodémographiques en bref (ISQ)* 5.

STRAUS, M. A., D. SUGARMAN et J. GILES-SIMS, « Spanking by Parents and Subsequent Antisocial Behavior of Children », (1997) 151 *Archives of Pediatrics and Adolescent Medicine* 761.

TALPIS, J. A., « Quelques réflexions sur le champ d'application international de la Loi favorisant l'égalité économique des époux », (1989) 2 *C.P. du N.* 135.

THÉRY, I., « L'anonymat des dons d'engendrement est-il vraiment "éthique" ? », (2009) 5 *Esprit* 133.

THOMPSON, R., « Ideas of Spousal Support Entitlement », (2014) 34 *C.F.L.Q.* 1.

TREMBLAY, R., « Surrogates in Québec : The Good, the Bad, and the Foreigner », (2015) 27-1 *Can. J. Women & L.* 94.

VALETAS, M.-F., « Le nom des femmes mariées en Europe », (2009) 4 *Grande Europe – La Documentation française.*

VANDELAC, L., « Enjeux cachés. Le cheval de Troie des technologies de reproduction », (2001) 1455 *L'Émilie* 17.

« La famille reconstituée par la biologie : des flous du droit au droit floué ? », (1999) 33 *R.J.T.* 372.

« Sexes et technologies de procréation : "mères porteuses" ou la maternité déportée par la langue... », (1987) 19-1 *Sociologie et Sociétés* 97.

« Technologies de la reproduction; L'irresponsabilité des pouvoirs publics et la nôtre », (1996) 28-2 *Sociologie et sociétés* 59.

VALOIS, J., « Famille traditionnelle et famille moderne, réalité de notre société », (1965) 7 *C. de D*. 149.

VENNE, M., « Des citoyens responsables », (2011) 17 *Télescope* 192.

WEINER, M. H., « Caregiver Payments and the Obligation to Give Care or Share », (2014) 59 *Villanova Law Review* 135.

WILLIAMS, S. H., « Sticky Expectations : Responses to Persistent Over-Optimism in Marriage, Employment Contracts, and Credit Card Use », (2009) 84-2 *N.D. L. Rev.* 733.

Études d'ouvrages collectifs

AGALLOPOULOU, P., « La procréation médicalement assistée, source de bouleversement de la parenté en droit hellénique », dans Brigitte FEUILLET-LIGER et Maria-Claudia CRESPO-BRAUNER (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2014, p. 125.

ANFOUSSE, S., « Prestation compensatoire », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit civil », *Personnes et famille*, fasc. 19, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, 2010, p. 19.

ASLAND, J. et P. HAMBRO, « New Developments and Expansion of Relationships Covered by Norwegian Law », dans Bill ATKIN (dir.), *The International Survey of Family Law*, Bristol, Jordan Publishing, 2009, p. 375.

AUTIN, C., « Gestation pour autrui : expérience d'un centre belge de procréation médicalement assistée », dans Geneviève SCHAMPS et Jehanne SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 9.

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

BEAGUE, M., S.-M. FERRIÉ, J. HOUSSIER et M. SAULIER, « Beau-parent/co-parent », dans Hugues FULCHIRON et Jehanne SOSSON (dir.), *Parenté, filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 71.

BECK, U. et E. BECK-GERNSHEIM, « Individualization and Precarious Freedoms : Perspectives and Controversies of a Subject-oriented Sociology », dans Paul HEELAS, Scott LASH et Paul MORRIS (dir.), *Detraditionalization. Critical Reflexions on Authority and Identity*, Centre for the Study of Cultural Values of Lancaster University, Cambridge and Oxford, Blackwell Publishers Ltd, 1996, p. 23.

BELLEAU, H., « Entre le partage des dépenses et le partage des avoirs : les comptes conjugaux des ménages québécois », dans Hélène BELLEAU et Caroline HENCHOZ (dir.), *L'usage de l'argent dans le couple : pratiques et perceptions des comptes amoureux. Perspective internationale,* Paris, L'Harmattan, 2008, p. 113.

BERNARD, C. et C. CHOQUETTE, « Les incidences de l'identification génétique sur le droit de la filiation québécoise », dans Christiane HENNAU-HUBLET et Bartha Maria KNOPPERS (dir.), *L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'homme : aspects médico-scientifique, éthique et juridique*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 1997, p. 351.

BINETTE CHARBONNEAU, A., « Mariages et nuptialité », dans INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Le bilan démographique du Québec*, *éd. 2014*, Québec, 2014, p. 97.

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

BRIÈRE, G., « L'épouse et l'administration de ses biens », dans Jacques BOUCHER et André MOREL (dir.), *Le droit dans la vie familiale – Livre du centenaire du Code civil*, t. 1, Montréal, P.U.M., 1970, p. 215.

BRUNET, L. et J. SOSSON, « L'engendrement à plusieurs en droit comparé : quand le droit peine à distinguer filiation, origine et parentalité », dans Hugues FULCHIRON et Jehanne SOSSON (dir.), *Parenté, filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 31.

BUREAU, M.-F., « La naissance du droit aux origines », dans Christelle LANDHEER-CIESLAK (dir.), *Mélanges en l'honneur de Édith Deleury*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, à paraître.

CADORET, A., « Maternité et parenté plurielle », dans Diana MARRE, *Adopcion Internacional y Nacional : Familia, educacion y pertenencia : perspectivas interdisciplinares y comparativas*, Barcelona, Universidad Autónoma de Barcelona, 2009, p. 279.

CALLUS, T., « De l'anonymat assuré à l'anonymat affaibli : La (r)évolution du droit anglais en matière de procréation médicalement assistée », dans Brigitte FEUILLET-LIGER (dir.),

Procréation médicalement assistée et anonymat, panorama international, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2008, p. 179.

« La parenté au Royaume-Uni : un droit en évolution face à l'essor des pratiques biomédicales », dans Brigitte FEUILLET-LIGER et Maria-Claudia CRESPO-BRAUNER (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2014, p. 171.

CARBONE, J. et N. CAHN, « Red vs Blue Marriage », dans Marsha GARRISON et Elizabeth S. SCOTT (dir.), *Marriage at the Crossroads. Law, Policy, and the Brave New World of Twenty-First-Century Families*, New York, Cambridge University Press, 2012, p. 9.

CARON, M., « De la physionomie, de l'évolution et de l'avenir du Code civil », dans Jacques BOUCHER et André MOREL (dir.), *Le droit dans la vie familiale – Livre du centenaire du Code civil,* t. 1, Montréal, P.U.M., 1970, p. 3.

CIOTOLA, P., *Les donations par contrat de mariage*, dans Chambre des notaires du Québec, Répertoire de droit, « Droit de la famille », Doctrine – Document 6, Montréal, 1988.

CLIVE, E. M., « Marriage : An Unnecessary Legal Concept ? », dans John M. EEKELAAR et Sanford N. KATZ (dir.), *Marriage and cohabitation in Contemporary Societies*, Londres, Butterworths, 1980, p. 175.

CLOUET, J., « Le statut juridique du beau-parent en droit civil québécois. Perspectives législatives et jurisprudentielles », dans Vincent CARON, Gabriel-Arnault BERTHOLD, Charlotte DESLAURIERS-GOULET et Jérémie TORRES-CEYTE (dir.), *Les oubliés du Code civil du Québec*, Montréal, Éditions Thémis, 2015, p. 51.

COMMAILLE, J., « Préface », dans Brigitte FEUILLET-LIGIER et Maria-Claudia CRESPO-BRAUNER (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2014. p. 5.

« Une sociologie politique du droit de la famille – Des référentiels en tension : émancipation, institution, protection », dans Jacqueline POUSSON-PETIT (dir.), *Liber Amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein – Droit comparé des personnes et de la famille,* Bruxelles, Éditions Bruylant, 1998, p. 83.

COOK, G. C.A., « Economic Issues in Marriage Breakdown », dans Rosalie S. ABELLA et Claire L'HEUREUX-DUBÉ (dir.), *Family Law : Dimensions of Justice*, Londres, Butterworths, 1983, p. 19.

CÔTÉ, P.-A. et D. JUTRAS, « Le droit transitoire relatif à la réforme du Code civil », dans BARREAU DU QUÉBEC et CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil*, t. 3, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 935.

CRÉPEAU, P.-A., « La renaissance du droit civil canadien », dans Jacques BOUCHER et André MOREL (dir.), *Le droit dans la vie familiale – Livre du centenaire du Code civil*, t. 1, Montréal, P.U.M., 1970, p. XIII.

« Préface », dans OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 1, Québec, 1977, p. XXV.

CYR, H., « La conjugalité dans tous ses états : La validité constitutionnelle de l'union civile sous l'angle du partage des compétences constitutionnelles », dans Pierre-Claude LAFOND et Brigitte LEFEBVRE (dir.), *L'union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21e siècle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 193.

DÉCHAUX, J.-H., « Les défis des nouvelles techniques de reproduction : comment la parenté entre en politique », dans Brigitte FEUILLET-LIGER et Maria-Claudia CRESPO-BRAUNER (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2014, p. 313.

DEKEUWER-DEFOSSEZ, F., « La filiation en question », dans *Inventons la famille !*, coll. « Société », Paris, Bayard, 2001, p. 12.

DELAISI DE PARSEVAL, G., « L'anonymat des dons en AMP : un point de vue de psychanalyste. L'anonymat évite la vérité psychique du don », dans Brigitte FEUILLET-LIGER (dir.), *Procréation médicalement assistée et anonymat, panorama international*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2008, p. 55.

DELEURY, E., « Filiation, parenté, identité : rupture ou continuité ? », dans CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME (dir.), *Sortir la maternité du laboratoire : Actes du forum international sur les nouvelles technologies de la reproduction*, Québec, Conseil du statut de la femme, 1988, p. 164.

« Le droit de la procréation artificielle au Québec présent et futur », dans Claudine BOURG (dir.), *L'infertilité – Procréation médicalement assistée – Adoption, filiation – Questions éthiques, psychologiques, juridiques et scientifiques*, Bruxelles, De Boeck-Wesmael, 1992, p. 91.

DEMERS, E. et A. RUFFO, « La genèse du concept de l'autorité parentale et de l'intérêt de l'enfant en droit civil français et québécois », dans H. Patrick GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 263.

DERÈSE, M.-N., « L'accès à la gestation pour autrui », dans Geneviève SCHAMPS et Jehanne SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 293.

DE SINGLY, F., « L'éthique dans une société "individualiste" », dans Françoise-Romaine OUELLETTE, Renée JOYAL et Roch HURTUBISE (dir.), *Familles en mouvance : quels enjeux éthiques ?,* I.Q.R.C., coll. « Culture et Société », Québec, P.U.L., 2005, p. 21.

DNES, A. W., « Rational Decision-making and Intimate Cohabitation », dans Joanna MILES et Rebecca PROBERT (dir.), *Sharing Lives, Dividing Assets. An Inter-Disciplinary Study*, Oxford, Hart Publishing, 2009, p. 285.

DOS REIS, E., G. RUFFIEUX, J. REREL et G. WILLEMS, « La maternité de substitution », dans Hugues FULCHIRON et Jehanne SOSSON (dir.), *Parenté, filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 169.

DUPUIS, M., « La gestation pour autrui : brève note anthropologique », dans Geneviève SCHAMPS et Jehanne SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 35.

EEKELAAR, J., « Empowerment and Responsability : The Balance Sheet Approach in the Principles and English Law », dans Robin FRETWELL (dir.), *Reconceiving the Family : Critique on the ALI's Principles of Law of Family Dissolution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 433.

EEKELAAR, J., « Personal Obligations », dans Mavis MACLEAN (dir.), *Family Law and Family Values*, Onati International series in Law and Society, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2005, p. 9.

« The Importance of Thinking that Children Have Rights », dans Philip ALSTON, Stephen PARKER et John A. SEYMOUR (dir.), *Children, Rights and the Law*, Oxford, Oxford University Press, 1992, p. 234.

ELLMAN, I. M. et S. L. BRAVER, « Should Marriage Matter ? », dans Marsha GARRISON et Elizabeth S. SCOTT (dir.), *Marriage at the Crossroads. Law, Policy, and the Brave New World of Twenty-First-Century Families*, New York, Cambridge University Press, 2012, p. 170.

FEUILLET-LIGER, B., « Avant-propos », dans Brigitte FEUILLET-LIGIER et Maria-Claudia CRESPO-BRAUNER (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2014, p. 5.

« Procréation médicalement asssitée et anonymat : au-delà des divergences », dans Brigitte FEUILLET-LIGER (dir.), *Procréation médicalement assistée et anonymat, panorama international*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2008, p. 303.

FISHER, H. et H. LOW, « Who Wins, Who Loses and Who Recovers from Divorce ? », dans Joanna MILES et Rebecca PROBERT (dir.), *Sharing Lives, Dividing Assets. An inter-Disciplinary Study*, Oxford, Hart Publishing, 2009, p. 227.

FLOUR, J., « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », dans *Mélanges Ripert*, t. 2, Paris, L.G.D.J., 1950, p. 93.

FORTIN, D., *Évolution du droit de la famille : filiation, rapports personnels et rapports patrimoniaux entre conjoints*, dans Chambre des Notaires du Québec, *Le manuel du notaire*, Partie I, Traité – Formulaire, Montréal, 1975, p. 19.

FURKEL, F., « L'identification possible des donneurs de gamètes en République fédérale d'Allemagne. Un principe controversé aux effets dérangeants », dans Brigitte FEUILLET-LIGER (dir.), *Procréation médicalement assistée et anonymat, panorama international*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2008, p. 95.

« L'incidence de la biomédecine sur la parenté ou le triomphe de l'amour sur la vérité biologique », dans Brigitte FEUILLET-LIGER et Maria-Claudia CRESPO-BRAUNER (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2014, p. 23.

GALLUS, N., « La validité de la convention de gestation pour autrui en droit belge actuel », dans Geneviève SCHAMPS et Jehanne SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 181.

GARRISON, M., « La procréation médicalement assistée (PMA) aux États-Unis : un Far West de la filiation », dans Brigitte FEUILLET-LIGER et Maria-Claudia CRESPO-BRAUNER (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2014, p. 241.

GENICOT, G., « Gestation pour autrui, autonomie personnelle et maîtrise corporelle : plaidoyer pour un droit neutre et libéré », dans Geneviève SCHAMPS et Jehanne SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 155.

GIROUX, M., « Le droit fondamental de connaître ses origines biologiques », dans Tara COLLINS, Rachel GRONDIN, Veronica PINERO, Marie PRATTE et Marie-Claude ROBERGE (dir.), *Droit de l'enfant*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2008, p. 355.

GLENDON, M. A., « Foreword », dans Robin FRETWELL WILSON (dir.), *Reconceiving the Family : Critique on the ALI's Principles of Law of Family Dissolution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. xiii.

GOUBAU, D., « Biomédecine et droit de la filiation au Canada : entre audace et retenue », dans Brigitte FEUILLET-LIGER et Maria-Claudia CRESPO-BRAUNER (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2014, p. 221.

« Le devoir de solidarité des parents psychologiques et les fondements possibles de leur éventuelle obligation alimentaire », dans Hugues FULCHIRON (dir.), *Les solidarités entre générations. Solidarities between Generations*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 163.

« Le droit de la famille au Québec : un exemple de construction juridique par des apports de droit externe », dans H. Patrick GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 245.

« Le statut du tiers significatif dans les "familles recomposées" », dans S.F.P.B.Q., vol. 340, *Développements récents en droit familial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 1.

« Livre deuxième : de la famille », dans Marie-France BUREAU et Mathieu DEVINAT (dir.), *Les Livres du Code civil du Québec*, Sherbrooke, Les Éditions Revue de Droit, 2014, p. 73.

« Mesures de protection de la résidence familiale », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit civil », *Personnes et famille*, fasc. 16, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, 2010.

« Relations grands-parents/petits-enfants : un juste équilibre entre l'intérêt légitime et l'intrusion », dans S.F.P.B.Q., vol. 58, *Développements récents en droit familial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 67.

GUY, M., « De l'accession de la femme au gouvernement de la famille », dans Jacques BOUCHER et André MOREL (dir.), *Le droit dans la vie familiale – Livre du centenaire du Code civil (1)*, Montréal, P.U.M., 1970, p. 199.

HAYAKAWA, S., « Impact du développement de la procréation médicalement assistée sur le droit de la filiation au Japon », dans Brigitte FEUILLET-LIGER et Maria-Claudia CRESPO-BRAUNER (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2014, p. 279.

HENCHOZ, C., « Le couple et l'argent : quand l'amour produit et reproduit des rapports de pouvoir et d'inégalités », dans Hélène BELLEAU et Caroline HENCHOZ (dir.), *L'usage de l'argent dans le couple : pratiques et perceptions des comptes amoureux. Perspective internationale,* Paris, L'Harmattan, 2008, p. 31.

JARRY, J., « L'obligation alimentaire entre époux et conjoints unis civilement », dans Collection de droit 2009-10, École du Barreau du Québec, vol. 3, *Personnes, famille et successions,* Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 4.

JEANCLOS, Y., « Formalisme et consensualisme : la sempiternelle querelle du droit des contrats », dans *Hommages à G. Boulvert*, Nice, Service d'édition scientifique - Université de Nice, 1987, p. 333.

JUBY, H., N. MARCIL-GRATTON et C. LE BOURDAIS, « Une nouvelle étape de la vie familiale : la naissance d'un enfant en famille recomposée », dans *Rapport sur l'état de la population du Canada*, Ottawa, Statistique Canada, 2000, p. 177.

KASIRER, N., « Note introductive », dans CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, *Dictionnaire de droit privé de la famille et lexiques bilingues*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999.

« Préface », dans Marie-France BUREAU, *Le droit de la filiation entre ciel et terre : étude du discours juridique québécois*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009.

« What is *vie commune* ? Qu'est-ce que *Living Together* ? » dans *Mélanges offerts par ses collègues de McGill à Paul-André Crépeau*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 487.

KERNALEGUEN, F., « Les incidences de la biomédecine sur la parenté en droit français : reconsidérer la parenté », dans Brigitte FEUILLET-LIGER et Maria-Claudia CRESPO-BRAUNER (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2014, p. 107.

KIROUAK, M. C., « Le projet parental et les nouvelles règles relatives à la filiation : une avancée ou un recul quant à la stabilité de la filiation ? », dans S.F.P.B.Q., vol. 229, *Développements récents en droit familial (2005)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 369.

KROPPENBERG, I., « Should the Surviving Cohabitant Be Given Hereditary Rights to the Estate of the Deceased ? A European Quest », dans Torstein FRANTZEN (dir.), *Inheritance Law - Challenges and Reform*, Verlag, BWV, 2013, p. 73.

KUNSTMANN, J.-M., « L'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur : Remise en cause de l'anonymat ? », dans Brigitte FEUILLET-LIGER (dir.), *Procréation médicalement assistée et anonymat, panorama international*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2008, p. 1.

LALONDE, C., « Le partage et certains recours en cas de litige conjugal », dans Collection de droit 2014-2015, École du Barreau du Québec, vol. 3, *Personnes, famille et successions*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 435.

LASALLE, R., « 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 (2000)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 99.

LE BOURDAIS, C. et É. LAPIERRE-ADAMCYK, « Portrait des familles québécoises à l'horizon 2020. Esquisse des grandes tendances démographiques », dans Gilles PRONOVOST, Chantale DUMONT et Isabelle BITAUDEAU (dir.), *La famille à l'horizon 2020*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2008, p. 71.

LE BRETON, D., « La question anthropologique de la gestation pour autrui », dans Brigitte FEUILLET-LIGER et Maria-Claudia CRESPO-BRAUNER (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2014. p. 337.

LEFEBVRE, B., « L'évolution de la notion de conjoint de fait en droit québécois », dans Pierre-Claude LAFOND et Brigitte LEFEBVRE (dir.), *L'union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21e siècle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 12.

« L'union de fait », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit civil », *Personnes et famille*, fasc. 28, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, 2010.

« L'union de fait : enjeux de l'encadrement dans un contexte successoral », dans Alain-Charles VAN GYSEL (dir.), *Conjugalités et discriminations*, Paris, L.G.D.J., 2012, p. 105.

MALENFANT, Romaine, « Concilier travail et maternité : un sens, des pratiques, des effets », dans Francine DESCARRIES et Christine CORBEIL (dir.), *Espaces et temps de la maternité*, Montréal, Éditions du Remue-Ménage, 2002, p. 478.

MANAÏ, D., « La procréation médicalement assistée en droit suisse : vérité sur la conception et l'identité du donneur de gamètes », dans Brigitte FEUILLET-LIGER (dir.), *Procréation médicalement assistée et anonymat, panorama international*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2008, p. 261.

MARTIN, C., « Couple et famille au prisme des inégalités : le retour de la question sociale », dans Claudine BURTON-JEANGROS, Christian LALIVE D'EPINAY et Eric WIDMER (dir.), *Interactions familiales et constructions de l'intimité. Hommages à Jean Kellerhals*, coll. « Questions sociologiques », Paris, L'Harmattan, 2007, p. 113.

MASSE, C., « La responsabilité civile », dans Barreau du Québec, *La réforme du Code civil*, t. II, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 235.

MATHIEU, G., « La place du donneur d'engendrement », dans Hugues FULCHIRON et Jehanne SOSSON (dir.), *Parenté, filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 135.

MEHL, D., « L'anonymat en question », dans Brigitte FEUILLET-LIGER (dir.), *Procréation médicalement assistée et anonymat, panorama international*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2008, p. 69.

MEULDERS-KLEIN, M.-T., « Les empreintes génétiques et la filiation : la fin d'une énigme ou la fin des dilemmes ? », dans Christine HENNAU-HUBLET et Bartha Maria KNOPPERS, *L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'homme : aspects médico-scientifique, éthique et juridique*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 1997, p. 397.

« Réflexions sur les destinées de la possession d'état d'enfant », dans *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet Weiller. Droit des personnes et de la famille. Liber Amicorum*, Strasbourg et Paris, Presses Universitaires de Strasbourg et L.G.D.J., 1994, p. 319.

MILES, J. et R. PROBERT, « Sharing Lives, Dividing Assets : Legal Principles and real Life », dans Joanna Miles and Rebecca PROBERT (dir.), *Sharing Lives, Dividing Assets : An Inter-Disciplinary Study,* Oxford, Hart Publishing, 2009, p. 3.

MOORE, B., « Auprès de ma blonde », dans Brigitte LEFEBVRE et Antoine LEDUC (dir.), *Mélanges Pierre Ciotola*, Montréal, Éditions Thémis, 2013, p. 359.

« Les enfants du nouveau siècle (libres propos sur la réforme de la filiation », dans S.F.P.B.Q., vol. 176, *Développements récents en droit familial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 75.

« Maternité de substitution et filiation en droit québécois », dans *Liber Amicorum – Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Paris, Dalloz, 2013, p. 859.

« Passé et avenir de l'union de fait : entre volonté et solidarité », dans *Conférence des juristes de l'État 2013*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 65.

« Variations chromatiques : l'union de fait entre noir et blanc », dans Benoît MOORE et Générosa BRAS MIRANDA (dir.), *Mélanges Adrian Popovici – Les couleurs du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 2010, p. 101.

MORIN, M., « De la reconnaissance officielle à la tolérance des religions : l'état civil et les empêchements de mariage de 1628 à nos jours», dans Jean-François GAUDREAULT-DESBIENS (dir.), *Le droit, la religion et le « raisonnable »,* Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 53.

« La perception de l'ancien droit et du nouveau droit français au Bas-Canada, 1774-1866 », dans H. Patrick GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 1.

MURAT, P., « Passer par la filiation ou dépasser la filiation », dans Hugues FULCHIRON et Jehanne SOSSON (dir.), *Parenté, filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 259.

NANCLARES VALLE, J. et V. SAN JULIAN PUIG, « Les incidences de la biomédecine sur la parenté et l'identité sexuelle en Espagne », dans Brigitte FEUILLET-LIGER et Maria-Claudia CRESPO-BRAUNER (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2014, p. 83.

NEIRINCK, C., « De la parenté à la parentalité », dans *De la parenté à la parentalité*, coll. « Maison des droits de l'enfance », Ramonville, Éditions Érès, 2001, p. 15.

« La qualification du donneur dans l'assistance médicale à la procréation », dans Hugues FULCHIRON et Jehanne SOSSON (dir.), *Parenté, filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 273.

NOREAU, P., « Famille séparées et ruptures du droit : du mélange des genres familiaux à la redéfinition du droit de la famille », dans ASSOCIATION INTERNATIONALE FRANCOPHONE DES INTERVENANTS AUPRÈS DES FAMILLES SÉPARÉES (AIFI), *Les nouveaux sentiers des familles séparées : un défi pour les intervenants*, Montréal, 2004, p. 209.

« Formes et significations de la vie familiale : des liens entre famille, espace public et le droit », dans CONSEIL DE LA FAMILLE, *Démographies et famille, les impacts sur la société de demain*, Québec, Conseil de la famille, 2001, p. 45.

NORMAND, S., « La codification de 1866 : contexte et impact », dans H. Patrick GLENN, (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 43.

ORFALI, K., « PMA et levée de l'anonymat : la Suède entre une tradition de transparence et un statut novateur de l'enfant », dans Brigitte FEUILLET-LIGER (dir.), *Procréation médicalement assistée et anonymat, panorama international*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2008, p. 251.

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

PACAUT, P. et M. ST-AMOUR, « Mariages et nuptialité », dans INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Le bilan démographique du Québec, éd. 2013*, Québec, 2013, p. 89.

PÉRON, Y., « Du mariage obligatoire au mariage facultatif », dans Victor PICHÉ et Céline LE BOURDAIS (dir.), *La démographie québécoise. Enjeux du XX^e^ siècle*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2003, p. 110.

PHILIPS-NOOTENS, S. et C. LAVALLÉE, « De l'état inaliénable à l'instrumentalisation : la filiation en question », dans Pierre-Claude LAFOND et Brigitte LEFEBVRE (dir.), *L'union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21^e^ siècle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 337.

PICHARD, C., « La place de qui participe au projet parental d'autrui », dans Hugues FULCHIRON et Jehanne SOSSON (dir.), *Parenté, filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 285.

PRATTE, M., « Filiation par le sang », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit civil », *Personnes et famille*, fasc. 29, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, 2011.

« La situation juridique de la famille de 2020 », dans Gilles PRONOVOST, Chantale DUMONT et Isabelle BITAUDEAU (dir.), *La famille à l'horizon de 2020*, Trois-Rivières, P.U.Q., 2008, p. 401.

« Le nouveau Code civil du Québec : Quelques retouches en matière de filiation », dans Ernest CAPARROS (dir.), *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, p. 283.

« Solidarité familiale en droit privé québécois : les principales tendances », dans *Droit de la personne : Solidarité et bonne foi*, Actes des Journées Strasbourgeoises 2000, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 177.

PRÉMONT, M.-C. et M. BERNIER, « Union de fait – vs – mariage : un engagement distinct qui engendre des conséquences distinctes », dans S.F.P.B.Q., vol. 140, *Développements récents sur l'union de fait (2000)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 125.

PROVOST, M., « La procréation assistée », dans *Droit de la famille québécois,* Brossard, Éditions CCH.

« Les types de filiation », dans *Droit de la famille québécois*, Brossard, Éditions CCH.

RICHER, D., « Les enfants qui ne sont pas les miens », dans S.F.P.B.Q., vol. 37, *Développements récents en droit familial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 152.

ROY, A., « L'adoption intrafamiliale : Une institution à remanier en fonction des besoins identitaires de l'enfant », dans S.F.P.B.Q., vol. 273, *Développements récents en droit familial (2007)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 1.

« Déjudiciarisation et divorce consensuel : perspectives socio-juridiques », dans Nicholas KASIRER et Pierre NOREAU (dir.), *Sources et instruments de justice en droit privé*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 287.

ROY, O., « Le droit de connaître ses origines et la Cour européenne des droits de l'homme : l'affaire Odièvre contre France », dans Peter LODRUP et Eva MODVAR (dir.), *Family Life and Human Rights*, Trondhein, Gyldendal Norsk Forlag, 2004, p. 603.

SCHAMPS, G., « Les incidences de la biomédecine sur la parenté : le hiatus entre les actes liés à la procréation médicalement assistée et l'établissement de la filiation en droit belge », dans Brigitte FEUILLET-LIGER et Maria-Claudia CRESPO-BRAUNER (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2014, p. 55.

SCHAMPS, G. et G. WILLEMS, « La convention de gestation pour autrui entre autonomie de la volonté, ordre public et droits fondamentaux : quelles garanties formelles et substantielles ? », dans Geneviève SCHAMPS et Jehanne SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 326.

SCHAMPS, G. et J. SOSSON, « Introduction », dans Geneviève SCHAMPS et Jehanne SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 1.

SCOTT, E., « Domestic Partnerships, Implied Contracts and Law Reform », dans Robin FRETWELL WILSON, *Reconceiving the Family : Critique on the ALI's Principles of Law of Family Dissolution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 331.

SIJMONS, J. G., « Anonymat de gamètes selon le droit néerlandais », dans Brigitte FEUILLET-LIGER (dir.), *Procréation médicalement assistée et anonymat, panorama international*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2008, p. 231.

SOSSON, J., « Les enfants de concubins. Aspects de droit comparé », dans *Études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi. Des concubinages. Droit interne – Droit international – Droit comparé*, Paris, Litec, 2002, p. 393.

SOSSON, J. et G. MATHIEU, « L'enfant né d'une gestation pour autrui : quelle filiation ? Quels liens avec la mère porteuse ? », dans Geneviève SCHAMPS et Jehanne SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?,* Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 375.

SUTHERLAND, E. E., « Imperatives and Challenges in Child and Family Law. Commonalities and Disparities », dans Elaine E. SUTHERLAND (dir.), *Future of Child and Family Law. International Predictions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 1.

« Marriage of Principle and Pragmatism », dans Elaine E. SUTHERLAND (dir.), *The Future of Child and Family Law. International Predictions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 363.

SVERDRUP, T., « Compensating Gain and Loss in Marriage : A Scandanavian Comment on the ALI Principles », dans Robin FRETWELL (dir.), *Reconceiving the Family : Critique on the ALI's Principles of Law of Family Dissolution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 472.

« Norway. Equal Rights at Any Costs ? », dans Elaine SUTHERLAND (dir.), *The Future of Child and Family Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 296.

THÉRY, I., « Engendrement et filiation au temps du démariage », dans Hugues FULCHIRON et Jehanne SOSSON (dir.), *Parenté, filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 329.

« Individu, parenté et droits de l'homme », dans Françoise-Romaine OUELLETTE, Renée JOYAL et Roch HURTUBISE (dir.), *Familles en mouvance : quels enjeux éthiques ?,* coll. « Culture et Société », I.Q.R.C., Québec, P.U.L. 2005, p. 379.

TIBERGHIEN, P., « Présentation de Pauline Tiberghien du 30 novembre 2006 », dans *VIII èmes journées annuelles de la Société de Médecine de la Reproduction. Dons de gamètes et d'embryons; faut-il remettre l'anonymat en question ?*, Paris, Procréation médicalement anonyme, 2006, p. 5.

TRAHAN, A.-M., « Les droits de l'enfant, la Convention des Nations Unies et l'arrêt Baker : une trilogie porteuse d'espoir », dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 151.

TREMBLAY, M.-A., « Le rajeunissement du Code civil : une entreprise multidisciplinaire », dans Jacques BOUCHER et André MOREL (dir.), *Le droit dans la vie familiale – Livre du centenaire du Code civil*, t. 1, Montréal, P.U.M., 1970, p. 67.

TREMBLAY, R., « Les dispositions relatives à l'application de la loi dans le temps », dans Richard TREMBLAY (dir.), *Éléments de légistique, Comment rédiger les lois et les règlements*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 715.

VERSCHELDEN, G. et L. PLUYM, « Chronique de jurisprudence belge concernant la gestation pour autrui (droit interne) », dans Geneviève SCHAMPS et Jehanne SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 196.

WILLEMS, G. et J. SOSSON, « Légiférer en matière de gestation pour autrui : quelques repères en droit comparé et international », dans Geneviève SCHAMPS et Jehanne SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 239.

Rapports d'expertise

DEKEUWER-DEFOSSEZ, F., *Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Rapport au Garde des sceaux, Ministre de la justice, Paris, La Documentation française, 1999.

IPSOS DESCARIE, « Sondage sur l'union libre », *Rapport de recherche pour la Chambre des notaires du Québec*, Montréal, Octobre 2007, Dossier 07-204.

J&J RESEARCH ASSOCIATES, *Evaluation of the Divorce Act 1985 – Phase II : Monitoring and Evaluation,* preparé pour le Ministère de la Justice du Canada, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 1990.

JUBY, H., N. MARCIL-GRATTON et C. LE BOURDAIS, *Et la vie continue : expansion du réseau familial après la séparation des parents*, Rapport soumis à la Section de la famille, des enfants et des adolescents, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 2005.

Les parents se séparent : Nouveaux résultats de l'Enquête longitudinale nationale sur les enfants et les jeunes, Rapport soumis à la Section de la famille, des enfants et des adolescents, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 2005.

LAPIERRE-ADAMCYK, E. et C. LE BOURDAIS, avec la collaboration de Valerie MARINT et Paul-Marie HUOT, *La diversification de la structure et de la composition des familles au Canada*, Rapport final soumis à la Direction de la recherche sur la politique stratégique, Ottawa, Ministère des ressources humaines et développement social Canada, 2008.

LAPLANTE, B., *Le rôle de l'ordonnance alimentaire au profit d'un époux dans la conception québécoise du divorce*, Rapport préparé pour le ministère de la Justice, 2015.

LE BOURDAIS, C. et É. LAPIERRE-ADAMCYK, *L'union libre au Canada et au Québec – Point de vue démographique*, Rapport soumis à la Direction du contentieux, Montréal, Ministère de la Justice du Québec, 2008.

PRAIRIE RESEARCH ASSOCIATES*, Assessing the Impact of the Spousal Support Advisory Guidelines (SSAG)*. *Final Report*, preparé pour le Ministère de la Justice du Canada, Ottawa, 2012.

ROY, A., *L'évolution de la politique législative de l'union de fait au Québec. Analyse de l'approche autonomiste du législateur québécois sous l'éclairage du droit comparé*, Rapport d'expertise fourni le 30 juin 2008 au Ministre de la Justice du Québec – Procureur général du Québec.

SAINT-JACQUES, M.-C., S. DRAPEAU, C. PARENT, M.-È. ROUSSEAU, É. GODBOUT, M.-C. FORTIN et T. KOURGIANTAKIS, *Conséquences et facteurs de résilience pour les familles recomposées*, Rapport déposé à Ressources humaines et Développement des compétences Canada, Ottawa, Direction de la recherche en politiques, Ottawa, 2009.

THÉRY, I., *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Rapport du groupe de travail « Filiation, origines, parentalité », Irène THÉRY (prés.), Paris, Ministère des affaires sociales et de la santé et Ministère délégué chargé de la famille, 2014.

Articles de journaux

BBC NEWS, « Parted-at-birth Twins "Married" », Royaume-Uni, *BBC News*, 11 janvier 2008.

CHABAS, C., « En Europe, les "boîtes à bébés" se multiplient », Paris, *Le Mond*e, 11 juin 2012.

DEHESDIN, C., « L'ONU s'inquiète des "boîtes à bébé" où les Européens abandonnent anonymement leurs enfants », Paris, *Slate*, 11 juin 2002.

EVANST, S., « The "baby box" returns to Europe », Londres, *BBC*, 26 juin 2012.

GHALI, S., « C'est désormais l'enfant qui fonde la famille », Bruxelles, *Le Vif/L'Express*, 24 janvier 2014.

GRUDA, A., « Ventre à louer en Inde », Montréal, *La Presse*, 19 octobre 2014.

LACHAPELLE, J., « Mère porteuses : il faut changer la loi, selon un expert », Montréal, *La Presse*, 19 mars 2009.

LECKEY, R., « Conjoints de fait et à bien y penser », Montréal, *La Presse*, 12 juin 2014.

LWIN, T., « Men Whose Wives Work Earn Less Studies Show », New York, *New York Times*, 12 octobre 1994.

NORMAND, G., « Inauguration de "boîtes à bébés" abandonnés à Edmonton », Edmonton, *Radio-Canada*, 6 mai 2013.

RADIO-CANADA, « Les "boîtes pour bébé" comme celle de Vancouver critiquées par l'ONU », Vancouver, *Radio-Canada*, 13 juin 2012.

RENAUD, A., « Des boîtes pour bébés abandonnés dans l'Indiana », Montréal, *Journal de Montréal*, 14 mars 2015.

ROY, A., « Correction parentale : un vestige gênant », Montréal, *La Presse*, 28 janvier 2011.

Documents gouvernementaux et rapports d'organismes publics et parapublics

ASSOCIATION MÉDICALE CANADIENNE, (Louis Hugo FRANCESCUTTI (prés.)), *Lettre d'appui au projet de loi S-206, Loi modifiant le Code criminel*, Ottawa, 8 juillet 2014.

BARREAU DU QUÉBEC, *Mémoire du Barreau du Québec. Projet de loi 84 (2002) – Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, Montréal, Barreau du Québec, 2002.

Qu'est-ce que la justice participative ?

« Rapport du Comité sur les nouvelles technologies de reproduction », (1988) 48-2 *R. du B.* 30.

CENTRE HOSPITALIER DE L'UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL, *Mémoire déposé au Commissaire à la santé et au bien-être dans le cadre de la consultation publique sur le programme québécois de procréation assistée*, Montréal, 21 juin 2013.

CENTRE INTERNATIONAL DE RÉFÉRENCE POUR LES DROITS DE L'ENFANT PRIVÉ DE FAMILLE, « Les "boîtes à bébé" : un mode d'abandon polémique », (2012) 5 *Bulletin mensuel* 1.

CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, « Conjoints de fait : la Chambre des notaires du Québec sensibilise les Québécois », Montréal, 22 mars 2013.

« Plus de 50 % des conjoints de fait se croient protégés alors qu'ils ne le sont pas ! », Sondage réalisé par Ipsos Descarie, Montréal, 19 novembre 2007.

COMITÉ CONSULTATIF DE BIOÉTHIQUE DE BELGIQUE, *Avis n° 29 du 21 juin 2004 relatif au don d'embryon.*

Avis n° 30 du 5 juillet 2004 relatif à la gestion pour autrui (mères porteuses).

COMITÉ CONSULTATIF SUR L'ACCESIBILITÉ À LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Orientations et priorités 2013-2014*, Rapport.

COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, *Rapport préliminaire*, Québec, Ministère de la Justice du Québec, 19 octobre 2013.

COMITÉ D'ACTION SUR L'ACCÈS À LA JUSTICE EN MATIÈRE CIVILE ET FAMILIALE, *L'accès à la justice en matière civile et familiale. Une feuille de route pour le changement*, Rapport final, Ottawa, octobre 2013.

COMMISSAIRE À LA SANTÉ ET AU BIEN-ÊTRE, *Avis synthèse sur les activités de procréation assistée au Québec*, Québec, Gouvernement du Québec, 2014.

COMMISSION DE L'ÉTHIQUE DE LA SCIENCE ET DE LA TECHNOLOGIE, *Avis éthique et procréation assistée : des orientations pour le don de gamètes et d'embryons, la gestation pour autrui et le diagnostic préimplantatoire*, Québec, Gouvernement du Québec, 2009.

COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Document de travail no. 38 portant sur l'agression*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et services, 1984.

COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DE LA JEUNESSE, *Réaction de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse au jugement de la Cour suprême sur l'article 43 du Code criminel*, Montréal, Commission des droits de la personne et de la jeunesse, 2004.

COMMISSION DES QUESTIONS SOCIALE DE LA SANTÉ ET DE LA FAMILLE, *Interdire le châtiment corporel des enfants en Europe*, Doc. 10199, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 4 juin 2004.

COMMISSION DU DROIT DU CANADA, *Au-delà de la conjugalité. La reconnaissance et le soutien des rapports de nature personnelle entre adultes,* Ottawa, 2001.

COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *Rapport final – Un virage à prendre en douceur*, vol. 1, Ottawa, Ministère des services gouvernementaux, 1993.

Rapport final – Un virage à prendre en douceur, vol. 2, Ottawa, Ministère des services gouvernementaux, 1993.

CONSEIL D'ÉTAT, *La révision des lois de bioéthique*, Les études du Conseil d'État, Paris, La Documentation française, 2009.

CONSEIL DE LA FAMILLE ET DE L'ENFANCE, *L'engagement des pères. Le rapport 2007-2008 sur la situation et les besoins des familles et des enfants*, Québec, Publications du Québec, 2008.

Réaction au Plan d'action gouvernemental en matière de politique familiale 1989-1991 – Familles en tête, Avis 1990, Québec, 1er février 1990.

COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, *Concluding observations on the combined second to fourth periodic reports of Switzerland*, Doc. N.U. CRC/C/CHE/CO/2-4, 4 février 2015.

Examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 44 de la Convention, Observations finales du Comité des droits de l'enfant : Canada, Doc. N.U. CRC/C/15/Add.215, 27 octobre 2003.

Examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 44 de la Convention. Observations finales du Comité des droits de l'enfant : Canada, Doc. N.U. CRC/C/15/Add.37, 20 juin 1995.

Examen des rapports soumis par les États parties en application de l'article 44 de la Convention – Observations finales : République tchèque, Doc. N.U. CRC/C/CZE/CO/3-4, 4 août 2011.

Observations finales du Comité des droits de l'enfant, Norvège, Doc. N.U. CRC/C/ 15/Add.23, 18 et 19 avril 1994.

Observations finales sur les troisième et quatrième rapports périodiques du Canada, soumis en un seul document, adoptées par le Comité à sa soixante et unième session (17 septembre-5 octobre 2012), Doc. N.U. CRC/C/CAN/co/3-4, 6 décembre 2012.

COMITÉ PERMANENT DE LA SANTÉ DE LA CHAMBRE DES COMMUNES, Bonnie BROWN (prés.), *Assistance à la procréation : bâtir la famille*, Ottawa, Comité permanent de la santé, 2001.

CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Mémoire présenté à la Commission parlementaire sur la réforme du droit de la famille*, Québec, Conseil du statut de la femme, 1979.

Mémoire portant sur le droit de connaître leurs origines pour les enfants adoptés ou conçus au moyen d'une technique de procréation assistée, Québec, Conseil du statut de la femme, 1987.

Mémoire sur le projet de loi no 89, Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée et modifiant d'autres dispositions législatives, Québec, Conseil du statut de la femme, 2006.

Pour une véritable protection juridique des conjointes de fait, Québec, Conseil du statut de la femme, 2014.

GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Bref historique de la réforme du Code civil*, Québec, Ministère de la Justice du Québec.

Commentaires du ministre de la Justice, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993.

GROUPE DE TRAVAIL DE LA COMMISSION DES AFFAIRES SOCIALES ET DE LA COMMISSION DES LOIS DU SÉNAT FRANÇAIS, *Rapport n° 421*, 2008.

GROUPE DE TRAVAIL INTERMINISTÉRIEL SUR LE RÉGIME QUÉBÉCOIS DE L'ADOPTION, sous la présidence de Carmen LAVALLÉE, *Pour une adoption québécoise à la mesure de chaque enfant*, Québec, Ministère de la Justice et ministère de la Santé et des Services sociaux, 2007.

GROUPE DE TRAVAIL SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, COMITÉ D'ACTION SUR L'ACCÈS À LA JUSTICE EN MATIÈRE CIVILE ET FAMILIALE, *Des changements concrets en matière de droit de la famille. Au-delà des sages paroles*, Rapport final, Ottawa, avril 2013.

INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Le bilan démographique du Québec. Édition 2012*, Québec, 2012.

« Mariages et unions civiles selon le sexe des conjoints », *Tableau – Population et démographie – Mariage et divorce*, Québec, 2014.

« Mariages selon le type (religieux ou civil) et la catégorie du célébrant, Québec, 1969-2013 », *Population et démographie – Mariages et divorces,* Québec, 2014.

« Proportion de naissances hors mariage selon le rang de naissance, Québec, 1976-2013 », *Population et démographie – Naissance et fecondité*, Québec, 2014.

Travail et rémunération, Le marché du travail et les parents, Québec, 2009.

MANITOBA LAW REFORM COMMISSION, *Assisted Reproduction : Legal Parentage and Birth Registration*, Issue Paper, Avril 2014.

MINISTÈRE DE LA FAMILLE, « Les familles recomposées au Québec : qui sont-elles ? – Un profil à partir de l'Enquête nationale auprès des ménages de 2011 », (2014) 2-3 *Quelle famille ?* 1.

MINISTÈRE DE LA FAMILLE ET DES AÎNÉS, *Les pères du Québec. Les soins et l'éducation de leurs jeunes enfants : évolution et données récentes,* Québec, Publications du Québec, 2011.

Regard statistique sur les jeunes enfants au Québec, Québec, Publications du Québec, 2014.

Un portrait statistique des familles au Québec, Québec, Publications du Québec, 2011.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *Les enfants d'abord : Rapport au Parlement concernant les dispositions et l'application des Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, vol. 2, Ottawa, Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2002.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Code civil du Québec – Loi sur l'application de la réforme du Code civil et commentaires du Ministre de la Justice*, t. I, II et III, Montréal, Publications DACFO, 1995.

Le ministre de la Justice annonce la création d'un comité consultatif sur le droit de la famille, Québec, Ministère de la Justice du Québec, 19 avril 2013.

OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL DU QUÉBEC, *Rapport sur la famille : première partie*, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1974.

OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec. Commentaires*, t. 1, vol. I, projet de Code civil, Québec, Éditeur officiel, 1977.

Rapport sur le Code civil du Québec. Commentaires, t. 1, vol. II, projet de Code civil, Québec, Éditeur officiel, 1977.

SERVICES DES ÉTUDES JURIDIQUES, *Étude de législation comparée n° 196 - avril 2009 - Le statut du beau-parent*, Sénat, Paris, 2009.

STATISTIQUE CANADA, « Groupe d'âge de l'enfant, structure de la famille de recensement et sexe pour les enfants dans les familles de recensement dans les ménages privés », *Recensement du Canada de 2011.*

THE LAW COMMISSION, *Matrimonial Property, Needs and Agreements*, Law Commission n° 343, London, The Law Commission, 2014.

VICTORIAN LAW REFORM COMMISSION, *Assisted Reproductive Technology & Adoption*, Final Report, Melbourne, Victoria, Australia, March 2007.

Journal des débats de l'Assemblée nationale

QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 2e sess., 36e légis., 7 mai 2002, n° 96, « Adoption du principe du projet de loi n° 84 – *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation* ».

Journal des débats de la Commission de l'administration de la justice, 4e sess., 28e légis., 1969, « Bill 10 - Régimes matrimoniaux ».

Journal des débats de la Commission des affaires sociales, 2e sess., 37e légis., 29 mars 2006, « Consultations particulières sur le projet de loi n° 89 - *Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée et modifiant d'autres dispositions législatives* ».

Journal des débats de la Commission des institutions, 2e sess., 36e légis., 15 mai 2002, « Consultations particulières sur le projet de loi n° 84 - *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiat*ion ».

Journal des débats de la Commission permanente de la justice, 6e sess., 31e légis., 15 décembre 1980, « Étude du projet de loi no 89 – *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille (4)* ».

Journal des débats de la Sous-commission des institutions, 1re sess., 34e légis., 5 septembre 1991, n° 7, « Étude détaillée du projet de loi n° 125, *Code civil du Québec* ».

Journal des débats de la Sous-commission des institutions, 1re sess., 34e légis., 10 septembre 1991, « Étude détaillée du projet de loi n° 125, *Code civil du Québec* ».

Thèses de doctorat et mémoires de maîtrise

BARRETTE, L.-A., *La connaissance des origines de l'enfant adopté : du besoin au droit. Perspectives anthropologiques, sociologiques et psychologiques pour une réforme législative*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2009.

COUSINEAU, J., *L'anonymat des dons de gamètes et d'embryons au Québec et au Canada. Essai théorique sur l'internormativité entre le droit positif et l'éthique de la sollicitude dans la résolution du conflit*, thèse de doctorat, Montréal, Institut de droit comparé, Université McGill, 2011.

LE GUILLOU, L., *La procréation médicalement assistée et le droit des enfants qui en sont issus à la connaissance de leurs origines*, essai de maîtrise, Sherbrooke, Programme de maîtrise en droit et politiques de la santé, Faculté de droit, Université de Sherbrooke, 2014.

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

SAVARD, A.-M., *Le régime contemporain du droit de la filiation au Québec; d'une normativité institutionnelle à une normativité « fusionnelle »*, thèse de doctorat, Québec, Faculté des études supérieures et postdoctorales, Université Laval, 2011.

Autres

GIRARD, C., 2013, ISQ, communication personnelle.

HERVIEUX-PAYETTE, C., *L'article 43 du code criminel : un permis de violence à abolir*, discours de présentation du projet de loi S-206 au Sénat, 13 février 2014.

HUMBERT, S., « Il y a deux cents ans, le Code civil », Paris, Association française pour l'histoire de la justice, Paris, 2004, p. 8, en ligne : http://www.afhj.fr/ressources/200ans_humbert.pdf.

ISSALYS, P., *Observations sur le document intitulé Les droits économiques des conjoints*, août 1988 (mémoire déposé lors des travaux parlementaires relatifs à l'adoption des règles instituant un patrimoine familial entre les époux).

JUBY, H. et N. MARCIL-GRATTON, *Toujours, régulièrement, parfois ou jamais avec maman et papa : Les parcours familiaux des jeunes enfants*, Communication à la séance

« Comprendre la petite enfance, agir pour l'avenir : l'apport des enquêtes longitudinales », 10e Journées annuelles de santé publique (JASP), Montréal, Centre interuniversitaires d'études démographiques, 2006.

PRÉMONT, M.-C., « Conférence sur le statut in loco parentis », Section 10.2, 9 mars 2009, en ligne : http://www.bplavocats.ca/wp-content/uploads/2011/09/Statut_in_loco_parentis.pdf.

ANNEXE I

RAPPORT PRÉLIMINAIRE DU COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE

Montréal, le 12 septembre 2013

M^e^ Bertrand Saint-Arnaud
Ministre de la Justice
1200 route de l'Église
Québec (Québec) G1V4M1

Objet : Comité consultatif sur le droit de la famille / Rapport sur l'opportunité d'une réforme globale du droit de la famille québécois

Monsieur le ministre,

Le 19 avril dernier, vous avez annoncé la création d'un Comité consultatif sur le droit de la famille dont vous m'avez confié la présidence[1]. Dans le communiqué émis à cette occasion, vous mentionniez :

> *Depuis la grande réforme du droit de la famille en 1980, la société québécoise s'est transformée. Les dernières années ont été marquées de plusieurs avancées pour les familles, notamment en ce qui concerne le patrimoine familial ainsi qu'en matière d'union civile et de reconnaissance des conjoints de même sexe, mais, ces changements aux lois ont été faits à la pièce. L'heure est venue d'amorcer une réflexion en profondeur sur les orientations de notre législation pour déterminer si elle répond adéquatement aux besoins des familles d'aujourd'hui.*

Le mandat que vous nous avez attribué comporte deux volets. Il nous incombe d'abord « d'évaluer l'opportunité de revoir ou non l'ensemble du droit de la famille québécois. Dans l'affirmative, il nous reviendra de proposer les éléments qui devraient être revus, aussi bien en matière de conjugalité que de filiation et de parentalité.

[1] Outre le soussigné qui est professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, le Comité est composé des personnes suivantes : M^e^ Marie-Josée Brodeur, avocate, M^e^ Dominique Goubau, professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université Laval, M^e^ Suzanne Guillet, avocate, M^e^ Christiane Lalonde, représentante du Barreau du Québec, M^e^ Jean Lambert, représentant de la Chambre des notaires du Québec, M^me^ Céline Le Bourdais, professeure titulaire au Département de sociologie de la Faculté des arts de l'Université McGill, M^e^ Renée Madore, directrice des orientations et politiques au ministère de la Justice du Québec, M^me^ Anne Roberge, directrice du développement des politiques – Famille au ministère de la Famille du Québec et M^me^ Marie-Christine Saint-Jacques, professeure titulaire à l'École de service social de la Faculté des sciences sociales de l'Université Laval. Le Comité est secondé dans ses travaux par M^e^ Myriam Anctil, M^e^ Monique Ducharme, M^me^ Marie-Hélène Filteau, M^e^ Annie Gauthier, M^e^ Pierre Tanguay et M^e^ Marie Trahan du ministère de la Justice et par M^me^ Marie-Claude Giguère du ministère de la Famille.

Après avoir tenu 6 rencontres[2], le Comité a complété sa réflexion quant au premier volet de son mandat. Il en arrive à la conclusion qu'une révision globale du droit de la famille s'impose.

Démarche du Comité

Bien que trente années se soient écoulées depuis la dernière réforme majeure du droit privé de la famille[3], le seul passage du temps ne peut à lui seul justifier le besoin d'apporter des modifications législatives. Avant de formuler toute recommandation, le Comité devait d'abord s'enquérir des transformations qu'ont subies le couple et la famille au cours des dernières décennies. Il se devait ensuite d'évaluer le degré d'inadéquation du Code civil. Compte tenu de l'évolution des réalités conjugales et familiales, un droit de la famille qui s'articule essentiellement autour du mariage[4] et de la filiation est-il en mesure de répondre adéquatement aux besoins des couples et des familles qui composent aujourd'hui la société québécoise?

Changements sociodémographiques

Le Comité s'est d'abord employé à identifier les données sociodémographiques pouvant témoigner des changements qui ont contribué à transformer, voire à multiplier, les modèles conjugaux et familiaux. Bien qu'il existe plusieurs statistiques et études sur le sujet, le Comité a retenu 27 énoncés lui permettant d'appuyer plus particulièrement ses conclusions. Vous trouverez en annexe la liste de ces énoncés ainsi que les références qui les soutiennent.

Sans reprendre en détail les données contenues dans cette annexe, on peut sommairement résumer la situation comme suit : si autrefois les familles se constituaient autour du noyau formé par un couple marié, on retrouve aujourd'hui une multitude de modèles familiaux (familles où le couple vit en union de fait, familles monoparentales, familles homoparentales, familles recomposées, etc.). Qu'elles résultent d'un mariage ou d'une union de fait, les unions conjugales sont davantage précaires et de moins longue durée qu'auparavant. Plus de la moitié des naissances sont issues de couples en union de fait et les familles recomposées représentent aujourd'hui une portion importante des couples avec enfants. Manifestement, ces données sont révélatrices de profondes mutations sociales; on ne saurait y voir le reflet de phénomènes passagers ou transitoires.

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.

---

[2] Le Comité s'est réuni les 10 mai, 24 mai, 14 juin, 28 juin, 20 août et 6 septembre 2013.

[3] *Loi instituant le Code civil du Québec et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 89.

[4] Depuis le 24 juin 2002, on applique aux conjoints unis civilement la majorité des règles qui régissent les couples mariés: *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, c. 2.

Fondements, finalités et objectifs du droit de la famille

Les transformations qu'a subies la famille au cours des dernières décennies sont peut-être indéniables, mais ce constat ne permet pas automatiquement de conclure à la désuétude des dispositions du Code civil qui composent actuellement le droit de la famille. Tout dépend de la mission que l'on reconnaît au droit de la famille, de la vocation qu'on lui attribue. Afin d'appuyer sa recommandation sur des bases solides, le Comité s'est donc imposé une réflexion complémentaire autour des fondements, finalités et objectifs du droit privé de la famille. Pourquoi le droit de la famille? Quelle en est précisément la vocation?

Pour mener à bien cette réflexion, le Comité a divisé son analyse en deux grands thèmes, soit les droits et obligations des conjoints (ou « droit de la conjugalité ») et le droit des enfants (ou « droits de la filiation et de la parentalité »).

- Droit de la conjugalité (droits et obligations des conjoints)

Le Comité estime que, depuis la réforme de 1980, le droit privé de la famille, dans son volet conjugalité, a pour finalité ou objectif de :

> Déterminer, dans le respect des valeurs de liberté et d'autonomie[5] :
>
> 1) les conditions de formation et de dissolution de l'union conjugale;
>
> 2) les règles instituant entre les conjoints les droits et les obligations qu'appelle l'interdépendance que peut induire la vie conjugale ou[6] familiale.

En 1980, c'est essentiellement par le mariage que l'union conjugale et la famille en résultant prenaient forme. En ciblant le mariage comme porte d'entrée au droit de la famille, le législateur s'assurait donc de couvrir la très grande majorité des dynamiques conjugales et familiales. Et ces dynamiques, il entendait en garantir la régulation au moyen de mécanismes reflétant, de différentes manières, l' « interdépendance » des conjoints. Que ce soit à travers les dispositions relatives à la protection de la résidence familiale, au patrimoine familial, à la prestation compensatoire, à l'obligation alimentaire entre époux, voire au régime matrimonial de la société d'acquêts, le droit de la famille (dans son volet conjugalité) est résolument tourné vers le règlement des conséquences économiques qui découlent de l'interdépendance conjugale et familiale dont le statut matrimonial est assorti.

Si l'on pouvait autrefois attribuer au droit privé de la famille des objectifs de légitimation sociale d'un modèle familial ou conjugal au détriment d'un autre, tel n'est manifestement

[5] La validité de ces valeurs, faut-il le rappeler, a été formellement reconnue par la Cour suprême dans l'affaire communément appelée *Éric* c. *Lola* (*Québec (Procureur général)* c. *A*, 2013 CSC 5).

[6] Le « ou » inclut le « et ».

plus le cas depuis la réforme de 1980. Le statut matrimonial est demeuré la porte d'entrée du droit de la famille (dans son volet conjugalité) non pas en raison d'une soi-disant suprématie sociale ou juridique, mais parce qu'il constituait à l'époque la manière usuelle de former couple et famille.

Recommandation

Dans la mesure où les relations conjugales et familiales n'empruntent plus nécessairement la forme matrimoniale[7], il y a certainement lieu de réfléchir aux sources d'interdépendance auxquelles le droit de la famille est censé faire écho. En d'autres termes, il convient de cibler un nouveau critère de détermination des droits et obligations qui, dans le respect des valeurs de liberté et d'autonomie chères à la société québécoise, ne serait ni trop restreint, ni trop englobant. Autrement dit, si le mariage en soi ne permet plus d'englober l'ensemble des dynamiques conjugales et familiales, quel autre critère doit-on retenir pour permettre au droit de la famille de remplir adéquatement et efficacement sa mission?

Après réflexion, le Comité estime que la principale source d'interdépendance conjugale et familiale réside dans la naissance ou la prise en charge d'un enfant. Tel événement exige non seulement la mobilisation de ressources additionnelles, il amènera souvent les conjoints à réévaluer leurs contributions respectives. L'un d'eux pourrait devoir ralentir sa cadence professionnelle, voire se retirer du marché du travail de manière temporaire ou permanente. En contrepartie, l'autre conjoint pourrait être appelé à contribuer davantage sur le plan économique. Le surinvestissement familial de l'un, conjugué au surinvestissement professionnel de l'autre, représentent les principaux éléments déclencheurs de l'interdépendance conjugale ou familiale.

Cette seule constatation permet de justifier l'opportunité d'une réforme. Si un peu plus de 55% des naissances sont aujourd'hui issues de couples en union de fait[8], le droit de la famille québécois, dans son volet conjugalité, laisse donc à découvert une portion importante de couples auprès desquels il aurait pourtant vocation à s'appliquer. Le contenu du régime de base auquel les couples avec enfants pourraient être assujettis, qu'ils soient ou non mariés, reste évidemment à définir. Il reviendra au Comité d'y réfléchir dans le cadre du deuxième volet de son mandat.

Prétendre que la naissance ou la présence d'un enfant au sein du couple justifie l'application du droit de la famille (dans son volet conjugalité) ne revient pas à en préconiser le retrait absolu à l'égard des couples sans enfant, qu'ils soient mariés ou non. Ceux-ci peuvent également vivre une forme d'interdépendance qui mérite ou qui justifie l'attention du droit de la famille. Différentes modalités pourraient être imaginées pour

[7] Ou le statut quasi équivalent introduit dans le Code civil en 2002, c'est-à-dire l'union civile. Le Comité sera d'ailleurs appelé à réfléchir à la pertinence de cette institution, du moins dans sa forme actuelle, sachant que les couples auxquels l'union civile était d'abord destinée, soit les couples de même sexe, ont accès au mariage depuis 2005 : *Loi sur le mariage civil,* L.C. 2005, ch. 33.

[8] Voir l'énoncé 7 de l'annexe.

permettre à ces couples de bénéficier du support du droit, sans nécessairement les y obliger. Tel que mentionné, les objectifs et finalités du droit de la famille doivent aussi être appréhendés à la lumière des valeurs de liberté et d'autonomie. Le Comité sera appelé à réfléchir aux diverses configurations que pourraient emprunter ces modalités dans le cadre du deuxième volet de son mandat.

Cela dit, dans la mesure où le droit de la famille (dans son volet conjugalité) trouve application à l'égard d'unions conjugales autres que le mariage, le Comité devra également s'attarder aux éléments de définition qui permettront d'en circonscrire la portée. En d'autres termes, le droit de la famille ne pourra plus se contenter de déterminer les « conditions de formation et de dissolution » du mariage conformément à la mission qu'on lui reconnaît[9], il lui faudra aussi identifier les « conditions de formation et de dissolution » de ces autres unions conjugales auxquelles il s'intéressera dorénavant. Ainsi, dans la mesure où l'enfant devient le critère à partir duquel l'État se croit justifié d'assujettir les conjoints à l'application d'un régime juridique, encore faudra-t-il s'interroger sur la « définition » de l'enfant. S'agira-t-il de l'enfant commun ou retiendra-t-on également l'enfant à l'égard duquel le conjoint du parent agit *in loco parentis*? Le régime juridique s'enclenchera-t-il dès la conception de l'enfant ou prendra-t-il plutôt effet à compter de sa naissance ou de sa prise en charge? Se terminera-t-il à sa majorité ou à son départ du nid familial? Faudra-t-il au contraire maintenir l'application du régime au-delà de ces événements, sachant que les désavantages économiques qu'un conjoint aura pu subir pourront se matérialiser bien après ces termes? Et comment appréhender le projet parental de personnes qui ne forment pas un couple *stricto sensu*? Toutes ces questions, et bien d'autres seront au centre des réflexions à venir.

Quant aux unions conjugales sans enfant, il faudra également en déterminer les « conditions de formation et de dissolution ». S'il est possible de fixer le début et la fin du mariage, tel n'est pas le cas de l'union de fait. Même si l'union de fait sans enfant ne devait générer ni droit ni obligation entre conjoints, le seul fait pour le droit privé de la famille de nommer expressément le phénomène et de lui procurer certaines balises imposera le besoin d'une « définition » en bonne et due forme[10].

- Droit de la filiation et de la parentalité (droit de l'enfant)

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. Cet impératif transparaît-il des dispositions aujourd'hui en vigueur? De l'avis du Comité, plusieurs règles soulèvent d'importants questionnements qui ne sauraient perdurer, et ce, tant en regard de la filiation que de l'autorité parentale.

---

[9] Sachant toutefois que la compétence législative des provinces est ici limitée, seul le Parlement fédéral étant investi du pouvoir de légiférer sur les conditions de fond du mariage et sur le divorce : *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, ch. 3 (R.U.), art. 91(26).

[10] Rappelons que l'article 61.1 de la *Loi d'interprétation* (L.R.Q., c. I-16) prévoit déjà une définition supplétive des termes « conjoints de fait ».

Le chapitre de la filiation dite par le sang porte très mal son nom puisqu'elle permet parfois d'établir un lien de filiation entre un enfant et un parent qui ne sont pas génétiquement apparentés l'un à l'autre. En dépit de la terminologie employée, le législateur y privilégie tantôt la stabilité socioaffective de l'enfant, tantôt la vérité biologique. Les progrès scientifiques réalisés au cours des dernières décennies nous forcent à revenir à la source, à nous interroger sur le régime de base qui saura le mieux répondre aux besoins de l'enfant. Si l'on entend accorder primauté au lien biologique, l'incontestabilité de la filiation résultant d'un titre doublé d'une possession d'état conforme devra être relativisée. Si l'on souhaite au contraire privilégier la stabilité socioaffective de l'enfant, il faudra non seulement rebaptiser le chapitre, mais également atténuer la portée déterminante que l'on reconnaît au test d'ADN sur une possession d'état de longue durée. Dans un cas comme dans l'autre, les règles actuelles nécessiteront donc d'importants ajustements. Les modes de preuve aujourd'hui applicables recèlent par ailleurs certaines inégalités : la présomption de paternité ne bénéficie qu'à l'enfant issu d'un mariage ou d'une union civile. Celui qui naît d'une union de fait sans faire l'objet d'une reconnaissance volontaire de paternité se voit quant à lui imposer le fardeau d'intenter une action en réclamation d'état. Qu'en est-il du principe de l'égalité des enfants?

Les dispositions qui régissent la filiation par procréation assistée suscitent également leurs lots de questionnements. Derrière certaines règles, un « droit à l'enfant » semble se profiler au détriment des droits de l'enfant lui-même. Ainsi, l'article 538.2 al. 2 C.c.Q. introduit en droit québécois une règle qui dénature non seulement la procréation assistée, mais qui chosifie l'enfant en le privant d'une filiation paternelle sur la base d'un pacte bilatéral auquel il n'est pourtant pas partie[11]. L'article 541 C.c.Q. qui frappe tout contrat de mère porteuse de nullité absolue fait l'objet de tels contournements, via l'adoption et le « tourisme procréatif », qu'il y a aujourd'hui lieu d'en questionner l'efficacité, voire le bien fondé. Où réside exactement l'intérêt de l'enfant issu d'un tel arrangement? Dans la négation de l'entente ou dans son éventuelle sanction? Par ailleurs, le besoin de l'enfant issu d'une procréation assistée de connaître son identité d'origine est complètement nié par le droit québécois. Aucun registre n'existe pour sauvegarder des données dont l'importance ne fait pourtant aucun doute du point de vue de l'enfant. Alors même qu'on fait preuve d'une transparence croissante en matière d'adoption, on maintient ici la culture du secret si préjudiciable à l'enfant devenu adulte. Dans certaines circonstances, pourrait-on envisager d'accorder aux tiers donneurs ou géniteurs[12] un statut de parent? À cet égard, on peut d'ailleurs se demander si le modèle parental traditionnel fondé sur la filiation bilinéaire[13] convient toujours.

[11] Art. 538.2 al. 2 C.c.Q. : « […] lorsque l'apport de forces génétiques se fait par relation sexuelle, un lien de filiation peut être établi, dans l'année qui suit la naissance, entre l'auteur de l'apport et l'enfant. Pendant cette période, le conjoint de la femme qui a donné naissance à l'enfant ne peut, pour s'opposer à cette demande, invoquer une possession d'état conforme au titre ».

[12] À ces tiers pourrait s'ajouter la mère porteuse dans la mesure où l'on en viendrait à la conclusion qu'une reconnaissance des conventions de procréation ou de gestation pour le compte d'autrui s'avérerait nécessaire.

[13] Notons que le droit québécois consacre également, à l'article 538 C.c.Q., le modèle uniparental.

En matière d'adoption, le renouveau souffle d'ores et déjà à nos portes, le gouvernement ayant déposé en juin dernier le Projet de loi 47 – *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption, d'autorité parentale et de divulgation de renseignements*. Les innovations proposées par ce projet de loi sauront-elles répondre aux très grandes attentes que plusieurs entretiennent depuis déjà plusieurs années? Sans remettre en question les grandes lignes de la réforme annoncée, peut-on néanmoins envisager certaines améliorations, au nom de l'intérêt de l'enfant?

Enfin, le statut juridique du beau-parent demeure toujours et encore sources de controverses. Le législateur doit-il parachever le travail amorcé en jurisprudence[14] aux fins d'accorder au beau-parent un statut équivalent à celui que lui reconnaît la *Loi sur le divorce*[15]. Doit-il au contraire le contrecarrer? Le cas échéant, quels seraient les droits et les obligations que l'on attribuerait au beau-parent? À l'heure où les familles recomposées pullulent, des réponses à ces questions s'avèrent plus que jamais nécessaires.

Conclusion

À l'unanimité, le Comité conclut donc à l'opportunité de réformer le droit de la famille dans sa globalité. Plus de 30 ans après la réforme de 1980, il convient d'en revoir le contenu en fonction des réalités familiales et conjugales qui caractérisent la société québécoise d'aujourd'hui. On ne saurait se contenter des interventions législatives à la pièce qui se sont succédé au cours des dernières décennies. Bien qu'elles aient permis de colmater certaines des fissures provoquées par les mutations sociales[16], ces interventions ont aussi multiplié les problèmes d'incohérence interne qui parsèment aujourd'hui le droit de la famille québécois. C'est donc aux fondations mêmes de l'édifice qu'il nous faut maintenant nous attaquer. À défaut, les tribunaux continueront d'en maçonner les contours au cas par cas, par le biais de solutions individualisées. Non seulement le législateur doit-il se réapproprier son rôle en redonnant au droit de la famille la pertinence et la cohérence perdues au fil des années, mais il doit également garder à l'esprit qu'une intervention de sa part pourra contribuer à déjudiciariser les rapports conjugaux et familiaux.

Le Québec a su faire preuve d'audace dans le passé. La mise en place du régime de la société d'acquêts qui, en 1970, a relégué aux oubliettes les discriminations dont était assortie la communauté de biens, l'adoption du principe d'égalité des enfants en 1980 et la reconnaissance de la conjugalité homosexuelle en 2002, sont autant d'exemples qui témoignent de sa capacité d'adaptation et d'innovation. À la lumière de cette riche expérience, il est permis d'espérer qu'il saura relever l'imposant défi qui se présente maintenant à lui.

---

[14] Voir *Droit de la famille – 072895*, 2007 QCCA 1640 (motifs du juge Dalphond) *et Droit de la famille – 102247*, 2010 QCCA 1561 (motifs du juge Vézina).

[15] *Loi sur le divorce* (L.R.C. (1985), ch. 3 (2e suppl.)), art. 2(1) et 2(2).

[16] Pensons notamment à l'introduction du patrimoine familial en 1989 (*Loi modifiant le Code civil du Québec afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L.Q. 1989, c. 55) et à l'élargissement du cadre de la procréation assistée en 2002 (*Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, c. 6).

Nous espérons le tout conforme à vos attentes et demeurons disponibles si des informations additionnelles étaient requises. Nous attendrons vos instructions pour la suite de nos travaux.

Je vous prie de recevoir, Monsieur le ministre, mes meilleures salutations.

Alain Roy
Président du Comité consultatif sur le droit de la famille

Annexe au Rapport préliminaire

PORTRAIT DÉMOGRAPHIQUE DES CHANGEMENTS FAMILIAUX AU QUÉBEC - QUELQUES FAITS SAILLANTS

1- Le **mariage a connu un déclin** marqué au Québec : alors qu'on estime que près de 9 femmes et 9 hommes sur 10 se mariaient au moins une fois dans leur vie au début des années 1970, cette proportion touche à peine un peu plus de 32% des femmes et 29% des hommes depuis le milieu des années 2000;

2- Les **mariages sont aussi devenus plus instables** : depuis 1985, les données du moment indiquent qu'un mariage sur deux se terminera par un divorce comparativement à 1 sur 10 en 1970;

3- La **durée des mariages a aussi diminué** au fil des ans : le quart des mariages célébrés en 1970 avaient mené à un divorce après un peu plus de 20 ans de vie commune; le quart des couples mariés en 1980 avaient divorcé après 15 ans; et le quart de ceux mariés dans les années 1990 l'avaient fait au terme de 10 ans;

4- Les **couples optent massivement pour l'union de fait[17] lorsqu'ils entament la vie conjugale** : 20% des premières unions formées au début des années 1970 étaient une union de fait, comparativement à 80% depuis le début des années 1990;

5- **Une fraction croissante de couples (avec et sans enfants) vit en union de fait** : ce pourcentage est passé de 7% en 1981, à 19% en 1991, à 30% en 2001 et à 38% en 2011.

6- Le **pourcentage d'enfants qui naissent de parents mariés a chuté de façon radicale** : 95% des naissances enregistrées en 1965 étaient le fait de parents mariés, et 86% de celles enregistrées en 1980; en 1995, ce pourcentage était tombé à 50%, et il se situe autour de 37-38% depuis 2007;

7- Parallèlement, la **proportion d'enfants qui naissent de parents en union de fait a crû de façon marquée :** elle est passée de 3% pour les enfants nés en 1971-73, à 17% pour ceux nés en 1983-84, et à 46% pour ceux nés en 1997-98; on estime aujourd'hui à un peu plus de 55% la proportion de naissances issues d'un couple en union de fait;

8- La **fécondité des couples en union de fait demeure inférieure à celle des couples mariés**; le fait que les premiers soient proportionnellement plus nombreux que les seconds aux âges où la fécondité est la plus élevée explique le fait que la majorité des naissances sont issues de couples en union de fait;

9- **Les femmes ont leurs enfants de plus en plus tardivement**. Ainsi, l'âge moyen à la maternité est passé de 27,3 ans en 1976 à 30,0 ans en 2012. L'arrivée

[17] Dans le présent document, on utilise l'expression 'union de fait', alors que Statistique Canada emploie l'expression 'union libre' pour désigner les couples qui vivent ensemble sans être mariés. Ce n'est qu'à partir des années 1980 que Statistique Canada a recueilli des données de façon séparée sur ces couples.

du premier enfant a été retardée de 3,2 ans (passant de 25,2 à 28,5 ans), et celle du deuxième enfant de 3,0 ans (passant de 27,8 à 30,8 ans).

10- **La participation des mères au marché du travail a augmenté de façon remarquable au fil des ans**. En 2012, près de 80% des femmes âgées de 25-54 ans ayant un enfant de moins de 3 ans étaient actives en emploi comparativement à un peu moins de 30% en 1976. Parmi les femmes dont le plus jeune enfant a entre 3 et 5 ans, le taux d'activité est passé de 31% en 1976 à 81% en 2012; il se situe dorénavant très proche du taux d'activité (85%) des femmes du même âge qui n'ont aucun enfant de moins de 16 ans. Chez les hommes de 25-54 ans, le taux d'activité a peu varié durant cette période; il fluctue autour de 95% parmi les hommes ayant au moins un enfant de moins de 16 ans et autour de 88% pour ceux qui sont sans enfant.

11- Tout comme les mariages, **les unions de fait sont devenues plus instables** : douze ans après le début de vie commune, près de la moitié (49%) des unions de fait formées dans les années 1990 avaient mené à une séparation, comparativement à 42% de celles formées dans les années 1970;

12- La **transformation de l'union de fait en mariage plus que la naissance d'un enfant dans l'union contribue à réduire le risque de séparation**;

13-Résultat de l'instabilité conjugale croissante, **les enfants sont plus nombreux à voir leurs parents se séparer** : environ 20% des enfants nés entre 1983 et 1985 avaient vu leurs deux parents se séparer avant de fêter leur 8^{e} anniversaire; cette proportion se situe à environ 25% parmi les enfants nés entre 1989 et 1991 ou en 1998;

14- Mais le **risque de voir ses parents se séparer varie selon le contexte à la naissance** : parmi les enfants âgés de 8 ans en 2006 (nés en 1998), plus du tiers (35%) des enfants nés de parents en union de fait avaient vécu la séparation parentale, comparativement à 15% des enfants nés de parents mariés;

15-**Une proportion croissante d'enfants font l'expérience de la monoparentalité** : alors que moins de 10% des enfants nés au cours des années 1980 et 1990 sont nés hors union, près du tiers (31%) des enfants nés en 1998 avaient vécu avec un parent seul (le plus souvent la mère) avant de fêter leur 8^{e} anniversaire, comparativement à 28% de ceux nés en 1989-91 et 24% de ceux nés en 1983-85;

16- En 2004, **41% des enfants de 6 ans résidant avec leur mère** à la suite de la séparation de leurs parents **ne recevaient aucun soutien financier de leur père**;

17- La trajectoire familiale des enfants ne s'arrête pas à la vie en famille monoparentale : à l'âge de 6 ans, **13% des enfants nés en 1998** (soit près de la moitié ayant connu la monoparentalité à cet âge) **avaient vécu au moins un épisode de vie en famille recomposée**, c'est-à-dire habité avec un parent et un beau-parent;

18- Le **pourcentage de familles recomposées** (c'est-à-dire des couples habitant avec au moins un enfant issu d'une union précédente) **parmi l'ensemble des couples avec enfants a augmenté**, passant d'environ 13% en 1990 à 16% en 2011;

19- En 2011, **le quart (26%) des couples en union de fait avec enfants** (de moins de 25 ans) **font partie d'une famille recomposée**, c'est-à-dire résident avec au moins un enfant né d'une union antérieure;

20- **Six familles recomposées** (avec enfants de moins de 25 ans) **sur dix** comprennent les enfants nés d'une union antérieure de l'un des conjoints seulement; on parle alors d'une **recomposition simple**. Deux fois sur trois, ces familles regroupent une mère vivant avec ses enfants et un beau-père, et une fois sur trois, un père vivant avec ses enfants et une belle-mère;

21-Les autres cas de recompositions, dits **complexes** car ils mêlent plusieurs fratries, sont le fait de **quatre familles recomposées sur dix**. Le plus souvent (30,4 %), ces familles comprennent au moins un **enfant commun (issu de l'union en cours)**, et au moins un enfant né d'une union antérieure de l'un des conjoints. Moins fréquentes (8,2 %) sont les familles qui comptent à la fois des enfants issus d'une union antérieure de chaque conjoint, sans qu'il y ait d'enfant commun; enfin, plus rares (1,6 %) sont les familles qui regroupent à la fois au moins un enfant commun et des enfants issus d'une union antérieure des deux conjoints;

22-Le pourcentage **de couples en union de fait est nettement plus élevé parmi les familles recomposées que parmi les familles intactes**[18] : environ 70% parmi les premières comparativement à 38% parmi les secondes en 2011. Dès 1984, plus de la moitié des couples en famille recomposée vivait en union de fait; la progression a été nettement plus lente dans les familles intactes, le pourcentage de couples en union de fait passant de 4% en 1984, à 9% en 1990 et à 27% en 2001;

23- Le **nombre d'unions civiles demeure marginal** : le plus grand nombre (342) a été enregistré en 2003, première année de calendrier complète après l'institution de ce type d'union en juin 2002. Leur nombre est tombé à moins de 180 en 2004 et 2005 et oscille entre 240 et 280 par année entre 2007 et 2011;

24- Entre 2002 et 2011, le **pourcentage d'unions civiles par rapport à l'ensemble des unions conjugales**, comprenant le mariage et l'union civile, **fluctue entre 0,8% et 1,6%**;

25- En 2002, 94% des unions civiles sont le fait de **conjoints de même sexe**. Ce pourcentage tombe à moins de 25% dès 2006 et oscille entre 20 et 25% depuis lors;

26- En contrepartie, le **nombre de mariages entre conjoints de même sexe** est passé de 245 en 2004 à 621 en 2006 et se situe autour de 500 depuis 2009; ces derniers représentent environ 2% de l'ensemble des mariages;

[18] L'expression 'famille intacte' est celle utilisée par Statistique Canada pour désigner « un couple où tous les enfants du ménage sont les enfants biologiques ou adoptés des deux parents ».

27- Le rapport des unions formées de deux hommes sur les unions formées de deux femmes est de 126 pour 100 parmi les mariages de même sexe, et de 130 parmi les unions civiles. Dans les deux cas, **les hommes sont plus nombreux que les femmes à officialiser leur union**.

Céline Le Bourdais

Septembre 2013

Références

1- ISQ, site web, tableau : « Taux de nuptialité des célibataires, indice synthétique de nuptialité et âge moyen au premier mariage »; Pacaut, P. (2013). « Les mariages au Québec en 2012 : les cérémonies religieuses représentent tout juste un mariage sur deux », *Coup d'œil sociodémographique*, ISQ, no 28, juin.

2- ISQ, site web, tableau : « Nombre de divorces et indice synthétique de divortialité ».

3- ISQ, site web, tableau : « Proportion des mariages rompus par un divorce à certaines durées depuis le mariage ».

4- Dumas, J. et A. Bélanger (1997). « Les unions libres au Canada à la fin du XX^{e} siècle », dans *Rapport sur l'état de la population du Canada, 1996*. Ottawa, Statistique canada, p. 127-160.

5- Le Bourdais, C. et É Lapierre-Adamcyk (2004). « Changes in Conjugal Life in Canada – Is Cohabitation Progressively Replacing Marriage? ». *Journal of Marriage and Family*, 66(4), Figure 2 pour 1981, 1991 & 2001; Statistique Canada (2012), « Portrait des familles et situation des particuliers dans les ménages au Canada » (cat. No 98-312-X2011001) pour 2011.

6- ISQ, site web, tableau « Naissances selon l'état matrimonial des parents, 1951-2012 ».

7- Le Bourdais, C. et É Lapierre-Adamcyk (2004). « Changes in Conjugal Life in Canada – Is Cohabitation Progressively Replacing Marriage? ». *Journal of Marriage and Family*, 66(4), Figure 5 pour les cohortes 1971-73, 1983-84 et 1997-98; estimation fournie par C. Girard de l'ISQ pour les cohortes récentes.

8- St-Amour, M. (2013). « Les écarts de fécondité selon la situation conjugale au Québec », *Données sociodémographiques en bref*, ISQ, 17 (2), p. 6-10.

9- ISQ, site web, tableaux « Indice synthétique de fécondité et taux de fécondité selon le groupe d'âge de la mère, 1951-2012 ; « Indice synthétique de fécondité et taux de fécondité selon le groupe d'âge de la mère, selon le rang de naissance, 1975-2012 ».

10- Le Bourdais, C. et É. Lapierre-Adamcyk (2008). *L'union libre au Canada et au Québec – Point de vue démographique*, Rapport soumis à la Direction du contentieux – Montréal, Ministère de la Justice du Québec, Figure D.

11- Statistique Canada, *Enquête sur la population active*, Compilation spéciale, Institut de la statistique du Québec.

12- Le Bourdais, C., É. Lapierre-Adamcyk et A. Roy (2013). « Instabilité des unions libres : Une analyse comparative des facteurs démographiques », manuscrit.

13- Juby, H., N. Marcil-Gratton et C. Le Bourdais (2005). *Quand les parents se séparent: Nouveaux résultats de l'Enquête longitudinale nationale sur les enfants et les jeunes,* rapport soumis au Ministère de la Justice du Canada, données à la base du Graphique 2.2a pour les cohortes 1983-85 et 1989-91; Ducharme, A. et H. Desrosiers (2008). « La monoparentalité dans la vie des jeunes enfants québécois : une réalité fréquente mais souvent transitoire », *Portraits et trajectoires*, série ÉLDEQ, ISQ, octobre, figure 1 pour la cohorte 1998.

14- Ducharme, A. et H. Desrosiers (2008). « La monoparentalité dans la vie des jeunes enfants québécois : une réalité fréquente mais souvent transitoire », *Portraits et trajectoires*, série ÉLDEQ, ISQ, octobre, figure 3.

15- Juby, H., N. Marcil-Gratton et C. Le Bourdais (2005). *Quand les parents se séparent: Nouveaux résultats de l'Enquête longitudinale nationale sur les enfants et les jeunes,* rapport soumis au Ministère de la Justice du Canada, données à la base du Graphique 2.2b pour les cohortes 1983-85 et 1989-91; Ducharme, A. et H. Desrosiers (2008). « La monoparentalité dans la vie des jeunes enfants québécois : une réalité fréquente mais souvent transitoire », *Portraits et trajectoires*, série ÉLDEQ, ISQ, octobre, figure 1 pour la cohorte 1998.

16- Desrosiers, H. et M. Simard (2010). « Diversité et mouvances familiales durant la petite enfance », *De la naissance à 7 ans*, 4(4), série ÉLDEQ, ISQ, tableau 6.

17- Desrosiers, H. et M. Simard (2010). « Diversité et mouvances familiales durant la petite enfance », *De la naissance à 7 ans*, 4(4), série ÉLDEQ, ISQ, tableau 1.

18- Lapierre-Adamcyk, É. et C. Le Bourdais (coll. V. Martin et P.M. Huot) (2008). *La diversification de la structure et de la composition des familles au Canada,* Rapport final soumis à la Direction de la recherche sur la politique stratégique du ministère Ressources humaines et développement social Canada, mars, tableau 1a pour 1990; Statistique Canada (2012). Site web : « Familles et ménages – Faits saillants en tableaux, Recensement de 2011 », Tableau 3 – Structure de la famille de recensement incluant les familles intactes et recomposées pour les familles comptant un couple avec enfants dans les ménages privés (catalogue No 98-312-XWF2011002) pour 2011.

19- Statistique Canada (2012). Site web : « Familles et ménages – Faits saillants en tableaux, Recensement de 2011 », Tableau 3 – Structure de la famille de recensement incluant les familles intactes et recomposées pour les familles comptant un couple avec enfants dans les ménages privés (catalogue No 98-312-XWF2011002) pour 2011.

20- Statistique Canada, *Enquête nationale auprès des ménages* de 2011, compilation effectuée par le ministère de la Famille à partir des données du tableau B4 de la commande spéciale CO-1362.

21- Statistique Canada, *Enquête nationale auprès des ménages* de 2011, compilation effectuée par le ministère de la Famille à partir des données du tableau B4 de la commande spéciale CO-1362.

22- Statistique Canada (2012). Site web : « Familles et ménages – Faits saillants en tableaux, Recensement de 2011 », Tableau 3 – Structure de la famille de recensement incluant les familles intactes et recomposées pour les familles comptant un couple avec enfants dans les ménages privés (catalogue No 98-312-XWF2011002) pour 2011; Lapierre-Adamcyk, É. et C. Le Bourdais (coll. V.

Martin et P.M. Huot) (2008). *La diversification de la structure et de la composition des familles au Canada,* Rapport final soumis à la Direction de la recherche sur la politique stratégique du ministère Ressources humaines et développement social Canada, mars, tableau 1b, pour 1984, 1990 et 2001.

23- ISQ, site web : tableau « Mariages et unions civiles selon le sexe des conjoints, Québec, 2002-2011 ».

24- Ibid.

25- Ibid.

26- Ibid.

27- Ibid.

ANNEXE II

TABLEAU SUR LE DROIT APPLICABLE AUX CONJOINTS DE FAIT DANS LES PROVINCES ET TERRITOIRES CANADIENS ANGLAIS[*]

---

[*] Cette annexe a été produite par M[me] Dominique Lebrun, étudiante au baccalauréat en droit à l'Université de Montréal.

	Conditions de reconnaissance des conjoints de fait	Obligation alimentaire	Droits de succession	Partage des biens	Protection de la résidence familiale	Clause opting-out ou opting-in	Pouvoir du tribunal d'écarter l'application des contrats conjugaux
Colombie-Britannique	Pour l'application du *Family Law Act*, sauf pour les parties V (*property division*) et VI (*pension division*) : Personnes ayant vécu dans une relation maritale pendant une période continue d'au moins deux ans OU Personnes étant les parents d'un même enfant Réf : *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25, art. 3(1)(b).	Oui. Réf : *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25, art. 160.	Oui. Réf : *Wills, Estates and Succession Act,* S.B.C. 2009, c. 13, art. 20 et 21.	Oui. Réf : *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25, art. 81. (Partie V de la loi – *property division*)	Oui. Réf : *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25, art. 90 et 91. (Partie V de la loi – *property division*)	Obligation alimentaire : Possibilité d'opting-out. Réf : *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25, art. 163(2). Partage des biens : Possibilité d'opting-out. Réf : *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25, art. 92. Protection de	Obligation alimentaire : Oui. Réf : *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25, art. 164. Partage des biens : Oui. Réf : *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25, art 93. Protection de la résidence familiale : Oui.

	Pour l'application du *Family Law Act*, parties V (*property division*) et VI (*pension division*) et du *Wills, Estates and Succession Act* : Personnes ayant vécu dans une relation maritale pendant une période continue d'au moins deux ans Réf : *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25, art. 3(1) et *Wills, Estates and Succession Act,* S.B.C. 2009, c. 13, art. 2(1)(b).					la résidence familiale : Possibilité d'opting-out. Réf : *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25, art. 92.	Réf : *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25, art 93.
Alberta	Pour l'application du *Wills and Succession Act* : Personnes pouvant être considérés comme des « partenaires adultes indépendants » (voir ci-bas pour la	Oui. Réf : *Family Law Act*, S.A. 2003, c. F-4.5., art. 56 et 57.	Oui. Réf : *Wills and Succession Act*, S.A. 2010, c. W-12.2, art. 60 et suivants.	Non. Réf : *Matrimonial Property Act*, R.S.A. 2000, c. M-8, art. 1(e) et 5(1).	Oui, même si l'art. 19(1) du *Matrimonial Property Act* en parle pour les conjoints mariés uniquement Réf : *Family*	Obligation alimentaire : Clause d'opting-out. Réf : *Family Law Act*, S.A. 2003, c. F-4.5., art. 62(1)(b).	Obligation alimentaire : Oui. Réf : *Family Law Act*, S.A. 2003, c. F-4.5., art. 62(3).

	définition). Réf : *Wills and Succession Act*, S.A. 2010, c. W-12.2, art. 1(1)(a). _____ Pour l'application du *Matrimonial Property Act* : Aucune reconnaissance des conjoints de fait Réf : *Matrimonial Property Act* R.S.A. 2000, c. M-8, art. 1(e) _____ Pour l'application du *Family Law Act* et du *Adult Interdependent Relationships Act* : Personnes ayant vécu ensemble dans une relation d'interdépendance pour une période continue d'au moins				*Law Act*, S.A. 2003, c. F-4.5., art. 68 et 73.	_____ Partage des biens : Aucune mention visant les conjoints de fait, la loi ne s'appliquant qu'aux conjoints mariés. Réf : *Matrimonial Property Act*, R.S.A. 2000, c. M-8. _____ Protection de la résidence familiale : Aucune clause d'opting-out ou d'opting-in, mais mention du fait que la Cour peut incorporer une entente à	Partage des biens : Aucune mention visant les conjoints de fait, la loi ne s'appliquant qu'aux conjoints mariés. Réf : *Matrimonial Property Act*, R.S.A. 2000, c. M-8. _____ Protection de la résidence familiale : mention du fait que la Cour *peut* (ce n'est donc pas une obligation) incorporer une entente à son jugement. Réf : *Family*

	trois ans OU Personnes ayant vécu ensemble dans une relation d'interdépendance d'une certaine permanence si un enfant (biologique ou adopté) est survenu durant la relation OU Si les personnes ont convenu une entente de « partenaires adultes interdépendants » ensemble Réf : *Family Law Act*, S.A. 2003, c. F-4.5., art. 1(n) et *Adult Interdependent Relationships Act*, S.A. 2002 C. A-4.5, art. 3(1). _____					son jugement. Réf : *Family Law Act*, S.A. 2003, c. F-4.5., art. 86.	*Law Act*, S.A. 2003, c. F-4.5., art. 86.

	Relation d'interdépendance : *means a relationship outside marriage in which any 2 persons (i) share another's lives, (ii) are emotionally committed to another, and (iii) function as an economic and domestic unit*. […] *A relationship of interdependence may exist between 2 persons who are related to each other by blood or adoption except where one of the persons is a minor*. Réf : *Adult Interdependent Relationships Act*, S.A. 2002 C. A-4.5, art. 1(1)(f) et 4(1).						
Saskatchewan	Pour l'application de la *Loi sur les biens familiaux* :	Oui. Réf : *Loi de 1997 sur les*	Oui. Réf : *Loi de 1996 sur les*	Oui. Réf : *Loi sur les biens*	Oui. Réf : *Loi sur les biens*	Obligation alimentaire : Possibilité d'opting-out	Obligation alimentaire : Oui.

	Personnes cohabitant ou ayant cohabité comme conjoints de façon continue pendant au moins deux ans Réf : *Loi sur les biens familiaux*, L.S. 1997, c. F-6.3, art. 2(1), définition de « conjoint ». _____ Pour l'application de la *Loi de 1997 sur les prestations alimentaires familiales* : Personnes ayant cohabité en tant que conjoints de façon continue pendant au moins deux ans OU Personne ayant cohabité en tant que conjoints dans une cohabitation d'une certaine permanence, s'ils	*prestations alimentaires familiales*, L.S. 1997, c. F-6.2, art. 5(1).	*successions non testamentaires*, L.S. 1996, c. I.-13.1, art. 6(1) et 8.	*familiaux*, L.S. 1997, c. F-6.3, art. 21(1).	*familiaux*, L.S. 1997, c. F-6.3, art. 5 et 6.	Réf : *Loi de 1997 sur les prestations alimentaires familiales*, L.S. 1997, c. F-6.2, art. 2 (définition de « accord ») et 11. _____ Partage des biens : Clause d'opting-out. Réf : *Loi sur les biens familiaux*, L.S. 1997, c. F-6.3, art. 38 et 40. _____ Protection de la résidence familiale : Clause d'opting-out. Réf : *Loi sur les biens familiaux*,	Réf : *Loi de 1997 sur les prestations alimentaires familiales*, L.S. 1997, c. F-6.2, art. 9(2), 11(1) et (2), *a contrario*. _____ Partage des biens : Oui. Réf : *Loi sur les biens familiaux*, L.S. 1997, c. F-6.3, art. 24(2). _____ Protection de la résidence familiale : Oui. Réf : *Loi sur les biens familiaux*, L.S. 1997, c. F-6.3, art. 24(2).

	sont les père et mère d'un enfant. Réf : *Loi de 1997 sur les prestations alimentaires familiales*, L.S. 1997, c. F-6.2, art. 2, définition de « conjoint ». _____ Pour l'application de la *Loi de 1996 sur les successions non testamentaires* **:** Personne qui a cohabité avec l'intestat en tant que conjoints de façon continue pendant au moins deux ans ET qui au décès de l'intestat, continuait d'habiter avec l'intestat ou avait cessé de cohabiter avec lui dans les 24 mois précédant sa mort.					L.S. 1997, c. F-6.3, art. 38 et 40.	

	Réf : *Loi de 1996 sur les successions non testamentaires*, L.S. 1996, c. I.-13.1, art. 2, définition de « conjoint ».						
Manitoba	Pour l'application de la *Loi sur la propriété familiale* et de la *Loi sur les biens familiaux* : Personnes dont l'union est enregistrée conformément à l'art. 13.1 de la *Loi sur les statistiques de l'État civil* OU Personne ayant vécu dans une relation maritale ave une autre personne sans être mariée avec elle, pendant une période d'au moins trois ans. Réf : *Loi sur la*	Oui Réf : *Loi sur l'obligation alimentaire*, C.P.L.M., c. F20, art. 4(1).	Oui. Réf : *Loi sur les successions ab intestat*, C.P.L.M., c. I85, art. 2.	Oui. Réf : *Loi sur les biens familiaux*, C.P.L.M., c. F25, art. 2.1(1) et 15(1).	Oui. Réf : *Loi sur la propriété familiale*, C.P.L.M., c. H80, art. 4.	Obligation alimentaire : Possibilité d'opting-out. Réf : *Loi sur l'obligation alimentaire*, C.P.L.M., c. F20, art. 9(2). _____ Partage des biens : Possibilité d'opting-out. Réf : *Loi sur les biens familiaux*, C.P.L.M., c. F25, art. 5(1). _____ Protection de la résidence familiale :	Obligation alimentaire : Oui. Réf : *Loi sur l'obligation alimentaire*, C.P.L.M., c. F20, art. 9(3). _____ Partage des biens : Explicitement en ce qui concerne l'actif commercial, mais implicitement pour l'actif familial. *Loi sur les biens familiaux*, C.P.L.M., c.

	propriété familiale, C.P.L.M., c. H80, art. 1, définition de « conjoint de fait » et *Loi sur les biens familiaux*, C.P.L.M., c. F25, art. 1, définition de « conjoint de fait ». _____ Pour l'application de la *Loi sur l'obligation alimentaire* et de la *Loi sur les successions ab intestat* : Personnes dont l'union est enregistrée conformément à l'art. 13.1 de la *Loi sur les statistiques de l'État civil* OU Personne ayant vécu dans une relation maritale ave une autre personne sans être mariée avec					Possibilité d'opting-out Réf : *Loi sur la propriété familiale*, C.P.L.M., c. H80, art. 11(1).	F25, art. 14(2)(c.1) et 14(1). _____ Protection de la résidence familiale : Oui. Réf : *Loi sur la propriété familiale*, C.P.L.M., c. H80, art. 14(1).

	elle, pendant une période d'au moins trois ans OU Personne ayant vécu dans une relation maritale ave une autre personne sans être mariée avec elle, pendant une période d'au moins un an si elles sont les parents d'un même enfant Réf : *Loi sur l'obligation alimentaire*, C.P.L.M., c. F20, art. 1, définition de « conjoint de fait » et *Loi sur les successions ab intestat*, C.P.L.M., c. I85, art. 1(1), définition de « conjoint de fait ».						
Ontario	Pour l'application de la *Loi sur le droit de la famille* (sauf pour l'obligation	Oui Réf : *Loi sur le droit*	Non Réf : *Succession*	Non Réf : *Loi sur le droit de la*	Non Réf : *Loi sur le droit de la*	Obligation alimentaire : Possibilité d'opting-out	Obligation alimentaire : Oui.

	alimentaire) et de la *Succession Law Reform Act* : Aucune reconnaissance des conjoints de fait Réf : *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 1(1), définition de « conjoint » et *Succession Law Reform Act*, R.S.O. 1990, c S.26, art. 1(1), définition de « spouse ». _____ Pour l'application de la *Loi sur le droit de la famille*, <u>en ce qui a trait à l'obligation alimentaire seulement</u> : Personnes ayant cohabité de façon continue pendant au moins trois ans OU	*de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 30.	*Law Reform Act*, R.S.O. 1990, c S.26, art. 44.	*famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 5(1).	*famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 24(1).	Réf : *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 53(1)(b) et 54(1)(b). _____ Partage des biens : Possibilité d'opting-in Réf : *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 53(1)(a) et 54(1)(a). _____ Protection de la résidence familiale : Possibilité d'opting-in Réf : *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990,	Réf : *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 33(4) et 56(4). _____ Partage des biens : Oui. Réf : *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 56(4). _____ Protection de la résidence familiale : Oui. Réf : *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 56(4).

	Personnes qui ont cohabité dans une relation d'une certaine permanence, si elles sont les parents naturels ou adoptifs d'un enfant Réf : *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 29.					c. F.3, art. 53(1)(d) et 54(1)(d).	
Nouveau-Brunswick	Pour l'application de la *Loi sur les biens matrimoniaux* : Aucune reconnaissance des conjoints de fait Réf : *Loi sur les biens matrimoniaux*, L.N.-B. 2012, c. 107, art. 1, définition de « conjoint ». _____ Pour l'application de la *Loi sur les services à la famille* : Personnes, non	Oui. Réf : *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, c. F-2.2, art. 112(1) et (3).	Non. Réf : *Devolution of Estates Act*, R.S.N.B. 1973, c. D-9, art. 24.	Non. Réf : *Loi sur les biens matrimoniaux*, L.N.-B. 2012, c. 107, art. 3(1).	Non. Réf : *Loi sur les biens matrimoniaux*, L.N.-B. 2012, c. 107, art. 19.	Obligation alimentaire : Possibilité d'opting-out pour les conjoints de fait Réf : *Loi sur les biens matrimoniaux*, L.N.-B. 2012, c. 107, art. 35(1)(b). _____ Partage des biens : Possibilité d'opting-in pour les conjoints de	Obligation alimentaire : Oui. Réf : *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, c. F-2.2, art. 115(5) et *Loi sur les biens matrimoniaux*, L.N.-B. 2012, c. 107, art. 39 et 43. _____ Partage des biens : Oui. Réf : *Loi sur les biens*

	mariées l'une à l'autre, qui ont vécu ensemble continuellement pendant au moins trois ans dans une relation familiale où l'une a été substantiellement dépendante de l'autre pour son soutien et qui ont ainsi vécu ensemble au cours de l'année précédente. OU Personnes, non mariées l'une à l'autre, qui ont vécu ensemble dans une relation familiale, de façon assez continuelle, lorsqu'il y a eu naissance d'un enfant dont elles sont les parents naturels et qui ont ainsi vécu ensemble au cours de l'année précédente. Réf : *Loi sur les*					fait Réf : *Loi sur les biens matrimoniaux*, L.N.-B. 2012, c. 107, art. 35(1)(a). _____ Protection de la résidence familiale : Possibilité d'opting-in pour les conjoints de fait Réf : *Loi sur les biens matrimoniaux*, L.N.-B. 2012, c. 107, art. 35(1)(c).	*matrimoniaux*, L.N.-B. 2012, c. 107, art. 39 et 43. _____ Protection de la résidence familiale : Oui. Réf : *Loi sur les biens matrimoniaux*, L.N.-B. 2012, c. 107, art. 39 et 43.

	services à la famille, L.N.-B. 1980, c. F-2.2, art. 112(3).						
Île-du-Prince-Édouard	Pour l'application du *Family Law Act*, partie I (*Family property*) et partie II (*Family home*) : Aucune reconnaissance des conjoints de fait Réf : *Family Law Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. F.-2.1, art. 1(1)(g), définition de « spouse ». ——— Pour l'application du *Family Law Act*, partie III (*Support obligations*) : Personnes cohabitant ensemble dans une relation conjugale de façon continue depuis au mois trois ans OU	Oui. Réf : *Family Law Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. F.-2.1, art. 30. (Partie III du *Family Law Act*)	Non. Réf : *Probate Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. P.-21, art. 87 et 90.	Non. Réf : *Family Law Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. F.-2.1, art. 4(1)(b). (Partie I du *Family Law Act*)	Non. *Family Law Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. F.-2.1, art. 20. (Partie II du *Family Law Act*)	Obligation alimentaire : Possibilité d'opting-out Réf : *Family Law Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. F.-2.1, art. 52(1)(b). ——— Partage des biens : Possibilité d'opting-in Réf : *Family Law Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. F.-2.1, art. 52(1)(a). ——— Protection de la résidence familiale : Possibilité d'opting-in	Obligation alimentaire : Oui. Réf : *Family Law Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. F.-2.1, art. 33(4) et art. 55(4) et (5). ——— Partage des biens : Oui. Réf : *Family Law Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. F.-2.1, art. 55(4) et (5). ——— Protection de la résidence familiale : Oui. Réf : *Family Law Act*,

	Personnes cohabitant ensemble dans une relation conjugale et étant conjointement les parents d'un enfant naturel ou adopté. Réf : *Family Law Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. F.-2.1, art. 29(1)(b)(iii) et (iv).					Réf : *Family Law Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. F.-2.1, art. 52(1)(d).	R.S.P.E.I. 1988, c. F.-2.1, art. 55(4) et (5).
Terre-Neuve et Labrador	Pour l'application du *Family Law Act*, partie I (*The Matrimonial home*) et partie II (*Matrimonial assets*) : Aucune reconnaissance des conjoints de fait Réf : *Family Law Act*, R.S.N.L. 1990, c. F.-2, art. 2(1)(e), définition de « spouse ». _____ Pour l'application du *Family Law Act*, partie III (*Family*	Oui. Réf : *Family Law Act*, R.S.N.L. 1990, c. F.-2, art. 36. (Partie III du *Family Law Act*)	Non. Réf : *Intestate Succession Act*, R.S.N.L. 1990, c. I.-21, art. 4 à 6 et 15.	Non. Réf : *Family Law Act*, R.S.N.L. 1990, c. F.-2, art. 18(1)(c). (Partie II du *Family Law Act*)	Non. Réf : *Family Law Act*, R.S.N.L. 1990, c. F.-2, art. 6(1)(b). (Partie I du *Family Law Act*)	Obligation alimentaire : Possibilité d'opting-out Réf : *Family Law Act*, R.S.N.L. 1990, c. F.-2, art. 63(1)(b) et 64(b). _____ Partage des biens : Possibilité d'opting-in Réf : *Family Law Act*, R.S.N.L. 1990, c. F.-2,	Obligation alimentaire : Oui. Réf : *Family Law Act*, R.S.N.L. 1990, c. F.-2, art. 39(5), 46 et 66(1), (4) et (5). _____ Partage des biens : Oui. Réf : *Family Law Act*, R.S.N.L. 1990, c. F.-2, art. 66(4) et (5).

	<u>*support*</u>) : Personnes ayant cohabité dans une relation conjugale en dehors des liens du mariage pour une période d'au moins deux ans OU Personnes ayant cohabité pour une période d'au moins un an dans la mesure où ils sont les parents respectifs d'un enfant adoptif ou biologique. Réf : *Family Law Act*, R.S.N.L. 1990, c. F.-2, art. 35(c). (Partie III du *Family Law Act*)					art. 63(1)(a) et 64(a). _____ Protection de la résidence familiale : Possibilité d'opting-in Réf : *Family Law Act*, R.S.N.L. 1990, c. F.-2, art. 63(1)(d) et 64(f). _____	_____ Protection de la résidence familiale : Oui. Réf : *Family Law Act*, R.S.N.L. 1990, c. F.-2, art. 66(4) et (5).
Nouvelle-Écosse	Pour l'application du *Matrimonial Property Act* : Aucune reconnaissance des	Oui. Réf : *Maintenance and Custody*	Non. Réf : *Intestate Succession Act*, R.S.N.S. 1989, c. 236, art. 4.	Non. Réf : *Matrimonial Property Act*, R.S.N.S.	Non. Réf : *Matrimonial Property Act*, R.S.N.S.	Obligation alimentaire : Possibilité d'opting-out. Réf :	Obligation alimentaire : Oui. Réf : *Maintenance*

	conjoints de fait Réf : *Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, c. 275, art. 2(g). _____ Pour l'application du *Maintenance and Custody Act** : Personnes ayant cohabité ensemble dans une relation conjugale pour une période minimale de deux ans. Réf : *Maintenance and Custody Act*, R.S.N.S. 1989, c. 160, art. 2(aa). *Le *Maintenance and Custody Act* est aussi connu sous son titre long : *An Act Respecting the Maintenance of Spouses, Common-law Partners and Dependants*.	*Act*, R.S.N.S. 1989, c. 160, art. 3.		1989, c. 275, art. 12.	1989, c. 275, art. 8.	*Maintenance and Custody Act*, R.S.N.S. 1989, c. 160, art. 52(1). _____ Partage des biens : Aucune mention visant les conjoints de fait, la loi ne s'appliquant qu'aux conjoints mariés. Toutefois, le *Maintenance and Custody Act* mentionne la possibilité d'entente de séparation entre les conjoints de fait pouvant traiter du partage des biens. Réf :	*and Custody Act*, R.S.N.S. 1989, c. 160, art. 31 et art. 52(2). _____ Partage des biens : Aucune mention visant les conjoints de fait, la loi ne s'appliquant qu'aux conjoints mariés. Réf : *Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, c. 275. _____ Protection de la résidence familiale : Aucune mention visant les conjoints de fait, la loi ne

						Matrimonial Property Act, R.S.N.S. 1989, c. 275 et *Maintenance and Custody Act*, R.S.N.S. 1989, c. 160, art. 4(c) et 10(3)(a). ——— Protection de la résidence familiale : Aucune mention visant les conjoints de fait, la loi ne s'appliquant qu'aux conjoints mariés. Réf : *Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, c. 275.	s'appliquant qu'aux conjoints mariés. Réf : *Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, c. 275.
Yukon	Pour l'application de	Oui.	En partie.	Non.	Non.	Obligation	Obligation

	la *Loi sur le patrimoine familial et l'obligation alimentaire*, sauf pour l'obligation alimentaire : Aucune reconnaissance des conjoints de fait Réf : *Loi sur le patrimoine familial et l'obligation alimentaire*, L.R.Y. 2002, c. 83, art. 1, définition de « conjoint ». _____ Pour l'application de la *Loi sur le patrimoine familial et l'obligation alimentaire*, spécifiquement pour l'obligation alimentaire : Homme et femme qui, sans être mariés et sans avoir fait l'objet d'une cérémonie de	Réf : *Loi sur le patrimoine familial et l'obligation alimentaire*, L.R.Y. 2002, c. 83, art. 37.	Lorsqu'une personne est décédée *ab intestat* et qu'un conjoint de fait lui survit au Yukon, le tribunal peut ordonner que soit retenue et allouée au conjoint de fait, et/ou utilisée pour son soutien et son entretien ou à son bénéfice, la partie des biens réels ou des biens personnels nets de l'intestat, ou des deux à la fois, qu'il estime indiquée, laquelle est versée selon les modalités qu'il précise.	Réf : *Loi sur le patrimoine familial et l'obligation alimentaire*, L.R.Y. 2002, c. 83, art. 6(1).	Réf : *Loi sur le patrimoine familial et l'obligation alimentaire*, L.R.Y. 2002, c. 83, art. 23(1).	alimentaire : Possibilité d'opting-out. Réf : *Loi sur le patrimoine familial et l'obligation alimentaire*, L.R.Y. 2002, c. 83, art. 60. _____ Partage des biens : Possibilité d'opting-in pour les conjoints de fait. Réf : *Loi sur le patrimoine familial et l'obligation alimentaire*, L.R.Y. 2002, c. 83, art. 60. _____ Protection de la résidence	alimentaire : Oui. Réf : *Loi sur le patrimoine familial et l'obligation alimentaire*, L.R.Y. 2002, c. 83, art. 2(4), 34(3) et 43. _____ Partage des biens : Oui, mais en cas de vice de forme ou de consentement seulement. Réf : *Loi sur le patrimoine familial et l'obligation alimentaire*, L.R.Y. 2002, c. 83, art. 2(4) et 61. _____ Protection de

	mariage, ont cohabité d'une façon relativement permanente. Réf : *Loi sur le patrimoine familial et l'obligation alimentaire*, L.R.Y. 2002, c. 83, art. 37. ——— Pour l'application de la *Loi sur l'administration des successions* : Personne unie à une autre par les liens d'un mariage qui, bien qu'il ne soit pas reconnu par la loi, est valide en common law OU Personne qui a cohabité avec une autre en couple pendant au moins les 12 mois précédant le décès de l'autre personne.		Pour la répartition des biens n'ayant pas pour but de pourvoir au soutien alimentaire, seul le conjoint marié est pris en compte. Réf : *Loi sur l'administration des successions*, L.R.Y. 2002, c. 77, art. 74 et 80.			familiale : Possibilité d'opting-in pour les conjoints de fait. Réf : *Loi sur le patrimoine familial et l'obligation alimentaire*, L.R.Y. 2002, c. 83, art. 60.	la résidence familiale : Oui, mais en cas de vice de forme ou de consentement seulement. Réf : *Loi sur le patrimoine familial et l'obligation alimentaire*, L.R.Y. 2002, c. 83, art. 2(4) et 61.

	Réf : *Loi sur l'administration des successions*, L.R.Y. 2002, c. 77, art. 1, définition de « conjoint de fait ».						
Territoires du Nord-Ouest	Pour l'application de la *Loi sur le droit de la famille* et de la *Loi sur les successions non testamentaires** : Personnes vivant ensemble en union conjugale hors des liens du mariage si elles vivent ainsi depuis au moins deux ans OU Personnes vivant ensemble en union conjugale hors des liens du mariage si cette union est d'une certaine permanence et ils sont ensemble les parents naturels ou adoptifs d'un	Oui. Réf : *Loi sur le droit de la famille*, L.T.N.-O. 1997, c. 18, art. 15.	Oui. Réf : *Loi sur les successions non testamentaires*, L.R.T.N.-O. 1988, c. I-10, art. 1(1) et 3 et suivants.	Oui. Réf : *Loi sur le droit de la famille*, L.T.N.-O. 1997, c. 18, art. 36(1).	Oui. Réf : *Loi sur le droit de la famille*, L.T.N.-O. 1997, c. 18, art. 53(1).	Obligation alimentaire : Possibilité d'opting-out. Réf : *Loi sur le droit de la famille*, L.T.N.-O. 1997, c. 18, art. 4(1)(b). _____ Partage des biens : Possibilité d'opting-out pour les conjoints de fait. Réf : *Loi sur le droit de la famille*, L.T.N.-O. 1997, c. 18,	Obligation alimentaire : Oui. Réf : *Loi sur le droit de la famille*, L.T.N.-O. 1997, c. 18, art. 8(4) et (5) et art. 19. _____ Partage des biens : Oui. Réf : *Loi sur le droit de la famille*, L.T.N.-O. 1997, c. 18, art. 8(4) et (5). _____ Protection de

	enfant Réf : *Loi sur le droit de la famille*, L.T.N.-O. 1997, c. 18, art. 1(1), définition de « conjoint ». *La *Loi sur les successions non testamentaires* réfère à la *Loi sur le droit de la famille* pour la définition de « conjoint ». Réf : *Loi sur les successions non testamentaires*, L.R.T.N.-O. 1988, c. I-10, art. 1(1).					art. 4(1)(a). _____ Protection de la résidence familiale : Possibilité d'opting-out. Réf : *Loi sur le droit de la famille*, L.T.N.-O. 1997, c. 18, art. 4(1)(d).	la résidence familiale : Oui. Réf : *Loi sur le droit de la famille*, L.T.N.-O. 1997, c. 18, art. 8(4) et (5) et 55(1)(h).
Nunavut	Pour l'application de la *Loi sur le droit de la famille* et de la *Loi sur les successions non testamentaires**: Personnes vivant ensemble en union conjugale hors des liens du mariage si elles vivent ainsi	Oui. Réf : *Loi sur le droit de la famille*, L.T.N.-O. (Nu) 1997, c. 18, art. 15.	Oui. Réf : *Loi sur les successions non testamentaires*, L.R.T.N.-O. (Nu) 1988, c. I-10, art. 3 et suivants.	Oui. Réf : *Loi sur le droit de la famille*, L.T.N.-O. (Nu) 1997, c. 18, art. 36.	Oui. Réf : *Loi sur le droit de la famille*, L.T.N.-O. (Nu) 1997, c. 18, art. 53.	Obligation alimentaire : Possibilité d'opting-out. Réf : *Loi sur le droit de la famille*, L.T.N.-O. (Nu) 1997, c. 18, art. 4(1)(b).	Obligation alimentaire : Oui. Réf : *Loi sur le droit de la famille*, L.T.N.-O. (Nu) 1997, c. 18, art. 8(4) et (5) et art. 19.

	depuis au moins deux ans OU Personnes vivant ensemble en union conjugale hors des liens du mariage si cette union est d'une certaine permanence et ils sont ensemble les parents naturels ou adoptifs d'un enfant Réf : *Loi sur le droit de la famille*, L.T.N.-O. (Nu) 1997, c. 18, art. 1(1), définition de « conjoint » et *Loi sur les successions non testamentaires*, L.R.T.N.-O. (Nu) 1988, c. I-10, art. 1(1), définition de « conjoint ». * Notons que la définition de « conjoint » de la *Loi sur les successions non*					_____ Partage des biens : Possibilité d'opting-out. Réf : *Loi sur le droit de la famille*, L.T.N.-O. (Nu) 1997, c. 18, art. 4(1)(a). _____ Protection de la résidence familiale : Possibilité d'opting-out. Réf : *Loi sur le droit de la famille*, L.T.N.-O. (Nu) 1997, c. 18, art. 4(1)(d).	_____ Partage des biens : Oui. Réf : *Loi sur le droit de la famille*, L.T.N.-O. (Nu) 1997, c. 18, art. 8(4) et (5). _____ Protection de la résidence familiale : Oui. Réf : *Loi sur le droit de la famille*, L.T.N.-O. (Nu) 1997, c. 18, art. 8(4) et (5).

	testamentaires ne comprend que les conjoints hétérosexuels.						

ANNEXE III

TABLEAU SUR LE DROIT APPLICABLE À LA MATERNITÉ DE SUBSTITUTION DANS LES PROVINCES ET TERRITOIRES CANADIENS ANGLAIS[*]

[*] Cette annexe a été produite par M[me] Dominique Lebrun, étudiante au baccalauréat en droit à l'Université de Montréal.

Province ou territoire	Législation entourant les mères porteuses et loi cadre, le cas échéant	Particularités de l'entente de gestation pour autrui	Conditions à la consécration de la filiation entre l'enfant et les parents d'intention	Possibilité de filiation entre l'enfant et les parents d'intention décédés après la conception	Possibilité d'une conception à titre posthume par le biais d'une mère porteuse	Possibilité de la Cour de passer outre au consentement de la mère porteuse à remettre l'enfant et conditions, le cas échéant	Possibilité d'un seul parent d'intention	Possibilités de trois parents
Colombie-Britannique	Oui. *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25.	Entente écrite pré-conception entre la mère porteuse et les parents d'intention. *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25, art. 29(2)(a) _____ Contient explicitement que la mère porteuse ne sera pas un parent de l'enfant. *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25, art. 29(2)(b)(i) _____ Contient explicitement que la mère porteuse remettra l'enfant aux parents d'intention. *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25, art. 29(2)(b)(ii) _____	Avant que l'enfant ne soit conçu, aucune des parties à l'entente n'a retiré son consentement au projet parental. *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25, art. 29(3)(a) _____ Après la naissance de l'enfant, la mère porteuse a donné un consentement écrit à la remise de l'enfant. *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25, art. 29(3)(b)(i) _____ Les parents d'intention ont pris l'enfant sous leur charge	Oui. Les parents d'intention décédés après la conception seront les parents de l'enfant si la mère porteuse consent par écrit à remettre à l'enfant au représentant personnel ou à la personne agissant au nom des parents. *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25, art. 29(5)	Oui. L'enfant devra avoir été conçu par procréation assistée. Le parent décédé avant la conception devra avoir fait don de gamètes pour son propre projet parental. Le parent décédé devra avoir donné son consentement écrit à ce que son conjoint marié ou conjoint de fait puisse	Oui. Dans la mesure où la mère porteuse est décédée, incapable de donner son consentement ou si elle ne peut être trouvée après des efforts raisonnables en ce sens. *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25, art. 29(4)	Oui. *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25, art. 29(2)(a)	Oui. Une entente écrite doit intervenir avant la conception de l'enfant. L'entente doit expressément prévoir que la mère de naissance sera la mère de l'enfant et qu'à la naissance de l'enfant, les parties à l'entente seront les parents de l'enfant. L'entente doit affirmer

		Contient explicitement que les parents d'intention seront les parents de l'enfant. *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25, art. 29(2)(b)(iii) _____ L'entente de gestation pour autrui n'est <u>pas</u> un consentement à remettre l'enfant au sens de l'article 29(3)(b)(i) ni au sens de l'article 29(5) [du *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25], mais peut servir de preuve pour établir l'intention des parties concernant la filiation de l'enfant. *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25, art. 29(6)	*Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25, art. 29(3)(b)(ii) _____ Note : Il n'est pas requis qu'au moins un des parents soit biologiquement affilié à l'enfant.		utiliser, après sa mort, ses gamètes. Il devra avoir donné un consentement écrit à ce qu'une filiation soit établie entre lui et l'enfant à venir. Ces deux consentements ne devront pas avoir été révoqués avant sa mort. Une entente de gestation pour autrui devra être conclue entre le conjoint survivant et la mère porteuse. Les gamètes du conjoint décédé devront avoir été utilisés dans la gestation pour autrui.			que la mère porteuse et les parents d'intention seront tous trois parents <u>OU</u> que la filiation sera partagée entre la mère qui accouchera, le conjoint de celle-ci et le donneur. *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25, art. 30(1) et (2) _____ Si une entente de triple filiation est établie, mais qu'avant que l'enfant ne soit conçu, une des parties retire son consentement ou décède, l'entente est réputée être révoquée.

					Les articles 29(2)(b), 29(3)(a) et 29(3)(b) trouvent ensuite application. *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25, art. 29(7) et 28(1)			*Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25, art. 30(3)
Alberta	Oui. *Family Law Act*, S.A. 2003, c. F-4.5	L'entente de gestation n'est pas exécutoire. La mère porteuse peut en tout temps refuser de consentir à la remise de l'enfant. Les parents d'intention n'auront alors droit à aucune filiation (même en présence d'un lien génétique entre l'enfant et un ou les parents d'intention). *Family Law Act*, S.A. 2003, c. F-4.5, art. 8.2(8)(a), 8.1(2)(c), 8.1(3)(c) et 8.1(4)(c) _____ L'entente de mère porteuse ne peut être utilisée comme preuve selon laquelle la mère porteuse consentait à la remise de l'enfant, consentement requis par	Au moins un des parents d'intention doit partager le patrimoine génétique de l'enfant conçu par gestation pour autrui *Family Law Act*, S.A. 2003, c. F-4.5, art. 8.2(1)(b) et art. 8.2(6)(a) _____ La requête pour annuler la filiation de l'enfant à la mère porteuse et pour établir la filiation entre l'enfant et ses parents d'intention ne peut être déposée plus de 30 jours après la naissance de l'enfant, à moins que la Cour autorise un délai plus long.	N/D Notons également que le jugement déclaratoire de filiation ne peut être utilisé dans les situations impliquant une grossesse pour autrui. *Family Law Act*, S.A. 2003, c. F-4.5, art. 9(2)	N/D	Oui. Dans la mesure où la mère porteuse est décédée ou si elle ne peut être trouvée, malgré des efforts raisonnables faits en ce sens. *Family Law Act*, S.A. 2003, c. F-4.5, art. 8.2(9)	Oui. *Family Law Act*, S.A. 2003, c. F-4.5, art. 5.1(1)(d)(i)	Non. *Family Law Act*, S.A. 2003, c. F-4.5, art. 8.2(12)(b)

		l'art. 8.2(6)(b). *Family Law Act*, S.A. 2003, c. F-4.5, art. 8.2(8)(b) _____ L'entente de gestation pour autrui peut cependant être utilisée pour prouver le consentement au projet parental du parent d'intention n'ayant pas fourni ses gamètes. *Family Law Act*, S.A. 2003, c. F-4.5, art. 8.2(8)(c), art. 8.1(2)(b)(ii) et art. 8.1(3)(b)(ii)	*Family Law Act*, S.A. 2003, c. F-4.5, art. 8.2(4) _____ Lors de l'audition, la mère porteuse doit consentir à la remise de l'enfant. Le consentement se fait par le biais du formulaire prévu par règlement. *Family Law Act*, S.A. 2003, c. F-4.5, art. 8.2(6)(b)					
Nouvelle-Écosse	Oui. *Birth Registration Regulations*, N.S. Reg. 390/2007.	L'entente de gestation pour autrui doit être initiée par les parents d'intention *Birth Registration Regulations*, N.S. Reg. 390/2007, art. 5(2)(a) _____ L'entente de gestation pour autrui fut contractée avant la conception. *Birth Registration Regulations*, N.S. Reg. 390/2007, art. 5(2)(b) _____	La mère porteuse n'a pas comme intention d'être le parent de l'enfant. *Birth Registration Regulations*, N.S. Reg. 390/2007, art. 5(2)(c) _____ Les parents d'intention ont l'intention d'être les parents de l'enfant. *Birth Registration Regulations*, N.S. Reg. 390/2007, art.	N/D	N/D	N/D	N/D, mais la loi réfère en tout temps aux parents d'intention au pluriel, ce qui semble militer contre la possibilité d'un seul parent d'intention.	N/D

			5(2)(d) _____ Un des parents d'intention partage son patrimoine génétique avec l'enfant. *Birth Registration Regulations*, N.S. Reg. 390/2007, art. 5(2)(e)					
Territoires du Nord-Ouest	Oui. *Loi sur le droit de l'enfance*, L.T.N.-O. 1997, c. 14.	Doit être intervenue avant la conception de l'enfant. La mère devait dès ce moment avoir l'intention de renoncer à l'enfant. *Loi sur le droit de l'enfance*, L.T.N.-O. 1997, c. 14, art. 8.1(3)	Au moins un des parents d'intention doit avoir un lien génétique avec l'enfant. *Loi sur le droit de l'enfance*, L.T.N.-O. 1997, c. 14, art. 8.1(3) _____ Obtention de la filiation par ordonnance déclaratoire. L'on devra prouver par prépondérances de preuve qu'une personne est ou n'est pas un parent. *Loi sur le droit de l'enfance*, L.T.N.-O. 1997, c. 14, art. 5.1(1) et (2)	N/D	N/D	N/D	Oui. *Loi sur le droit de l'enfance*, L.T.N.-O. 1997, c. 14, art. 8.1(3)(a)	N/D

Terre-Neuve et Labrador	Oui. *Vital Statistics Act*, S.N.L. 2009, c. V-6.01.	N/D	Jugement d'adoption doit avoir consacré la filiation (*Adoption Act*, S.N.L. 2013, c. A-3.1, art. 35) OU Jugement déclaratoire doit avoir consacré la filiation (*Children's Law Act*, R.S.N.L. 1990, c. C-13, art. 6 et 7) ET Une copie certifiée du jugement doit avoir été reçu par le registraire de l'état civil. *Vital Statistics Act*, S.N.L. 2009, c. V-6.01, art. 5(6)	N/D	N/D	N/D	N/D	N/D

Provinces ou territoires sans législation entourant les mères porteuses

Province ou territoire	Législation entourant les mères porteuses	Mécanisme subsidiaire pour faire reconnaître la filiation suite à une gestation pour autrui
Manitoba	Non.	Jugement déclaratoire à l'effet qu'une femme n'est pas la mère de l'enfant ou qu'un homme n'est pas le père de l'enfant *Loi sur l'obligation alimentaire*, C.P.L.M. c. F20, art. 19 et 20(1) et (3) _____ Jugement déclaratoire à l'effet qu'une femme est la mère de l'enfant ou qu'un homme est le père de l'enfant *Loi sur l'obligation alimentaire*, C.P.L.M. c. F20, art. 19 et 20(1) et (3),

Saskatchewan	Non.	Jugement déclaratoire à l'effet qu'une femme n'est pas la mère de l'enfant ou qu'un homme n'est pas le père de l'enfant *Loi de 1997 sur le droit de l'enfance*, L.S. 1997, c. C-8.2, art. 43(3) à (5) _____ Jugement déclaratoire à l'effet qu'une femme est la mère de l'enfant ou qu'un homme est le père de l'enfant *Loi de 1997 sur le droit de l'enfance*, L.S. 1997, c. C-8.2, art. 43(2)
Ontario	Non.	Jugement déclaratoire à l'effet qu'une femme est la mère de l'enfant ou qu'un homme est le père de l'enfant *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, L.R.O. 1990, c. C. 12, art. 4 et 5
Nouveau-Brunswick	Non.	Jugement déclaratoire à l'effet qu'une femme est la mère de l'enfant ou qu'un homme est le père de l'enfant *Loi sur les services à la famille*, L.N.B. 1980, c. F.-2.2, art. 100(1) à 100(4)
Île-du-Prince-Édouard	Non.	Jugement déclaratoire à l'effet qu'une femme n'est pas la mère de l'enfant ou qu'un homme n'est pas le père de l'enfant *Child Status Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. C-6, art. 5 et 6 _____ Jugement déclaratoire à l'effet qu'une femme est la mère de l'enfant ou qu'un homme est le père de l'enfant *Child Status Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. C-6, art. 5 et 6
Yukon	Non.	Jugement déclaratoire à l'effet qu'une femme n'est pas la mère de l'enfant ou qu'un homme n'est pas le père de l'enfant *Loi sur le droit de l'enfance*, L.R.Y. 2002, c. 31, art. 8(1) et (2) et 9(1) et (2) _____ Jugement déclaratoire à l'effet qu'une femme est la mère de l'enfant ou qu'un homme est le père de l'enfant *Loi sur le droit de l'enfance*, L.R.Y. 2002, c. 31, art. 8(1) et (2) et 9(1) et (2)
Nunavut	Non.	Jugement déclaratoire à l'effet qu'une femme n'est pas la mère de l'enfant ou qu'un homme n'est pas le père de l'enfant

		Loi sur le droit de l'enfance, L.T.N.-O. (Nu) 1997, c. 14, art. 5(1)(b) _____ Jugement déclaratoire à l'effet qu'une femme est la mère de l'enfant ou qu'un homme est le père de l'enfant *Loi sur le droit de l'enfance*, L.T.N.-O. (Nu) 1997, c. 14, art. 5(1)(a)

ANNEXE IV

APERÇU DES PRINCIPAUX TRANSFERTS GOUVERNEMENTAUX ET MESURES FISCALES RELIÉS À LA FAMILLE*

---

* Cette annexe a été produite par la Direction des orientations et politiques du ministère de la Justice du Québec.

L'objectif de la présente annexe est de présenter les principaux transferts gouvernementaux reliés à la famille et mesures fiscales dont le parent gardien (parent créancier) pourra bénéficier, en sus de la pension alimentaire au profit de l'enfant. Ces principaux transferts et mesures fiscales sont les suivants :

Pour le Québec

- Soutien aux enfants
- Crédit d'impôt pour frais de garde d'enfants

Pour le fédéral

- Prestation fiscale canadienne pour enfants (PFCE)
- Prestation universelle pour la garde d'enfant (PUGE)
- Crédit d'impôt non remboursable pour enfant
- Crédit d'impôt non remboursable pour personne à charge admissible
- Déduction pour frais de garde d'enfants

DESCRIPTION SOMMAIRE DES TRANSFERTS GOUVERNEMENTAUX ET MESURES FISCALES

Pour le Québec

1. Soutien aux enfants[1]

Le crédit d'impôt remboursable pour le soutien aux enfants est versé par le gouvernement du Québec pour venir en aide aux familles. Cette mesure remplace les prestations familiales, le crédit d'impôt non remboursable pour enfant à charge et la réduction d'impôt à l'égard des familles. Elle se nomme Soutien aux enfants et comprend 2 volets :

- le paiement de Soutien aux enfants est une aide financière versée à toutes les familles admissibles ayant un enfant à charge de moins de 18 ans qui réside avec elles;
- le supplément pour enfant handicapé a pour but d'aider financièrement les familles à assumer la garde, les soins et l'éducation d'un enfant dont le handicap, physique ou mental, le limite de façon importante dans ses activités de la vie quotidienne et dont la durée prévisible est d'au moins un an.

Le montant du Soutien aux enfants varie d'une famille à l'autre et il est **non imposable**. Il est calculé chaque année en tenant compte :

- du nombre d'enfants à charge de moins de 18 ans résidant avec le bénéficiaire;
- du nombre d'enfants en garde partagée;
- du revenu familial, c'est-à-dire la somme des revenus des 2 conjoints, s'il y a lieu;

---

[1] En ligne : http://www.rrq.gouv.qc.ca/fr/programmes/soutien_enfants/Pages/soutien_enfants.aspx.

- de la situation conjugale (avec ou sans conjoint).

En situation de séparation, les prestations sont versées au parent qui a la garde exclusive des enfants. Pour les situations de garde partagée, chaque parent reçoit 50 % du montant qu'il recevrait si l'enfant habitait avec lui à temps plein.

2. Crédit d'impôt pour frais de garde d'enfants[2]

Les frais déboursés pour faire garder un enfant à charge peuvent donner droit à un crédit d'impôt remboursable. Ce crédit d'impôt fait partie des mesures fiscales prises à l'intention des familles. Le montant accordé est établi en fonction du revenu familial. Les frais payés pour une place à contribution réduite pour laquelle une subvention est versée au service de garde ne sont pas admissibles à ce crédit d'impôt.

Pour le fédéral

3. Prestation fiscale canadienne pour enfants (PFCE)[3]

La PFCE est un paiement mensuel **non imposable** versé aux familles admissibles pour les aider à subvenir aux besoins de leurs enfants de moins de 18 ans. La PFCE peut inclure :

- le supplément de la prestation nationale pour enfants ;
- la prestation pour enfants handicapés .

La prestation pour enfants handicapés (PEH) est une prestation non imposable destinée aux familles qui subviennent aux besoins d'un enfant de moins de 18 ans qui est admissible au montant pour personnes handicapées.

En situation de séparation, les prestations sont versées au parent qui a la garde exclusive des enfants. Pour les situations de garde partagée, chaque parent reçoit 50 % du montant qu'il recevrait si l'enfant habitait avec lui à temps plein.

4. Prestation universelle pour la garde d'enfants (PUGE)[4]

La PUGE est conçue pour venir en aide aux familles canadiennes qui cherchent à établir un équilibre entre le travail et la vie de famille et appuyer leurs choix en matière de garde d'enfants par l'entremise d'un soutien financier direct. Les versements de la PUGE sont effectués pour les enfants de moins de 6 ans à raison de 100 $ par mois par enfant (1 200 $ par année par enfant) pour la période de 2006 à 2014. La PUGE est une **prestation imposable**.

À partir de 2015, la PUGE est bonifiée de manière à ce qu'elle s'établisse à un montant maximal de 1 920 $ par année pour chaque enfant âgé de moins de 6 ans. Le gouvernement instaure

---

2 En ligne : http://www4.gouv.qc.ca/FR/Portail/Citoyens/Evenements/DevenirParent/Pages/credt_frais_garde_enfan.aspx.

3 En ligne : http://www.cra-arc.gc.ca/bnfts/cctb/menu-fra.html.

4 En ligne : http://www.budget.gc.ca/efp-peb/2014/uccb-puge-fra.html.

aussi une nouvelle prestation pouvant atteindre 720 $ annuellement par enfant âgé de 6 à 17 ans. Les améliorations apportées à la PUGE entreront en vigueur rétroactivement à compter de janvier 2015 et commenceront à être intégrées aux versements mensuels en juillet 2015. La PUGE bonifiée remplacera le crédit d'impôt non remboursable pour enfants à compter de l'année d'imposition 2015.

En situation de séparation, les prestations sont versées au parent qui a la garde exclusive des enfants. Pour les situations de garde partagée, chacun des parents reçoit la moitié des prestations.

5. Crédit d'impôt non remboursable pour enfant[5]

Le crédit d'impôt fédéral non remboursable pour enfants à l'intention des parents est calculé pour chaque enfant âgé de moins de 18 ans à la fin de l'année. Ce crédit d'impôt sera remplacé par la PUGE bonifiée à compter de l'année d'imposition 2015.

En situation de séparation, c'est le parent gardien qui peut le réclamer. Pour les situations de garde partagée, c'est plutôt le créancier de la pension qui peut le revendiquer.

6. Crédit d'impôt non remboursable pour personne à charge admissible[6]

Le régime fiscal fédéral accorde aux personnes sans conjoint un crédit d'impôt non remboursable pour une personne à charge admissible.

En situation de séparation, c'est le parent gardien qui peut le réclamer. Pour les situations de garde partagée, c'est plutôt le créancier de la pension qui peut le revendiquer.

7. Déduction pour frais de garde d'enfants[7]

Les frais déboursés pour faire garder un enfant à charge peuvent donner droit à une déduction d'impôt. En général, lorsque les parents sont ensemble, les frais de garde sont déductibles par le parent qui a le revenu le moins élevé, et ce, indépendamment qu'il ait assumé les frais ou non. Lorsque les parents se séparent, chaque parent peut réclamer les frais qu'il débourse pour la garde de son enfant pendant qu'il est sous sa responsabilité. Ainsi, en garde exclusive, seul le parent gardien peut réclamer la déduction des frais de garde qu'il paie. En garde partagée, seuls les frais de garde payés par le parent qui en a alors la responsabilité pourront être déduits par lui[8].

Les frais de garde qui donnent droit à la déduction d'impôt comprennent les frais de garde à contribution réduite ainsi que la contribution additionnelle aux services de garde subventionnée.

---

5 En ligne : http://www.budget.finances.gouv.qc.ca/budget/2009-2010/fr/documents/pdf/PolitiqueFamiliale.pdf.

6 En ligne : http://www.budget.finances.gouv.qc.ca/budget/2009-2010/fr/documents/pdf/PolitiqueFamiliale.pdf.

7 En ligne : http://www.budget.gc.ca/efp-peb/2014/deduchildcare-dedugardedenfant-fra.html.

8 « Une fiscalité familiale à réinventer ou quelques pièges à éviter », Colloque Aliform 2015, M^{e} Jean-Marie Fortin, Ad. E., M. Fisc.

RÉPARTITION DES FRAIS DE GARDE SELON LE MODÈLE QUÉBÉCOIS DE FIXATION DES PENSIONS ALIMENTAIRES POUR ENFANTS

Selon le Règlement sur la fixation des pensions alimentaires pour enfants, les frais de garde nets sont les frais de garde annuels payés pour répondre aux besoins de l'enfant, que le parent doit engager notamment pour occuper un emploi ou recevoir une formation ou en raison de son état de santé. Ces frais doivent être diminués de tout avantage, subvention, déduction ou crédit d'impôt qui s'y rattache. C'est le coût net de ces frais qui sera réparti entre les deux parents lors du calcul final de la pension alimentaire à payer.

Peu importe si les frais engagés pour faire garder leurs enfants sont des frais payés pour une place à contribution réduite pour laquelle une subvention est versée au service de garde ou non, ce sont les frais de garde nets qui seront répartis entre les deux parents au prorata de leurs revenus. En plus des déductions fiscales, les frais de garde doivent être réduits du montant annuel net de la PUGE.

Les deux exemples qui suivent permettent d'illustrer la progression des transferts gouvernementaux depuis les dix dernières années (2004 à 2014).

Exemple 1

Considérons d'abord la situation d'une **famille biparentale** avec deux enfants de 3 et 5 ans. Le revenu familial brut est de 70 000 $ et il correspond au revenu du père. La mère est à la maison et n'a aucun revenu. Pour illustrer l'effet net des mesures sociales et fiscales, posons l'hypothèse que cette famille bénéficie du même niveau de revenu de 2004 à 2014. Ainsi, elle se retrouve avec **un montant net supplémentaire de 6 560 $**[9] (57 206 $ - 50 646 $) en 2014 par rapport à 2004, ce qui est dû principalement aux transferts gouvernementaux reliés à la famille ainsi qu'aux réductions d'impôts entre ces deux périodes[10].

Exemple 1	2004	2014
Revenu brut familial	70 000 $	70 000 $
Transferts	1 494 $	6 873 $
Cotisations sociales	(3 558 $)	(5 051 $)
Impôts	(17 290 $)	(14 616 $)
Revenu disponible	**50 646 $**	**57 206 $**

Pour ce qui est des transferts, le paiement de Soutien aux enfants, en vigueur depuis le 1er janvier 2005, est plus généreux que l'allocation familiale et les crédits d'impôt pour enfants mineurs à charge qu'il remplace. Le montant de la PFCE a augmenté et il y a eu l'instauration de la PUGE le 1er juillet 2006.

9 Les données des exemples 1 et 2 proviennent du Modèle de revenu disponible du ministère de l'Emploi et de la Solidarité sociale (version de juillet 2014).

10 Les données des exemples 1 et 2 sont en dollars courants.

Transferts (exemple 1)	2004	2014
Soutien aux enfants	-	2 623 $
Allocation familiale	0 $	-
PFCE	1 494 $	1 850 $
PUGE	-	2 400 $
Total transferts	**1 494 $**	**6 873 $**

Exemple 2

Considérons maintenant la situation d'une **famille monoparentale** avec deux enfants de 3 et 5 ans et un revenu familial brut de 40 000 $. Avec le même niveau de revenu brut, cette famille se retrouve avec **un montant net supplémentaire de 9 840 $** (40 802 $ - 30 962 $) en 2014 par rapport à 2004. Ceci est dû principalement aux transferts gouvernementaux reliés à la famille ainsi qu'aux réductions d'impôts entre ces deux périodes.

Exemple 2	2004	2014
Revenu brut familial	40 000 $	40 000 $
Transferts	3 160 $	14 084 $
Cotisations sociales	(3 056 $)	(3 417 $)
Impôts	(5 492 $)	(5 145 $)
Dépenses liées à l'emploi (frais de garde)	(3 650 $)	(4 720 $)
Revenu disponible	**30 962 $**	**40 802 $**

Pour ce qui est des transferts, le paiement de Soutien aux enfants, en vigueur depuis le 1er janvier 2005, est plus généreux que l'allocation familiale et les crédits d'impôt pour enfants mineurs à charge qu'il remplace. Le montant de la PFCE a augmenté et il y a eu l'instauration de la PUGE le 1er juillet 2006.

Transferts (exemple 2)	2004	2014
Soutien aux enfants	-	4 134 $
Allocation familiale	160 $	-
PFCE	2 362 $	4 885 $
PUGE	-	2 400 $
Autres transferts (crédit pour la solidarité, crédit TPS, crédit pour frais de garde du Québec)	638 $	2 665 $
Total transferts	**3 160 $**	**14 084 $**

Ces deux exemples démontrent l'augmentation majeure des transferts gouvernementaux reliés à la famille et des mesures fiscales depuis les dix dernières années.

Maintenant, afin de mieux comprendre la teneur des transferts gouvernementaux et des mesures fiscales dont le parent gardien (parent créancier) pourra bénéficier, en sus de la

pension alimentaire qu'il recevra au profit de l'enfant, comparons la situation financière du parent gardien et celle du parent non gardien. Il est à noter que la pension alimentaire au profit de l'enfant est défiscalisée, c'est-à-dire qu'elle est non imposable pour le créancier et non déductible pour le débiteur.

Exemple 3

L'exemple 3[11] illustre la situation de deux enfants (2 ans et 4 ans) en garde exclusive à la mère. Le revenu du père est de 62 400 $ et celui de la mère de 36 400 $. Le montant de la contribution alimentaire parentale de base (montant de la table) est de 13 580 $ et il est présumé couvrir l'ensemble des besoins des deux enfants (alimentation, vêtements, activités, livres scolaires, logement, chauffage, électricité, etc.). La part de la contribution alimentaire du père est de 9 061 $ et sa part des frais de garde nets est de 0 $. En effet, puisque le montant de frais de garde de 3 640 $, diminué des avantages fiscaux et du montant net de la PUGE est négatif, le montant des frais de garde nets est nul. Le montant de la pension annuelle à verser par le père est donc de 9 061 $. La part de la contribution alimentaire de la mère est de 4 519 $, elle représente la part de son revenu disponible qui est affectée aux dépenses de ses enfants, dont elle a la garde exclusive.

En plus de la pension alimentaire pour les deux enfants de 9 061 $, la mère bénéficie notamment d'un montant de 5 576 $ de PFCE et de 4 242 $ de Soutien aux enfants qui ne sont pas comptabilisés dans ses revenus pour le calcul de la pension alimentaire pour enfants. L'encaissement net de la mère après la pension est de 53 197 $ (pour elle et ses deux enfants) alors que celui du père est de 34 286 $.

Dans le cas d'une garde exclusive, le parent gardien reçoit une pension alimentaire qui lui permet d'assumer l'ensemble des besoins des enfants (montant de la table + frais relatifs aux enfants). Dans l'exemple 3, le montant pour les besoins des enfants correspond au montant de la table de 13 580 $, puisque les frais de garde nets sont nuls. Par conséquent, l'encaissement net de la mère après pension et couverture des besoins des enfants est donc de 39 617 $ (53 197 $ - 13 580 $) comparativement à celui du père qui est de 34 286 $.

---

[11] Les données des exemples 3 et 4 proviennent de la version d'Aliform MJQ 2015 v 1.0 (cette version inclut la bonification à la PUGE rétroactive au 1er janvier 2015, mais n'inclut pas la contribution additionnelle aux services de garde subventionnée).

Exemple 3 (garde exclusive à la mère)	Père	Mère
Revenu brut	62 400 $	36 400 $
PUGE (imposable à la mère)		3 840 $
Revenu avant impôts	**62 400 $**	**40 240 $**
Impôts et cotisations sociales Impôts, ass-emploi et parental, RRQ, contribution santé, etc.	**(19 053) $**	**(7 653) $**
Transferts		
PFCE		5 576 $
Soutien aux enfants		4 242 $
Crédit de TPS		824 $
Crédit de solidarité		907 $
Total transferts	**- $**	**11 549 $**
Encaissement net avant la pension	**43 347 $**	**44 136 $**
Pension alimentaire pour enfants		
Pension alimentaire à payer par le père à la mère	**(9 061) $**	**9 061 $**
Encaissement net après la pension	**34 286 $**	**53 197 $**
Besoins reconnus pour les enfants selon la Table de fixation		13 580 $
Encaissement net après la pension et couverture des besoins reconnus pour les enfants selon la table	**34 286 $**	**39 617 $**

Exemple 4

L'exemple 4 illustre la même situation, mais cette fois-ci les deux enfants sont en garde partagée, chaque parent en ayant la garde 50 % du temps. La part de la contribution alimentaire parentale de base du père est de 9 061 $ et sa part des frais de garde nets est de 930 $. La pension alimentaire à payer est de 3 201 $, ce qui correspond à la différence entre la part du père (9 061 $) et le coût de la garde pour chaque parent (6 790 $), additionné de la part des frais de garde du père.

En plus de la pension alimentaire pour les deux enfants, la mère bénéficie notamment d'un montant de 2 732 $ de PFCE et de 2 145 $ de Soutien aux enfants qui ne sont pas comptabilisés dans ses revenus pour calculer la pension alimentaire pour enfants. Il est à noter que le père bénéficie également d'un montant de 1 117 $ de PFCE et de 1 625 $ de Soutien aux enfants puisque les enfants sont en garde partagée. L'encaissement net de la mère après la pension est de 40 701 $ alors que celui du père est de 44 071 $.

Dans le cas d'une garde partagée, la pension alimentaire sert à compenser l'écart entre ce que le parent devrait payer pour répondre aux besoins de ses enfants et ce que ça lui coûte dans les

faits, pour que chacun des parents ait les ressources nécessaires pour couvrir les coûts relatifs aux besoins des enfants. Dans l'exemple 4, une fois la pension versée, chacun des parents a un montant de 6 790 $ pour couvrir les besoins des enfants pour la période où ils en ont la garde. La mère a également un montant de 1 394 $ (part du père : 930 $ et part de la mère : 464 $) pour assumer le total des frais de garde nets, en plus du montant de 6 790 $, ce qui lui fait un total de 8 184 $. Par conséquent, l'encaissement net de la mère après pension et couverture des besoins des enfants est donc de 32 517 $ (40 701 $ - 8 184 $) comparativement à celui du père qui est de 37 281 $ (44 071 $ - 6 790 $).

Exemple 4 (garde partagée)	**Père**	**Mère**
Revenu brut	62 400 $	36 400 $
PUGE (imposable à chacun des parents)	1 920 $	1 920 $
Revenu avant impôts	**64 320 $**	**38 320 $**
Impôts et cotisations sociales Impôts, ass-emploi et parental, RRQ, contribution santé, etc.	**(19 790) $**	**(7 106) $**
Transferts		
PFCE	1 117 $	2 732 $
Soutien aux enfants	1 625 $	2 145 $
Crédit de TPS	- $	545 $
Crédit de solidarité	- $	864 $
Total transferts	**2 742 $**	**6 286 $**
Encaissement net avant la pension	**47 272 $**	**37 500 $**
Pension alimentaire pour enfants **Pension alimentaire à payer**	**(3 201) $**	**3 201 $**
Encaissement net après la pension	**44 071 $**	**40 701 $**
Besoins reconnus pour les enfants selon la Table de fixation + frais de garde nets à payer par la mère	6 790 $	8 184 $
Encaissement net après la pension et couverture des besoins reconnus pour les enfants selon la table	**37 281 $**	**32 517 $**

ANNEXE V

HARMONISATION DU DROIT SOCIAL ET FISCAL AVEC LE DROIT PRIVÉ DE LA FAMILLE*

---

* Cette annexe a été produite par M^e^ Dominique Barsalou, LL. M., avocate.

Comme plusieurs avant lui, le Comité dénonce, dans son rapport, les problèmes que soulève l'absence d'harmonisation entre le droit social et fiscal et le droit privé de la famille. Bien que ces sphères du droit visent des objectifs différents, la divergence des principes et des valeurs qui les soutiennent alimente la confusion et invite, selon nous, à une importante réflexion.

Ainsi, alors qu'en droit privé, l'enfant représente une responsabilité commune pour ses parents[1], en droit social et fiscal, toutes les mesures de soutien financier qui lui sont destinées[2] sont ajustées en fonction des revenus combinés de ses parents à condition qu'ils forment encore un couple. Dans le cas contraire, donc si les parents sont séparés ou divorcés, les mesures de soutien sont basées sur les ressources conjointes du parent ayant la garde et, le cas échéant, de son nouveau conjoint, et ce indépendamment du lien parental.

On observe une dichotomie similaire quant aux mesures sociales et fiscales destinées aux adultes. D'une part, en droit privé, privilégiant le respect de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle, le législateur ne définit aucune obligation de solidarité entre les conjoints de fait. D'autre part, en droit social et fiscal, généralement après un an de vie commune, les membres du couple sont reconnus comme conjoints au sens de la fiscalité et présumés former une unité économique solidaire partageant leur *revenu familial*[3]. Ce faisant, les prestations sociales ainsi que de nombreuses mesures fiscales sont désormais calibrées au regard des ressources combinées du nouveau couple.

Aux prises avec des règles juridiques aux fondements aussi différents, qui se sont développées largement en silo, est-il étonnant de constater que même après l'importante publicité entourant l'affaire *Lola*, le sondage[4] réalisé auprès des Québécois, à la demande de la Chambre des notaires, révélait que :

---

1 Voir notamment les articles aux titres troisième et quatrième du Livre deuxième de la Famille du *Code civil du Québec* ainsi que les propositions du Comité de réforme qui apparaitraient au titre troisième du Livre deuxième de la Famille. Notons que ces obligations, ainsi que les mesures particulières applicables au conjoint qui agit *in loco parentis*, incomberont à tous les parents, qu'ils soient mariés, unis civilement ou conjoints de fait.

2 Que l'on pense au crédit d'impôt remboursable pour le soutien aux enfants ou au crédit d'impôt pour la solidarité ainsi qu'au crédit d'impôt attribuant une prime au travail qui accorde une aide supérieure aux ménages avec enfants à charge.

3 Comparons cette situation à celle qui existe en Norvège où les conjoints de fait, qui n'ont aucune obligation de solidarité entre eux ou d'obligation de partage d'actifs en droit privé, sont considérés, à tout le moins par une partie importante du droit social, comme des individus qui bien que cohabitant, ne mettent pas nécessairement leurs revenus en commun : « In contrast to spouses, cohabitants are not legally obliged to support one another. Therefore, when granting means-tested financial social assistance, the authorities cannot take the other cohabitant's income into account as a starting point [...] » : Tone SVERDRUP, « Norway. Equal rights at any costs? » dans Elaine SUTHERLAND (dir.), *The Future of Child and Family Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 296, à la page 322. Malgré cette presomption, la législation sociale peut aussi tenir compte de la situation des conjoints de fait qui prennent réellement soin l'un de l'autre.

4 CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, « Conjoints de fait : la Chambre des notaires du Québec sensibilise les Québécois », Montréal, 22 mars 2013, en ligne : http://www.newswire.ca/fr/story/1134643/conjoints-de-fait-la-chambre-des-notaires-du-quebec-sensibilise-les-quebecois (page consultée le 25 avril 2015).

- 62 % des répondants croient que, lors d'une rupture entre deux conjoints de fait, tous les biens acquis pendant leur vie commune sont séparés en parts égales.

- 58 % des répondants ignorent que le conjoint de fait le plus pauvre n'a pas droit à une pension alimentaire dans le cas d'une rupture.

Même si les systèmes de droit se sont construits selon leur propre logique, il reste que certains changements sociaux ont eu une influence contemporaine pour chacun. Ainsi, au début des années 1990, les conjoints de fait ont porté de nombreuses causes devant les tribunaux afin d'obtenir les mêmes droits privés que les conjoints mariés[5]. C'est également à cette époque que les gouvernements provincial et fédéral ont harmonisé le traitement fiscal des conjoints de fait avec celui des conjoints mariés. Dans son discours budgétaire 1992-1993[6], le ministre des Finances du Québec soulignait la décision du gouvernement fédéral d'étendre aux conjoints de fait les règles fiscales applicables aux époux comme l'avait amorcé le Québec depuis quelques années. Cette harmonisation était alors présentée comme « […] faisant en sorte que des contribuables ayant les mêmes charges familiales paient les mêmes impôts, qu'ils soient mariés ou non »[7]. Ce faisant, l'État uniformisait son rapport avec les couples et les familles, indépendamment du lien conjugal pour les premiers et du lien parental pour les seconds.

En droit social et fiscal, deux arguments sont avancés pour justifier la prise en compte du *revenu familial*, soit l'équité horizontale et la présence d'économies d'échelle.

Le concept d'équité horizontale, qui énonce que deux personnes dans la même situation devraient avoir les mêmes droits et obligations, implique en fiscalité qu'une même capacité contributive doit entraîner l'imposition d'un même fardeau fiscal. Ce principe soutient aujourd'hui le traitement identique accordé aux conjoints et aux familles, indépendamment de leur lien conjugal et parental. Dans la mesure où de tels liens n'influencent pas le partage des charges familiales, cet objectif d'équité horizontale serait effectivement atteint. Dit autrement, si le fait d'être marié ou non, ou si le fait que l'enfant qui vit avec un adulte soit le sien ou non ne change rien à la répartition des charges assumées par chacun, alors l'équité horizontale se vérifie.

Or, après un an de vie commune, combien de nouveaux couples mettent effectivement leurs ressources financières en commun? Peut-on réalistement présumer qu'après une année de cohabitation, ou même après quelques-unes, un beau-parent assumera les mêmes charges financières pour un enfant qu'un parent le ferait avec le même revenu? Ces règles ne sont-elles pas davantage le reflet d'un mode de fonctionnement révolu?

---

5 Voir notamment les causes de *Miron* c. *Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *M.* c. *H.*, [1991] 1 R.C.S. 3. Notons que ces causes traitaient des droits de conjoints de fait à l'égard de tiers, telles les compagnies d'assurance. Ce n'est qu'avec les causes de *Nouvelle-Écosse (Procureur général)* c. *Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325 et plus tard *Québec (procureur général)* c. *A.*, 2013 CSC 5 (*Lola* c. *Éric*), que les questions porteront sur les relations des conjoints entre eux.

6 Ministère des Finances du Québec, « Discours sur le budget et Renseignements supplémentaires », prononcé à l'Assemblée nationale par monsieur Gérard D. Levesque, ministre des Finances. Voir Gérard D. LÉVESQUE, ministre des Finances, « Discours sur le budget et renseignements supplémentaires », prononcé à l'Assemblée nationale, Québec, Ministère des Finances du Québec, 14 mai 1992, Annexe A..

7 *Id.,* p. 21.

Comme le démontre bien les données statistiques présentées au chapitre deuxième du rapport, la progression de l'instabilité conjugale et la croissance de l'autonomie financière des femmes ont contribué à modifier la gestion des ressources financières au sein des couples.

De plus, si la recomposition familiale a toujours existé, le mode de fonctionnement de ces familles a grandement évolué au cours des dernières décennies.

D'une part, elles donnent lieu à de moins en moins de mariages. D'autre part, la recomposition familiale ne survient plus, de nos jours, à la suite du décès ou de l'abandon de la famille par l'un des parents. Dans la plupart des cas, la famille recomposée se forme alors que le parent non-gardien demeure présent dans la vie de ses enfants et qu'il continue à assumer ses responsabilités parentales. Dans ce contexte, le beau-parent occupe un rôle d'addition auprès de l'enfant plutôt qu'un rôle de remplacement. Ainsi, même si l'abandon des responsabilités parentales peut toujours exister, c'est davantage le maintien des liens parentaux, au-delà de la survie du couple, qui est attendu des deux parents et valorisé par la société.

De surcroît, les liens parentaux suivant une rupture se sont renforcés et les ententes de garde partagée sont devenues plus fréquentes, favorisant ainsi un meilleur partage des responsabilités financières entre les parents.

Parmi les nombreuses situations complexes liées à la non-harmonisation du droit privé au droit fiscal ou au droit social, un exposé du cas des familles recomposées permet de bien saisir la problématique.

Ainsi, malgré cette évolution vers une distinction entre liens filiaux et conjugaux, les mesures d'aide à la famille sont toujours fondées sur le *revenu familial* basé sur le lien conjugal. Ainsi, lors de la séparation des parents, les mesures sociofiscales sont recalculées en fonction des seuls revenus du parent gardien[8], donnant alors lieu à un rehaussement des transferts au bénéfice de la famille monoparentale. En cas de recomposition, ces mêmes mesures sont réévaluées à la baisse pour désormais tenir compte des revenus du nouveau conjoint, l'État présumant ainsi d'une mise en commun des ressources financières du nouveau couple notamment pour contribuer aux dépenses liées à l'enfant. Ces impacts sont plus importants aujourd'hui en raison de la forte progression, au cours des dernières années, des mesures de soutien financier destinées aux enfants.

Cette situation a été dénoncée à plusieurs reprises au cours des dernières années, notamment par le Conseil du statut de la femme qui écrivait en 1999[9] :

> […] un tel régime (fiscal) ne doit pas faire obstacle à la recomposition familiale. Cela risque de se produire lorsqu'on impose au nouveau conjoint la charge financière d'enfants qui ne sont pas les siens tout en réduisant, de façon substantielle, le soutien accordé au conjoint parent sous l'effet d'un système trop sélectif selon le revenu.

---

8 En cas de garde partagée, chaque parent reçoit la moitié des montants payables, selon son revenu familial.

9 CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, « Mémoire présenté à la Commission des finances publiques sur le document de consultation Réduction de l'impôt des particuliers », Québec, Conseil du statut de la femme, 1999, p. 20.

> Lorsque les enfants ne sont pas communs aux deux conjoints, il importe de bien différencier le couple parental du couple conjugal.

Le Conseil de la famille et de l'enfance[10] (CFE) ainsi que d'autres chercheurs[11] ont également mis en lumière ce phénomène qualifié de « taxe à la recomposition ». En 2008[12] , le CFE exposait sa position en ces termes :

> La comptabilisation des revenus familiaux présume une mise en commun de l'ensemble des revenus des conjoints, ce que ne font pas forcément tous les couples, surtout les couples des nouvelles générations, qui conservent une grande autonomie dans la gestion de leur revenu individuel, et peut-être encore moins ceux qui entreprennent une recomposition familiale. La cohabitation amène certaines économies d'échelle, mais celles-ci ne sont pas nécessairement à la hauteur des pertes subies par la reconnaissance du statut de conjoints fiscaux.

Le second argument invoqué en faveur de l'utilisation du revenu familial repose sur ces économies d'échelle découlant de la cohabitation. Si la présence de telles économies est indéniable, les écarts du traitement fiscal de celles-ci, selon la situation familiale ou le niveau de revenu, invitent à la réflexion.

En 2008, le fiscaliste Luc Godbout[13] démontrait que la recomposition familiale impliquant une personne gagnant 30 000 $ et ayant un enfant et un nouveau conjoint gagnant 45 000 $ entraînait une réduction de 5 541 $ du soutien financier lié à l'enfant. Cet impact, qui atteignait 6 873 $ en 2013[14], se justifierait, selon certains, par la possible canalisation des économies d'échelle au profit de la couverture des besoins de l'enfant, permettant ainsi à l'État de réduire d'autant son soutien financier. Rappelons que dans l'éventualité où le parent non-gardien et le nouveau conjoint ont le même revenu, la perte subie lors de la recomposition équivaut au soutien additionnel accordé au moment de la séparation.

À revenus égaux, mais sans enfant, ce nouveau couple subirait une perte fiscale de 1 808 $. La réduction du soutien lié à l'enfant représente donc près de 80 % de l'effet fiscal total découlant de la cohabitation. Qui plus est, la proportion de la perte liée à l'enfant s'accroît en fonction des revenus des conjoints. En dépit de la présence d'économies d'échelle dans un cas comme dans l'autre, comment justifier que la cohabitation de personnes gagnant chacune 50 000 $ soit sans

---

10 CONSEIL DE LA FAMILLE ET DE L'ENFANCE, *Bilans et perspectives : Le rapport 2004-2005 sur la situation et les besoins des familles et des enfants*, Québec, Publications du Québec, 2005, p. 81-82.

11 Voir Luc GODBOUT et Suzie ST-CERNY, *Le Québec, un paradis pour les familles? Regards sur la famille et la fiscalité*, Québec, P.U.L., 2008, p. 152-153 ainsi que Hélène BELLEAU, « *Lola* c. *Éric* au prisme des sciences sociales », (2013) 37-3 *Bulletin de liaison de la Fédération des associations des familles monoparentales et recomposées du Québec* 1, 6-7.

12 CONSEIL DE LA FAMILLE ET DE L'ENFANCE, *Familles et fiscalité des remises en question*, Québec, Publications du Québec, 2008, p. 37.

13 L. GODBOUT et S. ST-CERNY, préc., note 11.

14 MINISTÈRE DES FINANCES, « Revenu disponible – 2012 et 2013 », outil de calcul – calculs du ministère de la Famille, en ligne : http://www.budget. finances.gouv.qc.ca/Budget/outils/Calculette_fr.html (page consultée le 19 septembre 2014).

effet fiscal en l'absence d'enfant, alors qu'elle entraînerait une perte de 4 380 $ si l'un des conjoints avait un enfant?

D'ailleurs, si la décision pour un couple de vivre ensemble génère forcément certaines économies d'échelle, comment la présence d'enfants pourrait-elle accroître ces économies?

Par mesure d'équité, les économies d'échelle découlant de la cohabitation devraient-elles aussi être prises en compte et entraîner certains impacts fiscaux pour tous les couples sans enfant? Or, à l'exception des familles à faible revenu, il n'en est rien.

Ce faisant, lorsque deux adultes seuls décident de cohabiter, les économies d'échelle qui s'en dégagent sont partiellement récupérées par l'État, mais laissent tout de même un gain net à chacun. Ainsi, en se servant de l'exemple ci-dessus, la perte fiscale de 1 808 $ est inférieure aux sommes épargnées par les économies d'échelle. En présence d'enfants, la réduction des transferts sociofiscaux s'ajoute aux effets fiscaux attribuables à la cohabitation des adultes.

À l'instar du CFE qui, en 2008, recommandait d'atténuer les répercussions fiscales de la recomposition familiale et de revoir les mesures basées sur le statut de conjoint[15], la soussignée considère qu'un examen approfondi de ces politiques sociales et fiscales est toujours nécessaire.

Dans le cadre d'une telle démarche, il pourrait être pertinent de distinguer les mesures destinées uniquement aux adultes de celles visant à soutenir les besoins des enfants. En effet, tant en vertu du droit privé actuel qu'en vertu du nouveau droit proposé par le Comité de réforme du droit, l'obligation de solidarité pouvant exister entre les membres d'un nouveau couple (et ce, seulement s'il est marié) n'est pas étendue aux enfants qui ne sont pas issus de ce couple. Ne serait-il pas souhaitable d'ajuster les prestations gouvernementales destinées aux enfants afin que ces aides soient davantage organisées autour des ressources financières dont disposent les individus qui ont des obligations de solidarité à l'égard de l'enfant, c'est-à-dire les deux parents?

Certes cette proposition d'harmonisation ne serait pas simple à mettre en place. En effet, il serait sans doute suggéré qu'une telle restructuration devrait inclure l'interaction entre les pensions alimentaires et les prestations gouvernementales destinées aux enfants afin que ces aides soient davantage le reflet des ressources financières dont disposent les deux parents. Or, on risquerait ainsi de prendre en compte des ressources qui ne sont pas réellement disponibles pour l'enfant ou pour la personne qui en a la garde.

Il est de notre avis qu'il serait possible de structurer le soutien autour des ressources des individus qui ont une responsabilité en droit privé tout en assurant, en cas de manquement du parent non gardien à ses responsabilités financières, un soutien effectif aux enfants ou aux personnes qui en ont la garde. Par exemple, à l'instar d'autres juridictions, si le parent débiteur ne paie pas, en tout ou en partie, la somme prévue pour son enfant, une agence gouvernementale pourrait verser le soutien alimentaire au parent gardien et récupérer cette

---

15 CONSEIL DE LA FAMILLE ET DE L'ENFANCE, préc., note 12, p. 63-64.

somme auprès du parent-débiteur[16]. L'exercice proposé viserait une meilleure adaptation des mesures sociofiscales aux réalités des familles actuelles en reconnaissant davantage la primauté des responsabilités parentales et ce, tout en prévoyant un mécanisme de protection en cas de non-respect de ces responsabilités. Il viserait également à mieux soutenir les recompositions familiales en respectant davantage l'engagement variable des beaux-parents à l'égard des enfants de leur conjoint sans présumer pour autant de leur implication financière.

Au final, notre espoir est qu'un tel exercice puisse servir de point d'appui à une démarche plus large d'harmonisation du droit privé et du droit social et fiscal afin que, dans le respect de leurs logiques respectives, ces grandes sphères du droit de la famille s'articulent davantage autour du citoyen, présumé informé et capable de décisions dans son meilleur intérêt[17].

---

16 En Suède, si le parent qui doit verser un soutien alimentaire pour l'enfant ne paie pas ou paie moins que la somme prévue, le soutien alimentaire pour l'enfant est fourni par une agence gouvernementale (Swedish Social Insurance Agency). Le parent-débiteur doit alors rembourser totalement ou en partie l'Agence pour les sommes versées au soutien de l'enfant. Voir, en ligne : http://www.government.se/sb/d/15473/a/183497 (page consultée le 24 mai 2015), sous « Maintenance support ».

17 Voir les commentaires du Comité de réforme au chapitre 6 de la troisième partie.

ANNEXE VI

ENJEUX D'UNE PROPOSITION DE LIGNES DIRECTRICES*

---

* Cette annexe a été produite par M^e^ Dominique Barsalou, LL.M., avocate, et M^me^ Marie-Claude Giguère, économiste à la Direction du développement des politiques - Famille du ministère de la Famille, avec la collaboration de la Direction de la recherche, de l'évaluation et de la statistique du ministère de la Famille.

Table des matières

1. L'APPLICATION DE LIGNES DIRECTRICES EN MATIÈRE FAMILIALE AU QUÉBEC : SURVOL DE L'EXPÉRIENCE ACQUISE 541
   - 1.1 Les règles québécoises en matière de fixation de pension alimentaire pour enfants 541
   - 1.2 Les lignes directrices facultatives pour époux. 543

2. LES LIGNES DIRECTRICES : DES PRINCIPES JURIDIQUES À LA MODÉLISATION MATHÉMATIQUE 550

3. L'INCIDENCE ÉCONOMIQUE DU RÔLE PARENTAL : LES DONNÉES DISPONIBLES 552

4. L'INCIDENCE ÉCONOMIQUE DU RÔLE PARENTAL : LES CONSTATS VÉRIFIABLES 553
   - 4.1 L'activité sur le marché du travail 554
     - A. Des écarts d'activité selon la présence et l'âge des enfants au domicile 554
     - B. Une baisse de l'activité des femmes dans les familles ayant de jeunes enfants 555
     - C. Un taux d'activité des femmes plus faible lorsqu'il y a trois enfants ou plus au domicile 556
   - 4.2 Le régime de travail et le temps de travail 556
     - A. Le travail à temps partiel plus fréquent chez les femmes, en particulier chez les mères 556
     - B. Le travail à temps partiel volontaire des mères avec de jeunes enfants justifié majoritairement par le souhait de prendre soin des enfants 558
     - C. Moins d'heures de travail habituelles chez les mères que chez les non-mères 559
   - 4.3 L'emploi du temps 559
     - A. Plus d'heures consacrées aux soins de jeunes enfants chez les mères que chez les pères 559
   - 4.4 Le revenu d'emploi 561
     - A. Une moins grande contribution de la conjointe au revenu d'emploi du couple dans les familles ayant de jeunes enfants, ainsi que dans celles comptant trois enfants ou plus 561

5. DES MÉCANISMES EXISTANTS PERMETTANT LA MODÉLISATION DE LA PERTE 563
   - 5.1 La modélisation est possible 563
   - 5.2 Modèle mathématique de Kerr basé sur des données transversales 564
   - 5.3 Modèle de la SAAQ basé sur le Répertoire informatisé des données en information scolaire et professionnelle 565

5.4 Modèle statistique utilisé par les actuaires et basé sur les données du recensement et de la Classification nationale des professions 565

6. MODÈLES BASÉS SUR UNE VALEUR DE SUBSTITUTION (*PROXY*) *:* LE PARTAGE DES REVENUS 566

6.1 Modèle basé sur le partage des revenus de l'American Law Institute 566

6.2 Modèle des Lignes directrices facultatives en matière de pension alimentaire pour époux 568

7. DES LIGNES DIRECTRICES POUR LA PRESTATION COMPENSATOIRE PARENTALE : QUELQUES PISTES DE RÉFLEXION 570

7.1 La comparaison entre les modèles 570

7.2 Avantage et défi particulier : un droit clair et unidimensionnel mais s'appliquant à une période souvent instable 571

7.3 Possibilité de scinder les pertes subies 571

7.4 L'importance des données statistiques 572

CONCLUSION 572

LE MANDAT

Le Comité consultatif sur le droit de la famille recommande l'instauration d'une prestation compensatoire parentale (« PCP ») assortie de lignes directrices visant à en faciliter l'application :

> La démarche proposée pour déterminer le quantum de la prestation compensatoire parentale peut sembler hasardeuse, voire empreinte de subjectivité. Le Comité en est pleinement conscient et c'est pourquoi il croit impératif d'assortir le processus de lignes directrices formelles. Celles-ci pourront permettre de quantifier les désavantages économiques, réels ou prospectifs, à partir de paramètres objectifs. Les ressources financières du débiteur pourront également s'y refléter. Au final, les parties et leurs procureurs, de même que le tribunal, le cas échéant, bénéficieront ainsi d'un outil susceptible de guider l'opération, de rehausser la prévisibilité des ordonnances et, incidemment, de favoriser la conclusion d'ententes.
>
> Certes, l'établissement de lignes directrices basées sur un modèle compensatoire exclusivement configuré autour du rôle parental constitue un défi de taille qui outrepasse non seulement le mandat confié au Comité, mais également l'expertise de ses membres. Le Comité demeure toutefois convaincu qu'un modèle de lignes directrices reflétant les principes qui gouvernent la prestation compensatoire parentale pourrait être mis en place. Les données présentées dans l'Annexe 7 permettront au lecteur de s'enquérir plus concrètement des grands enjeux auxquels seront confrontés les experts qui seront éventuellement chargés d'en tracer les paramètres.[1]

Le Comité recommande ainsi formellement :

> Que soient instituées des lignes directrices formelles dans le but de faciliter la détermination du quantum de la prestation compensatoire parentale et, partant, de prévenir les différends et la judiciarisation des demandes.[2]

L'expérience des dernières décennies en matière d'application de lignes directrices tend à démontrer qu'elles favorisent la prévisibilité des jugements, l'amélioration de l'accès à la justice et la déjudiciarisation. En ce sens, il nous apparaît que la recommandation du Comité portant sur leur création est largement justifiée.

Le mandat qui nous a été confié a pour but de cerner les principaux enjeux entourant la création de ces lignes directrices et d'identifier les pistes de solution qui permettraient de les fonder. Pour ce faire, il était nécessaire de s'attarder aux modèles existants et de décrire le contexte particulier dans lequel s'inscriraient les nouvelles lignes directrices permettant de systématiser l'application de la prestation compensatoire parentale.

---

1 COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, juin 2015, p. 85 (références omises).

2 COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, juin 2015, recommandation n^{o} 1.1.3.1, p. 88 (références omises).

À cette fin, nous présenterons dans un premier temps les modèles de lignes directrices en matière familiale applicables au Québec – dont les lignes directrices facultatives en matière de pension alimentaire pour époux[3] – et le modèle québécois de fixation des pensions alimentaires pour enfants[4] dont s'est dotée la province en 1996. Nous exposerons le contexte dans lequel elles ont été conçues et ferons brièvement état de leur utilisation et de leur incidence. Dans un second temps, nous décrirons sommairement le processus de modélisation qui permet de rationaliser les principes de droit dont elles guident l'application. Nous mettrons alors en lumière les principes juridiques sous-jacents à la PCP et les mécanismes qui en permettraient une application systématisée. La troisième partie sera consacrée à l'analyse des différentes sources de données pouvant servir de base au développement des lignes directrices. La partie quatrième abordera les incidences économiques découlant de la prise en charge d'enfants. C'est dans ce contexte que nous tenterons de définir les contours du bassin de parents susceptibles de se prévaloir d'une éventuelle prestation compensatoire parentale. Les cinquième et sixième parties proposeront un survol des mécanismes et des outils existants pouvant servir d'appui à la création éventuelle de lignes directrices liées à la prestation compensatoire parentale.

Finalement, nous soulèverons des pistes de réflexion susceptibles de guider d'éventuels travaux d'élaboration des lignes directrices pour la prestation compensatoire parentale.

En somme, la question à la base de notre mandat est la suivante : est-il possible de créer un modèle mathématique qui permette de calculer les désavantages économiques, actuels ou prospectifs, engendrés par la prise en charge de l'enfant issu du couple de manière à en permettre une meilleure répartition entre les parents, conformément au droit à la prestation compensatoire parentale proposé par le Comité? À cette fin, pouvons-nous trouver des pistes dont les liens conceptuels avec le droit envisagé sont suffisants pour considérer réalistement l'élaboration de lignes directrices utiles et acceptables par les parties concernées? Tels sont les questionnements qui nous ont guidés.

---

3 Carol ROGERSON et Rollie THOMPSON, *Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux*, Rapport préparé pour le ministère de la Justice du Canada, Ottawa, Sa Majesté la Reine du chef du Canada, 2008, en ligne : http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/lf-fl/epoux-spousal/spag/index.html (page consultée le 14 mai 2015).

4 *Loi modifiant le Code civil du Québec et le Code de procédure civile relativement à la fixation des pensions alimentaires pour enfants*, L.Q. 1996, c. 68, entrée en vigueur le 1er mai 1997. Il en est ainsi des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants* (DORS/1997-175 [Gaz. Can. II]) qui sont le règlement d'application de la *Loi sur le divorce* (L.R.C. 1985, c. 3 [2e supp.]) et qui peuvent s'appliquer, en matière de divorce, lorsqu'un des parents réside hors Québec. Voir les explications de Sylvie HARVEY, « L'obligation alimentaire », dans Collection de droit 2014-15, École du Barreau du Québec, vol. 3, *Personnes, famille et successions*, Montréal, Barreau du Québec, 2014, p. 219.

1. L'APPLICATION DE LIGNES DIRECTRICES EN MATIÈRE FAMILIALE AU QUÉBEC : SURVOL DE L'EXPÉRIENCE ACQUISE

Selon la définition qu'on en donne généralement, les lignes directrices n'ont pas force de loi. Elles visent plutôt à rationaliser un processus discrétionnaire sur la base de variables objectives et cohérentes, sans nécessairement être imposées[5].

Au Québec, le modèle québécois de fixation des pensions alimentaires pour enfants est utilisé en matière familiale. Tel est aussi le cas, dans une moindre mesure, du modèle de lignes directrices facultatives en matière de pension alimentaire pour époux[6]. Pour chacun de ces deux modèles, l'établissement du montant de la pension alimentaire est balisé par des variables et facilité par des logiciels qui en permettent le calcul[7]. La présentation sommaire qui suit vise à mettre en lumière leur pertinence, leur utilisation et leur incidence dans le but de mieux cerner certains des enjeux liés au développement de lignes directrices pour l'application de la PCP.

1.1 Les règles québécoises en matière de fixation de pension alimentaire pour enfants

La *Loi modifiant le Code civil du Québec et le Code de procédure civile relativement à la fixation des pensions alimentaires pour enfants*[8] a été sanctionnée le 23 décembre 1996. Cette loi a introduit un nouveau système de fixation qui, grâce à des normes précises et objectives, vise à faciliter la fixation des pensions alimentaires pour enfants et en uniformiser le mode de calcul. Le modèle québécois de fixation des pensions alimentaires pour enfants est entré en vigueur le 1er mai 1997.

L'insuffisance de certaines pensions alimentaires pour enfants accordées par les tribunaux et leur caractère imprévisible ont motivé cette réforme importante. Tant les juges que les parties impliquées ne disposaient pas de règles claires pour fixer le montant des pensions destinées aux enfants. L'absence de balises pouvait donc entraîner la fixation de pensions qui, en plus d'être imprévisibles, s'avéraient parfois inappropriées par rapport aux besoins réels des enfants[9].

---

5 Notons qu'en pratique, les lignes directrices facultatives sont souvent largement utilisées et deviennent difficiles à contourner. On en retrouve dans pratiquement tous les domaines d'activités encadrés par le droit. Pensons, par exemple aux lignes directrices fédérales en matière de détermination de la peine (criminelle) ou aux lignes directrices en matière de valeurs mobilières. Sur la question de leur force obligatoire, voir notamment Diane JOLY, « Nouvelles règles ou lignes directrices : quelles sont les attentes des investisseurs? », dans Michelle THÉRIAULT (dir.), *Valeurs mobilières et protection du public : le point de vue de l'investisseur. Actes du Colloque UQAM/CVMQ*, Montréal, Wilson & Lafleur et Martel, 2004, p. 11-16.

6 Carol ROGERSON et Rollie THOMPSON, *Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux*, Rapport préparé pour le ministère de la Justice du Canada, Ottawa, Sa Majesté la Reine du chef du Canada, 2008, en ligne : http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/lf-fl/epoux-spousal/spag/index.html (page consultée le 14 mai 2015).

7 Notons que le quantum n'est pas le seul élément balisé par ces lignes directrices.

8 L.Q. 1996, c. 68.

9 COMITÉ DE SUIVI DU MODÈLE QUÉBÉCOIS DE FIXATION DES PENSIONS ALIMENTAIRES POUR ENFANTS, Rapport final, Québec, Ministère de la Justice, 2000, p. 1-4, en ligne : http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/rapp-fix.htm (page consultée le 14 mai 2015).

Plus précisément, les changements apportés visaient :

- à affirmer la responsabilité commune des parents à l'égard de leurs enfants;
- à pourvoir aux besoins des enfants selon la capacité de payer des parents;
- à partager entre les deux parents la responsabilité du soutien financier des enfants en proportion de leur revenu respectif;
- à consacrer la priorité de l'obligation alimentaire du parent sur les dépenses qui excèdent ses propres besoins essentiels;
- à reconnaître, dans la mesure du possible, l'égalité de traitement de tous les enfants issus de différentes unions en ce qui a trait à leur droit à des aliments;
- à maintenir, dans la mesure du possible, l'incitation des parents à faibles revenus à remplir leurs obligations alimentaires à l'égard de leurs enfants.

Les Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants sont également entrées en vigueur le 1er mai 1997, soit en même temps que les modifications à la *Loi sur le divorce*[10]. Le Québec a été désigné pour l'application de la définition de « Lignes directrices applicables » en vertu de la *Loi sur le divorce*[11]. Les règles québécoises visent donc toutes les demandes de fixation de pensions alimentaires pour enfants (divorce, séparation de corps, dissolution de l'union civile, nullité du mariage, séparation de conjoints de fait). Toutefois, en matière de divorce, les lignes directrices fédérales s'appliquent lorsque l'un des parents vit à l'extérieur du Québec (soit environ 1 % des cas).

Selon les règles québécoises, le calcul se fait en fonction du revenu des deux parents, du nombre d'enfants, du temps de garde et, s'il y a lieu, de certains frais additionnels relatifs aux besoins des enfants. Un formulaire de calcul et une table de fixation permettent l'opération. Soulignons par ailleurs que le modèle québécois est d'application obligatoire.

Au terme d'une première année d'utilisation, un comité de suivi a été mis sur pied afin d'évaluer l'atteinte des objectifs de la loi ainsi que le respect des principes de base du modèle québécois.

Dans son premier rapport remis à la ministre de la Justice en mars 2000[12], le comité présentait les résultats d'un sondage réalisé auprès des avocats, médiateurs et greffiers spéciaux. Les résultats ont révélé que la majorité des répondants considéraient que les dossiers étaient réglés plus rapidement et plus facilement et qu'ils donnaient lieu à moins de contestations. Une grande

---

10 *Loi modifiant la Loi sur le divorce, la Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et ententes familiales, la Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions et la Loi sur la marine marchande du Canada*, L.C. 1997, c. 1.

11 *Décret désignant la province de Québec pour l'application de la définition de « lignes directrices applicables » au paragraphe 2(1) de la Loi sur le divorce*, C.P. 1997-644, (1997) 131 Gaz. Can. II, 1415.

12 COMITÉ DE SUIVI DU MODÈLE QUÉBÉCOIS DE FIXATION DES PENSIONS ALIMENTAIRES POUR ENFANTS, Rapport final, Québec, Ministère de la Justice, 2000, p. 1-4, en ligne : http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/rapp-fix.htm (page consultée le 14 mai 2015). Le rapport fut déposé à l'Assemblée nationale le 3 mai 2000.

majorité des répondants se disaient en accord avec l'affirmation suivante : « Le modèle a amélioré l'efficacité du processus judiciaire en guidant les tribunaux, les avocats et les conjoints sur la façon de déterminer la pension alimentaire pour enfants »[13]. Au terme de ce premier rapport, le comité concluait notamment : « [l]e modèle québécois de fixation des pensions alimentaires pour enfants passe la barre de façon remarquable »[14].

Par la suite, le mandat du comité a été reconduit afin de lui permettre de mener les études supplémentaires qu'il avait recommandées. Publié en novembre 2003[15], le rapport complémentaire proposait notamment de modifier le mécanisme d'indexation annuelle de la Table de fixation, de prévoir un mécanisme pour les obligations alimentaires à l'égard d'enfants issus d'autres unions, de rendre le modèle applicable à tous les enfants majeurs à charge (lorsque la demande est présentée par un parent) et de mettre en œuvre un service de révision des pensions alimentaires pour enfants. Soulignons que la très grande majorité des recommandations du comité de suivi sont aujourd'hui en vigueur, ce qui a permis de corriger les failles détectées au cours des premières années d'utilisation du modèle.

Les données du ministère de la Justice recueillies à partir des dossiers judiciaires indiquent que le nombre de jugements de pensions alimentaires pour enfants contestés a diminué depuis l'entrée en vigueur du modèle de fixation. En effet, alors que la proportion de jugements contestés était de 16 % au cours de la période suivant immédiatement l'entrée en vigueur du modèle de fixation – soit du 1er septembre 1997 au 31 décembre 1998[16] –, ce taux est passé à 10 % pour l'année 2008. Par ailleurs, il est entendu que l'implantation, en septembre 1997, du programme de médiation familiale explique en partie cette baisse. Il est donc impossible d'isoler l'effet spécifique de l'entrée en vigueur des règles de fixation des pensions alimentaires pour enfants afin d'en mesurer l'incidence réelle sur le taux de contestation des jugements.

1.2 Les lignes directrices facultatives pour époux

Le projet des Lignes directrices facultatives pour époux (« LDF ») a été lancé par le ministère de la Justice du Canada qui a alors mandaté deux professeurs de droit pour développer un projet

---

13 COMITÉ DE SUIVI DU MODÈLE QUÉBÉCOIS DE FIXATION DES PENSIONS ALIMENTAIRES POUR ENFANTS, Rapport final, Québec, Ministère de la Justice, 2000, p. 54 et 55, en ligne : http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/rapp-fix.htm (page consultée le 14 mai 2015).

14 COMITÉ DE SUIVI DU MODÈLE QUÉBÉCOIS DE FIXATION DES PENSIONS ALIMENTAIRES POUR ENFANTS, Rapport final, Québec, Ministère de la Justice, 2000, p. 162, en ligne : http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/rapp-fix.htm (page consultée le 14 mai 2015).

15 COMITÉ DE SUIVI DU MODÈLE QUÉBÉCOIS DE FIXATION DES PENSIONS ALIMENTAIRES POUR ENFANTS, Rapport complémentaire, Québec, Ministère de la Justice, 2003, en ligne : http://www. justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/rapp-comp-fix.htm (page consultée le 14 mai 2015).

16 COMITÉ DE SUIVI DU MODÈLE QUÉBÉCOIS DE FIXATION DES PENSIONS ALIMENTAIRES POUR ENFANTS, Rapport final, Québec, Ministère de la Justice, 2000, p. 27, en ligne : http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/rapp-fix.htm (page consultée le 14 mai 2015).

pilote en lien avec la *Loi sur le divorce*[17]. Ces lignes ont été officiellement proposées en 2005 puis révisées en 2008. Elles sont accompagnées d'instructions régulièrement mises à jour[18].

Le mandat de concevoir des lignes directrices facultatives pour époux visait à dissiper la confusion théorique et pratique qui régnait à la suite des décisions rendues par la Cour suprême du Canada dans les affaires *Moge*[19] et *Bracklow*[20]. Selon les auteurs des LDF, une partie de ces incertitudes pouvait s'expliquer par la coexistence, dans la *Loi sur le divorce*[21], de plusieurs fondements théoriques ou de plusieurs idées[22]. Ces différentes visions théoriques ont aussi donné lieu à des interprétations variées quant au montant dû en vertu du droit : d'un paiement minimal pour pallier aux besoins allant jusqu'à l'idée d'une pleine compensation pour la perte d'occasions qui peut être calculée en fonction de la disparité des revenus ou encore au droit de bénéficier d'un niveau de vie égal.

Le mandat ainsi confié aux deux juristes par le ministère de la Justice du Canada consistait à formuler des règles pratiques et faciles à administrer qui ne donneraient pas lieu à l'énoncé d'une nouvelle théorie non plus qu'elles ne chercheraient l'atteinte d'un consensus entourant celles qui existaient déjà. Les LDF reflètent donc l'existence de plusieurs théories qui sous-tendent ses différentes formules.

Inspirées par différents modèles de lignes directrices, dont celles qu'a proposées l'American Law Institute[23], les LDF ont été créées par étapes dont la première visait à mettre en place des projets pilotes locaux. Le but poursuivi alors était clairement de créer des lignes directrices à

---

17 *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, c. 3 (2e supp.). Rappelons que le divorce est de compétence fédérale. Le premier document explicatif est intitulé : *Élaboration des lignes directrices sur les pensions alimentaires pour époux : amorce de la discussion* (Carol ROGERSON, Ottawa, Ministère de la Justice Canada, 2002).

18 Carol ROGERSON et Rollie THOMPSON, *Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux : Guide d'utilisation amélioré pour la version définitive*, Rapport préparé pour le ministère de la Justice du Canada, Ottawa, Sa Majesté la Reine du chef du Canada, 2010; John-Paul BOYD, *Les Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux : pour des calculs fiables et reproductibles*, Rapport préparé pour le ministère de la Justice du Canada, Ottawa, Sa Majesté la Reine du chef du Canada, 2009; Lonny L. BALBI, *Utilisation des Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux – Marche à suivre*. *Formule sans pension alimentaire pour enfant*, Document préparé pour le Ministère de la Justice Canada, 2009, en ligne : http://www.justice.gc.ca/fra/df-fl/epoux-spousal/theme-topic/dir/sans-wo.html (page consultée le 14 mai 2015) et du même auteur : *Utilisation des Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux – Marche à suivre*. *Formule avec pension alimentaire pour enfant*, Document préparé pour le Ministère de la Justice Canada, 2009, en ligne : http://www.justice.gc.ca/fra/df-fl/epoux-spousal/theme-topic/dir/avec-with.html (page consultée le 14 mai 2015).

19 *Moge* c. *Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813.

20 *Bracklow* c. *Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420.

21 Celles-ci comprennent les théories de la pension alimentaire compensatoire et de la pension alimentaire non compensatoire, la reconnaissance d'une contribution à un partenariat conjugal ou parental ou enfin, d'une obligation sociale, sans compter les plus anciennes visions de dommages-intérêts dus pour bris de promesse ou contrat ou de paiement exceptionnel et transitoire qui n'existe que pour prendre acte de conséquences économiques transitoires qui seraient encore influentes aujourd'hui.

22 Rollie THOMPSON, « Ideas of Spousal Support Entitlement », (2014) 34 *C.F.L.Q.* 1.

23 AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of the Law of Family Dissolution : Analysis and Recommendations*, Newark (N.J.), LexisNexis, 2002.

partir d'expériences concrètes (« […] ground up rather than from the top down. »[24]) et d'orienter les réflexions vers des lignes directrices facultatives plutôt que vers une réforme législative imposée : « La nature litigieuse de l'obligation alimentaire envers l'ex-époux porte à croire qu'on n'arriverait pas à grand chose en tentant de procéder à une réforme législative »[25].

Les LDF avaient pour objectif de réduire les conflits et d'encourager les règlements à l'amiable; d'uniformiser et d'assurer l'égalité de traitement de situations similaires; de réduire le coût du processus de négociation ou de litige et d'en améliorer l'efficacité ainsi que de fournir une structure de base permettant aux tribunaux de contribuer davantage à l'élaboration du droit substantif. Selon des études d'impact (ci-après citées), plusieurs de ces objectifs seraient aujourd'hui atteints.

En effet, bien que le recours à ces lignes varie selon les régions du Canada, des analyses confirment qu'elles sont utilisées par la très grande majorité des avocats spécialisés en droit de la famille[26]. C'est en Colombie-Britannique et en Ontario que ces règles semblent être le plus largement employées, alors que c'est en Alberta et au Québec qu'elles le sont le moins[27]. Les lignes fédérales auraient été particulièrement efficaces pour uniformiser les montants accordés par les tribunaux lorsque des pensions pour enfants sont également payables[28]. À cet égard, les décisions des tribunaux sont clairement plus cohérentes, constantes et prévisibles.

En plus d'être utilisées par les tribunaux lors d'auditions, les LDF seraient aussi employées dans le contexte de discussions avec les clients, de négociations entre avocats ou de conférences de règlement à l'amiable[29]. Les LDF fourniraient un point de départ objectif pour amorcer la discussion portant sur la pension pour époux, sujet qui constitue souvent un enjeu de négociation difficile et litigieux. En fait, les études concluent que tous les objectifs seraient atteints, à l'exception de celui visant à fournir une nouvelle structure utile aux juges pour la détermination du droit à la pension. Notons finalement que contrairement à ce qui avait été

---

24 PRAIRIE RESEARCH ASSOCIATES*, Assessing the Impact of the Spousal Support Advisory Guidelines (SSAG)*. *Final Report*, Rapport préparé pour le ministère de la Justice du Canada, Ottawa, 2012, p. 2.

25 Carol ROGERSON, *Élaboration des lignes directrices sur les pensions alimentaires pour époux : amorce de la discussion*, Ottawa, Ministère de la Justice Canada, 2002, p. 68.

26 FOCUS CONSULTANTS, *Impact of the Spousal Support Advisory Guidelines on Reported Spousal Support Awards. Pre and Post - SSAG Case Analysis. Final Report*, Victoria, 2011; PRAIRIE RESEARCH ASSOCIATES*, Assessing the Impact of the Spousal Support Advisory Guidelines (SSAG)*. *Final Report*, Rapport préparé pour le ministère de la Justice du Canada, Ottawa, 2012. Notons qu'il y eu très peu de participation des membres du barreau du Québec aux sondages et entretiens qui furent réalisé dans le cadre de cette dernière étude. Voir aussi Carol ROGERSON et Rollie THOMPSON, « The Canadian Experiment with Spousal Support Guidelines », (2011) 45-2 *Family Law Quaterly : To Stabilize and preserve the family* 241.

27 *Id*. Voir aussi Chantal M. LANDRY, « Payer la note... et le reste... ! Pension alimentaire pour conjoints – Nouveau-Brunswick, Canada », (2010) 4-2 *Revue scientifique de l'AIFI* 95, 106.

28 FOCUS CONSULTANTS, *Impact of the Spousal Support Advisory Guidelines on Reported Spousal Support Awards. Pre and Post - SSAG Case Analysis. Final Report*, Victoria, 2011.

29 Le cas de l'Alberta est cependant très différent où seulement 31 % des répondants disent régler leur cause à l'aide des LDF. Voir PRAIRIE RESEARCH ASSOCIATES*, Assessing the Impact of the Spousal Support Advisory Guidelines (SSAG)*. *Final Report*, Rapport préparé pour le ministère de la Justice du Canada, Ottawa, 2012, p. 18.

prédit, l'utilisation des LDF n'a pas eu pour effet d'accroître le nombre de demandes judiciaires pour une pension alimentaire[30].

Le modèle des LDF a notamment été étudié au Royaume-Uni dans le cadre du projet de réforme du droit de la famille de 2013 et 2014. Cette étude souligne l'utilité des lignes directrices :

> Mediation/collaborative law will have a key role here but something which gives examples which people who are not in the « big-money case » category can negotiate around is what people are crying out for [...] Issues like guilt or fear/pressure from an abusive or controlling relationship mean people settle on unsatisfactory terms and guidelines and examples of when rules should be departed from would help all concerned.[31]

Commentant le projet des LDF, l'Association du Barreau canadien évoquait aussi l'importance des lignes directrices, plus particulièrement en contexte de négociations :

> En raison d'un manque de certitude, de prévisibilité et d'uniformité dans la loi, ainsi que des réalités telles que les ressources limitées des clients, l'absence d'aide juridique et les situations personnelles comme le déséquilibre entre les pouvoirs de négociations, les demandes de pension alimentaire pour époux étaient souvent déconseillées ou difficiles dans certaines régions. Des faits similaires donnaient lieu à une vaste gamme de résultats, de sorte que les avocats spécialisés en droit de la famille pouvaient difficilement prédire les résultats. Par conséquent, il était difficile de conseiller les clients et de s'engager dans des négociations moins onéreuses. Des résultats uniformes dans des situations similaires sont nécessaires pour qu'il y ait un système judiciaire équitable.[32]

Suivant les chercheurs, l'incidence marquée des lignes directrices dans ces contextes s'explique entre autres par le simple fait qu'elles fournissent un point de départ tangible aux négociations. Tant ces négociations elles-mêmes que les résultats auxquels elles aboutissent s'en

---

30 En fait, une baisse de 63 % des demandes de pensions alimentaires entre époux a été répertoriée entre 2002 et 2012. Les auteurs de l'étude indiquent qu'ils ne peuvent pas expliquer cette baisse qui serait peut-être simplement due à une baisse du nombre de mariages : FOCUS CONSULTANTS, *Impact of the Spousal Support Advisory Guidelines on Reported Spousal Support Awards. Pre and Post - SSAG Case Analysis. Final Report*, Victoria, 2011, p. 30 et 31.

31 Anne BARLOW citée dans THE LAW COMMISSION, *Matrimonial Property, Needs and Agreements*, Law Commission n° 343, London, The Law Commission, 2014, p. 59. Notons que la professeure Barlow favorise des règles directrices qui assurent une certaine souplesse.

32 ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, SECTION NATIONALE DU DROIT DE LA FAMILLE, *Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux*, Ottawa, Association du Barreau canadien, 2007, p. 2. Pour d'autres textes critiquant le système actuel ou plaidant en faveur de lignes directrices, voir aussi Johanne APRIL, « Pension alimentaire pour époux : quel est ton signe? », dans S.F.P.B.Q., vol. 308, *Développements récents en droit familial (2009)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 1; Michel TÉTRAULT, « De choses et d'autres en droit de la famille - La jurisprudence marquante de 2008-2009 », dans S.F.P.B.Q., vol. 308, *Développements récents en droit familial (2009)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 153.

trouveraient substantiellement transformés[33]. Ce facteur facilitant serait d'autant plus important lorsque les parties ne sont pas conseillées par des avocats spécialisés. Il est en ce sens suggéré que puisqu'elles permettent que le quantum soit établi plus facilement, les lignes directrices pourraient contrer la réticence qu'éprouvent certaines femmes à demander un soutien pour elles-mêmes, en particulier lorsque la garde des enfants est un enjeu[34].

Enfin, en favorisant des règlements rapides et équitables, il est aisé de comprendre que l'établissement de telles normes ait l'avantage de générer des économies profitant à la fois aux parents en situation de rupture ainsi qu'à l'État en raison de la déjudiciarisation qu'elles permettent[35].

Au Québec, malgré les nombreux avantages qu'elles présentent, les LDF n'ont pas rencontré le même degré d'adhésion que dans la majorité des autres provinces canadiennes[36]. Le fait qu'elles limiteraient indûment la discrétion judiciaire alors qu'elles ne reposent sur aucun règlement obligatoire; que les résultats proposés quant aux montants et à la durée des pensions s'écarteraient des décisions des tribunaux du Québec; qu'elles viseraient à égaliser les revenus des parties et qu'elles seraient mal agencées avec les programmes sociaux québécois sont certains des arguments fréquemment soulevés pour expliquer leur défaveur ici[37].

---

33 Voir Craig Martin, « Unequal Shadows : Negotiation Theory and Spousal Support Under the Canadian Divorce Act », (1998) 56 *U.T. Fac. L. Rev.* 135, sur les effets de la nature discrétionnaire du droit aux aliments sur les dynamiques de négociations.

34 J&J RESEARCH ASSOCIATES, *Evaluation of the Divorce Act 1985 – Phase II : Monitoring and Evaluation,* rapport préparé pour le Ministère de la Justice du Canada, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 1990 et Juliet BEHRENS et Bruce SMYTH, *Spousal Support in Australia. A Study of incidence and attitudes*, Working paper 16, Melbourne, Australian Institute of Family Studies, 1999. Au sujet d'autres raisons qui militent en faveur de l'adoption de lignes directrices entre époux particulièrement dans le contexte de négociations, voir notamment Judith McMULLEN, « Alimony : What Social Science and Popular Culture Tell Us About Women, Guilt, and Spousal Support after Divorce », (2011-2012) 41 *Duke J. Gender L. & Policy* 41, 78 et suiv.

35 Sur la grande place qu'occupe encore le droit familial dans le temps des tribunaux, voir Jocelyne JARRY, « Le contexte social dans l'exercice du droit de la famille », dans Collection de droit 2014-15, École du Barreau du Québec, vol. 3, *Personnes, famille et successions*, Montréal, Barreau du Québec, 2014, p. 87; *Accès à la justice : toujours faire mieux*, Rapport d'activités de la Cour supérieure du Québec, Cour supérieure du Québec, 2010, en ligne : http://www.tribunaux.qc.ca/c-superieure/RapportActivite_juin2010.pdf (page consultée le 14 mai 2015). À notre connaissance, il n'existe pas d'évaluation empirique chiffrant les economies liées à l'utilisation de lignes directrices.

36 PRAIRIE RESEARCH ASSOCIATES*, Assessing the Impact of the Spousal Support Advisory Guidelines (SSAG)*. *Final Report*, Rapport préparé pour le ministère de la Justice du Canada, Ottawa, 2012, p. 13. Voir aussi le commentaire : Michel TÉTRAULT, « De choses et d'autres en droit de la famille – La jurisprudence marquante de 2008-2009 », dans S.F.P.B.Q., vol. 308, *Développements récents en droit familial (2009)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 153; Jocelyne JARRY, « Le contexte social dans l'exercice du droit de la famille », dans Collection de droit 2014-15, École du Barreau du Québec, vol. 3, *Personnes, famille et successions*, Montréal, Barreau du Québec, 2014, p. 87, à la page 89 : « […] des règles supplétives et facultatives visant la fixation mathématique (par calcul fonction du revenu, de l'âge des parties et de la durée de la cohabitation) des pensions alimentaires pour époux/ex-époux sont utilisées dans toutes les provinces canadiennes sauf au Québec et on pourrait envisager éventuellement de voir naître un modèle mathématique applicable au Québec, à cet égard ».

37 Voir notamment : PRAIRIE RESEARCH ASSOCIATES*, Assessing the Impact of the Spousal Support Advisory Guidelines (SSAG)*. *Final Report*, Rapport préparé pour le ministère de la Justice du Canada, Ottawa, 2012, p. 21 : « Perceptions that the SSAG amount and duration ranges are too high can limit the extent to which they are applied – particularly in areas where spousal support awards prior to the SSAG were lower than the SSAG ranges »; Justin ROBERGE, « Commentaire sur la décision Elgner v. Elgner – Comment établir en moins de

Le juge Sénécal résume ainsi ces critiques :

> [40] Le Tribunal ajoute qu'en consultant les Lignes directrices facultatives, le juge doit conserver un regard critique sur celles-ci et se garder de tenir qu'elles représentent l'état de la jurisprudence québécoise en matière de pension alimentaire pour conjoint. En effet, elles ont d'une part des faiblesses et posent certains problèmes dont certains sont soulignés par la Cour d'appel elle-même dans l'arrêt Droit de la famille – 112606. D'autre part, les montants dont elles font état ne semblent pas représenter l'état du droit au Québec.
>
> [42] Plus important, certaines idées à la base des Lignes directrices doivent être questionnées.
>
> [47] Il y a plus. Dans l'état actuel des choses, les chiffres qui sont suggérés par les Lignes directrices facultatives ne représentent pas, de l'avis du Tribunal, l'état de la jurisprudence au Québec en matière de pension alimentaire pour conjoint. Il paraît au Tribunal, sans, il faut le dire, qu'une étude exhaustive ait été effectuée en la matière, que les montants proposés au niveau du seuil inférieur représentent davantage le seuil supérieur des pensions accordées pour un conjoint au Québec. Aux yeux de la Cour, on ne peut donc pas dire, comme on le prétend pour les autres provinces, que ces Lignes directrices facultatives représentent bel et bien l'état de la jurisprudence au Québec et ne font rien d'autre que de le « résumer » de sorte qu'on pourrait s'y fier comme tel. Avec égards, cela ne paraît pas le cas.
>
> [49] L'une des raisons pourrait être que les auteurs n'ont pas fait un relevé exhaustif de la jurisprudence du Québec. Ou que la jurisprudence québécoise en matière familiale n'est pas toujours considérée de la même façon dans les autres provinces que la jurisprudence émanant des autres provinces. Ou que dans les autres provinces, il est très habituel de fixer un terme à la pension alimentaire pour conjoint, alors qu'au Québec c'est quelque chose qui est beaucoup moins fréquent. Les auteurs des Lignes directrices facultatives reconnaissent d'ailleurs que c'est un élément fondamental. Il pourrait ainsi expliquer les différences importantes quant aux montants accordés au Québec et dans les autres provinces.[38]

Selon nous, les raisons qui peuvent expliquer la popularité moindre des LDF au Québec sont multiples. Le faible appui qu'elles ont reçu des tribunaux de la province, au départ du moins, constitue sans doute un facteur important[39].

---

deux heures le quantum d'une pension alimentaire entre époux à plus de 100 000 $ par mois ? », dans *Repères*, avril 2010, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2010REP922. Pour un exemple de critique judiciaire voir *M. (C.)* c. *C. (D.), sub nom. Droit de la famille – 141*, EYB 2014-233149 (C.S.) (requête pour permission d'appeler, C.A., 06-03-2014, 500-09-024282-147).

38 *L. (G.)* c. *S. (Gi.), sub nom. Droit de la famille - 123274*, EYB 2012-214451 (C.S.).

39 PRAIRIE RESEARCH ASSOCIATES*, Assessing the Impact of the Spousal Support Advisory Guidelines (SSAG)*. *Final Report*, Rapport préparé pour le ministère de la Justice du Canada, Ottawa, 2012, p. 14. Notons que seul le Québec n'avait pas de représentant de sa magistrature sur le comité de travail chargé de créer les LDF. Voir la description du processus à : Carol ROGERSON, *Élaboration des lignes directrices sur les*

En effet, alors que, selon les chercheurs, les décisions rendues dans les affaires *Yemchuk* c. *Yemchuk*[40] et *Fisher* c. *Fisher*[41] ont joué un rôle dans l'étendue du recours aux lignes directrices facultatives en Colombie-Britannique et en Ontario, ces chercheurs citent l'arrêt *G. (C.).* c. *V (G.)*[42] (où la Cour d'appel du Québec a largement discrédité les LDF) pour expliquer qu'elles aient été si peu utilisées au Québec après leur entrée en vigueur. La Cour d'appel du Québec a depuis précisé sa pensée sur l'utilité des lignes directrices[43] :

> Les lignes directrices en matière de pension alimentaire pour enfants, sans être une panacée, ont fait leur preuve. Des lignes directrices en matière de pensions alimentaires pour ex-époux, qui ne sont pas non plus une panacée, présentent le même genre d'avantages. Les premières, bien sûr, sont obligatoires et les secondes ne le sont pas. Cela n'empêche pas que, toutes facultatives qu'elles soient, les *Lignes directrices facultatives* constituent un outil de travail bien fait, commode et pratique. Les tribunaux de plusieurs provinces en sont d'ailleurs venus à cette conclusion, et même les moins enthousiastes reconnaissent leur utilité. La doctrine, dans l'ensemble, y paraît assez favorable. Ainsi que l'écrit le professeur Goubau, elles « ne remplacent ni la loi ni l'autorité des tribunaux, mais elles pourraient bien faciliter l'application de la première et l'exercice de la seconde.[44]

Malgré cette nouvelle ouverture, les résultats de recherches empiriques et une revue de la jurisprudence québécoise rapportée témoignent encore d'une tendance à la sous-utilisation des lignes directrices. Selon certaines recherches, la perception selon laquelle les montants prévus aux LDF sont trop élevés peut contribuer à limiter leur utilisation. Cette assertion se vérifie particulièrement dans les provinces où les montants accordés avant l'existence des LDF étaient plus bas[45]. Ainsi, la réticence à utiliser les LDF qui se constate au Québec, en Alberta et, dans une moindre mesure, au Nouveau-Brunswick, pourrait être aujourd'hui en partie liée aux résultats qu'elles suggèrent. Des modifications pourraient-elles en favoriser l'application? La question mérite certainement d'être posée, mais elle excède largement le mandat qui nous a été confié.

Au final, nous retenons de ces expériences que l'utilité des lignes directrices en matière familiale est aujourd'hui largement reconnue. Cependant, la question des résultats qu'elles produisent reste contestée, notamment en ce qui a trait aux montants jugés trop élevés des pensions alimentaires pour époux auxquels les lignes facultatives donneraient lieu.

Il importe toutefois de souligner, selon nous, que sera sujet à critique tout résultat obtenu en application de quelque ligne directrice que ce soit, même de celles qui reflèteraient le plus

---

pensions alimentaires pour époux : amorce de la discussion, Ottawa, Ministère de la Justice Canada, 2002, p. 68 et suiv.

40 2005 BCCA 406.

41 2008 ONCA 11.

42 [2006] R.J.Q. 1519 (C.A.).

43 *Droit de la famille 112606*, 2011 QCCA 1554.

44 *Droit de la famille 112606*, 2011 QCCA 1554, par. 104.

45 PRAIRIE RESEARCH ASSOCIATES*, Assessing the Impact of the Spousal Support Advisory Guidelines (SSAG). Final Report*, Rapport préparé pour le ministère de la Justice du Canada, Ottawa, 2012, p. 21.

fidèlement possible l'esprit et les fondements d'un droit substantif. Si elles n'émanent pas d'une incompréhension du droit, ces critiques trouveront leur source ailleurs, par exemple dans le rejet pur et simple des principes mêmes qui sous-tendent les lignes directrices[46]. La formation des professionnels, dont ce sera le rôle d'appliquer le nouveau droit, ainsi qu'une vaste campagne d'information auprès du public, sont autant d'éléments qui, à notre avis, s'avèrent essentiels pour contrer cet effet négatif.

En outre, certains estiment que la participation de membres de la communauté juridique, de médiateurs et d'experts des sciences sociales devrait être envisagée dans le cadre du processus de création des lignes directrices[47]. Contrairement à ce qui fut le cas pour les LDF, cette participation ne viserait pas à s'assurer qu'elles reflètent l'état du droit en vigueur, mais plutôt qu'elles s'harmonisent avec la pratique du droit de la famille ainsi qu'avec la réalité des parents.

2. LES LIGNES DIRECTRICES : DES PRINCIPES JURIDIQUES À LA MODÉLISATION MATHÉMATIQUE

La modélisation qui se trouve au cœur de la création de lignes directrices vise à traduire mathématiquement les principes du droit dont ces lignes guideront l'application. Cet exercice consiste donc à formuler des équations mathématiques en identifiant les variables et en les pondérant de façon à refléter les fondements d'un droit. À titre d'exemple, dans le cas des lignes directrices pour enfants, le principe selon lequel les enfants représentent une responsabilité commune pour ses parents se reflète dans le calcul de la contribution financière de chacun par la répartition de la charge financière des enfants au prorata de leurs revenus respectifs. Pour le professeur Patrick Parkinson, les principes qui justifient le droit devraient s'aligner sur les principes qui tentent de le quantifier[48].

Avant d'analyser les principaux paramètres de la modélisation de la prestation compensatoire parentale, rappelons les conditions d'ouverture qui y donnent droit à travers le scénario-phare proposé par le Comité :

> Le parent qui, dans l'exercice du rôle parental assumé durant sa vie commune avec l'autre parent, a subi des désavantages économiques qui ne sont pas proportionnels à ceux qu'a pu subir ce dernier, compte tenu des facultés respectives de chacun, a droit d'obtenir de lui une prestation destinée à le compenser de ces désavantages et de leurs conséquences futures prévisibles.

---

46 Rollie THOMPSON, « Ideas of Spousal Support Entitlement », (2014) 34 *C.F.L.Q.* 1.

47 Voir notamment Carol ROGERSON, *Élaboration des lignes directrices sur les pensions alimentaires pour époux : amorce de la discussion*, Ottawa, Ministère de la Justice Canada, 2002, p. 68 et suiv. Voir aussi : Ira Mark ELLMAN, « A Case Study in Failed Law Reform: Arizona's Child Support Guidelines », (2012) 54 *Arizona Law Review* 137, sur la nécessité d'avoir les bons collaborateurs lors de la création de lignes directrices.

48 Patrick PARKINSON, *Family Law and the Indissolubility of Parenthood*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, notamment au chapitre 11.

> La demande doit être faite dans les 3 ans de la cessation de la vie commune, sauf circonstances exceptionnelles. Toutefois, si la vie commune cesse par le décès, la demande doit être faite dans l'année du décès de l'autre parent.

D'abord, seules les pertes prenant naissance pendant la vie commune sont visées par ce scénario. Ainsi, les pertes liées à la prise en charge de la tâche parentale après la rupture ne sont pas sujettes à compensation, sauf exception[49].

Ensuite, la modélisation devrait permettre d'isoler la perte découlant d'un déséquilibre dans la répartition des responsabilités parentales de celle normalement assumée par tout parent. À cette fin, la perte subie par le parent ayant exercé un rôle parental devra être mise en opposition avec la situation de l'autre parent.

Pour que soient prises en compte les facultés respectives de chacun, les ressources du débiteur devront faire partie de l'équation. Soucieux de favoriser la conclusion relativement rapide des ententes afin de permettre aux parents de poursuivre leur vie, le Comité propose le paiement d'une somme forfaitaire, sauf exception[50].

En somme, on constate que la simplicité inhérente à la création des lignes directrices pour la prestation compensatoire parentale serait favorisée par son assise juridique claire et unidimensionnelle. En effet, contrairement à la pension alimentaire pour époux due en vertu de la *Loi sur le divorce*, qui comporte à la fois des dimensions de droit compensatoire et alimentaire, la PCP vise spécifiquement un seul objet, soit la compensation pour les désavantages économiques découlant de la charge parentale subis pendant la vie commune. Rappelons en effet que le droit proposé par la PCP, droit susceptible de trouver application auprès de tous les parents, mariés ou non, est clairement et uniquement compensatoire, et n'inclut pas d'obligation de solidarité comme on en retrouve pour les couples mariés.

Bien qu'elle ne soit pas entièrement novatrice[51], il est à prévoir que la proposition du Comité portant création d'une prestation compensatoire parentale et de lignes directrices sera source de questionnements tant en ce qui a trait à sa pertinence qu'à sa légitimité. Selon nous, l'appui envers les lignes directrices sera influencé par la corrélation qu'il sera ou non possible d'observer entre les principes de droit et la formule conçue. En outre, nous sommes d'avis que l'adhésion que manifesteront les décideurs, la communauté juridique et les citoyens à l'endroit des idées fondatrices qui sous-tendent l'instauration de la PCP sera aussi primordiale[52]. En

---

49 Voir les exceptions prévues au rapport du Comité consultatif sous : « Compensation des désavantages économiques subis à la suite de la rupture de l'union conjugale ou en l'absence de vie commune des parents ».

50 Voir les propos du Comité consultatif sur les modalités de paiement à la section 3 du chapitre premier.

51 AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of the Law of Family Dissolution : Analysis and Recommendations*, Newark (N.J.), LexisNexis, 2002. Voir aussi Ira Mark ELLMAN, « The Maturing Law of Divorce Finances : Toward Rules and Guidelines », (1999) 33 *F.L.Q.* 801 et le texte précurseur du professeur Ira Mark ELLMAN, « The Theory of Alimony », (1989) 77 *Cal. L. Rev*. 1. Voir la description de ces lignes directrices à la partie 6.

52 Voir le récit du professeur Thompson portant sur les lignes directrices facultatives en matières de pension alimentaire pour époux : Rollie THOMPSON, « Ideas of Spousal Support Entitlement », (2014) 34 *C.F.L.Q.* 1. Voir aussi, *a contrario*, le cas de l'Alberta qui a rejeté l'idée de lignes directrices provinciales pour accompagner le droit à la pension alimentaire, notamment parce que toute tentative de construire des formules mathématiques devait être sous jacente à une définition précise de fondement ou d'objectif du droit à la

d'autres termes, pour que des lignes directrices utiles soient envisageables, elles auraient avantage à être liées à la compréhension d'un enjeu substantif qui soit clair, empiriquement vérifiable et impératif.

3. L'INCIDENCE ÉCONOMIQUE DU RÔLE PARENTAL : LES DONNÉES DISPONIBLES

Les changements familiaux importants qu'a connus le Québec au cours des dernières décennies ont fait l'objet de nombreuses analyses, dont certaines sont présentées par les professeurs Le Bourdais et Lapierre-Adamcyk au chapitre deuxième du rapport du Comité. La question particulière de l'incidence économique auprès d'un parent, père ou mère, en lien avec sa tâche parentale a déjà retenu l'attention des chercheurs ainsi qu'en font état les recherches mentionnées ci-après.

Cette partie de nos développements, ainsi que celle qui suit, proposent un survol des diverses sources de données ainsi que des éléments d'analyse permettant, d'une part, de vérifier si le phénomène de déséquilibre quant aux effets économiques de la parentalité subsiste toujours aujourd'hui et, d'autre part, de présenter les outils statistiques sur lesquels pourrait éventuellement s'appuyer l'élaboration de lignes directrices pour la PCP.

- **Le recensement du Canada et l'Enquête nationale auprès des ménages (ENM)**

Les données du recensement du Canada, jusqu'en 2006, ainsi que celles de l'ENM de 2011 permettent d'examiner le statut et le revenu d'emploi de chacun des conjoints dans les familles dirigées par un couple selon différentes variables telles que la présence et le nombre d'enfant(s) au domicile, l'âge du plus jeune enfant, le sexe et l'âge des conjoints, etc.

- **L'Enquête sur la population active (EPA)**

Cette enquête de Statistique Canada permet d'obtenir des estimations sur le travail et le chômage au Canada. Les données recueillies ont trait notamment aux heures de travail et aux conditions de travail, aux professions, ainsi qu'aux salaires, traitements et autres gains.

- **L'Enquête canadienne sur le revenu (ECR) (anciennement l'Enquête sur la dynamique du travail et du revenu (EDTR))**

Réalisée par Statistique Canada, l'ECR constitue une source importante de données sur le revenu des familles, des ménages et des personnes canadiennes. Elle a été utilisée notamment pour observer l'effet de l'état matrimonial et de la parentalité sur la rémunération des Canadiennes[53].

---

pension qui ne faisait pas consensus : ALBERTA LAW REFORM INSTITUTE, *Spousal Support*, Edmonton, Alberta Law Reform Institute, 2001.

53 Marie DROLET, *Mariage, maternité et rémunération : Le choix du moment importe-t-il ?*, Division de l'analyse des entreprises et du marché du travail, Document de recherche n° 186, Ottawa, Statistique Canada, 2002. On y observe notamment les écarts salariaux entre les mères qui reportent le moment d'avoir des enfants et celles qui en ont tôt.

- **L'Enquête sur l'activité (EA)**

Menée par Statistique Canada, l'objectif de l'EA est de fournir de l'information sur l'emploi et le chômage au Canada en recueillant auprès de la population active des données sur les heures et les conditions de travail ainsi que sur les salaires, traitements et autres gains. Cette enquête permet notamment d'observer les tendances quant aux écarts de salaire entre les hommes et les femmes[54].

- **L'Enquête sociale générale – L'emploi du temps (ESG)**

Produite par Statistique Canada, l'ESG portant sur l'emploi du temps vise à recueillir de l'information sur les habitudes liées à l'emploi du temps afin de mieux comprendre la façon dont les Canadiens utilisent et gèrent leur temps et saisir ce qui contribue à leur bien-être et à leur niveau de stress.

- **Fichier de données longitudinales sur la main-d'œuvre (FDLMO)**

Le FDLMO représente un échantillon aléatoire de 10 % de tous les travailleurs canadiens, constitué au moyen des données tirées de quatre sources : les fichiers de relevés d'emploi (RE) de Ressources humaines et Développement social Canada, les fichiers T1 et T4 de l'Agence des douanes et du revenu du Canada et le Programme d'analyse longitudinale de l'emploi de la Division de l'analyse des entreprises et du marché du travail de Statistique Canada. Comme les données du FDLMO canadien portent sur plus de 20 ans et qu'elles sont tirées d'un échantillon de taille importante, certains chercheurs en font usage pour observer de manière longitudinale les trajectoires d'activité et de revenu des parents et pour les comparer à celles des autres personnes[55].

Comme on le verra dans la prochaine section, ces différentes sources de données permettent d'importants constats quant aux effets de la naissance d'un enfant sur la participation au marché du travail des parents et offrent d'intéressantes pistes de solution afin d'en estimer les pertes économiques.

4. L'INCIDENCE ÉCONOMIQUE DU RÔLE PARENTAL : LES CONSTATS VÉRIFIABLES

Cette section présente quelques données statistiques relatives à la situation et au revenu d'emploi des personnes selon différentes variables (présence et nombre d'enfant(s) au domicile,

---

54 Marie DROLET, *Pourquoi l'écart salarial entre les hommes et les femmes a-t-il diminué ?*, Division de l'analyse des entreprises et du marché du travail, Ottawa, Statistique Canada, 2011.

55 Xuelin ZHANG, *Emploi des mères canadiennes après la naissance d'un enfant et trajectoires des gains de leurs homologues occupées de façon continue*, Division de l'analyse des entreprises et du marché du travail, Ottawa, Statistique Canada, 2008. Notons que certaines analyses américaines ont aussi utilisé des enquêtes longitudinales (notamment le *National Longitudinal Survey of Mature and Young Women, a two-cohort survey*). Voir notamment Zvi ECKSTEIN et Kenneth I. WOLPIN, «Dynamic Labour Force Participation of Married Women and Endogenous Work Experience », (1989) 56 *Review of Economic Studies* 375; Jacob MINCER et Haim OFEK, « Interrupted Work Careers : Depreciation and Restoration of Human Capital », (1982) 17-1 *Journal of Human Resources* 3.

âge du plus jeune enfant, sexe des conjoints, etc.). Ces analyses visent à fournir quelques indications sommaires sur l'incidence économique du rôle parental qu'il importe d'interpréter avec prudence. En effet, des analyses plus approfondies sont nécessaires pour documenter de manière encore plus précise les répercussions économiques de la parentalité et particulièrement de leur répartition à l'intérieur des couples.

Notons d'entrée de jeu que les analyses ont été réalisées en comparant la situation et le revenu d'emploi :

- des personnes ayant des enfants à ceux des personnes qui n'en ont pas;
- des mères à ceux des autres femmes;
- des pères à ceux des autres hommes;
- des pères à ceux des mères;

4.1 L'activité sur le marché du travail

A. Des écarts d'activité selon la présence et l'âge des enfants au domicile

La proportion de familles dirigées par un couple dont les deux conjoints sont actifs sur le marché du travail varie selon la présence et l'âge des enfants au domicile. Selon l'Enquête nationale auprès des ménages (ENM)[56], en 2011, environ 84 % des familles sans enfant[57] comptent deux conjoints actifs sur le marché du travail (tableau 1). En comparaison, 71 % des familles avec enfants dont le plus jeune est âgé de moins de 1 an comptent deux parents actifs[58]. Pour les familles dont le plus jeune enfant est âgé de 1 à 4 ans, cette proportion s'élève à 79 % alors qu'elle est de 83 % lorsque cet enfant est âgé de 5 à 11 ans.

Par ailleurs, environ 13 % des familles sans enfant comptent un conjoint actif sur le marché du travail et un conjoint qui ne l'est pas (tableau 1). Cette proportion augmente à 25 % pour les familles avec enfants dont le plus jeune est âgé de moins de 1 an. Pour les familles dont le plus jeune enfant est âgé de 1 à 4 ans, la proportion baisse à 18 %, puis à 15 % pour les familles où cet enfant est âgé de 5 à 11 ans.

---

56 STATISTIQUE CANADA, *Enquête nationale auprès des ménages de 2011*, compilation effectuée par le ministère de la Famille à partir des données du tableau C10 de la commande spéciale CO-1377. Toutes les données de la section 5.1 provenant de l'ENM concernent les familles de recensement dirigées par un couple dont les deux conjoints sont âgés entre 25 et 54 ans. La situation d'emploi des conjoints est celle au cours de la semaine du dimanche 1er mai au samedi 7 mai 2011.

57 Les données sur les familles sans enfant regroupent tant celles dont les conjoints n'ont jamais eu d'enfant que celles dont les enfants des conjoints ne résident pas au domicile le jour de l'enquête.

58 Pour la section 5.1, les données de l'ENM auxquelles nous avons accès ne permettent pas de distinguer les familles biparentales dont au moins un enfant est commun au couple de celles dont tous les enfants présents au domicile sont issus d'une union antérieure de l'un ou l'autre des conjoints. Il est donc impossible d'exclure les familles recomposées dans lesquelles on ne compte aucun enfant issu de l'union actuelle des conjoints.

Tableau 1

Répartition en pourcentage des familles dirigées par deux conjoints âgés de 25 à 54 ans, selon la présence et le groupe d'âge du plus jeune enfant à la maison, et selon l'activité sur le marché du travail de chacun des conjoints, Québec, 2011

ACTIVITÉ SUR LE MARCHÉ DU TRAVAIL	FAMILLES SANS ENFANT	GROUPE D ÂGE DU PLUS JEUNE ENFANT DE LA FAMILLE			
		moins de 1 an	1-4 ans	5-11 ans	12-17 ans
	%				
Les deux conjoint sont actifs	84,2	71,0	78,6	82,6	84,1
Les deux conjoints sont inactifs	3,0	3,6	3,2	2,4	2,2
Un des conjoints est actif, l'autre est inactif	12,6	24,7	18,3	14,6	13,0
Le conjoint est actif, la conjointe est inactive	8,8	22,3	15,7	12,1	10,4
La conjointe est active, le conjoint est inactif	3,9	2,3	2,6	2,6	2,6
Total	**100,0**	**100,0**	**100,0**	**100,0**	**100,0**

Source:

Statistique Canada, *Enquête nationale auprès des ménages de 2011*, compilation effectuée par le ministère de la Famille à partir des données du tableau C10 de la commande spéciale CO-1377.

B. Une baisse de l'activité des femmes dans les familles ayant de jeunes enfants

Comme le suggère l'Institut de la statistique du Québec (ISQ), « le fait d'avoir la charge d'un enfant influence davantage la participation au marché du travail des femmes que celle des hommes »[59].

Selon l'ENM de 2011, la proportion des familles sans enfant où le conjoint est actif sur le marché du travail et où la conjointe ne l'est pas est de 9 %, comparativement à 22 % pour les familles avec enfants dont le plus jeune est âgé de moins de 1 an (tableau 1). On note ensuite que plus l'âge du benjamin est élevé, plus la part relative des familles concernées par cette situation diminue. Ainsi peut-on observer que 16 % des familles dont le plus jeune enfant est âgé de 1 à 4 ans correspondent au profil conjoint actif / conjointe inactive, alors que cette proportion est de 12 % pour les familles où cet enfant est âgé de 5 à 11 ans.

La situation inverse, c'est-à-dire celle où la conjointe est active sur le marché du travail et où le conjoint ne l'est pas, semble beaucoup plus rare et ne varie que très peu en fonction de la présence et de l'âge des enfants résidant au domicile. Ainsi, tant parmi les couples sans enfant que parmi les familles avec enfant(s), moins de 4 % d'entre eux comptent une conjointe active sur le marché du travail et un conjoint qui ne l'est pas, quel que soit le groupe d'âge du plus jeune enfant considéré précédemment.

Selon ces résultats, il semble que la charge d'un enfant d'âge préscolaire soit liée à une réduction de la participation des femmes au marché du travail.

---

59 INSTITUT DE LA STASTIQUE DU QUÉBEC, *Travail et rémunération – Le marché du travail et les parents*, Québec, Gouvernement du Québec, 2009, p. 13, en ligne : http://www.stat.gouv.qc.ca/statistiques /travail-remuneration/groupes-populationnels/travail-famille/travail-parents.pdf (page consultée le 7 mai 2015).

C. Un taux d'activité des femmes plus faible lorsqu'il y a trois enfants ou plus au domicile

À partir des données du Recensement de 2006[60], il est possible d'observer les variations du taux d'activité des hommes et des femmes en fonction du nombre d'enfants au domicile.

Chez les femmes, celles sans enfant[61] affichent le taux d'activité le plus élevé (87 %) (données non présentées). Celui-ci diminue d'environ 5 points de pourcentage parmi les femmes ayant la charge d'un ou deux enfants (82 %)[62]. Ce sont toutefois celles qui ont trois enfants ou plus qui présentent le taux d'activité le plus faible, soit 71 %. Il en va autrement chez les hommes. Ceux sans enfant affichent la plus faible participation au marché du travail (88 %). En outre, quel que soit le nombre d'enfants, le taux d'activité des pères demeure stable aux alentours de 94 %.

Ces données suggèrent que ce sont les mères qui réduisent leur participation au marché du travail avec l'arrivée d'un enfant, et plus particulièrement lorsqu'il y a trois enfants ou plus au domicile.

4.2 Le régime de travail et le temps de travail

A. Le travail à temps partiel plus fréquent chez les femmes, en particulier chez les mères

En plus d'observer l'activité sur le marché du travail, il importe de prendre acte de l'incidence de la charge parentale sur le régime de travail et le temps de travail.

---

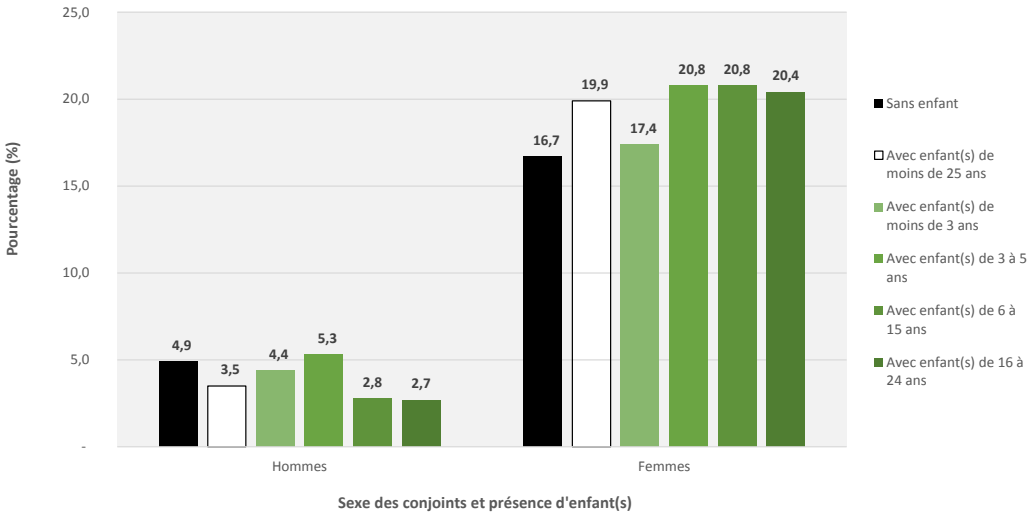
60 STATISTIQUE CANADA, *Recensement de la population de 2006*, compilation effectuée par l'INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC dans *Travail et rémunération – Le marché du travail et les parents*, Québec, Gouvernement du Québec, 2009, p. 17, en ligne : http://www.stat.gouv.qc.ca/statistiques /travail-remuneration/groupes-populationnels/travail-famille/travail-parents.pdf (page consultée le 7 mai 2015). Toutes les données de la section 5.1 provenant du Recensement de 2006 concernent les personnes âgées de 25 à 44 ans vivant dans les ménages privés. La situation d'emploi des conjoints est celle au cours de la semaine (du dimanche au samedi) ayant précédé le jour du recensement (le 16 mai 2006).

61 Les données sur les personnes sans enfant incluent les personnes vivant en couple n'ayant jamais eu d'enfant ou dont les enfants des conjoints ne résident pas au domicile le jour du recensement, les personnes vivant seules, les personnes apparentées et non apparentées qui vivent ou non au sein d'un ménage familial, ainsi que les personnes considérées comme enfant dans une famille de recensement.

62 Les données sur les personnes ayant des enfants incluent tant les personnes vivant en couple que celles qui sont chef d'une famille monoparentale.

Figure 1

Proportion des travailleurs âgés de 25 54 ans vivant en couple qui occupent un emploi à temps partiel, selon le sexe des personnes et la présence d'enfant(s) âgés de moins d 25 ans à l maison, Québec, 2008



Source:
Statistique Canada, *Enquête sur la population active*, compilation effectuée par l'Institut de la statistique du Québec, [En ligne]. http://www.stat.gouv.qc.ca/statistiques/conditions-vie-societe/conciliation-travail/tab_web_fam_tab_4.htm (Consulté le 7 mai 2015).

L'Enquête sur la population active (EPA) fournit de l'information sur le régime de travail des personnes en emploi, en fonction de la présence et de l'âge des enfants[63]. En 2008, parmi les femmes sans enfant qui vivent en couple et qui occupent un emploi, on estime à 17 % la part de celles qui travaillent à temps partiel, une proportion similaire à celle observée chez les femmes avec enfant(s) de moins de 3 ans (figure 1). Toutefois, lorsque le benjamin de la famille est âgé de 3 à 5 ans ou de 6 à 15 ans, la part relative des mères qui occupent un emploi à temps partiel s'élève à 21 %. Chez les hommes, l'emploi à temps partiel correspond à la situation de 5 % de ceux sans enfant et de 4 % des pères.

Il semble ainsi que les femmes, en particulier celles avec enfant(s) de 3 ans ou plus, soient plus enclines que les hommes à travailler à temps partiel.

63 INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Participation des parents au marché du travail*, Québec, Gouvernement du Québec, 2015, en ligne : http://www.stat.gouv.qc.ca/statistiques/conditions-vie-societe/conciliation-travail/index.html (page consultée le 7 mai 2015). Les données suivantes se rapportent aux hommes et aux femmes âgées de 25 à 54 ans vivant en couple et qui occupent un emploi. Est considérée comme parent une personne ayant la charge d'un enfant âgé de moins de 25 ans. Une personne sans enfant fait donc référence à la fois à une personne sans enfant à charge et à un parent dont le plus jeune enfant à charge est âgé de 25 ans ou plus.

B. Le travail à temps partiel volontaire des mères avec de jeunes enfants justifié majoritairement par le souhait de prendre soin des enfants

L'EPA nous renseigne sur les raisons qui incitent les parents à travailler à temps partiel[64]. Ces motifs peuvent être volontaires ou non.

En 2008, 54 % des mères qui occupent un emploi à temps partiel par choix affirment le faire dans le but de prendre soin des enfants (tableau 2). Plus le benjamin est jeune, plus ce motif est invoqué. Ainsi, 65 % des mères qui travaillent volontairement à temps partiel et dont le plus jeune enfant est âgé de moins de 3 ans motivent leur choix par leur volonté de prendre soin des enfants, comparativement à 43 % des mères dont le benjamin est âgé de 5 à 12 ans (données non présentées). Chez les pères, la motivation « soins aux enfants » est très peu invoquée.

Sur la base de ces résultats, l'ISQ soutient que « les mères font encore, en 2008, plus de concessions que les pères par rapport à leur carrière lorsqu'il s'agit de concilier les vies familiale et professionnelle »[65].

Tableau 2

Répartition en pourcentage des raisons justifiant le travail à temps partiel volontaire, pour l'ensemble des parents d'enfants âgés de 12 ans et moins, selon le sexe, Québec, 2008

RAISON	ENSEMBLE	PÈRES	MÈRES
		%	
Soins aux enfants	50,3	u	54,2
Autres obligations personnelles ou familiales	9,8	u	9,6*
Autres raisons	39,9	66,3*	36,2
Total	**100,0**	**100,0**	**100,0**

u Donnée peu fiable ou incertaine.

* Donnée à utiliser avec prudence.

Source:

Québec (2009). *Le marché du travail et les parents* , Gouvernement du Québec [En ligne]. http://www.stat.gouv.qc.ca/statistiques/travail-remuneration/groupes-populationnels/travail-famille/travail-parents.pdf (Consulté le 7 mai 2015).

---

64 INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Travail et rémunération – Le marché du travail et les parents*, Québec, Gouvernement du Québec, 2009, en ligne : http://www.stat.gouv.qc.ca/statistiques/travail-remuneration/ groupes-populationnels/travail-famille/travail-parents.pdf (page consultée le 7 mai 2015). Les données relatives aux raisons qui incitent les parents à travailler à temps partiel concernent les personnes âgées entre 25 et 44 ans qui vivent en couple ou qui sont chef d'une famille monoparentale. Est considérée comme parent une personne ayant la charge d'un enfant âgé de 12 ans et moins. Une personne sans enfant fait donc référence à la fois à une personne sans enfant à charge et à un parent dont le plus jeune enfant à charge est âgé de plus de 12 ans.

65 INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Travail et rémunération – Le marché du travail et les parents*, Québec, Gouvernement du Québec, 2009, p. 20, en ligne : http://www.stat.gouv.qc.ca/statistiques /travail-remuneration/groupes-populationnels/travail-famille/travail-parents.pdf (page consultée le 7 mai 2015).

C. Moins d'heures de travail habituelles chez les mères que chez les non-mères

Les heures de travail habituelles correspondent « à l'horaire régulier de travail ou aux heures définies par contrat : elles ne tiennent donc pas compte des heures d'absence et des heures supplémentaires »[66].

Selon l'EPA, en 2008, le nombre d'heures de travail hebdomadaires habituelles des parents en emploi est à peu près le même que celui des non-parents (données non présentées). On constate toutefois des écarts lorsqu'on tient compte du sexe des personnes.

Ainsi, les mères travaillent 1,2 heure de moins par semaine que les non-mères. Chez les hommes, la situation inverse est observée, les pères travaillant chaque semaine 1,7 heure de plus que les non-pères.

4.3 L'emploi du temps

A. Plus d'heures consacrées aux soins de jeunes enfants chez les mères que chez les pères

L'Enquête sociale générale (ESG) fournit des données sur la moyenne quotidienne de temps consacré aux principales catégories d'emploi du temps par les parents occupant un emploi à temps plein[67]. En 2010, les parents d'enfants âgés de moins de 5 ans consacrent en moyenne moins de temps à la sphère professionnelle que leurs homologues ayant des enfants plus âgés ou que les personnes sans enfant (tableau 3). Ce constat demeure vrai lorsqu'on distingue les hommes des femmes. Toutefois, le temps moyen alloué aux activités professionnelles par les pères est supérieur à celui consacré par les mères, quel que soit le groupe d'âge des enfants considéré.

Ainsi, parmi les parents d'enfants de moins de 5 ans, les pères consacrent 6,2 h/j aux activités professionnelles, comparativement à 5,1 heures chez les mères. C'est seulement parmi les personnes sans enfant que le temps professionnel quotidien des femmes est à peu près équivalent à celui des hommes. Il en va autrement des soins aux enfants, les mères d'enfants

---

66 INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Travail et rémunération – Le marché du travail et les parents*, Québec, Gouvernement du Québec, 2009, p. 32-33, en ligne : http://www.stat.gouv.qc.ca/statistiques/travail-remuneration/groupes-populationnels/travail-famille/travail-parents.pdf (page consultée le 7 mai 2015). Les données relatives aux heures de travail habituelles présentées dans cette section incluent tous les travailleurs âgés de 25 à 44 ans (incluant les travailleurs autonomes). Est considérée comme parent une personne ayant la charge d'un enfant âgé de 12 ans et moins, qu'elle vive en couple ou qu'elle soit chef d'une famille monoparentale. Une personne sans enfant fait donc référence à la fois à une personne sans enfant à charge et à un parent dont le plus jeune enfant à charge est âgé de plus de 12 ans.

67 Claudine LACROIX et Maude BOULET, « La répartition du temps des parents québécois et la conciliation de leurs responsabilités familiales et professionnelles », (2013) 18-1 *Données sociodémographiques en bref* 14, en ligne : http://www.stat.gouv.qc.ca/statistiques/conditions-vie-societe/bulletins/sociodemo-vol18-no1.pdf (page consultée le 7 mai 2015). Les données relatives à l'emploi du temps concernent la population âgée de 15 ans ou plus, vivant en ménage privé et travaillant au moins 30 heures/semaine. Est considérée comme parent une personne ayant la charge d'un enfant âgé de 18 ans et moins, qu'elle vive en couple ou qu'elle soit chef d'une famille monoparentale. Une personne sans enfant fait donc référence à la fois à une personne sans enfant à charge et à un parent dont le plus jeune enfant à charge est âgé de 19 ans ou plus.

âgés de moins de 5 ans allouant en moyenne près d'une heure de plus par jour que les pères à cette sphère d'emploi du temps (2,9 h/j c. 2,0 h/j).

Tableau 3

Moyenne quotidienne du temps[1] consacré aux catégories principales de l'emploi du temps par la population en emploi à temps plein, selon le sexe et l'âge des enfants vivant dans le ménage, Québec, 2010

SEXE/ACTIVITÉS	AU MOINS UN ENFANT ÂGÉ DE 4 ANS ET MOINS	ENFANTS ÂGÉS DE À 12 ANS SEULEMENT	ENFANTS ÂGÉS DE 13 À 18 ANS[1]	AUCUN ENFANT ÂGÉ DE 18 ANS ET MOINS
	HEURES/JOUR			
SEXES RÉUNIS	**24,0**	**24,0**	**24,0**	**24,0**
Temps productif total (professionnel et domestique)	10,5	10,4	10,1	8,7
Professionnel	5,8	7,1	7,3	6,5
Domestique	4,7	3,3	2,8	2,2
Soins aux enfants	2,4	1,2	0,4*	…
Personnel	10,3	10,2	10,0	10,6
Libre	3,1	3,4	3,9	4,7
HOMMES	**24,0**	**24,0**	**24,0**	**24,0**
Temps productif total (professionnel et domestique)	10,5	10,4	10,3	8,6
Professionnel	6,2	7,5	8,0	6,6
Domestique	4,2	2,9	2,3*	2,0
Soins aux enfants	2,0	1,2	0,3**	…
Personnel	9,9	9,9	9,8	10,3
Libre	3,6	3,6	3,8	5,0
FEMMES	**24,0**	**24,0**	**24,0**	**24,0**
Temps productif total (professionnel et domestique)	10,6	10,5	9,7	9,0
Professionnel	5,1	6,7	6,2	6,4
Domestique	5,4	3,8	3,5	2,5
Soins aux enfants	2,9	1,3	0,4	…
Personnel	10,8	10,4	10,3	10,8
Libre	2,5	3,1	3,9	4,2

… N'ayant pas lieu de figurer.

* Coefficient de variation compris entre 15 % et 25 %; interpréter avec prudence.

** Coefficient de variation compris entre 25 % et 33 %; estimation imprécise fournie à titre indicatif seulement.

1. Journée moyenne représentative des 7 jours de la semaine.

2. Cette catégorie de ménages concerne ceux ayant au moins un enfant âgé de 13 à 18 ans, mais exclut ceux qui ont aussi au moins un enfant âgé de 4 ans et moins. Ces derniers se trouvant dans la catégorie "Avec au moins un enfant âgé de moins de 4 ans".

Source:

Statistique Canada, *Enquête sociale générale de 2010*, fichier de microdonnées à grande diffusion, dans Lacroix, Claudine et Maude Boulet (2013). « La répartition du temps des parents québécois et la conciliation de leurs responsabilités familiales et professionnelles », *Données sociodémographiques en bref*, Institut de la statistique du Québec, [En ligne]. http://www.stat.gouv.qc.ca/statistiques/conditions-vie-societe/bulletins/sociodemo-vol18-no1.pdf (Consulté le 7 mai 2015).

En outre, en 2010, les mères d'enfants de moins de 5 ans réalisent 59 % du temps consacré aux soins aux enfants contre 41 % par les pères de la même catégorie (données non présentées). Ces derniers effectuent 55 % du temps alloué aux activités professionnelles comparativement à 45 % chez les mères.

Selon l'ISQ, « la présence d'enfants dans le ménage incite les femmes à réduire leur temps de travail, même parmi celles à temps plein. Plus les enfants sont jeunes, plus la réduction des heures de travail apparaît prononcée »[68].

4.4 Le revenu d'emploi

A. Une moins grande contribution de la conjointe au revenu d'emploi du couple dans les familles ayant de jeunes enfants, ainsi que dans celles comptant trois enfants ou plus

À partir des données de l'ENM[69], sont présentés quelques résultats concernant le revenu d'emploi des conjoints dans les familles biparentales selon l'âge du plus jeune enfant et le nombre d'enfants à la maison[70].

En 2011, dans les familles dont le plus jeune enfant est âgé de 5 à 11 ans ou de 12 à 17 ans, le revenu d'emploi moyen des mères constitue 67 % du revenu d'emploi moyen de leurs homologues masculins (données non présentées). En comparaison, le revenu d'emploi moyen des mères ayant la charge d'enfants âgés de moins de 5 ans représente 59 % de celui des pères de la même catégorie. En outre, 11 % des familles biparentales avec enfant(s) de 12 à 17 ans seulement comptent une conjointe dont la contribution au revenu d'emploi du couple est nulle (tableau 4). On constate que cette proportion s'élève à 17 % dans les familles avec enfant(s) d'âge préscolaire.

---

68 Claudine LACROIX et Maude BOULET, « La répartition du temps des parents québécois et la conciliation de leurs responsabilités familiales et professionnelles », (2013) 18-1 *Données sociodémographiques en bref* 14, 15, en ligne : http://www.stat.gouv.qc.ca/statistiques/conditions-vie-societe/bulletins/sociodemo-vol18-no1.pdf (page consultée le 7 mai 2015).

69 STATISTIQUE CANADA, *Enquête nationale auprès des ménages de 2011*, compilation effectuée par le ministère de la Famille à partir du tableau R1a de la commande spéciale CO-1592.

70 En raison des contraintes relatives aux données auxquelles nous avons accès, toutes les données de la section 5.4 provenant de l'ENM concernent uniquement les familles dirigées par un couple avec enfant(s) mineurs(s) et sans enfant majeur présent au domicile, quel que soit l'âge des conjoints. Pour des raisons similaires, les présentes données incluent tant les familles recomposées sans enfant issu de l'union actuelle des conjoints que les familles intactes et recomposées dont au moins un enfant est commun aux conjoints du couple. Par ailleurs, ces données excluent les familles dont les deux conjoints ont un revenu d'emploi nul ou dont l'un des conjoints, ou les deux, ont un revenu d'emploi négatif.

Tableau 4

Répartition en pourcentage des familles avec enfant(s) mineur(s) seulement dirigées par deux conjoints, selon le groupe d'âge du plus jeune enfant à la maison et la contribution de la conjointe au revenu d'emploi du couple, Québec,

CONTRIBUTION DE LA CONJOINTE AU REVENU D EMPLOI DU COUPLE	GROUPE D ÂGE DU PLUS JEUNE ENFANT À LA MAISON		
	0-4 ANS	5-11 ANS	12-17 ANS
	%		
Nulle	16,6	12,4	10,5
% à 2 %	25,1	18,1	16,9
2 % à 4 %	35,6	39,1	39,7
5 % à 7 %	14,9	20,9	22,1
7 % à 9 %	4,1	5,1	5,4
100%	3,7	4,2	5,3
Total	**100,0**	**100,0**	**100,0**

Source:

Statistique Canada, *Enquête nationale auprès des ménages de 2011*, compilation effectuée par le ministère de la Famille à partir des données du tableau R1a de la commande spéciale CO-1591.

En analysant les données en fonction du nombre d'enfants présents au domicile, on constate que le revenu d'emploi moyen des mères représente 65 % de celui des pères lorsqu'un ou deux enfants sont présents au domicile, comparativement à 57 % pour les familles de trois enfants ou plus (données non présentées).

En outre, dans 13 % des familles ayant la charge d'un seul enfant, la contribution de la conjointe au revenu d'emploi du couple est nulle, une proportion identique à celle observée chez les familles comprenant deux enfants (tableau 5). Toutefois, avec la présence d'un troisième enfant, cette proportion augmente à 22 %.

Tableau 5

Répartition en pourcentage des familles avec enfant(s) mineur(s) seulement dirigées par deux conjoints, selon le nombre d'enfants à la maison et la contribution de la conjointe au revenu d'emploi du couple,

CONTRIBUTION DE LA CONJOINTE AU REVENU D EMPLOI DU COUPLE	NOMBRE D ENFANTS DANS LA FAMILLE		
	ENFANT	ENFANTS	ENFANTS OU PLUS
	%		
Nulle	12,8	12,5	21,5
% à 2 %	21,1	20,8	23,7
2 % à 4 %	37,5	39,6	31,7
5 % à 7 %	18,8	18,9	14,8
7 % à 9 %	5,0	4,6	4,1
100%	4,8	3,6	4,2
Total	**100,0**	**100,0**	**100,0**

Source:

Statistique Canada, *Enquête nationale auprès des ménages de 2011*, compilation effectuée par le ministère de la Famille à partir des données du tableau R1a de la commande spéciale CO-1591.

À l'instar des résultats précédents, ces données suggèrent que la présence de jeunes enfants dans la famille, de même que l'arrivée d'un troisième enfant, peuvent être associées à une certaine diminution de l'activité professionnelle des mères, diminution qui se répercute dans la contribution relative des femmes au revenu d'emploi du couple.

B. Des pertes économiques variables et qui s'estompent avec les années

Basée sur le Fichier de données longitudinales sur la main-d'œuvre de 1983 à 2004, une étude portant sur l'emploi, la mobilité professionnelle et les trajectoires des gains des mères canadiennes ayant un niveau élevé d'activité conclut :

> […] les pénalités au chapitre des gains liées à la maternité n'étaient pas illusoires : au cours de l'année de la naissance d'un enfant et de l'année suivante, les mères de notre échantillon ont connu des baisses de gains d'environ 40 % et 30 %, et elles ont continué de connaître des baisses de gains au cours des autres années suivant la naissance de l'enfant.[71]

En somme, les données actuellement disponibles révèlent que bien que la famille se soit transformée de façon importante au cours des dernières décennies, que les femmes occupent une place plus importante au sein de la population active et que la répartition des responsabilités parentales soit davantage égalitaire et moins conditionnée par le sexe du parent, la prise en charge des enfants entraîne encore de nos jours, pour certaines personnes, des pertes économiques importantes par rapport à celles que subit l'autre parent. À cet égard, et bien que nous croyions que des analyses plus pointues, notamment à partir des données longitudinales, seraient souhaitables, la prestation compensatoire parentale semble être une mesure qui réponde à une situation empiriquement observable dans la société québécoise contemporaine.

5. DES MÉCANISMES EXISTANTS PERMETTANT LA MODÉLISATION DE LA PERTE

5.1 La modélisation est possible

Dans l'absolu, il est toujours possible de calculer la perte économique subie par un parent ayant réduit ou cessé ses activités professionnelles afin d'assumer de façon prépondérante son rôle parental. En effet, tous les jours, des actuaires sont appelés à estimer le manque à gagner découlant d'un arrêt ou d'une diminution de travail. Que ce soit à la suite d'un accident de la route, d'une erreur médicale ou d'une maladie professionnelle, ils sont en mesure d'évaluer les pertes actuelles et futures découlant d'un arrêt de travail et d'en estimer, à l'aide de méthodes de calcul reconnues, la juste compensation.

---

[71] Voir notamment Xuelin ZHANG, *Emploi des mères canadiennes après la naissance d'un enfant et trajectoires des gains de leurs homologues occupées de façon continue*, Division de l'analyse des entreprises et du marché du travail, Ottawa, Statistique Canada, 2008. Soulignons que l'auteur concluait également que les effets négatifs de la naissance sur les gains ont commencé à disparaître à partir de la septième année suivant la naissance. Par ailleurs, l'étude révèle que les pertes seraient négligeables chez les mères qui reprendraient le travail auprès du même employeur.

Dans les cas où la perte concerne un individu qui, au moment de l'arrêt, occupait un emploi conventionné dont la progression salariale était prévue par avancements d'échelons, le calcul de la perte représente un défi moindre. Il en est de même pour l'individu ayant un historique de travail bien établi et stable.

Toutefois, dans certains cas, la situation est tout autre; l'estimation se révèle alors nettement plus complexe en raison de l'insuffisance des données propres au travailleur. Pensons par exemple à la situation d'une personne qui, bien qu'apte au travail, était sans emploi au moment de l'évènement forçant une période d'inactivité. Pensons également aux travailleurs autonomes dont les gains varient d'une année à l'autre, particulièrement au cours des premières années d'activités. Dans ces situations, l'estimation des pertes doit être basée sur des données statistiques étant donné que la loi des grands nombres permettra d'en limiter la marge d'erreur.

Ainsi, la principale difficulté inhérente à l'élaboration de lignes directrices ne se situe pas dans la formulation des équations mathématiques permettant le calcul de la perte[72], mais plutôt dans la conception d'un outil qui puisse systématiser ce même calcul pour l'ensemble des parents concernés de la façon la plus simple et la plus exacte possible.

Certains modèles ayant déjà systématisé l'estimation d'une perte de capacité de gain ainsi que les outils statistiques sur lesquels ils sont basés ont été recensés et sont présentés dans les sections suivantes.

5.2 Modèle mathématique de Kerr basé sur des données transversales

En 1992, à la demande du ministère de la Justice et de la Condition féminine Canada, l'économiste Richard Kerr a conçu un modèle économique permettant d'illustrer certains des avantages ou inconvénients décrits au paragraphe 15.2 (6) de la *Loi sur le divorce*[73] et d'en déterminer la valeur pécuniaire. En comparant les gains des femmes qui n'avaient pas quitté ou interrompu leur vie active avec celles qui s'en étaient retirées en raison de leur charge parentale, Kerr concluait que ces dernières avaient subi d'importantes pertes.

Basé sur une étude transversale des données du recensement portant sur les revenus d'emploi moyens, selon différentes variables dont le type d'emploi, le sexe, l'âge ou le niveau de scolarité, ce modèle permet d'établir une projection des gains futurs d'une personne. En d'autres termes, en se basant sur les données statistiques des individus présentant un profil socioéconomique similaire, on tente d'estimer l'espérance de gain d'une personne afin de mesurer le manque à gagner découlant d'un sous-investissement professionnel. De manière à raffiner les résultats d'estimation, ce modèle permet aussi de définir plusieurs variables telles que le taux de décroissance de la capacité salariale au cours du retrait de la vie active ou le taux de reprise des gains à partir du retour au travail.

---

72 Bien que la complexité d'une telle formule soit importante.

73 Richard KERR, *Modèle économique pour évaluer la pension alimentaire pour le conjoint*, Rapport préparé pour le ministère de la Justice et Condition féminine Canada, Ottawa, Ministère de la Justice, 1992. Notons que bien que Kerr cherchait à comprendre les conséquences économiques du mariage et non pas de la prise en charge d'enfants, ses observations portaient uniquement sur le volet compensatoire de la pension et donc sur le même phénomène que la prestation compensatoire parentale.

Notons que dans son modèle, Kerr fait l'hypothèse d'une « reprise accélérée des gains » après le retour au travail en supposant que le taux de croissance des gains d'une personne ayant connu un arrêt de travail sera équivalent à celui des personnes du même âge plutôt qu'à celles ayant une expérience de travail équivalente. Conscient que cette hypothèse pouvait être mise en doute, il affirmait que la réalisation d'autres recherches empiriques sur ce point était nécessaire[74]. Nous partageons cet avis.

5.3 Modèle de la SAAQ basé sur le Répertoire informatisé des données en information scolaire et professionnelle

Le système Repères pourrait également représenter une source possible d'information sur la rémunération et sa progression dans divers domaines professionnels. Cette base de données est utilisée notamment par la Société de l'assurance automobile du Québec (SAAQ) pour quantifier l'indemnité de remplacement de revenu pour la victime d'un accident de la route alors qu'elle exerce un emploi à temps partiel, un emploi temporaire ou est sans emploi tout en étant apte au travail au moment de l'accident[75].

Ainsi, en vue de calculer l'indemnité de remplacement de revenu, la SAAQ utilise une banque de données constituée par la Société de gestion du réseau informatique des commissions scolaires (GRICS)[76]. Cette banque est divisée en quatorze domaines professionnels qui se subdivisent en professions. Pour chacune, une fourchette de salaire minimum moyen et de salaire maximum moyen y est indiquée.

Bien qu'il ait l'avantage d'offrir de l'information quant aux gains moyens d'un éventail varié de travailleurs, le modèle de la SAAQ s'avère toutefois limité en ce qu'il attribue un coefficient de progression identique à tous les types d'emploi, il nous apparaît donc une piste de solution moins intéressante pour nos fins.

5.4 Modèle statistique utilisé par les actuaires et basé sur les données du recensement et de la Classification nationale des professions

L'Institut canadien des actuaires rend disponible auprès de ses membres une importante compilation de données provenant du recensement. Cette compilation permet le croisement des variables les plus fortement corrélées au salaire moyen d'un individu, soit la profession (identifiée à l'aide de la Classification nationale des professions), l'âge, le sexe, la région ainsi que le niveau de scolarité. Cette banque de données est utilisée pour procéder à l'évaluation actuarielle des pertes de capacité de gain d'un individu en l'absence de données plus probantes provenant d'échelons salariaux conventionnés ou d'un historique de gains stables.

---

74 Richard KERR, *Modèle économique pour évaluer la pension alimentaire pour le conjoint*, Rapport préparé pour le ministère de la Justice et Condition féminine Canada, Ottawa, Ministère de la Justice, 1992, p. 18.

75 Voir notamment les articles 21, 26 et 42 de la *Loi sur l'assurance automobile du Québec* (RLRQ, c. A-25), ci-après la LAA, ainsi que des articles 4 à 8, des articles 1 à 6 de l'annexe I, de l'annexe II, des articles 1 à 5 de l'annexe III et de l'annexe IV du *Règlement sur la détermination des revenus et des emplois et sur le versement de l'indemnité visée à l'article 83.30 de la Loi* (RLRQ, c. A-25, r. 7) (RDRE).

76 La banque REPÈRES utilisera bientôt la version 2011 de la Classification nationale des professions.

La Classification nationale des professions (CNP) est la référence la plus largement reconnue pour classifier les professions au Canada. Ses données, mises à jour à chaque cycle du recensement quinquennal canadien, sont réparties sous plus de 40 000 appellations d'emplois et subdivisées en 500 profils de groupes professionnels. La CNP est utilisée quotidiennement par des milliers d'individus pour compiler, analyser et communiquer de l'information sur les professions et pour prendre connaissance des emplois à l'échelle du marché du travail canadien. La CNP est utilisée pour recueillir et organiser les statistiques sur les professions et fournit notamment de l'information sur leur rémunération.

Toutefois, la qualité des résultats obtenus par cette méthode varie forcément en fonction de la taille de l'échantillon correspondant au profil socioéconomique évalué. En effet, même en s'appuyant sur les importantes données du recensement, la rareté relative de certains emplois peut limiter le bassin d'informations comparables et affecter d'autant la fiabilité des résultats.

Ainsi, nous retenons que, bien que complexe, la modélisation qui permettrait d'assortir la PCP de lignes directrices n'en est pas moins réalisable. Même si aucun des modèles décrits précédemment ne peut être transposé intégralement aux fins que nous poursuivons, le modèle développé par Kerr ainsi que les méthodes d'évaluation actuarielle actuellement utilisées pour quantifier les pertes de capacité de gain offrent des pistes intéressantes, tant sur le plan de la modélisation que des banques de données utilisées.

6. MODÈLES BASÉS SUR UNE VALEUR DE SUBSTITUTION (*PROXY*) : LE PARTAGE DES REVENUS

Outre les modèles qui calculent la perte de capacité de gain de manière *intuitu personae* et ceux visant à calculer la perte de capacité à l'aide d'informations statistiques, il existe également des formules conçues pour quantifier une pension alimentaire à l'aide d'une valeur de substitution ou *proxy*. Les deux modèles suivants en sont des exemples intéressants.

6.1 Modèle basé sur le partage des revenus de l'American Law Institute

En 2002, l'American Law Institute (ALI) a publié une impressionnante proposition de réforme du droit de la dissolution conjugale dans le cadre de laquelle cinq fondements donnant droit à une compensation entre conjoints ont été identifiés. Parmi ceux-ci, on retrouve, d'une part, la perte de capacité de gain subie par un parent pendant la relation et, d'autre part, les effets futurs qui découlent d'une prise en charge des responsabilités parentales disproportionnée par rapport à celle qu'assume l'autre parent[77].

En plus du droit à la compensation, la réforme proposée visait aussi à introduire une méthode de calcul de la pension. Ces règles, qui tentent d'offrir une méthode relativement simple, s'appuient sur des études en sciences sociales qui décrivent l'incidence de la prise en charge d'un enfant

---

77 AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of the Law of Family Dissolution : Analysis and Recommendations*, Newark (N.J.), LexisNexis, 2002, art. 5.05. Notons qu'à l'instar de la mesure proposée par le Comité de réforme, seuls les dommages nés pendant le mariage sont sujets à compensation. Ainsi, ce calcul ne tient pas compte de la perte de capacité de gain pour les soins donnés aux enfants après la rupture. Dans le cas de la proposition de l'ALI, cette perte sera traitée dans le contexte des aliments pour l'enfant.

sur la capacité de gain du parent[78]. Selon cette méthode, la valeur de la pension est établie en fonction d'un pourcentage de l'écart entre les revenus des parents, lequel écart varie selon la durée de la période de surinvestissement parental. La formule tente donc de refléter dans le calcul du montant de l'ordonnance le lien entre la durée du surinvestissement parental et l'importance de la perte de capacité de gain qui en découle.

Puisqu'elles visent à guider l'établissement d'une pension alimentaire, les lignes directrices de l'ALI s'appuient sur des formules conçues pour établir un paiement périodique. À cet égard, le calcul de la durée de l'ordonnance au profit du principal pourvoyeur de soins prévoit la prise en compte du nombre d'années de surinvestissement parental puisque plus le surinvestissement a duré longtemps, plus la perte sera longue à compenser. Le calcul permet, de manière subsidiaire, de fixer le montant d'une somme forfaitaire.

Bien qu'imparfaite d'un point de vue théorique[79] cette proposition novatrice permet de systématiser l'établissement d'une pension strictement compensatoire en utilisant des variables qui sont corrélées au fondement du droit :

> e. Measuring the claim. An accurate measure of the earning-capacity loss for which this section provides compensation would require a determination of what the claimant's earning capacity would have been if he or she had not, and had never intended to, provide the major portion of parental care for the marital children. Accurate measurements based on that hypothetical possibility are not ordinarily available (see Comment d), requiring the section's reliance upon an approximate proxy measure of the loss. That proxy measure makes the award proportional to both the earning-capacity disparity between the spouses at dissolution, and the duration of the period during which the claimant had primary responsibility for the care of the marital children (called the *child-care period*).
>
> Given the measurement difficulties, this proxy provides a reasonable benchmark. The longer the period during which the claimant's market opportunities were impeded by child-care responsabilities, the larger the resulting earning-capacity loss is likely to be.[80]

---

78 AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of the Law of Family Dissolution : Analysis and Recommendations*, Newark (N.J.), LexisNexis, 2002, voir les explications et références aux p. 932 et suiv.

79 Voir les explications de l'AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of the Law of Family Dissolution : Analysis and Recommendations*, Newark (N.J.), LexisNexis, 2002, p. 936 et suiv. Voir les commentaires de Carol ROGERSON, *Élaboration des lignes directrices sur les pensions alimentaires pour époux : amorce de la discussion*, Ottawa, Ministère de la Justice Canada, 2002, p. 49 : « En justifiant l'utilisation du revenu de l'époux qui gagne le salaire le plus élevé à titre de montant de base pour mesurer la perte de capacité de gagner sa vie de l'autre conjoint, l'ALI s'appuie sur une hypothèse douteuse, soit que la plupart des gens choisissent un partenaire possédant le même profil socioéconomique. L'ALI affirme à l'appui que le principal pourvoyeur de soins aurait vraisemblablement perdu une partie de sa capacité de gagner sa vie parce qu'il s'attendait à partager le revenu futur de son conjoint. Sans doute conscients que ces explications ne seraient pas satisfaisantes, les rédacteurs en ont offert une autre : la prise en charge disproportionnée des responsabilités dans l'éducation des enfants par le principal pourvoyeur de soins aurait ainsi permis à l'autre époux de préserver sa capacité de gagner sa vie et d'avoir aussi des enfants ». Voir aussi les propos du rapporteur en chef du projet de l'ALI dans Ira Mark ELLMAN, « Why Making Family Law is Hard », (2003) 35 *Ariz. St. LJ.* 699. Pour un aperçu de certaines critiques portant sur les propositions substantives de l'ALI voir Robin FRETWELL WILSON (dir.), *Reconceiving the Family : Critique on the ALI's Principles of Law of Family Dissolution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

Bien que d'autres modèles de lignes directrices aient été conçus aux États-Unis pour aider à quantifier la pension alimentaire entre ex-époux (ou conjoints), celle de l'ALI aura servi d'inspiration pour plusieurs pays, dont le Canada.

6.2 Modèle des Lignes directrices facultatives en matière de pension alimentaire pour époux

Ayant en quelque sorte pour mission d'accompagner le droit existant, les LDF reflètent à la fois le fondement non compensatoire – ou plus traditionnellement alimentaire – de la pension, ainsi que son aspect compensatoire, ce dernier étant plus près de la mesure proposée par le Comité de réforme. Dans un document d'une grande rigueur élaboré pour lancer la discussion sur les LDF parmi les professionnels du droit[81], la professeure Rogerson explique le lien entre les théories compensatoires et le fonctionnement des LDF de la façon suivante :

> *D. Compensation de la perte économique; abandon de carrière et perte de possibilités (loss of opportunity)*
>
> Les théories compensatoires ont eu une influence déterminante lorsqu'on a tenté récemment de justifier l'obligation alimentaire envers l'ex-conjoint. Ces théories, dont celle d'Ira Ellman est l'exemple le plus connu, s'inspirent abondamment de la science économique : elles énoncent que l'obligation alimentaire après le divorce peut se justifier par le besoin de compenser les pertes subies par l'ex-époux au chapitre de sa capacité de gagner sa vie ou de son « capital humain » en raison du rôle qu'il a joué pendant le mariage. *Malgré leurs différences dans les détails, elles s'articulent toutes autour du principe de la compensation d'une perte économique. Le niveau de vie durant l'union ou le revenu de l'autre époux n'ont finalement aucune pertinence : la pension alimentaire au profit du conjoint doit être calculée en fonction de la capacité de gagner sa vie qu'il aurait sur le marché du travail lors du divorce s'il ne s'était pas marié*.[82]

En vue de permettre l'application de ces éléments de droit, les LDF ont repris l'idée de base proposée par l'American Law Institute, c'est-à-dire utiliser l'écart de revenu entre les époux comme valeur de substitution au calcul actuel ou statistique de la perte de capacité de gain. Deux formules ont été élaborées à partir de cette valeur. La première s'applique dans le cas où aucune pension alimentaire pour enfant n'est payable, soit en raison de l'absence d'enfants communs, soit, dans le cas contraire, parce qu'ils sont trop âgés. La seconde est utilisée lorsqu'une pension pour enfant est également payable[83].

---

80 AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of the Law of Family Dissolution : Analysis and Recommendations*, Newark (N.J.), LexisNexis, 2002, p. 935 et 936.

81 Carol ROGERSON, *Élaboration des lignes directrices sur les pensions alimentaires pour époux : amorce de la discussion*, Ottawa, Ministère de la Justice Canada, 2002.

82 Nos italiques. Carol ROGERSON, *Élaboration des lignes directrices sur les pensions alimentaires pour époux : amorce de la discussion*, Ottawa, Ministère de la Justice Canada, 2002, p. 20.

83 Carol ROGERSON et Rollie THOMPSON, *Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux*, Rapport préparé pour le ministère de la Justice du Canada, Ottawa, Sa Majesté la Reine du chef du Canada, 2008, p. 34, en ligne : http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/lf-fl/epoux-spousal/spag/index.html (page consultée le 14 mai 2015).

Lorsqu'aucune pension pour enfant n'est payable, la formule prévue est basée sur le concept de la *fusion au fil des années.* Cette première formule est construite autour de deux facteurs : la durée de la relation et la disparité entre les revenus. Dans un tel cas, la durée de la pension et sa valeur sont déterminées en grande partie par le nombre d'années que compte le mariage.

Lorsqu'il y a des enfants à charge, la formule applicable s'articule plutôt autour du concept de *partenariat parental*. La philosophie qui sous-tend cette seconde formule est davantage liée au fondement compensatoire, reflétant non seulement la prise en compte des désavantages économiques passés, mais également celle des coûts indirects que subit le parent qui sera le principal responsable de la prise en charge des enfants après la rupture. Dans ce cas, le *montant* de la pension varie surtout en fonction de l'âge des enfants, sans égard à la durée du mariage. Notons toutefois que la *période de paiement* en tiendra compte, mais de façon marginale. Cette seconde formule est basée sur l'addition des revenus nets des parents pour tenir compte du paiement prioritaire de la pension pour enfants et des impôts et transferts sociaux reliés aux enfants. L'époux ayant le revenu le moins élevé a alors droit à un pourcentage du revenu combiné[84].

Quelle que soit la formule utilisée, les résultats apparaissent sous forme de fourchettes, c'est-à-dire qu'ils sont balisés par des seuils minimaux et maximaux à l'intérieur desquels le montant de la pension peut être établi. La formule laisse ainsi toujours une marge de discrétion lors d'une audience ou d'une négociation. Notons qu'une méthode permettant le calcul d'une somme forfaitaire plutôt que de paiements successifs est également prévue.

Les formules prévoient aussi des fourchettes qui portent sur la durée du versement de la pension et permettent de structurer la révision et la modification éventuelles des ordonnances.

Certains aspects de ces formules peuvent présenter un intérêt particulier dans le contexte d'une réflexion sur la création de lignes directrices. Nous croyons que la formule « avec pension pour enfant » pourrait constituer un meilleur exemple, entre autres parce qu'on observe alors une corrélation accrue entre le calcul et la perte de capacité de gain. Remarquons au départ que cette formule tient compte du caractère prioritaire du paiement de la pension pour enfant. Ensuite, cette formule prévoit que le pourcentage de l'écart entre les revenus diminue à mesure que les revenus du débiteur augmentent. Le créancier de la compensation ne bénéficie donc pas nécessairement de la progression de la situation financière du débiteur. Enfin, la formule prévoit que le paiement de la pension doit cesser lorsque la compensation est entière[85].

En somme, les modèles canadien ou américain de partage de revenus ont été conçus pour éviter qu'en pratique, les pensions ne soient établies sur la base de besoins identifiés suivant un budget préparé par le créancier :

> Le recours à de telles mesures substitutives [de partage de revenus] est d'ailleurs déjà répandu en matière d'aliments pour époux : qu'on pense notamment au niveau de vie et

---

84 Notons que les lignes prévoient les « plafonds » et les « planchers » décrits dans le chapitre 11 qui établissent les limites des revenus auxquels les formules peuvent s'appliquer. Le *plafond* est le revenu de l'époux payeur au-dessus duquel la formule laisse place à la discrétion et le *plancher* est le revenu de l'époux payeur en dessous duquel aucune pension alimentaire n'est versée.

85 Rollie THOMPSON, « Ideas of Spousal Support Entitlement », (2014) 34 *C.F.L.Q.* 1, 15-17.

à l'analyse des « ressources et des besoins » pour quantifier la pension alimentaire compensatoire.[86]

Ainsi, il peut être affirmé que la méthode du partage de revenus fondée sur la valeur de substitution (*proxy*) remplace avantageusement la méthode de calcul basée sur les budgets plutôt que celle visant spécifiquement l'estimation de la perte de capacité de gain. Les modèles qui utilisent une valeur de substitution sont certes relativement peu liés, sur le plan théorique, aux fondements du droit qui les sous-tendent, mais constituent, en pratique, une mesure qui se substitue aux budgets qui sont, faut-il le rappeler, tout aussi éloignés d'un point de vue conceptuel des fondements compensatoires. En somme, ils constitueraient assurément une manière simple et économique de concevoir des lignes directrices en lien avec un droit de compensation.

7. DES LIGNES DIRECTRICES POUR LA PRESTATION COMPENSATOIRE PARENTALE : QUELQUES PISTES DE RÉFLEXION

7.1 La comparaison entre les modèles

Ira Mark Ellman, le rapporteur en chef du projet de l'American Law Institue, croyait qu'il valait mieux, lors de la création de lignes directrices, connaître la démarche idéale, même si celle-ci ne pouvait être réalisable en pratique : « […] même une approximation sommaire de critères théoriquement justifiables vaut probablement mieux qu'une estimation fondée sur une intuition de ce qui est "équitable" à partir d'un système ne comportant pas de principes d'"équité" au départ »[87].

Dans le cas qui nous intéresse, la démarche idéale pour quantifier une perte en vertu du régime de la prestation compensatoire parentale consisterait sans doute à établir la perte de capacité de gain à l'aide d'une évaluation actuarielle personnalisée. Il va sans dire que, pour des raisons pratiques, la création de lignes directrices devra nécessairement s'appuyer sur des hypothèses qui nous éloigneront de cette méthode idéale. Cette dernière sera cependant intéressante en ce qu'elle pourrait servir de base de comparaison avec les résultats des différentes méthodes qui pourront être envisagées. Il s'agit là d'un test utile dans la mesure où il serait impossible d'extrapoler la formule retenue ou d'en vérifier la conformité avec la jurisprudence – contrairement à ce qui a pu être fait lors de l'élaboration des LDF.

---

86 Carol ROGERSON et Rollie THOMPSON, *Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux*, Rapport préparé pour le ministère de la Justice du Canada, Ottawa, Sa Majesté la Reine du chef du Canada, 2008, p. 30, en ligne : http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/lf-fl/epoux-spousal/spag/index.html (page consultée le 14 mai 2015).

87 Ira Mark ELLMAN, « The Theory of Alimony », (1989) 77 *Cal. L. Rev*. 1, 99 cité dans Carol ROGERSON, *Élaboration des lignes directrices sur les pensions alimentaires pour époux : amorce de la discussion*, Ottawa, Ministère de la Justice Canada, 2002, p. 15.

7.2 Avantage et défi particulier : un droit clair et unidimensionnel mais s'appliquant à une période souvent instable

À la section deuxième, nous avons exposé en quoi, à notre avis, le développement de lignes directrices visant à guider l'application de la PCP pourrait être facilité par son fondement clair et unidimensionnel. Nous avons alors rappelé que ces éléments représentaient des avantages par rapport à la pension alimentaire pour époux laquelle comporte à la fois des dimensions compensatoire et non compensatoire.

Or un défi particulier se pose ici. En effet, la période au cours de laquelle la PCP pourrait donner ouverture à une compensation coïncide souvent avec une période de la vie des jeunes parents marquée par une plus grande instabilité professionnelle. Que ce soit parce qu'elle coïncide avec une période de forte progression salariale chez leurs homologues sans enfant ou parce que plusieurs y vivent des parcours professionnels cahoteux, ponctués de changements d'emplois et parfois même d'une réorientation de carrière, l'instabilité générale de cette période représentera un élément de difficulté indéniable.

7.3 Possibilité de scinder les pertes subies

Tout comme le propose le modèle de Kerr, il pourrait être souhaitable de scinder les pertes sujettes à compensation : celles qui sont subies pendant la relation, et celles qui, bien que prenant leur source dans la prise en charge des enfants pendant la relation, sont subies après la rupture. Rappelons que les pertes subies pour la prise en charge de l'enfant après la rupture ne font pas l'objet principal de cette analyse.

Ainsi, une première portion des lignes directrices pourrait porter sur le calcul de la perte subie pendant la relation – celle-ci représentant la *perte d'épargne* (ou l'*augmentation de la dette*) subie pendant la relation – et, dans un second temps, sur la *perte de capacité de gain***.**

Cette manière de calculer la première portion de la perte s'inscrit dans la philosophie sous-tendant cette section de la réforme et qui vise à tenir compte de l'indépendance et de l'autonomie des deux conjoints de même que de l'interdépendance créée par la présence de l'enfant et du partage inégal des tâches qui lui sont liées. En d'autres termes, tout en cherchant à répartir les pertes découlant de l'exercice du rôle parental, la PCP ne cherche pas à égaliser les habitudes d'épargne des parents, ceux-ci étant libres de disposer de leurs ressources financières comme ils le souhaitent.

Ceci étant, le fait de ne prendre en compte que l'effet sur l'épargne, pendant la relation, s'explique par le fait qu'à l'instar de la perte de capacité de gain, la perte d'épargne ou le retard d'accumulation en vue de la retraite représentent des coûts qui devraient être assumés équitablement entre les parents.

En effet, comme toute perte ou réduction de salaire, le manque à gagner résultant de l'arrêt partiel ou total du marché du travail par l'un des parents entraîne, dans des proportions variables, une perte de capacité d'épargne ainsi qu'une réduction de la capacité d'achat de la famille. À cet égard, soulignons que la PCP ne vise pas à compenser la baisse du niveau de vie découlant du sous-investissement professionnel. Notons, par ailleurs, qu'une perte d'épargne subie par le parent ayant maintenu son activité professionnelle et ayant compensé le manque à gagner par un apport accru aux charges du ménage serait également prise en compte.

À l'aide de l'exemple suivant, il apparaît évident que les effets de la perte de revenu sur le niveau de consommation du ménage ne soient pas sujets à compensation : imaginons deux parents occupant des emplois pour lesquels l'expérience de travail ne génère pas de progression salariale et n'ayant aucune forme d'épargne. Dans un tel cas, le retrait du marché du travail de l'un d'eux entraînerait une réduction de la consommation de la famille correspondant entièrement au manque à gagner. En effet, puisque l'autre parent n'accumulait aucune épargne, il ne serait pas en mesure de rediriger cette somme pour accroître son apport financier aux dépenses de la famille. Ainsi, comme cet arrêt ne donnerait lieu à aucune perte de capacité de gain ni à aucun retard d'épargne, les lignes directrices devraient conclure à une absence de prestation.

Ceci étant, la prise en compte de la perte d'épargne ou du retard d'accumulation en vue de la retraite s'explique par le fait qu'à l'instar de la perte de capacité de gain, celui-ci affectera le niveau de vie futur de la personne qui le subira.

7.4 L'importance des données statistiques

Comme on l'a vu à la section 5, l'une des méthodes prometteuses pour mesurer les pertes de capacité de gain vise à estimer le retard dans la progression d'une personne en comparaison avec l'ensemble des individus ayant un profil similaire. La force d'une telle méthode réside indéniablement dans la richesse des données disponibles et dans la possibilité de les organiser de manière à bien définir les « profils similaires ».

Par ailleurs, puisque certaines personnes ont un profil professionnel plus rare ou occupent un emploi pour lequel on observe d'importantes variations de revenus, il pourrait s'avérer nécessaire de prévoir pour elles des solutions particulières[88].

En plus, comme le mentionnait Kerr dans son rapport, il serait intéressant d'accéder à d'autres variables démographiques, notamment à celles portant sur la progression des revenus selon le type d'emploi, obtenues par l'observation de données longitudinales.

La légitimité d'un mécanisme de calcul de prestations compensatoires parentales et la diminution corrélative des conflits judiciaires à ce propos seront directement liées à la fiabilité et à l'exhaustivité des données utilisées. En effet, c'est en nous appuyant sur un bassin d'informations clair et complet que nous pourrons minimiser la marge d'erreur et assurer au créancier et au débiteur du droit à la prestation compensatoire parentale une juste compensation pour la perte subie.

CONCLUSION

Le concept des lignes directrices, tant en ce qui a trait à leur conception qu'à leur utilisation, est fort probablement moins étranger à la culture juridique québécoise d'aujourd'hui qu'il ne pouvait

---

[88] Par exemple, il pourrait être possible d'associer aux résultats obtenus un indice reflétant la taille de l'échantillon de comparaison afin d'informer les justiciables de la fiabilité des résultats obtenus.

l'être il y a une vingtaine d'années, alors qu'étaient introduites les règles québécoises en matière de fixation de pension alimentaire pour enfants.

Ces règles, audacieuses à l'époque, sont maintenant considérées comme faisant partie du quotidien du droit de la famille, notamment lors des médiations ou négociations qui, rappelons-le, sont de moins en moins pilotées par des avocats spécialisés.

Comme le mentionnait la professeure Barlow lors des travaux de la commission chargée de superviser la réforme d'une importante partie du droit de la famille au Royaume-Uni, les gens ont une grande soif d'outils de référence et de guides concrets pour leur permettre de régler leur rupture de manière équitable et économique[89].

Il est démontré, qu'outre l'économie qu'elles génèrent pour les citoyens et pour l'État, les lignes directrices permettent de neutraliser l'influence des normes extrajuridiques qui, bien que diffuses et non écrites, jouent un rôle important dans la manière dont sont résolus les débats sur la pension alimentaire entre conjoints. En effet, les recherches ont démontré que la culpabilité, la peur, les rapports de pouvoir et, trop souvent, l'ignorance du droit des parties (voire de leurs avocats), peuvent vider le droit substantif de son contenu et entraîner des résultats désolants à plusieurs égards. Ainsi, les lignes directrices peuvent contribuer tant à circonscrire le droit à la compensation qu'à faciliter son calcul, limitant ainsi les risques de débordements ou de dérapages.

De plus, le modèle existant de lignes directrices pour fixer la pension entre époux contribue à aplanir les extrêmes en matière de quantum et à assurer une prévisibilité qui est très remarquable, particulièrement lorsqu'il est question de familles avec enfants. Enfin, les lignes directrices favorisent aussi les règlements tout en assurant une certaine cohérence avec les objectifs du droit.

Nous sommes confiants que tout projet de lignes directrices destinées à accompagner la prestation compensatoire parentale, basées sur des données fiables et qui s'agenceraient avec notre politique familiale québécoise, aurait de bonnes chances d'être accueilli favorablement, d'autant plus que le nouveau droit vise à répondre à un enjeu vérifiable à partir des données québécoises et s'inscrit dans la continuité de la recherche d'égalité qui caractérise le Québec.

Que le projet de lignes directrices soit fondé sur un modèle statistique qui tiendrait compte de la perte d'épargne et de la perte de capacité de gain ou sur un modèle qui utiliserait comme variables de base l'écart de revenu et la durée de la période consacrée aux soins aux enfants, comme le fait le modèle des lignes directrices de l'ALI, nous croyons qu'un modèle adéquat est possible et éminemment souhaitable.

---

89 Anne BARLOW citée dans THE LAW COMMISSION, *Matrimonial Property, Needs and Agreements*, Law Commission n° 343, London, The Law Commission, 2014, p. 59. Notons que le professeur Barlow favorise des règles directrices qui assurent une certaine souplesse.

Références supplémentaires

Elizabeth Smith BENINGER et Jeanne Wielage SMITH, « Career Opportunity Cost: A Factor in Spousal Support Determination »*,* (1982) 16 *Fam. L.Q*. 201.

Beata CARANCI et Pascal GAUTHIER, « Career Interrupted: The Economic Impact of Motherhood », (2010) numéro spécial *TD Economics* 1, en ligne : http://www.td.com/document/PDF/economics/special/td-economics-special-bc1010-career-interrupted.pdf (page consultée le 14 mai 2015).

Marie DROLET, *Wives, mothers and wages : does timing matter ?*, Analytical Studies, Business and Labour Market Analysis Division, Working Paper no. 186, Ottawa, Statistique Canada, 2002.

Zvi ECKSTEIN et Kenneth I. WOLPIN, « Dynamic Labour Force Participation of Married Women and Endogenous Work Experience », (1989) 56 *Review of Economic Studies* 375.

Victor Robert FUCHS, *Women's quest for Economic Equality,* Cambridge, Harvard University Press, 1988.

Claire L'HEUREUX-DUBÉ, « Economic Consequences of Divorce : A View from Canada », (1994) 31 *Houston Law Review* 451.

Patricia ROBINSON, *Women's Work Interruptions: Results from the 1984 Family History Survey*, Ministère des Approvisionnements et Services, Ottawa, Statistique Canada, 1987.

Xuelin ZHANG, *Emploi des mères canadiennes après la naissance d'un enfant et trajectoires des gains de leurs homologues occupées de façon continue*, Division de l'analyse des entreprises et du marché du travail, Ottawa, Statistique Canada, 2008.

ANNEXE VII

NOTE SUR LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ[*]

[*] Cette annexe a été produite par M[e] Frédérique Sabourin, avocate à la Direction des orientations et politiques du ministère de la Justice du Québec.

Les recommandations que le Comité consultatif sur le droit de la famille est amené à faire à la lumière de l'évolution des situations conjugales et familiales qu'a connue le Québec au cours des deux dernières décennies, conduiront à revoir certaines des orientations retenues en matière de droit international privé lors de la réforme du Code civil.

Cela est d'autant plus nécessaire que la mobilité des Québécois(es) est plus grande aujourd'hui qu'elle ne l'a jamais été et que la population du Québec entretient des liens variés avec de nombreux États étrangers. Étant donné la diversité des systèmes juridiques en présence, il faut se soucier, dans l'élaboration de nouvelles règles de droit, de leur application dans une situation comprenant un élément d'extranéité pertinent. Les règles de droit international privé ont pour objectif d'assurer la sécurité et la prévisibilité du régime juridique applicable dans ces situations afin de prévenir les difficultés et d'y apporter des solutions lorsqu'elles se présentent[1]. Comme l'écrit le professeur Prujiner, « identifier le système juridique le plus apte à régir une relation juridique donnée en fonction de sa vocation à le faire du fait de son lien de proximité avec cette relation [c]'est la base des règles adoptées au Québec »[2]. Par ailleurs, des personnes ne devraient pas pouvoir échapper à l'encadrement juridique fixé, en se plaçant artificiellement sous l'empire d'un autre dont la teneur conviendrait mieux à leurs desseins[3].

Dans quelles circonstances la loi québécoise s'appliquera-t-elle ? Actuellement, la réponse à cette question se trouve généralement au Livre X du *Code civil du Québec* (C.c.Q.). Tout d'abord, il convient de rappeler que le droit québécois s'applique lorsque ses dispositions admettent dans une situation d'espèce la compétence des autorités québécoises[4] (art. 3134 et s. C.c.Q.) et qu'elles désignent cette loi (art. 3076 à 3133 C.c.Q.). Ainsi, en droit de la famille, dans le cas où l'enfant ou l'un de ses parents est domicilié au Québec, les autorités québécoises peuvent être compétentes et la loi québécoise applicable.

D'autres lois sont toutefois susceptibles de s'appliquer dans ces situations. En effet, tout d'abord, si l'une ou l'autre des parties impliquées saisit de cette question les autorités d'un autre État, le droit international privé de cet État déterminera la compétence de ces autorités et la loi qu'elles appliqueront. Il peut s'agir d'un État étranger comme d'une province ou d'un territoire canadien (art. 3077 C.c.Q.).

Également, même dans le cas où les autorités du Québec sont compétentes, certaines dispositions du Code civil leur permettent de ne pas entendre l'affaire dont elles seraient saisies, et ce, afin d'éviter la multiplicité des recours ou les décisions contradictoires (*forum non*

---

1 Voir *Dell Computer Corp.* c. *Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, par. 16 cité dans Alain PRUJINER, « Introduction : principes et méthodes du droit international privé québécois », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit civil », *Droit international privé*, fasc. 1, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, p. 1/43, par. 75, note 1.

2 Alain PRUJINER, « Introduction : principes et méthodes du droit international privé québécois », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit civil », *Droit international privé*, fasc. 1, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, p. 1/39, par. 66.

3 Pierre MAYER, *Droit international privé*, 5e éd., Paris, Montchrestien, 1994, n° 267, cité par Gérald GOLDSTEIN, « La fraude à la loi dans le droit international privé du nouveau Code civil du Québec », (1997) 57 *R. du B.* 707, 709, note 4.

4 Par « autorités » il est entendu les tribunaux mais également les autorités administratives, notamment.

conveniens (art. 3135 C.c.Q.) et litispendance (art. 3137 C.c.Q.)). À l'inverse, dans certaines situations, les autorités du Québec, qui normalement n'auraient pas été compétentes, peuvent être saisies et appliquer la loi québécoise (art. 3084, 3136, 3138 et 3140 C.c.Q.).

Par ailleurs, dans le cas où une situation donnée est successivement soumise à deux systèmes différents, les solutions admises présentent des affinités avec les règles de droit transitoire[5]. Ainsi, une situation valablement créée à l'étranger devrait pouvoir continuer de produire ses effets malgré le déplacement des personnes. Toutefois, les décisions rendues par une autorité à l'étranger ne sont susceptibles de reconnaissance et d'exécution au Québec que si elles remplissent certaines conditions prévues aux articles 3155 et s. C.c.Q.

Dans les matières visées par le Comité consultatif sur le droit de la famille, le Québec n'est pas encore lié par des normes internationales en droit international privé. Ainsi, on pourrait s'interroger sur l'opportunité de s'inspirer ou de mettre en œuvre au Québec[6]: la *Convention du 23 novembre 2007 sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille*[7], le *Protocole du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires*[8], la *Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants*[9], la *Convention du premier août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort*[10], la *Convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux*[11], la *Convention du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages*[12], ou la *Convention du premier juin 1970 sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps*[13], par exemple. Il conviendrait également que les travaux que la Conférence de droit international privé de La Haye mène sur

---

5 Harith AL-DABBAGH, « Conflits de lois dans le temps », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit civil », *Droit international privé*, fasc. 4, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, p. 4/20, par. 33.

6 Conformément à l'article 22.1 de la *Loi sur le ministère des Relations internationales,* RLRQ, c. M-25.1.1, c'est le ministre des Relations internationales et de la Francophonie qui peut donner son agrément à ce que le Canada signe un accord international portant sur une matière ressortissant à la compétence constitutionnelle du Québec. Par ailleurs, c'est le gouvernement qui, par décret, peut lier le Québec par un tel accord et donner son assentiment à ce que le Canada exprime son consentement à être lié par un tel accord.

7 Voir sur le site Web de la Conférence de La Haye, en ligne : http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=131 (page consultée le 24 mai 2015).

8 Voir sur le site Web de la Conférence de La Haye, en ligne : http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=133 (page consultée le 24 mai 2015).

9 Voir sur le site Web de la Conférence de La Haye, en ligne : http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=70 (page consultée le 24 mai 2015).

10 Voir sur le site Web de la Conférence de La Haye, en ligne : http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=62 (page consultée le 24 mai 2015).

11 Voir sur le site Web de la Conférence de La Haye, en ligne : http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=87 (page consultée le 24 mai 2015).

12 Voir sur le site Web de la Conférence de La Haye, en ligne : http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=88 (page consultée le 24 mai 2015).

13 Voir sur le site Web de la Conférence de La Haye, en ligne : http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=80 (page consultée le 24 mai 2015).

les questions de la cohabitation[14] et de la filiation juridique des enfants, en particulier dans le cadre de conventions de maternité de substitution à caractère international, soient suivis de près[15]. En outre, de nouvelles législations de droit international privé à l'étranger devraient être étudiées afin de déterminer dans quelle mesure elles répondent adéquatement aux problématiques qui nous sont communes.

Déjà il est apparu que l'application, pour la détermination de la loi applicable à sa filiation et à sa garde, du critère du domicile de l'enfant, qui est fonction de celui de ses parents, pourrait être problématique dans le contexte de la maternité de substitution. Il en serait de même du critère de la loi qui est la plus avantageuse pour l'enfant, pour la détermination de la loi applicable à sa filiation. Également, les dispositions impératives québécoises qui s'appliqueraient en l'absence de désignation d'une loi applicable et qui ne pourraient être écartées par ce choix que si la situation présente un élément d'extranéité auquel réfère l'article 3111, 2e alinéa C.c.Q., pourraient gagner à être clairement identifiées dans le cas de contrats d'union de fait ou de mariage. Pour ceux-ci, la présomption établie par l'article 3113 C.c.Q. selon laquelle les liens les plus étroits sont présumés exister avec la loi de l'État dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique de l'acte a sa résidence, pourrait aussi mener à une impasse. En outre, la qualification du régime parental impératif pourrait faire renaître la controverse autour de la qualification du régime primaire comme un régime matrimonial ou un effet du mariage. Cela devrait être évité tout autant que les difficultés passées entourant les règles applicables en matière d'adoption sans rupture du lien de filiation à l'étranger.

---

14 Voir sur le site Web de la Conférence de La Haye, en ligne : http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_pd11f2008.pdf (page consultée le 24 mai 2015).

15 Tous les documents relatifs au projet filiation / maternité de substitution sont disponibles sur le site web de la Conférence de La Haye, en ligne : www.hcch.net (page consultée le 24 mai 2015), sous l'onglet « Projet filiation / maternité de substitution ».

ANNEXE VIII

MOTIFS DE LA DISSIDENCE DE DOMINIQUE GOUBAU

L'évolution des législations familiales et de la jurisprudence au cours des quarante dernières années au Québec montre bien que le plus grand défi du droit de la famille contemporain est de proposer un équilibre acceptable entre d'un côté l'objectif de protection des membres de la famille, adultes ou enfants qui, lors d'une séparation ou d'un divorce, risquent de se retrouver en situation de précarité financière et, de l'autre, le respect de l'autonomie des couples qui choisissent de soumettre ou non leur relation conjugale à un cadre juridique déterminé. Cette tension entre deux impératifs désormais incontournables était au cœur de l'affaire dite «*Lola* c. *Eric*» qui a donné lieu à une division spectaculaire des juges de la Cour suprême sur la manière de régler cette question à l'égard des conjoints de fait. La problématique est claire: faut-il accorder d'office aux conjoints de fait les mêmes protections dont jouissent les époux mariés ou faut-il, au contraire, respecter leur «choix» de ne pas se marier et donc les exclure des droits et obligations qui découlent du mariage?

La question n'est pas nouvelle. Elle s'est posée, avec plus ou moins d'intensité, à l'occasion des différentes réformes du droit de la famille des trente-cinq dernières années. Mais elle s'inscrit aujourd'hui dans un contexte démographique marqué par la progression importante de l'union libre, l'augmentation de l'instabilité conjugale, la croissance fulgurante des naissances hors mariage et l'augmentation du nombre de familles monoparentales. En ce sens, la question de l'équilibre entre l'objectif de protection et celui du respect de l'autonomie des couples se pose en 2015 dans un décor social considérablement changé. Le droit de la famille doit évidemment tenir compte de ces changements. Il ne peut se contenter d'emblée des réponses qu'il a apportées dans le courant des années 1980 et 1990.

Il ne fait aucun doute que les ruptures conjugales peuvent entrainer des situations de précarité financière et matérielle pour un des deux conjoints, voire pour les deux, ainsi que pour les enfants. En mariage, les lois civiles y pourvoient, tant bien que mal, notamment par les obligations alimentaires et par les mécanismes de partage de biens. Certaines mesures, comme le partage du patrimoine familial, sont automatiques car elles se fondent sur la présomption selon laquelle les richesses accumulées pendant la vie commune l'ont été grâce aux apports de chacun, que ce soit en biens ou en services. Comme l'a déjà souligné la Cour suprême du Canada en 2008, la règle du partage égal du patrimoine familial est fondée sur le principe selon lequel les apports de chaque conjoint, en argent ou en services domestiques, sont considérés comme juridiquement égaux dès lors que chaque conjoint contribue en proportion de ses facultés (*M.T. c. J.-Y.T.,* 2008 CSC 50). Par ailleurs, plus la vie commune est longue, plus il est probable que l'interdépendance financière et matérielle au sein de couple sera importante. Moins elle est longue, moins de biens auront vraisemblablement été accumulés. Plus les conjoints auront contribué financièrement de manière égale, moins le principe de partage affectera négativement un des deux conjoints.

Bref, le principe du partage égal du patrimoine familial permet, en toute équité, de protéger le conjoint dont les apports pendant la vie commune sont essentiellement constitués de services domestiques, particulièrement des services pour le bénéfice des enfants, sans pour autant pénaliser les couples dits «modernes» ou «égalitaires» puisque ceux-ci auront généralement contribué financièrement de manière sensiblement égale dans les biens susceptibles de partage et que, par conséquent, pour eux le résultat du calcul sera plus ou moins nul. Quant à l'obligation alimentaire entre ex-conjoints, elle n'est pas automatique et elle n'est accordée que dans le respect des conditions et des objectifs énumérés par la *Loi sur le divorce*. Ces critères, dont celui des rôles assumés pendant la vie commune ou celui de la durée de la cohabitation, facilitent la prise en compte de la spécificité de chaque situation particulière. Ces mécanismes

permettent donc, en principe, de protéger de manière nuancée un conjoint économiquement défavorisé mais seulement lorsqu'il y a matière à protection.

Ces mécanismes sont d'ordre public, en ce sens que les conjoints ne peuvent pas s'entendre entre eux pour s'y soustraire à l'avance. Le contraire entraînerait trop de risques qu'un conjoint, sous la pression de l'autre, renonce aux protections de la loi. D'un autre côté, il est vrai que la liberté de choisir les modalités des aspects financiers et matériels au sein des relations conjugales est de plus en plus considérée comme relevant de la vie privée des couples. En ce sens, la liberté de choisir est devenue une valeur fondamentale dans notre société. La Cour suprême a reconnu cela en décidant que la législation familiale de la Nouvelle-Écosse qui excluait les conjoints de fait du bénéfice du partage des biens familiaux n'était pas discriminatoire et qu'elle se fondait sur le respect du libre choix des conjoints de ne pas se marier (*Nouvelle-Écosse (Procureur général)* c. *Walsh*, 2002 CSC 83). On peut tergiverser longtemps sur la question de savoir si ce choix est vraiment toujours libre. Rappelons que la jurisprudence de la Cour suprême elle-même montre bien que cette importante question est pour le moins sujet à discussion. En 1995 la Cour disait d'elle-même qu'elle «se trouverait (…) à aller grandement à contre-courant si elle devait conclure que le «libre choix» est le seul mécanisme pour mesurer et évaluer la cohabitation hors mariage», ajoutant que «[e]n théorie, la personne est libre de choisir de se marier ou non, mais en pratique, la réalité pourrait bien être tout autre» (*Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418), alors qu'en 2002 le juge Bastarache écrivait exactement le contraire dans l'arrêt *Nouvelle-Écosse (Procureur général)* c. *Walsh,* 2002 CSC 83: «À mon sens, on peut dire des personnes qui se marient qu'elles ont librement accepté des droit et obligations réciproques. La décision des parties de ne pas se marier commande le même respect car elle relève également d'un choix conscient». On ignore cependant sur quelles données, s'il en est, le juge s'est appuyé pour faire une telle affirmation. Par la suite, dans l'arrêt *Lola* c. *Eric* de 2013, cinq juges sur neuf reconnaissent «que la décision de vivre ensemble en tant que conjoints mariés, pour certains, ne constitue peut-être pas du tout un choix dans les faits» (la juge Abella référait ainsi à l'arrêt *Miron* dans le cadre de son analyse de l'art. 15(1) de la Charte canadienne et les juges Deschamps, Cromwell et Karakatsanis, de même que la juge en chef McLachlin, expriment une opinion concordante avec celle de la juge Abella quant à l'art. 15(1)). Le moins que l'on puisse dire est que le sujet prête à controverse.

Quoi qu'il en soit du choix de se marier ou non, je suis d'avis que l'on peut qualifier de mythe, particulièrement dans le contexte conjugal, la croyance selon laquelle ce qui a été négocié et mutuellement consenti est nécessairement équitable. L'histoire du droit de la famille nous enseigne que cela est souvent loin de la réalité. Rappelons à cet égard l'exemple des contrats en séparation de biens. C'est précisément l'injustice engendrée par ces contrats de mariage prévoyant le régime de la séparation de biens, très populaires au Québec avant les années 1980, que le législateur s'est vu contraint, au nom de l'équité, d'introduire dans le Code civil le mécanisme de la prestation compensatoire et, par la suite, celui du partage du patrimoine familial. Comme le soulignait la Cour suprême du Canada en 1990, la prestation compensatoire «vise manifestement à pallier les injustices engendrées à l'occasion de la réalisation d'un régime matrimonial librement choisi»… (je souligne) (*Lacroix c. Valois*, [1990] 2 R.C.S. 1259). C'est donc avec circonspection qu'il faut aménager le champ de la liberté contractuelle dans le domaine des relations familiales et conjugales.

Ceci dit, il est vrai qu'aujourd'hui de nombreuses personnes revendiquent le droit au respect de ce qu'elles considèrent comme relevant avant tout de leur vie privée. En ce sens, les choix qu'elles font quant à leur statut matrimonial et, plus concrètement, quant à leurs relations sur le plan matériel et financier, sont plus que jamais considérés par elles comme relevant de l'ordre contractuel et personnel, et donc de leur vie privée. Cette conception de la conjugalité remet en

question la légitimité de règles légales impératives en droit patrimonial de la famille. Il convient dès lors de tenter d'aménager un espace réel à l'autonomie de la volonté dans le nouveau droit de la famille, tout en garantissant la protection équitable des personnes économiquement défavorisées à l'étape de la rupture conjugale. Cet équilibre est délicat et il ne sera jamais parfait aux yeux de tous. Cependant, dans son rapport préliminaire, le Comité consultatif sur la réforme du droit de la famille (ci-après «le Comité»), à l'unanimité, se dit d'avis «que la principale source d'interdépendance conjugale et familiale réside dans la naissance ou la présence d'un enfant qui exige la mobilisation de ressources additionnelles» et il suggérait que la présence d'enfants, plutôt que le statut matrimonial, pourrait devenir le fondement d'un régime juridique impératif. Dans son rapport final, le Comité réitère que **«**Le droit de la famille doit reconnaître la principale source d'interdépendance familiale que constitue la prise en charge d'un enfant en ajoutant au lien juridique vertical qui relie chaque parent à l'enfant un lien juridique horizontal porteur d'obligations mutuelles entre les deux parents». Ce constat amène le Comité à formuler une proposition audacieuse à laquelle j'adhère et qui consiste à prévoir un régime impératif de droits et d'obligations entre conjoints, indépendamment de leur statut matrimonial, dès lors qu'ils ont des enfants. Le problème, à mon sens, est qu'une fois affirmé cet important principe, le Comité n'en tire pas toutes les conséquences. Je suis d'avis que le «régime parental impératif» tel que proposé par le Comité, en incluant les couples non mariés, représente certains avantages par rapport au droit actuel mais qu'il entraine également une importante perte de protections, en plus de perpétuer des distinctions fondées sur le statut matrimonial. Par ailleurs, la «prestation compensatoire parentale» est à mes yeux un mécanisme inutilement compliqué alors qu'une solution plus juste et plus simple est à portée de main, soit l'extension des protections actuelles du mariage aux couples avec enfants, indépendamment de leur statut.

En prenant comme point de départ le fait que la prise en charge d'enfants constitue la principale source d'interdépendance conjugale et familiale, il devient en effet possible de concilier, fut-ce de manière imparfaite, l'impératif de protection et celui du respect de l'autonomie contractuelle au sein des couples. À l'égard des couples sans enfants, le principe de l'autonomie de la volonté deviendrait prépondérant. Ainsi, les couples mariés pourraient renoncer de manière consensuelle aux protections de la loi (*opting out*), ce qui est impossible aujourd'hui, et les couples non mariés pourraient, comme c'est déjà le cas aujourd'hui, décider de s'y soumettre (*opting in*). Par contre, les couples avec enfants, qu'ils soient mariés ou non, seraient soumis aux effets obligatoires que rattache la loi actuellement au mariage, incluant l'obligation alimentaire entre conjoints et le partage du patrimoine familial, en plus des autres protections à propos desquelles le Comité est unanime (notamment la protection de la résidence familiale).

En résumé, ma proposition est simple: dès lors que des enfants sont impliqués, les protections que le droit réserve actuellement aux époux en mariage, seraient également accordées aux conjoints non mariés. Quant aux conjoints de fait sans enfants, les recours de droit commun devraient suffire, comme c'est le cas dans le droit actuel, pour répondre aux quelques cas où en dépit du fait que le couple n'a pas eu d'enfant à charge, le *modus vivendi* des conjoints aurait généré une situation nettement injuste pour l'un d'eux sur le plan économique. Pour ce qui est du régime impératif en présence d'enfants, je suis donc d'accord avec le Comité sur le fait qu'il «convient de mettre en place un mécanisme pouvant garantir la juste redistribution des conséquences économiques qu'aura générées la prise en charge de l'enfant par chacun des parents, que ce soit durant la vie commune ou alors qu'ils vivent séparément l'un de l'autre», mais pour les raisons expliquées ci-dessous je suis d'avis que le mécanisme proposé par le Comité ne rencontrera pas cet objectif de manière satisfaisante.

En ce qui concerne le patrimoine familial, l'idée d'imposer un partage aux couples en fonction de la prise en charge d'enfants plutôt qu'en fonction du statut matrimonial, peut à mon avis se

justifier par le fait que c'est généralement en raison de la prise en charge des enfants qu'un des conjoints se consacrera plus à la famille. La valeur économique de cet apport, on l'a dit, se voit reconnue dans le principe du partage égal du patrimoine familial. Il est intéressant de rappeler qu'à l'époque où le projet de loi sur le patrimoine familial était en discussion, certains organismes se sont prononcés en faveur d'une telle solution. Ainsi, la Fédération des associations de familles monoparentales du Québec était d'avis que les conjoints de fait avec enfants devaient pouvoir bénéficier de la protection du patrimoine familial, alors que le Réseau d'Action et d'Information pour les Femmes proposait de n'imposer le patrimoine familial qu'aux couples avec enfants, sans tenir compte du statut matrimonial. Or pour justifier son refus d'étendre le bénéfice du partage du patrimoine familial à tous les couples avec enfants, le Comité écrit que «les fondements mêmes du patrimoine familial ne concordent (donc) pas avec l'objectif compensatoire que poursuit le Comité». Selon le Comité le patrimoine familial excède largement l'objectif de compensation des seuls désavantages économiques qu'un parent pourrait subir en raison du rôle parental assumé auprès de l'enfant et se fonde sur une «philosophie d'association relationnelle et économique». À mon avis, c'est un argument peu convaincant pour nier aux couples avec enfants le bénéfice de ce mécanisme dont tout le monde, incluant le Comité, s'accorde pour dire qu'il a le mérite de la simplicité, de l'objectivité et de la prévisibilité. Et j'ajoute de l'équité. On le sait, le patrimoine familial a été introduit dans le Code civil en réponse aux réticences de la jurisprudence à appliquer pleinement et équitablement les dispositions légales en matière de prestation compensatoire. Comme souligné plus haut, le législateur cherchait à venir ainsi en aide aux «conjoints, le plus souvent des femmes, mariées sous le régime de la séparation de biens et qui se retrouvaient démunies lors du divorce» alors que «l'épouse avait généralement renoncé à travailler à l'extérieur du foyer pour s'occuper de la famille et n'avait aucun bien dans son patrimoine» (je souligne) pour reprendre les mots de la Cour suprême dans un arrêt de 1992 (*M. (M.E.)* c. *L. (P.)*, [1992] 1 R.C.S. 183). Et ainsi que l'écrit très justement le juge Beauregard dans un arrêt de la Cour d'appel du Québec «l"institution du patrimoine familial est une prestation compensatoire légale (…) (et) si les particularités des deux régimes diffèrent, les deux institutions ont exactement le même but» (*Lamarche* c. *Olé-Widholm*, 2002 QCCA 37315). Par conséquent, si l'on accepte l'idée avancée par le Comité que c'est essentiellement la prise en charge des enfants qui représente la principale source d'interdépendance conjugale et familiale financière et donc de précarité possible d'un conjoint au moment de la rupture, il n'y a aucune raison de rejeter l'option d'un partage du patrimoine familial dès lors qu'il y a charge d'enfants. D'autant que cette option a l'immense avantage d'être automatique, contrairement à la prestation compensatoire parentale proposée par le Comité qui doit faire l'objet d'une demande en justice et qui ouvre donc la porte à une importante judiciarisation de la rupture conjugale, ce qui n'est pas un effet désirable.

D'autre part, il ne faut pas négliger le fait que l'argumentaire de ceux qui refusent le bénéfice du partage du patrimoine familial aux couples non mariés, repose uniquement sur le principe du respect de la liberté des conventions entre conjoints. Or on ne peut passer sous silence le fait qu'à notre époque encore, même si les choses évoluent, la majorité des bénéficiaires du partage du patrimoine familial sont les femmes et que ce sont aussi, encore et toujours, les femmes qui assument majoritairement la garde des enfants post-séparation ou post-divorce. Cela signifie que de nombreux enfants dont les parents sont séparés voient, aujourd'hui, leur environnement matériel en partie tributaire du statut matrimonial de leurs parents. Concrètement, en cas de rupture du couple, l'enfant dont la mère n'était pas mariée ne bénéficiera pas des retombées positives du partage du patrimoine familial lorsqu'il est auprès d'elle, alors que la situation aurait pu être totalement différente si sa mère avait été mariée. À l'égard des enfants, l'argument du libre choix n'est évidemment pas pertinent. Par conséquent, lorsqu'on analyse la question sous l'angle des enfants, l'argument du choix des adultes quant à leur statut matrimonial ne devrait, à mon avis, avoir aucun poids dans le débat.

Pour ce qui est de la prestation compensatoire parentale proposée par le Comité, on constate qu'elle fait de nombreux emprunts au régime de l'obligation alimentaire tout en essayant de s'en distancier sur le plan théorique. Elle constitue, à mon avis, un mécanisme plus rigide et plus compliqué que l'obligation alimentaire et elle ne protège pas aussi efficacement ceux et celles qui méritent d'être protégés. La prestation compensatoire parentale proposée est fondée sur l'idée d'une rupture nette (*clean break*, pour reprendre l'expression consacrée par la jurisprudence) et elle est payable sous forme d'une somme globale dont les versements peuvent éventuellement être échelonnés. Or comme l'a déjà souligné la Cour suprême du Canada, le *clean break* n'est souvent pas possible dans les faits parce que les besoins peuvent se perpétuer en raison des rôles assumés pendant la vie commune (*Moge* c. *Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813). De plus, les moyens insuffisants des débiteurs ne permettent souvent pas de fixer une somme globale adéquate au moment de la rupture. En effet, l'imposition d'un délai et le principe même de la somme globale ne tiennent pas compte du fait qu'il n'est pas rare que le débiteur ne dispose pas des moyens suffisants, alors qu'il pourrait par contre assumer le paiement de montants moins importants et échelonnés sur une plus longue période. Par conséquent, dans de nombreux cas, l'établissement d'une prestation compensatoire sera illusoire car les capacités financières du débiteur ne seront tout simplement pas au rendez-vous. Le Comité répond à cela que l'on pourra tenir compte de la capacité future du débiteur à générer des revenus (ce qui est un autre emprunt à l'obligation alimentaire), mais c'est oublier qu'au moment de la rupture il est souvent très difficile, voire impossible, de se faire une idée précise des capacités futures du débiteur. C'est précisément pour ce genre de raisons que les ordonnances alimentaires sont, heureusement, révisables dans le droit actuel! Pourquoi se priver de la possibilité de tenir compte des revenus réels au moment où ceux-ci seront connus? Là encore, le mécanisme de l'obligation alimentaire offre, à mon avis, une plus grande souplesse que la prestation parentale proposée par le Comité. Et donc une meilleure protection.

Par ailleurs, la règle de «la proportionnalité des désavantages économiques des conjoints» telle que proposée par le Comité, est un autre élément qui risque d'engendrer des injustices. En effet, il peut arriver que les deux conjoints aient subi dans la même proportion (par exemple en renonçant à des avancements de carrière) des conséquences négatives de la présence d'enfants mais qu'en bout de ligne un des deux se retrouve en état de besoin et non pas l'autre compte tenu du fait que les revenus de l'un, dès le départ, étaient déjà nettement moins élevés que ceux de l'autre. Une perte de 20% d'un revenu minimal n'a pas le même impact sur le niveau de vie qu'une perte de 20% d'un revenu confortable. Or l'obligation alimentaire permet précisément de tenir compte de cela, contrairement à la prestation compensatoire telle que proposée par le Comité.

Un autre avantage non négligeable de l'obligation alimentaire, telle qu'elle existe actuellement dans la *Loi sur le divorce* et telle qu'elle est appliquée par les tribunaux, est qu'elle permet de tenir compte, même après le divorce, de l'impact de la prise en charge des enfants sur la situation financière du parent gardien. La *Loi sur le divorce* exprime ce principe en édictant que l'ordonnance alimentaire au profit d'un ex-conjoint doit tendre «à répartir [entre eux] les conséquences économiques qui découlent du soin de tout enfant à charge, en sus de toute obligation alimentaire relative à tout enfant à charge». Cette approche compensatoire tient évidemment compte des besoins du créancier. Or le Comité exclut de manière générale le critère des besoins comme facteur de détermination de la prestation et il exclut expressément la prise en considération des conséquences économiques qui peuvent découler, après la séparation, de l'exercice des responsabilités parentales respectives, considérant qu'il convient plutôt de s'en remettre à un principe de responsabilité individuelle de chaque parent. Ce choix me paraît contraire à l'intérêt des parents gardiens et des enfants. La proposition du Comité visant à limiter cette protection future aux seuls cas où la garde excèderait les 80% de temps et

aux cas d'enfants malades ou de circonstances exceptionnelles, ne tient pas compte du fait que la prise en charge de la garde d'enfants a presqu'immanquablement un impact sur la situation financière future du parent gardien. Cette proposition ne répond donc que très partiellement à la problématique de l'impact réel de la garde sur la situation matérielle des parents. Cette solution me paraît donc représenter un dangereux recul et je suis d'avis qu'elle va à l'encontre du principe de la réelle prise en considération de l'impact économique de la présence d'enfants ainsi que du principe de l'égalité des couples sans égard à leur statut matrimonial. En effet, l'introduction du mécanisme de la prestation compensatoire parentale créera *de facto* deux catégories de couples selon leur statut matrimonial puisque les époux mariés pourront bénéficier des dispositions de la *Loi sur le divorce* sur l'obligation alimentaire alors que les couples non mariés devront passer par les conditions restrictives de la prestation compensatoire parentale du Code civil. Le Comité suggère à cet égard que le gouvernement du Québec pourrait entamer des discussions constitutionnelles en vue d'obtenir la compétence en matière de divorce. Non seulement cette hypothèse semble-t-elle suggérer que le Comité voudrait voir diminuer dans le droit québécois les protections qui sont actuellement accordées par la *Loi sur le divorce,* mais elle paraît également bien théorique dans l'état actuel des choses. Dans l'immédiat, la réforme du droit de la famille ne peut faire abstraction du partage des compétences constitutionnelles tel qu'il existe aujourd'hui. Cela aussi milite en faveur d'une extension de l'obligation alimentaire aux couples non mariés avec enfants plutôt qu'en faveur de la création d'un mécanisme propre aux conjoints de fait.

De plus, la complexité de la prestation compensatoire parentale et le fait qu'elle utilise la même terminologie que la prestation compensatoire conjugale risquent de semer la confusion auprès du public. Or on sait que le manque de connaissance au sein de la population en matière de droit de la famille constitue déjà un problème. De nouvelles mesures informatives gouvernementales seraient, certes, bienvenues mais à la lumière des expériences du passé ce serait une erreur que d'en surestimer l'efficacité.

D'autre part, limiter la possibilité de soutien en la rattachant strictement aux seules conséquences économiques de la présence d'enfants, revient à nier que d'autres éléments de la situation peuvent venir exacerber ces conséquences. Par exemple, si en plus d'avoir pris charge des enfants, une mère a été victime de violence conjugale, cette réalité peut avoir un impact considérable sur sa situation économique et donc sur celle des enfants dont elle aurait la garde. En 2006, la Cour suprême du Canada a reconnu cela dans une affaire où il s'agissait de préciser l'impact que peut avoir une faute conjugale sur le droit alimentaire de la victime alors que la *Loi sur le divorce* indique qu'une telle faute ne constitue pas, en soi, un facteur de détermination de la pension alimentaire. La Cour suprême s'est exprimée ainsi à ce sujet: «Il existe évidemment une distinction entre les *conséquences* émotionnelles d'une faute et la faute elle-même. Les conséquences ne perdent pas leur pertinence parce qu'elles ont pour origine la faute de l'autre époux. Lorsque, par exemple, la violence conjugale a causé un état dépressif grave au point de rendre l'époux requérant inapte au travail, les conséquences de la faute sont particulièrement pertinentes (comme en l'espèce) en ce qui concerne les éléments à prendre en considération pour décider du droit à une pension, de la durée de son versement et de son montant. Or, l'objectif de la loi de 1985 était que l'accent soit mis sur les conséquences de la faute de l'époux, et non sur l'attribution d'une faute» (par. 21 de l'arrêt *Leskun* c. *Leskun*, [2006] 1 R.C.S. 920). À mon avis, si comme le reconnaît la Cour suprême, l'impact de la violence conjugale peut être particulièrement pertinent pour décider du droit alimentaire dans le cadre du divorce (et donc à l'égard de conjoints mariés), il n'y a aucune raison de refuser une telle protection à une personne non mariée qui, en plus d'avoir pris charge des enfants, subirait les conséquences économiques néfastes causées par la violence conjugale. Le droit alimentaire

permet de répondre adéquatement à cette situation, contrairement à la prestation parentale telle que proposée par le Comité.

En proposant d'étendre l'obligation alimentaire aux couples sans enfants indépendamment de leur statut matrimonial, je ne voudrais cependant pas minimiser les difficultés réelles que représente la fixation du *quantum* (le montant et la durée) en matière alimentaire. Les critiques sont nombreuses et elles sont bien connues. Elles portent essentiellement sur le caractère discrétionnaire, voire arbitraire de l'exercice et, par voie de conséquences, sur l'imprévisibilité des montants accordés par les tribunaux. C'est pourquoi il serait opportun de mettre en place des lignes directrices qui, à l'instar des règles en matière de fixation des pensions alimentaires pour enfants, favoriseraient le règlement non contentieux de ces questions. Comme on sait, il existe actuellement des «Lignes directrices facultatives en matière de pension alimentaire pour époux» mais, comme leur titre l'indique, elles ne sont que facultatives. De plus, elles ne répondent pas de manière satisfaisante à toutes les préoccupations. Il reste que ce type d'outil est certainement intéressant et qu'il pourrait être amélioré afin de mieux répondre aux critiques concernant le caractère aléatoire de l'exercice de fixation des pensions alimentaires. Tout en reconnaissant que certains aspects des Lignes facultatives sont critiquables, la Cour d'appel du Québec a d'ailleurs souligné l'intérêt d'un tel outil: «Un examen attentif de ces *Lignes directrices facultatives* montre qu'il s'agit d'un ouvrage soigné et convaincant, qui n'a rien de la recette que l'on applique machinalement. L'instrument est solide, fondé sur un examen exhaustif de la jurisprudence en la matière, créatif. Il offre, sans être trop réducteur, une manière de combiner les facteurs et objectifs de l'article 15.2 de la *Loi sur le divorce,* et ce, d'une manière que l'on n'aurait peut-être pas cru possible au départ» (*Droit de la famille-112606,* 2011 QCCA 1554). Je partage l'avis de la Cour d'appel à ce sujet et j'estime qu'un tel outil mérite d'être mis en place afin de mieux encadrer le processus de fixation des montants de la pension, de manière à en minimiser l'imprévisibilité et l'arbitraire.

En conclusion et pour résumer, je suis d'avis que le régime légal impératif applicable aux conjoints avec enfants, quel que soit leur statut matrimonial, devrait inclure le partage du patrimoine familial et l'obligation alimentaire lorsque les conditions légales de celle-ci sont réunies.

* * *

Dominique Goubau
Avril 2015

ANNEXE IX

MOTIFS DE LA DISSIDENCE DE SUZANNE GUILLET

Filiation établie suite à un contrat de mère porteuse

Le comité s'est longuement penché sur la question de la maternité de substitution afin d'établir en droit interne les balises éthiques de ce type de contrat afin, entre autres, d'assurer la protection de la mère porteuse et de l'enfant à naître. Sur ce point, je dois souligner le travail titanesque du président du comité au niveau des informations auxquelles les membres ont pu avoir accès, à preuve les notes bibliographiques que l'on retrouve au rapport.

> ***Recommandation n^{o} 3.1***
>
> *Il est recommandé de reformuler le principe d'égalité des filiations actuellement énoncé à l'article 522 C.c.Q. de manière à proclamer non plus seulement l'égalité des enfants face aux droits et obligations que leur confère leur filiation (une fois établie), mais également leur égalité face à l'établissement de leur filiation, sans autre considération.*

Cette recommandation stipule l'égalité des enfants face aux droits et obligations que leur confère leur filiation et ajoute : *« mais également leur égalité face à l'établissement de leur filiation, sans autre considération ».*

Quelle est exactement la portée ou la définition à donner à l'expression « sans autre considération » ?

Il apparaît que peu importe les circonstances, le contrat de mère porteuse serait au-dessus de toutes les lois, vu le droit absolu de l'enfant à sa filiation.

La recommandation de l'ajout de « sans autre considération » nie toute autre considération éthique, notamment la commercialisation qui a présentement cours et permettra l'aveuglement de la communauté juridique sur tout ce phénomène de commercialisation.

On érige en droit absolu pour tous le désir d'avoir un enfant par tous les moyens mis à leur disposition, car peu importe les circonstances, la filiation de l'enfant sera reconnue à l'égard des parents d'intention.

Quel sera le contenu de ce concept qu'est l'intérêt de l'enfant en présence de ce néant éthique et l'absence de toute considération, autre que le droit absolu à la filiation?

Le Comité n'avait ni le mandat, ni les ressources pour se pencher sur les règles applicables en droit international privé et il restera à évaluer les conséquences juridiques de cette recommandation au plan du droit international privé.

Le législateur doit réfléchir sur les valeurs qu'il veut protéger et le juste équilibre qu'il souhaite établir entre les intérêts éthiques de l'État et de la société québécoise et ceux des individus touchés par la solution choisie, y compris l'enfant.

Je ne peux donc souscrire à cette recommandation, telle que stipulée.

Les recommandations 4.4 et 4.5 touchant l'autorité parentale des parents

S'appuyant sur le droit naturel, la jurisprudence et la doctrine ont reconnu que les parents sont les mieux placés pour juger de l'intérêt de leurs enfants.

Le *Code civil du Québec* codifie ce principe lorsqu'il légifère sur l'autorité parentale.

Les décisions prises par les parents sont présumées refléter le meilleur intérêt de l'enfant.

Dans cette optique, les parents exercent ensemble l'autorité parentale à l'égard de leur enfant (600 C.c.Q.).

Le législateur accorde au tribunal le pouvoir de déchoir un parent de son autorité parentale ou de lui retirer l'un de ses attributs « *si des motifs graves et l'intérêt de l'enfant de l'enfant justifient une telle mesure* » (606 C.c.Q.). Cette demande peut être à l'initiative d'un parent ou de tout intéressé. Les tribunaux ont invariablement déclaré que ce n'est qu'en cas de manquement grave de la part des parents qu'ils peuvent intervenir.

La déférence et le respect dont jouit l'autorité parentale sont garants de la stabilité de l'enfant et de son meilleur intérêt, la Cour supérieure ayant d'autre part toujours le pouvoir d'intervenir.

Les recommandations 4.4 et 4.5 fragilisent l'autorité parentale, le tout à l'encontre, nous semble-t-il, du meilleur intérêt de l'enfant, en sus de susciter des litiges additionnels dont l'enfant deviendra un nouvel enjeu face aux tiers adultes gravitant autour de lui.

Conjoint non in loco parentis : maintien des relations personnelles

> ***Recommandation n^{o} 4.5***
>
> *Il est recommandé de reconnaître à l'enfant le droit d'entretenir des relations personnelles avec le (la) conjoint(e) ou l'ex-conjoint(e) de son parent afin de maintenir les liens significatifs qui l'unissent à lui ou à elle, à moins que son intérêt y fasse obstacle ; il est également recommandé de reformuler la présomption de l'article 611 C.c.Q. dont bénéficient actuellement les grands-parents de manière à en faire un droit de l'enfant subordonné au principe de l'intérêt de l'enfant.*

L'octroi d'un statut privilégié aux ex-conjoints des parents à l'égard de l'enfant doit s'effectuer dans le respect de leur autorité parentale, principe nié par la présomption introduite dans la recommandation 4.5.

Les parents ont des droits et des obligations, dont l'obligation d'agir dans le meilleur intérêt de leur enfant. Comme la Cour suprême l'a indiqué dans l'arrêt *Young* c. *Young*, [1993] 4 R.C.S. 3 :

> Le bon sens nous force en effet à reconnaître que la personne qui s'occupe de l'entretien au quotidien de l'enfant peut observer sa conduite, son humeur, son attitude et son développement des changements qui, aux yeux de toute autre personne passeraient inaperçus.
>
> Le parent gardien est normalement le mieux placé pour apprécier l'intérêt de l'enfant, et c'est souvent la personne qui constituera, pour le juge, la source d'information la plus sûre et la plus complète sur les besoins de cet enfant […].

Bien que cet arrêt ait été rendu dans le cadre d'une demande d'expertise, la Cour suprême, tout en émettant une mise en garde sur la nécessité de ce type d'évaluation, réitérait le principe maintes fois énoncé par nos tribunaux selon lequel les titulaires de l'autorité parentale sont, la plupart du temps, les mieux placés pour agir dans le meilleur intérêt de l'enfant.

Même s'il est à propos de nommer de façon spécifique pour les ex-conjoints un recours déjà existant, rien ne justifie qu'ils puissent bénéficier d'une présomption légale à l'effet qu'ils agiraient eux, et non les parents, dans le meilleur intérêt de l'enfant.

Selon cette recommandation, les demandes des ex-conjoints des parents, ayant eu un lien significatif avec l'enfant, seront présumées représenter son meilleur intérêt.

Ce renversement au niveau de la preuve impose aux parents le fardeau de démontrer au tribunal qu'il n'est pas dans le meilleur intérêt de l'enfant d'accorder les demandes des ex-conjoints quelles qu'elles soient.

Dans la majorité des cas, le maintien des liens entre les ex-conjoints et l'enfant est peu litigieux.

Toutefois, en cas de conflit, l'adoption de cette recommandation, favorisera la judiciarisation**.** Soulignons que le nouveau Code de procédure civile permet dans une seule et même procédure la jonction de toutes les demandes patrimoniales et extrapatrimoniales.

La stabilité de l'enfant dans son milieu commande de réduire au maximum la judiciarisation des relations qu'il entretiendra au cours de sa vie avec les adultes autres que ses parents.

Le stress imposé aux parents, la pression qu'ils doivent subir dans l'exercice de leur autorité parentale sont des éléments qui déstabiliseront le milieu de vie des enfants, en sus des conséquences financières pour les parents, soit une ponction importante dans les revenus familiaux au détriment des besoins des enfants.

Considérant ce qui précède je propose de substituer « *à moins que l'intérêt de l'enfant y fasse obstacle* », par « *si le maintien de cette relation est dans l'intérêt de l'enfant* ».

Conjoint *in loco parentis* : autorité parentale

> ***Recommandation n^{o} 4.4***
>
> *Il est recommandé de conférer à celui ou à celle qui se voit accorder la garde exclusive ou partagée de l'enfant en sa qualité de beau-parent de remplacement ayant agi in loco parentis, l'exercice de l'autorité parentale sur l'enfant, à moins que le tribunal ne décide du contraire sur la base de l'intérêt de l'enfant*

Comme le souligne le rapport, il s'agirait d'une situation exceptionnelle où un conjoint joue, en l'absence de l'autre parent, le rôle de parent auprès de cet enfant.

Je suis en désaccord avec la recommandation qui veut octroyer au conjoint ayant agi *in loco parentis* l'autorité parentale sur l'enfant lors de l'octroi *d'une garde exclusive ou partagée,* alors qu'il s'agit d'une situation hautement exceptionnelle.

En accordant l'autorité parentale à l'ex-conjoint ayant agi *in loco parentis* on déchoit ainsi le parent d'une partie de son autorité parentale, sans qu'il n'y ait aucun motif de reproche dans l'exercice de son autorité parentale à l'égard de son enfant, ni dans sa capacité à prendre des décisions dans le meilleur intérêt de son enfant.

En outre, cette approche créera plus de problèmes qu'elle n'en résoudra.

Prenons l'exemple du cas où l'autorité parentale serait dans un premier temps partagée entre le parent et le conjoint *in loco parentis* et que par la suite l'autre parent se réinvestit dans la vie d'un enfant. L'autorité parentale serait alors assumée par trois (3) personnes, et deviendrait une source additionnelle de conflits autour de l'enjeu qu'est l'enfant.

Quel sera l'effet domino d'une telle disposition, soit l'imposition d'un partage de l'autorité parentale avec une autre personne que le parent, sur les relations entre les adultes et les enfants impliqués dans de nouvelles familles reconstituées?

Quel sera l'impact de ces nouveaux enjeux lors d'une nouvelle rupture?

Suzanne Guillet
Avril 2015