

Les modèles familiaux élaborés par Daniel Dagenais et l'évolution récente du droit québécois de la famille

Au début des années 1960, les rapports familiaux s'ordonnaient au Québec autour des concepts de puissance maritale et de puissance paternelle. Ascendants et descendants étaient liés par des obligations alimentaires réciproques. Le *Code civil du Bas-Canada* faisait encore état d'enfants légitimes et illégitimes et, dans ce dernier cas, la catégorie se subdivisait en enfants illégitimes simples, adultérins et incestueux! Le régime matrimonial légal était la communauté de meubles et acquêts, dont le mari était le chef. Ces dispositions étaient le reflet d'un modèle, celui de la famille patriarcale. Issues en grande partie de la Coutume de Paris, elles avaient été reprises dans le *Code civil du Bas-Canada* de 1866. Correspondaient-elles à la réalité des familles du Régime français et des débuts du Régime britannique? Sans doute pas entièrement, car on sait que plusieurs modèles familiaux peuvent coexister et que ce n'est qu'avec un certain recul que l'on peut tenter de déterminer le modèle dominant d'une époque. Elles traduisaient sans doute une "forme idéale" qui perdurait au moment de la codification. Chose certaine, elles ne reflétaient plus la réalité des familles à l'aube de la Révolution tranquille.

L'ÉVOLUTION TARDIVE DU DROIT QUÉBÉCOIS DE LA FAMILLE

Pourquoi ces règles n'ont-elles pas été modifiées plus tôt? Il est clair, par exemple, que la famille moderne telle que la décrit Daniel Dagenais (effacement de la lignée, centration sur l'enfant, importance accrue de la vie conjugale et de l'intimité familiale...) s'est manifestée au Québec bien avant les années 1960. On observe souvent un décalage temporel important entre les règles juridiques et certains faits sociaux, c'est-à-dire que le droit ne consacre pas immédiatement les changements — d'ailleurs, il ne peut ni ne doit le faire — qui s'opèrent dans les mœurs et les mentalités, notamment dans le domaine familial. Son rôle symbolique et la mise en forme que ce rôle suppose sont incompatibles avec une adaptation immédiate aux changements sociaux. Comme l'écrit Pierre Noreau, "la cohérence nécessaire au droit ne permet(tra) pas qu'on tienne compte de tout, en remplaçant simplement certaines normes par d'autres[1]". Il n'en demeure pas moins qu'en ce qui a trait à l'"objectivation des formes" de la famille moderne, le droit québécois a été particulièrement long à s'ajuster.

Remontons un peu dans le temps, afin de mieux comprendre cette lenteur. À la fin du ^{xix}e siècle, la famille québécoise est établie et fonctionne encore sur le mode traditionnel : elle constitue souvent une unité de production et de consommation où enfants et vieillards sont appelés à jouer un rôle utile[2]. L'industrialisation et l'urbanisation s'amorcent, mais il faut attendre le ^{xx}e siècle avant de parler d'industrialisation massive, et ce n'est qu'à partir de 1920 que la population urbaine dépasse en

nombre la population rurale. La famille est fondée sur le mariage et est placée sous l'autorité du mari et *paterfamilias*. Ascendants et descendants, c'est-à-dire non seulement parents et enfants, mais encore grands-parents, arrière-grands-parents, petits-enfants et arrière-petits-enfants se doivent mutuellement secours. Les alliés, gendres et brus sont également incorporés à ce système de solidarité intergénérationnelle fondé sur la lignée. L'enfant illégitime en est cependant exclu.

L'industrialisation et l'urbanisation accélérées du début du xx^e siècle entraînent le déclin de ce modèle. L'émigration vers les villes rompt les anciennes solidarités. La vie en ville et le travail salarié créent des besoins et des problèmes nouveaux, auxquels les institutions charitables n'apportent que des réponses partielles. Par ailleurs, l'importance attachée au lien conjugal, la recherche de la vie privée et la limitation des naissances dessinent peu à peu les nouveaux contours de cette famille "moderne". Malgré ces changements, le Code civil demeure le même, sous réserve de l'adoption, en 1915, d'une loi faisant de l'épouse l'héritière légale de son mari, à côté des descendants, ascendants et collatéraux de celui-ci et, en 1931, d'une loi assurant à la femme mariée une certaine autonomie dans l'administration et la disposition des biens acquis par son travail (biens réservés). S'il y a là une certaine forme de reconnaissance du couple, il faut attendre encore quelques décennies avant que le droit de la famille ne se "modernise" vraiment. L'État fédéral ou provincial intervient cependant pour atténuer les problèmes les plus criants générés par les transformations sociales du tournant du siècle. L'avènement de l'indemnisation des accidents du travail (1909), de l'assistance publique (1921), de l'assistance aux mères nécessiteuses (1937), de l'assurance-chômage (1940) et des allocations familiales (1944) traduit ce transfert de responsabilités de la sphère privée à la sphère publique[3].

Mais comment expliquer le long retard de l'État à modifier les règles régissant la famille proprement dite? Faut-il y voir une certaine nostalgie du modèle ancestral? Peut-être, mais plus prosaïquement, on peut penser que des solutions "à la pièce" avaient été trouvées à certains problèmes. Il était possible d'échapper au régime matrimonial légal de la communauté de meubles et acquêts en passant un contrat de mariage — le plus souvent en séparation de biens — devant notaire. On pouvait également léguer ses biens par testament et, sous réserve de son régime matrimonial ou de son contrat de mariage, choisir d'autres héritiers que ceux désignés par le *Code civil du Bas-Canada*. On sait que, dans les faits, la puissance paternelle était la plupart du temps exercée conjointement par les deux parents, la littérature fourmillant d'ailleurs de représentations de pères faibles ou abusifs et de mères vertueuses et fortes.

Il eût été intéressant de connaître le point de vue de Daniel Dagenais sur cette lenteur initiale du droit québécois à s'adapter aux transformations du couple et de la famille, de même que sur les modifications législatives accélérées qui ont marqué les dernières décennies dans ce domaine. Son livre n'aborde pas vraiment ces questions.

UN RATTRAPAGE ACCÉLÉRÉ

C'est vraiment sous la poussée du mouvement d'émancipation des femmes que les choses se mettent à bouger au cours des années 1960. Les changements législatifs majeurs effectués au cours de cette décennie sont fondés sur le principe d'égalité des sexes. Il y a d'abord, en 1964, le célèbre "Bill 16", qui reconnaît la capacité juridique de la femme mariée et qui du même coup met fin à la puissance maritale, puis, en 1969, le "Bill 10", qui établit la société d'acquêts comme régime matrimonial légal, en lieu et place de l'ancienne communauté de meubles et acquêts. Le nouveau régime, tout en créant une catégorie de biens partageables à la dissolution du mariage, assure l'égalité et l'autonomie des époux quant à leur patrimoine respectif pendant la durée de celui-ci.

C'est également au cours des années 1969 et 1970 que s'améliore de façon notable la situation des enfants adoptifs et des enfants " naturels ". Les enfants adoptifs acquièrent à partir de là un statut équivalent à celui des enfants " légitimes " : alors qu'auparavant ils n'avaient de liens juridiques qu'avec leurs père et mère, ils sont désormais intégrés à la famille de leurs parents et peuvent éventuellement hériter de leurs grands-parents, auxquels ils peuvent aussi, dans certaines circonstances, réclamer des aliments. Quant aux enfants " naturels ", s'il ne sont pas encore intégrés à la famille de leurs parents, leurs droits et obligations sont tout au moins clarifiés à l'égard de ceux-ci, qui doivent dorénavant non seulement leur fournir des aliments, mais aussi les " entretenir " et les " élever ". Ces réformes se font bien sûr sous le signe de l'égalité, de la non-discrimination. Mais il convient de noter, surtout en ce qui concerne les enfants naturels, qu'elles correspondent à une évolution notable des mœurs et des mentalités. Les relations sexuelles extra-conjugales ne sont plus objet d'opprobre comme jadis et l'union de fait constitue désormais un choix de vie pour de nombreux couples.

L'égalité établie entre époux par le " Bill 16 " et le " Bill 10 " trouve bientôt son écho en matière de relations parents-enfants. En 1977, la puissance paternelle fait place à l'autorité parentale, exercée conjointement par les parents dans l'intérêt de l'enfant. Les père et mère se retrouvent donc sur un pied d'égalité, alors qu'auparavant la mère n'exerçait qu'un rôle supplétif en la matière : ce n'était en effet qu'en cas de décès, d'absence ou d'incapacité du père que la mère exerçait l'autorité sur les enfants. La situation était devenue d'autant plus incongrue que, depuis 1970, le législateur reconnaissait l'autorité conjointe des parents sur leurs enfants " naturels ".

Une loi de 1980 viendra en quelque sorte " couronner " tous ces changements. Ce texte établira l'égalité de droits de tous les enfants, indépendamment des circonstances de leur naissance. C'est surtout aux " enfants naturels " — qu'on désignera à partir de là sous le vocable " enfants nés hors mariage " — que cette loi profitera, puisqu'ils feront désormais partie de la famille de leurs parents. En plus de correspondre à l'évolution des choix de vie en couple, cet ultime changement s'appuie sur le développement du " discours des droits ", dont la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, adoptée en 1975, constitue l'illustration par excellence.

À LA RECHERCHE D'UNE (IMPOSSIBLE) NOUVELLE COHÉSION?

Si les principaux changements législatifs des décennies 1960 et 1970 s'appuient sur le principe d'égalité des hommes et des femmes et d'égalité des enfants à l'égard de leurs parents et dans la société, on ne peut non plus manquer d'y voir à l'œuvre une recherche de plus grande liberté individuelle, notamment pour les personnes qui souhaitent vivre en couple et avoir des enfants en dehors des liens du mariage.

C'est également cette quête de liberté qui préside à l'avènement du divorce, en 1968. Cette possibilité n'était pas exclue antérieurement, mais l'obtention du divorce était alors assez compliquée et hors de la portée de la majorité de la population^[4]. La relative facilité avec laquelle il a été possible par la suite de mettre fin à son mariage a entraîné une hausse considérable des divorces, ce qui a eu entre autres pour effet de priver bon nombre de femmes, notamment celles dont le régime matrimonial était la séparation de biens, de la possibilité de partager les économies réalisées durant le mariage. L'instauration, en 1980, de règles relatives à la prestation compensatoire et à la protection de la résidence familiale, puis la création, en 1989, du patrimoine familial, ont constitué les réponses du législateur québécois à ce problème. Le mariage n'étant désormais plus indissoluble, il fallait en effet des ajustements législatifs qui permettraient d'aller au-delà de l'égalité formelle du mari et de la femme et de rechercher, sinon l'égalité, du moins une certaine forme d'équité économique entre ex-époux.

On imagine facilement aussi qu'avec l'élargissement des possibilités de choix de vie en couple, il devenait difficile de maintenir l'ancien système de solidarité familiale qui s'incarnait dans les obligations alimentaires liant ascendants, descendants et alliés. On a d'abord supprimé, en 1969, ces obligations entre beaux-parents, gendres et brus, lorsque le lien d'alliance était rompu par le divorce. Puis, en 1980, on a tout simplement mis fin aux obligations alimentaires entre alliés.

Quant à l'obligation alimentaire entre ascendants et descendants, c'est-à-dire notamment entre grands-parents et petits-enfants, elle a été réduite aux ascendants et descendants de premier degré en 1996, ce qui veut dire que seuls les parents et les enfants sont désormais liés par cette obligation. Ce sont les grands-parents qui, par l'intermédiaire de divers groupes et associations ont réclamé à grands cris ce changement. Il est à noter que le recours n'était guère plus utilisé depuis plusieurs décennies. Toutefois, le désengagement de l'État en matière de sécurité sociale et les quelques recours intentés dans ce contexte à l'égard de grands-parents ont incité bon nombre d'entre eux à réclamer la suppression de cette obligation légale perçue comme une menace. Il est assez paradoxal que des grands-parents aient demandé l'abolition d'une institution qui était le dernier reflet de l'idée de lignée, se privant du même coup de la possibilité de réclamer pour eux-mêmes l'exécution de cette obligation de la part de leurs petits-enfants.

Les possibilités de choix individuels ont donc été accrues et divers ajustements ont été faits pour atténuer les conséquences de ces choix à l'égard notamment des enfants nés hors mariage et des épouses divorcées. En raison de ces changements, on peut dire que le fondement de la famille s'est déplacé du mariage vers la filiation. À partir des années 1970, ce qui fait la famille, ce n'est plus le mariage, mais le projet parental. Il n'en reste pas moins que les parents mariés, notamment la mère peuvent, en cas de divorce, se prévaloir d'avantages (résidence familiale, prestation compensatoire, patrimoine familial) auxquels n'ont pas accès les conjoints de fait. Indirectement, les enfants nés hors mariage se trouvent donc "désavantagés" en cas de rupture de leurs parents par rapport aux enfants nés dans le mariage.

Depuis quelque temps, des personnes de même sexe revendiquent le "droit au mariage". Les tribunaux sont d'ailleurs saisis de cette question. De son côté, le législateur québécois a donné suite aux demandes de ces personnes en soumettant à la discussion un avant-projet de loi accordant à celles-ci la possibilité de contracter une "union civile"^[5] qui aurait sensiblement les mêmes effets que le mariage et à laquelle il serait plus facile de mettre fin qu'à celui-ci. En commission parlementaire, la majorité des groupes entendus a approuvé cette proposition législative, mais plusieurs ont demandé d'étendre cette possibilité aux conjoints de sexe différent et certains ont revendiqué le droit pour des personnes de même sexe d'adopter des enfants et d'en être reconnus conjointement comme les parents.

Il y a là plusieurs questions. D'abord celle de l'accessibilité de conjoints de même sexe, sinon au mariage, du moins à une union civile qui s'y apparente. Cette nouvelle option, que semble voir d'un bon œil la majorité de la population québécoise, consacre l'idée du mariage — ou de l'union civile — comme engagement public de deux personnes à la fidélité et au soutien mutuels.

Pour ce qui est de l'adoption d'un enfant par des personnes de même sexe, si elle n'était pas interdite jusqu'à maintenant par le Code civil, elle demeurerait improbable en raison des critères de sélection des adoptants énoncés et appliqués par les autorités administratives compétentes, en l'occurrence, les Centres Jeunesse. En reconnaissant explicitement les personnes de même sexe comme des adoptants potentiels, la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation* vise à donner de meilleures chances à cette possibilité de prendre forme concrètement. Il est à noter que deux cas de figure sont en cause ici. Il y a celui de l'adoption conjointe d'un enfant disponible à cette fin par des conjoints de même sexe, puis celui de l'adoption, par le conjoint de même sexe, de l'enfant de son conjoint. Dans l'état actuel des choses, le premier cas risque de demeurer rare, les enfants disponibles à l'interne pour adoption étant peu nombreux, et l'adoption internationale étant souvent

fermée aux conjoints de même sexe[6]. Pour ce qui est du second cas, il pourra sans doute se matérialiser plus souvent, et la situation d'enfants vivant avec l'un de leurs parents et le conjoint de même sexe de ce parent pourra ainsi, sur le plan juridique, être “ régularisée ”.

La reconnaissance légale de l'homoparentalité ne pourra manquer d'avoir pour effet de modifier l'image symbolique de la famille comme entité comportant une figure paternelle et une figure maternelle. Le cas de l'adoption par un couple bisexué est d'ailleurs un calque de cette image. Il est vrai par contre que, dans bon nombre de cas, l'une de ces figures peut manquer dans la réalité, à la suite du décès ou de la désertion d'un parent; dans l'imaginaire, toutefois, les deux figures, paternelle et maternelle, demeurent. Par conséquent, les changements apportés par la nouvelle loi sont de taille : l'“ institution ” de deux figures parentales de même sexe représente en effet une situation inédite dans l'histoire de l'espèce humaine[7].

Cette transformation majeure s'est par ailleurs faite sans véritable débat de société et sans réelle conscience des enjeux sous-jacents. Est-il souhaitable, tant du point de vue des personnes en cause que de celui de l'ensemble de la société, d'agir avec une telle précipitation, s'agissant d'un changement d'une telle ampleur? Nous ne le croyons pas. Lorsqu'une proposition législative touche à l'un des fondements de l'ordre familial et social, tous les points de vue doivent pouvoir s'exprimer librement, sans que certains ne soient systématiquement “ disqualifiés ” par un effet de “ rectitude politique ” difficilement compatible avec l'exercice de la démocratie. De leur côté, les autorités compétentes se doivent d'entendre toutes les opinions, d'examiner d'autres hypothèses et de se donner un temps de réflexion avant d'agir. Ce qui, en l'occurrence, n'a pas été le cas.

Pour en revenir aux modèles élaborés de manière convaincante et fouillée par Daniel Dagenais, il est clair qu'après un long endormissement, le Code civil est passé, en quelques décennies, de la famille patriarcale à la famille postmoderne, éclatée, mouvante, “ à la carte ”, serions-nous tentée de dire. Il est loin d'être sûr, notamment en ce qui concerne les obligations alimentaires entre grands-parents et petits-enfants et la possibilité pour des personnes de même sexe d'adopter un enfant, que le législateur québécois se soit donné le recul, la distance nécessaires pour assurer la cohérence des règles de droit et leur fonction symbolique. Il nous semble y avoir urgence d'un large débat social sur ce que sont la famille et la parentalité, sur les besoins vitaux des enfants et les responsabilités des parents, de même que sur la fonction symbolique du droit à cet égard.

Qu'est-ce donc que la famille, à une époque où un couple marié ou uni civilement sans enfant se voit gratifier d'une résidence “ familiale ” et d'un patrimoine “ familial ”, où un enfant peut avoir deux pères ou deux mères “ légaux ”, quand ce n'est pas une multitude de beaux-pères, de belles-mères, de grands-parents, d'oncles et de tantes “ non-légaux ”, mais qu'on dit former “ sa famille recomposée ”? Vive l'ambiguïté!

Renée Joyal*

NOTES

* Renée Joyal est avocate et professeure à la Faculté de science politique et de droit de l'Université du Québec à Montréal.

37. Pierre Noreau, “ Notions juridiques et réalité sociale : un éternel divorce ou un divorce nécessaire? Le cas du droit de la famille ”, *Revue juridique Thémis* **33**, 307 (1999) : 323.

38. Nicolas Zay, “ Sécurité familiale et sécurité sociale ”, in J. Boucher et A. Morel (dir.), *Le droit dans la famille. Livre du centenaire du Code civil*, Montréal, P.U.M., 1970, p. 100.
39. Ces diverses mesures n’ont évidemment pas réglé tous les problèmes. Le format et le propos de cet article ne nous permettent tout simplement pas d’en faire l’analyse. Les lecteurs intéressés pourront consulter notamment : John A. Dickinson et Brian Young, *Brève histoire socio-économique du Québec*, Sillery, Septentrion, 1995.
40. À ce sujet, cf. Renée Joyal, “ La famille, entre l’éclatement et le renouveau. La réponse du législateur ”, in R. Dandurand (dir.), *Couples et parents des années quatre-vingt*, Québec, Institut québécois de recherche sur la culture, 1987, p. 148.
41. En vertu de la *Loi constitutionnelle de 1967*, il n’est pas de la compétence des provinces de légiférer en matière de mariage, sauf en ce qui touche aux conditions de forme de celui-ci. Pour le moment, le mariage est l’union d’un homme et d’une femme.
42. De nombreux États exigent que les adoptants soient un couple marié ou, s’il s’agit d’une personne seule, une déclaration solennelle de cette personne comme quoi elle n’est pas homosexuelle.
43. De rares États, comme par exemple les Pays-Bas, l’admettent.