

Université de Montréal

Le traitement juridique de la mère au foyer : le droit privé et le droit social de la famille québécois à l'aune de l'individualisme

par

Dominique Barsalou

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté de droit
en vue de l'obtention du grade de Maîtrise
en droit (LL.M.)

Avril, 2011

© Dominique Barsalou, 2011

Université de Montréal

Faculté de droit

Ce mémoire intitulé :

Le traitement juridique de la mère au foyer : le droit privé et le droit social de la famille québécois à l'aune de l'individualisme

présenté par
Dominique Barsalou

A été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

J.-F. Gaudreault-Desbiens, Faculté de droit, Université de Montréal
président-rapporteur

Alain Roy, Faculté de droit, Université de Montréal
directeur de recherche

Guy Rocher, Faculté de droit, Université de Montréal
codirecteur

Benoît Moore, Faculté de droit, Université de Montréal
membre du jury

RÉSUMÉ

Bien que les chercheurs fassent état de l'importance croissante de l'individualisme en droit québécois de la famille, il n'est pas clair que ces conclusions soient fondées sur une définition constante du phénomène. Il est primordial de comprendre la dynamique mouvante de cette tendance, ses caractéristiques ainsi que son lien avec le droit. Au moyen d'une approche socio-juridique, le présent mémoire décrit ce phénomène et définit trois indicateurs pour explorer si et comment le droit social et privé québécois de la famille s'individualise autour de la mère au foyer. Au final, le mémoire démontre que le droit de la famille vise, reconnaît et supporte concrètement très peu la mère au foyer. L'observation de ce cas a plutôt mis en lumière une tendance à la diminution de mesures ou services qui la supportent, tendance qui est notamment liée à la fiscalisation, la contractualisation et l'octroi d'une large discrétion judiciaire.

Mots-clés

Droit privé de la famille, Droit social de la famille, Famille, Mère au foyer, Maternage, Individualisme, Individualisation.

SUMMARY

Although researchers have given much attention to the growing importance of individualism in Quebec family law, it is unclear whether these conclusions refer to the same definition of the phenomenon. It is essential to understand the dynamic quality of this tendency, its characteristics as well as its relationship with the law. Using a socio-juridical approach, this thesis explores the phenomenon through three indicators. Specifically, we have undertaken to examine the individualization of Quebec's social family law and private family law in the case of the stay-at-home mother. Our analysis reveals that Quebec family law aims, acknowledges and concretely supports the autonomy of the stay-at-home mother very little. Our observations have rather highlighted a decrease in measures and services that support her, a tendency that is related to the fiscalization, the contractualization and the important judiciary discretion characteristic of contemporary family law.

Keywords

Private family law, Social family law, family, Stay-at-home mother, Mothering, Motherwork, Individualism, Individualization.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	1
PREMIERE PARTIE : FONDEMENTS THEORIQUES.....	11
Chapitre 1 : Émile Durkheim : sociologie de la famille et du droit.....	11
1.1 La famille conjugale : privée et sociale.....	11
1.2 La méthodologie de Durkheim : le droit comme fait social.....	14
1.3 La sociologie du droit contemporaine	17
Chapitre 2 : L'individualisme	21
2.1 L'individualisme conçu comme une tendance dynamique.....	21
2.2 L'individualisme de la première modernité.....	23
2.3 L'individualisme de la seconde modernité	31
Chapitre 3 : L'individualisme en action ou les contextes du droit.....	38
3.1 L'individualisme et les institutions d'État.....	38
3.2 L'individualisme et la famille.....	40
3.3 L'individualisme et la mère.....	44
Chapitre 4 : La mère au foyer.....	54
4.1 La mère et l'emploi : changements de normes	54
4.2 Des définitions.....	55
4.3 Des statistiques	57
4.4 Des caractéristiques	61
4.5 Des expériences de la mère au foyer	65
Conclusion de la première partie	68

DEUXIEME PARTIE: ANALYSE EMPIRIQUE DU TRAITEMENT JURIDIQUE DE LA MERE AU FOYER.....	72
Chapitre 5 : Le cadre méthodologique.....	72
5.1 Les propositions centrales : contexte scientifique et défis	72
5.1.1 Le sujet du traitement juridique : la mère au foyer	72
5.1.2 L'interrogation simultanée du droit social et du droit privé.....	77
5.1.3 L'individualisme comme contexte et lunette d'observation	79
5.2 Les paramètres de la méthodologie	87
5.2.1 Les postulats	87
5.2.2 Les indicateurs	87
5.2.3 Le terrain d'observation.....	91
Chapitre 6 : Le droit social	94
6.1 Le droit social de la famille avant 1960	94
6.2 Le droit social de la famille en 2010	95
6.2.1 La politique fiscale qui vise la famille	99
Le crédit d'impôt remboursable pour le soutien aux enfants.....	101
Le crédit d'impôt visant à accroître l'incitation au travail	103
Le crédit d'impôt remboursable pour frais de garde d'enfants	103
6.2.2 Services et programmes qui visent la famille.....	105
Régime québécois d'assurance parentale et de prestations parentales	105
Services de garde éducatifs à tarif réduit.....	107
L'aide financière de dernier recours	111
Le Régime de rentes du Québec.....	115

Chapitre 7 : Analyse de l'individualisation du droit social à l'aide des indicateurs	119
7.1 Premier indicateur : Quelle est l'unité de référence du droit ?	119
7.2 Deuxième indicateur : Le droit reconnaît-il la spécificité de la mère au foyer?	125
7.3 Troisième indicateur : Le droit supporte-t-il l'autonomie de la mère au foyer?	132
Chapitre 8 : Le droit privé.....	137
8.1 Le droit privé de la famille avant 1960.....	137
8.2 Le droit privé de la famille en 2010.....	139
8.2.1 Le droit qui encadre la mère au foyer et son conjoint.....	142
8.2.1.1 Le droit pendant la relation	142
8.2.1.1.1 La mère au foyer mariée	142
8.2.1.1.1.1 Les obligations et devoirs des époux	142
Vie commune	143
Respect et fidélité.....	143
Assistance	144
Secours	144
Conservation du nom	145
8.2.1.1.1.2 Les responsabilités des époux.....	145
La direction de la famille	146
L'autorité parentale et les tâches qui en découlent....	146
Contribution aux charges du mariage.....	146
8.2.1.1.1.3 Les obligations contractuelles des époux pendant la relation	148
Le contrat de mariage	148

La charte de vie commune	151
8.2.1.1.2 La mère au foyer conjointe de fait	151
L'absence de statut juridique particulier.....	151
Égalité des conjoints de fait face aux tiers	154
Obligation de secours	156
Les obligations contractuelles entre conjoints de fait pendant la relation	156
8.2.2.2 Le droit au moment de la rupture	157
8.2.1.2.1 La mère au foyer mariée	157
Le patrimoine familial.....	157
Les obligations contractuelles entre époux au moment de la rupture	159
La prestation compensatoire.....	161
L'obligation alimentaire	164
8.2.1.2.2 La mère au foyer conjointe de fait	171
Le partage des actifs	171
L'obligation alimentaire	173
Les obligations contractuelles entre conjoints de fait au moment de la rupture	175
La société tacite.....	176
L'enrichissement injustifié	178
8.2.2 Le droit qui encadre la mère au foyer et ses enfants.....	181
L'obligation alimentaire	181
L'exercice de l'autorité parentale.....	183
Les devoirs d'entretien et d'éducation	183

Chapitre 9: Analyse de l'individualisation du droit privé à l'aide des indicateurs	187
9.1 Premier indicateur : Quelle est l'unité de référence du droit?	187
9.2 Deuxième indicateur : Le droit reconnaît-il la spécificité de la mère au foyer?	193
9.3 Troisième indicateur : Le droit supporte-t-il l'autonomie de la mère au foyer?	202
Chapitre 10 : Conclusion de la deuxième partie : regards croisés sur les résultats de l'analyse empirique	207
CONCLUSION	214
BIBLIOGRAPHIE.....	225
TABLE DES JUGEMENTS	241
TABLE DES SOURCES INTERNETS.....	248

LISTE DES TABLEAUX

Tableau 1	123
Tableau 2	130
Tableau 3	135
Tableau 4	190
Tableau 5	200
Tableau 6	218

LISTE DES ANNEXES

Annexe 1 **243**

Annexe 2 **244**

TABLE DES ABRÉVIATIONS

Abréviations relatives à la législation

C.c.B.C.	Code civil du Bas Canada
C.c.Q.	Code civil du Québec
C. p. c.	Code de procédure civile
G.O.	Gazette officielle
L.C.	Loi du Canada
L.Q.	Loi du Québec (depuis 1969)
L.R.C.	Lois révisées du Canada (depuis 1985)
L.R.Q.	Lois révisées du Québec (depuis 1977)
S.C.	Statuts du Canada (avant 1987)
S.Q.	Statuts du Québec (avant 1969)
S.R.C.	Statuts révisés du Canada (avant 1985)
S.R.Q.	Statuts refondus du Québec (avant 1977)

Abréviations relatives à la jurisprudence

AZ	Azimet
c.	contre
C.A.	Cour d'appel (du Québec)
C.S.	Cour supérieure
Ch. Civ.	Chambre civile (de la Cour du Québec)

C.Q.	Cour du Québec
C.S.C.	Cour suprême du Canada
EYB	Éditions Yvon Blais
J.E.	Jurisprudence express
Q.C.C.A.	Cour d'appel du Québec
R.C.S.	Recueil de la cour suprême
REJB	Répertoire électronique de jurisprudence du barreau
R.J.Q.	Revue de jurisprudence du Québec
SOQUIJ	Société québécoise d'information juridique

Abréviations relatives aux revues et recueils

C. de D.	Cahiers de droit
D.F.Q.E.	Droit fiscal québécois express
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et jurisprudence
McGill L.J.	McGill Law Journal
P.U.F.	Presses universitaires de France
P.U.L.	Presses de l'Université Laval
P.U.M.	Presses de l'Université de Montréal
P.U.Q.	Presses de l'Université du Québec
R.D.F.	Recueil de droit de la famille
R.D.F.Q.	Revue de droit fiscal québécois

R. du B.	Revue du Barreau
R. du N.	Revue du notariat
R.I.A.C.	Revue internationale et interdisciplinaire de sciences humaines
R.I.D.C.	Revue internationale de droit comparé
S.F.P.B.Q.	Service de formation permanente du Barreau du Québec

Abréviations diverses

AFEAS	Association féminine d'éducation et d'action sociale
C.A.S.	Commission des affaires sociales
Coord.	Coordonnateur
dir.	Directeur ou directrice
I.N.R.S.	Institut national de recherche scientifique
I.Q.R.C.	Institut québécois de la recherche sur la culture
I.N.S.E.E.	Institut national de la statistique et des études économiques
O.R.C.C.	Office de révision du code civil
R.R.Q.	Régie des rentes du Québec

Ce travail est dédié à toutes les mères, aux enfants qui les ont mises au monde et à ceux qui les supportent.

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier Alain Roy et Guy Rocher, co-directeurs de ce mémoire, pour m'avoir guidée avec humour, patience et une grande confiance. Ils resteront pour moi des modèles à la fois pour leur érudition et pour leur volonté de participer à, et même de provoquer, la discussion et le changement au sein et à l'extérieur de la communauté juridique. Merci beaucoup à vous deux. Ce projet fut tout ce que je désirais et plus.

Merci à la Chaire du notariat de l'Université de Montréal, et tout particulièrement à Brigitte Lefebvre et Sylvie Berthold, pour m'avoir hébergée durant la rédaction de ce mémoire.

Je suis aussi reconnaissante et redevable à Marianne Kempeneers et Hélène Belleau ainsi qu'à plusieurs chercheuses sociologues, anthropologues, démographes ou historiennes du Centre-Urbanisation Culture Société de l'INRS, du Partenariat Familles en mouvance et dynamiques intergénérationnelles et du département de sociologie de l'Université de Montréal. Merci de m'avoir démontré que la posture scientifique se concrétise dans la rigueur tout autant que dans la curiosité et l'ouverture d'esprit.

Mes sincères remerciements vont aussi à mes amies, Monique, Brigitte, Nathalie et Chantal. Leurs vies m'ont inspirées, leurs conseils m'ont aidée et leur café et leur thé m'ont soutenue.

Finalement, à mon mari, Michel, merci de ne pas avoir questionné la pertinence de ce projet, de ne pas m'avoir pressée et de ne pas avoir évalué la valeur économique du temps que j'y ai consacré : une preuve que des silences peuvent être très soutenant et valorisant. Tu m'as aidée d'une manière qui est entièrement la tienne et pas celle d'un autre c'est-à-dire généreusement, rigoureusement et juste à temps! Merci.

AVANT-PROPOS

Avocate et mère de trois enfants, mon parcours est le reflet d'efforts consacrés à atteindre un équilibre, si équilibre il y a, entre mes objectifs de bien éduquer mes enfants et de conserver un lien d'activité. Réalisant rapidement que cet équilibre ne pouvait être atteint qu'en le mesurant sur un horizon temporel relativement long, je me consacre principalement depuis les dernières années à ma famille. Ce mémoire est inévitablement teinté de mes choix et de mes expériences.

La maternité, et peut-être encore plus le maternage, m'ont profondément transformée : ma vie, qui avait auparavant un contour très clair, est aujourd'hui plus et moins mienne. Ainsi, mon rôle de mère me distingue très clairement de mes enfants à qui je suis, par ailleurs, attachée, liée de manière toute aussi nette. La maternité et le maternage semblent avoir bouleversé, pour moi tout comme pour d'autres mères, les paradigmes de perception et de compréhension du monde qui nous entoure.

Un fossé semble cependant exister entre mon expérience et l'espace social. Je ne me reconnais pas dans le discours ambiant qui décrit la maternité et les enfants comme une cause d'aliénation, un droit, un cadeau ou un choix personnel, pas plus que dans la caractérisation des mères au foyer en tant que chanceuses, inconscientes, saintes ou paresseuses. Ne niant aucunement que la perception d'invisibilité ou d'exclusion dans l'espace public ait un aspect subjectif, j'ai voulu explorer l'existence de ce phénomène, particulièrement dans son incarnation juridique. Était-il possible que le droit québécois de la famille contribue au sentiment d'exclusion ou d'invisibilité des mères au foyer? Le sujet de mon mémoire est issu de cette question de départ. En final, et portant les traces de ma modeste incursion dans l'univers de la sociologie du droit et de la famille, ce mémoire porte sur le traitement juridique de la mère au foyer examiné à travers le prisme de l'individualisme.

J'espère, par ce mémoire, offrir au juriste une lunette d'observation du droit de la famille québécois qui permette de tenir compte de l'expérience concrète des sujets du droit, ici les mères au foyer, et, à ces dernières, un portrait général du droit québécois de la famille qui s'applique à elles. Les recherches que j'ai effectuées dans le cadre de la préparation de ce travail et de ma scolarité de maîtrise m'ont appris énormément, confirmant certaines intuitions et infirmant plusieurs préconceptions. Je ne peux que souhaiter qu'il en soit de même pour le lecteur de ce mémoire.

J'aurai sans doute une famille à soigner, des enfants à élever. Que veux-tu! La vie ordinaire ne saurait être quelque chose de grand ni d'excessif. Certes, les immenses désirs qui étendent et l'âme et la pensée n'entrent pas dans ces combinaisons, en apparence du moins. Qui m'empêche de laisser voguer sur la mer de l'infini les embarcations que nous y lançons ? Néanmoins, ne crois pas que les choses humbles auxquelles je me dévoue soient exemptes de passion.

Honoré de Balzac, *Mémoires de deux jeunes mariées*

INTRODUCTION

La mère au foyer consacre l'essentiel de son temps et de ses énergies à s'occuper d'autres dans une série de petits gestes, le plus souvent, ni vue, ni connue. Sans jour de congé, salaire ou régime de retraite et sans la possibilité de porter plainte pour harcèlement psychologique, la mère au foyer est un sujet de droit qui travaille dans un univers normatif parallèle à celui des autres individus exerçant une activité¹. En effet, le droit du travail ne vise pas et ne s'applique pas à la mère au foyer ou à son travail.

Il est cependant logique de présumer que le droit de la famille québécois, quant à lui, tienne compte de la mère au foyer dans ses objectifs et dans son application d'autant plus que ce droit, tant privé que social, serait de plus en plus centré sur les individus et leurs choix. En effet, les observateurs du droit privé de la famille soutiennent que les changements législatifs et jurisprudentiels touchant le divorce, l'adoption pour couples de même sexe, les conjoints de fait et les beaux-parents

¹ Nous retenons pour les fins de ce travail les définitions suivantes: « **Population active** : Population de 15 ans ou plus, à l'exclusion des pensionnaires, qui, durant la semaine de référence de l'enquête ou du recensement, était en emploi (voir la définition de population en emploi), en chômage ou en recherche d'emploi. **Population en emploi** : Cette expression désigne les personnes de la population active qui, au cours de la semaine ayant précédé le jour de l'enquête ou du recensement, travaillaient comme salariées ou à leur compte, ou encore étaient temporairement absentes de leur travail ou de l'entreprise, toute la semaine, en raison de vacances, d'une maladie, d'un conflit de travail à leur lieu de travail, ou pour d'autres raisons. Cette population exclut donc les chômeurs et les inactifs. Dans les tableaux portant sur le travail autonome et le travail à temps partiel, elle exclut également les travailleurs familiaux non rémunérés. » MINISTÈRE DE LA FAMILLE, DES AÎNÉS ET DE LA CONDITION FÉMININE, *Un portrait statistique des familles au Québec*, Québec, Publications du Québec, 2005.

seraient tous influencés par l'individualisme, tout comme l'élimination de l'obligation de solidarité des grands-parents². Des traces de l'individualisme seraient aussi observables dans le droit social de la famille, celui-ci étant décrit comme étant de plus en plus centré sur les individus plutôt que sur l'entité familiale³ et comme devant tenir compte des différentes réalités de ces individus⁴.

Ces observations provenant de juristes rejoignent celles des chercheurs des sciences sociales qui concluent à l'individualisation de la famille, notamment en référence au pluralisme des formes familiales ainsi qu'à la liberté des individus membres du groupe familial⁵ :

² Sur l'importance de l'individualisme en droit québécois, voir Bjarne MELKEVIK, « Penser le droit québécois entre culture et positivisme: quelques considérations critiques », dans Bjarne MELKEVIK (dir.), *Transformation de la culture juridique québécoise*, Québec, P.U.L., 1998, p. 9, aux p. 10 et ss. ; sur l'influence de l'individualisme en droit de la famille, voir notamment Marie PRATTE, « La situation juridique de la famille de 2020. Liberté, égalité, solidarité? », dans Gilles PRONOVOST, Chantal DUMONT et Isabelle BITAUDEAU (dir.), *La famille à l'horizon 2020*, Québec, P.U.Q., 2008, p. 401 ; Jean PINEAU et Marie PRATTE, *La famille*, Éditions Thémis, 2006 ; Irène THÉRY, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1998, p. 16 ; Jacques COMMAILLE et Claude MARTIN, *Les enjeux politiques de la famille*, Paris, Éditions Bayard, 1998 ; voir aussi Benoît MOORE, « Variations chromatiques : l'union de fait entre noir et blanc », dans Générosa BRAS MIRANDA et Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Adrian Popovici : Les couleurs du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 2010, p. 97 qui traite de la « protection des individualités » ; pour une position plus critique de l'individualisme en droit de la famille, voir Jean-Louis BAUDOIN, « Introduction », dans *Droits de la personne : Solidarité et bonne foi, Actes des Journées Strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures 2000*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 13.

³ Mary Jane MOSSMAN, « Le droit de la famille et l'aide sociale au Canada », dans Ivan BERNIER et Andrée LAJOIE (coord.), *Le droit de la famille social au Canada*, Commission royale sur l'Union économique et les perspectives de développement du Canada, vol. 49, 1986, p. 2, à la p. 70 ; voir aussi sur la situation similaire en G.-B. Jan PAHL, « Individualisation et modèles de gestion des finances au sein des familles », (2005) 2 *Enfances, Famille, Générations* 1 ; voir aussi Ulrich BECK et Elisabeth BECK-GERSHEIM, « 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, à la page 33.

⁴ CONSEIL DE LA FAMILLE ET DE L'ENFANCE, *La politique familiale au Québec : visée, portée, durée et rayonnement*, Québec, Publications du Québec, 2008.

⁵ Voir notamment Jean-Hughes DÉCHAUX, *Sociologie de la famille*, coll. « Repères », Paris, La Découverte, 2007 ; François DE SINGLY, *Sociologie de la famille contemporaine*, 3^e éd., Paris, Armand Collin, 2007 ; Luc FERRY, *Familles, je vous aime. Politique et vie privée à l'âge de la mondialisation*, Paris, XO éditions, 2007 ; Céline LE BOURDAIS et Évelyne LAPIERRE-ADAMCYK, « Portrait des familles québécoises à l'horizon 2020. Esquisse des grandes tendances démographiques », dans Gilles PRONOVOST, Chantal DUMONT et Isabelle BITAUDEAU (dir.), *La famille à l'horizon 2020*, Québec, P.U.Q., 2008, p. 71 ; Marie-Christine SAINT-JACQUES et Sylvie DRAPEAU, « Dans quel type de familles grandiront les enfants québécois en 2020? Un examen de la diversité familiale et des défis qui y sont

« Tous s'accordent pour reconnaître dans les transformations de la famille les effets de la prédominance des principes d'égalité, de liberté, d'autonomie et d'authenticité tributaires de l'individualisme contemporain. »⁶

Analyser le droit de la famille individualisé tel qu'il s'applique à la mère au foyer peut, de prime abord, paraître surprenant. En effet, l'individualisme peut évoquer la notion de repli sur soi, voire d'égoïsme, en contraste avec le don de soi et l'attachement à l'autre qui peut être le fait, à tout le moins dans l'imaginaire collectif, de la mère au foyer. Mais, l'individualisme a plus d'une signification et pour la majorité des chercheurs des sciences sociales qui s'intéressent à la question, il correspondrait aujourd'hui à une tendance qui met en lumière les individus, particulièrement dans leurs différences, ainsi que dans leurs besoins d'être authentiques et d'être reconnus pour qui « ils sont vraiment », au-delà de l'aspect rationnel.

Il nous apparaît, dans cette optique, que le concept de l'individualisme peut être particulièrement intéressant lorsque mis en lien avec la mère au foyer. D'un côté, la vie de ce sujet de droit semble très peu correspondre à la société post moderne individualiste et individualisée que décrivent les chercheurs des sciences sociales. Par exemple, le lien qui unit la mère au foyer à ses enfants se matérialise d'une manière qui ressemble très peu aux relations à caractère électif, consensuel et temporaire. Les mères sont liées à leurs enfants d'une manière qui ne peut être négociée ou annulée : *Tu es sacerdos in aeternum...* mais réellement. Bien que cette réalité soit la même, à tout le moins théoriquement, pour tous les parents, elle se concrétise de manière encore plus intense pour la mère au foyer si ce n'est que par la quantité d'heures qu'elle passera avec ses enfants au quotidien. De plus, la nature particulière de la

associés », dans Gilles PRONOVOST, Chantal DUMONT et Isabelle BITAUDEAU (dir.), *La famille à l'horizon 2020*, Québec, P.U.Q., 2008, p. 101.

⁶ Françoise-Romaine OUELLETTE, Renée JOYAL et Roch HURTUBISE, « Regards éthiques sur les transformations familiales », dans Françoise-Romaine OUELLETTE, Renée JOYAL et Roch HURTUBISE (dir.), *Familles en mouvance : quels enjeux éthiques?*, coll. «Culture et Société», Québec, P.U.L., 2005, p. xvi.

relation avec l'enfant est peut-être encore plus marquante pour la mère au foyer en ce qu'elle n'a pas de lien, à tout le moins temporairement, avec le monde du travail rémunéré qui lui permettrait de s'inscrire plus facilement dans la mouvance de la valorisation individuelle et de l'indépendance économique.

Par ailleurs, malgré qu'il y ait une dissonance entre plusieurs caractéristiques de l'individualisme et le quotidien de la mère au foyer, il est incontestable que son parcours est clairement inscrit dans la société contemporaine qui est imprégnée de cette mouvance générale. Faut-il rappeler qu'au cours des dernières décennies, le rôle et l'expérience des femmes ont connu d'importantes transformations. La contraception, la légalisation de l'avortement et les techniques de reproduction assistée ont clairement changé la nature de la maternité et le parcours de plusieurs femmes. De manière toute aussi importante, l'accès à l'égalité juridique, à la démocratisation de l'éducation et pour plusieurs, à des services de garde financés, ont permis aux femmes et aux mères québécoises d'intégrer massivement le marché du travail rémunéré si bien qu'au Québec, la majorité des mères québécoises qui ont au moins un enfant de moins de seize ans, sont inscrites dans un parcours d'activité. Celui-ci est cependant variable selon son intensité: certaines occupent un emploi à temps plein, d'autres travaillent à temps partiel, et plusieurs, dans l'une ou l'autre de ces catégories, diminuent leurs heures de travail rémunéré après la venue des enfants. Certaines (74 515 mères en 2009)⁷ vont même jusqu'à cesser d'être actives pendant un certain nombre d'années pour rester à la maison avec leurs enfants – les mères au foyer.

C'est donc dans ce contexte d'une société considérablement plus libre, plus égalitaire et plus ouverte à la participation des femmes aux espaces publics et économiques que la mère au foyer cesse pendant un certain nombre d'années d'exercer une activité pour se consacrer au maternage. Le peu de littérature disponible indique que la mère au foyer se définit plus en référence à son statut de « mère » qu'à

⁷ STATISTIQUES CANADA, *Revised provincial table 2009*, Labour Force Survey, unpublished data, 2010, à l'annexe 1 ; STATISTIQUES CANADA, *Revised table 1976-2009*, Labour Force Survey, unpublished data, 2010, voir annexe 2 ; Les définitions, qui seront plus amplement discutées au chapitre 4 de ce travail, sont expliquées dans STATISTIQUES CANADA, en ligne : www.statcan.gc.ca/studies-etudes/75-001/archive/f-pdf/3593-fra.pdf (consulté le 10 novembre 2010).

celui de « femme simplement », et se perçoit comme un individu interdépendant faisant un choix aujourd'hui considéré comme hors norme⁸. La mère au foyer dit vouloir se définir « *d'abord en référence à elle-même* »⁹, choisissant un parcours qui reflète son mélange unique de caractéristiques et de valeurs. Dans cette perspective, elle peut être vue comme une mère post moderne, clairement inscrite dans la mouvance de l'individualisme dit de la seconde modernité: tiraillée entre les diverses pressions sociales et profitant d'une certaine liberté de choix. Elle ferait partie de ce que Christine Corbeil et Francine Descarries qualifient de « *la multiplicité et la diversité de même que l'individualité de l'expérience maternelle* »¹⁰.

Selon certains, cette individualité doit, pour exister, être reconnue et soutenue par les autres individus et par les institutions¹¹. Or, les mères au foyer rapportent se sentir exclues, peu supportées ou reconnues, y compris par la politique familiale québécoise¹². Ce travail cherche à comprendre si le droit québécois de la famille pourrait contribuer à ces sentiments. Spécifiquement, nous désirons vérifier si le droit québécois de la famille reconnaît et supporte la mère au foyer.

L'objectif de ce travail n'est pas de chercher à comprendre si l'individualisation du droit est bonne ou mauvaise,¹³ pas plus qu'il n'est de vouloir questionner le rôle du

⁸ Dominique MAISON, *Femme au foyer. Expériences sociales*, Dossier d'études no. 92, Allocations familiales, Université de Bordeaux 2, 2007.

⁹ François DE SINGLY, « La cause de L'enfant », dans François DE SINGLY (dir.), *Enfants. Adultes. Vers une égalité de statuts?*, Coll. «Le tour du sujet», Paris, Universalis, 2004, p. 8.

¹⁰ Christine CORBEIL et Francine DESCARRIES, «Introduction», dans Francine DESCARRIES et Christine CORBEIL (dir.), *Espaces et temps de la maternité*, Montréal, Éditions du Remue-Ménage, 2002, p. 16.

¹¹ De Singly et Durkheim ont notamment soutenu cette position, certains de leurs écrits étant répertoriés et commentés dans le cadre de la première partie de ce mémoire. De plus, cette idée est l'un des postulats de notre méthodologie qui est décrite au chapitre 5.

¹² Voir notamment Christine CORBEIL, Francine DESCARRIES, Carmen GILL et Céline SÉGUIN, «Une pratique de la maternité : les femmes au foyer », dans Renée B. DANDURAND et Francine DESCARRIES (dir.), *Mères et travailleuses. De l'exception à la règle*, Québec, Institut québécois de recherche sur la culture, 1992, p. 77 ; CONSEIL DE LA FAMILLE ET DE L'ENFANCE, *Transitions familiales. Le rapport 2005-2006 sur la situation et les besoins des familles et des enfants*, Québec, Publications du Québec, 2007, p. 84.

¹³ J.-L. BAUDOIN, préc., note 2.

droit dans ce contexte d'individualisme¹⁴ ou de répondre aux critiques, positives ou négatives,¹⁵ dont est fréquemment l'objet la mère au foyer. Notre but est d'évaluer l'individualisation du droit de la famille québécois pour ce sujet de droit¹⁶.

Dit autrement, l'individualisation du droit de la famille québécois se vérifie-t-elle concrètement pour la mère au foyer ? C'est là notre question de recherche.

Notre prémisse est que le droit québécois de la famille s'individualise autour de la mère au foyer. En effet, dans un contexte social où la famille et l'enfant sont valorisés, plusieurs qualifiant même le Québec de « paradis pour les familles »¹⁷ et où l'individu est de plus en plus central comme objet et sujet du droit de la famille privé et du droit social, il nous semble logique de présumer que le droit québécois de la famille reconnaît et supporte la mère au foyer et que le sentiment de non reconnaissance de la mère au foyer a plusieurs sources auxquelles ne participent pas le droit de la famille.

Mais, comment évaluer l'individualisation du droit de la famille pour ce sujet de droit? Nous n'avons pas trouvé d'ouvrage juridique québécois traitant spécifiquement de l'encadrement juridique ou de l'individualisation du droit pour la mère au foyer. Les lexiques des ouvrages juridiques de référence portant sur le droit de la famille ne contiennent pas non plus de chapitre abordant expressément l'individualisation, le

¹⁴ Irène THÉRY, « Individu, parenté et droits de l'homme. Pour une sociologie des débats éthiques sur la famille », dans Françoise-Romaine OUELLETTE, Renée JOYAL et Roch HURTUBISE (dir.), *Familles en mouvance : quels enjeux éthiques?*, Coll. « Culture et Société », Québec, P.U.L., 2005, p. 379 ; Irène THÉRY, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au garde des Sceaux, ministre de la Justice, Paris, Éditions Odile Jacob, 1998 ; Irène THÉRY, « Changements des normes de la vie privée et de la sexualité : de la question individuelle à la question sociétale », dans Gérard NEYRAND, Michel DUGNAT, Georgette RIVEST et Jean-Noël TROUVÉ (dir.), *Familles et petite enfance : mutations des savoirs et des pratiques*, Paris, Éditions Érès, 2006, p. 25.

¹⁵ Pour un aperçu des positions critiques, voir notamment Linda HIRSCHAM, *Get to Work*, New York, Viking Adult, 2006 ; Hélène LUCAS, *Profession: Mère de famille*, Québec, Éditions Sylvain Harvey, 2006 ; Leslie MORGAN STEINER, *Mommy Wars*, New York, Random House Trade Paperbacks, 2007 ; et pour un exemple d'observation scientifique, voir Toni SCHINDLER ZIMMERMAN, « Marital Equality and Satisfaction in Stay-At-Home Mother and Stay-At-Home Father families », (2000) 22 - 3 *Contemporary Family Therapy* 337.

¹⁶ Quel que soit son statut conjugal, son orientation sexuelle ou la nature du lien de filiation qui existe entre elle et son enfant.

¹⁷ Cette expression, mainte fois reprise, provient de Luc GODBOUT et Suzie ST-CERNY, *Le Québec, un paradis pour les familles? Regard sur la famille et la fiscalité*, Québec, P.U.L., 2008.

maternage ou la mère au foyer¹⁸. L'évaluation que nous voulons réaliser implique donc une présentation de l'individualisme et de la mère au foyer. Notre questionnement de l'individualisation du droit québécois de la famille pour la mère au foyer est ainsi guidé par les questions générales suivantes :

1. Qu'est-ce que l'individualisme ?
2. Comment l'individualisme s'incarne-t-il au sein des institutions de l'État, de la famille et dans la vie de la mère ?
3. Que savons-nous sur la mère au foyer québécoise ?
4. Quel est l'état du droit québécois de la famille qui est susceptible de trouver application à l'égard de la mère au foyer ?
5. Ce droit s'individualise-t-il pour la mère au foyer ?
6. Que peut nous apprendre l'observation de ce droit à l'aide d'indicateurs de l'individualisme ?

Il est essentiel pour nous d'énoncer clairement en ouverture de ce travail que le choix de notre sujet de recherche ne vise pas à mettre l'actrice familiale qu'est la mère au foyer en opposition d'un point de vue idéologique ou pratique avec les mères qui ont un emploi rémunéré, à temps plein, à temps partiel, qui sont travailleuses autonomes, étudiantes, au chômage ou qui ne peuvent pas travailler,¹⁹ pas plus qu'il ne sera question de l'opposer aux autres individus qui peuvent effectuer le travail de maternage²⁰. Nous tentons plutôt de comprendre un aspect du droit de la famille à partir de l'expérience juridique du sujet de droit particulier qu'est la mère au foyer. Nous

¹⁸ Mentionnons cependant l'excellent ouvrage de Lorna TURNBULL, *Double Jeopardy. Motherwork and the Law*, Toronto, Sumach Press, 2001, qui porte sur le traitement du maternage et de la mère en droit canadien.

¹⁹ Cette description est tirée de la définition exacte que nous utilisons de la mère au foyer. Voir infra, chapitre 4.

²⁰ Qui peuvent notamment comprendre les pères.

pouvons ainsi énoncer les principaux objectifs de cette recherche de la manière suivante:

1. Observer concrètement comment le droit québécois s'organise autour de la mère au foyer²¹.
2. Nuancer les observations qui portent sur l'individualisation du droit de la famille québécois.
3. Formuler des observations générales sur le droit de la famille québécois.

Notre démarche consistera à observer et analyser à la fois le droit privé et le droit social de la famille qui s'applique à la mère au foyer au Québec. Nous croyons que cette double analyse constitue un élément original de notre recherche. De surcroît, cette analyse sera placée en lien avec certains contextes de la société contemporaine dans lequel le droit s'insère. Bien que nous sachions notre description partielle et subjective, nous tenterons de mettre en lumière certains aspects intéressants de ces contextes en utilisant principalement la littérature et les données provenant des travaux des sciences sociales.

Cette description des contextes sociaux qui interagissent avec le droit de la famille, notre décision d'interroger à la fois le droit privé et le droit social et notre démarche qui consiste à placer la mère au foyer et son encadrement juridique au centre de notre questionnement sont cohérents avec notre approche théorique qui consiste à interroger le droit considéré en tant qu'ordre normatif vivant et relatif qu'il est possible d'observer empiriquement. Fortement influencé par la sociologie du droit, notre travail de recherche s'inscrit donc dans une perspective socio-juridique.

Concrètement, notre mémoire comporte deux grandes parties. La première vise à «mettre la table» d'un point de vue théorique en vue de l'analyse du droit privé et social qui suivra en deuxième partie. Plus spécifiquement, la première partie comprend,

²¹ Cette idée, d'analyser le droit qui s'organise autour de la mère, est notamment inspirée de l'ouvrage de L.TURNBULL, préc., note 18.

à son chapitre deux, une description et une identification des caractéristiques de l'individualisme. Compris comme une tendance dynamique, nous présentons successivement l'individualisme de la première puis de la seconde modernité. Nous nous attardons ensuite au chapitre trois sur la manière dont l'individualisme se manifeste au sein et en lien avec les institutions d'État, la famille et la mère. Dans le chapitre quatre, nous décrivons notre sujet de droit, la mère au foyer, en faisant un modeste recensement des informations qualitatives et quantitatives disponibles sur celle-ci.

La seconde partie de notre mémoire s'ouvre au chapitre cinq avec la description de notre méthodologie de recherche qui consiste à identifier trois indicateurs de l'individualisation du droit qui nous permettront d'interroger le droit social et le droit privé de la famille. Nous situons dans ce chapitre notre recherche dans le contexte de la littérature juridique, cette description étant complétée par la jurisprudence et la doctrine pertinentes. Nous décrivons aussi explicitement dans ce chapitre méthodologique nos postulats ainsi que notre terrain d'observation. Nous y exposons aussi les détails ainsi que certains défis de notre cadre méthodologique. Au chapitre six, nous décrivons l'état du droit social, circonscrit par la description de notre terrain d'observation, et tel qu'il s'applique en 2010 à la mère au foyer. Nous analysons au chapitre sept les dispositions du droit social qui font partie de notre terrain d'observation à l'aide de nos trois indicateurs. Le même exercice est répété au chapitre huit, qui dépeint notre terrain d'observation en droit privé pour, au chapitre neuf, analyser ce terrain à l'aide des mêmes indicateurs. Le chapitre dix, qui est en fait la conclusion de la deuxième partie, vise à faire l'intersection de ces analyses du droit social et du droit privé et a comme objectif de formuler quelques observations plus larges sur le droit québécois qui encadre la famille.

Nous choisissons, en début de travail, de faire état de certaines idées sur la famille, le droit ainsi que sur l'étude du droit mises de l'avant par le sociologue Émile Durkheim, l'un des fondateurs de la sociologie en tant que discipline académique²².

²² Mathieu DEFLEM, *Sociology of Law. Visions of a Scholarly Tradition*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

L'approche méthodologique et les objets de réflexions et de recherches de Durkheim ont fait de lui un pionnier à plusieurs égards, notamment pour les sociologues du droit.

Traitant de la famille à la fois plus privée et plus publique, de l'individualisme, de sa création et ses effets, et finalement du droit, de son rôle et de la manière de l'observer, les écrits de Durkheim abordent plusieurs sujets qui sont au centre de notre questionnement et de l'élaboration de notre cadre conceptuel, certaines de ses idées fondant les postulats de notre recherche.

Ainsi, bien que Durkheim n'ait pas répondu directement à la question qui nous intéresse, nous avons été fortement influencé par sa pensée et sa méthode et c'est pourquoi nous débutons notre mémoire par une brève revue de quelques unes de ses idées.

PREMIERE PARTIE : FONDEMENTS THEORIQUES

Chapitre 1 : Émile Durkheim : sociologie de la famille et du droit

1.1 La famille conjugale : privée et sociale

Dans son ouvrage *La famille conjugale*²³, paru en 1892, Émile Durkheim observe, dans ce qui peut sembler paradoxal, que la famille devient à la fois plus privée et plus sociale.

Plus privée et intime parce qu'elle se sépare de l'espace « public » (la famille élargie, les voisins...) et parce qu'elle est présentée comme un lieu privilégié où les relations affectives entre ses membres deviennent primordiales. C'est la « famille relationnelle » plus centrée sur les personnes, les individus.

La valorisation des individus dans le cadre familial s'inscrit, pour Durkheim, dans une tendance plus large à l'individualisation, tendance incontournable qui continuera de s'accroître. L'individualisation telle qu'on la connaît est une création sociale. L'existence sociale n'est pas postérieure à l'existence des individus. Pour lui, l'individualisation n'est pas mauvaise en soi. Elle est inévitable vu l'accroissement de la population et la spécialisation de chacun. Il devient essentiel dans ce contexte que l'individu bénéficie des encadrements et du soutien que peuvent lui offrir les divers groupes sociaux ou secondaires. La famille « moderne » est un tel groupe.

Groupe tampon entre l'individu et la société, la famille ainsi qualifiée est issue des réflexions de Durkheim sur les solidarités²⁴. La famille n'a pas, pour lui, de vertus particulières à cause de la consanguinité, elle n'est pas « naturellement » plus morale, ayant plus de ressemblance que de différence avec les autres groupes où l'on retrouve des individus rapprochés par une communauté étroite d'idées, de sentiments, d'intérêts. La famille serait cependant particulière en ce sens qu'elle est une sorte de société complète où les individualités peuvent s'exprimer librement. Cette liberté est créée notamment par le fait que les individus la composant y ont des devoirs moraux

²³ Émile DURKHEIM, *La famille conjugale. Cours de 1892*, coll. « Textes III », Paris, Éditions Minuit, 1975, p. 35-49.

²⁴ Émile DURKHEIM, *De la division du travail social*, 10^e éd., Paris, P.U.F., 1978.

précis encadrés par des règles obligatoires. « Une puissante vie morale s'y est développée ». Pour Durkheim, cette présence de règles qui assurent la cohésion, la régularité et départagent les intérêts en conflits est nécessaire. L'anomie ou l'absence de règles encadrant l'individualisation peut mener « à l'état de misère morale », phénomène constaté dans son étude *Le Suicide*²⁵. Cette vision explique notamment l'opposition farouche de Durkheim aux lois qui permettraient le divorce. Ces règles de conduite, cette normativité sont inspirées de valeurs communes et s'appuient sur le lien de communauté. Ces règles doivent être issues de l'État et non de contrats, puisque le contrat n'exprime que l'état respectif des forces économiques en présence.

Ainsi, dans un jeu délicat d'équilibre, l'État est chargé d'élaborer des règles qui valent pour la collectivité tout en reconnaissant qu'il ne peut faire primer les intérêts collectifs en subordonnant les individus. Durkheim réconcilie ces notions apparemment contradictoires en énonçant que l'État doit voir à ce que les groupes secondaires (comme les corporations, les familles...) n'exercent pas sur l'individu l'influence compressive qu'ils exerceraient autrement. C'est notamment par la voie des droits individuels que l'État peut contribuer à assurer un espace de liberté pour les individus.

Comme l'individu est une construction sociale, il est logique que les droits individuels, leur institution soit aussi une œuvre de l'État. Ce qui est à la base du droit individuel, ce n'est pas la notion de l'individu tel qu'il est « naturellement », mais la manière dont la société le pratique, le conçoit, l'estime qu'elle en fait. Par conséquent, pour Durkheim, les droits sont attribués par la société sur la base de la valeur qu'elle attribue à chaque individu. Ainsi, l'État est responsable d'attribuer des droits aux individus et d'encadrer les familles dans l'objectif de soutenir à la fois l'intégration et la liberté des individus qui la composent.

La famille est donc également sociale, c'est-à-dire très clairement inscrite dans un rapport avec les autres institutions y compris l'État, dont les citoyens dépendent de plus en plus.

²⁵ Il conclura que plus la vie sociale est entourée de règles, plus elle est protégée du suicide. Émile DURKHEIM, *Le Suicide*, Paris, P.U.F., 1930.

À côté de la privatisation de la famille qui devient un refuge intime, l'État lui impose de nouvelles dynamiques, par exemple, en contrôlant la scolarisation de tous les enfants²⁶. L'influence et l'intervention croissantes de l'État sur la vie privée, y compris autour et au sein de la vie familiale, ne sont pas malheureuses pour Durkheim, mais plutôt nécessaires :

« Le rôle de l'État n'a rien de négatif. Il tend à assurer l'individualisation la plus complète que puisse permettre l'état social. Bien loin qu'il soit le tyran de l'individu, c'est lui qui rachète l'individu de la société. »²⁷

Dite autrement, cette intervention, loin de brimer la liberté des individus, la rend possible. La règle qui peut paraître comme une contrainte gênante qui empêche les individus de faire ce qu'ils veulent est en fait le moyen pour permettre la pleine liberté :

« En vain, pour justifier l'état d'irréglementation, fait-on valoir qu'il favorise l'essor de la liberté individuelle. Rien n'est plus faux que cet antagonisme qu'on a trop souvent voulu établir entre l'autorité de la règle et la liberté de l'individu. Tout au contraire, la liberté est elle-même le produit d'une réglementation. »²⁸

En plus d'être socialement créées, l'individualisation et ses retombées (soit le sentiment de liberté de l'individu ou le sentiment de misère) peuvent être ressenties collectivement. Cette conscience collective est cependant souvent diffuse et difficilement cernable. Elle n'en est pas moins réelle, avec des caractéristiques identifiables. Pour Durkheim, le défi était de trouver la porte, le biais pour saisir ces phénomènes sociaux tout comme s'ils étaient des choses tangibles. Il veut « étudier les faits sociaux comme des choses »²⁹.

²⁶ Notons que l'implication de l'État entraîna une transformation et non pas une diminution des responsabilités familiales. Voir notamment Pierre BOURDIEU, *La Noblesse d'État. Grandes écoles et esprit de corps*, Paris, Éditions Minuit, 1989.

²⁷ Émile DURKHEIM, *Leçons de sociologie : physique des mœurs et du droit*, Paris, P.U.F., 1950.

²⁸ É. DURKHEIM, préc., note 24.

²⁹ Émile DURKHEIM, *Les Règles de la méthode sociologique*, 16^e éd., Paris, P.U.F., 1967.

1.2 La méthodologie de Durkheim : le droit comme fait social

En voulant observer les phénomènes sociaux comme des objets, Durkheim s'inscrit clairement dans le courant positiviste révolutionnaire de l'époque. Ainsi, dans *La famille conjugale*, Durkheim aborde la famille comme un objet d'étude qu'il se propose d'examiner empiriquement plutôt que dans une approche normative. À cette fin, il définit son sujet d'étude en établissant ses caractéristiques externes communes³⁰. Il généralisera cette méthode quelques années plus tard dans *Les Règles de la méthode sociologique*³¹. En plus d'aborder les phénomènes sociaux comme des objets, Durkheim se servira du droit comme une des portes d'entrée pour effectuer ses observations des faits sociaux.

Tout comme il se servira des statistiques sur le suicide pour évaluer l'attachement à la vie et l'intégration sociale des individus³², il utilisera le droit dans *La Division du travail social* comme terrain de recherche empirique pour mesurer les solidarités. Pour lui, le symbole visible de la solidarité, c'est le droit.

« La vie sociale partout où elle existe d'une manière durable, tend inévitablement à s'organiser, et le droit n'est autre chose que cette organisation même dans ce qu'elle a de plus stable et de plus précis. La vie générale de la société ne peut s'étendre sur un point sans que la vie juridique s'y étende en même temps et dans le même rapport. Nous pouvons donc être certains de trouver reflétées dans le droit toutes les variétés essentielles de la solidarité sociale. »³³

Toute l'œuvre de Durkheim est empreinte de son désir de construire une science de la société en tant qu'ordre moral et d'analyser scientifiquement la manière dont la solidarité sociale se construit et se maintient dans la société, malgré l'individualisation croissante produite par la division sociale du travail.

³⁰ M. DEFLEM, préc., note 31, p. 58.

³¹ É. DURKHEIM, préc., note 29.

³² É. DURKHEIM, préc., note 25.

³³ É. DURKHEIM, préc., note 24, p. 28 et 29.

La division du travail accompagne et produit l'évolution de sociétés mécaniques vers des sociétés organiques. La division du travail produirait de la solidarité à moins qu'il y ait une absence de règles (l'anomie) ou parce qu'il existe des conditions d'inégalités économiques importantes³⁴.

Le droit (par les règles de conduite qu'il sanctionne) est donc un fait social qui peut être observé. De plus, le fait social est changeant. Ainsi, l'observation d'une forme sociale, en plus d'être explicative, est utile en ce qu'elle permet d'imaginer celle-ci différemment.

Par exemple, dans les *Leçons de sociologie*³⁵, Durkheim observe comment des règles encadrant la corporation se sont formées (quelles sont les causes qui les ont suscitées et les fonctions utiles qu'elles remplissaient), comment elles fonctionnent dans la société, comment elles sont appliquées par les individus, ceci dans le but de déterminer ce que doivent être les corporations pour qu'elles soient en accord avec les conditions actuelles de l'existence.

Georges Davy, dans l'édition de 1950, introduit cette leçon. Il écrit :

*« Il y a donc lieu à distinguer dans les institutions - corporations ou autres, - des constantes et des variables, les premières correspondant à leur rôle permanent, pour celles des institutions qui apparaissent comme constitutives de toute structure sociale, les secondes aux formes d'adaptation qu'impose le changement de temps et de milieu. »*³⁶

Ainsi, bien qu'il établisse comme prémisse que les institutions doivent changer et s'adapter et bien qu'il ait tenté de se dissocier d'une sociologie trop guidée par la morale et la philosophie, Durkheim établit tout de même une constante, c'est-à-dire le rôle déterminant que jouent ces institutions, dont le droit, dans l'organisation des liens entre les individus ayant pour effet de leur éviter, ou de leur causer, l'isolement et le

³⁴ M. DEFLEM, préc., note 22.

³⁵ É. DURKHEIM, préc., note 27.

³⁶ Georges DAVY, « Introduction » dans É. DURKHEIM, préc., note 27, p. 37.

malheur. Selon lui, le droit devrait donc servir à réguler les comportements et à intégrer les individus qui composent la société.

Les observations de Durkheim sur les caractères privés et sociaux de la famille seront reprises, tantôt expressément³⁷ tantôt implicitement³⁸ par les sociologues contemporains qui s'intéressent à la famille. Il est à noter qu'il existe aussi une critique contemporaine à l'égard de ses écrits. En particulier, on a remis en question son évolutionnisme sur lequel il a notamment fondé plusieurs prédictions (dont la disparition de la famille élargie, de l'héritage et du droit successoral en France et la force du couple) qui se sont avérées inexactes. Ajoutons que la vision de Durkheim du droit synchronisé avec les rapports sociaux n'a pas été entérinée par la sociologie du droit contemporaine³⁹.

Quant à la méthode d'observation et d'analyse mise de l'avant par Durkheim, celle-ci (parmi d'autres) reste fondatrice de la sociologie contemporaine. La méthode de Durkheim cherche à mettre en lumière les causes des institutions (les causes qui les ont suscitées et les fonctions utiles qu'elles remplissent) et le fonctionnement des faits sociaux (par exemple comment les règles s'appliquent), ce qui peut aujourd'hui être qualifié de « structural-level analysis of social facts ».⁴⁰

Nous retenons de Durkheim, dans l'intersection de son analyse de la famille et de la société, que l'individualisme est croissant et inévitable. L'individualisme n'est cependant pas « naturel » pas plus que les qualités intrinsèques à l'individu. La conception et l'importance données à l'individu sont des créations sociales. Le droit, dans l'objectif de permettre au plus grand nombre possible d'individus « de se créer », doit imposer des normes, sinon l'individualisation de plusieurs sera impossible.

³⁷ Voir notamment François DE SINGLY, *L'individualisme est un humanisme*, La Tour d'Aigues, Éditions de l'Aube, 2005.

³⁸ Voir notamment Philippe ARIÈS et George DUBY, *Histoire de la vie privée, 1914-1984*, Paris, Éditions du Seuil, 1985-1987.

³⁹ Voir notamment Christine MORIN, *L'Émergence des limites à la liberté de tester en droit québécois : étude socio-juridique de la production du droit*, Cowansville, Édition Yvon Blais, 2009.

⁴⁰ M. DEFLEM, préc., note 22, p. 73.

L'intervention du droit par l'imposition de normes, loin de brimer la liberté des individus, la rend possible.

Le droit y est décrit comme le premier symbole de la solidarité qui est nécessaire à l'intégration des individus.

Cette manière d'aborder le droit comme objet d'analyse a, en outre, d'un point de vue théorique, posé plusieurs jalons importants dans l'élaboration de la sociologie du droit contemporaine⁴¹.

1.3 La sociologie du droit contemporaine

La sociologie du droit offre un cadre conceptuel théorique aux juristes (ainsi qu'aux sociologues) leur permettant d'observer le droit comme un phénomène social, au même titre que les sociologues de la famille observent la famille comme phénomène social⁴². Le droit est donc observé comme un phénomène dépouillé d'une autorité méta-juridique aux yeux de l'observateur. La sociologie du droit tente non pas simplement de faire état du droit, mais plutôt de voir comment le droit se rapporte à certaines idéologies, à certains rapports de force.

Cette manière d'observer le droit s'inscrit parmi d'autres. En effet, le droit peut être observé dans une perspective dite « interne ». Pensons notamment à la doctrine qui se développe dans le but de rendre le droit plus compréhensif et plus cohérent⁴³. Une manière simple de décrire la sociologie du droit est que, contrairement par exemple à la doctrine, elle tente d'observer le droit de « l'extérieur ». Nous situons notre travail à la frontière de la sociologie du droit en ce que nous observons le droit « de l'intérieur », expliquant l'état du droit de la famille, tout en utilisant un concept « extérieur » au droit, celui de l'individualisme pour l'analyser de manière empirique.

⁴¹ Aussi appelée sociologie politique du droit ; voir notamment Jacques COMMAILLE, *L'esprit sociologique des lois*, Paris, P.U.F., 1994 ; Olivier CORTEN, « Éléments de définition pour une sociologie politique du droit », (1998) 39 *Droit et Société* 347.

⁴² Jean CARBONNIER, «Prolégomènes», dans *Sociologie juridique*, 1^{ère} éd., Paris, P.U.F., 1978, p. 16. Il est à noter que Deflem semble soutenir que seuls les sociologues peuvent adopter cette posture théorique.

⁴³ Cette typologie des manières d'observer le droit est tirée de M. DEFLEM, préc., note 22, p. 4 et ss.

De plus, aux fins de ce travail, nous retenons aussi de la sociologie du droit que le droit représente une certaine vision, une certaine perception de la réalité. Cette vision change dans le temps en même temps qu'elle est différente à travers le monde⁴⁴. Le droit est donc relatif et n'a donc pas de forme parfaite en soi. Ainsi que nous le verrons dans la deuxième partie de ce travail, le droit de la famille du début du siècle était très différent de celui qui existe aujourd'hui, tout comme le droit social qui encadre la famille en France aujourd'hui est très différent de celui qui existe au Québec.

Le droit est aussi vu comme un construit social qui évolue au gré des rapports de force⁴⁵. Selon cette perspective, le droit est mobilisé à travers les années par différents acteurs sociaux, mus par le jeu d'idéologies, d'intérêts et de valeurs. Le droit n'est donc pas neutre.

Certains acteurs veulent amener des changements, d'autres au contraire veulent conserver le *statu quo*. Parmi ces derniers se trouvent souvent les juristes eux-mêmes qui, particulièrement en ce qui concerne le droit privé, veulent assurer la pérennité d'une logique interne au droit⁴⁶. En ce qui concerne les acteurs extérieurs au droit, des recherches portant sur le droit de la famille ont mis en lumière l'influence historique de certains d'entre eux⁴⁷ et ce qui semble pour certains comme une instrumentalisation nouvelle ou plus intense du droit privé⁴⁸.

⁴⁴ Guy ROCHER, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, Montréal, Éditions Thémis, 1996, à l'avant-propos, p. xiii.

⁴⁵ « (...) Some individuals or groups in a society may have more power than others to shape social conditions », Roger COTTERREL, « Introduction : Theory and Method in the Study of Law », dans *The Sociology of Law : An Introduction*, Londres, Buttersworths, 1984, p. 11 et 13.

⁴⁶ Voir notamment l'illustration faite par C. MORIN, préc., note 39. De plus, traitant du mariage, Kasirer soutient que les juristes déconsidèrent l'importance des aspects autres que strictement normatifs, entendus comme « écrit dans le droit », voir Nicholas KASIRER, « Convoler en justes noces », 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. 29.

⁴⁷ Robert BUREAU, Katherine LIPPEL et Lucie LAMARCHE, « Développement et tendances du droit social au Canada (1940-1984) », dans Ivan BERNIER et Andrée LAJOIE (coord.), *Le droit de la famille social au Canada*, Rapport préparé pour la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada (Commission MacDonald), ministre des Approvisionnements et Services Canada, vol. 49, 1986, p. 79.

⁴⁸ Sur le patrimoine familial, voir Anne RÉVILLARD, « Du droit de la famille aux droits des femmes : le patrimoine familial au Québec », (2006) 62 *Droit et Société* 95 ; sur les conjoints de fait, voir Jocelyne

En nous invitant à considérer le droit comme un construit relatif, collectif, résultant de circonstances, d'interactions entre des personnes et de jeux de forces sociales⁴⁹, la sociologie du droit nous permet de nous extirper des analyses du droit qui peuvent se fonder uniquement sur des présupposés (l'autonomie ou la liberté des individus par exemple) sans vraiment remettre en question la neutralité de ces présupposés, sans savoir d'où ils viennent ou quelles en sont les conséquences⁵⁰.

Nous retenons aussi des enseignements de la sociologie du droit que le droit gagne à être analysé comme influençant et étant influencé par ses contextes, c'est-à-dire toutes les facettes économiques, politiques et autres qui composent la société contemporaine. L'organisation sociale, qui comprend l'organisation de la famille, et la culture dont fait partie l'ensemble des valeurs, sont des contextes dans lesquels existent des ordres normatifs autres que juridiques qui peuvent alimenter ou vider de leur substance les règles du droit⁵¹.

Ainsi, la sociologie du droit propose d'analyser empiriquement le droit comme une institution et comme un phénomène social qui est à la fois mobilisé de l'intérieur par sa propre rationalité et de l'extérieur par différents acteurs qui tentent de mettre de l'avant leur vision et intérêts. Toutes ces interactions et influences peuvent avoir pour conséquence que le droit (tout comme la société contemporaine) se trouve « tiré » par des mouvements contradictoires ou incohérents tout en essayant de maintenir une logique interne ou même des logiques internes lorsqu'il est question à la fois du droit privé et du droit social ou public. Se superposant à ces influences, les interactions entre

JARRY, *Les conjoints de fait au Québec : vers un encadrement légal*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, qui, sans s'inscrire directement dans la sociologie du droit, abordent la question de la mobilisation du droit de la famille ; voir aussi sur la filiation, les commentaires de Michel TÉTRAULT, *Le droit de la famille*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 31.

⁴⁹ Guy ROCHER, « Le droit canadien : un regard sociologique », dans Ivan BERNIER et Andrée LAJOIE (coord.), *Le droit de la famille et le droit social au Canada*, Rapport préparé pour la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada (Commission MacDonald), ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1986, p. 151-175.

⁵⁰ R. COTTERELL, préc., note 45, p. 2.

⁵¹ J. CARBONNIER, préc., note 42, p. 17.

le droit de la famille et les contextes qui entourent le droit sont tous traversés dans la société contemporaine par l'individualisme.

Chapitre 2 : L'individualisme

2.1 L'individualisme conçu comme une tendance dynamique

Nous avons choisi d'aborder le droit québécois de la famille en tant que phénomène traversé par l'individualisme, tout comme l'est la société contemporaine. Tenter d'identifier et d'observer comment le droit s'individualise autour de la mère au foyer implique de comprendre le sens qui peut être donné à cette tendance. Cette compréhension est nécessaire afin de saisir les contours du phénomène et d'identifier des caractéristiques qui nous permettront de choisir des indicateurs susceptibles d'appuyer l'analyse du droit de la famille québécois.

Nous abordons l'individualisme non pas en tant qu'idéologie statique, mais bien en tant que courant de pensée philosophique, prenant source dans la philosophie du libéralisme, dont l'idée centrale est l'individu, tant comme valeur qu'agent empirique et se déployant différemment dans le temps, dans l'espace et dans le cadre social dans lequel il évolue⁵². Le terme *individualisation* décrit ce mouvement, ce processus dynamique par lequel l'individualisme s'installe et se transforme constamment⁵³.

Dans ce chapitre, nous avons comme objectif de retracer les sources philosophiques de l'individualisme et d'en décrire le déploiement. Cette description diachronique se divise en deux périodes associées au développement de la (ou des) modernité (s) en Occident, soit la première modernité qui prend son envol du milieu du 19^e siècle et qui se termine dans les années '60, et la seconde qui débute alors et continue depuis.

⁵² 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 ; F. DE SINGLY, préc., note 37 et Charles TAYLOR, *The sources of the Self : The Making of the Modern Identity*, Cambridge, Harvard University Press, 1989.

⁵³ Notons que cette définition ne nie aucunement que l'individualisme, ou à tout le moins une certaine conception de l'individualisme, ait acquis une valeur idéologique. Voir la discussion et la définition de l'idéologie infra, p. 29.

Cette manière de décrire l'individualisme est calquée sur celle utilisée par De Singly dans le cadre de sa réflexion sur le développement de l'éthique dans la société individualiste⁵⁴. Cette idée d'opposer deux modernités pour illustrer et expliquer les changements sociaux est aussi utilisée par les sociologues Anthony Giddens, Ulrich Beck et Elizabeth Beck-Gernsheim, des auteurs ayant fait porter plusieurs de leurs analyses sur l'individualisme⁵⁵.

Nous désirons préciser que nous ne prétendons pas que l'individualisme peut être catégorisé strictement selon une typologie qui correspond aux deux modernités, notre recherche nous permettant de constater que le développement de l'individualisme ne se fait pas toujours de manière cohérente ni linéaire. Cependant, nous croyons que la compréhension de l'essence de l'individualisme de la seconde modernité, c'est-à-dire de notre époque contemporaine, est facilitée par la comparaison avec celle de la première modernité. Cette approche est de plus cohérente avec les enseignements de la sociologie du droit qui nous invitent à percevoir et à concevoir les normes, dont fait partie le droit, comme étant relatives et dans une relation d'interaction avec les courants de pensée environnants.

La deuxième partie quant à elle vise à aborder l'observation de l'individualisme « à l'œuvre » à la fois au sein et en lien avec les institutions d'État, la famille et la mère. Nous avons choisi ces contextes parce qu'ils nous semblent intimement en lien et au croisement de notre questionnement sur l'encadrement juridique de la mère au foyer, notamment parce qu'il se développe aussi au sein de ces contextes des normes qui encadrent la mère au foyer. De plus, nous avons trouvé dans la littérature des sciences sociales et du droit des écrits et des recherches qui traitent (quelquefois directement, d'autres fois indirectement par le biais de la solidarité) de l'individualisme dans ces contextes.

⁵⁴ François DE SINGLY, « L'éthique dans une « société individualiste », *Familles en mouvance : quels enjeux éthiques?*, dans Françoise-Romaine OUELLETTE, Renée JOYAL et Roch HURTUBISE (dir.), I.Q.R.C., Coll. « Culture et Société », Québec, P.U.L., 2005, p. 21 où De Singly traite des caractéristiques de l'individualisme (qui importent pour aborder les changements normatifs).

⁵⁵ Voir notamment 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.

Finalement, nous désirons préciser que nous présentons ici l'individualisme selon les termes développés et utilisés à travers l'histoire pour décrire un phénomène social. Ainsi, nous décrivons et identifions les caractéristiques de l'individualisme en exploitant les idées et recherches des sciences sociales. Ce choix est fondé sur le fait que nous avons constaté de nos lectures portant sur le droit de la famille, privé ou social, que, contrairement au concept de la solidarité⁵⁶, les termes « individualisme » ou « individualisation » n'ont pas énormément de signification à proprement juridique alors que la littérature des sciences sociales comprend une abondance de textes importants à ce sujet. L'irrigation du droit par l'individualisme se traduit par l'utilisation de plusieurs des mêmes termes, qui ont cependant une signification particulière. Bien que nous fassions certaines références dans cette partie à la manière qu'a le droit d'utiliser ces termes, nous traitons plus spécifiquement de cette question du vocabulaire juridique de l'individualisme dans la deuxième partie de notre travail.

2.2 L'individualisme de la première modernité

Force est de constater que le terme individualisme est utilisé pour décrire plusieurs idées.

⁵⁶ Notons que le terme « solidarité » n'a pas toujours la même signification en droit privé ou en droit social, pas plus qu'il n'y ait d'adéquation entre la signification de ce terme dans le droit privé et dans les autres sciences sociales. Sur le concept de la solidarité en sciences sociales voir notamment André BURGUIÈRE, « Les sciences sociales et la notion de solidarité familiale : un commentaire d'historien » dans Danielle DEBORDEAUX et Pierre STROBEL (dir.), *Les solidarités familiales en question*. Paris, L.G.D.J., 2003, p. 19; Claude MARTIN, « Les solidarités familiales : bon ou mauvais objet sociologique? », dans Danielle DEBORDEAUX et Pierre STROBEL (dir.), *Les solidarités familiales en question*, Paris, L.G.D.J., 2003, p. 41; Renée B. DANDURAND et Françoise-Romaine OUELLETTE, « Famille, État et structuration d'un champ familial », (1995) 27-2 *Sociologie et Sociétés* 103 ; Renée B. DANDURAND, « Les parentèles : un lieu privilégié des relations intergénérationnelles », (1998) 22 (1) *Possibles* 63 ; Johanne CHARBONNEAU, « La recherche sur les solidarités familiales au Québec », (2004) 3 *La Revue française des affaires sociales* 173. Pour le concept de la solidarité en droit privé voir notamment Charles GONTHIER, « Droits de la personne: solidarité et bonne foi », dans *Droits de la personne: Solidarité et bonne foi, Actes des Journées Strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures 2000*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 22 ; J.-L. BAUDOIN, préc., note 2 ; Marie-France BICHE, « Petits éléments pour une réflexion polémique sur la solidarité en droit du travail », dans *Droits de la personne: Solidarité et bonne foi, Actes des Journées Strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures 2000*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 93. Pour un aperçu du lien qui peut être fait entre le concept en droit social et en droit privé, voir notamment Nicholas ZAY, « Sécurité familiale et sécurité sociale », dans *Le droit dans la vie familiale, Livre du centenaire du Code civil*, Montréal, P.U.M., 1970, p. 98 et Christophe VIGNEAU, « Les rapports entre solidarité familiale et solidarité sociale en droit comparé », 1 (1999) *R.I.D.C.* 51.

Michel Foucault a dit de l'individualisme :

[...] individualisme veut tout dire : une attention attachée par un individu à sa personne, comme exemplifiant la condition humaine? Une priorité ontologique ou encore une primauté éthique de l'individu sur la collectivité ou sur l'État? Un non-conformisme, un dédain des normes communes? Réaliser ses virtualités personnelles à titre de chef-d'œuvre parmi les humains, serait-ce au prix de l'amoralisme? La volonté de se réaliser plutôt que de rester à son rang? Se sentir différent des autres et dédaigner les modèles sociaux? Vouloir disposer d'une zone de libertés privées contre les pouvoirs (comme au XVIIIe siècle, selon Charles Taylor)? Affirmer publiquement le choix que l'on fait de soi-même? Avoir une relation personnelle, non médiatisée par les pouvoirs ou un groupe, avec l'absolu religieux (comme au temps de la Réforme, dit aussi Charles Taylor) ou éthique? Enrichir sa personnalité en multipliant les expériences et en les transformant en conscience? »⁵⁷

De ces idées soulevées par Foucault se dégagent à tout le moins deux questions centrales : comment concevoir l'individu et quelle importance lui donner.

Pour traiter de ces questions, il faut bien rappeler que le concept de « l'individu » n'est pas apparu avec l'individualisme. L'individu existait dans les sociétés traditionnelles (qui sont souvent nommées en opposition aux sociétés contemporaines dites individualistes)⁵⁸. L'individu dans la société traditionnelle était the « *smallest unit of an imagined whole* ». ⁵⁹

Il faut aussi préciser que *l'individuation*, qui est le processus par lequel un individu devient identifiable en tant qu'être original (par son nom, ses caractéristiques particulières...) pour la société, existait aussi dans le cadre des sociétés dites holistes,

⁵⁷ Michel FOUCAULT, *Histoire de la sexualité, tome 3 : Le Souci de Soi*, coll. «tél.», Paris, Gallimard, 1997, p. 56.

⁵⁸ I. THÉRY, préc., note 14., p. 379.

⁵⁹ U. BECK et E. BECK-GERSHEIM, préc., note 55, p. 27.

c'est-à-dire dans les sociétés où la valeur suprême se trouve dans le tout plutôt que dans les individus qui le forment⁶⁰.

Cependant, dans le cadre de ces sociétés traditionnelles, ou holistes, que l'on pense à l'exemple de la Grèce antique ou du début du Moyen-âge en Europe, les comportements individualistes, c'est-à-dire ceux qui avaient comme fin et comme sens le bien-être de l'individu lui-même, étaient perçus comme déviants et dangereux pour la survie de la collectivité. Ils devaient être combattus⁶¹. Ainsi, l'individu devait contribuer, à partir de sa place, à donner de la valeur au tout⁶².

On attribue aux philosophes du Siècle des lumières la formulation d'une nouvelle conception de l'individu : il devient la valeur suprême et le statut de référence. Les philosophes réaniment et bonifient la conception de l'individu. C'est la naissance du libéralisme comme courant de pensée. Il est important de noter que nous faisons nôtre la distinction tracée par Guy Rocher quant à l'utilisation du terme libéralisme : nous l'employons ici pour décrire un courant philosophique qui valorise l'individu ou la personne humaine et non pas pour décrire le courant de pensée qui s'oppose à l'intervention de l'État et qui perçoit l'individu comme un être indépendant, voire autarcique⁶³.

Trois idées valeurs sont centrales au libéralisme : le respect de la personne humaine, le respect de la nature et de l'ordre naturel et le respect du droit⁶⁴. On reconnaît à chaque personne individuellement le droit naturel d'être libre et égale aux autres.

⁶⁰ I. THÉRY, préc., note 14, à la page 382.

⁶¹ U. BECK et E. BECK-GERNSHEIM, préc., note 55, p. 27. Ils y citent Jean-Paul Sartre dans *La Nausée* : «Ce type n'a aucune valeur pour la société, il n'est qu'un individu.»

⁶² I. THÉRY, préc., note 14, à la page 384.

⁶³ Voir G. ROCHER, préc., note 44 au chapitre intitulé « Les fondements de la société libérale, les relations industrielles et les chartes », p. 67 et 68.

⁶⁴ Id.

On peut voir la trace d'autres influences dans cette idée que les individus ont des droits « naturels », c'est à dire inscrits dans la nature même de l'être humain⁶⁵. Les théologiens chrétiens (qui l'avaient empruntée aux philosophes grecs) ont mis de l'avant cette vision de la *personne* qui est dotée de raison, la distinguant ainsi des animaux et lui donnant accès aux droits naturels. Ils mettaient de l'avant l'idéal de la justice sociale et la valeur de la dignité des personnes.

Ainsi, ce terme de *personne* est celui que le droit retient généralement pour identifier l'individu doté de raison qui a des droits fondamentaux ou naturels.

L'historien-philosophe et juriste André-Jean Arnaud relate que les idées des droits et du droit et la notion de justice proviennent quant à elles des Romains⁶⁶. Ceux-ci utilisaient ces concepts, mais strictement pour décrire les règles qui s'appliquaient pour départager le rapport juste entre les *choses*. Ce n'est que vers la fin du Moyen-âge que ces idées sont récupérées et que la notion de justice et de droit s'élargit pour s'appliquer aux individus.

C'est donc sur ces bases philosophiques que s'enracinent le libéralisme et les droits naturels de la personne dans la société occidentale.

Ce courant de pensée sera à l'époque des Lumières principalement porté et défendu par la classe bourgeoise, notamment parce qu'elle s'oppose au pouvoir du Roi. L'émancipation de l'autorité absolue et arbitraire du Roi est au centre de la naissance du libéralisme et de ce qui deviendra l'individualisme. Elle est au cœur des grandes révolutions politiques en Grande-Bretagne, en France et aux États-Unis⁶⁷.

L'émancipation s'applique aussi à Dieu⁶⁸. C'est donc ainsi que la laïcisation progressive et le début de l'idée de l'opposition au pouvoir coïncident avec la mise en

⁶⁵ Aussi qualifiée de jusnaturalisme.

⁶⁶ André-Jean ARNAUD, «Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille», *Colloque du Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé*, Université de Lille II, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 4.

⁶⁷ Voir notamment l'explication et les références données par G. ROCHER, préc., note 44.

⁶⁸ F. DE SINGLY, préc., note 54.

place de règles qui sont au-dessus des gouvernements. L'individu réclame que l'État, émancipé du pouvoir religieux ou ecclésiastique, soit par ailleurs lui aussi soumis aux règles du droit. C'est la naissance de l'État de droit. De plus, il réclame des droits concrétisant et protégeant son émancipation, sa liberté.

Ce libéralisme philosophique subit l'influence du contexte économique capitaliste de la première modernité. En effet, dans le contexte de la révolution industrielle menée par et pour la bourgeoisie, cette dernière a intérêt à mobiliser le libéralisme pour y raccrocher la propriété privée comme valeur « considérée comme une condition de la liberté de la personne humaine et, à ce titre, fondée sur le droit naturel. »⁶⁹ La propriété privée devient la quatrième idée-valeur à la source du libéralisme. La société moderne qui devient individualiste est donc en opposition avec le monde des traditions et des religions des sociétés holistes dans lesquelles le système normatif tenait à trois figures paternelles emboîtées : Dieu, le roi et le père de famille⁷⁰.

Bien sûr, l'individu moderne qui veut se dégager des injonctions dictées par des autorités suprêmes demeure soumis à un cadre normatif. Ce qui est important, c'est que le sujet de droit ait la liberté de participer à choisir et créer l'autorité.

Rappelons que cette liberté, conçue comme faisant partie de l'essence de l'individu, s'inscrit dans ce qui est commun « naturellement » à tous les individus, à ce qui leur est universel : liberté face à l'État, liberté de conscience face à Dieu, bref, liberté de se gouverner soi-même⁷¹.

⁶⁹ G. ROCHER, préc., note 44, p. 71.

⁷⁰ F. DE SINGLY, préc., note 37, p. 40.

⁷¹ Id.

Le *Bill of Rights* anglais de 1689⁷² est le premier exemple marquant d'un texte législatif qui fait état de cette liberté. Arnaud souligne que la liberté y est décrite comme le fait « de ne pas être empêché ».⁷³

Dans cette vision d'individus semblables dans leur essence, libres et naturellement fondés à aspirer à la propriété privée, il s'en suit que chacun est perçu comme pouvant entrer rationnellement et librement en relation avec les autres en vue de protéger sa propriété privée. La relation contractuelle devient un instrument idéal dans ce contexte. C'est le principe électif qui devient central :

*« Un lien n'a de sens, dans la philosophie des Lumières, que si non seulement sa formation est libre, mais aussi sa dissolution. »*⁷⁴

Pour cette pensée libérale mobilisée par les bourgeois, les premières Déclarations des droits de l'homme ont pour unique objet de protéger les individus contre le pouvoir autoritaire ou arbitraire de l'État :

*« Cantonnés au rapport entre l'individu et l'État, les droits de l'homme ne trouvaient dans les relations privées aucune pertinence, aucune utilité. Ces relations, abandonnées au contrat et à l'autonomie de la volonté, ne paraissaient pas pouvoir menacer les libertés de l'un ou l'autre des partenaires contractuels. Comment le contrat aurait-il pu être une menace pour la liberté des individus alors qu'il en constituait la manifestation ultime, la figure indépassable? »*⁷⁵

Ainsi, le droit organisé et structuré qui naît lors de la première modernité fait une distinction entre les rapports entre les individus et les rapports entre l'État et les individus, ces derniers devant être protégés de l'arbitraire de l'État. Dans les deux cas

⁷² *Act Declaring the Rights and Liberties of the Subject and Settling the Succession of the Crown*, 1688 (c. 2).

⁷³ A.-J. ARNAUD, préc., note 66, p. 4.

⁷⁴ F. DE SINGLY, préc., note 37, p. 41.

⁷⁵ Patrice ADAM, *L'individualisation du droit du travail. Essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu*, Bibliothèque de droit social, tome 39, Paris, L.G.D.J. 2005, p. 269.

cependant, la liberté de l'individu, entendue comme le non-empêchement, devient prédominante comme valeur, tout comme le droit de la propriété privée.

Ainsi, un courant de pensée qui s'inscrit philosophiquement en faveur de l'égalité de tous les individus qui font partie d'une collectivité se réalise concrètement dans un contexte de différenciation de la vie politique, économique, de la sécularisation, de l'industrialisation, de l'urbanisation et aboutit à une emprise progressive du droit centré sur les droits de certains individus détenteurs de la propriété privée.

On peut voir dans cette version tronquée du libéralisme les grands traits de ce que nous concevons généralement comme l'individualisme, c'est-à-dire un déplacement de l'action et de la réflexion du « nous » au « je »⁷⁶, particulièrement au « je » détenteur de propriété privée. L'unité à qui est destinée l'action sociale, politique, juridique est moins l'entité collective, mais devient de plus en plus l'individu propriétaire.

Pour certains, ces idées deviendront même une idéologie de l'individualisme. Une idéologie est :

« A discursive formation or a set of ideas deeply connected to and dependant on each other for their coherent articulation. Ideological formations attempt to systemize, rationalize, and justify particular material conditions and the social relations, structures, institutions, and practices to which these material conditions give rise. At the same time, ideological formations contribute to the production and maintenance of the material conditions and the social relations, structures, institutions and practices that these formations claim simply to describe. »⁷⁷

Une idéologie a notamment comme caractéristique de faire en sorte que les individus ont tendance à intégrer ses préceptes de manière généralisée et en viennent

⁷⁶ U. BECK et E. BECK-GERNSHEIM, préc., note 55.

⁷⁷ Patricia DEQUINZIO, *The Impossibility of Motherhood. Feminism, individualism and the problem of mothering*, New York et Londres, Routledge, 1999, p. 2. Pour cette auteure, qui examine l'intersection entre l'individualisme et la maternité, l'individualisme est à la fois théorie et une tendance fondée sur l'idéologie individualiste.

à penser que ceux-ci sont « *the way things are* » ou « *common sense* » en plus de provoquer et maintenir les conditions sociales et les institutions qu'elle prétend simplement décrire⁷⁸.

L'idéologie de l'individualisme décrirait donc l'individu comme un être rationnel, qui agit selon ses intérêts individuels et capable de comprendre et de connaître tous les autres.

Parallèlement au courant de pensée (et à l'idéologie) de l'individualisme, d'autres courants de pensée, dont le socialisme et le communisme, vont récupérer la volonté d'assurer le bien-être minimal et l'égalité de condition de vie de chaque personne par des droits collectifs s'opposant à l'individualisme centré sur les droits de chaque individu. Notons aussi qu'un autre courant de pensée, le personnalisme, s'opposera aussi à l'idée d'organiser la société en fonction de l'individu indépendant et agissant pour assurer sa seule liberté. Ce courant, qui décrit les individus comme étant naturellement liés les uns aux autres, mais qui s'oppose à placer l'État au dessus des individus comme le communisme, n'a pas eu une influence aussi marquante⁷⁹.

Progressivement, la réflexion sur l'émancipation de l'individu s'élargit et se met à porter sur d'autres sujets que le Souverain ou l'Église, qui peuvent être les ennemis de sa volonté. Elle vise aussi tous ceux qui exercent un pouvoir ou sont en position de supériorité et qui sont perçus comme contribuant à créer et maintenir les appartenances rigides des individus à leur genre, leur âge, leur statut marital ou leur classe sociale qui continuent d'exister malgré l'individualisme⁸⁰.

Ces inégalités inspirent et propulsent des mouvements de réforme et, parallèlement à la montée de la tendance individualiste telle que ci-haut décrite, l'État est progressivement amené à contrebalancer ces inégalités. L'État providence et la

⁷⁸ Id.

⁷⁹ Voir notamment Emmanuel MOUNIER, *Le Personnalisme*, 7^e éd., Paris, P.U.F., 1961.

⁸⁰ F. DE SINGLY, préc., note 37, notamment p. 29 et 30.

création de droits collectifs, tels le droit à l'éducation, aux soins de santé, le droit d'association et le droit d'action collective, sont mis en place⁸¹.

2.3 L'individualisme de la seconde modernité

Cette construction de l'État social ou providence et l'expansion qui en suivra au lendemain de la deuxième guerre mondiale se réalise dans une période de transformations sociales. Dans ce que certains qualifient «d'étrange» revirement, la vie quotidienne, qui avait été transformée notamment par l'industrialisation, l'accès à l'éducation et l'individualisme, fait naître de nouvelles formes d'organisations sociales qui viennent dissoudre celles qui supportent la société et son processus d'industrialisation⁸². Pensons, par exemple, à la croissance de l'activité rémunérée des femmes et à l'avènement du divorce qui affecte profondément le modèle de famille stable. Dans ce modèle, il y a, rappelons-le, une répartition des tâches établie selon la ligne de genre, la femme se chargeant de toutes les tâches domestiques et de l'éducation des enfants et l'homme de son côté appelé à travailler à l'extérieur de la maison.

Pour l'individu, cette transformation signifie que la « cohérence biographique » c'est-à-dire l'idée que la vie des individus qui, malgré la montée de l'individualisme, était encore profondément « moulée » par leur genre, leur situation conjugale, leur revenu disparaît, ou à tout le moins, perd encore de sa pertinence⁸³. L'individu se perçoit et est perçu comme le créateur et comme le responsable de sa vie, en dehors de tout cadre collectif.

Ainsi, la fin de ces collectifs, à tout le moins comme repère identitaire et normatif, veut dire que les dangers et les ambivalences biographiques qui étaient pris en charge par la famille ou la communauté sont dorénavant pris en charge uniquement par l'individu.

⁸¹ G. ROCHER, préc., note 44, p. 73.

⁸² U. BECK et E. BECK-GERNSHEIM, préc., note 3.

⁸³ Id.

La fin de la prise en charge collective ne signifie pas pour autant la fin du collectif lui-même. En effet, existe encore la notion de *destins collectifs*⁸⁴. Ces collectifs sont cependant considérés comme étant moins prévisibles. En plus d'être imprévisibles, les destins collectifs ne sont plus considérés comme établis et prescrits par le sommet. C'est aux individus qu'il revient de créer par des initiatives privées, négociées, non seulement leur vie, mais aussi la collectivité. Enfin, l'idée centrale de la seconde modernité : « *we are the authors of our own lives* », s'applique aussi à la construction du normatif individuel et collectif⁸⁵.

Dans cette perspective, on considère que c'est la faute de l'individu s'il ne se crée pas un collectif approprié et si sa vie échoue ou ne lui convient pas⁸⁶. Ainsi, l'individu doit à la fois construire son univers normatif « à la carte » et assumer individuellement les conséquences de ses choix. Pour Beck, il est clair que cette individualisation ne repose absolument pas sur une décision libre. L'individu a *l'obligation de se construire* et de construire son réseau social et, nous rajouterions, l'obligation de construire ses normes.

C'est notamment dans le contexte de ces transformations de l'organisation sociale et du déclin pour les individus du collectif prévisible et sécurisant que les sociétés occidentales vivent une crise de valeurs. Rajoutons à la description générale de ces transformations que vivent les sociétés occidentales le fait que le Québec est en pleine Révolution tranquille et qu'une coupure importante avec l'Église catholique s'est conclue à cette époque, accentuant le vide de valeurs communes.

De nouveaux « piliers éthiques » rassembleurs sont érigés : les déclarations et chartes universelle, canadienne et québécoise⁸⁷.

Les chartes reprennent la distinction qui s'était érigée entre les droits « naturels » individuels et les droits collectifs qui tentent d'assurer des conditions

⁸⁴ Id.

⁸⁵ U. BECK et E. BECK-GERNSHEIM, préc., note 55.

⁸⁶ U. BECK et E. BECK-GERNSHEIM, préc., note 3.

⁸⁷ G. ROCHER, préc., note 44, p. 76.

minimales de vie pour tous. Au lieu de réconcilier ces droits, les chartes les font coexister⁸⁸.

Bien que la *Charte des droits et libertés de la personne*⁸⁹ fasse plus de place aux droits collectifs que la *Charte canadienne des droits et libertés*⁹⁰ (en plus de s'appliquer entre les individus), les droits individuels y sont toujours plus importants. Les chartes sont tout autant influencées par l'individualisme de la première modernité que le droit en général. De surcroît, les chartes accentuent et accélèrent l'aspect individuel des normes; la dimension sociale de l'individu y est très peu prise en compte. Nous croyons important de souligner à l'égard de cette tendance du droit supra législatif à faire fi de la dimension sociale de l'individu qu'elle a cependant connu un assouplissement lorsque la Cour suprême a accueilli le concept de l'égalité substantive ou concrète⁹¹.

L'égalité peut être comprise comme étant substantive ou formelle. Dans cette dernière acception, l'égalité vise à assurer que les traitements des individus qui sont similaires soient identiques. L'emphase est ici mise sur des mesures qui tiennent pour acquis les individus dans ce qu'ils ont de commun. L'égalité substantive vise quant à elle à assurer une égalité de respect pour des individus différents, reconnaissant ainsi les caractéristiques individuelles⁹². Cette reconnaissance de l'importance des différences entre les individus, souvent ancrées dans les conditions sociales dans lesquelles ils se trouvent, est aussi importante dans le contexte des choix et de l'application des normes. La *Charte canadienne des droits et libertés*, à son article 15,

⁸⁸ Id, p. 77 et ss.

⁸⁹ L.R.Q., c. C-12.

⁹⁰ Partie 1 de la *Loi Constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.U.).

⁹¹ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143. La «maternité» de cette théorie 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 GAUDREAU-DESBIENS, *Le Sexe et le droit. Sur le féminisme juridique de Catherine Mackinnon*, coll. «Le droit aussi...», Montréal et Cowansville, Éditions Liber et Yvon Blais, 2001.

⁹² Voir notamment l'explication qui est donnée par Robert LECKEY, « Families in the Eyes of the Law. Contemporary Challenges and the Grip of the Past », dans Institute for Research on Public Policy, 15-8 (2009) *Choices* 4.

est aujourd'hui interprétée comme assurant à l'individu une égalité substantive et formelle. Ces idées de la construction individuelle du normatif et de la situation particulière de chaque individu contribuent à moduler le concept de l'autonomie déjà déterminant lors de la première modernité. En effet, lors de la seconde modernité, la capacité de chaque personne à déterminer sa propre conception de la vie idéale et à participer directement ou indirectement à la construction du cadre normatif qui s'applique à elle comprend une nouvelle donne : l'individu peut ou doit, selon les auteurs, revendiquer sa définition et son authenticité et cela, au-delà de sa simple rationalité. C'est sa vraie nature originale qu'il doit trouver ou c'est sa propre vie qu'il lui faut créer en fonction de ses besoins et de ses goûts. « *L'autonomie ainsi comprise ne conduit pas nécessairement à ce que chacun prenne le même chemin que les autres* ». ⁹³ C'est l'éthique de l'authenticité qui naît ⁹⁴.

Ainsi, l'autonomie et la liberté de la seconde modernité sont moins une caractéristique de ce que les individus ont de semblable, mais deviennent plutôt la base de ce qui fera de chaque individu un être distinct ⁹⁵. Dite autrement, la seconde modernité amène une réévaluation de l'individualité : l'essence de l'individu devient sa non-identité commune ⁹⁶.

Cette quête d'authenticité et cette emphase sur les différents choix individuels de chacun impliquent une grande écoute des autres et par les autres, notamment pour être reconnu comme personne unique ⁹⁷. L'individualisme « *doit permettre à tout individu d'avoir à la fois une vie autonome, d'avoir son monde à soi et d'être reconnu pour ce qu'il est ou croit être* ». ⁹⁸ Pour Taylor, le fait que l'individu ait besoin de la reconnaissance des autres indique qu'il en reste donc dépendant.

⁹³ F. DE SINGLY, préc., note 54, à la page 24.

⁹⁴ C. TAYLOR, préc., note 52.

⁹⁵ F. DE SINGLY, préc., note 54.

⁹⁶ U. BECK et E. BECK-GERNSHEIM, préc., note 55.

⁹⁷ F. DE SINGLY, préc., note 54.

⁹⁸ Id., à la page 26.

Cette demande, cette exigence de reconnaissance pour l'individu dans ce qu'il est, ne sont pas nécessairement nouvelles ou particulières à la deuxième modernité. Déjà certains auteurs en avaient traité au début du siècle⁹⁹. Ce qui est nouveau, c'est l'attente que cette différenciation soit reconnue dans et par la sphère publique. Dorénavant, la quête d'authenticité a des effets dans la sphère privée et dans la sphère publique :

*« Alors que sous la première modernité, l'individualisme de la différenciation personnelle devait rester dans la vie privée, sous la seconde, cet individualisme s'impose à côté de l'individualisme plus abstrait. Cette incursion déstabilise les frontières entre le privé et le public (...) ».*¹⁰⁰

De Singly et Martuccelli utilisent ci-haut le terme « *d'individualisme abstrait* » pour décrire l'individualisme de la première modernité. Cet individualisme « verrait les choses de haut », faisant ainsi notamment référence au fait que l'individu est défini traditionnellement dans l'idéologie individualiste par un trait commun. « L'individualisme concret » prêterait attention aux petites choses et insisterait surtout sur l'originalité et les différences de chacun¹⁰¹.

Pour De Singly, l'individualisme concret est invisible à un tel point qu'il n'est fréquemment même pas pensé comme « individualisme ». Pour lui, il est pertinent de réhabiliter la notion *d'individualisme concret* et de l'utiliser pour observer ses manifestations notamment au sein des familles¹⁰².

Dans la même veine, Hardill et Van Loon énoncent que la réflexion et la recherche sur l'individualisation doivent comporter un aspect concret et ne peuvent pas rester simplement une question théorique. Alors que les théories sociales peuvent aborder la manière avec laquelle la société est affectée par ce phénomène, « *empirical*

⁹⁹ Voir l'explication qui en est faite dans D. MARTUCCELLI et F. DE SINGLY, préc., note 52.

¹⁰⁰ Id., p. 72.

¹⁰¹ Selon De Singly, c'est à George Simmel que nous devons cette représentation dualiste de l'individualisme.

¹⁰² F. DE SINGLY, préc., note 37.

research has not unequivocally supported these predictions. That is to say, the concept of individualization has by and large remained an abstraction. Empirical research is required to see in what ways its consequences can be made visible. »¹⁰³

Pour Beck et Beck-Gernsheim également, l'observation des changements de la réalité dans le contexte de l'individualisme doit comprendre une analyse qui va au-delà de la préconception ou de l'idéologie¹⁰⁴. L'analyse de l'individualisme doit comprendre des données empiriques, concrètes, tant objectives que subjectives, c'est-à-dire portant sur ce que les acteurs pensent et ressentent dans leur situation. Pour Lorna Turnbull qui analyse le maternage et le droit canadien, l'expérience du concret et du quotidien est aussi essentielle dans l'analyse du droit¹⁰⁵.

Bien que ce travail ne s'inscrive pas directement dans les travaux critiques féministes, il nous semble important de souligner l'influence de ceux-ci sur l'analyse concrète préconisée par plusieurs chercheurs¹⁰⁶. De Singly mentionne d'ailleurs expressément cette influence sur sa pensée¹⁰⁷.

Force est cependant de constater qu'analyser la façon dont le droit aborde « le concret » tout autant qu'analyser concrètement la manière dont le droit aborde les réalités quotidiennes des acteurs familiaux est difficile, comme le constatait Carbonnier :

¹⁰³ Irene HARDILL et Joost VAN LOON, «Individualization and «identity-risks» in dual-career households», dans Diane PERRONS, Colette FAGAN, Linda MCDOWELL, Kath RAY et Kevin WARD (dir.), *Gender Divisions and Working Time in the New Economy. Changing Patterns and Work, Care and Public Policy in Europe and North America*, Cheltenham et Northampton, Edward Elgar, 2006, p. 167.

¹⁰⁴ U. BECK et E. BECK-GERNSHEIM, préc., note 55.

¹⁰⁵ L. TURNBULL, préc., note 18.

¹⁰⁶ Comprenant que les théories féministes n'aient jamais été monolithiques, le courant dominant des féministes de la première modernité était en lien direct avec les concepts de l'individualisme de cette époque. Voir Louise TOUPIN, «Des usages de la maternité en histoire du féminisme», (1996) 9-2 *Recherches féministes* 113 et Micheline DUMONT et Louise TOUPIN (dir.), *La pensée féministe au Québec. Anthologie (1900-1985)*, Montréal, Éditions du Remue-Ménage, 2003. Lors de la seconde modernité, une nouvelle école de pensée féministe, dite de la différence, qui s'inspire principalement des écrits de Carol Gillian, se développa, mettant notamment de l'avant que les femmes auraient une pensée plus concrète alors que la pensée abstraite serait plus associée aux hommes : Carol GILLIAN, *In a Different Voice. Psychological Theory and Women's Development*, Cambridge, Harvard University Press, 1982.

¹⁰⁷ F. DE SINGLY, préc., note 37.

«... (la législation familiale) est difficile à ramener à exécution. L'obstacle vient tout banalement de ce que les faits de famille sont des faits quotidiens qui se déroulent entre quatre murs, tandis que le droit est plus à l'aise pour saisir ce qui est épisodique et ce qui est public. »¹⁰⁸

Malgré ces difficultés, ou peut-être à cause de celles-ci, il nous semble essentiel, dans notre analyse du traitement juridique de la mère au foyer, de traiter de ces contextes qui coexistent et interagissent concrètement avec le droit.

¹⁰⁸ J. CARBONNIER, préc., note 42.

Chapitre 3 : L'individualisme en action ou les contextes du droit

3.1 L'individualisme et les institutions d'État

L'individualisme de la première modernité est intimement lié aux institutions d'État. L'État est choisi par les individus et les individus sont protégés de son pouvoir discrétionnaire. L'État doit se soumettre aux lois votées par les individus (directement ou indirectement). Selon une lecture inspirée de l'idéologie individualiste, l'État n'est cependant pas responsable d'assurer la liberté des individus puisque celle-ci existe naturellement et que chaque individu agira rationnellement de manière à protéger ses propres intérêts.

Selon une autre lecture, comme celle mise de l'avant par Durkheim qui voit dans l'individu une création sociale, l'État est perçu comme contribuant à créer et maintenir l'individualisme, notamment en promulguant les droits individuels. Les droits sont attribués par la société sur la base de la valeur qu'elle accorde à chaque individu. Bref, l'État a la responsabilité d'attribuer des droits individuels dans le but de soutenir l'intégration et la liberté de tous les individus qui composent la société.

Dans cette optique, la vie « individualisée » est dépendante des institutions pour contrecarrer ou neutraliser les normes extra-juridiques auxquelles sont soumises les familles (indépendamment de leur forme) et les individus, les institutions, dont l'État, devant s'adapter pour « assurer une certaine égalité d'accès à l'individualité et fixer des limites au libéralisme économique ».¹⁰⁹ Ainsi, l'individualisation de la seconde modernité serait un phénomène profondément lié aux institutions, dont les institutions d'État. C'est ce que Beck qualifie de « paradox of institutionalized individualism » ou « le processus d'individualisation des institutions ».¹¹⁰

¹⁰⁹ Cette idée est aussi reprise notamment par F. DE SINGLY, préc., note 5.

¹¹⁰ Ulrich BECK, « Le conflit des deux modernités et la question de la disparition des solidarités », (1998) 39 *Liens personnels, liens collectifs, Lien social et politiques – R.I.A.C.* 15, à la page 17.

En plus d'agir pour compenser les normes extra-juridiques extérieures, les institutions produisent elles aussi des normes qui, pour Beck, remplacent les traditions imposées. Plutôt que de voir la différence entre un monde ancien qui imposait à l'individu des contrôles suffocants au point de ne pas lui offrir de choix et un monde moderne où il n'y a presque plus de restrictions, Beck observe plutôt aujourd'hui une importante normativité institutionnelle qui encadre les individus. La différence cruciale est que les normes modernes obligent les individus à organiser leur vie et à prendre responsabilité de manière individuelle pour leurs choix et leurs échecs¹¹¹.

L'individualisation se manifeste notamment par le fait que l'État définit de plus en plus l'individu (plutôt que des groupes) comme étant le récipiendaire des bénéfices sociaux. De surcroît les individus doivent participer activement pour tirer avantage des bénéfices offerts, chaque individu étant responsable de son cheminement au sein de l'État providence et aussi du marché du travail¹¹².

Un autre aspect du lien qui existe entre l'individualisme et l'État est que les institutions politiques sont davantage guidées par des initiatives individuelles¹¹³. Ce sont les aspirations individuelles qui mobiliseraient le politique¹¹⁴.

Il semble clair que les institutions ne peuvent plus être pensées indépendamment des individus¹¹⁵. Pour Beck, il faut cependant comprendre que les manifestations de l'interrelation entre les institutions d'État et l'individualisme ne sont pas strictement successives. En effet, bien que les modes de vie qui soutenaient la société de la première modernité se soient défaits, cela ne signifie pas pour autant que les représentations de cette première modernité au sein des institutions soient

¹¹¹ U. BECK et E. BECK-GERNSHEIM, préc., note 55.

¹¹² Id.

¹¹³ U. BECK et E. BECK-GERNSHEIM, préc., note 3.

¹¹⁴ Jacques COMMAILLE, « Les paradoxes de l'intime et du public », dans Claudine BURTON-JEANGROS, Christian LALIVE D'ÉPINAY et Éric WIDMER (dir.), *Interactions familiales et construction de l'intimité. Hommage à Jean Kellerhals*, coll. « Questions sociologiques », Paris, L'Harmattan, 2007, p. 103.

¹¹⁵ U. BECK et E. BECK-GERNSHEIM, préc., note 55.

totallement disparues et oubliées¹¹⁶. Alors que débute cette ère des « multitudes de modes de vie », certaines anciennes normes de la première modernité seraient toujours présentes au sein des institutions¹¹⁷. Les institutions que sont le droit et la famille en seraient des exemples.

3.2 L'individualisme et la famille

Des changements importants sont observés au sein des familles occidentales en lien avec l'individualisme, non le moindre étant que les individus qui la composent veulent être émancipés de toute logique d'assignation, s'attendant même à l'être¹¹⁸. Cette tendance générale à l'émancipation s'observe notamment au niveau des solidarités familiales, des formes familiales et du sens que les individus accordent à la famille¹¹⁹.

Rappelons que la famille, en tant qu'institution, répondait jusqu'à récemment aux exigences économiques, politiques, religieuses et démographiques de la société et que les individus qui la composaient étaient très peu libres de s'inscrire dans celle-ci comme ils le désiraient. Leur rôle était largement prédéfini, notamment par le droit qui contrôlait le fonctionnement et les modes de constitution de la famille ainsi que nous en traiterons plus amplement dans la deuxième partie de ce travail.

Au niveau de la solidarité, la famille préindustrielle québécoise, majoritairement rurale, était centrée sur le travail et une économie de subsistance. Les hommes, les femmes, les vieux et les jeunes y avaient une place, chacun travaillant pour assurer la survie de l'ensemble. Les activités étaient coordonnées et subordonnées à l'objectif

¹¹⁶ U. BECK, préc., note 110.

¹¹⁷ Id.

¹¹⁸ J. COMMAILLE, préc., note 41.

¹¹⁹ Notons que bien qu'un certain consensus se dégage sur l'importance de l'individualisme en lien avec les changements de la famille, la qualification du lien qu'entretient l'individualisme avec les changements observés diffère parmi les auteurs. Pour certains, c'est en traitant du concept de l'individualisation comme référence que les changements révèlent leur sens. Voir U. BECK et E. BECK-GERNSHEIM, préc., note 55. Pour d'autres, l'individualisme est la cause des changements. Voir Pierre NOREAU, « Formes et significations de la vie familiale : des liens entre famille, espace public et le droit », dans Conseil de la famille et de l'enfance, *Démographie et famille, les impacts sur la société de demain*, Québec, Publications du Québec, 2001, p. 45.

commun de la survie ou de la préservation. Les membres des familles étaient exposés à des expériences et des pressions similaires. Il y avait peu de place pour des objectifs, des motivations ou des sentiments personnels ou individuels. Cette communauté de besoin était tenue ensemble par un cortège d'obligations juridiques et extra-juridiques de solidarité pour toute la parenté (les membres collatéraux, ascendants et descendants)¹²⁰.

Parallèlement à l'existence de cette famille « holiste »¹²¹, les familles bourgeoises vivaient une certaine individualisation. En fait, les hommes des familles bourgeoises pouvaient vivre une vie qui, à tout le moins d'un point de vue politique, permettait l'émancipation.

L'industrialisation a coïncidé et contribué à provoquer une cassure pour les familles rurales : les expériences des membres de la famille se diversifièrent. Les enfants étaient davantage appelés à fréquenter les écoles, les hommes travaillaient à l'extérieur de la maison et les femmes étaient chargées du maternage et de la vie domestique. La fonction de production (hormis celle de la reproduction) de la famille s'estompa. Ainsi, les hommes « travaillaient » et ils dépendaient des femmes pour le travail quotidien qu'elles effectuaient qui leur permettaient de gagner un salaire, dont elles à leur tour, dépendaient¹²². L'obligation de solidarité existait toujours, mais changée par la spécialisation des tâches et le début de l'individualisme démocratisé.

Progressivement, les femmes revendiquèrent leur « statut d'individu » politiquement et économiquement. Puis les enfants furent aussi considérés comme des êtres autonomes. Le divorce se démocratisa et l'État providence des années '60 et '70

¹²⁰ L'existence de l'obligation alimentaire remonterait à la plus haute antiquité. La famille n'a pas toujours été la première responsable de cette solidarité en droit. Par exemple, au Moyen-âge, on ne pouvait refuser d'aider une personne dans le besoin parce que des membres de sa famille étaient en mesure de le faire. La *Loi des pauvres*, d'Elizabeth I, changera cette hiérarchisation en affirmant, dès 1601, qu'un miséreux ne pouvait escompter une aide de la société que si sa famille n'était pas en mesure de lui en fournir. Le régime fut changé pour devenir basé sur le droit personnel attaché au paiement de contributions et au statut de citoyen. C'est ce même principe qui se retrouve au Code civil du Bas-Canada de 1866 qui intègre l'obligation alimentaire pour toute la parenté. Voir Nicholas ZAY, « Sécurité familiale et sécurité sociale », dans *Le droit dans la vie familiale, Livre du centenaire du Code civil*, Montréal, P.U.M., 1970, p. 98.

¹²¹ Pour qui la valeur suprême était le tout plutôt que ses membres.

¹²² U. BECK et E. BECK-GERNSHEIM, préc., note 55, p. 89 et 90.

introduisit des protections contre les aléas du marché et de la vie familiale. Les liens familiaux s'en sont trouvés plus souples et noués. Les relations entre les membres des familles, élargies puis nucléaires, devinrent plus électives. La famille québécoise passa d'une entreprise où s'exerçait une solidarité de survie à un groupe de relations interpersonnelles devant servir les besoins de chaque individu.

Ces changements s'accompagnèrent d'une plus grande visibilité de la multiplicité des formes familiales et de la plus grande place que prenait l'individualité pour l'expliquer¹²³. Ainsi, ce n'était pas tant le fait qu'il n'y avait plus de modèle unique de famille qui fut un changement, c'était, par exemple, que le changement était provoqué par le divorce plutôt que par la mort d'un conjoint.

Finalement, c'est l'enfant qui donna un sens à la nouvelle famille individualisée. Plus que la gestion du patrimoine ou la gestion de la relation amoureuse, c'est l'enfant qui est aujourd'hui la raison d'être de la famille. Le droit nous apprend que l'intérêt de l'enfant est présumé guider les interventions de chaque acteur notamment en matière d'adoption, d'autorité parentale et de garde¹²⁴. Observant l'organisation des politiques sociales et du droit privé, certains parlent d'une « société enfant centrique ».¹²⁵ Cependant, les réflexions contemporaines sur l'adoption mettent en lumière qu'il est bien possible que l'intérêt de l'enfant s'oppose à celui des gens qui l'entourent et que ces derniers puissent placer leurs besoins devant ceux de l'enfant¹²⁶. L'enfant témoignerait d'une vision « adultocentrée » dont il peut, par ailleurs, faire les frais¹²⁷.

¹²³ P. NOREAU, préc., note 119.

¹²⁴ Voir notamment les articles 543, 604, 606 et 612 C.c.Q.

¹²⁵ P. NOREAU, préc., note 119 ; U. BECK et E. BECK-GERNSHEIM, préc., note 55 et 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.

¹²⁶ Voir notamment Lucille GAVARINI, «Les configurations familiales : objet sociologique, diapositive psychique et point de friction éthique», dans F.-R. OUELLETTE, R. JOYAL et R. HURTUBISE (dir.), *Famille en mouvance: quels enjeux éthiques?*, I.Q.R.C., Québec, P.U.L., 2005, p. 41 et 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.

¹²⁷ L.-A. BARRETTE, id.

Ainsi, la société contemporaine exige des adultes et des enfants qu'ils s'individualisent alors qu'il semble clair, à tout le moins pour l'enfant, qu'il ne peut y réussir sans l'aide de ceux qui l'entourent. Bien qu'il ait plus d'autonomie et soit davantage le sujet de droit par rapport aux générations d'enfants qui l'ont précédé, il vit encore dans une certaine logique d'assignation et de dépendance, ne pouvant subvenir à ses besoins en tant qu'individu indépendant financièrement, capable de négocier des ententes, n'étant toujours pas capable de faire valoir ses différences et ses besoins particuliers sans l'aide d'un adulte¹²⁸. Cela signifie qu'une personne adulte doit respecter et encourager cette autonomie relative tout en assumant les frais de cette dépendance.

Pour Jan Pahl, il s'agit là du nœud du problème de l'individualisation de la famille. L'enfant ne sera jamais totalement indépendant ou autonome et un autre individu devra l'aider, assumant les coûts économiques qui s'y rattachent¹²⁹. Nous ajouterions que ces coûts impliquent en sus une perte de liberté et d'autonomie.

Ainsi, l'individualisation soulève un problème conceptuel et pratique à tout le moins en ce qui concerne l'enfant.

Paradoxalement, l'individualisme s'inscrit aussi dans la réponse à ce problème en ce qu'il permet d'observer la vie de chaque individu, dont celui qui s'occupe d'aider ou de permettre l'individualisation de l'autre. Alors que la famille occupait tout le champ de vision dans les familles holistes, dans la famille individualisée, les hommes, les femmes et les enfants deviennent visibles comme entités séparées, chacun lié à la famille à travers des attentes et des expériences différentes, chacun vivant des opportunités et des charges différentes :

*« In short, the contours of distinctively male and female lives are now becoming apparent within the family».*¹³⁰

¹²⁸ J. PAHL, préc. note 3. Notons que ce même argumentaire pourrait être soulevé à l'égard des personnes handicapées ou en perte d'autonomie.

¹²⁹ J. PAHL, id.

¹³⁰ U. BECK et E. BECK-GERNSHEIM, préc., note 55, p. 90.

Au-delà des débats à savoir si l'individualisme est bon ou mauvais pour la famille, il oblige, ou à tout le moins, invite les chercheurs à observer la façon dont les changements se sont opérés au sein des familles et qui se reflètent dans les solidarités familiales, les formes familiales et aussi dans le sens qui est donné à l'enfant, colorent la vie de chaque membre de la famille, dont celle des mères.

3.3 L'individualisme et la mère

Ainsi que nous l'avons vu, « *La recherche de l'autonomie individuelle n'exclut pas la construction de zones communes, d'un « être ensemble» (...)*.¹³¹ L'individualisme ne supprime pas les cadres de vie commune (conjugalité, parentalité). Leur pratique devient cependant individuelle.

Cette pratique individuelle de la vie en commun suit des chemins variés, selon les couples et les membres des couples. Ainsi, certains couples agissent selon une logique d'individualisation très intense, alors que d'autres laissent encore beaucoup de place à une logique de solidarité¹³². Pendant plusieurs années, les chercheurs observaient que les couples modernes issus des couches socio-économiques plus élevées correspondaient au type plus individualisé tandis que les couples des classes plus ouvrières adhéraient davantage à une vision communautariste. Cette distinction semble cependant s'atténuer depuis quelques années, la majorité des couples tendant à adhérer à une logique plus individualisée¹³³.

Les chemins variés des couples se reflètent aussi dans leur univers normatif, certains couples se mariant, d'autres pas. Au Québec, beaucoup des couples avec

¹³¹ F. DE SINGLY, préc., note 5, p. 6.

¹³² 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, *Hommages à Jean Kellerhals*, coll. « Questions sociologiques », Paris, L'Harmattan, 2007, p. 113 -124.

¹³³ Id. Voir aussi 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.

enfant sont aujourd'hui conjoints de fait¹³⁴. Quelles que soient les raisons qui justifient ou expliquent ces choix, les quelques données disponibles indiquent qu'il existe une confusion parmi la majorité des conjoints de fait quant aux normes juridiques qui s'appliquent à eux¹³⁵. Mentionnons que 64 % des conjoints de fait pensent que tous les biens acquis pendant la vie commune seront partagés à parts égales à la suite d'une séparation et que 77 % d'entre eux pensent que le conjoint le plus pauvre aura droit à une pension alimentaire en pareille circonstance.

En sus des différentes pratiques de la vie en commun et de la diversité (méconnue) de l'encadrement juridique des couples, les comportements individuels au sein du même couple être guidées par des logiques différentes. Des recherches démontrent, par exemple, que des raisonnements différents semblent apparaître selon la ligne de genre en regard de la gestion de l'argent au sein de la famille¹³⁶. D'autres recherches mettent en lumière la coexistence de plusieurs normes éthiques (et donc extra-judiciaires) différentes pour les hommes et les femmes lors des négociations entre les conjoints¹³⁷. L'individualisme et la multiplication des situations nécessitant une négociation ne semblent pas avoir supprimé les appartenances et les comportements différenciés selon la ligne de genre¹³⁸. Il est intéressant de noter que les

¹³⁴ Chez les conjoints et conjointes de 15-29 ans avec enfants, 64,5% vivent en union libre. MINISTÈRE DE LA FAMILLE, DES AÎNÉS ET DE LA CONDITION FÉMININE, préc., note 1.

¹³⁵ Sondage Ipsos Descaries réalisé pour le compte de la Chambre des notaires du Québec entre le 14 septembre et le 2 octobre 2007, *Rapport de recherche : Sondage sur l'union libre*, octobre 2007, dossier 07-204.

¹³⁶ J. PAHL, préc., note 3 ; H. BELLEAU, préc., note 133 ; Caroline HENCHOZ, « 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 ; 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.

¹³⁷ 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.

¹³⁸ Charlott NYMAN et Lars EVERTSSON, « Difficultés liées à la négociation dans la recherche sur la famille : un regard sur l'organisation financière des couples suédois », (2005) 2 *Enfances, Familles, Générations* 18.

comportements des conjoints de fait avec enfant et des conjoints mariés avec enfant semblent plus similaires que dissimilaires¹³⁹.

Bien qu'il soit vrai que l'individu s'émancipe d'un certain nombre de statuts, il est une part du genre, dont celle de la fonction de père et de mère, qui échappe à la volonté de chacun, qui le précède et qui s'impose à lui sous la forme de significations instituées. C'est ce que Beck et Beck-Gernsheim qualifient de « zombie categories ».¹⁴⁰

Ainsi, on observe que l'expérience de l'individualisation des mères n'est peut-être pas la même pour les pères¹⁴¹. Pour les mères, l'individualisation est liée au fait qu'elles ont acquis beaucoup plus de liberté vis-à-vis de la famille. Elles sont maintenant beaucoup moins « prisonnières » du joug familial. Pensons par exemple au fait qu'elles conservent leur nom lors du mariage et qu'elles peuvent continuer à avoir un emploi rémunéré pendant et après une grossesse. Ceci est sans compter qu'aujourd'hui, les femmes ont beaucoup plus le choix d'être mère qu'auparavant. La contraception et l'avortement ont profondément transformé l'expérience des femmes et de la maternité. Pour certaines, ces options font de la maternité une « décision personnelle». Pour d'autres, l'appartenance de sexe devient presque abstraite¹⁴². Pour Beck-Gernsheim, bien que des changements déterminants dans la vie des mères soient observables, l'intégration des mères à cette société de plus en plus individualisée est cependant incomplète.

Beck-Gernsheim développe l'idée du « experimental gulf», c'est-à-dire la double distance qui existe pour les femmes entre leur activité sur le marché du travail et les exigences de la famille qui existent toujours et, d'une manière plus générale, entre leurs

¹³⁹ H. BELLEAU, préc., notes 133 et 136.

¹⁴⁰ U. BECK et E. BECK-GERNSHEIM, préc., note 55, p. 27. Nous ne prétendons pas par ailleurs qu'il s'agisse là des seules « zombie categories ».

¹⁴¹ Id. Beck et Beck-Gernsheim abordent ces différences sous l'angle d'inégalités.

¹⁴² Marie-Blanche TAHON, *Vers l'indifférence des sexes? Union civile et filiation au Québec*, Montréal, Boréal, 2004.

attentes et les réalités¹⁴³. Cette double distance s'observe pour ce qui est de la liberté ainsi que de l'égalité des mères.

Sur le plan des réalités, les mères subissent les risques (au même titre que les pères) de la société individualisée, mais assument des risques additionnels parce qu'elles sont prises dans une étape intermédiaire : leur vie n'est plus définie exclusivement par la famille, mais leurs responsabilités familiales sont encore beaucoup plus importantes que celles assumées par les pères. Le fait que les mères assument plus de responsabilités familiales serait l'une des raisons qui explique ce pourquoi les mères gagnent aujourd'hui encore moins que les pères. Cette situation aura aussi des conséquences économiques à long terme¹⁴⁴.

Au Québec, les mères n'ont pas atteint la parité salariale avec les pères, des écarts de revenus importants subsistent. Nous croyons qu'il est important de noter que les données sur la rémunération des femmes et des mères en particulier sont fréquemment présentées pour mettre l'emphase sur les « progrès » économiques des mères. Par exemple, Luc Godbout et Suzie St-Cerny ont publié en 2008 un document important sur la famille et la fiscalité¹⁴⁵. Ce travail de recherche est important par son envergure et par le fait que plusieurs de ses résultats sont repris par le gouvernement du Québec¹⁴⁶.

Dans cette recherche, qui vise à chiffrer et comparer le soutien financier offert aux parents québécois, les auteurs tracent les traits caractéristiques de la famille

¹⁴³ U. BECK et E. BECK-GERNSHEIM, préc., note 55, p. 63.

¹⁴⁴ Ruth ROSE, « Les femmes âgées et l'égalité économique », dans Michèle CHARPENTIER et Anne QUNÉNIART (dir.), *Vieilles, et après! Femmes, vieillissement et société*, Québec, Éditions du Remue-Ménage, 2009, p. 225.

¹⁴⁵ Luc GODBOUT et Suzie ST-CERNY, *Le Québec, un paradis pour les familles? Regard sur la famille et la fiscalité*, Québec, P.U.L., 2008.

¹⁴⁶ En annonçant que le montant admissible pour le crédit d'impôt remboursable pour les frais de garde passait en 2009-2010 de 7 000 \$ à 9 000 \$ pour les enfants de moins de 7 ans et serait dorénavant accessible pour tous les parents dont le revenu familial est de 125 000 \$ et moins plutôt que 85 000 \$, Jean Charest a remarqué que le « Québec demeure le paradis des familles ». Citation tirée de « Le Québec. Un paradis pour les familles », dans *La Presse*, 23 mars 2009 ; « Pour que le Québec continue d'être un paradis pour les familles, nous avons besoin de partenaires engagés tels que vous », citation du ministre Tomassi à l'occasion de la remise du Prix Reconnaissance du ministère de la Famille à Québec, le 22 avril 2010.

québécoise, pour en identifier quelques-uns qui soient représentatifs. En vue de calculer la contribution de la femme au revenu d'emploi de la famille dans le contexte des familles biparentales hommes-femmes, les auteurs notent que 80 % des mères travaillent dans ces familles¹⁴⁷. Ensuite, les auteurs examinent le revenu moyen *de ces mères qui travaillent*, ne tenant donc pas en considération les mères dites inactives. C'est ainsi qu'ils affirment que pour la plus grande proportion de couples avec enfants, soit 36,4 % des couples, la contribution de la femme au revenu d'emploi se situait entre 26 et 50 %. Les auteurs l'établiront en moyenne à 40 %¹⁴⁸.

Cependant, une autre lecture des mêmes données, qui cette fois tient compte des femmes dont le revenu se situe à 0%, permet d'affirmer que dans 39 % de ces mêmes familles, la contribution de la femme est de 0 à 25 %.

Les portraits de la famille québécoise et de la contribution de la mère sont très différents lorsque les calculs comprennent les données relatives aux mères dites inactives ou au foyer.

Ainsi, il est possible d'affirmer que la proportion du revenu d'emploi de **toutes** les mères en proportion du revenu de la famille se situe **dans trois quarts des cas en bas de 50 %**.

Avoir la charge d'un enfant influence davantage la participation au marché du travail des mères que celle des pères. De surcroît, cette influence est variable selon les genres : les mères étant moins actives que les autres femmes tandis que les pères le sont plus que les non-pères. Ainsi, en 2008, le taux d'activité le plus élevé est celui des pères et le plus faible, celui des mères : « *[M]algré toutes les mesures mises en place, les mères demeurent proportionnellement les moins actives sur le marché du travail.* »¹⁴⁹

¹⁴⁷ L. GODBOUT et S. ST-CERNY, préc., note 145, p. 29 : Tableau 3 tiré du Tableau 111-0021 de Statistiques Canada et des calculs des auteurs.

¹⁴⁸ L. GODBOUT et S. ST-CERNY, préc., note 145, à leur note 2, p. 75.

¹⁴⁹ INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Travail et rémunération, Le marché du travail et les*

De plus, la proportion du taux d'emploi ainsi que la proportion du revenu diminuent selon le nombre d'enfants à la maison, particulièrement après la naissance d'un troisième enfant¹⁵⁰.

Plus que la scolarité, plus que la discrimination sur le marché du travail, le fait que les femmes travaillent moins d'heures rémunérées parce qu'elles s'occupent d'enfants et de parents âgés serait le facteur le plus important pour expliquer les écarts de revenus¹⁵¹.

Cet écart de revenus durant la vie active se répercute à long terme dans le fait qu'un nombre significatif de femmes âgées vivent dans la pauvreté ou la quasi-pauvreté et, qu'en moyenne, leurs revenus de sources autres que la sécurité de la vieillesse sont substantiellement inférieurs à ceux des hommes¹⁵². De plus, les mères d'aujourd'hui risquent de se retrouver à la retraite avec des revenus toujours plus faibles que ceux des pères.

En effet, l'observation des gains admissibles de 2005 qui servent à établir la cotisation au régime des rentes du Québec permet de constater qu'il y a peu de différence selon les sexes dans les groupes des 18-19 ans et des 20-24 ans. Par contre, un écart apparaît chez les 25 à 54 ans. Ruth Rose explique cet écart ainsi :

parents, décembre 2009, p. 13 en ligne : http://www.stat.gouv.qc.ca/publications/remuneration/pdf2009/travail_parents.pdf (consulté le 10 novembre 2010). Voir particulièrement le chapitre 2, « La participation au marché du travail selon la présence d'enfants ».

¹⁵⁰ Id., figure 2.5, p. 17 et 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.

¹⁵¹ INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, préc., note 149 ; voir aussi Lise MOISAN, « Femmes, à vos tableaux! », dans *La Vie en rose*, hors série, 2005, p. 58.

¹⁵² Voir Ruth ROSE, « Un fossé qui persiste », (2002) 675 *Relations* 23-25 ; Ruth ROSE, *Reconnaître le travail des femmes auprès de leurs enfants. L'inclusion dans le régime de rentes du Québec*, Document de discussion soumis par Les groupes de femmes québécois associés à la Marche mondiale des femmes en l'an 2000, dans le cadre du protocole d'entente UQAM-Relais-femmes, Document n°89, publié par les Services aux collectivités de l'Université du Québec à Montréal, Relais-femmes et la Fédération des femmes du Québec, août 2000, révisé en décembre 2003, p. 8 et ss. et R. ROSE, préc., note 144.

« *En d'autres mots, ce sont encore les femmes dans la fleur de l'âge qui se retirent du marché du travail pour un certain temps afin de s'occuper des enfants* ». ¹⁵³

Ce retrait est en surcroît dû au fait qu'à tous les âges, les femmes cotisent sur un salaire inférieur d'environ 15 % à celui des hommes. Selon cette tendance, une femme âgée aujourd'hui de 25 ans se retrouverait à la retraite à 65 ans avec une rente inférieure de 30 % à celle d'un homme du même âge, ayant cotisé moins d'années à partir d'un salaire moindre.

Il est indéniable que plusieurs pères consacrent temps et énergie aux tâches reliées aux enfants ¹⁵⁴. Cependant, l'inégalité du partage des tâches domestiques et des soins aux enfants entre pères et mères subsiste ¹⁵⁵. Qui plus est, cette inégalité ne semble plus s'amenuiser ¹⁵⁶.

Non seulement l'individualisation n'a pas fait disparaître les inégalités du partage du maternage entre les pères et les mères, participant à la disparité de revenus d'emploi et de retraite entre ces individus, mais elle contribue à alourdir la tâche du maternage.

En effet, dans un contexte d'individualisation, les mères doivent consacrer de plus en plus de temps et d'efforts pour garder les biographies de chacun des membres de la famille « ensemble ». Des négociations, des décisions et des plans sont nécessaires pour agencer toutes les vies. La construction de la stabilité et de la coordination est de plus en plus difficile. Ce travail, qui requiert des efforts pratiques et

¹⁵³ R. ROSE, préc., note 144, aux pages 237 et 238.

¹⁵⁴ 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.

¹⁵⁵ Voir notamment les statistiques sur l'emploi du temps des familles et des personnes dans MINISTÈRE DE LA FAMILLE, DES AÎNÉS ET DE LA CONDITION FÉMININE, préc., note 1.

¹⁵⁶ Id., p. 43 Notons que les statistiques démontrent aussi une tendance tant pour les pères que pour les mères à la diminution des heures consacrées au maternage, ce que Beck-Gernsheim qualifie de « generalization of the male lifestyle » : les pères résisteraient au partage égal des tâches liées au maternage en réduisant ce qu'ils qualifient de besoins et les mères adopteraient cette approche, devenant plus comme les pères.

émotifs considérables, et qui n'est pas habituellement comptabilisé dans les statistiques sur les tâches des parents, est habituellement effectué par les mères¹⁵⁷.

En plus de frustrer les attentes d'égalité, la réalité de la tâche de maternage atteint sérieusement les attentes de liberté. Ainsi, avant d'avoir des enfants, les femmes ont des temps libres. Elizabeth Beck-Gernsheim souligne qu'il s'agit là d'une différence fondamentale entre un emploi et le travail domestique puisque ce dernier est « open-ended », nécessitant une disponibilité de 24 heures par jour, 365 jours par année¹⁵⁸. Puisque les mères s'occupent davantage des enfants, cette perte de liberté les touche particulièrement.

Ainsi, l'individualisation contribue à créer et entretenir des attentes sur les plans de la liberté et de l'égalité qui remettent en question la division des tâches liées au maternage selon les genres et qui plaident pour l'égalité, des droits, des chances et des situations. C'est ce que Beck-Gernsheim qualifie de « rhetoric of equality »¹⁵⁹. Les femmes intègrent ces modèles et les projettent dans leur identité et leurs projets. Les concepts de l'indépendance, de la liberté et de l'espace personnel sont mis de l'avant pour tous, y compris les femmes, sauf que lorsque les couples ont un enfant. Les attentes d'égalité et de liberté que les mères avaient intégrées (tout comme les pères) sont alors contredites par l'expérience de l'inégalité et de la perte accrue de liberté. Il en résulte une combinaison explosive qui, d'un point de vue personnel, crée de l'insécurité, de la frustration, de l'anxiété et de la déception, et engendre aussi, d'un point de vue social, une division entre les mères.

Cette division s'observe entre les mères de différentes générations et aussi entre les mères de la même génération, certaines mettant de l'avant que de s'occuper d'enfants est un exemple de domination et d'autres affirmant que le maternage est important pour elles et qu'elles voudraient avoir (en outre du support) de la

¹⁵⁷ U. BECK et E. BECK-GERNSHEIM, préc., note 55, p. 91.

¹⁵⁸ Id., p. 63.

¹⁵⁹ Id., p. 103.

reconnaissance pour le faire :¹⁶⁰ « [A] significant number of female carers want to feel that it is « right » to prioritise care ».¹⁶¹

Cette réalité s'ajoute aux attentes individuelles, sociales et étatiques suivant lesquelles les pères et les mères, y compris les mères de jeunes enfants, peuvent occuper un emploi rémunéré à temps plein. En effet, les « *macro level expectations* » postulent maintenant que les deux parents peuvent avoir un emploi rémunéré et contribuer également au revenu familial¹⁶².

Quel est le résultat pour les mères de cette abondance de normes ou d'attentes liée à l'individualisation? Tout d'abord, les mères se disent moins satisfaites que leur conjoint en ce qui concerne leur « performance » comme parent¹⁶³. En outre, les conséquences sur leur santé physique et psychologique sont plus importantes que pour leur partenaire¹⁶⁴. Par exemple, chez les femmes gestionnaires et professionnelles, le taux de pression sanguine demeure plus élevé après le travail alors que celui de l'homme décroît rapidement une fois de retour à la maison¹⁶⁵. Selon un sondage Crop-La Presse réalisé en 2005¹⁶⁶, 70 % des mères qui travaillaient affirmaient qu'elles auraient quitté volontairement leur emploi pour rester avec leurs enfants si elles en avaient eu les moyens.

¹⁶⁰ R. MALENFANT, préc., note 150.

¹⁶¹ Jane LEWIS, « The Changing Context for the Obligation to Care and to Earn », dans Mavis MACLEAN (dir.), *Family Law and Family values*, Onati International Series in Law and Society, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, p. 59 à la p. 68.

¹⁶² Id.

¹⁶³ Linda DUXBURY et Chris HIGGINS, *Work-life Conflict in Canada in the New Millennium: A Status Report*, Healthy Communities Division, Santé Canada, 2003.

¹⁶⁴ Ulf LUNDBERG et Marianne FRANKENHAEUSER, « Stress and workload of men and women in high-ranking positions », (1999) 4 *Journal of Occupational Health Psychology*, 142 ; voir aussi L. DUXBURY et C. HIGGINS, id., sur les taux de burnout et de dépressions des femmes comparativement à ceux de leur conjoint.

¹⁶⁵ Marianne FRANKENHAEUSER, Ulf LUNDBERG, Mats FREDRIKSON, Bo MELIN, Martti TUOMISTO, Anna-Lisa MYRSTEN, Monica HEDMAN, Bodil BERGMAN-LOSMAN et Leif WALLIN, « Stress on and of the job as related to sex and occupational status in white-collar workers », (1989) 10 *Journal of Organizational Behavior* 321. Voir aussi l'INSTITUT VANIER DE LA FAMILLE et Jacques BARRETTE, *Conciliation travail-famille : qu'en savons-nous vraiment?*, Ottawa, 2009. Il est à noter que ces statistiques sont canadiennes et qu'il est probable que la disparité entre les genres soit moins élevée pour le Québec.

¹⁶⁶ CROP-LA PRESSE, sondage réalisé en janvier 2005.

C'est dans ce contexte d'attentes et de réalités quant à l'égalité et la liberté que les mères cherchent des solutions individuelles à des contradictions qui semblent systémiques¹⁶⁷. En outre, les mères veulent pouvoir, dans ce qui est caractéristique de l'individualisme de la seconde modernité, choisir une vie qui leur ressemble et s'attendent à être reconnues et soutenues dans leurs choix. C'est ainsi que, sans avoir supprimé les appartenances, mais plutôt en en rajoutant, l'individualisme autorise ou oblige le choix d'accorder plus ou moins d'importance à telle ou telle appartenance¹⁶⁸. Pour la majorité des mères, il en résulte une diminution des heures qu'elles consacrent au travail rémunéré. Pour certaines, ce sera une séparation pure et simple avec le marché du travail. C'est le cas de la mère au foyer.

¹⁶⁷ U. BECK et E. BECK-GERNSHEIM, préc., note 3, p. 48.

¹⁶⁸ De Singly y voit une liberté : F. DE SINGLY, préc., note 37.

Chapitre 4 : La mère au foyer

4.1 La mère et l'emploi : changements de normes

Pendant les années '80, le taux d'activité des mères québécoises de jeunes enfants franchit le cap des 50 % et plusieurs notent alors (certains avec bonheur, d'autres avec désarroi) que le travail rémunéré des mères devient la norme. Pourtant, beaucoup de mères « inactives » travaillaient auparavant soit comme collaboratrices de leur mari ou dans des emplois dits « invisibles ».¹⁶⁹ Abordant la question des familles de la première modernité, l'historienne Denyse Baillargeon écrit :

*« En apparence, le modèle familial fondé sur le couple pourvoyeur-ménagère était donc largement répandu; dans les faits, et sans qu'on puisse déterminer le nombre, une proportion beaucoup plus grande de mères exerçaient une activité rémunérée à l'intérieur de leur foyer ».*¹⁷⁰

Aujourd'hui, c'est une nouvelle image « universelle », un nouveau modèle familial qui est mis de l'avant : celui du couple à deux revenus presque égaux, se partageant également les tâches domestiques. La conjugaison ininterrompue du lien d'emploi cumulé avec la maternité n'est cependant pas le fait de toutes les femmes, pas plus que la non-participation au marché du travail rémunéré ne l'était auparavant. Plusieurs mères présentent aujourd'hui un parcours biographique pouvant être qualifié de « séquentiel » plutôt que de strictement « cumulatif ».¹⁷¹

¹⁶⁹ René B. DANDURAND, « Introduction », dans Renée B. DANDURAND et Francine DESCARRIES (dir.), *Mères et travailleuses. De l'exception à la règle*, Québec, I.Q.R.C., 1992, p. 9.

¹⁷⁰ Denyse BAILLARGEON, « Les politiques familiales au Québec. Une perspective historique », (1996) 36 *Lien social et politique – RIAC* 22.

¹⁷¹ Le terme « séquentiel » est ici utilisé pour reprendre le sens de « sequential » donné et popularisé par Arlene ROSSEN CARDOZO, *Sequencing*, Minneapolis, Brownstone Books, 1986.

4.2 Des définitions

Afin de pouvoir analyser le traitement juridique de la mère au foyer et de pouvoir chiffrer le nombre ou la proportion de mères qui sont dans cette situation au Québec, nous croyons qu'il était nécessaire de circonscrire une définition de travail de « la mère au foyer ». Nous avons consulté des écrits des sciences sociales qui traitent spécifiquement des mères au foyer, la littérature produite par les groupes qui défendent leurs intérêts, les écrits des organismes chargés de compiler les statistiques, les organismes gouvernementaux concernés (Ministère de la Famille, Conseil de la famille et de l'enfance, Conseil du statut de la femme) et, enfin, le droit québécois. Nous avons constaté qu'il n'existe pas une définition unique de la mère au foyer et que les statistiques récentes sur celle-ci sont le résultat d'extrapolations plutôt que de questions directes sur elle. De plus, les travaux contemporains s'intéressant aux mères au foyer sont peu nombreux :

« Il n'existe pas d'étude récente de la situation des femmes au foyer. Elles représentent pourtant une portion encore significative des mères de jeunes enfants. Les mères de 20-24 ans qui ont un enfant de moins de 3 ans comptent 52,3 % d'inactives et celles de 25-29 ans, 33,3 %. »¹⁷²

Certaines associations québécoises disent représenter les mères au foyer. La plus importante est l'AFEAS qui se décrit comme un organisme à but non lucratif regroupant 20 000 Québécoises ayant pour mission d'améliorer les conditions de vie et de travail des femmes et de défendre leurs droits. La reconnaissance du travail dit « invisible » fait partie de leurs objectifs¹⁷³. Pour l'AFEAS, la mère au foyer est une catégorie des « travailleuses au foyer » qui exécute du « travail invisible, non rémunéré ». « Cette appellation s'applique à la personne qui exécute le travail au foyer,

¹⁷² Madeleine GAUTHIER et Johanne CHARBONNEAU avec la collaboration de Martine CÔTÉ, Louise GAUTHIER, Angèle-Anne BROUILLETTE et Mircea VULTUR, *Jeunes et fécondité : les facteurs en cause. Revue de la littérature et synthèse critique*, Institut national de la recherche scientifique, Urbanisation, Culture et Société, Septembre 2002, p. 24.

¹⁷³ Voir notamment l'AFEAS, *Mémoire soumis à la CAS dans le cadre de la commission parlementaire sur le projet de loi 140 – loi sur l'assurance parentale*, 14 septembre 2000.

dans ses aspects privé et social et qui n'a pas accès aux mesures sociales rattachées au travail rémunéré ». ¹⁷⁴

Le travail au foyer comporte la fonction de reproduction, les soins et l'éducation des enfants, la prise en charge des personnes non autonomes et les tâches domestiques. Deux aspects distincts sont identifiés : l'aspect privé, soit la production domestique des biens et services entre personnes autonomes (entretien du foyer, des vêtements, confection des repas, courses, etc.), et l'aspect social, qui concerne plus spécifiquement le rôle de parent et d'aidant (mettre des enfants au monde, les éduquer, les garder, voir à leur entretien) et le rôle de dispensatrice ou dispensateur de soins aux personnes en perte d'autonomie, (qu'elles soient malades, âgées, invalides ou autres), ce que la littérature anglo-saxonne qualifie de « care work ».

Les lieux du travail au foyer sont divers. La maison est le lieu central du travail au foyer, mais ce dernier s'étend également à l'ensemble des endroits où s'accomplit ce travail (au sein du quartier, à l'école, au parc, au centre commercial, à la piscine municipale, au bureau du médecin, etc.).

Pour l'AFEAS, la mère au foyer est celle dont le temps est « *majoritairement* » occupé par les fonctions de maternage ci-haut décrites. Elle peut donc être aussi étudiante ou travailler à temps partiel.

Pour Christine Corbeil, Francine Descarries, Carmen Gill et Céline Séguin, la femme au foyer est celle qui est hors de la population active et pour qui le travail domestique et l'entretien des membres de la famille représentent l'activité principale ¹⁷⁵. Elles excluent donc des inactives les jeunes étudiantes de 15 à 20 ans, les filles célibataires demeurant chez leurs parents, les femmes seules et les femmes inaptes au travail. Selon elles, les femmes retirées du marché du travail et les jeunes mères en situation de discontinuité d'emploi dont la présence au foyer est temporaire devraient également être exclues de la définition.

¹⁷⁴ L'AFEAS, *Les services de garde québécois : Consultations gouvernementales*, Mémoire présenté le 4 septembre 2003.

¹⁷⁵ C. CORBEIL, F. DESCARRIES, C. GILL et C. SÉGUIN, préc., note 12, à la page 80.

Pour Dominique Maison, chercheur français ayant analysé l'expérience sociale des femmes au foyer en France, les mères au foyer sont aussi une sous-catégorie des femmes au foyer, qui doivent être définies « en creux », c'est-à-dire inactives ayant entre 15 et 64 ans, n'étant ni étudiantes, ni retraitées ou préretraitées¹⁷⁶.

La Division de l'analyse des enquêtes auprès des ménages sur le travail à Statistiques Canada utilise la définition suivante du parent au foyer : « une mère ou un père ayant au moins un enfant dépendant de moins de 16 ans à la maison, qui n'a *aucun* travail rémunéré (mais qui serait apte au travail), qui ne recherche pas de travail, qui n'étudie pas, et qui fait partie d'une famille biparentale dans laquelle l'autre conjoint travaille ». ¹⁷⁷

Bien que cette définition exclue les mères dont l'activité principale est le maternage, mais qui occupent aussi un emploi à temps partiel ou qui sont étudiantes, ainsi que les mères qui sont seules ou monoparentales et qui pourraient avoir fait le choix d'être à la maison avec leurs enfants¹⁷⁸, c'est la définition de travail que nous avons choisi d'utiliser. Elle est la plus restreinte et nous permet de considérer plus rigoureusement certaines statistiques.

4.3 Des statistiques

Nous avons rencontré des difficultés à trouver des données qualitatives ou quantitatives sur la mère au foyer. Les agences fédérale et provinciale responsables de compiler des statistiques, soit Statistique Canada et l'Institut de la statistique du Québec, n'ont pas accès à des informations directes cherchant à identifier ou caractériser celle-ci. Ni le recensement ni les enquêtes sur la population active ne comportent à l'heure actuelle de questions directes sur le sujet. Il peut être intéressant

¹⁷⁶ D. MAISON, préc., note 8.

¹⁷⁷ Voir notamment Katherine MARSHALL, « Les pères au foyer », dans STATISTIQUES CANADA, 75-001-XPF (1998) *Perspectives*.

¹⁷⁸ La Fédération des associations de familles monoparentales et recomposées du Québec (FAFMRQ) ne conserve aucune statistique sur les mères au foyer monoparentales.

de noter que nous avons cependant retrouvé une catégorie de « Travailleurs familiaux non rémunérés » en lien avec les populations de 60-64 ans¹⁷⁹,

L'information statistique que nous avons trouvée pour les mères au foyer est donc de l'information extrapolée. Voici le résultat de nos recherches.

L'Institut de la statistique du Québec, en collaboration avec le Ministère de la Famille, a dressé en 2005 un portrait statistique des familles au Québec¹⁸⁰. Ce portrait (qui utilise des données du recensement de 2001) mentionne que, sur un total de 932 220 familles biparentales au Québec (ayant au moins un enfant de moins de 16 ans à la maison), 200 375 (soit 21.5 % des familles biparentales) comptaient un conjoint en emploi et l'autre inactif (notons que la définition d'une personne inactive exclut les chômeurs).

L'Institut de la statistique du Québec présente sur son site des données de 2008 qui montrent un taux d'activité des mères de famille biparentale âgées de 25-44 ans avec enfants de moins de 16 ans à la maison de 84 % (donc 16 % de mères inactives) et de 75 % lorsqu'il y a un enfant de moins de 3 ans à la maison (représentant ainsi 25 % de mères inactives pour ce groupe)¹⁸¹.

Une étude récente réalisée par l'Institut de la statistique du Québec sur le travail et la rémunération a mis en lumière les différences entre les parents et les non parents ainsi qu'entre les parents. Les chercheurs ont observé les couples dont les membres sont âgés entre 25 et 44 ans et qui avaient au moins un enfant de 12 ans et moins. Parmi ceux-ci, les couples à deux revenus et au moins un enfant comptaient

¹⁷⁹ INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, « Répartition des travailleurs de 60 à 64 ans selon le statut d'emploi et le sexe », Tableau 4.8, dans *Données sociales du Québec*, Québec, 2009, en ligne : www.stat.gouv.qc.ca/publications/conditions/.../donnees_sociales09.pdf (consulté le 10 février 2010).

¹⁸⁰ MINISTÈRE DE LA FAMILLE, DES AÎNÉS ET DE LA CONDITION FÉMININE et INSTITUT STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Un portrait statistique des familles au Québec*, Québec, Publications du Québec, 2005.

¹⁸¹ INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Répartition des femmes de 25-54 ans, personne de référence ou conjointe, avec ou sans enfants de moins de 25 ans à la maison selon la situation familiale, l'occupation d'un emploi et le régime de travail*, Québec, 1997 et 2008, en ligne : http://www.stat.gouv.qc.ca/donstat/societe/famils_mengs_niv_vie/tendances_travail/ (consulté le 10 février 2010).

pour 27,9 % du total des couples (avec ou sans enfant), les couples à un revenu (avec enfant) pour 9,7 %, les couples sans enfant à 20,3 % et les familles monoparentales (avec un emploi) pour 4%. Ainsi, l'enquête indique, que selon cette définition, il y a un peu plus d'une famille biparentale sur trois qui ne comptent que sur un revenu¹⁸².

Le Conseil de gestion de l'assurance parentale, qui est l'organisme responsable de gérer le programme de prestations à la naissance ou à l'adoption d'un enfant, ne conserve aucune statistique portant directement sur les mères au foyer, mais nous apprend que sur les 84 200 naissances au Québec en 2007, 14 500 naissances n'ont pas mené à des prestations, soit environ 18,2 %¹⁸³. Il est à noter que des femmes qui auraient pu avoir droit à des prestations peuvent ne pas les avoir demandées. De plus, les immigrantes très récemment arrivées (et qui voudraient travailler) seraient aussi comptabilisées dans ces chiffres.

La Division de l'analyse des enquêtes auprès des ménages sur le travail à Statistiques Canada compile et analyse des données sur la population active au Canada. En croisant les données sur les conjoints et les familles, et en retirant des données les individus qui n'ont pas de revenu parce qu'ils sont étudiants ou parce qu'ils ne peuvent pas travailler, il est possible de cerner les familles où un conjoint travaille et l'autre est à la maison « par choix » (leur expression). En 2009, au Québec, sur les 611 165 familles biparentales qui avaient au moins un enfant âgé de moins de 16 ans, 87 835 comptaient un parent au foyer par choix, dont **74 515 étaient des mères**. Par conséquent, environ 14 % des familles biparentales avec un enfant de moins de seize ans comptaient un parent au foyer par choix¹⁸⁴.

¹⁸² Les couples à deux revenus comptant pour 27,9 % des couples, les couples à un revenu pour 9,7 %, les couples sans enfant pour 20,3 % et les familles monoparentales avec un emploi pour 4 %. INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, préc., note 149.

¹⁸³ CONSEIL DE GESTION DE L'ASSURANCE PARENTALE, *Rapport sur le portrait de la clientèle du Régime québécois d'assurance parentale 2007*, p. 4. Il est à noter que le régime québécois compte parmi ses prestataires les femmes salariées, à temps plein comme à temps partiel, et les travailleuses autonomes.

¹⁸⁴ Il peut être intéressant de noter que ces données ont servi à la rédaction et la diffusion d'articles portant sur les pères au foyer. Voir K. MARSHALL, préc., note 177.

En guise de comparaison, nous savons, en nous fondant sur le portrait réalisé par L'Institut de la statistique du Québec en collaboration avec le Ministère de la Famille, qu'il y avait en 2001, entre 660 et 665 familles homoparentales au Québec (ayant au moins un enfant âgé de moins de 16 ans)¹⁸⁵. La donnée canadienne fait état que des enfants sont à la maison dans moins d'un dixième des ménages dont les couples sont de même sexe (qui eux, représentent 0.6 % de tous les couples au Canada)¹⁸⁶. Ces familles sont par ailleurs maintenant intégrées dans les données démographiques de Statistiques Canada.

Spécifions en outre que, bien que la majorité des données statistiques qui portent sur les mères au foyer ne précisent pas combien assument volontairement ce rôle, ni combien le font parce qu'elles seraient, par exemple, des travailleuses découragées, les recherches évaluent qu'en 1997, 1 % des mères au foyer et 6 % des pères au foyer étaient en fait des travailleurs découragés¹⁸⁷. De plus, la donnée de 74 515 mères au foyer provenant de la Division de l'analyse des enquêtes auprès des ménages sur le travail de Statistiques Canada a l'avantage de faire état spécifiquement des mères au foyer par choix.

Les données canadiennes indiquent une tendance stable à la baisse du pourcentage de familles biparentales avec une mère au foyer par choix, allant de 52 % en 1976 à 18 % en 2009. Il est cependant à noter que 2008 a vu la première augmentation depuis 1976, l'année à laquelle les statistiques ont été compilées pour la première fois.

Ainsi, nous constatons que les informations statistiques sur les mères au foyer sont peu nombreuses et imprécises lorsqu'on les compare par exemple avec l'information statistique disponible sur les familles homoparentales ou les couples plus âgés. La majorité de l'information sur les mères a généralement un rapport avec le taux d'activité de celles-ci et la présence des mères au foyer devient donc « invisible ». De

¹⁸⁵ MINISTÈRE DE LA FAMILLE, DES AÎNÉS ET DE LA CONDITION FÉMININE et L'INSTITUT STATISTIQUE DU QUÉBEC, préc., note 182.

¹⁸⁶ STATISTIQUE CANADA, *Recensement 2006*.

¹⁸⁷ K. MARSHALL, préc., note 177, p. 11.

plus, l'information extrapolée devient aussi difficilement vérifiable puisque les analyses utilisent différentes définitions. Nous ne pouvons qu'exprimer le souhait que des statistiques plus étoffées sur les mères au foyer et leur famille deviennent éventuellement disponibles.

Nous pouvons tout de même affirmer que du total des familles biparentales ayant au moins un enfant à la maison, le pourcentage de familles québécoises comptant un parent actif et un parent au foyer se situerait entre 14 % et 27 %. L'écart s'explique par la prise en considération de différents âges des enfants, plus le dernier enfant étant jeune, plus la statistique étant élevée. De plus, certaines statistiques ciblent spécifiquement les parents ayant choisi de rester au foyer (excluant l'inactivité pour d'autres raisons).

En utilisant notre définition restrictive, nous évaluons le nombre de parents à la maison au Québec en 2009 à 87 835, représentant 14 % des familles biparentales. De ce nombre, la très grande majorité, soit 74 515, serait composé de mères au foyer.

4.4 Des caractéristiques

Comme dans le cas des données quantitatives, les études qualitatives récentes portant sur les mères au foyer sont aussi très peu nombreuses¹⁸⁸. Plusieurs des informations contemporaines que nous avons pu trouver proviennent des recherches d'un chercheur français, Dominique Maison, portant sur l'expérience sociale des femmes au foyer en France¹⁸⁹.

¹⁸⁸ On peut se référer par ailleurs à Monique PROULX, *La femme et le travail : cinq millions de femmes : une étude de la femme canadienne au foyer*, Ottawa, Conseil consultatif canadien de la situation de la femme, 1978 ; Dolores BLACKMAN, *Pension pour les femmes au foyer*, Ottawa, Conseil consultatif canadien de la situation de la femme, 1985; François D. LACASSE, *Femmes au foyer : aspects économiques; le coût pour l'économie canadienne de l'absence d'une partie importante de la population féminine sur le marché du travail*, Ottawa, Commission royale d'enquête sur la situation de la femme au Canada, 1970 ; Michelle DUVAL, *Être mère au foyer à Montréal (...) quant on arrive de l'étranger*, pour le compte du Ministère des communautés culturelles et de l'immigration, projet formulé et supervisé par Renée B. DANDURAND et Françoise Romaine OUELLETTE, Montréal, 1991.

¹⁸⁹ D. MAISON, préc., note 8.

Selon ses recherches, plusieurs facettes de l'expérience des mères au foyer seraient similaires à celles des mères dites « actives ». Cependant, une caractéristique propre (et évidente) aux mères au foyer est qu'elles ont totalement arrêté d'exercer une activité rémunérée. Cet arrêt est habituellement temporaire.

La situation semble être la même au Québec. En effet, la presque totalité des femmes inactives exerceraient une activité rémunérée au moment de leur arrêt et la grande majorité réintégrerait le marché du travail après l'interruption¹⁹⁰. Le moment où le dernier enfant atteint six ans semble être le moment où cette réinsertion aura souvent lieu¹⁹¹.

Il est à noter que le phénomène de l'interruption d'emploi de longue durée (de plus d'un an), qui est encore relativement fréquent aujourd'hui, n'est pas exclusif aux mères au foyer¹⁹². Il y a cependant un lien établi entre l'interruption d'emploi de plus d'un an et la présence d'enfants, particulièrement lorsqu'il y a des enfants de moins de six ans¹⁹³. On sait aussi qu'il s'agit d'un phénomène encore très largement féminin.

Ces données nous indiquent qu'il faut donc aujourd'hui aborder la mère au foyer comme étant dans une situation transitoire d'inactivité, le plus souvent lorsqu'il y a un enfant de moins de 6 ans. Le fait que la situation d'être au foyer soit transitoire ne veut pas dire que ses effets le soient.

Interrogées sur le motif de leur « inactivité », une majorité de femmes au foyer françaises identifie l'incompatibilité des horaires familiaux¹⁹⁴. Cette incompatibilité semble notamment liée au nombre d'enfants qu'ont les mères.

¹⁹⁰ Marianne KEMPENEERS et Marie-Hélène ST-PIERRE, « Discontinuités professionnelles et charges familiales » dans Renée B. DANDURAND et Francine DESCARRIES (dir.), *Mères et travailleuses. De l'exception à la règle*, Québec, I.Q.R.C., p. 45.

¹⁹¹ Id. Voir aussi INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, préc., note 182, p. 15.

¹⁹² M. KEMPENEERS et M.-H. ST-PIERRE, préc., note 190. Malgré la hausse importante des taux d'activité féminine depuis quatre décennies, la recherche démontre que les générations récentes connaissent encore des interruptions fréquentes.

¹⁹³ Id, à la page 63.

¹⁹⁴ D. MAISON, préc., note 8.

Ce lien entre l'inactivité et le nombre d'enfants semble corroboré par une autre recherche effectuée en France sur l'allocation parentale d'éducation. Des chercheurs français ont modélisé les facteurs qui jouent sur la probabilité de cesser de travailler pour une mère : sur tous les facteurs pris en compte, c'est-à-dire l'âge des enfants, la génération de la mère, son niveau de scolarité, le type et le statut d'emploi occupé avant la naissance, l'histoire professionnelle de la mère et le rang du dernier enfant (bref, le nombre d'enfants à charge), c'est ce dernier qui serait le facteur explicatif principal du retrait des mères du marché du travail. Plus la femme a d'enfants, plus elle est susceptible de cesser de travailler, le taux d'activité reculant substantiellement lorsque la famille passe de deux à trois enfants¹⁹⁵. Ces enseignements semblent aussi vérifiables au Québec puisque, rappelons-le, les données du Recensement de 2006 indiquent que les taux d'activité et d'emploi de la mère diminuent considérablement après l'arrivée d'un troisième enfant¹⁹⁶. En effet, entre les femmes qui n'ont pas d'enfant et celles qui en ont deux, il n'y a presque pas de différences quant au taux d'activité. C'est lorsqu'il y a trois enfants ou plus que les taux d'activité et d'emploi changent de manière importante pour les mères. Avec trois enfants ou plus, le taux d'activité des femmes n'est plus que de 71,0 % et leur taux d'emploi, de 66,0 %¹⁹⁷.

Des données datant de 1984 indiquent que les mères au foyer canadiennes ont généralement plus d'enfants (2 ou 3) que l'ensemble des mères¹⁹⁸. Nous n'avons pu trouver de données contemporaines permettant d'infirmer ou de confirmer cette donnée pour le Québec pas plus que de l'information nous permettant d'établir le pourcentage

¹⁹⁵ Arianne PAILHÉ et Anne SOLAZ, « Inflexions des trajectoires professionnelles des hommes et des femmes après la naissance d'enfants », dans (2007) 90 *Allocations familiales. Recherches et Prévisions*, Institut national d'études démographiques – Unité Démographique économique, p. 5. Ces données confirment des données précédentes de 1992 : voir les résultats de *l'Enquête familiale INSEE de 1992* publiés dans Philippe STECK, *Droit et famille. Tous les droits*, Paris, Économica, 1997, p. 106.

¹⁹⁶ INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, préc., note 182, p. 16.

¹⁹⁷ Id.

¹⁹⁸ Rita THERRIEN et Louise COULOMBE-JOLY, *Rapport de l'AFEAS sur la situation des femmes au foyer*, Montréal, Boréal Express, 1984 et Ann D. DUFFY, « The Traditional Path : Full-Times Housewives », dans Ann DUFFY, Nancy MANDELL et Norene PUPO, *Few Choices : Women, Work and Family*, Toronto, Garamond Press, 1989.

des enfants du Québec qui habitent avec une mère au foyer¹⁹⁹ ou le pourcentage de ces mères qui seraient mariées ou conjointes de fait. Ces informations nous semblent essentielles notamment lorsqu'il est question d'examiner les effets du droit au moment d'une rupture conjugale.

Malgré ces lacunes, il est tout de même possible d'affirmer que le taux d'activité et le taux d'emploi des mères de trois enfants et plus se démarquent de manière significative de ceux des autres mères ainsi que de ceux des pères.

Autres différences observées en France entre les mères en emploi et les mères au foyer : ces dernières consacrent plus de temps au « scolaire » de leurs enfants, elles définissent plus leur identité en référence à leur statut de « mères » plutôt qu'à celui de « femmes simplement ».²⁰⁰ Au Canada, on sait que les mères au foyer ont des conjoints qui travaillent en général plus que les conjoints des mères actives sur le marché du travail : « En fait, les types de ménages qui se distinguent sont ceux où il y a des enfants, mais un seul revenu. En effet, en 2008, les travailleurs qui sont le seul soutien d'une famille biparentale travaillent le plus d'heures ».²⁰¹

Selon des données et des commentaires compilés par le Conseil de la famille et de l'enfance du Québec, « [L]'un des commentaires les plus courants de celles et ceux qui ont fait le choix de demeurer au foyer familial pour prendre soin des enfants à temps plein concerne le manque de reconnaissance sociale du rôle de parent au foyer ».²⁰²

¹⁹⁹ Nous avons formulé des requêtes précises cherchant à retracer cette information auprès du service à la clientèle (« Special Retrievals ») de Statistiques Canada qui nous a informé qu'il leur était impossible de répondre à celles-ci, Katherine Marshall précisant que les données « famille » étaient presque inexistantes. Une représentante de la Direction générale des politiques, Direction de l'évaluation et de la statistique (DÉS) au Ministère de la Famille et des Aînés nous a aussi informé qu'elle n'avait pas cette information pas plus que L'Institut de la statistique du Québec.

²⁰⁰ D. MAISON, préc., note 8.

²⁰¹ INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, préc., note 182, p. 33

²⁰² CONSEIL DE LA FAMILLE ET DE L'ENFANCE, *Transitions familiales. Le rapport 2005-2006 sur la situation et les besoins des familles et des enfants*, Québec, Publications du Québec, 2007, p. 84.

De plus, des parents avaient l'impression que l'aide étatique n'était pas équitablement répartie pour toutes les familles : « *Un certain sentiment de frustration était palpable chez des parents au foyer qui font le lien entre les investissements publics pour les services de garde et l'aide financière qu'ils reçoivent* ». ²⁰³

Ces informations semblent par ailleurs correspondre aux données françaises faisant état d'un sentiment d'exclusion et de non-perception d'une activité productrice qui est source de souffrance pour les mères au foyer ²⁰⁴. L'intensité de ce sentiment de souffrance serait liée à l'appartenance à une classe sociale plus élevée. L'expérience de la mère au foyer serait différente selon son appartenance de classe.

4.5 Des expériences de la mère au foyer

Selon l'analyse de Maison, ce sont surtout les mères au foyer habitant des quartiers dits favorisés qui insistent sur l'absence de services et le sentiment d'isolement, d'exclusion et de manque de reconnaissance ²⁰⁵.

Ce constat peut s'expliquer par le fait que les mères au foyer des quartiers populaires et moyens auraient accès à plus de services offerts par leurs centres communautaires orientés vers le développement des enfants et l'animation communautaire. Une situation similaire a fait l'objet d'observations au Québec ²⁰⁶. Il est également possible que ces mères expérimenteraient moins d'isolement puisqu'elles continueraient de côtoyer plusieurs personnes de leur entourage tout en étant au foyer. Quant au sentiment de manque de reconnaissance, peut-être ces mères en auront-

²⁰³ Id., p. 85 Voir aussi à ce sujet C. CORBEIL, F. DESCARRIES, C.GILL et C. SÉGUIN, préc., note 12, à la page 77.

²⁰⁴ D. MAISON, préc., note 8.

²⁰⁵ Id. Le fait que nous faisons état de résultats de recherche traitant de la souffrance ou de la frustration des mères au foyer plus scolarisées ou provenant des classes sociales plus élevées ne devrait pas être interprété comme faisant fi de la possibilité que les autres mères au foyer peuvent vivre une autre forme d'exclusion ou un sentiment de non-reconnaissance.

²⁰⁶ Renée B. DANDURAND et Françoise-Romaine OUELLETTE, *Entre autonomie et solidarité. Parenté et soutien dans la vie de jeunes familles montréalaises*, Rapport déposé au Conseil québécois de la recherche sociale, Montréal, Miméo, INRS, 1992.

elles moins eu durant leur période de scolarité ou durant leur vie active que les mères professionnelles²⁰⁷.

Les données québécoises indiquent aussi que la présence constante de la mère auprès des jeunes enfants est particulièrement valorisée dans des milieux socio-économiques populaires ou moyens. Dans les milieux favorisés, cette valeur serait moins importante. Ce serait le travail professionnel qui serait plus important pour les parents de ces milieux²⁰⁸.

Parallèlement au fait que le travail rémunéré serait plus important pour les parents des milieux favorisés, nous savons qu'au Québec la présence d'enfants influence davantage le retrait du marché du travail des personnes ayant un diplôme d'études postsecondaires que celles qui n'en possèdent pas²⁰⁹. Les mères plus scolarisées seraient plus nombreuses proportionnellement à quitter le marché du travail dans le but de s'occuper de leurs enfants.

Autre fait d'intérêt, l'enquête québécoise menée par Françoise-Romaine Ouellette et Renée B. Dandurand sur la parenté et le soutien familial fait état que, parmi les conjoints, ce sont ceux qui proviennent de milieux aisés qui participent le moins aux travaux domestiques et au maternage, tout en tenant le plus le discours égalitaire et en se présentant le plus à l'extérieur du foyer comme responsables d'un enfant²¹⁰.

En plus de vivre une expérience différente des mères au foyer des milieux moins nantis, ces mères donneraient un sens, une interprétation différente de leur situation. L'étude française de Dominique Maison démontre « *qu'au sein de la génération des mères de moins de 45 ans, plusieurs, parmi les plus scolarisées, sont particulièrement sensibles à la faible considération sociale accordée au statut de femme au foyer. Ayant acquis une expérience de travail qui leur a permis d'acquérir*

²⁰⁷ Une femme sur quatre, tant au Québec qu'au Canada, a affirmé reprendre le travail parce qu'elle se sent seule à la maison. INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, préc., note 182.

²⁰⁸ R. B. DANDURAND et F. - R. OUELLETTE, préc., note 206.

²⁰⁹ INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, préc., note 182.

²¹⁰ R. B. DANDURAND et F. - R. OUELLETTE, préc., note 206.

une certaine reconnaissance sociale, un sens de l'autonomie, cette catégorie de jeunes femmes au foyer (...) refusent systématiquement d'être associées aux stéréotypes de la femme au foyer. »²¹¹

Pour elles, le paradigme de la dépendance à leur conjoint en est un faux : leur situation ne peut pas être assimilée à de la dépendance, notamment parce qu'elles considèrent que leur conjoint est aussi dépendant d'elles. Elles ne perçoivent pas de la domination, mais assimilent plutôt leur situation à un choix qui est présentement hors norme²¹². Cette qualification semble correspondre à tout le moins au langage, sinon aux idées, de l'individualisme de la seconde modernité.

²¹¹ D. MAISON, préc., note 9, p. 89.

²¹² Id.

Conclusion de la première partie

Dans la vision de Durkheim, la valorisation croissante de l'individu n'est ni bonne ni mauvaise en soi. Elle est cependant inévitable. La conception de l'individu et de ses attributs est pour lui une création sociale qui reflète la valeur que la société attribue à chaque individu. En vue d'assurer l'individualisation la plus large possible pour chaque individu, l'État doit voir à ce que des obligations soient imposées au sein des groupes comme la famille pour contrebalancer l'influence compressive que ces groupes peuvent exercer sur les individus. La liberté de chaque individu est donc le produit d'un encadrement normatif obligatoire.

Sur le plan méthodologique, Durkheim tente d'observer les phénomènes sociaux comme des objets. Pour lui, le droit peut être une porte d'entrée pour observer ces faits sociaux. Une telle perspective explique pourquoi on le considère souvent comme l'un des pères fondateurs de la sociologie du droit.

S'inscrivant dans cette approche, la sociologie du droit contemporaine considère non seulement que le droit peut être une porte d'entrée pour apprécier un fait social susceptible d'observation empirique, mais qu'il est lui-même un phénomène social mobilisé par les forces vives de la société et répondant à sa propre logique.

Ainsi, dans cette vision, le droit traduit l'individualisme ambiant tout autant qu'il participe à le créer et le définir. Ceci est particulièrement important si nous adoptons l'idée de Durkheim suivant laquelle le droit a comme fonction et caractéristique d'intégrer les individus.

Bien que l'individu et l'individualisme soient définis de multiples façons, nous retenons des enseignements des sciences sociales que l'individualisme est ce déplacement de l'action et de la réflexion vers l'individu. Charles Taylor cerne l'essence de ce mouvement en écrivant que l'individualisme revient à dire « nous sommes des « moi » ». ²¹³

²¹³ C. TAYLOR, préc., note 52.

Aux fins de ce mémoire, nous comprenons l'individualisme comme étant une tendance dont l'idée centrale est l'individu, à la fois comme valeur et comme agent empirique, enracinée dans une idéologie particulière de la personne humaine, mais se déployant différemment (et pas toujours de façon linéaire ou constante) dans le temps, dans l'espace et dans le contexte social plus large. L'individualisme de la première modernité est organisé autour du sujet universel, rationnel, égal, mais surtout libre, compris comme non restreint par des normes, alors que l'individualisme de la seconde modernité est caractérisé par la mise en lumière des différences entre les individus, ainsi que par leurs besoins d'être authentiques et d'être reconnus pour qui « ils sont vraiment », au-delà de l'aspect rationnel. Dans ce contexte, les appartenances éclatent encore plus et chacun doit construire sa vie et son univers normatif à travers une série de choix et de démarches actives personnels qui ne s'avèrent pas toujours compatibles puisque la société n'intègre pas des individus entiers, mais bien des sphères fonctionnelles. Qui plus est, il existe une attente que cette quête d'authenticité soit reconnue et soutenue par les institutions publiques.

Cette revendication du support des institutions est un aspect du lien étroit qu'entretient l'individualisme avec le droit, qui en est venu à être à la fois imprégné d'individualisme et à contribuer à le créer. De plus, les institutions sont elles-mêmes de plus en plus tributaires des initiatives individuelles. L'individu, comme bénéficiaire et agent influent, est de plus en plus appelé à être un participant actif dans la vie des institutions.

Sur le plan des familles, on observe une transformation importante de l'influence de l'individualisme. D'une famille de subsistance où la communauté était privilégiée, à la famille centrée sur les relations interpersonnelles, cette institution n'est plus un havre ou une prison de solidarités inconditionnelles, sauf peut-être pour les relations individuelles qui s'établissent entre le parent et l'enfant, celui-ci donnant dorénavant le sens à la famille contemporaine.

L'individualisme apparaît de façon paradoxale en lien avec cette nouvelle réalité : l'enfant devient au centre des relations individuelles familiales, mais en même temps, il n'est pas tout à fait « individualisé », notamment parce qu'il n'est pas indépendant ou autonome. Les adultes doivent donc s'en occuper, les mères exécutant

encore aujourd'hui une plus grande part du maternage. L'observation de l'individualisme concret permet de tenir compte de cette inégalité au niveau des heures et énergies consacrées au maternage et la perte de liberté qu'entraîne ce travail qui se superpose aux attentes intériorisées des jeunes femmes de liberté, d'autonomie et d'égalité, créant des difficultés à la fois existentielles et pratiques pour celles-ci. Les mères sont obligées d'inventer des solutions individuelles qui, pour plusieurs, consisteront à diminuer leurs heures d'activités rémunérées pour s'occuper des enfants, un phénomène qui n'est pas observable de la même manière pour les pères. Les statistiques disponibles indiquent qu'encore aujourd'hui, la part du revenu d'emploi de toutes les mères en proportion du revenu de la famille se situe dans la très grande majorité des cas en bas de 50 %, si on tient compte des mères qui abandonneront entièrement le travail rémunéré durant une période. Le portrait de la famille québécoise et de la contribution financière des mères au revenu familial est très différent si l'on tient compte de l'existence de mères au foyer.

Cette mère au foyer, comprise ici comme une mère ayant au moins un enfant de moins de seize ans à la maison, n'ayant aucun travail rémunéré (bien qu'apte au travail), ne recherchant pas de travail, n'étudiant pas, et faisant partie d'une famille biparentale dans laquelle l'autre conjoint travaille, est souvent invisible dans les analyses et les statistiques disponibles sur les mères, nous obligeant à répertorier des données extrapolées. Nous savons qu'environ 14 % des familles biparentales au Québec, ayant un enfant en bas de l'âge de seize ans qui habite à la maison, compteraient un parent au foyer par choix, les mères représentant la très grande majorité de ceux-ci. Il y avait, selon la définition la plus stricte, environ 75 000 mères au foyer au Québec en 2009.

Plusieurs facettes de l'expérience des mères au foyer seraient similaires à celles des mères dites « actives », y compris leurs revendications de reconnaissance. Les distingue le fait que les mères au foyer sont temporairement retirées du marché du travail, ont plus d'enfants que la moyenne et que leur qualité de mère fait davantage partie de leur identité. Les recherches font état de sentiments d'isolement, de manque de reconnaissance et de frustration quant à l'absence de services appropriés,

particulièrement pour les mères plus scolarisées et vivant dans des quartiers de cadres et de professionnels.

Plusieurs mères au foyer décrivent leur parcours comme étant un choix hors norme qui devrait être soutenu au même titre que les autres. Ainsi, la situation de la mère au foyer semble faire écho à la tendance individualiste qui consiste pour l'individu à vouloir tracer son propre chemin dans le contexte normatif plus large et à s'attendre à être reconnu et intégré, notamment par le droit, tel qu'il est.

Est-ce que le droit québécois de la famille répond à ces choix, besoins et attentes de la mère au foyer ? Est-ce que l'individualisation du droit de la famille québécois se vérifie pour la mère au foyer ? C'est ce que nous tenterons de voir dans la deuxième partie de notre étude.

DEUXIEME PARTIE: ANALYSE EMPIRIQUE DU TRAITEMENT JURIDIQUE DE LA MERE AU FOYER

Chapitre 5 : Le cadre méthodologique

D'un point de vue méthodologique, notre interrogation de départ se traduit par la question de recherche suivante : si l'individu unique est de plus en plus central comme objet et sujet de droit, y compris en droit de la famille, quelle reconnaissance et support celui-ci accorde-t-il à la mère au foyer? Bref, est-ce que le droit de la famille québécois, privé et social, s'individualise autour de la mère au foyer? Rappelons que nous avons postulé en début d'étude que le droit québécois vise, reconnaît et supporte cet acteur familial dans ses choix.

En vue de répondre à notre question de recherche, notre cadre méthodologique s'appuie sur trois propositions centrales : la mère au foyer comme sujet de droit, l'analyse à la fois du droit social et du droit privé de la famille, et l'observation de ce droit à travers la lunette de l'individualisme.

Nous tenons à présenter ces propositions en les replaçant dans le contexte de la littérature scientifique pertinente et en soulevant les avantages et désavantages que nous identifions quant à ces éléments clés de notre démarche. Dans un second temps, nous décrirons concrètement les paramètres de notre méthodologie.

5.1 Les propositions centrales : contexte scientifique et défis

5.1.1 Le sujet du traitement juridique : la mère au foyer

Notre choix de la mère au foyer comme sujet de droit est fondé tout d'abord sur la position suivant laquelle l'évaluation du maternage doit comprendre la prise en considération des mères elles-mêmes.

Cette approche est utilisée notamment par des juristes féministes qui examinent l'encadrement juridique de la mère et du « motherwork ». ²¹⁴ Par ailleurs, cette manière de voir la façon dont le droit s'applique à un individu est cohérente avec celle utilisée par l'analyse jurisprudentielle qui se fait presque toujours sur la base de l'expérience concrète d'un ou de quelques individus. Elle s'insère aussi logiquement dans une recherche qui utilise l'individualisme comme lunette d'observation en tentant de mettre en lumière l'individu qui se cache parfois derrière le lien d'emploi, le lien conjugal ou le lien familial.

La littérature s'intéressant au droit de la famille québécois ne compte pas, à notre connaissance, d'ouvrage portant spécifiquement sur la mère au foyer.

C'est plutôt sous l'angle plus restreint des responsabilités des parents à l'égard de leurs enfants ou du support économique à accorder aux mères lors d'une rupture que le maternage et la mère au foyer sont abordés par les observateurs du droit privé de la famille. Il existe une littérature juridique riche autour de ces questions, plusieurs ouvrages allant au-delà des simples descriptions du droit et abordant le bien-fondé ou la légitimité de ce droit. Parmi ceux-ci on retient plusieurs articles parus dans un numéro spécial de la revue *Les Cahiers de Droit* intitulé « L'influence du féminisme sur le droit au Québec », ²¹⁵ dont l'article de Nathalie Des Rosiers sur la responsabilité de la mère pour le préjudice causé par son enfant ²¹⁶ et celui de Lucile Cipriani sur la prestation compensatoire ²¹⁷.

Certaines recherches s'intéressent au travail domestique accompli par les femmes. Parmi celles-ci, mentionnons la recherche de Katherine Lippel et Claudyne Bienvenu portant sur l'indemnisation des victimes de lésions professionnelles pour

²¹⁴ Pour un excellent aperçu de la vision des différentes écoles de pensée féministes quant au maternage et une revue des thèmes juridiques qui touchent au maternage en droit canadien, voir L. TURNBULL, préc., note 18.

²¹⁵ (1995) 36 *C. de D.* 1.

²¹⁶ Nathalie DES ROSIERS, « La responsabilité de la mère pour le préjudice causé par son enfant », (1995) 36 *C. de D.* 61.

²¹⁷ Lucile CIPRIANI, dans « La justice matrimoniale à l'heure du féminisme : analyse critique de la jurisprudence québécoise sur la prestation compensatoire, 1983-1991 », (1995) 36 *C. de D.* 209.

incapacité d'effectuer le travail domestique qui cherche à examiner la valeur donnée par le droit au travail domestique. Pour ce faire, les chercheuses ont examiné la reconnaissance qui était accordée à ce travail dans le cadre de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*. Elles ont conclu qu'il existe une inadéquation entre les besoins des travailleuses et le soutien fourni dans le cadre de programmes, que la perte de capacité à l'égard du travail domestique n'est pas adéquatement réparée et que cet état de fait constitue une discrimination systémique à l'égard des travailleuses. Ainsi, cette recherche examine la valeur donnée au travail accompli au foyer par des individus en relation d'emploi²¹⁸.

Nous relevons aussi la présence d'études qui portent sur l'encadrement juridique de la mère en dehors du contexte de son lien d'emploi, par exemple en lien avec le droit criminel ou médical, pour des questions d'allaitement, de techniques de reproduction ou de grossesse. Rappelons que ces sujets ne font cependant pas partie, aux fins de ce travail, de notre définition du maternage²¹⁹.

D'autres chercheurs en droit social étudient la question du support fourni par l'État pour soutenir les familles et diminuer l'impact des coûts directs attribuables au maternage²²⁰. Des sociologues et politologues s'intéressent au droit social ou fiscal qui encadre la famille et les enfants²²¹.

²¹⁸ Katherine LIPPEL et Claudyne BIENVENU, « Les dommages fantômes : l'indemnisation des victimes de lésions professionnelles pour l'incapacité d'effectuer le travail domestique », (1995) 36 C. de D. 161.

²¹⁹ Pour une discussion sur l'encadrement juridique de la grossesse, voir notamment L. TURNBULL, préc., note 18 aux pages 61 et ss.

²²⁰ M.J. MOSSMAN, préc., note 3; Julien D. PAYNE, « Les répercussions du droit de la famille au Canada sur les conséquences financières de la dissolution des mariages et du divorce », dans, Ivan BERNIER et Andrée LAJOIE (coord.), *Le droit de la famille social au Canada*, Commission royale sur l'Union économique et les perspectives de développement du Canada, vol. 49, 1986, p. 1 ; R. D. BUREAU, K. LIPPEL et L. LAMARCHE, préc., note 47.

²²¹ 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; Renée B. DANDURAND et Agnès PITROU, « Politiques familiales et vies de femme », (1996) 36 *Lien Social et Politique – R.I.A.C.* 7.

Mentionnons aussi qu'une littérature scientifique importante existe autour de la question des mères ou du maternage lorsqu'il est question du droit du travail²²².

Ainsi, la littérature juridique québécoise ne comprend pas, à l'heure actuelle, un ouvrage qui aborde directement la question de la mère au foyer, mais comporte des recherches qui ont abordé, directement ou indirectement, certains aspects du droit qui la concernent.

Par ailleurs, nous croyons important de faire état des réserves formulées par certains chercheurs des sciences sociales qui semblent réticents, voire opposés, à l'idée d'utiliser la mère au foyer comme concept ou sujet de recherche en général, y compris lorsqu'il est question d'individualisme.

Nous relevons essentiellement deux critiques. Tout d'abord, pour certaines, le fait d'examiner la mère qui fait du maternage à temps plein est de peu d'intérêt scientifique puisqu'il s'agit d'un phénomène qui est applicable en tout premier lieu à la bourgeoisie²²³. Il nous semble incontestable que le libre choix d'être une mère au foyer présuppose un revenu familial suffisant pour permettre ce choix. Rappelons cependant que nos recherches semblent démontrer qu'il existerait des mères au foyer de plusieurs provenances socio-économiques (nous n'avons pas réussi à trouver des données récentes nous permettant d'établir la proportion de mères au foyer par groupe économique).

La littérature que nous avons consultée (voir le chapitre 5) fait état des différences dans les expériences des mères au foyer des diverses classes sociales, certains chercheurs affirmant même qu'il s'agit là d'un phénomène beaucoup plus

²²² Voir notamment Maurice DRAPEAU, *Grossesse, emploi et discrimination*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2003 ; Nathalie-Anne BÉLIVEAU, *La situation juridique de la femme enceinte au travail*, coll. «Relations industrielles», Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992 ; Daniel PROULX, *La discrimination dans l'emploi*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993 ; K. LIPPEL et C. BIENVENU, préc., note 218 ; Paul PHILLIPS et Erin PHILLIPS, *Women and Work : Inequality in the Canadian Labour Market*, Toronto, James Lorimer, 1993.

²²³ Christine DELPHY, « La maternité occidentale contemporaine : le cadre du désir d'enfant », dans Francine DESCARRIES et Christine CORBEIL (dir.), *Espaces et temps de la maternité*, Éditions du remue-ménage, p. 68. Soulignons qu'il s'agit là du même argument qui avait été soulevé dès le début du mouvement des suffragettes quant à leur demande de droit de vote.

fréquent chez les mères appartenant à un groupe défavorisé socialement, économiquement ou culturellement²²⁴. De plus, certaines lois, ainsi que nous le verrons, visent à octroyer des droits spécifiques à la mère au foyer économiquement défavorisée.

La seconde critique formulée par d'autres chercheurs des sciences sociales est que le concept de la « femme au foyer par choix » serait plus fictif que réel. Dans le cadre d'une recherche qui consistait à considérer les multiples réalités, les histoires de vie et les véritables enjeux qui se profilent derrière le terme de « femme au foyer », des chercheurs ont soutenu tout d'abord que les chiffres qui sont fréquemment utilisés pour quantifier les mères au foyer au Québec sont erronés puisqu'elles font l'adéquation entre les femmes inactives et les femmes au foyer. Deuxièmement, les chercheurs mettent en lumière que plusieurs femmes au foyer ne sont pas des mères de jeunes enfants. Troisièmement, une proportion considérable des femmes au foyer sont des femmes moins scolarisées qui ont beaucoup moins de possibilités d'insertion au marché du travail²²⁵. Elles vivent fréquemment dans l'insécurité financière et leurs « professions » les placent souvent à risque d'un point de vue de santé physique et mentale. Dans ce contexte, et bien que les chercheurs reconnaissent comme question essentielle la réinsertion en milieu de travail après avoir été au foyer, ils n'identifient aucune mesure spécifique pour les femmes ou mères au foyer puisqu'il leur est conceptuellement impossible d'envisager la mère au foyer sous l'angle de la valorisation ou de la reconnaissance d'un choix. Pour Francine Descaries et al : « (...) *comment ne pas reconnaître le caractère anachronique, non fonctionnel et dévalorisant du statut de la femme au foyer?* »²²⁶

D'un point de vue technique, nous tentons de tenir compte de la majorité de ces critiques en utilisant comme définition de la mère au foyer la description la plus restrictive que nous ayons pu identifier. Rappelons que nous limitons notre propos à l'encadrement de la mère ayant au moins un enfant de moins de seize ans à la maison,

²²⁴ C. CORBEIL, F. DESCARRIES, C. GILL et C. SÉGUIN, préc., note 12, à la page 83.

²²⁵ Id.

²²⁶ Id., à la page 93.

n'ayant aucun travail rémunéré à temps plein ou à temps partiel, (bien qu'apte au travail), ne recherchant pas de travail, n'étudiant pas à temps plein ou à temps partiel, faisant partie d'une famille biparentale et restant à la maison par choix.

Quant à l'impossibilité d'associer la mère au foyer à un individu ayant fait un choix, nous croyons important de soulever que notre position, tout comme celle de De Singly, s'inscrit dans le courant de pensée des féministes de la différence qui soutient que le sujet, l'individu peut être conceptualisé en prenant en considération les différences entre les hommes et les femmes ainsi que les différences entre les femmes elles-mêmes.

Pour Martha Fineman, une féministe de la différence, il est possible d'aborder le maternage comme étant un critère identitaire important et une source de valeur pour certaines mères²²⁷. Il s'ensuit logiquement que les auteurs s'inscrivant dans ce courant favorisent des actions qui reconnaissent et soutiennent toute la panoplie de choix que feront les individus quant au maternage, y compris celui des mères de rester au foyer, sans pour autant prétendre que le maternage ou la maternité soient des caractéristiques essentielles ou naturelles des femmes.

Ainsi, nous croyons que, pour être scientifiquement intéressant, le sujet de droit qu'est la mère au foyer doit être circonscrit par une définition précise. De plus, nous constatons que la perspective des féministes de la différence permet de considérer la mère au foyer comme un sujet de droit ayant fait un choix hors norme qui mérite (comme tout autre) d'être reconnu. L'utilisation de la mère au foyer comme objet ou sujet de recherche est appuyée par cette littérature.

5.1.2 L'interrogation simultanée du droit social et du droit privé

Notre décision d'observer le traitement juridique de la mère au foyer, de se placer « dans les souliers » de ce sujet de droit, implique de tenir compte de la coexistence du droit social et du droit privé québécois qui ont des sources et des

²²⁷ Martha ALBERTSON FINEMAN, *The Neutered Mother, The Sexual Family and Other Twentieth Century Tragedies*, New York, Routledge, 1995.

perspectives différentes, s'expriment par des concepts distincts et sont rarement analysés conjointement par la doctrine²²⁸.

Mentionnons cependant les travaux des juristes s'intéressant au droit de la famille qui, bien qu'analysant le droit privé, abordent tout de même la question de ses liens avec le droit social, soit pour justifier ce qui peut sembler logique ou pour les critiquer, ces observations portant fréquemment sur le traitement juridique des conjoints de fait²²⁹. D'autres recherches en droit de la famille abordent plus directement le lien entre le droit social et le droit privé en ce qui concerne la solidarité familiale²³⁰.

Par ailleurs, nous avons trouvé au moins un exemple de revue globale, portant à la fois sur le droit privé et le droit social de la famille²³¹. Bien que cet écrit porte sur le droit français et qu'il s'apparente davantage à une stricte revue du droit positif qu'à une analyse, nous nous en sommes néanmoins inspiré car nous constatons qu'une telle approche peut mettre en lumière certaines tendances communes ou dynamiques qui opèrent (ou pas) entre les systèmes de droit. Nous croyons que cette approche peut faciliter la compréhension du droit pour les non-juristes, tout en contribuant à l'intelligibilité scientifique du droit de la famille.

Notons cependant que des juristes qui s'intéressent au droit social qui encadre la famille décrivent un double problème quant à leur terrain d'observation, soit la définition de leur champ d'études et la déficience de cadre théorique applicable à l'analyse juridique du droit social²³². Inclure à notre terrain d'observation à la fois le droit privé et le droit social comporte donc des risques d'imprécision ou de manque de pertinence.

²²⁸ G. ROCHER, préc., note 44, p. 55.

²²⁹ Voir notamment Benoît MOORE, « Les enfants du nouveau siècle (libres propos sur la filiation) », dans S.F.P.B.Q., 176 *Développements récents en droit familial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 75 ; Dominique GOUBEAU, « La conjugalité en droit privé : comment concilier « autonomie » et « protection? » », dans Pierre-Claude LAFOND et Brigitte LEFEBVRE (dir.), *L'Union civile, nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21^e siècle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 153.

²³⁰ Voir notamment Christophe VIGNEAU, « Les rapports entre solidarité familiale et solidarité sociale en droit comparé », (1999) 1 *R.I.D.C.* 51-81.

²³¹ P. STECK, préc., note 195.

²³² R. D. BUREAU, K. LIPPEL et L. LAMARCHE, préc., note 47.

En vue de diminuer ces risques, nous décrirons et justifierons avec précision notre terrain d'observation, particulièrement en ce qui concerne le droit social. De plus, nous estimons que la pertinence de cette approche est intimement liée au choix du concept, et des indicateurs qui en découlent, qui sont utilisés pour analyser le droit.

En effet, le concept doit être à la fois suffisamment lié au droit et au contexte général de la société tout en n'étant pas automatiquement lié à l'un des deux systèmes du droit. Ce concept est, pour nous, l'individualisme.

5.1.3. L'individualisme comme contexte et lunette d'observation

Ainsi que nous l'avons mentionné, les termes « individualisme » ou « *individualisation* » n'ont pas énormément de signification proprement juridique. Cela ne veut pas dire que les termes ne sont pas utilisés en droit, mais plutôt qu'ils identifient plusieurs phénomènes juridiques différents²³³.

Par exemple, le terme individualisation est fréquemment utilisé dans le contexte du droit pénal lorsqu'il est question d'adapter la peine au délinquant en tenant compte de ses caractéristiques personnelles²³⁴. Le droit de la vente en traite aussi lorsqu'il est question de rendre déterminable ou identifiable une personne ou une chose dans le cadre d'une transaction²³⁵. Certains auteurs de doctrine en droit de la famille utilisent quant à eux ces expressions lorsqu'ils avancent l'idée que l'octroi de bénéfices ou de droits ne devrait pas prendre en considération la relation conjugale ou familiale des individus²³⁶.

Patrice Adam, chercheur français qui a examiné la question de l'individualisation en droit du travail français, établit une distinction entre l'individu, la personne et le

²³³ P. ADAM, préc., note 75.

²³⁴ Reynald OTTENHOF, « Individualisation légale et individualisation judiciaire », dans Reynald OTTENHOF (dir.), *L'individualisation de la peine : de Saleilles à aujourd'hui*, Ramonville Saint-Agnes, Érès, 2001, p. 141.

²³⁵ Pierre-Gabriel JOBIN et Michelle CUMYN, *La Vente*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 30 et ss.

²³⁶ Voir notamment M. J. MOSSMAN, préc., note 3.

sujet²³⁷. Pour lui, l'individu est la figure indépendante, qui existe en soi et pour soi. L'indépendance serait l'exclusion de toute limite du « soi ». Le sujet quant à lui serait caractérisé par l'autonomie, c'est-à-dire qu'il se pense comme la source de ses représentations et de ses actes. Dans l'autonomie, on peut se soumettre à une loi commune, si on l'a librement acceptée.

Par ailleurs, dans sa vision, l'autonomie ne s'oppose pas à une appartenance collective. Par exemple, une loi qui permettrait aux employés syndiqués de prendre des décisions par un vote majoritaire plutôt que par voie d'un comité de gestion (parce que les intérêts individuels semblent souvent aller à l'encontre des intérêts du syndicat) s'inscrirait dans un mouvement d'autonomie, bien qu'elle limiterait l'indépendance des syndiqués qui ne pourraient pas s'opposer à titre individuel à l'application de la convention collective. Ce droit serait une facette individuelle d'une appartenance collective.

Il définit aussi la personne qui, pour lui, a une signification particulière en droit. Il rappelle qu'en droit, la personne, c'est l'être capable d'être titulaire de droits, astreint à des obligations et donc apte à participer à la vie juridique. La personne est le « support » des droits subjectifs.

Au Québec, l'étudiante en droit apprend que la personne « *c'est l'être ou l'entité à laquelle la loi accorde la personnalité juridique, c'est-à-dire l'aptitude générale à être sujet de droit, à jouir de ses droits civils.* »²³⁸ Rappelons aussi que la personne en droit n'est pas nécessairement une personne humaine pas plus que toute personne humaine ne soit une personne ayant une pleine capacité au sens juridique.

Le terme « personne », en plus de désigner le « support des droits », est utilisé pour faire référence à la valeur que le droit peut accorder à « l'essence » de la personne. Ainsi, ce terme est souvent employé pour faire référence à l'individu

²³⁷ P. ADAM, préc., note 75.

²³⁸ France ALLARD, « L'existence de la personne physique », dans coll. de droit 2010-2011, École du Barreau du Québec, vol. 3, *Personnes, famille et successions*, Montréal, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 31.

universel qui a droit à la dignité, à la liberté et dans une certaine mesure, à l'égalité. Ces valeurs sont particulièrement reconnues et protégées par la Charte des droits et libertés de la personne ainsi que par les dispositions du Code civil du Québec qui, dès son introduction, s'ouvre sur le livre « Des Personnes ». ²³⁹ Adam parle d'un mouvement de « personnalisation ». ²⁴⁰

L'enfant reçoit un traitement particulier quant à sa personnalisation. Le Code civil du Québec prévoit que l'enfant a droit à la protection, à la sécurité et à l'attention de ses parents ²⁴¹ et toutes les décisions prises qui concernent l'enfant doivent l'être dans son intérêt et dans le respect de ses droits ²⁴². Ces règles trouvent application principalement dans le droit qui encadre la famille.

Bien que l'analyse des différents droits de la personnalité des adultes et des enfants puisse s'approcher par moment de l'analyse que nous tentons de faire, nous tenons à préciser que nous désirons observer l'encadrement juridique de la mère au foyer non pas comme *personne*, mais plutôt comme *sujet*, cherchant à voir si le droit québécois reconnaît et supporte la mère au foyer dans ce qui fait d'elle un individu différent, authentique, autonome. L'utilisation d'indicateurs se rattachant au droit sera donc déterminante.

Un autre défi engendré par l'utilisation de l'individualisme pour interroger le droit réside dans la proximité du droit et de l'individualisme.

Ainsi que nous l'avons vu, le droit est intimement lié au développement de l'individualisme de la première modernité :

« Bref, lorsque le mot « droit » au sens de droit subjectif a fini par supplanter la définition antique de « rapport juste entre les choses », et lorsque ce nouveau concept fut

²³⁹ Notons aussi la présence de la disposition préliminaire du C.c.Q. qui rattache le domaine d'application du code à celui de la *Charte des droits et libertés de la personne*, préc., note 89.

²⁴⁰ Voir aussi G. ROCHER, préc., note 44, p. 115 qui traite de « l'inspiration personnaliste ».

²⁴¹ Voir notamment l'art. 32 C.c.Q., *Charte des droits et libertés de la personne*, art. 39.

²⁴² Art. 33 C.c.Q.

définitivement lié à celui de « liberté », la voie était ouverte à une conception radicalement nouvelle du Droit dont les critères les plus manifestes sont la conceptualisation systématique, un développement idolâtre pour le subjectivisme, la prétention à l'universalisme, l'affirmation de l'unité de la raison, la séparation de la société civile et de l'État, l'organisation axiomatique des principes juridiques. En particulier, la mise en ordre du droit autour de quelques concepts accessibles à l'entendement de chacun – parce qu'inscrits dans la raison de chacun – a constitué l'aboutissement d'un cheminement de pensée propre à ce que les philosophes entendent par « époque moderne. »²⁴³

C'est au moment de l'emprise croissante de l'influence de l'individualisme de la première modernité que le système juridique tel que nous le connaissons aujourd'hui se met en place et connaît lui aussi une période de montée en importance²⁴⁴. Il est donc aisé de comprendre que le droit va intégrer à cette époque les idées clefs de l'idéologie de l'individualisme.

Ainsi, profondément ancré dans la vision de l'individualisme de la première modernité, le droit privé conçoit dès le début l'individu comme un être rationnel, libre de protéger son droit de propriété. Le droit social, quant à lui, est davantage porté vers la protection de conditions de vie minimales, en visant lui aussi de plus en plus l'individu.

Le fait que l'individualisme de la première modernité et le droit ont pris de l'importance au même moment fait en sorte qu'il pourra être difficile de faire la distinction entre une trace d'individualisme en droit et une caractéristique propre à la logique interne du droit. Ce lien intime entre le droit et l'individualisme de la première modernité peut aussi faire en sorte, ainsi que nous l'enseigne Ulrich Beck dans le

²⁴³ A.-J. ARNAUD, préc., note 66, p. 4 et 5.

²⁴⁴ Guy ROCHER, *Notes de cours DRT 6530 (Sociologie du droit)*, 2006 et M. DEFLEM, préc., note 22, p. 199.

contexte plus général des institutions²⁴⁵, que des traces de cet individualisme de la première modernité seront toujours visibles dans le droit contemporain.

Ainsi, bien que nous questionnerons le droit contemporain à l'aide d'indicateurs reflétant les caractéristiques de l'individualisme de la seconde modernité, nous croyons probable d'y trouver des traces de l'individualisme de la première et de la seconde modernité.

Cette proximité du droit à l'individualisme contribue aussi à limiter la portée de notre méthode et de nos conclusions, qui ne pourront être généralisées ou transposées automatiquement à des recherches qui s'intéressent à d'autres aspects de la famille. De la même manière, notre utilisation des écrits des sciences sociales sur l'individualisme doit être faite en étant conscient que les descriptions de l'individualisme et de ses caractéristiques qui s'observent tant au sein de la société que de la famille ne se manifestent pas nécessairement de manière identique ou au même rythme au sein du droit.

En effet, les recherches des dernières années en sociologie du droit nous enseignent que l'évolution du droit ne tient pas seulement à l'évolution sociale, le droit bénéficiant d'une certaine autonomie vis-à-vis des autres systèmes de référence avec lesquels il partage l'espace des représentations sociales²⁴⁶. Le droit est à la fois influencé et marqué par les phénomènes sociaux plus larges tout en conservant une logique interne qui lui est propre, notamment parce que certains acteurs sociaux peuvent avoir un poids plus déterminant dans la création et l'absence de création du droit que dans d'autres institutions sociales.

²⁴⁵ U. BECK, préc., note 110.

²⁴⁶ Pierre NOREAU, «Préface», dans Christine MORIN, *L'Émergence des limites à la liberté de tester en droit québécois : étude socio-juridique de la production du droit*, Cowansville, Édition Yvon Blais, 2009, p. XVIII.

Des recherches abordent cette question de l'instrumentalisation du droit la famille dans une perspective historique²⁴⁷ et comme un phénomène prenant de plus en plus d'importance pour le droit privé²⁴⁸.

Un autre défi propre à notre projet, qui n'est pas strictement relié aux recherches portant sur l'individualisation du droit, est que l'utilisation du concept de l'individualisme et la mise en lumière de ses caractéristiques comme le libre choix, peuvent contribuer à entretenir, voire exagérer et exacerber, le phénomène.

Jean-Hughes Déchaux, dans un article récent intitulé « Ce que l'individualisme ne permet pas de comprendre : Le cas de la famille », met en garde les chercheurs qui utilisent le concept de l'individualisme contre cette influence inévitable de l'observateur sur l'objet examiné²⁴⁹. Pour lui, l'utilisation, ou la sur-utilisation, de l'individualisme fait en sorte que l'on doit aujourd'hui considérer que l'individualisme est au moins autant un discours qu'une réalité. Il met en garde les chercheurs qui pourraient en venir à ignorer la présence de l'encadrement normatif, contraignant, diffus, mais très puissant, qui existe autour des individus dans la famille et la société contemporaine. Pour lui, l'individualisme, loin de diminuer l'encadrement normatif plus large autour des membres de la famille, contribue plutôt à créer une prolifération de normes juridiques ou extra juridiques et c'est plutôt sur l'observation de ces normes que devrait porter le regard des chercheurs.

²⁴⁷ R. D. BUREAU, K. LIPPEL et L. LAMARCHE, préc., note 47.

²⁴⁸ Voir notamment Renée JOYAL, « Comment et pour qui modifier les lois, ou l'art d'oublier le quoi et le pourquoi. L'exemple récent des modifications au droit québécois de la parenté et de la filiation », 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. 157 ; Marie-Blanche TAHON, *Vers l'indifférence des sexes? Union civile et filiation au Québec*, Boréal, 2004 ; Suzanne PHILIPS-NOOTENS, « De l'enfant conçu à l'enfant programmé : quand la liberté s'égare », 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. 177 et Alain ROY, « Préface », dans Christine MORIN, *L'Émergence des limites à la liberté de tester en droit québécois : étude socio-juridique de la production du droit*, Cowansville, Édition Yvon Blais, 2009, p. XIIV, aux p. XIV et XV.

²⁴⁹ Jean-Hughes DÉCHAUX, « Ce que l'individualisme ne permet pas de comprendre : Le cas de la famille », (2010) *Revue Esprit* 94.

Nous sommes en grande partie en accord avec les propos de Déchaux, notre objectif étant d'utiliser l'individualisme notamment pour en apercevoir les limites en droit.

Cette mise en garde face à l'individualisme comme outil conceptuel miracle vient s'ajouter à une critique déjà exprimée²⁵⁰ et s'inscrit, d'après nous, dans le courant des nombreuses recherches qui tentent de sortir du simple paradigme et présupposé de l'individualisme.

Ainsi, dans le domaine des sciences sociales, plusieurs chercheurs, sans pour autant nier l'importance de l'individualisme, font plutôt le choix depuis quelques années d'observer les solidarités qui existent toujours entre les acteurs familiaux, entre la famille et l'État ainsi que sur le processus d'articulation entre solidarités privées et publiques²⁵¹.

Certaines recherches en droit s'inscrivent aussi dans ce courant en mettant en évidence l'incorporation dans le droit privé québécois d'une solidarité croissante entre conjoints mariés ainsi qu'une augmentation des responsabilités des parents à l'égard de leurs enfants²⁵². Certains annoncent expressément le désir d'analyser le droit de la famille en se fondant plutôt sur la solidarité que sur les droits individuels²⁵³.

Pour Irène Théry, une manière de circonscrire le concept de l'individualisme dans la recherche juridique consiste à comprendre la place de l'individualisme en droit

²⁵⁰ Voir notamment Agnès PITROU, *Quelques réflexions autour des recherches actuelles sur les solidarités en France : vieux schémas, nouvelles interrogations*, Montréal, I.N.R.S., 2005, notes d'une présentation donnée à l'I.N.R.S. le 21 mars 2005 en ligne : partenariat-familles.inrs-ucs.quebec.ca/DocsPDF/APitroumars05.pdf (consulté le 9 fév., 2010).

²⁵¹ Isabelle VAN PEVENAGE, sous la direction de Renée B. DANDURAND, Marianne KEMPENEERS et coll., *Pour agir : comprendre les solidarités familiales. La recherche : un outil indispensable. Fiches synthèses de transfert de connaissances*, Partenariat Familles en mouvance et dynamiques intergénérationnelles, Montréal, I.N.R.S., 2009 et Hélène BELLEAU et Caroline HENCHOZ, *L'usage de l'argent dans le couple : pratiques et perceptions des comptes amoureux. Perspective internationale*, Paris, L'Harmattan, 2008.

²⁵² Voir notamment, M. PRATTE, préc., note 2 et Marie PRATTE, « Solidarité familiale en droit privé québécois : les principales tendances », dans *Droits de la personne : Solidarité et bonne foi. Actes des Journées Strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures 2000*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 177.

²⁵³ B. MOORE, préc., note 2.

de la famille en faisant référence au contexte social dans lequel il a pris naissance²⁵⁴. La recherche juridique, au lieu de porter strictement sur la manière qu'a le droit de placer l'individu en opposition avec la famille, aurait avantage, selon elle, à porter sur la manière dont s'est faite l'intégration par le droit des nouveaux individus que sont devenus les femmes et les enfants.

Une autre avenue de recherche vise plus directement l'observation de ce que Déchaux décrit comme les normes qui interagissent avec le « libre choix des individus ». Mentionnons l'excellente série d'articles publiée par l'Onati Institute for the Sociology of Law intitulée « Family Law and Family Values » qui tente d'explorer comment, dans le contexte de l'individualisme, les obligations perçues par les individus coexistent et interagissent avec les obligations mises en place par le droit de la famille²⁵⁵. S'y inscrit le travail de John Eekelaar qui fait état de jeunes couples qui, bien qu'utilisant le langage des choix individuels, semblent se conformer aux exigences sociales et familiales. L'auteur qualifie de « contextualised individualism » ce phénomène et il s'interroge sur la place du droit en lien avec celui-ci.

Signalons aussi les travaux de Jane Lewis qui s'intéresse au contexte normatif large qui sous-tend les comportements des hommes et des femmes au sein des familles et qui encadre l'individualisation de chacun²⁵⁶. Elle décrit ce contexte normatif, qui comprend le droit, comme présument que tous les individus adultes ont un emploi rémunéré à temps plein, y compris les mères. Elle observe l'écart qui existe entre ce présupposé et la réalité de plusieurs mères et conclut que le travail des mères (ce qu'elle qualifie de « care ») est dévalué. Les analyses de Lewis, surtout construites autour du droit existant dans les pays anglo-saxons, abordent tout de même la situation de quelques pays scandinaves. Le droit du Québec n'y est cependant pas traité.

²⁵⁴ I. THÉRY, préc., note 14.

²⁵⁵ Voir notamment l'explication donnée par Mavis MACLEAN, « Introduction », dans Mavis MACLEAN (dir.), *Family Law and Family Values*, Onati International Series in Law and Society, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2005, p. 1 et 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.

²⁵⁶ J. LEWIS, préc., note 161.

Des travaux de Lewis, nous retenons pour les fins de notre méthodologie qu'ils décrivent le droit de la famille qui s'applique à la mère en lien avec le phénomène de l'individualisme et qu'ils isolent les obligations de la mère quant au travail rémunéré de celles reliées au « care ».

L'analyse du droit à l'aide d'indicateurs de l'individualisme repose sur un certain nombre de postulats.

5.2 Les paramètres de la méthodologie

5.2.1 Les postulats

Les postulats que nous établissons découlent directement des idées élaborées dans la première partie de notre étude.

Le premier postulat est que le droit de la famille québécois est un construit relatif qui peut être observé empiriquement.

Le deuxième postulat est que le droit québécois de la famille est traversé et influencé par les conditions de l'existence qui comprennent l'individualisme, tout autant qu'il participe lui-même à leur création.

Le troisième postulat est que le droit québécois de la famille attribue des droits et obligations aux individus dans l'objectif de soutenir à la fois l'intégration et la liberté des individus qui la composent, l'un ne s'opposant pas à l'autre. L'intervention du droit par l'imposition de normes, loin de brimer la liberté des individus, la rend possible.

C'est donc sur la base de ces postulats que nous avons établi un certain nombre d'indicateurs pour tester notre prémisse.

5.2.2 Les indicateurs

En vue de tester notre prémisse, nous avons choisi de limiter notre recherche à l'individualisme de la seconde modernité, c'est-à-dire de cette tendance à la valorisation de l'individu dans ses différences, dans ses choix et sa situation particulière. Ainsi, et en conformité avec nos premier et deuxième postulats, nous cherchons à voir si le droit

québécois qui encadre la famille reconnaît et supporte la mère au foyer dans ses caractéristiques individuelles.

Pour choisir nos indicateurs, nous nous sommes basés d'une part sur la description de l'individualisme, telle que mise en lumière par les travaux des auteurs des sciences sociales dont nous avons discuté en première partie et, d'autre part, sur le modèle d'analyse juridique de Patrice Adam, ceci pour respectivement identifier les caractéristiques centrales de l'individualisme et cerner les mécanismes par lesquels elles s'incarnent en droit.

Le premier critère est développé autour de l'idée de Beck et Beck-Gernsheim à savoir que le concept de l'individualisme permet de voir l'individu derrière le groupe. Cette idée trouve un rapprochement, d'après nous, avec l'idée de Théry qui traite de l'individu comme unité de référence²⁵⁷. Nous voulons voir si et comment le droit de la famille laisse apparaître ou met en lumière l'individu.

Le premier indicateur vise donc à cerner si le droit utilise l'individu comme unité de référence (au lieu du couple ou de la famille par exemple). Cet indicateur n'est pas un critère spécifique à l'individualisme de la seconde modernité (par rapport à la première), mais il nous semble pertinent à toute analyse du droit et de l'individualisme, notamment parce que des observateurs du droit de la famille commentent et critiquent la manière dont le droit social et le droit privé qui encadrent la famille et ses membres appuient (ou tiennent pour acquis) à la fois sur la solidarité de la famille et sur l'indépendance d'individus, « *la tendance familiale et individuelle se renvoyant la balle* ». ²⁵⁸

Nous tenterons d'identifier, principalement par l'observation des mots employés dans les textes de loi, si l'obligation ou le droit renvoie ou réfère à l'individu. Nous qualifions de *mixte* le droit qui s'applique ou vise à la fois l'individu et un groupe. Par

²⁵⁷ Voir la discussion et les références *infra*, chapitre 2.

²⁵⁸ Nous paraphrasons ici les propos de Eichler qui recommande que chaque personne soit traitée comme un individu « pour éviter que la tendance familiale et la tendance individuelle se renvoient la balle », citée dans M. J. MOSSMAN, préc., note 3, à la page 70.

exemple, un droit peut être octroyé à l'individu en tenant compte du revenu du couple. Nous désignons d'*élective* la situation où l'individu ou le couple est l'unité de référence et de variable celle où le droit renvoie à une même unité de référence en utilisant des termes différents.

Finalement, nous soulèverons, le cas échéant, les caractéristiques spécifiques à l'individu considéré comme unité de référence.

Quant aux second et troisième critères, ceux-ci ont été développés et utilisés par Patrice Adam qui, cependant, ne les associe pas expressément à l'individualisme de la seconde modernité.

Le second indicateur est destiné à chercher si la mère au foyer est visée par le ou les droits dans ce qui fait qu'elle est elle et pas une autre. On veut identifier « *la reconnaissance de la spécificité de chaque individu, le respect de son identité propre et donc une idée de différenciation entre les sujets* ». ²⁵⁹ Cet indicateur est, selon nous, propre à l'individualisme de la seconde modernité.

Aux fins de notre recherche, et nous fondant sur les enseignements décrits plus amplement dans la première partie de ce travail, nous considérons que ce qui caractérise la mère au foyer est le fait qu'elle se consacre aux soins de ses relativement nombreux enfants, qu'elle est temporairement inactive et donc sans revenu d'emploi, qu'elle se considère comme interdépendante de son conjoint, qu'une part importante de son identité est d'être une mère et qu'elle ressent une absence de reconnaissance sociale et de valorisation de sa situation. Si elle est conjointe de fait, elle se croit probablement soumise au même droit que si elle était mariée et n'a probablement pas négocié d'entente formelle avec son conjoint.

En vue d'utiliser l'indicateur, nous examinerons les lois pour voir si le champ d'application de telle ou telle norme est construit, ou ses effets modulés, pour prendre

²⁵⁹ P. ADAM, préc. note 75, aux pages 63 et ss.

en considération la situation de la mère au foyer²⁶⁰. La loi peut aussi permettre ou imposer aux tribunaux de s'assurer que les caractéristiques particulières de la mère au foyer soient considérées dans leurs décisions²⁶¹. L'indicateur sert donc aussi à examiner le contenu des décisions des tribunaux.

Mais c'est principalement par l'octroi de droits subjectifs que l'individualisme de la seconde modernité se révèle. Pour la mère au foyer, ces droits pourraient viser notamment la compensation des pertes de revenus reliées au maternage (tant celles qualifiées de directes que celles qualifiées d'indirectes)²⁶², le droit au partage des actifs ou le droit à des services de garde subventionnés adaptés. L'absence de droit pour la mère au foyer équivaldrait pour nous à une absence d'individualisation du droit, en conformité avec notre second postulat.

En dernier lieu, nous ferons mention des traces du droit à l'égalité substantive ou concrète lorsqu'elles apparaîtront dans le contexte de notre analyse. Une exploitation plus approfondie de cette facette du second indicateur, d'ailleurs réalisée par Adam dans le cadre de sa recherche, aurait nécessité une observation plus spécifique des chartes et de leurs interprétations jurisprudentielles, ce que nous ne faisons pas dans le cadre de ce mémoire pour de simples raisons pratiques. La description de notre terrain d'observation en fait d'ailleurs spécifiquement mention.

Le troisième indicateur recherche dans quelle mesure est reconnue l'autonomie de la mère au foyer. Nous utilisons le terme « autonomie » tout comme le fait Adam, comme signifiant que l'individu est la source de ses normes, de ses lois.

En expliquant autrement notre second postulat, nous comprenons que l'autonomie ne veut pas dire une situation où la liberté de l'individu n'est aucunement limitée (ce qui pourrait se rapprocher d'un indicateur d'une idéologie individualiste ou de

²⁶⁰ P. ADAM, id., à la page 177.

²⁶¹ C'est ce qu'Adam qualifie « d'individualisation déléguée ». Id.

²⁶² Sur l'opportunité de poser la question de la perte de revenus des parents lorsqu'il est question du droit social, voir Jacques HENRIPIN, « Un arbitraire tenace », dans Luc GODBOUT et Suzie ST-CERNY, *Le Québec, un paradis pour les familles? Regard sur la famille et la fiscalité*, Québec, P.U.L., 2008, p. 48.

l'autarcie). Cette absence de limite se rapproche de *l'anomie* d'Émile Durkheim ou de *l'indépendance* de Patrice Adam. L'autonomie n'est pas non plus opposée à la dépendance, mais plutôt à l'hétéronomie²⁶³.

Cet indicateur peut se concrétiser par l'absence de règles imposées et l'extension de la place faite à la volonté individuelle dans le choix des normes²⁶⁴. Il s'incarne notamment dans le contrat.

Finalement, nous tenons à souligner que notre analyse tient pour acquis que de s'interroger sur la place faite en droit aux caractéristiques personnelles et à la volonté individuelle n'est pas nécessairement synonyme de perte de droits collectifs, pas plus que l'importance de la singularité ne dissout la présence d'appartenances collectives tel que nous l'enseignent les sciences sociales. Ainsi, à l'instar de Patrice Adam, nous croyons qu'il est possible que l'individualisme en droit puisse coexister, et dans certains cas être facilité, par un encadrement collectif.

5.2.3 Le terrain d'observation

À l'aide de ces trois indicateurs, nous interrogerons le droit québécois de la famille tel qu'il existe en 2010.

Sur le plan du droit social, nous traitons des droits et obligations prévus (ou pas) aux lois qui sous-tendent la Politique familiale québécoise. Il s'agit de la *Loi sur l'assurance parentale*²⁶⁵, la *Loi sur les services de garde éducatifs à l'enfance*²⁶⁶ et la *Loi sur les impôts*²⁶⁷. De plus, bien que ces lois ne s'appliquent pas exclusivement aux familles, nous traitons aussi de la *Loi sur l'aide aux personnes et aux familles*²⁶⁸ ainsi

²⁶³ P. ADAM, préc. note 75. Voir aussi la définition d'hétéronome du *Petit Robert* : « qui reçoit de l'extérieur les lois qui le gouvernement ».

²⁶⁴ P. ADAM, id.

²⁶⁵ L.R.Q., c. A-29.011.

²⁶⁶ L.R.Q., c. S-4.1.1, ci-après *Loi sur les services de garde*.

²⁶⁷ L.R.Q., c. I-0.3.

²⁶⁸ L.R.Q., c. A-13.1.1.

que de la *Loi sur le régime de rentes du Québec*²⁶⁹ puisqu'elles comportent un volet pour les mères au foyer et qu'elles ont un lien direct avec la question du remplacement du revenu perdu²⁷⁰. Nous faisons aussi état de la jurisprudence pertinente relative à ces lois.

Bien que se rapportant au domaine familial, nous excluons de notre champ d'observation la *Loi sur la protection de la jeunesse*²⁷¹.

Sur le plan du droit privé, nous examinons le droit qui encadre la mère au foyer et son conjoint, pendant la relation et au moment de la rupture. Plus spécifiquement, nous analysons le droit qui porte sur les responsabilités et devoirs des conjoints (art. 392 à 413 C.c.Q.), les régimes matrimoniaux (art. 431 à 492 C.c.Q.), le patrimoine familial (art. 414 à 426 C.c.Q.) et les chartes de vie commune de même que la prestation compensatoire (art. 427 à 430 C.c.Q.), le divorce et la pension alimentaire (art. 517 à 521 et 585 à 596 C.c.Q. et la *Loi sur le divorce*²⁷² (principalement à son art.15), la société tacite (art. 2250 C.c.Q.) et l'enrichissement injustifié (art. 2250 C.c.Q.). De plus, nous faisons état du droit privé qui lie la mère au foyer à son enfant, ce qui englobe l'obligation alimentaire (art. 585 et ss. C.c.Q.) et de l'exercice de l'autorité parentale et des devoirs d'entretien et d'éducation (art. 597 à 612 C.c.Q.). Nous faisons état de la jurisprudence importante portant sur ces articles y compris de la jurisprudence se rapportant plus directement à la mère au foyer, le cas échéant²⁷³.

Nous n'aborderons pas la question de l'encadrement du droit des successions qui s'organise autour de la mère au foyer bien que cette question pourrait, d'après nous, être pertinente à notre question de recherche. Ce choix est en conformité avec les distinctions établies par le Code civil du Québec qui, au Livre 2, traite de la famille

²⁶⁹ L.R.Q. c. R-9.

²⁷⁰ Notons que Tétrault porte, dans sa nouvelle édition, une attention particulière sur la question des régimes de retraite, démographie obligeant. M. TÉTRAULT, préc., note 48, p. x.

²⁷¹ L.R.Q., c. P-34.1.

²⁷² L.R.C. 1985, c.3 (2e supp.).

²⁷³ Nous avons trouvé 38 causes de jurisprudence québécoise répertoriées en droit de la famille dans lesquelles il est expressément question d'« une mère au foyer », 26 employant le terme « épouse au foyer » et une employant « reine du foyer ».

et, au Livre 3, des successions. De plus, notre terrain d'observation s'inscrit dans ce qui est généralement compris comme faisant partie du droit de la famille par les auteurs qui signent les ouvrages de référence sur le sujet²⁷⁴.

Nous tenons finalement à préciser que nous ne faisons pas porter nos observations directement sur la *Charte canadienne des droits et libertés* ou sur la *Charte des droits et libertés de la personne*, nous limitant à faire mention de celles-ci lorsqu'elles auront été abordées par les tribunaux ou par les auteurs s'intéressant plus directement à notre terrain d'observations. Nous n'aborderons pas davantage la *Loi sur l'adoption*²⁷⁵.

Le droit s'articule autour de trois relations concomitantes distinctes soit : premièrement, la relation de la mère au foyer avec l'État québécois, deuxièmement, avec son conjoint (qu'il soit son conjoint de fait, son mari ou son conjoint par union civile)²⁷⁶ et troisièmement, avec son enfant.

Dans le cadre de ces relations, le droit se déploie ou « s'active » autour de trois moments : pendant la périnatalité, pendant la période de maternage et au moment de la retraite. Notons aussi que le droit peut trouver application pendant une relation conjugale ou après une rupture.

En terminant ce chapitre méthodologique, nous tenons à rappeler que l'objectif de notre mémoire n'est pas de faire une recension exhaustive du droit privé ou du droit social de la famille mais bien d'en décrire suffisamment les grandes lignes pour permettre une analyse à l'aide de nos trois indicateurs.

²⁷⁴ Voir notamment M. TÉTRAULT, préc., note 48; Mireille D.-CASTELLI et Dominique GOUBAU, *Précis du droit de la famille*, 5^e éd., Québec, P.U.L., 2005 et J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 2.

²⁷⁵ L.R.Q., c. A-7.

²⁷⁶ Aux fins de ce travail, nous utilisons le terme « mère au foyer mariée » pour désigner à la fois la mère au foyer mariée et celle qui est unie civilement à son conjoint, à moins qu'une distinction doive être faite.

Chapitre 6 : Le droit social

6.1 Le droit social de la famille avant 1960

Le droit social naît au tournant du siècle dernier. Les premières législations « *apparaissent comme un ensemble de mesures qui annoncent une rupture et un réaménagement de la pensée juridique traditionnelle.* »²⁷⁷ Cette époque voit apparaître les premières lois sociales qui transfèrent certaines responsabilités du privé au public²⁷⁸. Ainsi que nous le mentionnions précédemment, c'est d'abord la famille élargie qui est responsable des soins et de la sécurité des individus. Selon Robert D. Bureau, Katherine Lippel et Lucie Lamarche, cela ne veut pas dire que l'État n'intervenait pas auparavant dans les affaires sociales et économiques, mais que sous la menace de crises et de révoltes, l'État a dû recadrer la gestion des nouveaux rapports sociaux.

En effet, la généralisation du salariat, y compris des femmes et des enfants, en faisait « le critère de vie normale ». ²⁷⁹ Selon une vision critique, tant que les ouvriers ont accepté de payer le coût social de l'industrialisation, la bourgeoisie n'avait pas besoin de l'État. Mais, lorsque les ouvriers ont commencé à s'organiser, l'État a initié ses interventions à travers le droit social. Par exemple, les accidents de travail très courants auraient pu faire l'objet de recours de la part d'employés contre des employeurs en droit privé, mais, sous la pression des bourgeois, l'État a modifié le cadre juridique de responsabilité. Le droit de la santé, dans cette optique, peut aussi s'apparenter « *davantage à un soutien de production qu'à une protection directe des citoyens* ». ²⁸⁰

Face à une crise sociale de plus en plus imminente, les premières mesures juridiques fondées sur la notion de besoins apparaissent : les lois relatives au vieillissement et à la retraite, suivies d'une série de lois portant sur la stabilisation du revenu en cas de chômage. Les mesures, sanctionnées et légitimées par le droit, sont axées principalement sur l'éthique du travail et fonctionnent comme un système

²⁷⁷ R. D. BUREAU, K. LIPPEL et L. LAMARCHE, préc., note 47, à la page 80.

²⁷⁸ Pour une lecture critique de la naissance des programmes sociaux, voir id.

²⁷⁹ Id., à la page 85.

²⁸⁰ Id., à la page 87.

assurantiel pour les travailleurs²⁸¹. La loi s'organise autour de l'individu, souvent le travailleur qui constitue « l'idéal typique » du régime²⁸². Les autres personnes dans le besoin, « les improductifs », doivent s'en remettre aux programmes d'aide, et, dans le cas des mères, aux programmes d'aide aux mères nécessiteuses qui excluaient plus de femmes qu'ils n'en assistaient et qui exigeaient des preuves de mérite²⁸³. Le droit social est utilisé pour « moraliser » la mère et la famille ouvrières²⁸⁴.

Après la Deuxième Guerre, bien que la distinction « travailleur et non travailleur » resta un critère déterminant dans l'attribution de droits sociaux, des programmes permanents de services sont créés pour certaines catégories de personnes. Pour Robert D. Bureau, Katherine Lippel et Lucie Lamarche, il s'agit là d'une opération de l'État pour favoriser la consommation²⁸⁵.

Les services étatiques plus larges se concrétisent aussi dans de nouvelles interventions fondées sur les besoins. Apparaissent alors des mesures familiales qui tentent de tenir compte de façon réaliste des conditions dans lesquelles se trouvent les personnes.

Bref, avant 1960, le droit social qui encadre la famille est caractérisé par des mesures visant à la fois à favoriser la croissance de l'économie de production et à répondre à des besoins. C'est dans ce contexte juridique que s'insère le droit québécois contemporain social qui encadre la famille et s'applique à la mère au foyer.

6.2 Le droit social de la famille en 2010

Les observateurs des lois sociales à portée familiale au Québec abordent généralement celles-ci de manière collective sous le vocable de politique familiale. Bien

²⁸¹ Id.

²⁸² J. JENSON, préc., note 221.

²⁸³ Id., à la page 92.

²⁸⁴ J.COMMAILLES, préc., note 114.

²⁸⁵ R. D. BUREAU, K. LIPPEL et L. LAMARCHE, préc., note 47 et J. JENSON, préc., note 221.

que ce terme n'ait pas une connotation juridique spécifique, nous l'employons dans notre travail pour faciliter la compréhension des analyses qui en ont été faites.

Un survol des fondements historiques de cette politique familiale québécoise révèle que son développement ne s'est pas fait de manière toujours cohérente ou dans une direction unique. Elle a été influencée notamment par les transformations de la famille et a été mobilisée par différents groupes s'intéressant aux questions familiales²⁸⁶. Bien que la première politique familiale ait pris effet en 1987²⁸⁷, il n'en reste pas moins que des mobilisations importantes autour des questions familiales avaient déjà donné naissance à des mesures sociales incarnées dans le droit qui visaient la famille.

Dans les années soixante sont créées les premières allocations familiales québécoises pour les enfants de moins de 16 ans, qui sont universelles et structurées en fonction du rang et de l'âge des enfants²⁸⁸. Suivant la philosophie selon laquelle les lois sociales doivent se rapprocher le plus possible des situations réelles, l'allocation familiale était versée directement aux femmes, les premières responsables de l'organisation domestique et qui, avec la nucléarisation des familles, avaient de moins en moins accès à l'aide de la famille élargie (bien qu'elles étaient encore les premières responsables des soins aux malades et aux vieillards de cette famille élargie)²⁸⁹.

C'est aussi à cette époque que les demandes des groupes de femmes requérant l'intervention de l'État pour créer un réseau de garderies publiques se font entendre. Quelques garderies sont créées, mais le réseau se développe très lentement. En 1972, une première déduction fiscale pour frais de garde est créée. En 1974, les allocations familiales deviennent payables pour les enfants de 18 ans et moins, mais le montant ne varie plus qu'en fonction du rang de l'enfant.

²⁸⁶ CONSEIL DE LA FAMILLE ET DE L'ENFANCE, préc., note 4.

²⁸⁷ Id.

²⁸⁸ Voir l'Annexe 1, « Brève évolution des éléments de politiques familiales touchant les familles québécoises », dans L.GODBOUT et S. ST-CERNY, préc., note 145.

²⁸⁹ Mossman soutient que l'État prenait ainsi position en privilégiant les femmes à la maison et en n'encourageant pas celles-ci à travailler à l'extérieur de la maison. M. J. MOSSMAN, préc., note 3.

En 1982, une allocation universelle de disponibilité pour les parents d'enfants de moins de 6 ans est mise en place. Elle vise à compenser soit les frais de garde encourus par les parents en emploi, soit le manque à gagner du parent au foyer. Pour Jane Jenson, commentant des mesures fédérales similaires, cette période est généralement caractérisée par une certaine neutralité de l'État quant à la décision des mères de travailler puisque, bien que des mesures favorisant la garde des jeunes enfants se mettent en place, « *on admet que certains couples puissent décider que l'un des deux parents exercera son rôle parental à plein temps* ». ²⁹⁰

1987 marque le début de la première politique familiale qui s'étendra jusqu'en 1996. Durant ces années, le gouvernement adopte pour la première fois un énoncé de politique familiale et toute une série de mesures qui visent la reconnaissance des familles nombreuses (notamment avec l'octroi des fameux « bébés-bonus ») et des familles avec des jeunes enfants. C'est par un soutien financier à ces familles que la politique est mise en œuvre. Il est à noter qu'un grand pan des mesures était universel et que l'allocation de disponibilité pour les enfants de moins de 6 ans, qui demeurait universelle, fut rebaptisée « allocation pour jeune enfant ».

Vers la fin de cette période, en 1995, la Fédération des femmes du Québec (la F.F.Q.) organise la marche « Du pain et des roses » qui visait à revendiquer des mesures pouvant améliorer la situation économique des femmes, notamment par le concept de l'économie sociale ²⁹¹. En pleine lutte au déficit, le gouvernement préparait alors son Sommet sur l'économie et l'emploi. Des comités sont formés pour trouver des projets cohérents avec cette notion d'économie sociale et celui d'un réseau de garderies étatiques est identifié comme pouvant répondre à la fois aux objectifs de la F.F.Q. et du gouvernement.

²⁹⁰ J. JENSON, préc., note 221. Les lois canadiennes établissaient un système similaire à celui du Québec en permettant les déductions d'impôt soit pour frais de garde ou pour le parent au foyer.

²⁹¹ L'économie sociale est « vue comme un ensemble des activités et des organismes, issus de l'entrepreneuriat collectif qui s'ordonne autour de certaines règles de fonctionnement » : Yvan COMEAU, Daniel TURCOTTE, André BEAUDOUIN, Julie CHARTRAND-BEAUREGARD, Marie-Eve HARVEY, Daniel MALTAIS, Claudie SAINT-HILAIRE et Pierre SIMARD, « L'économie sociale et le Sommet socioéconomique de 1996 : le bilan des acteurs sur le terrain », 12-2 (2002) *Nouvelles pratiques sociales* 186, à la page 189.

C'est dans ce contexte global du Sommet de l'économie et de l'emploi que la deuxième politique familiale, en vigueur de 1997 à 2003, s'enracine. Lors du Sommet en 1996, le premier ministre Lucien Bouchard et la ministre de l'éducation Pauline Marois annoncent officiellement la mise sur pied d'une politique familiale. Suivant ce sommet, le gouvernement publie en janvier 1997 son *Livre blanc sur les dispositions de la politique familiale* («*Les enfants au cœur de nos choix*»). Un tollé est entendu autour des questions des maternelles à temps plein et de l'abandon de l'universalité des allocations familiales qui devenaient sélectives selon le revenu. Des réactions de l'opinion publique, galvanisée par les médias, et des pressions des groupes familiaux provoquèrent l'inclusion du concept de l'universalité (à tout le moins théorique) via les crédits d'impôt. Cependant, cette victoire des groupes familiaux se fera aux dépens d'autres demandes, notamment celle d'ouvrir le volet garde d'enfants pour inclure d'autres formules que les garderies à temps plein.

Cette période marque un renversement majeur : le gouvernement fait dorénavant place aux services destinés aux familles : services de garde, le début de la mise en place d'un régime québécois d'assurance parentale et la réforme du soutien financier qui est encore plus clairement destiné aux enfants, particulièrement ceux qui habitent au sein de familles à faible revenu. Les objectifs de l'État y sont clairement énoncés : faciliter la conciliation travail-famille, favoriser le développement des enfants et l'égalité des chances pour ceux-ci et assurer l'équité par un soutien universel aux familles, tout en apportant une aide accrue aux familles à faible revenu.

La troisième politique débute en 2003, et est encore en place aujourd'hui. Elle marque une période de consolidation des services : le réseau du service de garde est élargi et le régime québécois d'assurance parentale est officiellement mis en place (suite au rapatriement de ce programme du gouvernement fédéral). Quant au soutien financier, le gouvernement y apporte des changements importants en ce que les allocations familiales, le crédit d'impôt pour enfant à charge, l'allocation pour jeunes enfants ainsi que la réduction d'impôt à l'égard de la famille sont abolis et remplacés par l'introduction de deux nouveaux crédits d'impôt remboursables : le Soutien aux enfants et la Prime au travail.

C'est ainsi que les lois sociales qui encadrent aujourd'hui la famille en sont venues à mettre en place à la fois des services et programmes à fournir du soutien financier, celui-ci étant de plus en plus gouverné par la fiscalisation. Nous présentons donc nos résultats de recherche en abordant premièrement les mesures fiscales d'aide à la famille. Nous traitons ensuite des programmes d'aides destinées aux familles, dont les programmes de congés parentaux, d'assurance parentale et de garderies à tarifs réduits, et enfin, nous faisons état des programmes de l'aide sociale et des régimes de retraite qui, bien que s'appliquant plus largement, ont un volet particulier pour les mères au foyer.

Il est important de noter que dans notre analyse des lois sociales, nous ne faisons pas apparaître de distinction entre la mère au foyer mariée et la mère au foyer conjointe de fait. La *Loi sur l'interprétation*²⁹² établit une présomption d'union de fait après un an de vie commune. Les diverses lois sociales quant à elles prévoient chacune une définition de l'union de fait ou des conditions d'admissibilité aux droits prévus dans la loi qui peuvent différer de celle prévue dans la *Loi sur l'interprétation*. Cependant, nous ne faisons pas de distinction ci-bas puisque les lois sociales dont nous faisons mention assurent toutes un traitement équivalent à la mère au foyer, qu'elle soit mariée ou conjointe de fait.

6.2.1 La politique fiscale qui vise la famille

La politique fiscale doit faire l'objet d'une analyse dans le cadre d'un mémoire portant sur le droit qui encadre la famille. Une raison qui explique notre choix est que la fiscalité est le reflet de valeurs et d'objectifs socioéconomiques de la société²⁹³.

D'autre part, il est important de noter que la tendance actuelle montre que l'aide « aux familles » (tout comme pour la majorité des programmes sociaux) passe ou s'effectue à travers la fiscalisation plutôt que par des mesures dites budgétaires. Une lecture rapide de la liste très longue des crédits d'impôt remboursables prévus dans la

²⁹² L.R.Q., c. I-16, art. 61.1.

²⁹³ CONSEIL DE LA FAMILLE ET DE L'ENFANCE, *Familles et fiscalité. Des remises en question*, Québec, Publications du Québec, 2008, p. 6.

Loi sur les impôts fait état de la multiplicité d'objectifs et de domaines d'intervention qu'elle englobe.

Cette manière d'intervenir, connue sous le nom de fiscalisation des programmes sociaux, a notamment comme avantage d'apparaître comme une baisse de revenus plutôt que comme une augmentation des dépenses²⁹⁴. Dans le cas de certaines mesures fiscales qui sont presque assimilables à des programmes, on parlera de programmes sociaux fiscaux²⁹⁵.

En outre, il est important pour nous d'examiner les avantages qui sont prévus dans la *Loi sur les impôts* puisque, selon des observateurs, ce serait là le moyen par lequel les mères au foyer sont soutenues :

*« Comme les avantages fiscaux sont établis en fonction du revenu familial, et que les revenus du ménage à un seul gagne-pain sont généralement moins élevés, ce dernier se trouve, sur le plan fiscal, avantage. Les avantages fiscaux constituent une autre façon d'aider les parents, et c'est le moyen retenu à l'heure actuelle pour reconnaître le travail d'éducation des mères au foyer. »*²⁹⁶

Le fait que des mesures « familiales » passent de plus en plus par la fiscalité soulève des difficultés pour notre recherche. Premièrement, il est parfois difficile de cerner si les mesures fiscales visent à compenser un ou les parents pour les coûts engendrés par le fait d'avoir des enfants ou s'il s'agit de mesures luttant contre la pauvreté, incitant à l'emploi ou compensant pour des revenus d'emploi trop bas. La

²⁹⁴ Notons que cette tendance à la fiscalisation des mesures d'aide pour les familles est beaucoup moins importante dans d'autres juridictions comme en Europe où les États ont, malgré certains ajustements récents, encore plutôt tendance à avoir des programmes d'allocations familiales distincts de la fiscalité, dont les prestations, versées à toutes les familles, sont non imposables et, pour une grande part, non conditionnelles aux revenus familiaux. Voir sur le sujet Katherine LIPPEL, « Assistons-nous à la gestion du social par la fiscalité? », dans Diane DEMERS, Georges LEBEL et Ginette VALOIS (dir.), *La gestion du social par la fiscalité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 145 et CONSEIL DE LA FAMILLE ET DE L'ENFANCE, préc., note 293, p. 12. Il y est remarqué notamment que plusieurs publications gouvernementales qualifient « d'allocations familiales » le crédit d'impôt remboursable pour le soutien aux enfants.

²⁹⁵ CONSEIL DE LA FAMILLE ET DE L'ENFANCE, id.

²⁹⁶ CONSEIL DE LA FAMILLE ET DE L'ENFANCE, préc., note 4, p. 33.

mesure de Soutien aux enfants est d'ailleurs présentée comme visant tous ces objectifs²⁹⁷.

Ainsi, une portion importante de l'aide gouvernementale qui vise la famille est établie et versée à partir de la *Loi sur les impôts* à travers trois mesures que nous avons choisi d'observer : le crédit d'impôt remboursable pour le soutien aux enfants, le crédit d'impôt pour la prime au travail et le crédit d'impôt remboursable pour frais de garde d'enfants. Notre choix des mesures étudiées est guidé par la même logique que celle énoncée par les chercheurs Godbout et St-Cerny, c'est-à-dire que les mesures observées ne bénéficient pas nécessairement de manière exclusive aux familles, mais comportent un volet propre aux familles et sont identifiées comme étant les plus importantes par les observateurs du droit social qui encadre la famille²⁹⁸.

Le crédit d'impôt remboursable pour le soutien aux enfants

Le crédit d'impôt remboursable pour le Soutien aux enfants versé par le gouvernement du Québec remplace les prestations familiales, le crédit d'impôt non remboursable pour enfant à charge et la réduction d'impôt à l'égard des familles²⁹⁹. Il comprend 2 volets : un paiement de Soutien aux enfants qui est une aide financière versée à toutes les familles se qualifiant ayant un enfant à charge de moins de 18 ans qui réside avec elles, ainsi qu'un supplément pour enfant handicapé qui a pour but d'aider financièrement les familles à assumer la garde, les soins et l'éducation d'un enfant handicapé. Dans ce cas, la somme versée est la même pour tous les enfants admissibles selon les critères de la Régie des rentes du Québec, peu importe le handicap ou le revenu familial.

²⁹⁷ « L'aide destinée aux familles est offerte sous plusieurs formes et s'adapte à l'évolution des besoins des familles, des ressources à leurs dispositions et des choix familiaux » : site du Ministère de la Famille et des Aînés du Québec, <http://www.mfa.gouv.qc.ca/fr> (consulté le 5 octobre 2010).

²⁹⁸ L. GODBOUT et S. ST-CERNY, préc. note 145, p. 75 et CONSEIL DE LA FAMILLE ET DE L'ENFANCE, préc., note 293, à son Tableau 1, p. 16.

²⁹⁹ Site de la Régie des rentes du Québec : http://www.rrg.gouv.qc.ca/fr/programmes/prestations_familiales/Pages/prestationsfamiliales.aspx (consulté le 2 mars 2010).

Le premier volet, soit l'aide financière générale, vise, ainsi que son nom l'indique, à soutenir l'enfant. Selon la *Loi sur les impôts*, c'est l'enfant à charge qui est admissible à recevoir de l'aide³⁰⁰.

Par ailleurs, le crédit d'impôt est versé au père ou à la mère d'un enfant à charge admissible (le crédit d'impôt est généralement payé à la mère)³⁰¹ parce qu'il ou elle assume la responsabilité des soins et de l'éducation de cet enfant à charge³⁰². En vue de l'obtenir, le parent, dans sa demande, doit faire état du *revenu familial* puisque l'aide est variable en fonction de celui-ci³⁰³.

Concrètement, l'aide attribuée diminue à compter d'un revenu familial net de 44 788 \$ pour les familles biparentales, l'aide minimale étant de 611 \$ par année pour un couple avec un enfant³⁰⁴.

Notons finalement que le montant du crédit d'impôt remboursable pour le soutien aux enfants payable pour le premier enfant diminue de moitié pour les deuxième et troisième enfants³⁰⁵.

³⁰⁰ Section II.11.2, art. 1029.8.61.8 *Loi sur les impôts*.

³⁰¹ Selon le site de la R.R.Q. : « Le paiement est versé à une seule personne par famille. Les conjoints peuvent demander un changement de bénéficiaire à l'intérieur d'une même famille. Des règles servent à identifier quel conjoint recevra les paiements de Soutien aux enfants pour la famille : pour une première demande, lorsque les renseignements proviennent du Directeur de l'état civil, le Soutien aux enfants est attribué à la mère. Lorsqu'une personne présente une première demande, le Soutien aux enfants lui est attribué. Pour une deuxième demande et les demandes subséquentes, le Soutien aux enfants est attribué au bénéficiaire déjà inscrit au dossier de la famille. » Voir en ligne : www.rrq.qc.ca (consulté le 2 mars 2010).

³⁰² Art. 1029.8.61.18. Pour une lecture des critères permettant de déterminer si une personne assume la responsabilité d'un enfant, voir l'article 1029.8.61.12. de la *Loi sur les impôts*.

³⁰³ Voir l'article 1029.8.61.18 qui établit le crédit et les interprétations qui traitent du « revenu familial » tel que prévu dans les définitions à l'article 1029.8.61.8 de la *Loi sur les impôts*.

³⁰⁴ Chiffres cités sur le site de la Régie de la R.R.Q., préc., note 301 (consulté le 12 février 2010).

³⁰⁵ Il est à noter que le montant versé pour le quatrième enfant est plus que pour les deuxième et troisième. Cette diminution de l'aide accordée pour les enfants qui suivent le premier né diffère de l'aide versée par enfant dans la majorité des pays européens qui croît avec le rang des enfants. Voir notamment Jeanne FAGNAGNI, A. MATH, C.MEILLAND avec la coll. de A. LUCI-GREULICH, *Comparaison européenne des aides aux familles*, Caisses d'Allocations Familiales, Dossier d'étude 112, janvier 2009. Leurs comparaisons sont réalisées notamment à l'aide de la base de données du Système Européen de Statistiques Intégrées de Protection Sociale (SESPROS) d'Eurostat. Notons par ailleurs qu'au Québec, le pourcentage de familles sous le seuil de faible revenu s'accroît lorsqu'il y a trois enfants et plus : voir *Unités familiales à faible revenu selon certaines caractéristiques, taux et nombre estimatif*, Québec, 2006,

Le crédit d'impôt visant à accroître l'incitation au travail

Le crédit d'impôt visant à accroître l'incitation au travail, aussi connu sous le nom de « Prime au travail », est une mesure qui vise l'incitation et surtout le maintien au travail. Elle s'adresse surtout aux « petits travailleurs » et à ceux qui, étant aidés par l'aide sociale depuis longtemps, tentent de réintégrer le marché du travail. La prime est aussi versée par voie de crédit d'impôt remboursable en vertu de la *Loi sur les impôts*³⁰⁶ et est considérée comme une mesure s'adressant aux familles puisqu'elle est largement majorée pour tenir compte de la présence d'enfants³⁰⁷.

Cette loi prévoit qu'une personne présentant des « contraintes sévères à l'emploi » peut avoir droit à une prime au travail adaptée (et à un crédit d'impôt remboursable). Pour l'obtenir, la personne doit notamment avoir un revenu de travail et aucune précision ou exception n'est prévue pour la mère au foyer.

Ainsi, la mère au foyer n'est pas admissible à cette prime.

Le crédit d'impôt remboursable pour frais de garde d'enfants

Le crédit d'impôt remboursable pour frais de garde d'enfants, prévu dans la *Loi sur les impôts*³⁰⁸, est conçu pour compenser les frais de garde encourus par les parents en sus ou au lieu des frais de garde pour les garderies à tarifs réduits³⁰⁹. Ils sont octroyés sur la base d'un pourcentage du *revenu familial*³¹⁰.

en ligne : http://www.stat.gouv.qc.ca/donsstat/societe/famils_niv_vie/revenus_faiblerev2006.htm (consulté le 10 mars 2010).

³⁰⁶ Section II.17.1, art.1029.8.116.1 et ss. de la *Loi sur les impôts*.

³⁰⁷ Art.1029.8.116.1 *Loi sur les impôts* pour la définition de la personne admissible.

³⁰⁸ Section II.13, art. 1029.8.79 *Loi sur les impôts*.

³⁰⁹ Le plafond applicable aux frais payés pour assurer la garde d'un enfant de moins de 7 ans est de 9 000 \$ (au 10 mars 2010).

³¹⁰ Art. 1029.8.67 *Loi sur les impôts* pour la définition du revenu familial et art. 1029.8.80 *Loi sur les impôts* pour les pourcentages attribuables en fonction du revenu familial.

Elle ne peut pas constituer un salaire indirect pour la mère au foyer puisque les sommes que le conjoint pourrait lui « payer » et ensuite réclamer comme crédit d'impôt sont expressément exclues de l'application de cette loi :

« Les *frais de garde non admissibles* » comprennent :

les sommes versées au père ou à la mère de l'enfant, ou à une personne avec laquelle le contribuable vit maritalement. » (nos soulignés)³¹¹

Notons cependant que la Cour du Québec a accepté que des sommes versées aux grands-parents qui habitent gratuitement chez leur enfant adulte et qui gardent leurs petits-enfants soient admissibles pour obtenir les crédits d'impôt remboursables³¹².

Quant aux frais de garde qui pourraient être encourus par la mère au foyer, ceux-ci ne peuvent pas être réclamés puisque, selon la *Loi sur les impôts*, ils doivent avoir été encourus pour permettre au particulier d'occuper un emploi, d'exploiter une entreprise, de se chercher un emploi ou de fréquenter un établissement d'enseignement, bref, d'être « actif »³¹³.

Nous n'avons trouvé que deux situations autorisant le crédit malgré le fait que le parent ne satisfaisait pas le critère de l'activité décrit ci-haut. La première vise les parents qui reçoivent des prestations de congé parental en vertu du Régime québécois d'assurance parentale ou du Régime d'assurance-emploi qui sont depuis 2009 tout de même admissibles au crédit pour frais de garde d'enfants³¹⁴.

L'autre situation, dégagée par la jurisprudence, concerne le cas d'un parent qui ne travaillait pas, mais qui recevait des paiements en vertu d'une indemnité de

³¹¹ Art. 1029.8.67 *Loi sur les impôts*.

³¹² *Soo c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, D.F.Q.E. 2009F-35 (C.Q.) ; voir aussi sur la question de la garde par les grands-parents, *Lefrançois c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, D.F.Q.E. 2008F-75 (C.Q.).

³¹³ *Loi sur les impôts*, art. 1029.8.67 à la définition des frais de garde.

³¹⁴ Voir le formulaire TP2-1029.8.F, 2009-10, intitulé *Crédit d'impôt pour frais de garde d'enfants 2010* qui mentionne spécifiquement ces situations.

départ³¹⁵. Il fut autorisé à réclamer le crédit d'impôt remboursable pour frais de garde. Dans ce contexte, cette loi semble avoir été interprétée pour que ce soit la notion juridique de lien d'emploi qui établisse le droit au crédit plutôt que le fait que la personne ayant encouru des frais de garde travaille³¹⁶.

6.2.2 Services et programmes qui visent la famille

En plus de mesures fiscales, la « structure d'aide » s'accompagne de services et de programmes qui « *eux aussi, visent à compenser les coûts induits par la présence d'enfants.* »³¹⁷ Pour le Conseil de la famille et de l'enfance : « (...) *ce sont des préoccupations d'équité à l'égard des familles qui amènent les gouvernements à assurer une juste compensation des coûts directs (dépenses) et indirects (perte de revenus) liés à l'enfant.* »³¹⁸

Le Régime québécois d'assurance parentale (le « RQAP »), instauré notamment en vertu de la *Loi sur l'assurance parentale*³¹⁹, est une telle mesure qui vise à atténuer certaines pertes financières pour les parents admissibles.

Régime québécois d'assurance parentale et de prestations parentales

Depuis 2006, le RQAP remplace au Québec les prestations de maternité, les prestations parentales et les prestations d'adoption du régime fédéral d'assurance-emploi³²⁰.

³¹⁵ *Bastien c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, [2004] R.D.F.Q. 322 (C.Q.).

³¹⁶ Outre ces mesures fiscales généralement reconnues comme faisant partie des mesures s'adressant aux familles, nous tenons à mentionner la présence dans la *Loi sur les impôts* de deux autres mesures qui peuvent être considérées comme faisant partie du droit encadrant les familles, soit les crédits d'impôt pour les frais d'adoption et les crédits pour le traitement de l'infertilité. Prévues aux articles 1029.8.62 et 1029.8.66.2 de la *Loi sur les impôts*. Nous ne les avons cependant pas incluses dans notre analyse puisqu'elles ne concernent pas assez généralement ou spécifiquement les mères au foyer.

³¹⁷ CONSEIL DE LA FAMILLE ET DE L'ENFANCE, préc., note 293, p. 33.

³¹⁸ Id.

³¹⁹ *Loi sur l'assurance parentale*, préc., note 265.

³²⁰ C'est en 1971 que le gouvernement fédéral met en place un programme de prestations de maternité dans le cadre du programme national d'assurance-chômage. Les prestations parentales furent quant à elle rajoutées en 1990. Au cours des années '90, le gouvernement québécois met en place un régime élargi et

La *Loi sur l'assurance parentale* crée un régime qui a pour objet d'accorder des prestations de maternité, de paternité et des prestations parentales à l'occasion de la naissance ou de l'adoption d'un enfant.

Pour être admissible au régime, l'individu doit y avoir cotisé et avoir un revenu assurable, gagné pendant sa période de référence, égal ou supérieur à 2 000 \$. Le RQAP est venu bonifier le régime fédéral pour notamment inclure les étudiantes, les employées à temps partiel et les travailleuses autonomes³²¹.

De plus, en vue de tenter de respecter les différentes réalités des mères, il offre le choix entre un régime de base qui offre des prestations moins élevées pendant une période plus longue ou un régime particulier qui propose des prestations plus élevées pendant une période plus courte. Le choix du régime est déterminé par le premier des deux parents qui reçoit les prestations. En effet, cette loi prévoit des prestations pour les deux parents, certaines étant exclusives à un parent, d'autres faisant l'objet d'un choix. Ainsi, le congé de maternité maximum est de 18 semaines³²² et le congé de paternité de 5 semaines³²³. Quant aux prestations parentales, elles peuvent être prises

plus généreux et demande à la Cour d'appel du Québec de se prononcer sur la constitutionnalité des articles 22 et 23 de la *Loi sur l'assurance-emploi*. Voir *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, [2004] R.J.Q. 399 (C.A.) et *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, EYB 2005-96592 (C.S.C.), par. 66. La Cour d'appel conclut dans une décision rendue en 2004 que le gouvernement fédéral n'avait pas compétence pour verser des prestations de maternité et des prestations parentales par l'entremise du régime d'assurance-emploi. Elle a donné une interprétation étroite des pouvoirs du gouvernement fédéral, statuant que l'assurance-emploi ne visait que la privation de revenu résultant d'une perte d'emploi pour des raisons économiques. Pour la Cour d'appel, la perte de revenu d'une mère découlait plutôt « d'une incapacité personnelle de travailler » (...) « On doit plutôt y voir une mesure d'aide à la famille et à l'enfance (...) ». Pour la Cour suprême qui renverse la décision de la Cour d'appel, « L'interruption d'emploi due à la maternité ne peut être considérée comme une responsabilité individuelle ». La décision de la Cour suprême n'a pas eu un impact majeur puisque le gouvernement du Québec a tout de même rapatrié le programme.

³²¹ Art. 6 et 49 *Loi sur l'assurance parentale*.

³²² Art. 7 *Loi sur l'assurance parentale*.

³²³ Art. 9 *Loi sur l'assurance parentale*.

par l'un ou l'autre des parents, être partagées entre eux ou être prises concurremment par les parents³²⁴.

Cette loi ne prévoit pas la possibilité pour une mère qui n'est pas active de recevoir des prestations.

Ainsi, malgré la décision de la Cour suprême dans *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, qui appelle à la collectivisation de la responsabilité d'avoir un enfant, malgré la séparation du régime québécois du régime assurantiel de l'assurance-emploi fédéral et malgré les modifications apportées au régime québécois, ce dernier demeure un système de remplacement de revenu de travail et exclut donc la mère au foyer. Nous n'avons pas trouvé de jurisprudence qui élargirait ou contesterait le champ d'application du régime tel que nous le décrivons.

Services de garde éducatifs à tarif réduit

Depuis 1997, le gouvernement du Québec a développé des services de garde éducatifs à contribution réduite. Ces services sont encadrés par la *Loi sur les services de garde*³²⁵ qui énonce à son article 4 que : «*Tout enfant a le droit de recevoir, jusqu'à la fin de l'enseignement primaire, des services de garde éducatifs personnalisés de qualité.* »

Ces services sont d'accès universel et la contribution parentale, aujourd'hui fixée à 7 \$ par jour, représente environ 15 % du coût total moyen des services dans un Centre de la petite enfance (CPE)³²⁶. Le budget consacré aux services de garde à contribution réduite était d'environ 2 milliards de dollars pour 2008³²⁷.

³²⁴ Art. 16 *Loi sur l'assurance parentale*.

³²⁵ Préc., note 266.

³²⁶ MINISTÈRE DE LA FAMILLE ET DES AÎNÉS, Information au sujet du règlement sur la contribution réduite, en ligne: <http://www.mfa.gouv.qc.ca/services-de-garde/parents/places-a-contribution-reduite>, (consulté le 10 février 2010).

³²⁷ Information disponible sur le site du Ministère de la famille et des aînés, préc., note 297.

Cette loi, qui prévoit un très large pouvoir de surveillance sur les services de garde, notamment par l'adoption de règlements encadrant la formation, les programmes et les conditions d'admissibilité³²⁸, est cependant silencieuse quant à savoir si les services doivent être adaptés, notamment quant à la durée d'utilisation, aux besoins des enfants et des parents. Bref, cette loi ne se prononce pas sur la que les services de garde subventionnés soient à temps partiel, notamment pour s'adapter aux besoins de la mère au foyer.

Cependant, certains indices nous permettent de conclure que les services à temps partiel sont à tout le moins reconnus par les *Règles de l'occupation* qui régissent le financement des titulaires de permis, soit les centres de la petite enfance (CPE), les garderies subventionnées et les bureaux coordonnateurs de la garde en milieu familial³²⁹. En vertu de ces règles, **les ententes de services signées avec les parents doivent refléter leurs besoins réels** : « *Les prestataires de services doivent conclure des ententes qui reflètent les besoins de garde des parents, notamment lorsqu'ils ont besoin de moins de cinq jours par semaine.* »³³⁰

Bien que le ministère de la Famille et de l'Enfance ne puisse obliger les services déjà ouverts à offrir des services de garde à temps partiel, les critères d'attribution de permis de service de garde comprennent, depuis le printemps 2008, l'exigence d'offrir de telles places. Des services de demi-journées peuvent également être offerts.

³²⁸ Art.106 *Loi sur les services de garde*.

³²⁹ *Règles d'occupation. Centres de la petite enfance, garderies subventionnées et bureaux coordonnateurs de la garde en milieu familial*, MINISTÈRE DE LA FAMILLE ET DES AÎNÉS, 2010, site du ministère de la Famille et des Aînés, préc., note 297. Ces règles sont établies par le ministère de la Famille et des Aînés et découlent des responsabilités dévolues au ministre conformément à la *Loi sur le ministère de la Famille et des Aînés*, L.R.Q., c. M-17.2. Elles sont approuvées par le Conseil du trésor, en conformité avec la *Loi sur l'administration publique*, L.R.Q., c. A-6.01 et le *Règlement sur la promesse et l'octroi de subventions*, R.Q., c. A-6.01, r. 2. Ce dernier représente la référence officielle en matière d'occupation. De plus, il constitue un préalable essentiel aux règles budgétaires pour les garderies qui ont conclu une entente de subvention avec le ministre pour accueillir les enfants dont les parents sont admissibles à la contribution réduite. Ces règles visent également à garantir le respect du cadre législatif et réglementaire (précités) en vigueur ainsi que le *Règlement sur la contribution réduite*, R.Q., c. S-4.1.1, r. 1.

³³⁰ *Règles d'occupation. Centres de la petite enfance, garderies subventionnées et bureaux coordonnateurs de la garde en milieu familial*, id., p. 16.

Ainsi, cette loi est maintenant appliquée de manière à ce que certains CPE et services de garde en milieu familial offrent des places à temps partiel ou de demi-journées, accommodant ainsi les enfants qui sont principalement gardés à la maison par une gardienne ou une mère au foyer³³¹.

Dans les faits, 881 des 1828 services accrédités (au moment de l'écriture de ces lignes) offrent le temps partiel au Québec, la majorité de ces places étant offertes en région. 18 offrent des programmes de demi-journées³³². Nous avons tenté de savoir combien de mères au foyer utilisaient ces services pour leurs enfants, mais nous n'avons pas pu trouver une réponse directe. Sur le sujet de l'utilisation réelle des services de garde, les dernières données publiées par L'Institut de la statistique du Québec datent de 2001, alors qu'une enquête importante avait été effectuée pour le ministère de la Famille et de l'Enfance³³³. Cette enquête, mise à jour en 2004, nous apprenait que, des enfants qui étaient gardés régulièrement, 7,3 % l'étaient pour favoriser leur scolarisation (plutôt que pour permettre aux parents de travailler). De ceux-ci, 24,7 % étaient en service de garde à tarifs réduits et 17,6 % en milieu familial à tarifs réduits.

Nous savons également que la grande majorité des enfants qui fréquentaient les services de garde au moment de cette enquête étaient inscrits à temps complet et que ce pourcentage augmentait au fil des années, de 76,8 % en 2001, à 82,9 % en 2003. Ajoutons que 4,8 % des enfants étaient accueillis moins de 2,5 jours par semaine et 7,6 % l'étaient 2,5 jours ou plus³³⁴.

³³¹ Cette décision relèverait de la régie interne de chaque service. Information obtenue de l'Agence des services à la famille le 22 mars 2010.

³³² MINISTÈRE DE LA FAMILLE ET DES AÎNÉS, *Situation des centres de la petite enfance, des garderies et de la garde en milieu familial au Québec en 2008. Analyse des rapports d'activités 2007-2008 soumis par les services de garde et les bureaux coordonnateurs*, décembre 2009, en ligne, préc., note 297.

³³³ INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Rapport d'enquête sur les besoins des familles en matière de services de garde éducatifs*, 2001 et INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Enquête sur les besoins et les préférences des familles en matière de services de garde*, 2004.

³³⁴ INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Enquête sur les besoins et les préférences des familles en matière de services de garde*, 2004, au ch. II-7.

Ainsi, bien qu'il ne nous soit pas possible d'extrapoler des données les taux exacts, nous pouvons affirmer qu'il est probable qu'un petit pourcentage des enfants fréquentant régulièrement les services de garde à tarifs réduits soit issu de familles où la mère est au foyer.

Les orientations du ministère de la Famille et des Aînés de soutenir les familles et d'adapter les services aux réalités de la population mentionnent qu'il existe, en sus des services de garde éducatifs à tarif réduit, des services de haltes-garderies communautaires. L'offre de service de haltes-garderies (aussi nommées haltes-répît par certains) est dispensée par des organismes communautaires ou privés dont la raison première n'est pas d'offrir des services de garde. Selon le ministère de la Famille et des Aînés, la raison d'être de ces haltes-garderies est en tout premier lieu de répondre aux besoins des parents, l'emphase n'étant pas mise, comme il nous semble l'être dans le cas des services de garde subventionnés, sur les besoins des enfants. De plus, l'Association des haltes-garderies communautaires du Québec affirme à son site que « (...) les organismes qui offrent ce mode de garde ont pour mission, non pas la garde d'enfants, mais le soutien à la famille »³³⁵.

Jusqu'en 2005, les haltes-garderies ainsi que des jardins d'enfants étaient décrits et encadrés par la *Loi sur les centres de la petite enfance et autres services de garde à l'enfance*³³⁶. Son article 1 définissait ses services :

« halte-garderie »: un établissement qui fournit un service de garde dans une installation où l'on reçoit au moins sept enfants de façon occasionnelle telle que déterminée par règlement et pour des périodes qui n'excèdent pas 24 heures consécutives;

« jardin d'enfants »: un établissement qui fournit des services de garde éducatifs dans une installation où l'on reçoit, de façon régulière et pour des périodes qui n'excèdent pas 4 heures par jour, en groupe stable, au moins sept enfants âgés de deux à cinq ans auxquels on

³³⁵ <http://www.ahgcq.org/> (consulté le 27 novembre 2010).

³³⁶ L.R.Q., c. C-8.2, notamment à ses articles 1 et 2.

offre des activités se déroulant sur une période fixe;

Cette loi prévoyait à son article 2 que: « (...) *Le parent a le droit de choisir le service de garde qui lui convient le mieux.* »

En 2005, cette loi fut abrogée et remplacée par la *Loi sur les services de garde*. Aujourd'hui, cette loi ne mentionne plus les jardins d'enfants et exclut spécifiquement de son champ d'application les haltes-garderies³³⁷. Aucune autre loi n'encadre spécifiquement ces services. L'État fournit plutôt un soutien financier aux haltes-garderies communautaires en vertu du *Programme de soutien financier des haltes-garderies communautaires*, par voie d'ententes de service³³⁸.

Ces haltes ont reçu une aide du ministère de la Famille et des Aînés qui, en 2008, totalisait environ 3 millions de dollars³³⁹.

L'aide financière de dernier recours

La *Loi sur l'aide aux personnes et aux familles* vise à contrer la pauvreté et l'exclusion sociale. Elle énonce qu'elle vise à aider les personnes et les familles et « à encourager les personnes à exercer des activités permettant leur insertion sociale, leur intégration en emploi et leur participation active dans la société ». ³⁴⁰

Deux programmes distincts d'aide financière de dernier recours y sont prévus : le Programme de solidarité sociale et le Programme d'aide sociale.

Le Programme de solidarité sociale vise à accorder une aide financière de dernier recours aux personnes qui présentent des contraintes sévères à l'emploi. Ces contraintes concernent la santé de l'individu, c'est-à-dire l'état physique ou mental de la

³³⁷ Art. 2 *Loi sur les services de garde*.

³³⁸ Voir MINISTÈRE DE LA FAMILLE ET DES AÎNÉS, *Programme de soutien financier des haltes-garderies communautaires*, approuvé le 1er juin 2009, en ligne, préc., note 297.

³³⁹ Information disponible sur le site du ministère de la Famille et des Aînés, préc., note 297.

³⁴⁰ Préc., note 268, à son art.1.

personne, et concernent aussi les « caractéristiques socioprofessionnelles » (bas niveau de scolarité, expérience de travail).

Le Programme d'aide sociale quant à lui vise à accorder une aide financière de dernier recours aux personnes qui ne présentent pas de contraintes sévères à l'emploi³⁴¹.

Dans la situation où deux individus forment un couple au sens de cette loi, l'aide est demandée en faisant état du revenu net mensuel de la famille³⁴². Notons que cette loi, à l'opposé de la *Loi sur les impôts*, ne fait pas mention de *revenu familial*, mais prévoit que les prestations sont versées soit à un adulte seul ou à *la famille*³⁴³ et que ce sont *les revenus de travail de la famille* qui sont pris en considération dans le calcul de l'aide à verser, comme il apparaît à l'alinéa 2 a) de l'article 55 :

« 55. La prestation accordée à l'adulte seul ou à la famille est établie, pour chaque mois, en considérant sa situation au dernier jour du mois précédent. Elle est égale au déficit des ressources sur les besoins calculé en effectuant les opérations suivantes :

1 ° déterminer le montant de la prestation de base qui lui est applicable et, conformément au règlement, l'augmenter, s'il y a lieu, du montant de l'allocation pour contraintes temporaires, du montant des ajustements pour adultes, du montant de l'allocation de soutien accordé en application du chapitre I du titre I, du montant des ajustements pour enfants à charge et du montant des prestations spéciales;

2 ° soustraire du montant obtenu en application du paragraphe 1 °, sauf dans la mesure où ils sont exclus par règlement, les montants suivants :

a) les revenus de travail et de biens qu'au cours du mois précédent l'adulte seul ou les membres de la famille ont gagnés ainsi que les gains et autres avantages de toute nature qu'ils ont réalisés »

³⁴¹ Art.44 *Loi sur l'aide aux personnes et aux familles*.

³⁴² Art.22 *Loi sur l'aide aux personnes et aux familles*.

³⁴³ Art.55 *Loi sur l'aide aux personnes et aux familles*.

Si elle est accordée, l'aide sera calculée en fonction des deux adultes et sera versée par chèque à un conjoint ou aux deux, selon la demande des prestataires. Depuis 1997, le montant annuel d'aide versé en vertu de cette loi est le même (sauf exception) pour une personne seule et une autre avec enfant (les autres mesures visant à compenser les besoins essentiels des enfants).

En contrepartie des prestations, les individus qui n'ont pas de contraintes sévères à l'emploi ont des obligations, notamment celle de tenter de réintégrer le marché du travail³⁴⁴.

L'article 4 de la Loi spécifie :

4. Les mesures, programmes et services d'aide à l'emploi sont liés aux différents volets d'une politique active du marché du travail, à savoir la préparation à l'emploi, l'insertion et le maintien en emploi, la stabilisation de l'emploi et la création d'emplois.

Il s'agit donc d'un programme d'aide dont l'admissibilité est ouverte aux individus ne faisant pas partie de la main-d'œuvre active, mais désirant la réintégrer.

Cette loi vise les individus dans leur spécificité. Par exemple, elle prévoit que le ministre peut, sur une base individuelle, évaluer la situation d'une personne et lui offrir des mesures, programmes et services appropriés à ses besoins de même que proposer à une personne de réaliser certaines activités, notamment dans le cadre d'un « Parcours individualisé vers l'insertion, la formation et l'emploi ».³⁴⁵

De plus, des mesures reconnaissent expressément la situation de la mère. Premièrement, cette loi prévoit que la prestation de base peut être augmentée d'une allocation pour contrainte temporaire. Est comprise dans la définition d'une « contrainte temporaire » la situation de la mère qui garde un enfant de moins de 5 ans.

En effet, la loi à son article 53 prévoit :

³⁴⁴ Notamment à l'art. 30 *Loi sur l'aide aux personnes et aux familles*.

³⁴⁵ Art. 9 *Loi sur l'aide aux personnes et aux familles*.

« La prestation de base est augmentée d'une allocation pour contraintes temporaires lorsque l'adulte seul ou un membre adulte de la famille :

(...)

3° garde un enfant à sa charge dans les cas et conditions prévus par règlement ou un enfant à sa charge qui est handicapé au sens du paragraphe b du deuxième alinéa de l'article 1029.8.61.18 de la Loi sur les impôts (chapitre I-3) ;

(...) »

Le règlement sur l'aide aux personnes et aux familles³⁴⁶ prévoit :

« 62. Pour l'application du paragraphe 3 du premier alinéa de l'article 53 de la Loi sur l'aide aux personnes et aux familles (L.R.Q., c. A-13.1.1), la prestation de base est augmentée d'une allocation pour contraintes temporaires si un adulte garde un enfant à sa charge et si celui-ci a moins de 5 ans au dernier 30 septembre ou, s'il a 5 ans à cette date, si aucune place en classe maternelle à temps plein n'est disponible pour ce dernier. »

La mère qui a un jeune enfant est donc considérée comme ne pouvant pas, pendant une certaine période, occuper un emploi et elle reçoit en conséquence une compensation particulière durant cette période.

Est aussi comprise dans la définition d'une contrainte temporaire la grossesse de 20 semaines et plus³⁴⁷. De plus, le règlement prévoit des prestations spéciales de 55 \$ par mois pour la mère qui a un bébé âgé de moins d'un an et qui allaite, ainsi que pour la femme enceinte³⁴⁸. Notons que ces paiements ne peuvent être réclamés que par un des deux parents et que, pour obtenir ces prestations, la mère doit adresser sa demande au centre local d'emploi.

³⁴⁶ c. A-13.1.1, r. 1.

³⁴⁷ Id., art. 64.

³⁴⁸ Id., art.101 et 106.

Il est cependant important de noter que l'État songe présentement à diminuer le nombre de mères qui auraient accès à cette allocation pour contraintes temporaires puisque seules les mères ayant un enfant de 2 ans, plutôt que 5 ans, y auraient droit³⁴⁹.

Le Régime de rentes du Québec

La *Loi sur les régimes de rentes du Québec*³⁵⁰ prévoit un régime (le RRQ) qui offre une protection financière de base contre la perte du revenu d'emploi pouvant résulter de la retraite, du décès ou de l'invalidité. Il couvre l'ensemble des travailleurs québécois dont les gains de travail annuels sont supérieurs à 3 500 \$.

Le RRQ est un régime d'assurance où les prestations versées sont reliées aux cotisations payées. Lorsque la mère au foyer arrête de travailler, elle arrête de cotiser et donc n'acquiert plus de droit pour sa retraite. Cette loi prévoit cependant deux mesures palliatives qui concernent la mère au foyer.

Premièrement, cette loi comporte, depuis 1977, des dispositions qui permettent à certaines personnes, principalement les femmes, d'exclure du calcul de leur période cotisable les années où leurs contributions au RRQ ont été les plus faibles parce qu'elles étaient au foyer avec des enfants de moins de sept ans (ou qu'elles travaillaient à temps partiel pour cette raison)³⁵¹.

Selon certains, cette mesure dite d'exclusion « *constitue une première reconnaissance sociale réelle de la contribution économique réalisée par les femmes par leur travail au sein de la famille.* »³⁵²

De plus, au niveau de la rente de survie, le RRQ comporte depuis 1966 des dispositions qui prévoient qu'en cas de décès du cotisant, le Régime paie une prestation de décès et verse des prestations, le cas échéant, au conjoint survivant et

³⁴⁹ Voir notamment les propos du ministre Sam Hamad prononcés à l'Assemblée nationale le 10 juin 2010, dont le résumé est rapporté dans *La Presse* du vendredi, 11 juin 2010, p. A-10.

³⁵⁰ Préc., note 269.

³⁵¹ Possibilité de retrancher les 15 % d'années les moins bien rémunérées.

³⁵² R. ROSE, préc., note 152, à la p. 4. voir aussi R. ROSE, préc., note 144, aux pages 238 et ss.

aux orphelins. La femme qui a été mère au foyer peut donc recevoir la prestation de son conjoint décédé. Cette prestation a connu plusieurs changements depuis son entrée en vigueur.

Ainsi, en 1966, année de la mise en place du RRQ, la rente de conjoint survivant, appelée *rente de veuve*, avait comme objectif principal d'offrir à la femme au foyer une protection de base après la perte de revenu résultant du décès du soutien de la famille³⁵³. En 1975, la rente devient payable aux veufs et veuves selon les mêmes critères. En 1985, le conjoint de fait peut se qualifier comme conjoint survivant après trois ans de vie commune (un an si un enfant est né de l'union). En 1989 est adoptée la *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*³⁵⁴ qui prévoit la constitution d'un patrimoine familial et son partage lors de la rupture du mariage. Sont compris au patrimoine familial les « *gains inscrits, durant le mariage, au nom de chaque époux en application de la Loi sur le régime de rentes du Québec ou de programmes équivalents* ». Ainsi, le partage des crédits de rentes, dont celui du RRQ, accumulés pendant le mariage est obligatoire. En 1999, il devient possible de partager les crédits en cas de séparation de deux conjoints de fait, mais seulement si la demande est faite par les deux conjoints. La rente devient aussi payable au conjoint de même sexe et, en 2002, la rente devient payable à la personne liée au cotisant décédé par une union civile³⁵⁵.

En 2003, le gouvernement du Québec rend public un document contenant des propositions de compressions dans le RRQ.

En 2008, le régime est modifié en permettant aux personnes de retourner travailler après avoir demandé une rente ou de combiner une rente avec un revenu à

³⁵³ Rose fait cependant remarquer que cette mesure présumait que les femmes étaient dépendantes de leur mari, qu'elle ne reconnaissait pas le droit à l'égalité des femmes à l'intérieur du mariage ni leur contribution réelle au bien-être économique de leur famille et de l'ensemble de la société par le biais du travail auprès des enfants. Entre autres, ceci signifiait qu'en cas de divorce ou de séparation, la femme n'avait plus aucun droit. R. ROSE, préc., note 152.

³⁵⁴ *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, ci-après la « *Loi favorisant l'égalité économique des époux* », L.Q., 1989, c. 55.

³⁵⁵ Art. 102.10.3 à 102.10.10 *Loi sur les régimes des rentes du Québec*.

temps partiel³⁵⁶. Cette mesure s'adressant donc aux retraités vise à permettre aux employés de 55 ans et plus de bénéficier de nouvelles mesures, leur offrant plus de souplesse lors du passage du travail à la retraite complète, répondant ainsi, selon la ministre responsable des Aînés, Marguerite Blais, « (...) à des besoins bien réels exprimés lors de la consultation sur les conditions de vie des aînés. »³⁵⁷ Aucune mesure similaire n'est mise en place pour les mères au foyer qui tenteraient de réintégrer le marché du travail.

En juin 2008, le gouvernement diffuse un nouveau document qui reprend la majorité des propositions de compressions de 2003³⁵⁸.

Ces modifications proposées élimineraient la possibilité de retrancher les années où les gains ont été les plus faibles, mesure qui, rappelons-le, avait été mise en place notamment pour tenir compte du fait que plusieurs femmes s'absentaient ou diminuaient leur travail rémunéré pour s'occuper d'enfants ou de parents en perte d'autonomie.

Toujours selon les modifications proposées, il y aurait remplacement de la rente viagère de conjoint survivant par une rente temporaire moins avantageuse versée durant un maximum de 10 ans ou jusqu'à l'âge de 65 ans. Cette nouvelle façon de faire établirait des conditions d'accès à la rente semblables pour tous, sans distinction des responsabilités familiales assumées.

Ainsi, si ces modifications deviennent loi, moins de mères au foyer auront accès au RRQ et, si elles y ont accès, leurs prestations seront diminuées.

Nous n'avons pas retracé de disposition à cette loi prévoyant la possibilité pour la mère au foyer de cotiser au RRQ durant les années où elle est retirée du marché du

³⁵⁶ *Loi modifiant la Loi sur les régimes complémentaires de retraite, la Loi sur le Régime de rentes du Québec et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 2008, c. 21.

³⁵⁷ Voir http://www.rrq.qc.ca/fr/regie/salle_presse/2008/pages/02042008.aspt (consulté le 9 février 2010).

³⁵⁸ Voir le document de consultation RÉGIE DES RENTES DU QUÉBEC, *Vers un régime de rente du Québec renforcé et plus équitable, 2008* et *Étude d'impact des pistes de solutions, 2009*, (en ligne : http://www.rrq.gouv.ca/fr/services/publications/regime_rentes/consultation-publique/consultation (consulté le 16 février 2010).

travail, ni de mesure prévoyant une majoration du montant des prestations qu'elle recevra lors de sa retraite pour tenir compte de son activité à la maison, ni non plus, ainsi que nous l'avons mentionné, de possibilité pour la mère au foyer de profiter d'un programme similaire à celui mis en place pour les retraités pour soutenir sa réintégration au marché du travail.

Chapitre 7 : Analyse de l'individualisation du droit social à l'aide des indicateurs

7.1 Premier indicateur : Quelle est l'unité de référence du droit ?

Rappelons que notre premier indicateur vise à cerner si le droit utilise l'individu comme unité de référence et, le cas échéant, si cet individu présente des caractéristiques particulières.

Nos observations de la *Loi sur les impôts* nous amènent à constater qu'elle s'adresse à la fois à la famille et à l'individu comme sujet de droits ou d'obligations³⁵⁹. Le droit fiscal qui encadre la famille réfère donc à une unité de référence mixte. Par exemple, selon la *Loi sur les impôts*³⁶⁰, le paiement des contributions à l'État, donc les **obligations, sont individuelles**. Ainsi, la mère au foyer ne paiera pas d'impôt sur un revenu d'emploi³⁶¹ et son conjoint sera imposé sur le sien. L'unité de référence est donc l'individu qui a un revenu.

Par contre, pour l'aide accordée par l'entremise des crédits d'impôt remboursables, comme le soutien aux enfants, cette même loi prévoit qu'est comptabilisé le « **revenu familial**. »³⁶²

³⁵⁹ Il ne faut pas confondre le sujet de droit et la qualification qui peut être faite de l'approche de l'État quant au rôle de la famille et du statut de l'enfant. En effet, selon un modèle dit individualiste, la base de la société est l'individu adulte et le choix d'avoir des enfants est un choix privé. S'opposant à cette vision est le modèle dit familialiste selon lequel la base de la société serait la famille. Dans cette optique, la société doit assurer un statut équitable aux familles avec enfants et la collectivité doit prendre en charge les enfants. Godbout qualifie ainsi l'approche au Québec de familialiste. Voir L. GODBOUT et S. ST-CERNY, préc., note 145, p. 1.

³⁶⁰ Préc., note 267.

³⁶¹ Bien que nous traitions ici de l'exemple du revenu d'emploi, la logique est la même en ce qui concerne les autres revenus imposables.

³⁶² Plusieurs critiquent ce système qui, en outre de ne pas suivre la mouvance générale de l'individualisation des rapports sociaux et juridiques, ne tient pas compte de la tendance observée au sein des familles, surtout pour les jeunes couples, à gérer individuellement leurs revenus. Voir notamment CONSEIL DE LA FAMILLE ET DE L'ENFANCE, préc., note 293, aux p. 37 et ss. et les références qui y sont citées.

Le paiement, quant à lui, sera versé à un seul individu, généralement la mère. Nos observations confirment celles de Jane Lewis : « *To this day, tax/benefit systems are rarely fully « individualized. »* »³⁶³

D'autres exemples de la mixité des unités de référence s'observent au sein de la *Loi sur les services de garde éducatifs à l'enfance* qui accorde un droit de garde à *l'enfant* bien que ses règlements renvoient aux besoins *des familles*. La même chose peut être observée en regard de la *Loi sur l'aide aux personnes et aux familles*³⁶⁴ qui, comme son titre l'indique, utilise à la fois *l'individu* et la *famille* comme unité de référence, tout en prévoyant un paiement *aux conjoints*.

À la mixité de l'unité de référence se rajoute l'absence de constance dans l'utilisation des termes, tant entre les lois qu'au sein même de certaines lois. Ainsi, la *Loi sur les impôts*³⁶⁵ utilise le terme *revenu familial*. La *Loi sur l'aide aux personnes et aux familles*³⁶⁶ parle de *prestations accordées à la famille* et de *revenus de travail gagnés par la famille* en plus de parler de *conjoints*.

Nous constatons, en sus d'unités de référence variables ou mixtes, que lorsque les lois observées utilisent l'individu comme unité de référence, celui-ci est souvent un individu précis. Selon nos observations, les qualificatifs de cet individu sont soit son âge (l'enfant), son niveau d'activité ou son niveau de revenu. Par exemple, certains droits ou services, pensons aux services de garde éducatifs ou aux crédits d'impôt pour le soutien aux enfants, accordent un droit à l'enfant directement. Dans d'autres lois, comme celles créant le RQAP, le crédit d'impôt pour la prime au travail ou le crédit d'impôt pour frais de garde visent l'individu actif. Le RRQ vise l'individu qui a été actif,

³⁶³ J. LEWIS, préc., note 161, à la p. 60. Elle fait référence à cette taxation « familiale » comme étant un vestige de l'époque lors de laquelle le droit présumait de la présence des mères au foyer.

³⁶⁴ Préc., note 268.

³⁶⁵ Préc., note 267.

³⁶⁶ Préc., note 268.

bien que certaines dispositions visent la mère au foyer. La *Loi sur l'aide financière de dernier recours*³⁶⁷ s'adresse aux individus à faible revenu ou tentant de s'intégrer.

La troisième observation que nous pouvons faire est que les individus visés par le droit comme unités de référence sont tour à tour considérés comme étant indépendants (entendus comme séparés des autres individus de leur famille), communautaristes (entendus comme des individus qui se fondent dans l'ensemble familial) ou liés (entendus comme des individus en relation avec d'autres membres de leur famille). Par exemple, lorsque nous observons la *Loi sur les impôts*, les droits subjectifs sont octroyés si les ressources des individus, présumées mises en commun, justifient une intervention. Quant aux obligations de cotisations prévues à cette même loi, elles réfèrent à l'individu indépendant.

Dans d'autres circonstances, le droit réfère à un individu lié à un autre. Par exemple, la *Loi sur les régimes de retraite* prévoit le paiement individuel de cotisations ainsi que le paiement individuel de prestations. Cependant, les mesures palliatives ci-haut mentionnées laissent entrevoir une vision de l'individu interdépendant ou lié: dans sa relation avec son conjoint dans le cas des dispositions sur les rentes viagères, et avec ses enfants dans le cas de celles qui prévoient l'exclusion. *La Loi sur l'aide aux personnes et aux familles* vise aussi l'individu dans sa relation avec son enfant né ou à naître pour l'octroi d'allocations ou de sommes supplémentaires.

Pouvant aussi s'apparenter à cette logique d'interdépendance, les haltes-garderies entendent expressément ce type de services de garde comme étant nécessaires aux besoins des parents ou des familles. L'individu auquel renvoie le service serait lié à son enfant. Il est à noter que les services de garde éducatifs à tarif réduit semblent moins référer à l'enfant comme étant lié à ses parents. La *loi sur les services de gardes*, à tout le moins dans le vocable utilisé, renvoie plutôt à l'enfant et au parent comme des individus indépendants.

³⁶⁷ Id.

Finalement, notons que les services de garde et la mesure de soutien aux enfants, bien qu'ayant des portées réelles très variées pour les différentes familles et les individus qui les composent, sont les mesures législatives visant le plus grand nombre d'individus puisqu'elles sont universelles.

Tableau 1 : PREMIER INDICATEUR : QUELLE EST L'UNITÉ DE RÉFÉRENCE DU DROIT

LE DROIT SOCIAL	QUELLE EST L'UNITÉ DE RÉFÉRENCE ?	L'UNITÉ DE RÉFÉRENCE EST L'INDIVIDU
<i>Loi sur les impôts</i>	- L'obligation de payer des impôts est individuelle	√
<i>Loi sur les impôts : Crédit d'impôt remboursable pour le soutien aux enfants</i>	- Mesure vise l'individu - L'individu est l'enfant - Mesure attribuée à partir du revenu familial	Mixte
<i>Loi sur les impôts : Crédit d'impôt remboursable pour frais de garde d'enfants</i>	- Mesure vise l'individu - L'individu doit être actif - Mesure attribuée à partir du revenu familial	Mixte
<i>Loi sur les impôts : Crédit d'impôt remboursable pour la prime au travail</i>	- Mesure vise l'individu - L'individu doit être actif - Mesure attribuée à partir du revenu familial	Mixte
<i>Loi sur l'assurance parentale</i>	- Mesure vise l'individu - Présence de dispositions parentales - L'individu doit être actif - Mesure attribuée à partir du revenu individuel	Mixte
<i>Loi sur les services de garde éducatifs à l'enfance</i>	- Mesure qui vise l'individu - L'individu est l'enfant	√
<i>Loi sur l'aide aux personnes et aux familles</i>	- Les conditions d'admissibilité de la loi visent l'individu - Cependant, la demande est conjointe et basée sur les revenus de la famille - Le montant d'aide est pour un adulte ou un couple - Présence de dispositions qui visent l'individu dans sa relation avec son enfant	Mixte

Loi sur le régime des rentes du Québec	<ul style="list-style-type: none">- Mesure qui vise l'individu dans le paiement des cotisations et dans le paiement des rentes- L'individu doit avoir été actif- Dispositions de rentes viagères qui visent l'individu dans sa relation à son conjoint- Dispositions d'exclusion qui visent l'individu dans sa relation à ses enfants	√
---	--	---

7.2 Deuxième indicateur : Le droit reconnaît-il la spécificité de la mère au foyer?

Rappelons que par ce **second** indicateur, nous voulons voir si la mère au foyer est **visée par le ou les droits dans ce qui fait qu'elle est elle et pas une autre**. On veut identifier « *la reconnaissance de la spécificité de chaque individu, le respect de son identité propre et donc une idée de différenciation entre les sujets* », ³⁶⁸ et ce, surtout par la présence de droits subjectifs.

Malgré les objectifs énoncés par la politique familiale du gouvernement du Québec et l'importance que le Ministère de la Famille et des Aînés déclare accorder à la nécessité de fournir une réponse adaptée aux besoins diversifiés des familles dans son plan d'intervention stratégique, notre observation du droit social québécois nous amène à conclure que celui-ci ne reconnaît la spécificité de la situation de la mère au foyer que de façon très limitée.

Notre lecture de la *Loi sur les impôts* ne révèle pas d'octroi de droits subjectifs à la mère au foyer. Pourtant, pour Godbout et St-Cerny, le régime fiscal québécois est équitable pour le parent ayant fait le « libre choix » ³⁶⁹ de rester à la maison en ce que ce parent sera compensé indirectement pour la perte de son revenu par le soutien financier de l'État qui est majoré en fonction du revenu familial ³⁷⁰. Si nous examinons les chiffres mis de l'avant par Godbout et St-Cerny ³⁷¹ et si nous faisons abstraction de la question du critère de l'aide relative en fonction des ressources dont nous avons préalablement traité, nous sommes à même de constater que cette position est exacte lorsque la situation est examinée de façon statique : il est indéniable que la mère qui, par exemple, laisse son emploi rémunéré après la naissance de son troisième enfant verra son revenu familial diminué et, dépendamment du revenu de son conjoint, l'aide accordée en vertu des lois pourrait être majorée. À notre avis, ce portrait statique

³⁶⁸ P. ADAM, préc. note 75, p. 67.

³⁶⁹ L. GODBOUT et S. ST-CERNY, préc., note 145 aux p. 149 -151 et p. 219.

³⁷⁰ Id.

³⁷¹ Id., à la p. 151.

gagnerait cependant à être complété par un portrait dynamique et global de cette même famille et de la situation particulière de la mère au foyer.

En effet, après que la mère au foyer eut laissé son emploi, les données semblent indiquer que cette décision s'accompagne à moyen terme de l'augmentation des heures de travail du conjoint pour compenser la perte du revenu de travail de la mère³⁷². Rappelons aussi que les statistiques sur le revenu des parents nous enseignent que les travailleurs qui sont le seul soutien d'une famille biparentale travaillent le plus d'heures ». ³⁷³

Ainsi, une famille où un conjoint, s'adaptant à la perte de revenu de sa conjointe au foyer, augmente ses heures de travail et gagne au bout d'un certain nombre d'années 75 000 \$, paie 9 078 \$ en impôts provincial, soit 1364 de plus qu'une famille où les deux conjoints travaillent pour un revenu d'emploi combiné de 75 000\$³⁷⁴ Cette analyse ne semble pas confirmer l'affirmation que la fiscalisation répond aux besoins particuliers de la mère au foyer.

En fait, la *Loi sur les impôts* ne semble pas reconnaître la situation de la mère au foyer à plusieurs égards : pensons à la décision d'accorder un montant de crédit d'impôt remboursable supérieur pour le premier enfant. La mère au foyer qui, ainsi que nous l'avons vu, a plus d'enfants que la moyenne, est ainsi désavantagée par cette mesure³⁷⁵ Cette approche contraste avec celle d'autres juridictions qui, à l'inverse, ne prévoient pas d'aide au premier enfant, mais seulement pour les subséquents, ou qui prévoient une aide croissante avec le nombre d'enfants³⁷⁶

³⁷² CONSEIL DE LA FAMILLE ET DE L'ENFANCE, préc., note 202, p. 85.

³⁷³ INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, préc., note 182, p. 33.

³⁷⁴ Ces calculs sont basés, comme ceux de St-Cerny et Godbout, sur une famille avec deux enfants d'âge préscolaire et sont valables pour 2009. Nous remercions Johanne Timbro, CA, pour ses calculs. Détail des calculs pour la seconde famille: premier conjoint gagnant 45 000 \$ paie 5 159 \$ en impôts provincial et second conjoint gagnant 35 000 \$ paie 2 545 \$ en impôts provincial.

³⁷⁵ INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, préc., note 182, p. 59 et ss.

³⁷⁶ Voir les références à la note 305.

Quant à la prime au travail, elle ne s'applique pas à la mère au foyer et aucun autre programme ne semble conçu pour correspondre au besoin éventuel de la mère au foyer de réintégrer le marché du travail.

Le crédit d'impôt remboursable pour frais de garde exclut spécifiquement les sommes qui pourraient être versées à la mère au foyer, ainsi que celles que verserait la mère au foyer pour faire garder ses enfants. En fait, les dispositions de la *Loi sur les impôts*, dont l'interprétation est assez large pour octroyer un crédit à un individu qui paie ses propres parents, qui habitent chez lui, pour garder ses enfants³⁷⁷ excluent expressément l'octroi de ces mêmes droits subjectifs à la mère au foyer.

Aucune autre mesure ne permet d'obtenir une aide pour des frais de garde qui ont été encourus par la mère au foyer ou son conjoint, que ce soit pour faire participer ses enfants à des activités de socialisation ou pour s'accorder du répit. Rappelons que les statistiques démontrent que les conjoints des mères au foyer sont ceux qui travaillent le plus d'heures.

Le RQAP, bien qu'ayant connu des transformations importantes, inspirées par un désir d'adaptation aux différentes situations familiales susceptibles de conditionner l'admissibilité des travailleurs autonomes ou à temps partiel ainsi que l'admissibilité des pères, est toujours conçu comme un régime participatif, la mère au foyer en étant donc exclue.

Il nous semble important de souligner qu'aucun autre programme d'aide n'existe pour elle depuis l'élimination de l'allocation de disponibilité pour les parents d'enfants de moins de 6 ans, rebaptisée allocation pour jeune enfant qui, rappelons-le, cherchait à compenser soit les frais de garde encourus par les parents en emploi, soit le manque à gagner du parent au foyer³⁷⁸. Le droit d'autres juridictions, y compris celui qui encadre la famille dans des pays à haut taux d'activité des mères, offre des mesures

³⁷⁷ Voir note 312.

³⁷⁸ Voir l'explication *infra*, à la page 97.

complémentaires au régime de type « assurantiel » permettant, par exemple, un accès pour les mères au foyer à des prestations au moment de la naissance³⁷⁹

Quant aux services de garde, le caractère universel du service fait en sorte que les mères au foyer peuvent en théorie utiliser ces services. Toutefois, le fait que la majorité des services n'offrent pas de places à temps partiel ou des demi-journées rend en pratique cette offre de service inadaptée à la mère au foyer qui a quitté son emploi afin de subvenir aux besoins de ses enfants plutôt que de les envoyer à temps plein en service de garde.³⁸⁰

Le système de haltes-garderies et de jardins d'enfants qui étaient autrefois mentionnés dans la loi correspondait beaucoup plus aux besoins particuliers de la mère au foyer. Aujourd'hui, les haltes-garderies ne forment qu'un réseau très modeste (en termes de financement et d'organisation), d'accessibilité limitée, fonctionnant comme accessoire à la mission première de l'organisme communautaire qui a fourni le service, et n'étant subventionné que par des ententes ponctuelles tandis que les jardins d'enfants ont disparu du droit social de la famille³⁸¹

La *Loi sur l'aide aux personnes et aux familles* reconnaît spécifiquement la mère enceinte, la mère qui garde son enfant de moins de 5 ans ainsi que la mère qui allaite. Ainsi, la mère au foyer qui a besoin de cette aide en fonction de son revenu familial se voit accorder des droits subjectifs qui reconnaissent une partie de ses besoins. Rappelons que l'État étudie en ce moment la possibilité de circonscrire le nombre de

³⁷⁹ Dans ces autres juridictions, comme la Suède et la Finlande, les congés de maternité, de paternité et parentaux sont tous trois universels et les prestations sont soit en fonction des gains antérieurs, soit sur la base d'un montant forfaitaire. En Allemagne, l'accessibilité au congé de maternité demeure liée à la participation au marché du travail, mais le congé parental additionnel est universel et les montants versés en prestations sont fonction des gains médians de l'ensemble de la main-d'œuvre. REGROUPEMENT NAISSANCE RENAISSANCE, *Pour des prestations parentales universelles et décentes*, Octobre 2005 et Sarah FORTIN et Carole VINCENT, Institut de recherche en politiques publiques, *Mémoire soumis à la Commission des affaires sociales à propos du Projet de loi n° 140, loi sur l'assurance parentale, et du projet de règlement de l'assurance parentale*, Montréal, 2000, aux p. 10 et ss. Voir aussi Katherine MARSHALL, « L'emploi après la naissance d'un enfant », *Perspective*, Statistique Canada, n° de cat. 75 - 001-XPf, Ottawa, 1999.

³⁸⁰ Il faudra attendre pour voir si la présence de nouveaux critères d'octroi des permis qui font référence à l'offre de places à temps partiel amènera un certain changement.

³⁸¹ Subvention totale de 3 millions de dollars en 2008 en comparaison de 2 milliards de dollars pour les services de gardes à tarifs réduits.

mères au foyer qui auraient droit à cette allocation en l'accordant uniquement à celles qui gardent un enfant de 2 ans ou moins.

Finalement, bien que le RRQ soit conçu comme un régime participatif, certaines mesures tiennent compte de la situation de la mère au foyer. Rappelons cependant qu'un projet de loi présentement sous étude éliminerait ces dispositions et ne rajouterait rien pour tenter de répondre aux besoins des mères au foyer tel que le RRQ tente de faire pour les individus de plus de 55 ans.

Ainsi, bien que la mère au foyer puisse bénéficier de mesures universelles comme le crédit d'impôt pour le soutien aux enfants et, en théorie, les services de garde, et bien que certains services à accès limités comme les haltes-garderies communautaires subventionnées puissent lui être utiles, nous pouvons affirmer que les champs d'application des lois sociales qui encadrent la famille ne sont pas conçus ou adaptés pour s'adresser directement et spécifiquement à la mère au foyer.

Par ailleurs, les effets de certaines lois (*la Loi sur l'aide financière aux personnes et aux familles* et *la Loi sur les Régimes des rentes du Québec*) qui sont présentement modulés pour tenir compte de la situation personnelle de la mère au foyer, sont appelés à s'appliquer de la même manière pour tous les individus. De plus, il est possible de se questionner sur l'intention du législateur d'octroyer des droits à la mère par les allocations supplémentaires pour la mère qui est enceinte ou qui allaite. Est-il possible qu'il soit en fait motivé par le désir d'assurer des meilleures conditions au bébé plutôt qu'à la mère?

Enfin, aucune interprétation des tribunaux ne ferait en sorte que les caractéristiques particulières de la mère au foyer soient considérées, par exemple en faisant référence au droit à l'égalité substantive ou concrète. Au contraire, *la Loi sur les impôts* exclut spécifiquement la possibilité pour la mère qui garde elle-même son enfant de bénéficier du crédit d'impôt remboursable pour frais de garde. Finalement, aucune loi ne prévoit le droit à la compensation des pertes de revenus reliées au maternage (qualifiées d'indirectes).

**Tableau 2 : LA RECONNAISSANCE DE LA SPÉCIFICITÉ DE LA MÈRE AU FOYER
EN DROIT SOCIAL**

LE DROIT SOCIAL	QUI EST LE SUJET VISÉ PAR LE DROIT ?	LE DROIT RECONNAIT LA SPÉCIFICITÉ DE LA MÈRE AU FOYER
<i>Loi sur les impôts</i>	- Taxation vise l'individu qui reçoit des revenus	Non
<i>Loi sur les impôts : Crédit d'impôt remboursable pour le soutien aux enfants</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Mesure universelle qui vise à aider tous les enfants - Comprend la famille dont la mère est au foyer - La mesure vise particulièrement les familles à faible revenu - Elle ne tient pas compte des coûts indirects des enfants encourus par l'individu qui assume les fonctions parentales - Le crédit diminue de moitié pour les 2^e et 3^e enfants - La mesure vise les familles qui ont moins d'enfants 	Non
<i>Loi sur les impôts : Crédit d'impôt remboursable pour frais de garde d'enfants</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Mesure qui vise les parents actifs - Les frais de garde admissibles excluent spécifiquement les frais qui pourraient être payés à la mère au foyer - Les frais de garde encourus par la mère au foyer sont exclus parce qu'ils ne l'ont pas été pour occuper un emploi 	Non
<i>Loi sur les impôts : Crédit d'impôt remboursable pour la prime au travail</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Mesure qui vise à encourager l'individu qui tente de rester sur le marché du travail ou à le réintégrer - Aucune mesure ne vise l'aide à la réinsertion de la mère au foyer 	Non
<i>Loi sur l'assurance parentale</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Mesure qui donne des droits aux individus actifs de toute catégorie - Disposition qui vise spécifiquement la mère - Disposition qui vise spécifiquement le père - Disposition qui s'adresse aux parents 	Non

	- Aucune mesure pour la mère au foyer	
<i>Loi sur l'aide financière aux personnes et aux familles</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Loi qui vise à aider les individus et les familles à bas revenu et à favoriser la participation au marché du travail - La loi prévoit la possibilité pour le ministre d'offrir de l'aide sur base individuelle et des mesures appropriées aux besoins de cet individu en plus de prévoir la possibilité de parcours individualisés - Programme qui reconnaît la mère au foyer qui a un enfant en bas de 5 ans et la femme enceinte de 20 semaines dans l'attribution de l'allocation pour contrainte temporaire - Présence d'une prestation spéciale d'allaitement et de grossesse 	√
<i>Loi sur les régimes des rentes du Québec</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Mesure qui vise à permettre l'indépendance financière des personnes qui ont été actives et qui ne le sont plus pour cause de retraite ou d'invalidité - Mesure permettant de supprimer les 15% des années les moins rémunérées - Rente viagère du conjoint - Un projet de loi éliminerait la possibilité des 7 années d'exclusion et transformerait la rente viagère du conjoint pour la restreindre en temps et l'ouvrir à tous 	√

7.3 Troisième indicateur : Le droit supporte-t-il l'autonomie de la mère au foyer?

Le troisième indicateur pour mesurer l'individualisation du droit à l'égard de la mère au foyer porte sur l'autonomie de celle-ci. Nous visons ici à identifier si le droit permet à la mère au foyer d'être la source des normes juridiques qui s'appliquent à elle. Rappelons que, dans le sens où nous l'utilisons, l'autonomie ne veut pas dire une situation où la liberté de l'individu n'est aucunement limitée.

Nos observations nous amènent à conclure que le droit social qui encadre la famille favorise relativement peu l'autonomie juridique de la mère au foyer et ce, malgré le discours de l'État quant à sa volonté d'être neutre face à l'organisation familiale et la tendance observable des législateurs à vouloir offrir des choix aux individus pour refléter leurs besoins familiaux particuliers.

La *Loi sur les impôts*, qui ne permet pas le fractionnement du revenu familial aux fins de l'imposition sur le revenu, est un exemple de l'absence de support à l'autonomie de la mère au foyer. Cette approche contraste avec celle d'autres juridictions qui adoptent un système de choix entre un mode d'imposition individuel ou familial, par lequel un conjoint peut transférer une partie de ses revenus à l'autre. Qualifié de fractionnement de revenu ou d'« income splitting » ou de « joint filing », ce système existe dans 13 des 32 pays de l'OCDE. En France, par exemple, la déclaration commune permet de calculer un « quotient familial » par lequel l'impôt à payer est établi selon le nombre de personnes dans la famille.

Il est intéressant de noter que des pays aussi différents dans leur structure et leur philosophie sociale que la France et les États-Unis adoptent ce système, qui est souvent considéré comme reconnaissant l'apport des mères au foyer. Bien que les observateurs notent que la tendance est vers l'élimination de ce choix (7 pays de l'OCDE ayant éliminé la possibilité de fractionnement de revenu depuis 1970), le Canada a pour sa part mis en place une telle mesure en janvier 2007, mais uniquement pour les retraités vivant à deux, leur permettant de fractionner leur revenu, de manière

à payer moins d'impôts. La mesure vise les ménages de retraités n'ayant qu'un seul revenu et ceux dont l'un des conjoints a un revenu beaucoup plus élevé que l'autre³⁸².

Cette absence de choix de normes fait que la mère au foyer ne peut choisir de déclarer comme sien la moitié du revenu de son conjoint. En plus de permettre des économies d'impôts, la possibilité de choisir le fractionnement permettrait à la mère au foyer de ne plus être invisible aux yeux d'une loi qui, rappelons-le, est de plus en plus utilisée pour traduire les mesures d'aide à la famille.

Bien que la *Loi sur les impôts*, dans l'application du crédit d'impôt remboursable pour frais de garde, offre un choix aux parents actifs quant à la modalité de garde pour leurs enfants, cette option n'est pas ouverte à la mère au foyer. Présentant une dynamique similaire à cet égard, la *Loi sur l'assurance parentale* s'inscrit clairement dans cette tendance à la valorisation de l'autonomie du parent tout en étant inaccessible à la mère au foyer.

La *Loi sur les services de garde* peut être interprétée comme favorisant une certaine autonomie de la mère au foyer en lui permettant de choisir d'inscrire son enfant dans un service de garde subventionné. L'universalité du service de garde, l'obligation (prévue aux *Règles de l'occupation*) d'inscrire au contrat conclu entre le parent et le service de garde que l'entente doit refléter les besoins réels des parents, notamment lorsqu'ils ont besoin de moins de cinq jours par semaine, et l'inclusion récente du critère du temps partiel dans les critères d'attribution de permis de service de garde, sont des supports à l'autonomie de la mère au foyer.

Cependant, rappelons que les services ne sont pas tenus d'offrir des places à temps partiel ou à demi temps, que ces places demeurent limitées et que les haltes-garderies ne sont pas encadrées strictement d'un point de vue législatif ou réglementaire, qu'ils restent accessoires aux missions des organismes communautaires les offrant et qu'ils sont dotés de budgets très modestes. L'autonomie de la mère au foyer quant à un service de garde semble en fait avoir

³⁸² *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c.1 (5e supp.), art. 12.2 (1), 60.03 (1), 118 (3) et 118 (7).

diminué considérablement depuis l'abrogation de l'ancienne *Loi sur les centres de la petite enfance et autres services de garde à l'enfance* qui prévoyait spécifiquement le droit pour le parent de choisir le type de service de garde.

La *Loi sur l'aide financière aux personnes et aux familles* reconnaît le choix que peut faire la mère récipiendaire de rester au foyer avec son enfant.

Quant au RRQ, il ne permet pas à la mère au foyer de choisir si elle veut contribuer au régime, mais il contient (actuellement) des dispositions qui lui permettent d'exclure certaines des années passées à la maison du calcul de sa moyenne de contributions.

Tableau 3 : LE SUPPORT À L'AUTONOMIE DE LA MÈRE AU FOYER EN DROIT SOCIAL

LE DROIT SOCIAL	LE DROIT SUPPORTE L'AUTONOMIE DES INDIVIDUS	LE DROIT SUPPORTE L'AUTONOMIE DE LA MÈRE AU FOYER
Loi sur les impôts : paiement des cotisations	<ul style="list-style-type: none"> - La Loi oblige l'imposition individuelle - Aucun choix de fractionner le revenu pour l'imposition - Sauf pour les retraités (au fédéral seulement) 	Non
Loi sur les impôts : Crédit d'impôt remboursable pour le soutien aux enfants	- Aucun choix pour la mère au foyer	Non
Loi sur les impôts : Crédit d'impôt remboursable pour frais de garde d'enfants	- La Loi laisse le choix aux familles dont les parents sont actifs quant à la modalité de garde pour leurs enfants	Non
Loi sur les impôts : Crédit d'impôt remboursable pour la prime au travail	- Aucun choix	Non
Loi sur l'assurance parentale	<ul style="list-style-type: none"> - Choix offerts pour les individus admissibles quant au nombre total de semaines de prestations parentales ou d'adoption qui peut être pris par l'un ou l'autre des parents ou être partagé entre eux; ces semaines peuvent par ailleurs être prises concurremment par les parents - Aucun choix pour la mère au foyer 	Non
Loi sur les services de garde éducatifs à l'enfance	<ul style="list-style-type: none"> - La Loi permet un choix quant au mode de garde subventionnée - Le service étant universel, la mère au foyer peut choisir de l'utiliser, particulièrement si le service offre le temps partiel - Le fait que chaque service détermine s'il veut ouvrir des places à temps partiel rend le choix de la mère au foyer conditionnel à la disponibilité de telles places 	√
Loi sur l'aide financière aux personnes et aux familles	- Choix pour la mère bénéficiaire de l'aide de rester à la maison avec son enfant et de recevoir une allocation supplémentaire	√

<i>Loi sur les régimes des rentes du Québec</i>	<ul style="list-style-type: none">- Aucune mesure donnant le choix de payer des cotisations pour la mère au foyer - La Loi permet le choix l'exclusion de certaines années passées à la maison (en révision) - La Loi permet à la mère au foyer de recevoir la pension de survivant (en révision)	√
--	---	---

Chapitre 8 : Le droit privé

8.1 Le droit privé de la famille avant 1960

Le droit privé de la famille ne s'est pas « naturellement » imprégné de l'individualisme de la première modernité. Cet individualisme, rappelons-le, est caractérisé par la liberté absolue de l'individu, entendue comme « le non-empêchement », qui fut notamment enchâssée, sous une forme ou sous une autre, dans les chartes. Il était donc logique de présumer que le droit familial privé était conçu autour de l'octroi de droits aux individus qui constitue de plus en plus l'unité de référence de la société. Tel n'est cependant pas le cas.

Rappelons qu'au moment de la montée en importance à la fois du droit et de l'individualisme, les chartes régulent déjà la protection politique des individus par rapport à l'État³⁸³. Il est important pour nos fins de comprendre qu'aucune mention expresse n'est cependant faite de la famille ou de ses membres au sein de celles-ci³⁸⁴. En fait, les observateurs nous apprennent que le droit de la famille s'est développé en marge de l'individualisation.

Pour André-Jean Arnaud, l'individualisation du droit, notamment par la création des droits de la personne, ne change rien à la conception qu'a le législateur de la famille ou du droit civil qui l'encadre: la famille est importante en ce qu'elle est bourgeoise et détentrice de biens: « *Famille et patrimoine historiquement sont intimement liés* ». ³⁸⁵ Elle est aussi dirigée par l'homme marié, l'épouse étant considérée par le droit privé de la famille comme une incapable³⁸⁶.

³⁸³ A.-J. ARNAUD, préc., note 66, à la p. 9.

³⁸⁴ Notons cependant que la *Convention relative aux droits de l'enfant*, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1989, ratifiée par le Canada le 13 décembre 1991 avec approbation (appui du Québec : Décret 1676-91 du 9 décembre 1991 concernant la *Convention relative aux droits de l'enfant*, (1992) 124 G.O. II, 51) reconnaît l'importance de la famille dans le cadre de la protection des droits de l'enfant.

³⁸⁵ A.-J. ARNAUD, préc., note 66 à la p. 12.

³⁸⁶ Art. 174 C.c.B.C. (1964) et M. TÉTRAULT, préc., note 48, à la p. 3.

Cette famille qui, en droit, sert à transmettre le patrimoine, est décrite par Pierre Noreau³⁸⁷. Pour lui, c'est par le mécanisme de la lignée que le droit s'assure de l'intégrité du patrimoine accumulé. Le droit privé de la famille est donc initialement surtout un droit de la succession, visant essentiellement les familles bourgeoises.

De plus, la famille est « *une unité de production économique à laquelle chaque membre contribue dans le cadre de relations fondées sur la dépendance réciproque* ». ³⁸⁸ Ainsi, en plus de détenir et d'assurer la transmission de biens, la famille est vue par le droit comme première responsable de la survie de ses membres. Il s'en suit que le Code civil crée une obligation alimentaire qui lie non seulement les membres de la famille immédiate, mais aussi tous les ascendants et descendants et certains alliés³⁸⁹. Chaque individu est donc subordonné au bien collectif et est créateur et débiteur d'obligations de solidarité. Cette obligation juridique de solidarité très large laisse cependant en marge plusieurs femmes et enfants parce que le droit, à l'origine, encadre uniquement les unions (et les enfants) reconnus par le mariage. Ainsi, une femme donnant naissance à un enfant hors mariage n'a pas droit pour elle-même ou pour l'enfant à des aliments.

À partir de 1915, période que Pierre Noreau qualifie comme le temps du couple, ce n'est plus la lignée qui forme la base de la famille en droit, mais bien le mariage. Les contrats de mariage sont dorénavant des ententes de couple, et non des ententes entre familles. Le droit successoral laisse sa place au droit matrimonial. Comme le souligne Pratte, c'est le début, juridiquement parlant, de la famille nucléaire³⁹⁰.

Cette famille nucléaire est relativement stable, notamment parce que le divorce n'existe que pour une très infime portion de la population. Un autre reflet de ce temps du couple est que le droit place les enfants sous la responsabilité conjointe des parents, bien que le père soit encore le seul ayant l'exercice de la *puissance paternelle*.

³⁸⁷ P. NOREAU, préc., note 119.

³⁸⁸ Id., p. 5.

³⁸⁹ M. PRATTE, préc., note 252.

³⁹⁰ Id.

Ainsi, bien que les idées de l'individualisme commencent à se démocratiser, le droit privé du Québec, qui encadre l'organisation de la famille au début du XXe siècle, est caractérisé par le fait que les individus et leur liberté y tiennent une place négligeable, étant juridiquement subordonnés au bien de la collectivité familiale. Ces observations font dire à Irène Théry que le mouvement individualiste à cette époque touchera donc relativement peu les membres de la famille et son encadrement juridique³⁹¹. Ajoutons que cette absence d'individualisme est encore plus marquant pour les mères. Bref, avant 1960, bien que le droit privé soit caractérisé par une forte influence de l'idéologie de l'individualisme, le droit de la famille, et sans contredit le droit qui s'applique à la mère, n'en est pas imprégné.

8.2 Le droit privé de la famille en 2010

C'est au début des années '60 que s'est amorcée la vague de modifications législatives individualisant certains rapports en droit de la famille³⁹². En 1964, le législateur introduit la capacité juridique de la femme mariée³⁹³ et, en 1969, il y a changement du régime matrimonial de droit commun³⁹⁴. 1980 voit venir au jour une réforme du droit de la famille qui énonce l'égalité des époux comme valeur explicite³⁹⁵. Dans la même réforme, les obligations des parents à l'égard de leurs enfants sont aussi transformées. L'emphase passe d'une obligation strictement alimentaire à une obligation plus large, qui va inclure la garde, la surveillance, l'éducation et l'intérêt de l'enfant. Finalement, toujours dans le cadre de cette réforme de 1980, l'enfant dit « naturel » est réhabilité en droit. Le mariage et la filiation sont dissociés pour assurer l'égalité des enfants.

³⁹¹ I. THÉRY, préc., note 14.

³⁹² 1 M. TETRAULT, préc., note 48, p. 5.

³⁹³ *Loi sur la capacité de la femme mariée*, L.Q. 1964, c. 66 (art. 177 C.c.B.C.).

³⁹⁴ *Loi concernant les régimes matrimoniaux*, L.Q. 1969, c. 77.

³⁹⁵ *Loi instituant un nouveau code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39.

En 1982, est introduite la prestation compensatoire et, en 1989, les dispositions imposant le partage du patrimoine familial³⁹⁶. Sont venus s'ajouter à cette série de réformes, des modifications qui reconnaissent aux couples homosexuels la possibilité de s'unir civilement et de se marier, et l'ajout de règles relatives à la filiation des enfants nés par procréation assistée³⁹⁷.

Contrastant avec cette activité législative importante, la relation des conjoints de fait est restée presque entièrement non encadrée par le droit privé québécois, bien que leur situation ait commencé à attirer l'attention du législateur en matière de droit social dès les années '70. C'est dans ce contexte historique général que s'inscrit le droit privé qui encadre aujourd'hui la mère au foyer.

Notre objectif est d'observer une partie de ce droit privé qui se trouve enchâssé au Code civil du Québec (qui est l'instrument législatif principal encadrant les relations de la mère au foyer avec son conjoint et ses enfants) ainsi que certaines dispositions portant sur le divorce. Bien que la *Loi sur le divorce* soit de compétence fédérale, nous en analyserons les impacts puisque le Code civil du Québec énonce que le divorce est prononcé conformément à cette Loi et parce que la *Loi sur le divorce* régit des questions de droit privé³⁹⁸.

Ainsi, notre deuxième terrain d'observation comprend le droit privé qui encadre la mère au foyer et son conjoint, pendant la relation et au moment de la rupture³⁹⁹. Nous observons les dispositions qui décrivent les effets personnels du mariage et celles qui encadrent les rapports patrimoniaux entre les conjoints.

³⁹⁶ La mesure de la prestation compensatoire apparaît à l'article 559 C.c.Q. lors de l'entrée en vigueur de la *Loi instituant le nouveau Code civil*. Cet article entra en vigueur en décembre 1982 et devient l'art. 427 C.c.Q. en 1991. Pour le patrimoine familial, il apparaît avec la *Loi favorisant l'égalité économique des époux*.

³⁹⁷ *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, c. 6; la *Loi sur la procréation assistée*, L.C. 2004, c. 2 et la *Loi sur le mariage civil*, L.C. 2005, c. 33.

³⁹⁸ Art. 517 C.c.Q. et art. 25 et 35 *Loi sur le divorce*.

³⁹⁹ Il est à noter que plusieurs des dispositions que nous étudions, soit celles qui encadrent la mère au foyer, s'appliquent aussi à tous les conjoints.

Nous présentons nos résultats de recherche en commençant par le droit qui encadre la mère au foyer dans sa relation avec son conjoint, section qui est subdivisée entre la mère au foyer qui est mariée⁴⁰⁰ et celle qui n'est pas mariée. Lorsque les dispositions s'appliquent aux conjoints mariés, nous utilisons le terme époux.

Nous décrivons ensuite le droit qui régit la mère au foyer au moment de la rupture, reprenant la même distinction entre la mère au foyer mariée et celle qui ne l'est pas.

La seconde section fait état du droit qui gouverne la mère au foyer dans sa relation avec son enfant. Les divisions et subdivisions précitées ne sont pas ici nécessaires puisque les devoirs et obligations sont les mêmes pour les mères au foyer, qu'elles soient mariées ou pas, et elles restent essentiellement les mêmes (bien qu'elles puissent s'exercer différemment) avant et après une rupture conjugale.

Nous analysons donc le droit qui porte sur les responsabilités et devoirs des conjoints (art. 392 à 413 C.c.Q.), les régimes matrimoniaux (art. 431 à 492 C.c.Q.), le patrimoine familial (art. 414 à 426 C.c.Q.) et les chartes de vie commune de même que la prestation compensatoire (art. 427 à 430 C.c.Q.), le divorce et la pension alimentaire (art. 517 à 521 et 585 à 596 C.c.Q. et la *Loi sur le divorce* (principalement à son art.15), la société tacite (art. 2250 C.c.Q.) et l'enrichissement injustifié (art. 2250 C.c.Q.). De plus, nous faisons état du droit privé qui lie la mère au foyer à son enfant, ce qui englobe les articles traitant de l'obligation alimentaire (art. 585 et ss. C.c.Q.), de l'exercice de l'autorité parentale et des devoirs d'entretien et d'éducation (art. 597 à 612 C.c.Q.). Nous faisons état de la jurisprudence importante portant sur ces articles, y compris de la jurisprudence se rapportant plus directement à la mère au foyer, le cas échéant.

Nous tenons à rappeler, si besoin est, que l'objectif de notre mémoire n'est pas de faire une recension exhaustive du droit privé de la famille, mais bien d'en brosser un

⁴⁰⁰ Rappelons qu'aux fins de ce travail, nous assimilons la mère au foyer unie civilement à la mère au foyer mariée, sauf s'il est autrement mentionné.

tableau suffisamment complet pour permettre une analyse à l'aide de nos trois indicateurs.

8.2.1 Le droit qui encadre la mère au foyer et son conjoint

8.2.1.1 Le droit pendant la relation

8.2.1.1.1 La mère au foyer mariée

La mère au foyer mariée est soumise aux dispositions impératives du Code civil du Québec, à un régime matrimonial et, peut-être, aux dispositions d'un contrat de mariage ou d'une charte de vie commune qui s'appliqueraient entre elle et son époux.

L'article 391 du C.c.Q. énonce d'entrée de jeu au Livre deuxième sur la famille que les dispositions relatives aux effets du mariage sont obligatoires :

« Les époux ne peuvent pas déroger aux dispositions du présent chapitre, quel que soit leur régime matrimonial »

Les effets obligatoires du mariage comprennent les obligations et devoirs imposés à chacun des époux ainsi que les responsabilités dites « familiales », qui sont en fait des responsabilités communes ou conjointes.

8.2.1.1.1.1 Les obligations et devoirs des époux

En plus d'être obligatoires, les obligations des époux sont identiques. C'est l'article 392 (1) qui assure cette uniformité : *« Les époux ont, en mariage, les mêmes droits et les mêmes obligations »*. Cet article, inséré en 1981, est interprété comme affirmant et assurant l'égalité des époux. Notons que l'article 47 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, sous le chapitre des *Droits économiques et sociaux*, prévoit aussi expressément l'égalité des conjoints.

Tous les effets du mariage ont donc cette caractéristique d'être obligatoires et sont basés sur le principe de l'égalité des époux⁴⁰¹.

Les époux pendant le mariage ont plusieurs devoirs en vertu de l'article 392, certains ayant un caractère moral et d'autres une portée plus directement pécuniaire. Les devoirs de fidélité, de respect, d'assistance et de vie commune sont de nature extra-patrimoniaire. Les obligations de secours, alimentaires, la contribution aux charges du ménage et la prestation compensatoire sont de nature pécuniaire. Pour Nicholas Kasirer, l'article 392 doit être considéré comme étant plus l'expression d'un idéal qu'une réelle liste d'obligations concrètes et sanctionnables⁴⁰².

Vie commune

Les époux ont, selon l'alinéa 3 de l'article 392, l'obligation de faire vie commune. Les versions française et anglaise de cet alinéa ne sont pas tout à fait équivalentes mais nous devrions l'interpréter comme traduisant la volonté du législateur d'imposer aux époux le devoir d'être liés par un projet commun⁴⁰³.

Respect et fidélité

Le devoir de respect, nouvellement inscrit au Code civil depuis la réforme de 1981, n'est pas explicité. Pour Michel Tétrault, bien que les tribunaux ne se soient pas prononcés explicitement sur ce devoir, il serait similaire au droit à la dignité prévu à l'article 4 de la *Charte des droits et libertés de la personne*. Tétrault imagine comme exemple d'application de cet article le fait d'empêcher son conjoint de quitter le marché du travail pour s'occuper des enfants ou encore de le contraindre à retourner travailler à

⁴⁰¹ Notons qu'il est question ici d'égalité dite « formelle » plutôt que substantive. Voir au sujet de cette distinction la brève explication *supra*, à la p. 31.

⁴⁰² Les époux peuvent d'ailleurs avoir un domicile distinct, voir l'article 82 C.c.Q. Sur cet alinéa et l'article 392 en général voir 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.

⁴⁰³ Alain ROY, *Le contrat de mariage réinventé. Perspectives socio-juridiques pour une réforme*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, aux p. 15 et ss.

l'extérieur du foyer⁴⁰⁴. Quant au devoir de fidélité, qui serait de l'essence du mariage, il ne donne aujourd'hui droit à aucune compensation pécuniaire en cas de manquement. Il en est de même pour le devoir de respect. La sanction prévue au C.c.Q. serait plutôt la séparation de corps, le divorce ou, selon le cas, la dissolution de l'union civile⁴⁰⁵.

Assistance

Le devoir d'assistance consiste à apporter appui, dévouement, affection et support moral à son époux. Ce devoir peut, par exemple, obliger à donner des soins attentifs à l'époux malade.

Secours

Toujours dans cette vision du mariage « *aventure conjointe où l'esprit d'entraide doit prévaloir* »⁴⁰⁶, le devoir de secours impose une obligation pour les époux de s'apporter mutuellement les ressources matérielles nécessaires à la vie. Cette obligation peut se matérialiser en nature durant la relation, obligeant, par exemple, l'époux à payer des frais d'hospitalisation pour sa conjointe sans pouvoir réclamer un remboursement de ceux-ci⁴⁰⁷. Elle peut aussi se concrétiser par l'obligation de verser une pension alimentaire après une rupture. Il s'agit du fondement de l'obligation alimentaire des époux qui, à tout le moins en théorie, est distincte de l'obligation de contribuer aux charges du mariage durant la vie commune, détaillée ci-bas.

Retenons de tous ces devoirs imposés aux époux qu'ils sont obligatoires mais qu'ils ne donnent pas ouverture à une sanction (autre que la séparation ou le divorce). Une mère au foyer ne pourrait donc pas, par exemple, s'exclure contractuellement de son devoir d'assistance pas plus qu'elle ne pourrait réclamer de dommages-intérêts à son époux parce que ce dernier ne se serait pas déchargé de son devoir d'assistance, et ce, malgré l'article 1457 du Code civil qui, en matière générale de responsabilité

⁴⁰⁴ M. TÉTRAULT, préc., note 48, p. 134.

⁴⁰⁵ Respectivement les articles 494 al. 3 C.c.Q., 8(2) b) *Loi sur le divorce* et 512.6 du C.c.Q.

⁴⁰⁶ A. ROY, préc., note 403, p. 19.

⁴⁰⁷ Voir notamment *N.M. c. J.-C.F.*, JE 2005-12 (C.S.).

civile, n'exclut pas expressément les actions entre conjoints⁴⁰⁸. En général, la jurisprudence établit en effet que seuls les manquements ou fautes rattachés à la personne indépendamment du mariage (e.g. vol) peuvent faire l'objet de poursuites en dommages-intérêts entre conjoints⁴⁰⁹.

Conservation du nom

Finalement, notons que, conformément à l'article 393 C.c.Q., chaque époux doit conserver, depuis 1980, son nom.

8.2.1.1.1.2 Les responsabilités des époux

Le Code civil présente les responsabilités des époux comme étant des obligations communes :

« Ensemble, les époux assurent la direction morale et matérielle de la famille, exercent l'autorité parentale et assument les tâches qui en découlent » (art. 394). et

« Les époux choisissent de concert la résidence familiale.

En l'absence de choix exprès, la résidence familiale est présumée être celle où les membres de la famille habitent lorsqu'ils exercent leurs principales activités. » (art.395)

La *Charte des droits et libertés de la personne* à son article 47 prévoit aussi, en sus de l'égalité des conjoints, la direction conjointe de la famille⁴¹⁰.

L'article 394 C.c.Q. comprend deux facettes obligatoires, soit la direction de la famille et l'exercice de l'autorité parentale.

⁴⁰⁸ Id.

⁴⁰⁹ *Racine c. Harvey*, J.E. 2005-1821 (C.A.) ; *Droit de la Famille* – 2207, [1995] R.J.Q. 1506 (C.S.); et *Droit de la Famille* – 1355, [1990] R.D.F. 598 (C.S.).

⁴¹⁰ Ainsi que le rapporte Roy, il n'en a pas toujours été de même. Voir A. ROY, préc., note 403, aux p. 20 et ss.

La direction de la famille

La Code civil prévoit que chaque époux doit participer aux prises de décisions et que celles-ci doivent être collégiales. L'article 398 C.c.Q. prévoit qu'un époux peut mandater l'autre pour le représenter quant à des actes relatifs à cette responsabilité. Cet article vise à protéger les tiers qui feraient affaire avec l'un des époux. Le droit crée donc une présomption pour le tiers selon laquelle les époux agissent en collégialité.

Il est possible, en vertu de l'article 400 C.c.Q., qu'un époux saisisse un juge s'il ne parvient pas à s'entendre avec son conjoint. Cette intervention possible d'un juge est critiquée par Pineau et Pratte :

*« (...) un tiers s'introduit dans la famille, et en définitive, se prononce à la place des époux sur des questions qui revêtent un caractère essentiellement personnel; un tiers se glisse dans l'intimité d'un couple si entêté qu'il est incapable d'aboutir à un compromis (...) »*⁴¹¹

Bref, les articles 398, 399 et 400 C.c.Q. prévoient un droit pour chaque époux de décider, de représenter l'autre et de saisir un juge en cas de conflit.

L'autorité parentale et les tâches qui en découlent

L'autre portion de l'article 394 C.c.Q. concerne l'autorité parentale. Il s'agit là d'un certain dédoublement avec l'article 600 C.c.Q. qui traite spécifiquement de l'autorité parentale. Nous traiterons de cette obligation à la section décrivant les droits et obligations de la mère au foyer à l'égard de son enfant⁴¹².

Contribution aux charges du mariage

En sus de devoir assumer collégialement la direction de la famille, chaque époux doit contribuer aux charges de la famille. L'article 396 stipule à son premier alinéa que :

⁴¹¹ J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 2, p. 140.

⁴¹² Voir *infra*, p. 172 et ss.

« Les époux contribuent aux charges du mariage à proportion de leurs facultés respectives »

Il faut entendre le mot « charges » comme synonyme de « dépenses » engendrées par la famille. Il n'existe pas d'interprétation de ce terme qui élargirait celui-ci pour comprendre les besoins dans un sens plus large.

Le second alinéa prévoit :

« Chaque époux peut s'acquitter de sa contribution par son activité au foyer »

Cette dernière référence a été insérée au C.c.Q. au début des années '80. Elle fut inspirée de l'article 214 (3) du *Code civil français*⁴¹³ (tel que modifié par une loi du 13 juillet 1965), les auteurs français estimant qu'il « *rend hommage à la valeur sociale et familiale du travail des femmes au foyer* ». ⁴¹⁴ Notons que le droit français a, en 1975, abrogé cette disposition.

La doctrine nous apprend que le recours approprié pour faire reconnaître la valeur de la contribution de l'article 396(2) C.c.Q. est celui de la prestation compensatoire prévue à l'article 427 C.c.Q.⁴¹⁵ Cette prestation est habituellement demandée lors de la rupture, mais peut, si les conjoints s'entendent à cet effet, être acquittée en partie pendant le mariage⁴¹⁶.

Outre ces dispositions obligatoires prévues par le C.c.Q. en ce qui a trait à la relation des époux pendant le mariage, la mère au foyer mariée et son époux sont assujettis à des obligations de nature « contractuelle ». Celles-ci comprennent les obligations prévues par leur régime matrimonial et, le cas échéant, celles prévues dans leur contrat de mariage. Ils peuvent, en sus, prévoir d'autres obligations, de nature

⁴¹³ *Code civil français*, tel que modifié par une loi du 13 juillet 1965. Voir aussi J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 2, p. 157.

⁴¹⁴ Charles AUBRY et Charles RAU, *Droit civil français*, tome VIII, 7^e éd., Paris, Librairies techniques, 1973, p. 46.

⁴¹⁵ Monique OUELLETTE, *Droit de la famille*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1995.

⁴¹⁶ Art. 430 C.c.Q.

morale ou pécuniaire, qui seront alors comprises dans un contrat pouvant être qualifié de « charte de vie commune ».⁴¹⁷

8.2.1.1.1.3 Les obligations contractuelles des époux pendant la relation

Le contrat de mariage

Selon la logique du Code civil du Québec, la mère au foyer et son époux sont libres de choisir un régime matrimonial. Si les époux ne concluent aucun contrat, (comme ils sont présumés libres de le faire)⁴¹⁸ un régime légal, celui de la société d'acquêts, s'appliquera à eux⁴¹⁹.

Traditionnellement, le contrat de mariage est pensé comme prévoyant les règles qui gouvernent strictement les intérêts pécuniaires des époux entre eux et aussi avec les tiers⁴²⁰. Pour Alain Roy, le contrat de mariage avait jusqu'à la fin des années '60 une mission accessoire au mariage, servant traditionnellement à établir un régime matrimonial⁴²¹.

La doctrine divise les régimes matrimoniaux en deux grandes catégories : les régimes de type communautaire et les régimes séparatistes. Les deux types de régimes répondent aux questions concernant la propriété et la gestion des biens. Dans le cas des régimes séparatistes (comme le régime de la séparation de biens), chacun des époux conserve la propriété de ses biens pendant le mariage, alors que dans un régime communautaire, une partie ou la totalité des biens acquis durant le mariage forme une masse commune aux deux conjoints.

Pendant plusieurs années, le régime légal au Québec était un régime de type communautaire, c'est-à-dire la communauté de biens. D'un point de vue conceptuel, les

⁴¹⁷ Ce terme est utilisé par Alain ROY, « La charte de vie commune, ou l'émergence d'une pratique réflexive du contrat conjugal », (2007) 41 *R.J.T.* 399.

⁴¹⁸ Art. 431 C.c.Q.

⁴¹⁹ Art. 432 C.c.Q.

⁴²⁰ Germain BRIÈRE et Pierre BÉLIVEAU, « Réflexions à l'occasion d'une réforme », (1970-71) 73 *R. du N.* 57 et A. ROY, préc., note 417.

⁴²¹ A. ROY, préc., note 403, à la p. 92.

régimes communautaires permettaient aux époux, pendant le mariage et à sa dissolution, de bénéficier des actifs accumulés durant le mariage et dans certains cas avant le mariage. En effet, ce type de régime créait une masse de biens qui n'appartenaient plus personnellement aux époux et qui étaient affectés aux besoins du ménage⁴²². Lors de la dissolution, la mère au foyer (tout comme son conjoint) pouvait obtenir la moitié des biens communs, et ce « (...) *même si, durant cette période, occupée par ses charges familiales, elle n'a eu aucune activité rémunératrice. Ce régime garantit donc à la femme mariée qui est sans revenus personnels, la moitié du patrimoine amassé ensemble* ». ⁴²³ Pineau et Pratte interprètent l'objectif de ces dispositions comme étant de protéger la femme⁴²⁴. Dans une perspective semblable, Alain Roy voit dans ce type de régime une reconnaissance de la valeur économique du travail au foyer⁴²⁵.

Malgré les avantages certains que ce régime offrait à la mère au foyer du point de vue de la propriété des biens au moment d'une rupture, il créait un problème (à tout le moins juridique) au niveau de la gestion pendant la relation. En effet, c'était l'époux seul qui avait autorité pour administrer les biens communs (bien que des mesures prévoyaient une certaine collaboration des époux). Ces dispositions s'inscrivaient mal dans un contexte d'égalité entre les genres si bien qu'aujourd'hui, les articles du Code civil du Bas-Canada qui se rapportaient à la communauté de biens ont été abrogés⁴²⁶. Bien que le C.c.Q. permette encore l'adoption de ce régime par contrat de mariage⁴²⁷, concrètement, « *les nouveaux époux ne choisissent plus, aujourd'hui, un régime de type communautaire* ». ⁴²⁸

⁴²² J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 2, p. 188.

⁴²³ Id., à la p. 189.

⁴²⁴ Id.

⁴²⁵ A. ROY, préc., note 417, à la p. 80.

⁴²⁶ Ces dispositions restent en vigueur pour les époux qui étaient régis par celles-ci au moment de leur abrogation. *Loi instituant un nouveau Code civil et portant sur la réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39, art. 66.

⁴²⁷ Les dispositions abrogées s'appliqueront aussi à eux, voir *supra*.

⁴²⁸ J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 2, p. 188.

Le Code civil du Québec prévoit donc aujourd'hui deux régimes, la société d'acquêts et la séparation de biens. Ces deux régimes sont de type séparatiste durant la relation⁴²⁹.

Parallèlement au droit écrit, la recherche nous apprend que, même pendant la période durant laquelle un régime communautaire était le régime légal, plusieurs couples et plusieurs femmes qui devinrent des mères au foyer signaient tout de même un contrat en séparation de biens s'excluant ainsi du régime légal de la communauté de biens. Outre les avantages que représentait le régime de séparation de biens au niveau de l'administration des biens durant la relation, un facteur permettant d'expliquer la popularité de ce type de régime était l'influence des notaires qui encourageaient ce choix⁴³⁰. Aujourd'hui, bien que la proportion semble beaucoup moins importante qu'auparavant, il semblerait qu'il y ait encore environ 10 % des contrats de mariage conclus qui seraient des contrats en séparation de biens⁴³¹.

Puisqu'en vertu de ce type de contrat, la mère au foyer peut n'avoir que peu d'actifs en son nom, les notaires ont pris l'habitude d'insérer des donations entre vifs en faveur de l'épouse. Une revue de la jurisprudence fait cependant état des sommes très modestes de ces donations lorsqu'elles existent⁴³². Alain Roy soulève aussi le fait que ces donations sont généralement considérées comme des « cadeaux » des maris plutôt qu'une contrepartie pour la valeur économique du travail au foyer⁴³³.

⁴²⁹ Pour les époux mariés sous le régime de la société d'acquêts 461 C.c.Q. : « Chaque époux a l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens propres et de ses acquêts. » La même situation s'applique aux époux mariés sous un régime de séparation de biens : 486 C.c.Q. : « En régime de séparation de biens, chaque époux a l'administration, la jouissance et la libre disposition de tous ses biens. »

⁴³⁰ A. ROY, préc., note 417, aux pp. 62 et ss..

⁴³¹ Pour une approche socio-juridique sur la question voir id. Pour un regard critique sur le contrat de séparation de biens, voir Miriam GRASSBY, « Nouveau regard sur les contrats de mariage au Québec à la lumière de l'arrêt Hartshorne », dans S.F.C.B.Q., vol. 292, *Développements récents en droit familial* (2008), Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 45.

⁴³² Voir les chiffres répertoriés par L. CIPRIANI, préc., note 217, à la p. 217.

⁴³³ A. ROY, préc., note 403, aux p. 80 et 81.

La charte de vie commune

En sus des contrats de mariage, les époux, s'ils le veulent, et pourvu qu'ils respectent l'ordre public et les dispositions impératives des articles 392 à 430 du C.c.Q., peuvent conclure un contrat *sui generis*, que l'on peut qualifier de *charte de vie commune*⁴³⁴. Pour la mère au foyer mariée, un tel type de contrat ne peut avoir qu'une portée relativement mince compte tenu de l'ampleur des dispositions impératives du Code civil. Il est néanmoins possible de penser que cette charte pourrait permettre, par exemple, aux époux de prévoir des dispositions spécifiques pour reconnaître la valeur du travail de la mère au foyer pendant la relation (ainsi qu'au moment de la rupture). L'intérêt de cet outil juridique reste cependant aujourd'hui beaucoup plus théorique que pratique puisque, les quelques données quantitatives disponibles indiquent que pratiquement aucune entente de ce type n'est aujourd'hui signée entre époux, pas plus, ainsi que nous le verrons ci-bas, entre conjoints de fait⁴³⁵.

8.2.1.1.2 La mère au foyer conjointe de fait

L'absence de statut juridique particulier

La question de l'encadrement juridique des conjoints de fait est délicate à évaluer. Bien que l'opportunité de les encadrer clairement par le droit privé ait fait l'objet de réflexions par les législateurs à plusieurs reprises depuis une quarantaine d'années, le C.c.Q. n'accorde aujourd'hui aucun statut juridique particulier aux conjoints de fait pendant la relation (ou au moment de la rupture), quelle que soit la durée de la relation ou la présence d'enfant⁴³⁶. Toutefois, et ainsi que nous en discuterons plus amplement à la prochaine section, un jugement récent de la Cour d'appel porté en appel devant la

⁴³⁴ Alain ROY, « Le contrat en contexte d'intimité », 47 (2002) *R.D. McGill* 855, à la p. 868.

⁴³⁵ Voir notamment Alain ROY et Violaine LEMAY, *Le contrat conjugal : pour l'amour ou pour la guerre? Étude empirique des représentations professionnelles du contrat conjugal chez les juristes et les psychothérapeutes*, Montréal, Éditions Thémis, 2009. Les auteurs ont analysé un total de 61 contrats.

⁴³⁶ Ce qui ne veut pas dire que le C.c.Q. ignore totalement les conjoints de fait. Pour une description des exceptions, voir PINEAU et PRATTE, préc., note 2 aux p. 539 et 540.

Cour suprême⁴³⁷, obligerait le législateur québécois à apporter des changements au C.c.Q. afin d'y incorporer certaines mesures visant à encadrer ces sujets de droit.

La question de l'encadrement juridique des conjoints de fait semble avoir fait surface (à tout le moins dans des documents repérables) au début des années '70. C'est à ce moment que le Rapport du Comité du droit des personnes et de la famille, de l'O.R.C.C., publié en 1974, consacre toute une section aux conjoints de fait : « *Le Comité a cru devoir consacrer un chapitre à l'union de fait, car le droit civil, à l'exemple du droit social, doit tenir compte des réalités et l'union de fait, pour être plus fragile, n'en est pas moins, souvent, aussi stable que le mariage. (...)* »⁴³⁸ Le Comité y affirme ne pas vouloir faire de l'union de fait une forme d'union moins stricte que le mariage, mais plutôt vouloir résoudre une situation pratique et s'accorder aux lois sociales. En effet, rappelons que les conjoints de fait commencent à être assimilés aux couples mariés dès les années '70 dans plusieurs lois sociales, notamment dans les lois à caractère indemnitaire⁴³⁹, et dans d'autres portant sur l'assistance-emploi, l'aide juridique ou l'impôt sur le revenu⁴⁴⁰.

Le Comité de 1974 est toutefois profondément divisé sur l'opportunité d'imposer une obligation de solidarité aux conjoints de fait : il recommande d'en inclure une, mais uniquement durant le temps de vie commune. En 1977, le premier projet de loi portant sur cette réforme est présenté. En le comparant avec le Rapport de 1974, des changements y sont observables, dont le fait que les dispositions traitant des conjoints de fait apparaissent sous le chapitre des effets du mariage et qu'une obligation

⁴³⁷ *Droit de la famille – 102866*, [2009] R.J.Q. 2070 (C.S.) et EYB 2010-181371 (C.A.). Au moment d'écrire ces lignes, des requêtes en appel auprès de la Cour suprême ont été déposées.

⁴³⁸ OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, Comité du droit des personnes et de la famille, *Rapport sur la famille*, première partie, Montréal, 1974, à la p. 25.

⁴³⁹ *Loi sur les accidents de travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., c. A-3.001, *Loi sur l'assurance automobile*, L.R.Q., A-25, *Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels*, L.R.Q., c. I-6, ainsi que les lois visant l'admissibilité d'un individu à un programme, telle *Loi sur le soutien du revenu et favorisant l'emploi et la solidarité sociale*, L.R.Q., c. S-32.001 et *Loi sur le régime des rentes du Québec* de l'époque.

⁴⁴⁰ L'autre problème d'harmonisation est que le droit privé fait état de « personne débitrice de l'obligation alimentaire » alors que le droit social fait état de « personne à charge ».

alimentaire pour les conjoints de fait après la rupture y est prévue, mais seulement en cas exceptionnel⁴⁴¹.

La Commission permanente de la Justice tient une commission parlementaire sur le sujet à laquelle plusieurs organismes et intervenants participent⁴⁴². La diminution proposée aux cercles des personnes obligataires au sein des familles fait l'objet de relativement peu de débats. Toutefois, parmi d'autres questions évoquées, celle portant sur l'inclusion des conjoints de fait au cercle des solidarités est longuement examinée. Plusieurs arguments sont mis de l'avant par les organismes et intervenants : retenons que le Conseil du Statut de la Femme (C.S.F.) s'oppose à l'ajout d'une obligation de solidarité pour les conjoints de fait, sur la base de l'autonomie des conjoints et de la recherche de l'égalité factuelle des conjoints. Il est à noter qu'à cette époque, les conjoints de fait sont en général plus scolarisés que la moyenne et qu'ils ont moins d'enfants que les couples mariés, et que le nombre de femmes qui intègrent le marché du travail ne cesse d'augmenter au Québec⁴⁴³.

D'autres groupes féministes (surtout affiliés aux grands syndicats) viennent appuyer la position du C.S.F. D'autres, en revanche, dont le Barreau du Québec, l'Association des femmes diplômées des universités, la Ligue des droits et libertés et la Commission des services juridiques, mettent de l'avant une position différente en suggérant l'inclusion d'une obligation de solidarité entre les conjoints de fait, tout en permettant cependant aux conjoints de s'exclure de cette obligation (« opting out »). Leurs arguments sont fondés sur le fait que les législateurs devraient prendre acte de la réalité économique des conjointes.

⁴⁴¹ OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec. Projet de Code civil*, Volume 1, 1977, notamment aux art. 47, 48 et 49.

⁴⁴² QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, Commission permanente de la Justice, *Journal des débats* des 13 mars, 1979, p. B-349, 14 mars 1979, p. B-518, 15 mars, 1979, p. B-593, 22 mars 1979, p. B-825, 27 mars 1979, p. B-1163, 28 mars, 1979, p. B-1208 et 16 décembre 1980, p. B-975.

⁴⁴³ Cette tendance au travail se confirme avec un taux d'activité des mères de 20 à 44 ans dont l'enfant le plus jeune a moins de 6 ans qui passera de 30,2 % en 1976 à 76 % en 1997, cette augmentation étant plus forte chez les familles biparentales. Cependant, les conjoints de fait sont aujourd'hui beaucoup plus souvent des parents. Voir notamment MINISTÈRE DE LA FAMILLE ET DES AÎNÉS ET DE LA CONDITION FÉMININE, préc., note 1.

Le législateur québécois, après de longs débats, décide de ne pas créer de nouvelles obligations pour les conjoints de fait, ni pendant la relation, ni au moment de la rupture. Le gouvernement justifie sa décision en énonçant vouloir concrétiser le principe de la liberté des individus. De plus, et malgré les interventions des groupes ci-haut mentionnés, le ministre Marc-André Bédard motive sa décision en disant respecter les demandes des intervenants : « (...) *la plupart des mémoires soumis demandaient aux législateurs de respecter cette volonté des couples non mariés de distinguer leur choix de formule de vie par rapport au mariage* » (nos soulignés)⁴⁴⁴.

Depuis 1980, les législateurs québécois confirment cette position à plusieurs reprises, notamment lors de la mise en vigueur du nouveau Code civil du Québec en 1994 et dans le cadre du projet de loi de 2001 créant l'union civile et offrant aux couples homosexuels un substitut au mariage (qui ne leur est pas ouvert à cette époque). La raison centrale invoquée par le législateur (et amplement reprise par la doctrine civiliste) est que l'absence de législation est motivée par le respect de la liberté individuelle et de l'autonomie des conjoints⁴⁴⁵.

En l'absence de disposition législative expresse au C.c.Q., certains ont tenté de faire reconnaître des droits et obligations qui s'appliqueraient aux conjoints de fait, tant pendant la relation que lors d'une rupture, par la voie des tribunaux, en se fondant notamment sur le droit à l'égalité.

Égalité des conjoints de fait face aux tiers

La Cour suprême s'est prononcée à deux reprises sur la question de l'égalité des conjoints de fait, l'une des décisions traitant de cette question telle qu'elle se pose

⁴⁴⁴ QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats, Deuxième lecture du projet de loi 89*, 4 décembre 1980, p. 608 (M.-A. Bédard).

⁴⁴⁵ Voir l'historique qui est fait dans 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 soumis au Ministère de la Justice du Québec, 2008. Selon l'auteur, le législateur se serait aussi penché sur la question lors des travaux préparatoires entourant l'adoption en 1989 de la *Loi sur le partage économique* et lors des travaux entourant l'adoption de la *Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant les conjoints de fait*, L.Q.1999, c.14 qui visait à uniformiser les définitions et la reconnaissance des conjoints de fait de même sexe. Il est à noter qu'il y a eu un débat beaucoup plus restreint dans le contexte de ces deux dernières instances.

pendant la relation. Dans la première affaire, *Miron c. Trudel*⁴⁴⁶, la Cour décide que la *Loi sur les assurances*⁴⁴⁷ de l'Ontario, qui faisait une distinction entre les couples mariés et les conjoints de fait, enfreint la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ainsi, la Cour suprême conclut que le droit à l'égalité devant la loi empêche d'exclure les couples non mariés comme bénéficiaires de régimes privés d'assurance. Pour la juge L'Heureux-Dubé, le droit à la liberté des conjoints de fait n'est pas suffisamment déterminant pour faire fi de leur droit à l'égalité, notamment parce qu'un statut matrimonial n'est pas toujours « choisi ».

Mme la juge L'Heureux-Dubé :

(...) Je doute fort que les gens choisissent l'institution du mariage parce qu'elle semble leur offrir un ensemble intéressant sur le plan des droits et obligations contractuels (...) De plus, ce n'est pas, la plupart du temps, à l'issue d'un libre choix que la majorité des personnes non mariées vivent dans une union comportant une certaine interdépendance et d'une certaine durée. À mon avis, dans le cas d'un grand nombre de personnes vivant en union non traditionnelle, cette hypothèse risque de déformer la réalité. Ce groupe silencieux, souvent oublié, se compose de couples dans lesquels un seul conjoint désire s'engager dans une union d'une certaine permanence et interdépendance qui soit publiquement reconnue comme telle. »⁴⁴⁸

Il est essentiel de garder à l'esprit que cet arrêt concerne les droits de la conjointe par rapport à un tiers (la compagnie d'assurance) et non les droits d'un conjoint par rapport à l'autre. Cette question additionnelle a été traitée par la Cour suprême dans l'arrêt *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*⁴⁴⁹. Comme cet arrêt traite des droits des parties au moment de la rupture, nous en traitons à la prochaine section.

⁴⁴⁶ *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418. Voir aussi *M. c. H.*, [1991] 1 R.C.S. 3 qui traite de l'assimilation des conjoints de fait aux époux.

⁴⁴⁷ L.R.O. 1980, c. 218.

⁴⁴⁸ *Miron c. Trudel*, [1992] 2 R.C.S. 418, aux par. 95 et 96.

⁴⁴⁹ [2002] 4 R.C.S. 325.

Obligation de secours

Malgré l'absence de reconnaissance d'obligations mutuelles entre conjoints de fait dans le C.c.Q., certaines causes de jurisprudence semblent considérer que les conjoints de fait ont entre eux une obligation naturelle de se secourir durant la relation. Tout comme pour les conjoints mariés, cette obligation dite « naturelle » ne serait cependant pas susceptible d'exécution forcée⁴⁵⁰.

Les obligations contractuelles entre conjoints de fait pendant la relation

Le fait que le droit privé ne prévoit quasiment aucune obligation ou aucun droit entre conjoints de fait pendant la relation équivaut pour certains à octroyer aux conjoints de fait la liberté de conclure une entente contractuelle pour prévoir ces droits. Cette liberté contractuelle est toutefois limitée par le fait que les parties ne peuvent pas prévoir de clauses de donations à cause de mort, puisque ces clauses ne peuvent être stipulées que dans un contrat de mariage. Si la convention de fait est notariée, ils pourront toutefois se consentir des donations entre vifs.⁴⁵¹

Sous réserve de ce qui précède, les conjoints de fait peuvent conclure un contrat de vie commune, pour prévoir l'organisation de leurs droits et obligations respectifs. Les informations quantitatives et qualitatives présentement disponibles indiquent qu'une très faible minorité de conjoints de fait signent de telles ententes et que celles-ci semblent généralement prévoir des dispositions copiées sur les modèles traditionnels des contrats de mariage⁴⁵². Nous n'avons donc aucune information nous permettant de conclure qu'il existe des contrats de vie commune qui reconnaissent la valeur du travail de la mère au foyer.

⁴⁵⁰ *Gagnon c. Routhier*, 2000 R.D.F. 697 (C.S.) et Martin GAUTHIER, « L'union libre, un état de droit, un état de fait ou un état ambigu? », dans S.F.P.B.Q., *Nouveaux développements en droit familial : les aspects économiques d'une rupture*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 223.

⁴⁵¹ Art. 1819 C.c.Q., 1806 et ss. et *Normand c. Vinet*, REJB 97-03376 (C.S.). Notons que des conditions supplémentaires s'appliquent dans le cas de la donation entre vifs d'un immeuble, art. 1824 al.1 C.c.Q. et qu'il n'y aura pas nécessité de notariar la clause de donation entre vifs si elle est accompagnée d'une délivrance et d'une possession immédiate, art. 1824 al. 2 C.c.Q.

⁴⁵² Id.

8.2.2.2 Le droit au moment de la rupture

8.2.1.2.1 La mère au foyer mariée

Le patrimoine familial

Au moment d'une rupture, le C.c.Q., à ses articles 414 et ss, prévoit qu'est divisée entre les époux la valeur du patrimoine familial. Ce patrimoine familial est une mesure législative obligatoire qui fut inscrite au C.c.Q. en 1989. Elle fut adoptée, ainsi que nous le verrons ci-bas, en réponse à deux situations juridiques qui, ensemble, désavantageaient considérablement la mère au foyer. Tout d'abord, les tribunaux québécois avaient pris position en énonçant que la mesure de la prestation compensatoire, qui avait été mise précédemment en place pour rectifier l'appauvrissement économique des femmes au moment des ruptures, souvent mères au foyer et mariées en séparation de biens, excluait la compensation des tâches domestiques⁴⁵³. En outre, l'ajout à la *Loi sur le divorce* de 1985 de l'ancien article 15 (4) et les décisions dans *Pelech, Caron et Richardson*⁴⁵⁴ rendues en vertu de la *Loi sur le divorce* de 1968⁴⁵⁵, sont venus limiter le temps pendant lequel une femme pouvait recevoir des aliments, se fondant sur l'autonomie des conjoints présumés égaux.

Ces deux limitations faisaient en sorte que le problème économique et juridique des femmes (plusieurs ayant cessé de travailler pour éduquer leurs enfants) lors de ruptures, particulièrement celles mariées en séparation de biens, restait entier. C'est approximativement à ce moment qu'est proposée la survie de l'obligation alimentaire en cas de décès. Cette idée est mise de côté par les députés de l'Assemblée nationale qui, cependant, renvoient la réflexion à un nouveau comité, le Comité interministériel sur les droits économiques des conjoints. Ce comité produit en 1987 un rapport qui envisage trois solutions possibles. L'une des solutions proposée sera reprise en 1988

⁴⁵³ *Droit de la Famille* - 67, [1985] C.A.135.

⁴⁵⁴ [1987] 1 R.C.S. 801; [1987] 1 R.C.S. 892 et [1987] 1 R.C.S. 857.

⁴⁵⁵ *Loi sur le divorce*, S.C. 1967-68, c. 24.

dans un deuxième rapport intitulé *Les droits économiques des conjoints*⁴⁵⁶. Il s'agit du partage automatique, en cas de rupture, d'une catégorie de biens appelés « bien familiaux », aujourd'hui connus sous le nom du patrimoine familial.

L'idée de cette réforme provenait principalement d'avocates en droit de la famille, réunies en un groupe, le Projet-Partage, qui avait réussi à obtenir l'appui du Barreau du Québec⁴⁵⁷. Selon certaines recherches, cette proposition avait retenu l'attention du législateur notamment parce que des groupes familiaux et de femmes continuaient à faire pression pour améliorer la situation économique des femmes en cas de divorce⁴⁵⁸.

En dépit de l'opposition de la Chambre des notaires, des partis politiques et d'une partie de la population, qui avancent les arguments du libre choix éclairé, de la liberté contractuelle et de l'importance de l'autonomie et de la responsabilité, le législateur québécois impose en 1989 la création d'un patrimoine familial obligatoire lors du mariage⁴⁵⁹. Selon une députée d'opposition, membre de l'Assemblée nationale à ce moment :

*« On n'a jamais connu un Parlement aussi à feu et à sang qu'au moment de la loi sur le patrimoine familial. C'était inimaginable, la tension que ça crée. C'était quasiment la guerre des sexes (...) C'était...quasi violent. »*⁴⁶⁰

Ainsi, aujourd'hui, le C.c.Q. prévoit que les époux doivent, lors d'une dissolution du mariage, diviser la valeur d'un « patrimoine familial » composé de biens déterminés. Font partie du patrimoine familial les résidences principales et secondaires, les meubles du ménage, les véhicules automobiles utilisés pour les déplacements de la

⁴⁵⁶ Herbert MARX, Monique GAGNON TREMBLAY, *Les droits économiques des conjoints*, Sainte-Foy, Ministère de la justice et Secrétariat à la condition féminine, 1988.

⁴⁵⁷ PROJET-PARTAGE, *La situation des femmes mariées en séparation de biens lors de la dissolution du mariage : l'impact du jugement Poirier c. Globensky*, Montréal, 1986.

⁴⁵⁸ A. RÉVILLARD, préc., note 48.

⁴⁵⁹ La constitutionnalité de cette mesure fut aussi contestée. Voir *Droit de la Famille - 1769*, [1993] R.J.Q. 873 (C.S.).

⁴⁶⁰ Citation tirée de A. RÉVILLARD, préc., note 48, à la p. 114.

famille, les régimes de retraite et les crédits de rentes, dont ceux du RRQ, bref, les actifs principaux des familles. Sont exclus les biens et valeurs reçus par succession ou donation, ou accumulés avant le mariage, du moins en principe. Les règles du patrimoine familial s'imposent à toute personne mariée, quel que soit le contrat de mariage, et s'applique avant les règles du régime matrimonial⁴⁶¹. Cette règle de division à part égale est complétée par la discrétion accordée au tribunal d'exclure certains biens du « patrimoine familial » ou de décréter un partage inégal⁴⁶². Les raisons exceptionnelles qui peuvent justifier le partage inégal sont, en vertu de l'article 422 C.c.Q., la courte durée du mariage (généralement interprétée comme moins de 5 ans)⁴⁶³, la dilapidation des biens, la mauvaise foi ou la négligence.

Malgré le fait que la Cour d'appel du Québec rendit un jugement qui donna raison à un ex-époux qui voulait exclure de la masse des biens à partager les droits accumulés, durant le mariage, au titre de son régime de retraite⁴⁶⁴ (jugement qui fut renversé par la Cour suprême), il faut retenir que l'application de ces dispositions doit toujours prendre en compte la nature de l'objectif du patrimoine familial, soit la création d'une union économique entre les conjoints, la Cour suprême rappelant que l'inégalité de la contribution au patrimoine familial n'est pas un élément justifiant le partage inégal.

Les obligations contractuelles entre époux au moment de la rupture

Rappelons tout d'abord que les époux peuvent choisir leur régime matrimonial par contrat de mariage pour régler le partage de leurs biens lors de la rupture (pour ce qui concerne les biens qui ne sont pas compris au patrimoine familial). En l'absence de contrat, les époux sont régis par les dispositions du C.c.Q. prévoyant la dissolution du régime légal, soit le régime de la société d'acquêts. Dans ce cas, chacun des époux a

⁴⁶¹ Il s'agit d'une règle incorporée dans le chapitre « des effets du mariage », soumise à la disposition de l'article 391 C.c.Q.

⁴⁶² Art. 417(2) C.c.Q.

⁴⁶³ Voir notamment *P.L. c. M. I.*, [2001] R.D.F. 319 (C.S.) (10 mois); *O.L. c. R. B.*, J.E. 2004-488 (C.S.) (un peu plus de 2 ans); *Droit de la famille – 996*, [1991] R.D.F. 471 (C.S.) (3 ans).

⁴⁶⁴ *M.T. c. J.-Y. T.*, [2006] R.D.F. 703 (C.A.) infirmé en Cour suprême (2008) C.S.C. 50. Notons que les faits de cette affaire étaient très particuliers en ce qu'il s'agissait d'un second mariage et qu'il y avait un écart d'âge important entre les époux.

le droit de réclamer la moitié de la valeur des biens acquis du conjoint, et de conserver ses biens propres⁴⁶⁵. Comme les règles prévues aux régimes matrimoniaux sont subordonnées à celles régissant le patrimoine familial, les biens acquis sont ceux qui sont exclus du patrimoine familial.

Pour les conjoints mariés sous le régime de séparation de biens, chaque conjoint reste propriétaire de ses actifs⁴⁶⁶ (qui ne font pas partie du patrimoine familial). Rappelons qu'environ 10 % des contrats de mariages seraient encore des contrats en séparation de bien. La recherche démontre que plusieurs notaires continuent de recommander aux femmes de choisir ce régime⁴⁶⁷ et que le formulaire le plus récent suggéré par la Chambre des notaires pour la conclusion d'un tel contrat ne prévoit aucune clause ayant comme objectif de compenser la mère au foyer⁴⁶⁸.

Cette situation diffère de celle existant dans toutes les autres provinces canadiennes où les contrats types des régimes séparatistes comprennent des clauses prévoyant le partage d'une masse commune⁴⁶⁹.

Si la mère au foyer désire obtenir plus que le partage de la valeur des biens prévus au patrimoine familial et à son contrat de mariage, elle peut tenter une action en prestation compensatoire.

⁴⁶⁵ Art. 465 C.c.Q.

⁴⁶⁶ Art. 486 C.c.Q.

⁴⁶⁷ M. GRASSBY, préc., note 431.

⁴⁶⁸ En plus de ne contenir aucune indication ou suggestion quant à la reconnaissance de la valeur du travail de la mère au foyer, les clauses de donation contenues dans les contrats types ne sont pas nécessairement exécutoires au moment de la rupture. En effet, les clauses de donations qui peuvent être contenues au contrat peuvent être annulées par le tribunal en cas de séparation ou de divorce (art. 520 C.c.Q) pour ce qui n'a pas encore été exécuté. Notons qu'il y aurait par ailleurs moyen d'écarter cette discrétion judiciaire. Voir Alain ROY, *Les contrats de mariage innovateurs (1995) R. du N.* 64. De surcroît, les clauses de donations à cause de mort deviennent caduques automatiquement lors d'un divorce. Cette brèche importante au principe de la liberté de contracter est entrée dans le droit québécois seulement depuis 1982.

⁴⁶⁹ Voir l'argumentation présentée par M. GRASSBY, préc. note 431.

La prestation compensatoire

Introduite en 1982, et aujourd'hui prévue à l'article 427 C.c.Q., la prestation compensatoire visait à prévenir les injustices économiques au moment de la rupture conjugale, particulièrement pour les femmes mariées sous le régime de séparation de biens⁴⁷⁰. Cette mesure avait été jugée nécessaire à cause de la tendance jurisprudentielle qui limitait dans le temps le droit de la conjointe de recevoir des aliments à la suite d'une rupture et parce que les tribunaux avaient restreint l'applicabilité des autres moyens légaux disponibles, soit l'action *in rem verso* ou l'action fondée sur la société de fait⁴⁷¹.

Au cours des années qui ont suivi l'introduction de la prestation compensatoire, les premiers jugements des tribunaux québécois, en première instance et en appel, ont très majoritairement limité l'application de la mesure en concluant que les tâches domestiques n'étaient pas sujettes à compensation⁴⁷². Le fait que l'accomplissement de ces tâches par l'épouse (souvent mère au foyer) résultait en un bénéfice financier pour le mari n'était pas considéré comme un facteur pertinent.

Analysant 161 jugements portant sur la prestation compensatoire de 1983 à 1991, la juriste Lucille Cipriani conclut que c'est en s'appuyant sur le choix du régime matrimonial des conjoints que les tribunaux justifient leur décision de ne pas accorder de compensation, habituellement demandée par l'épouse. La chercheuse note cependant que ce fondement juridique de devoir respecter les obligations « librement consenties », largement opposé aux épouses, est interprété différemment en ce qui concerne l'obligation du mari de fournir un support économique à la conjointe. Les tribunaux vont même jusqu'à annuler des transferts de propriété du mari à la conjointe

⁴⁷⁰ Rappelons que le notaire Comtois évaluait qu'en 1970, 70 % des couples étaient encore mariés sous le régime de séparation de biens. Voir A. ROY, préc., note 403 ; J. JARRY, préc., note 48 à la p. 88 et J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 2, p. 163.

⁴⁷¹ Nous traitons du droit contemporain aux aliments et aux actions fondées sur la société de fait ou l'enrichissement sans cause aux pages 169 et ss.

⁴⁷² *Droit de la Famille* - 13, [1983] C.S.42; *Droit de la Famille* - 35, [1983] C.S. 49 ; *Droit de la Famille* – 46, [1983] C.S. 392 ; *Droit de la Famille* – 67, préc., note 453 ; *Droit de la Famille* – 167, [1984] C.S.1047.

parce que cela « *ne pouvait pas être l'intention du mari* ». ⁴⁷³ Ces raisonnements expliquent que, jusqu'en 1989, la Cour d'appel du Québec a considéré la contribution au mariage séparément de la contribution au patrimoine, rendant ce recours pratiquement inutile pour la mère au foyer ⁴⁷⁴.

Une décision de la Cour suprême renverse cette interprétation en 1992 ⁴⁷⁵. Elle énonce que six critères doivent gouverner le droit pour la mère au foyer d'obtenir une prestation compensatoire. Ils sont : l'apport, l'enrichissement, le lien causal, la proportion dans laquelle l'apport a permis l'enrichissement, l'appauvrissement concomitant de celle qui a fourni l'apport et enfin, l'absence de justification à l'enrichissement ⁴⁷⁶. Notons que ce recours fondé sur la prestation compensatoire n'est pas transmissible aux héritiers de la mère au foyer contre le conjoint survivant.

Nous comprenons de ce jugement qu'il est possible que le travail de la mère au foyer fasse partie de « cet apport » qui puisse mériter compensation. La Cour suprême, énonce en effet que les activités domestiques ne devraient pas être écartées *a priori*, bien qu'elles ne devraient pas non plus être automatiquement compensées. L'analyse du droit à la compensation se fait en deux étapes : en premier, l'ensemble des apports qui ont pu enrichir le patrimoine est examiné. Ensuite, il faut vérifier si une cause justifie cet apport.

Une revue de la jurisprudence rendue depuis l'arrêt de la Cour suprême enseigne cependant que l'apport qui peut fonder un recours est généralement celui qui dépasse la contribution ordinaire ⁴⁷⁷. Il est loin d'être clair que la « simple » contribution de la mère au foyer, comme le fait pour elle de s'occuper du foyer et des enfants, sera

⁴⁷³ Voir à cet effet L. CIPRIANI, préc., note 217.

⁴⁷⁴ *Droit de la Famille* – 594, [1989] R.J.Q. 271 (C.A.).

⁴⁷⁵ *M.E.M. c. P.L.*, [1992] 1 R.C.S. 183.

⁴⁷⁶ Voir aussi *Lacroix c. Valois*, [1990] 2 R.C.S. 1259, et *S.P. c. M.R.*, [1996] 2 R.C.S. 842 où la femme travaillait dans l'entreprise de son mari.

⁴⁷⁷ *M.E.M. c. P.L.*, préc., note 475. Dans les faits de cette affaire, l'appelante avait travaillé à temps partiel en plus d'avoir élevé leurs enfants.

considéré comme un apport au sens de l'article 427 C.c.Q.⁴⁷⁸. En effet, les exemples jurisprudentiels font état de contributions supplémentaires comme l'organisation de réceptions au profit de son mari, et la gestion de plusieurs déménagements⁴⁷⁹, la prise en charge de sa belle-mère malade⁴⁸⁰, de son mari handicapé⁴⁸¹ ou, tel qu'il appert d'une affaire récente, la participation au financement de l'entreprise de son époux⁴⁸².

Dans cette affaire, une ex-épouse, mariée sous le régime de la séparation de biens, réclame une prestation compensatoire importante à son ex-époux qui avait fondé, avec succès, une entreprise. La demanderesse, une mère au foyer qui était personnellement fortunée, avait contribué au financement de l'entreprise. La Cour supérieure octroie une prestation compensatoire de 2.5 millions \$, notamment sur la base de la participation de l'ex-épouse au financement de l'entreprise. La Cour d'appel confirme l'octroi d'une prestation compensatoire, mais diminue le quantum de celle-ci à 1 million \$.

Expliquant sa décision, la majorité de la Cour d'appel énonce : « (...) *il faut se garder d'utiliser la prestation compensatoire pour opérer un partage des actifs respectifs des époux, sans égard aux conventions et ententes intervenues entre eux.* » (...) « *Toutefois, il faut reconnaître que l'intimée a assumée seule l'ensemble des charges domestiques (...) c'est d'ailleurs pour cette contribution domestique que j'estime que l'intimée a droit à une prestation compensatoire.* » Elle rajoute cependant : « *Au-delà d'une contribution normale aux charges du mariage, il y a enrichissement du patrimoine de l'autre conjoint pour lequel il est redevable.* » (nos soulignés)⁴⁸³

Il nous semble donc à la lecture de cet arrêt et de la jurisprudence antérieure à celui-ci, qu'un critère supplémentaire de ce qui est prévu expressément à l'article 427 C.c.Q. et de ce qui avait été établi par la Cour suprême, soit exigé dans l'octroi d'une

⁴⁷⁸ *Droit de la famille* – 2445, [1996] R.D.F. 453 (C.A.).

⁴⁷⁹ *Droit de la Famille* – 2058, [1997] R.D.F. 436 (C.A.) ; *L. (C.) c. P. (J.)*, EYB 2003-51532 (C.S.).

⁴⁸⁰ *Droit de la Famille* – 996, [1991] R.D.F. 471 (C.S.).

⁴⁸¹ *B. (D.) (Succession de)*, EYB 2008-152364 (C.S.).

⁴⁸² *Gadbois c. Saucier*, EYB 2010-184158 (C.A.).

⁴⁸³ *Id.* aux par. 90, 94 et 95.

prestation compensatoire. Nous décelons dans ces interprétations jurisprudentielles que les tribunaux ont encore beaucoup de réticence à accorder une prestation compensatoire (en sus du partage du patrimoine familial) pour le simple travail de la mère au foyer notamment en raison du contrat en séparation de biens qu'elle a pu avoir signé.

Contrastant avec cette hésitation des tribunaux québécois à accorder ce recours en équité, le droit de plusieurs provinces canadiennes prévoit que les actifs de la famille qui pourront être partagés entre les époux lors d'une rupture peuvent comprendre l'entreprise dont un époux est propriétaire et à laquelle l'épouse aurait indirectement participé par sa contribution au foyer⁴⁸⁴.

Toutes ces considérations autour des régimes matrimoniaux séparatistes et de la prestation compensatoire font dire à Miriam Grassby que : « *Le Québec est de loin la province la plus intéressante pour un homme d'affaires de se divorcer au Canada.* » (sic)⁴⁸⁵

L'obligation alimentaire

L'article 585 C.c.Q. prévoit une obligation alimentaire entre époux et entre les parents en ligne directe au premier degré⁴⁸⁶. Cette obligation, fondée sur l'obligation de solidarité entre les époux, ne prend pas fin au moment de la rupture du lien matrimonial. En effet, depuis 1968, alors que le droit au divorce se démocratisait, le droit privé fut modifié pour prévoir que l'obligation alimentaire survivrait à la dissolution du lien matrimonial, donnant ainsi le droit à l'un des époux de demander une pension alimentaire.

⁴⁸⁴ Voir notamment *Le Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128 de la Colombie-Britannique.

⁴⁸⁵ Id., à la p. 47.

⁴⁸⁶ Notons que la Cour d'appel vient récemment d'invalider l'article 585 C.c.Q. pour cause de violation à l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* tout en suspendant la déclaration d'inconstitutionnalité pour douze mois. *Droit de la famille – 1091768*, [2009] R.J.Q. 2070 (C.S.) inf. en partie 2010 QCCA 1978. Des avis de demandes d'autorisation d'appel en Cour suprême ont été produits les 21, 23 et 29 décembre 2010.

La portée de l'obligation alimentaire entre ex-époux est donc en fait délimitée par l'application de la *Loi sur le divorce*, loi dont le contenu et l'interprétation ont considérablement changé depuis son introduction. Ainsi, au début, la loi ne faisait pas référence à une limite de temps pendant laquelle la conjointe pouvait recevoir une pension. La jurisprudence est cependant venue imposer une limite temporelle, les tribunaux évoquant souvent « l'autonomie des conjoints » qui devait être valorisée⁴⁸⁷.

En 1985, la *Loi sur le divorce* est modifiée. Son article 15.2 (6) énonce ce que sont aujourd'hui les objectifs de l'ordonnance alimentaire :

« (6) L'ordonnance ou l'ordonnance provisoire rendue pour les aliments d'un époux au titre du présent article vise :

a) à prendre en compte les avantages ou les inconvénients économiques qui découlent, pour les époux, du mariage ou de son échec;

b) 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;

c) à remédier à toute difficulté économique que l'échec du mariage leur cause;

d) à favoriser, dans la mesure du possible, l'indépendance économique de chacun d'eux dans un délai raisonnable. »

La nouvelle loi enchâsse alors cet objectif de favoriser l'indépendance économique des conjoints « dans un délai raisonnable ». La jurisprudence qui suivra la mise en vigueur de cette nouvelle loi est loin d'être cohérente. Les tribunaux ne s'entendent pas sur l'interprétation à donner aux objectifs et aux critères d'attribution de la pension alimentaire. Des arrêts importants de la Cour suprême du Canada, notamment pour les mères au foyer, sont venus apporter des éclaircissements quant à l'interprétation à donner à ce texte. Ensemble, ils établiront que loin d'être

⁴⁸⁷ Voir la jurisprudence mentionnée dans J. JARRY, préc., note 48.

unidimensionnelle, l'obligation alimentaire peut avoir trois fondements distincts : compensatoire, contractuel ou social.

C'est en 1992 dans l'arrêt de *Moge c. Moge*⁴⁸⁸ que Madame la Juge Claire L'Heureux-Dubé, s'exprimant au nom de la Cour, relativise clairement pour la première fois, l'importance de l'objectif de l'autonomie financière des ex-conjoints, le qualifiant d'un objectif de la loi parmi d'autres. Renversant donc la tendance qui favorisait et priorisait l'objectif de l'indépendance économique, elle précise que l'attribution d'une pension peut s'échelonner sur plusieurs années, voire être viagère, notamment lorsqu'elle a un fondement compensatoire.

Pour la Cour, ce fondement compensatoire signifie que l'évaluation de l'obligation alimentaire doit tenir compte des impacts positifs ou négatifs qu'a eus le mariage sur les possibilités économiques de chacun des conjoints. Ainsi, si un conjoint a assumé pendant le mariage des fonctions à la maison qui font en sorte qu'il a diminué ou cessé ses activités rémunérées, le tribunal doit tenir compte de ce facteur dans l'évaluation de l'attribution de la pension⁴⁸⁹. De surcroît, cette attribution de la pension peut aussi chercher à contrebalancer les désavantages que subit le conjoint qui aura à s'occuper des enfants après la rupture⁴⁹⁰. Il s'agit là des deux pôles importants du fondement compensatoire de la pension alimentaire.

Expliquant la nécessité de la vocation compensatoire de la pension alimentaire, la Cour suprême rejette à la fois la distinction souvent soulevée par les tribunaux entre les mariages traditionnels et les mariages modernes, et reconnaît expressément la valeur du travail au foyer :

« Le principe du partage équitable des conséquences économiques du mariage ou de son échec au moment de la rupture que vise, selon moi, la Loi, cherche à reconnaître et à prendre en considération les inconvénients économiques subis par l'époux qui consent

⁴⁸⁸ *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813.

⁴⁸⁹ Art. 15.2 (6) a) *Loi sur le divorce*.

⁴⁹⁰ Art. 15.2 (6) b) *Loi sur le divorce*.

les sacrifices ainsi que les avantages économiques conférés à l'autre. Il reconnaît, et c'est significatif, la valeur indéniable du travail au foyer et transforme en un impératif fondamental la notion d'égalité qui n'était évoquée que rhétoriquement dans le modèle de l'indépendance économique présumée. Dans la mesure où le permettent les circonstances économiques, la Loi vise à rétablir le plus possible, pour ce qu'il reste de la famille, la situation qui existait avant la rupture du mariage. Comme l'indique le juge Abella dans «Economic Adjustment On Marriage Breakdown : Support», loc. cit., à la p. 3:

[TRADUCTION] Reconnaître que chacun des conjoints est un partenaire économique et social égal dans le mariage, quelle que soit sa fonction, entraîne une révision monumentale de ce qui était tenu pour acquis. Cela signifie, notamment, que le soin des enfants a autant de valeur que le paiement de leur nourriture et de leurs vêtements. Cela signifie que l'organisation du ménage est tout aussi importante que la carrière qui permettra de subvenir aux besoins du ménage. Cela signifie que le système économique du mariage doit être considéré du point de vue qualitatif plutôt que du point de vue quantitatif.

Le partage équitable des conséquences économiques du mariage ou de son échec n'est toutefois pas un mécanisme général de redistribution déclenché par le simple fait du mariage. »⁴⁹¹

Bien que *Moge* affirme que l'ordonnance alimentaire peut avoir un caractère compensatoire, notamment pour la femme ayant accompli les tâches domestiques, il maintient que le mariage ne donne pas un droit automatique à une ordonnance alimentaire. Dans l'appréciation de la situation, la Cour doit tenir compte des situations particulières de chaque cas dont la durée du mariage et l'âge des conjoints. Elle reconnaît cependant explicitement qu'un des inconvénients qui mérite compensation est celui lié au retrait du monde du travail dans le but de donner naissance à des enfants et de les éduquer :

⁴⁹¹ Id. aux par. 73 et 74.

« Toutefois, la conséquence économique la plus importante du mariage ou de son échec découle habituellement de la naissance d'enfants. Cet événement 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. En pareil cas, les aliments peuvent être une façon d'indemniser le conjoint de ces inconvénients économiques.

Lorsque la responsabilité du soin des enfants se poursuit au-delà de la dissolution du mariage, les inconvénients existants demeurent, exacerbés cette fois par la nécessité d'harmoniser et de combiner ces charges avec les exigences d'un emploi rémunéré. »⁴⁹²

Notons que cette règle énoncée par la Cour suprême a été rétrécie par les tribunaux de juridictions inférieures au Québec pour ne s'appliquer que lorsqu'il s'agit de jeunes enfants⁴⁹³.

En sus de devoir tenir compte de la situation particulière de chaque cas, la Cour rappelle que l'ordonnance alimentaire est aussi liée aux moyens du débiteur :

« Je tiens à souligner ici qu'en matière d'aliments, il ne faut pas perdre de vue le fait que, dans la plupart des cas, le dilemme véritable tient aux moyens financiers du conjoint débiteur et sur la capacité limitée des ordonnances alimentaires à assurer une compensation équitable et à réduire le fardeau économique du conjoint désavantagé. »⁴⁹⁴

Ainsi, concrètement, une mère au foyer peut avoir été désavantagée économiquement par sa décision de se retirer ou de diminuer son activité rémunérée pour s'occuper des enfants et de la maison, avoir droit à une compensation, mais que l'ex-époux ne soit pas en mesure de la payer.

⁴⁹² Id. aux par. 79 et 80.

⁴⁹³ *M.W. c. H.N.D.*, J.E. 2004-483 (C.S.). Notons de plus que cette compensation n'est pas limitée aux mères au foyer.

⁴⁹⁴ Id. au par. 76.

En plus du fondement compensatoire, la Cour affirme que l'octroi d'une pension alimentaire peut avoir un fondement contractuel, c'est-à-dire que le tribunal doit tenir compte de l'entente que les parties peuvent avoir conclue lors de la rupture.

Quelques années plus tard, cette fois sous la plume de la juge Beverly McLachlin, la Cour suprême dans la cause de *Bracklow*⁴⁹⁵ énonce qu'il y a, en plus des fondements compensatoires et contractuels à l'obligation alimentaire, un fondement non compensatoire ou social. Si l'échec du mariage entraîne pour l'un des époux une situation d'indigence, l'autre pourrait être tenu à payer une pension alimentaire et ce, même si la situation de besoin est imputable à une maladie ou un handicap plutôt qu'au mariage. Il incombe alors à l'ex-conjoint d'aider la personne dans l'indigence avant l'État, à tout le moins, pendant un certain terme. Ce fondement découlerait des attentes que les parties pouvaient raisonnablement avoir eu, compte tenu de la relation qui s'était établie entre eux. Ainsi, si durant la vie commune les conjoints ont convenu de baser leur vie sur l'idée de soutien mutuel plutôt que sur celle de l'indépendance, cela peut avoir une conséquence sur l'obligation alimentaire. Les années de cohabitation avant le mariage peuvent être prises en considération dans le calcul de la période de la vie commune aux fins de fixer la pension. La Cour précise que cette situation n'est pas statique, c'est-à-dire qu'un couple peut s'être créé sur l'entente d'une relation à caractère d'indépendance, pour ensuite devenir fondé sur l'interdépendance⁴⁹⁶.

Ainsi, l'influence des arrêts *Moge* et *Bracklow*, notamment quant à l'octroi d'une pension alimentaire compensatoire à long terme, fait dire à Jocelyne Jarry que la règle aujourd'hui est que la pension alimentaire compensatoire n'a pas de terme⁴⁹⁷.

Quant au fondement social ou non-compensatoire de la pension, celui-ci semble dorénavant généralement accepté par les tribunaux tout comme le fondement

⁴⁹⁵ *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420.

⁴⁹⁶ Il est à noter qu'un autre arrêt de la Cour suprême, *Miglin c. Miglin*, [2003] 1 R.C.S. 303, vient circonscrire la tendance de *Moge c. Moge*, préc., note 488 et *Bracklow c. Bracklow*, préc., note 495. Bien que prenant acte des principes énoncés dans ces arrêts, la Cour opère un certain revirement en traitant des demandes de modifications aux pensions alimentaires.

⁴⁹⁷ Notons cependant que cette règle comporte des exceptions. Voir *Droit de la Famille – 09408*, EYB 2009-155864 (C.A.).

contractuel, faisant en sorte que les tribunaux ne révoqueront le contenu d'une telle entente qu'exceptionnellement⁴⁹⁸.

Bien que les principes énoncés par la Cour suprême aient une autorité certaine, une grande discrétion est par ailleurs laissée entre les mains des tribunaux dans l'évaluation des faits donnant ouverture au droit de recevoir une pension, ainsi que dans la fixation du montant de celle-ci. De plus, le tribunal conserve une discrétion pour déterminer le moment de l'atteinte de l'indépendance financière de la créancière alimentaire. Force est de constater que l'exercice de cette discrétion peut donner lieu à des résultats étonnants⁴⁹⁹.

⁴⁹⁸ *Miglin c. Miglin*, préc., note 496.

⁴⁹⁹ Voir par exemple *P. (L.) c. S. (LO)*, EYB 2010-172837 (C.A.) dans laquelle des parties ont été mariées pendant 14 ans. Un an après le mariage, l'épouse reçut un diagnostic de sclérose en plaques et elle cessa de travailler. Le couple eut néanmoins deux enfants et lors du divorce, une entente prévoyant le versement d'une pension alimentaire sans indication de terme est conclue. Quelques années plus tard, l'ex-époux présenta une requête en modification de pension, qui fut accueillie. Le juge de première instance conclut que madame était capable de travailler depuis plusieurs années et, « à titre d'incitatif », réduisit progressivement la pension alimentaire lui imposant, à terme, un fardeau de prouver les efforts accomplis durant cette période. En appel, l'ex-épouse alléguait premièrement que le juge avait erré quant aux fondements juridiques des aliments entre conjoints, soulevant le caractère non compensatoire de la pension alimentaire reconnu dans *Bracklow*. À ce sujet, la Cour d'appel énonça que l'assise du droit alimentaire de madame n'était pas en cause et que ses aliments avaient été réduits uniquement en raison de son absence d'efforts pour se trouver un emploi rémunérateur. Pour la Cour d'appel, le juge de première instance ne mettait pas fin à la pension alimentaire. Son ordonnance visait à inciter madame à un retour sur le marché du travail. Quant au deuxième moyen d'appel, il s'articulait en deux axes. Tout d'abord, madame reprochait au juge d'avoir réduit la pension alimentaire sans s'être d'abord assurée de la survenance de changements importants depuis le jugement de divorce de 2003 homologuant la convention sur mesures accessoires. De plus, madame soutenait que le juge aurait dû conclure à l'intention implicite des parties de lui conférer un droit alimentaire à vie sur la base de son état de santé à l'époque de la convention, de son rôle traditionnel de femme au foyer durant ce mariage de longue durée et de l'absence de fixation d'un terme dans la convention. Pour la Cour d'appel, l'absence de terme ne peut en soi avoir pour effet de relever le créancier de toute obligation d'assurer son indépendance économique dans la mesure du possible. Sur la question du retour au travail pour la mère au foyer, le tribunal énonça que l'écoulement du temps pendant lequel une mère au foyer ne fait aucun effort pour réintégrer le marché du travail (rappelons que dans ce cas-ci, la mère témoigne qu'elle croyait que la rente était viagère) peut équivaloir à un changement significatif au sens de la Loi permettant au débiteur de faire modifier le montant de la pension.

8.2.1.2.2. La mère au foyer conjointe de fait

Le partage des actifs

La tendance jurisprudentielle qui mettait en lumière la similitude entre les conjoints, mariés ou pas⁵⁰⁰, dans le contexte de relations avec les tiers, prend fin avec un autre jugement de la Cour suprême de 2002, *Nouvelle-Écosse c. Walsh et Bona*, qui portait cette fois sur les relations des conjoints entre eux⁵⁰¹.

Dans cette affaire, la Cour a établi que les lois qui excluaient de leur champ d'application les couples non mariés n'étaient pas nécessairement discriminatoires dans des cas où les relations entre les conjoints étaient à la base du litige. La Cour suprême insista sur l'importance de respecter la liberté de choix des conjoints quant à leur statut conjugal.

« Where the legislation has the effect of dramatically altering the legal obligations of partners, as between themselves, choice must be paramount. The decision to marry or not is intensely personal and engages a complex interplay of social, political, religious, and financial considerations by the individual. While it remains true that unmarried spouses have suffered from historical disadvantage and stereotyping, it simultaneously cannot be ignored that many persons in circumstances similar to those of the parties, that is, opposite sex individuals in conjugal relationships of some permanence, have chosen to avoid the institution of marriage and the legal consequences that flow from it. »⁵⁰²

De plus, pour la Cour suprême, les conjoints de fait sont libres de prévoir entre eux des mesures de partage éventuel de leur patrimoine⁵⁰³.

⁵⁰⁰ *M. c. H.*, préc., note 446 et *Miron c. Trudel*, préc., note 446.

⁵⁰¹ *Nouvelle-Écosse c. Walsh et Bona*, [2002] 4 R.C.S. 325.

⁵⁰² *Id.*, au par. 43.

⁵⁰³ Notons que dans la juridiction où avait lieu le litige devant la Cour suprême, le droit prévoyait que le conjoint de fait pouvait recevoir une pension alimentaire. Voir *J. JARRY*, préc., note 48.

Ce n'est que très récemment que la Cour supérieure du Québec et la Cour d'appel du Québec ont eu à se pencher sur cette question des droits de la conjointe de fait au partage des actifs lors d'une rupture. Dans cette affaire, une conjointe de fait, mère au foyer, a contesté la constitutionnalité des dispositions des articles 401, 414, 427, 432 et 585 du C.c.Q. aux fins d'obtenir non seulement les mêmes droits (et obligations) quant au partage de la valeur du patrimoine familial que ceux octroyés aux conjoints mariés, mais aussi quant à la protection de la résidence familiale, à la société d'acquêts, à la prestation compensatoire et l'existence et la survie de l'obligation alimentaire⁵⁰⁴.

Sur la question du partage du patrimoine, le tribunal de première instance ainsi que la Cour d'appel se sont dits liés par le précédent de l'arrêt *Walsh*.

La juge de première instance énonça que le caractère discriminatoire d'une disposition devait être évalué à la lumière de la valeur de la liberté de choix, valeur consacrée par la *Charte canadienne des droits et libertés* et définie essentiellement par l'arrêt *Walsh* comme l'absence de coercition et la faculté de chacun de faire des choix concernant sa vie⁵⁰⁵. De plus, la juge statua que l'analyse de l'article 15 devait porter non pas sur la situation des conjoints au moment de la rupture, mais bien au moment où ils formaient une union conjugale.

Ainsi, pour elle, le tribunal avait à analyser s'il y avait eu accord de volonté quant à un des encadrements possibles de la relation, c'est-à-dire entre le mariage, le contrat ou l'union civile, au moment de la formation de l'union. Si une telle « entente » n'était pas claire, les conjoints n'avaient aucune obligation l'un envers l'autre.

« Il convient ici de préciser que le choix auquel la Cour accorde tant d'importance n'est pas celui d'être ou ne pas être assujetti à des obligations réciproques, mais plutôt celui de se marier, lequel emporte par ailleurs des conséquences juridiques, qu'elles soient voulues ou non.

⁵⁰⁴ *Droit de la famille – 102866*, préc., note 437.

⁵⁰⁵ Id., au par. 252 du jugement de la Cour supérieure.

Or, ici, ce choix n'est aucunement remis en cause dans le cadre des expertises dont le Tribunal a bénéficié.

Ce choix a dès lors été exprimé ou ne l'a pas été, peu importe dans cette dernière éventualité que l'absence d'expression découle d'une volonté de ne pas se marier, ou, encore, de multiples autres raisons qui n'auront rien à voir avec des considérations juridiques, il n'y a tout simplement pas eu rencontre de volontés. »⁵⁰⁶

Pour le tribunal, il fallait favoriser l'autodétermination des couples qui peuvent choisir librement entre les encadrements normatifs mis à leur disposition.

Bien que la Cour d'appel viendra nuancer cette analyse du libre choix, et du moment de la conclusion de l'entente, elle entérine néanmoins les conclusions de la Cour supérieure sur la question du partage du patrimoine.

Il est important de souligner, qu'outre de se dire lié par l'arrêt *Walsh*, la majorité de la Cour d'appel met en exergue les objectifs différents des recours alimentaires et ceux qui prévoient le partage d'actifs. Pour la majorité de la Cour d'appel, l'obligation alimentaire répond aux préoccupations sociales relatives aux situations de dépendance qui peuvent exister entre deux individus, y compris dans le cadre d'unions de fait. Cette obligation, à la différence du partage des biens matrimoniaux, ne serait pas, et ne pourrait pas, être de nature contractuelle. Des principes entièrement différents soutendraient les deux régimes⁵⁰⁷.

L'obligation alimentaire

Quant au droit aux aliments, la Cour d'appel renverse le jugement de première instance et invalide l'article 585 C.c.Q. qui n'inclut pas les conjoints de fait à la liste des obligataires alimentaires parce que contraire à la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour d'appel dit ne pas être liée par *Walsh* à cet égard et elle analyse la validité de la disposition à la lumière de l'article 15 de la *Charte*.

⁵⁰⁶ Id., aux par. 245 et 246.

⁵⁰⁷ Id., aux par. 67 et 68 du jugement de la Cour d'appel.

Deux arguments ont retenu l'attention de la Cour d'appel, soit la similitude entre les unions de fait et les mariages quant à leur stabilité, leur fonctionnement et les effets concrets qu'entraîne leurs ruptures, particulièrement sur les femmes et les enfants.

Le tribunal rappelle qu'au Québec, le législateur a, dans de nombreuses lois à caractère social, étendu aux conjoints de fait les droits et obligations autrefois réservés aux gens mariés, démontrant, pour la Cour, la similitude reconnue qui existe entre ces deux formes d'union. Pour la Cour d'appel, il est donc logique de penser que les ruptures entre conjoints de fait peuvent entraîner des conséquences économiques qui se comparent à celles que l'on retrouve chez les conjoints mariés ou unis civilement lors d'une séparation, particulièrement en ce qui concerne le besoin d'aliments.

En outre, la Cour d'appel relève⁵⁰⁸ que déjà, en 2002, 60 % des enfants québécois naissent de ces unions et que dans la détermination du caractère discriminatoire de l'art. 585 du C.c.Q, il faut également considérer que la négation de ce droit entraîne des conséquences pour les enfants issus des unions de fait. Pour la Cour d'appel, c'est la cellule familiale, telle qu'on la connaît maintenant (qui inclut les unions de fait), qui doit bénéficier d'un recours alimentaire et ce, afin de protéger le conjoint de fait démuné, mais également les enfants nés de cette union.

Le deuxième argument qui sous-tend le jugement de la Cour d'appel est la confusion qui peut exister dans l'esprit des conjoints de fait quant aux conséquences juridiques de leur statut. Se référant pour cela aux travaux d'Hélène Belleau qui concluent que la majorité des conjoints de fait et des conjoints mariés pensent que les couples vivant en union de fait depuis quelques années, ou lorsqu'ils ont un enfant, ont les mêmes droits et obligations advenant une rupture⁵⁰⁹, la Cour juge que la confusion autour des droits et obligations des conjoints mariés et de ceux vivant en union de fait tiendrait aux signaux contradictoires envoyés par l'État (e.g. reconnaissance de l'union

⁵⁰⁸ Notons que cette affirmation, répétée à plusieurs reprises par la Cour d'appel, est erronée puisque la statistique de 60 % fait référence à tous les enfants qui sont nés hors mariage. Voir Céline LE BOUDAIS et Évelyne LAPIERRE-ADAMCYK, avec la collaboration de Philippe PACAUT, «Changes in Conjugal Life in Canada: Is Cohabitation Progressively Replacing Marriage? », (2004) 66 *Journal of Marriage and Family*, 929.

⁵⁰⁹ H. BELLEAU, préc., note 133, à la p. 9.

de fait via les rapports d'impôt et un grand nombre de programmes sociaux). Ainsi, pour le Tribunal, le « choix » de ne pas se marier est peut-être moins clair que plusieurs le proposent :

« En outre, si le mariage et l'union civile ne sont pas comme tels des « contrats », ils n'en constituent pas moins des actes juridiques basés sur le consentement des deux parties. Au contraire, le choix de ne pas se marier peut reposer sur une seule des parties. Son refus met fin au projet de mariage ou d'union civile, comme ce fut le cas en l'espèce. Contrairement au mariage, il est souvent difficile d'établir un moment précis où débute l'union de fait. L'engagement se consolide au fil du temps, de l'évolution de la relation et de la famille. Il me semble délicat de prétendre qu'un conjoint de fait qui renonce à une carrière pour s'occuper de la famille a librement choisi de se retrouver sans ressources financières si la relation prend fin. On ne peut donc conclure que la liberté de choisir est la même lorsqu'on compare l'union de fait, d'une part, et le mariage et l'union civile, d'autre part. »⁵¹⁰

Pour le juge Beauregard, si véritablement le législateur voulait offrir le choix entre s'exposer à payer des aliments et ne pas s'exposer à une telle obligation, pourquoi ce choix ne serait-il pas ouvert à tous, y compris aux personnes qui désirent se marier?

Finalement, la Cour d'appel rappelle que d'inclure les conjoints de fait parmi les obligataires de l'article 585 du C.c.Q. n'accorde qu'un droit de demander une pension alimentaire et non celui de l'obtenir du seul fait qu'on est conjoint de fait, les critères de l'article 587 C.c.Q. devant par ailleurs être remplis.

Les obligations contractuelles entre conjoints de fait au moment de la rupture

Rappelons que depuis 1981 les conjoints de fait sont considérés par le droit « comme de simples étrangers, susceptibles de conclure entre eux toutes sortes de

⁵¹⁰ Droit de la famille -102866, préc., note 437 au par. 137 du jugement de la Cour d'appel.

*conventions dans le respect des règles de droit commun et notamment de l'ordre public. »*⁵¹¹

Une revue de la jurisprudence contemporaine permet d'observer une reconnaissance des principes de la validité et du caractère exécutoire d'un contrat entre conjoints de fait. Les parties peuvent, dans le cadre de ce contrat conjugal, prévoir le partage des actifs lors d'une rupture, en choisissant, par exemple, de se soumettre aux dispositions du patrimoine familial⁵¹², tout comme elles peuvent y organiser d'avance une obligation alimentaire⁵¹³ ou une prestation compensatoire⁵¹⁴.

En l'absence d'obligations contractuelles envisageant la rupture des conjoints de fait et outre la reconnaissance éventuelle du recours alimentaire entre eux, deux autres recours non spécifiques s'offrent à la mère au foyer conjointe de fait, soit celui basé sur la société tacite et celui de l'enrichissement injustifié.

La doctrine rappelle que, dans l'utilisation de ces recours, les tribunaux sont liés par la jurisprudence de la Cour suprême qui refuse d'assimiler les conjoints de fait aux conjoints mariés. Les critères donnant ouverture à ces recours ne peuvent donc pas être assouplis, notamment en faveur d'une mère au foyer conjointe de fait⁵¹⁵.

La société tacite

Lors de la cessation de la vie commune, une mère au foyer, conjointe de fait, peut alléguer qu'il existait une société entre elle et son conjoint, demander la dissolution

⁵¹¹ J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 2, aux p. 55-554.

⁵¹² *Couture c. Gagnon*, [2001] R.J.Q. 2047 (C.A.).

⁵¹³ *Normand c. Vinet*, REJB 97-3376 (C.S.).

⁵¹⁴ *Droit de la famille - 2760*, 1997 R.D.F. 720 (C.S.) et *Couture c. Gagnon*, préc., note 512 et 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.* 447.

⁵¹⁵ Voir au sujet de l'encadrement juridique des conjoints de fait l'excellent texte de Brigitte LEFEBVRE, « L'union de fait », dans P.-C. LAFOND (dir.), *Personnes et Famille*, JurisClasseur Québec – Fascicule 28, Montréal, Lexis Nexis, 2010. Voir aussi J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 2, à la p. 560 et *M.B. c. L.L.*, [2003] R.D.F. 539 (C.A.).

de celle-ci et réclamer une part⁵¹⁶. La société peut ne pas avoir fait l'objet d'un contrat écrit ou verbal, d'où le nom de « tacite ». ⁵¹⁷ Notons que ce recours n'a pas été créé pour remédier à des situations conjugales, mais bien pour répondre à des situations où des sociétés, au sens de l'article 2186 C.c.Q., peuvent avoir été formées pour exercer une activité, par exemple exploiter une entreprise.

Il est donc logique qu'en vue d'établir une société tacite, la preuve d'une simple cohabitation ne soit pas suffisante. La jurisprudence énonce plutôt qu'il faut apprécier les faits hors l'existence de la relation des conjoints de fait. La question devient donc : se fondant uniquement sur l'activité des parties, comme si ces dernières ne vivaient pas en concubinage, retrouve-t-on les éléments constitutifs du contrat de société?⁵¹⁸

Les éléments constitutifs devant être démontrés sont l'apport de chaque associé au fonds commun, le vécu des associés qui doit révéler le partage des pertes et des bénéfiques et l'intention dont ils étaient animés de former une société⁵¹⁹. Le simple désir de l'un des conjoints à cet égard est insuffisant : le consentement des deux parties est nécessaire⁵²⁰. Ces conditions ont été jugées comme étant strictes et doivent s'appuyer sur des preuves concrètes⁵²¹.

La doctrine enseigne, avec raison d'après nous, que ce recours est possible pour un conjoint, mais très difficile⁵²². Nous n'avons trouvé aucune cause de jurisprudence autorisant, facilitant ou adaptant ce recours pour la mère au foyer conjointe de fait.

⁵¹⁶ Art. 2250 (1) C.c.Q. sur la société tacite, art. 2186 C.c.Q. sur le contrat de société.

⁵¹⁷ *Beaudouin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2.

⁵¹⁸ *L. (M.) c. G.(G.)*, REJB 1998-06859 (C.S.).

⁵¹⁹ *Id.*, à la p. 15.

⁵²⁰ *Groulx c. Beaupré*, REJB 1999-15121 (C.S.).

⁵²¹ *Beaudouin-Daigneault c. Richard*, préc., note 517.

⁵²² Murielle DRAPEAU, « La séparation de corps et le divorce : aspects généraux du traitement du litige conjugal », dans Collection de droits 2008-2009, École du Barreau du Québec, vol. 3, *Personnes, famille et successions*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 81 et J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 2, à la p. 563.

L'enrichissement injustifié

Selon la doctrine, le recours de l'enrichissement injustifié a de meilleures chances de réussite pour une conjointe de fait⁵²³.

Fondée sur les articles 1493 et 1494 C.c.Q. l'action *in rem verso* est un recours général qui n'a pas plus que la prestation compensatoire l'objectif d'équilibrer les patrimoines des conjoints non plus que de les assimiler à des conjoints mariés⁵²⁴, mais qui sert plutôt à compenser une partie pour un apport qui a permis à l'autre de s'enrichir.

Six éléments doivent être démontrés par le demandeur, à savoir un enrichissement du patrimoine de son conjoint, un appauvrissement de son propre patrimoine, une corrélation entre l'enrichissement et l'appauvrissement, l'absence de justification, l'absence de fraude à la loi et l'absence d'autres recours.

La Cour d'appel, dans la cause déjà citée de *B.(M.) c. L. (L.)* retient que « *deux présomptions peuvent découler d'une union de fait de longue durée, à savoir (la) corrélation entre enrichissement et appauvrissement et l'absence de motifs à l'enrichissement.* »⁵²⁵ Ces présomptions proviennent d'une cause de la Cour suprême qui, bien que traitant d'une demande provenant d'une juridiction de Common Law, a clairement influencé la jurisprudence québécoise sur l'interprétation de ce recours⁵²⁶.

⁵²³ Voir Christianne DUBREUIL et Brigitte LEFEBVRE, « L'ordre public et les rapports patrimoniaux dans les relations de couples », 40-2 (1999) *C. de D.* 345 et Brigitte LEFEBVRE, « L'évolution de la notion de conjoint en droit québécois », dans Pierre -Claude LAFOND et Brigitte LEFEBVRE (dir.), *L'union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21^e siècle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 3 et J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 2, à la p. 566;

⁵²⁴ *M.B. c. L.L.*, [2003], R.D.F. 539 (C.A.).

⁵²⁵ *Id.*, à la p. 543.

⁵²⁶ *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980. Un autre jugement récent de la Cour suprême, traitant de deux affaires d'enrichissement sans cause dans de cadres de demandes provenant aussi de juridictions de Common Law, *Kerr c. Baranow*, EYB 2011-186472 (C.S.C.), enseigne que ce recours appelle pour une approche globale, souple et libérale de l'évaluation des critères ainsi que dans la détermination de la réparation appropriée. La Cour rappelle qu'un enrichissement n'est pas injustifié s'il existe une cause ou un motif juridique pouvant l'expliquer. De plus, la Cour reconnaît que l'activité au foyer peut constituer un apport valable, tout comme pour l'octroi d'une prestation compensatoire pour les ex-époux. La Cour reconnaît que la méthode fondée sur la « valeur accumulée », (« value surviving approach »), soit

Il y a deux types de situation pouvant mener à l'octroi d'une compensation basée sur un enrichissement sans cause et la situation de la mère au foyer peut en être un. L'appauvrissement peut résulter de l'accomplissement non rémunéré de l'entretien de la maison et des soins aux enfants⁵²⁷. En effet, les tribunaux reconnaissent aujourd'hui que le travail de la mère au foyer ne peut pas être automatiquement exclu du champ d'application de l'action d'*in rem verso* parce que son travail aurait comme cause son « amour » et non une attente d'être compensée ultérieurement.

L'honorable Beverly McLaughlin, dans l'arrêt *Peter c. Beblow* précité :

« Du point de vue de la logique, je partage l'opinion des professeurs Hovius et Youdan dans The Law of Family Property (1991), à la p. 136, [Traduction] «qu'il n'y a aucune raison logique d'établir une distinction entre les services ménagers et les autres contributions». La notion que les services d'entretien ménager et de soin des enfants ne méritent pas d'être reconnus par les tribunaux omet de reconnaître que ces services sont fort utiles non seulement pour la famille, mais pour l'autre conjoint. Comme l'a fait remarquer lord Simon il y a près de 30 ans: [Traduction] «L'oiseau mâle peut «se remplumer» précisément parce qu'il n'est pas tenu de passer la majeure partie de son temps sur le nid» («With All My Wordly Goods,» Holdsworth Lecture (University of Birmingham, 20 mars 1964), à la p. 32). En outre, cette notion est préjudiciable en ce qu'elle dévalue

l'augmentation globale de la richesse du couple pendant l'union, peut être appropriée lorsqu'il y a un lien entre la « valeur reçue » et la « valeur accumulée » et la Cour reconnaît qu'une coentreprise familiale peut exister lorsqu'un des conjoints demeure au foyer pendant que l'autre travaille à l'extérieur et accumule de la richesse bien que tout dépende de la dynamique qui caractérise la relation conjugale, de la façon dont les conjoints auront vécu leur relation et organisé leurs rapports mutuels.

⁵²⁷ Dans la cause de *Frenière c. Vézina*, EYB 2010-169847 (C.S.), une mère, conjointe de fait depuis 15 ans, avec deux enfants, plaide société tacite et enrichissement sans cause. Sans dire qu'elle était mère au foyer, le tribunal énonce : « Le tribunal constate que la demanderesse a été une conjointe dévouée et attentive et qui a su consacrer une grande partie de ses activités aux soins des enfants et à la qualité de vie de la famille. De son côté, le défendeur travaille fort au maintien de la stabilité économique de la cellule familiale afin de lui permettre de s'épanouir et de vivre dans une qualité de vie hors de l'ordinaire et qu'inévitablement, son labeur a été utile. » Le recours fondé sur la société tacite sera rejeté parce que la demanderesse n'avait jamais exprimé sa volonté de créer une telle société et se désintéressant plutôt des affaires financières de la famille, mais accueille le recours fondé sur l'enrichissement sans cause.

systématiquement les contributions que les femmes apportent généralement aux finances de la famille. Elle contribue au phénomène de la féminisation de la pauvreté dont notre Cour a parlé dans l'arrêt Moge c. Moge [1992] 3 R.C.S. 813, le juge L'Heureux-Dubé, aux pp. 853 et 854.

Par ailleurs, cet argument n'est plus défendable compte tenu de la jurisprudence établie par notre Cour et d'autres tribunaux. Aujourd'hui, les tribunaux reconnaissent fréquemment la valeur des services ménagers. Ce fait ressort clairement de notre arrêt Sorochan et a amené un auteur à affirmer que: [Traduction] «[l]a Cour suprême du Canada a finalement reconnu que la contribution domestique a autant de valeur qu'une contribution financière dans une fiducie de biens dans le contexte familial» (Mary Welstead, «Domestic Contribution and Constructive Trusts: The Canadian Perspective», [1987] Denning L.J. 151, à la p. 161). Si l'on entretenait encore des doutes quant à la nécessité en droit de reconnaître honnêtement la valeur des services ménagers, on doit considérer que l'arrêt Moge c. Moge, précité, les a dissipés. Bien que cet arrêt porte sur la Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.), la valeur des services ne change pas en fonction de la réparation demandée. »⁵²⁸

L'attribution d'une compensation à la mère au foyer qui en fait la demande est cependant loin d'être automatique. En effet, la jurisprudence semble plutôt démontrer que bien que l'on ne puisse pas *a priori* exclure les tâches domestiques (comme cela a été le cas pendant longtemps), il faut « *que la contribution aux tâches domestiques excède celle à laquelle il est normal de s'attendre d'un conjoint* », comme la mère dans *Peter c. Beblow* qui a consacré tout son temps à éduquer les enfants de son conjoint⁵²⁹. On rejoindrait d'une certaine manière le critère de la prestation compensatoire. Ainsi, bien que le jugement *Peter c. Beblow* n'établisse pas expressément la règle de la contribution exceptionnelle, les faits de cette affaire ainsi que la jurisprudence subséquente semblent pencher de ce côté.

⁵²⁸ *Peter c. Beblow*, préc., note 526, aux par. 17 et 18.

⁵²⁹ J. PINEAU et M.PRATTE, préc., note 2, p. 572.

8.2.2 Le droit qui encadre la mère au foyer et ses enfants

L'obligation alimentaire

La filiation crée des obligations et des droits pour la mère au foyer. Les obligations et devoirs ci-bas mentionnés sont d'ordre public⁵³⁰.

L'article 585 C.c.Q. crée une obligation alimentaire entre parents et enfants. La mère au foyer est donc, à tout le moins théoriquement, à la fois débitrice de cette obligation (à l'égard de ses enfants et de ses parents) et créancière.

Trois commentaires préliminaires permettent de contextualiser cette obligation. Tout d'abord, cette obligation alimentaire s'étendait, jusqu'en 1996, entre parents en ligne directe, quel que soit le degré. Ainsi, les grands-parents avaient, tout comme les parents, une obligation de solidarité à l'égard de leurs petits-enfants. C'est à la suite de revendications de groupes de pression représentant les grands-parents que cette obligation fut limitée au premier degré⁵³¹.

Deuxièmement, cette obligation n'existe, en règle générale, que pour le parent ou la personne ayant un lien de filiation avec l'enfant. Notons cependant qu'il est possible qu'un conjoint marié au parent, ayant agi tel un parent à l'égard de l'enfant, soit obligé de contribuer au soutien alimentaire que nécessite sa condition, en vertu du principe de *in loco parentis*⁵³². Pour le beau-parent conjoint de fait, et bien que la jurisprudence récente démontre une certaine ouverture à l'élargissement des droits et

⁵³⁰ Voir entre autres *Descôteaux c. Descôteaux*, [1972] C.A. 279.

⁵³¹ La modification de 1996 a aussi éliminé l'obligation de solidarité entre collatéraux : *Loi modifiant le Code civil en matière d'obligation alimentaire*, L.Q. 1996, c. 28, art. 2. Voir notamment Renée JOYAL, « Les obligations alimentaires familiales et les enfants : de l'exclusion horizontale à l'exclusion verticale », (1999) 33 *R.J.T.* 327.

⁵³² La *Loi sur le divorce*, à son article 2 (2), prévoit qu'en matière de divorce, le « parent psychologique » peut-être un créancier alimentaire. Au Québec, l'article 32 du C.c.Q., qui prévoit une règle qui s'apparente à la notion de droit fédéral, est interprétée de manière très restrictivement. Voir *V.A. c. S.F.*, [2001] R.J.Q. 36 (C.A.).

obligations de celui-ci à l'égard de l'enfant de son ex-conjoint⁵³³, la règle est qu'il n'existera une obligation de solidarité pour le beau-parent conjoint de fait que s'il s'est engagé contractuellement⁵³⁴.

Finalement, puisqu'elle n'est pas exclue⁵³⁵, l'obligation alimentaire entre parents et enfants fait en sorte que l'individu adulte (comme la mère au foyer) a une obligation alimentaire à l'égard de son parent âgé. Il nous semble intéressant de noter que l'exécution de cette obligation de droit privé ne semble pas exigée avant que le créancier ne fasse appel au droit social (alors que les tribunaux et les législateurs ont maintes fois énoncé que l'aide étatique ne se substituait pas aux obligations alimentaires familiales prévues par le droit privé dans le cadre des relations entre conjoints ou entre parents et enfants majeurs) pas plus qu'elle ne semble faire l'objet de revendications judiciaires⁵³⁶.

Rappelons que toute obligation alimentaire est « celle qui incombe à une personne de fournir à une autre les moyens nécessaires à la satisfaction des besoins essentiels de la vie (...) »⁵³⁷ et que, généralement, elle est évaluée en fonction des besoins du débiteur et des moyens du créancier. Pour l'obligation alimentaire de parents à l'égard de leur enfant, certaines précisions s'imposent. Dans le cas d'un enfant mineur, ses besoins sont déterminés sur la base de règles pré-établies selon une grille de fixation des pensions alimentaires⁵³⁸. Dans le cas d'un enfant majeur,

⁵³³ Voir *Droit de la Famille – 102247*, 2010 QCCA 1561 dans lequel la Cour d'appel consentit à octroyer une garde partagée à une ex-conjointe de fait qui n'avait pas de lien de filiation avec l'enfant. Voir aussi M. PRATTE, préc., note 252, aux p. 177-211.

⁵³⁴ Voir par exemple *C.R. c. J.B.*, [2005] R.J.Q. 1391 (C.A.).

⁵³⁵ Elle n'est cependant pas spécifiquement incluse comme en droit français : l'article 205 du Code civil français prévoit : « Les enfants doivent des aliments à leur père et mère ou autres ascendants qui sont dans le besoin. ».

⁵³⁶ Les exceptions étant *Droit de la famille – 2626*, [1997] no. AZ-97021253 (C.S.) (requête pour appel rejetée) où des enfants adultes ont été condamnés à payer une pension à des parents âgés. Une brève revue de la question au Québec et en France y est faite. Aussi, *Droit de la famille – 2366*, [1996] R.D.F. 321 (C.S.). Sur la prise en considération de l'obligation alimentaire dans le calcul de l'aide sociale, voir la *Loi sur l'aide aux personnes et aux familles*.

⁵³⁷ J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 2, p. 773. Au sujet de la solidarité juridique dans les rapports familiaux, voir J.-L. BAUDOIN, préc., note 2, à la p. 21.

⁵³⁸ Art. 587.1 à 587.3 C.c.Q., art. 825.8 à 825.14 C.p.C. et *Règlement sur la fixation des pensions alimentaires pour enfants*, (1997) G.O. II, 958 (R.R.Q., C-25, r.12).

l'obligation alimentaire est aujourd'hui interprétée assez largement, pouvant inclure notamment les sommes nécessaires pour l'aider à poursuivre ses études⁵³⁹. Notons que les mêmes règles de fixation des pensions alimentaires qui s'appliquent aux enfants mineurs peuvent trouver application à l'égard de l'enfant majeur⁵⁴⁰.

Finalement, en ce qui concerne les moyens du débiteur, précisons que les parents sont présumés être capables de contribuer selon les règles de fixation des pensions alimentaires pour enfants. De plus, les moyens des parents ne se calculent pas seulement à partir du revenu, mais aussi de leurs actifs, particulièrement s'ils sont importants. Ainsi, la mère au foyer sans revenu, mais qui a plus que suffisamment d'actifs pour subvenir à ses propres besoins, pourrait être une débitrice alimentaire⁵⁴¹.

L'exercice de l'autorité parentale

L'article 606 C.c.Q. énonce que « *(l)es père et mère exercent ensemble l'autorité parentale* ». L'autorité parentale est l'ensemble des pouvoirs et des droits qui sont nécessaires pour que l'un et l'autre des parents puissent remplir leur obligation d'éduquer leur enfant. Rappelons qu'il est impossible pour un parent de se soustraire à cette obligation ou de la modifier conventionnellement. Nous faisons ci-bas une brève description du contenu de cette obligation.

Les devoirs d'entretien et d'éducation

L'article 599 (2) C.c.Q. édicte un devoir d'entretenir et d'éduquer les enfants.

⁵³⁹ Voir notamment Alain ROY et Johanne CLOUET, *Étude des tendances jurisprudentielles et législatives en matière de pensions alimentaires*, Rapport présenté à la Direction de la perception des pensions alimentaires du ministère du Revenu du Québec, dans le cadre du projet de recherche intitulé « Analyse prospective de la clientèle du Programme de perception des pensions alimentaires. Première étape », décembre 2010 ; Claudia P. PRÉMONT, « Obligation alimentaire des parents à l'égard de leurs enfants majeurs : où tracer la ligne? » dans S.F.P.B.Q., *Développements récents en droit familial (2001)*, vol.158, p. 225.

⁵⁴⁰ *Règlement sur la fixation des pensions alimentaires pour enfants*, préc., note 538 et art. 586(2) C.c.Q.

⁵⁴¹ Voir par l'exemple général de *Droit de la famille - 3397*, [1999] R.D.F.683 (C.S.). Nous n'avons pas trouvé d'exemple traitant directement d'une mère au foyer.

C'est dans le contexte de la réforme du droit de la famille de 1980⁵⁴², qui avait comme objectif principal d'intégrer explicitement l'égalité des époux, que les obligations des parents quant à leurs enfants ont aussi été transformées. On est passé d'une obligation strictement alimentaire à une obligation plus large incluant la garde, la surveillance, l'éducation et l'intérêt de l'enfant. Pratte compare l'ancien article 165 C.c.B.C. et le nouvel article 599 C.c.Q. :

« Les époux contractent par le seul fait du mariage l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants (ancien article 165 C.c.B.C.) et « Les pères et mères ont, à l'égard de leur enfant, le droit et le devoir de garde, de surveillance et d'éducation. Ils doivent nourrir et entretenir leur enfant » (article 599 du Code civil du Québec). »

Les parents ont le droit de garde de l'enfant, ce qui leur permet concrètement d'exiger que l'enfant mineur vive avec eux. Le corollaire est que les parents doivent surveiller l'enfant mineur (ou le faire surveiller en déléguant leur devoir).

Cette obligation de surveillance incombe de toujours aux pères et mères alors que l'obligation alimentaire, comme nous l'avons vu, était imposée dans le passé à un plus large réseau familial. L'obligation d'entretien et d'éducation se distingue aujourd'hui de l'obligation alimentaire principalement en ce qu'elle n'est pas réciproque⁵⁴³.

Si le parent n'accomplit pas son devoir de garde, de surveillance et d'éducation, il peut, en vertu de l'article 1459 C.c.Q., être poursuivi en responsabilité extracontractuelle par des tiers qui auraient subi des dommages à la suite des agissements de l'enfant. Dans le cas d'une telle poursuite, il existe une présomption de faute (du parent) et de causalité qui peut être repoussée par le parent⁵⁴⁴. Au sujet de la présomption de faute et de causalité, Baudouin et Deslauriers énoncent :

⁵⁴² *Loi instituant un nouveau code civil et portant réforme du droit de la famille.*

⁵⁴³ Voir la distinction faite par Gérard CORNU, *Droit civil. La famille*, 8^e éd., coll. « Domat », Paris, Éditions Montchrestien, 2003, à la p. 227.

⁵⁴⁴ À ne pas confondre avec une présomption de responsabilité.

*« On suppose, en effet, que la cause véritable du préjudice est soit la mauvaise éducation, soit le manque de surveillance, soit la garde inadéquate dont l'enfant a été l'objet ».*⁵⁴⁵

Au niveau de l'appréciation de la responsabilité des parents, plus le milieu est aisé, plus le juge se montrera exigeant⁵⁴⁶.

Une analyse de la jurisprudence ayant interprété cet article fait dire à la chercheuse Nathalie Des Rosiers que le travail de la mère y est souvent invisible⁵⁴⁷. De l'analyse des jugements portant sur la responsabilité de la mère pour le préjudice causé par son enfant de 1975 à 1995, la chercheuse conclut que cette absence de visibilité se vérifie dans deux situations, soit: dans les causes où les mères sont ignorées ou à l'inverse, dans les causes où la contribution de la mère est discutée en détail, même si la mère n'est pas partie aux procédures.

Elle observe que les tribunaux attribuent fréquemment la responsabilité de l'éducation (obligation plutôt abstraite) au père et l'obligation concrète de la surveillance, à la mère. À cet égard, elle y observe la présence d'un modèle rigide de la « mère idéale ».

Les observations de la chercheuse sur le devoir de garde et de surveillance l'amènent à conclure que le droit privé dévalorise le travail de la mère. Elle cite en exemple la cause de *Hubert c. Commission scolaire Vaudreuil-Soulanges* :⁵⁴⁸

« C'est aussi un travail que la société tient pour acquis; le devoir de la mère est de se sacrifier pour ses enfants et, à cet effet, les tribunaux voient d'un mauvais œil une réclamation pour le travail et la souffrance d'une mère

⁵⁴⁵ Patrice DESLAURIERS et Jean-Louis BAUDOIN, *La responsabilité civile*, 6^e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2003, au par. 633, à la p. 496.

⁵⁴⁶ Id., par. 656, p. 506.

⁵⁴⁷ N. DES ROSIERS, préc., note 216.

⁵⁴⁸ [1992] R.R.A. 524 (C.Q.).

*ayant aidé sa fille à surmonter les conséquences psychologiques d'une attaque vicieuse. »*⁵⁴⁹

citant la Cour du Québec :

*« La sollicitude qu'a constamment manifestée la demanderesse (...) à l'endroit de sa fille l'honore. Cette attention reste cependant dans le cadre des devoirs légaux de soutien des parents envers leurs enfants. »*⁵⁵⁰

Pour Des Rosiers, le droit de la famille impose donc un lourd fardeau de surveillance à la mère et privatise pour elle les risques créés par les fautes de ses enfants.

Nous n'avons pas trouvé d'action intentée par une mère contre un père pour le manquement à ses obligations parentales. Nous ne sommes d'ailleurs pas certaine du bien fondé que pourrait avoir un tel recours puisque, rappelons-le, la jurisprudence refuse de permettre une poursuite entre conjoints pour l'inexécution des obligations autres que patrimoniales.

⁵⁴⁹ N. DES ROSIERS, préc., note 216, à la p. 79.

⁵⁵⁰ *Hubert c. Commission scolaire Vaudreuil-Soulanges*, préc., note 548, à la p. 532.

Chapitre 9: Analyse de l'individualisation du droit privé à l'aide des indicateurs

9.1 Premier indicateur : Quelle est l'unité de référence du droit?

L'observation du droit privé qui encadre la mère au foyer nous révèle que deux unités de référence y sont fréquemment visibles, soit l'individu et le couple, et ce n'est que dans une moindre mesure que nous avons relevé quelques références à la famille. De plus, bien que l'unité de référence soit moins explicitement mixte, le droit privé de la famille vise fréquemment à la fois l'individu et le couple.

Le droit privé vise le couple comme unité lorsqu'il est question des effets du mariage et des droits et devoirs des époux. Les responsabilités décrites à l'article 394 C.c.Q. s'imposent aux époux ensemble ainsi que le choix (art. 395 C.c.Q.) de la résidence familiale.

Des exceptions sont cependant décelables : comparons le langage du législateur concernant les droits et obligations de la mère au foyer à l'égard de son conjoint qui s'imposent « aux époux », donc au couple, à l'obligation de l'article 393 C.c.Q. qui stipule que : « Chaque époux conserve son nom » qui, dans ce cas, vise l'individu.

Une autre exception est le droit accordé « à l'époux » de contribuer aux charges du ménage par son activité au foyer. Cette décision ou ce pouvoir apparaît, selon le droit, comme étant individuel.

Une troisième exception est le droit de demander au tribunal de statuer sur une question en cas de désaccord qui est attribué aux « époux ou à l'un d'eux » aux articles 399 et 400 C.c.Q. L'unité est alors élective.

Finalement, relevons que le droit de contracter vis-à-vis les tiers pour les besoins de la famille (de l'article 397 C.c.Q.) est accordé à l'individu.

Contrastant avec ce droit de contracter avec un tiers qui renvoie à l'individu, le droit de contracter avec son époux est un droit du couple. Similairement, le choix de se marier ou d'être en relation de concubinage est un choix de couple tout comme le droit pour les conjoints de fait de conclure une entente entre eux. La mixité de l'unité de

référence est peut-être moins apparente que dans les exemples du droit social mais elle n'est pas moins présente.

Le patrimoine familial présente des similarités avec les mesures du droit social en ce qu'il crée, quant à lui, à la fois un actif commun et un droit individuel à chaque conjoint de recevoir sa part au moment de la dissolution. L'unité de référence est donc mixte.

Bien que le langage de la *Loi sur le divorce* soit mixte en faisant référence « à un époux » et « aux époux », le droit et l'obligation liés aux aliments qui y sont prévus sont quant à eux individuels. L'individu est cependant expressément perçu dans une relation. Notons que cette manière d'appréhender l'individu comme étant lié à un autre est explicitement temporaire, c'est-à-dire jusqu'à ce que l'indépendance économique du créancier soit atteinte ou présumée l'être.

De manière similaire, les recours en prestation compensatoire et en enrichissement injustifié renvoient aussi à une unité de référence individuelle, l'individu étant toutefois caractérisé comme étant lié à son ex-conjoint.

Quant à l'unité de référence dans le cas du droit à la pension alimentaire pour le conjoint de fait, elle ne semble pas ressortir clairement du jugement récent de la Cour d'appel. Dans un premier temps, la Cour d'appel⁵⁵¹ endosse la position mise de l'avant par le professeur Benoît Moore suivant laquelle la politique familialiste vise aujourd'hui la protection des membres de la famille plutôt que celle du corps familial et que le critère d'application de la loi devrait en tenir compte⁵⁵². Cependant, la Cour d'appel indique ensuite : « *Afin de protéger le conjoint de fait démuné, mais également les enfants nés de cette union, comme je l'explique davantage au paragraphe [145], c'est la cellule familiale telle qu'on la connaît maintenant (qui inclut les unions de fait), qui doit bénéficier d'un recours alimentaire* ». C'est pourquoi nous affirmons qu'il ne

⁵⁵¹ *Droit de la famille – 102866*, préc., note 437.

⁵⁵² *Id.*, au par. 97.

semble pas clair si ce droit renvoie à la mère au foyer, à la mère au foyer liée à son enfant ou à la famille.

Le droit d'usage de la résidence familiale créé par la jurisprudence au profit du conjoint de fait est aussi individuel. L'individu y est aussi caractérisé par son lien, cette fois avec son enfant. En fait, tel que nous l'avons précédemment mentionné, ce droit semble viser l'enfant bien qu'il renvoie à son parent.

Quant aux dispositions visant explicitement les droits et obligations à l'égard de l'enfant, alors que l'ancien article 165 du C.c.B.C. visait « les enfants » et « les parents », l'obligation d'entretien et d'éducation lie dorénavant chaque enfant à chaque parent : « *Elle (la loi) individualise le rapport à l'enfant jusqu'à en faire une succession de rapports interpersonnels : chaque parent avec chaque enfant* ». ⁵⁵³

Par ailleurs, l'obligation alimentaire et le droit encadrant l'autorité parentale s'adressent encore à l'enfant et au couple.

Finalement, relevons que lorsque le droit vise le couple comme unité de référence, que l'on pense aux effets du mariage ou aux responsabilités à l'égard de l'enfant, il ne prévoit pas la possibilité pour un conjoint de poursuivre l'autre sur la base de l'inexécution de l'une de ces obligations. Le droit ne semble pas envisager un recours individuel, par exemple pour la mère au foyer, à l'encontre de son conjoint pour manquement aux obligations imposées au couple.

⁵⁵³ P. NOREAU, préc., note 119, à la p. 11. Voir aussi l'analyse de Marie PRATTE qui parle « d'individuation des obligations », préc., note 252 ; Par ailleurs, il n'est pas clair que la responsabilité de chaque parent sous l'art. 599 C.c.Q. soit solidaire.

Tableau 4 : PREMIER INDICATEUR : QUELLE EST L'UNITÉ DE RÉFÉRENCE DU DROIT QUI GOUVERNE LA RELATION ENTRE LES CONJOINTS ?

LE DROIT PRIVÉ	QUELLE EST L'UNITÉ DE RÉFÉRENCE?	L'UNITÉ DE RÉFÉRENCE EST L'INDIVIDU
Effets obligatoires du mariage (art. 391 C.c.Q.)	- Les époux - L'unité est le couple	Non
Droits et devoirs égaux de respect, fidélité, secours et assistance (art. 392 C.c.Q.)	- Mesure vise les époux - L'unité est le couple	Non
Obligation de conserver son nom (art. 393 C.c.Q.)	- Mesure vise chaque époux - Mesure individuelle	√
Direction de la famille et taches (art. 394 C.c.Q.)	- Mesure vise les époux ensemble - L'unité est le couple	Non
Contributions aux charges du ménage (art. 396 C.c.Q.)	- Les époux - L'unité est le couple	Non
Contribution par l'activité au foyer (art. 396(2) C.c.Q.)	- Chaque époux. - Droit est individuel	√
Droit de contracter vis-à-vis les tiers (art. 397, 398 et 399 C.c.Q.)	- L'époux - Droit est Individuel	√
Droit de demander l'intervention du juge en cas de désaccord (art. 400 C.c.Q.)	- Les époux ou l'un d'eux - L'unité est soit l'individu ou le couple	Un ou l'autre Un ou l'autre
Droit général des époux de conclure des ententes (art. 431 C.c.Q.)	- Droit général de conclure des ententes qui s'appliquent aux conjoints - L'unité est le couple	Non
Droit général des conjoints de fait de conclure une entente	- L'unité est le couple	Non
Régime matrimonial de droit commun (art. 432 C.c.Q.)	- L'unité est le couple	Non
Libre jouissance et disposition dans la société d'acquêts (art. 461 C.c.Q.)	- Chaque époux - Les droits sont individuels - Le choix du régime revient au couple	Mixte

Libre jouissance et disposition dans la séparation de biens (art. 486 C.c.Q.)	<ul style="list-style-type: none"> - Chaque époux - Les droits sont individuels - Le choix du régime revient au couple 	Mixte
Création d'un patrimoine familial (art. 414 et ss. C.c.Q.)	<ul style="list-style-type: none"> - Patrimoine formé des biens des époux - L'unité est le couple 	Non
Division du patrimoine familial (art. 416 C.c.Q.)	<ul style="list-style-type: none"> - Valeur séparée entre les époux - Droit individuel de recevoir la part du patrimoine du couple 	Mixte
Déduction d'un bien du patrimoine familial (art. 418 C.c.Q.)	<ul style="list-style-type: none"> - Bien que possédait l'un des époux avant le mariage ou acquis par don ou succession - Individuel 	√
Prestation compensatoire (art. 427 C.c.Q.)	<ul style="list-style-type: none"> - Obligation d'un des époux de verser à l'autre - Droit et obligations sont individuels - Sont basés sur la relation entre les individus 	√
Obligation alimentaire entre époux (art. 585 et ss C.c.Q. et art. 15.2(6) de la Loi sur le divorce)	<ul style="list-style-type: none"> - Obligation des époux - Droit aux aliments d'un époux est individuel - L'indépendance économique est individuelle - Tient compte de la relation entre les avantages d'un époux et les inconvénients à l'autre 	Mixte
Société tacite entre les conjoints de fait (art. 2250 C.c.Q.)	<ul style="list-style-type: none"> - Les associés - Le couple 	Non
Enrichissement injustifié d'un conjoint de fait (art. 1493 C.c.Q.)	<ul style="list-style-type: none"> - Compensation d'une partie pour un apport ayant permis à l'autre de s'enrichir - Le droit réfère à un individu - L'individu est lié 	√
Droit d'usage de la résidence familiale pour l'ex-conjoint de fait	<ul style="list-style-type: none"> - Droit octroyé à un conjoint - Individuel - Individu lié à son enfant 	√

Obligation alimentaire pour l'ex-conjoint de fait (application de l'art. 585 et ss. C.c.Q. qui sera à confirmer)	<ul style="list-style-type: none"> - Obligation des conjoints - Droit aux aliments d'un conjoint est individuel - L'indépendance économique est individuelle - Tient compte de la relation entre les avantages d'un époux et les inconvénients à l'autre - Pour la Cour d'appel, peut viser la cellule familiale 	Mixte
Obligation alimentaire pour les enfants (art. 585 et ss. C.c.Q.)	<ul style="list-style-type: none"> - Les parents - Le couple 	Non
Autorité parentale à l'égard de l'enfant (art. 600 C.c.Q.)	<ul style="list-style-type: none"> - Père et mère ensemble - Le couple 	Non
Autorité parentale à l'égard des tiers (art. 603)	<ul style="list-style-type: none"> - Le père ou la mère 	✓
Entretien et éducation (art. 599 C.c.Q.)	<ul style="list-style-type: none"> - Les pères et mères - Individuel 	✓

9.2 Deuxième indicateur : Le droit reconnaît-il la spécificité de la mère au foyer?

Le second indicateur vise à identifier des traces de la reconnaissance par le droit privé de la spécificité de la mère au foyer.

Comme nous le verrons ci-après, le droit de la famille privé offre des recours qui peuvent concrètement compenser les mères au foyer pour les pertes économiques subies dues au maternage. Cependant, ces recours s'offrent inégalement entre les mères au foyer selon qu'elles soient mariées ou conjointes de fait, et ils sont sujets à l'exercice d'une grande discrétion judiciaire. En outre, pour une proportion importante de mères au foyer divorcées, le droit qui s'applique à elles les compensent peu pour les pertes économiques qu'elles ont subies à cause de leur rôle durant (et souvent après) le mariage. Nos résultats sont à l'effet que le droit privé reconnaît très peu la valeur du maternage ou le lien d'interdépendance qui peut exister entre les conjoints.

Tout d'abord, en ce qui concerne le droit qui s'applique à la mère au foyer mariée, la vaste majorité des mesures de droit privé reconnaissent les époux comme étant identiques dans leurs droits et obligations plutôt que différents. L'article 392 (1) énonce : « *Les époux ont, en mariage, les mêmes droits et les mêmes obligations* ». Le fait que les époux aient des obligations et des droits identiques est interprété comme assurant l'égalité entre les époux, cette égalité étant entendue comme formelle.

Notons cependant l'énoncé de la professeure Monique Ouellette qui émettait les commentaires suivants relativement à la possibilité pour un époux, prévue à l'article 396 (2) C.c.Q., de contribuer aux charges du mariage par son travail au foyer :

[...] Le travail au foyer d'un conjoint, sans être rémunérateur pour celui-ci, contribue à l'économie familiale. Autrefois, la tendance était de reconnaître au conjoint «salarié» le mérite exclusif de subvenir aux besoins du ménage. Le Code accorde désormais une valeur monnayable au travail domestique équilibrant l'apport en argent. On sauve ainsi le principe de l'égalité

*des conjoints : les dispositions sur le patrimoine familial complètent la démarche en voulant rétablir la balance économique. [...]*⁵⁵⁴

En liant cette disposition qui s'applique spécifiquement à la mère au foyer au principe de l'égalité, la professeure Ouellette semblait laisser entendre que le principe de l'égalité prévu au Code civil serait une égalité substantive plutôt que formelle. Nous n'avons cependant pas trouvé de support pour cette interprétation.

L'interprétation qui est faite de la liberté contractuelle des époux tient aussi à l'application d'un critère d'égalité formelle entre les époux, considérés comme deux étrangers égaux l'un envers l'autre, chacun agissant dans son intérêt personnel.

Le deuxième constat que nous pouvons faire est que certaines dispositions législatives visent à octroyer des droits subjectifs à la mère au foyer, mariée : la contribution par l'activité au foyer, la prestation compensatoire, la possibilité de demander une pension alimentaire compensatoire sans terme en étant les principaux exemples.

Cependant, la mise en application concrète de ces droits subjectifs est souvent beaucoup moins claire que la simple lecture du droit peut laisser croire. Tout d'abord, la mention qu'un époux puisse contribuer aux charges du mariage par l'activité au foyer constitue une reconnaissance plus symbolique que pratique. En effet, cette disposition du C.c.Q., comprise dans le chapitre qui traite des effets et des responsabilités découlant du mariage, ne donne pas ouverture à une poursuite contre l'autre époux en inexécution pendant la durée du mariage puisque, rappelons-le, la jurisprudence établit que seuls les manquements ou fautes rattachés à la personne indépendamment du mariage peuvent faire l'objet de poursuites en dommages-intérêts entre conjoints⁵⁵⁵. Comparons ceci au fait qu'une personne qui a prodigué des soins à son conjoint malade (en vertu de son obligation de secours) peut intenter une action en dommages-

⁵⁵⁴ M. OUELLETTE, préc., note 415 à la p. 138.

⁵⁵⁵ *Droit de la famille – 2207*, préc., note 409 et *Racine c. Harvey*, préc., note 409. Notons que la jurisprudence a accueilli quelques demandes basées sur un délit ou un quasi-délit. *Droit de la famille -1601* [1992] R.D.F. 346 (C.A).

intérêts contre un tiers qui est responsable de la blessure, pour être dédommée des conséquences qui excèdent celles auxquelles les conjoints sont obligés en vertu de l'art. 392 C.c.Q.⁵⁵⁶. Ces constatations amènent Alain Roy à expliquer qu'il semble y avoir le droit de la responsabilité d'un côté et le droit du mariage de l'autre⁵⁵⁷.

En ce qui concerne le droit à l'ordonnance alimentaire, il est indéniable que la Cour suprême a reconnu expressément la valeur du travail au foyer et que les fondements et objectifs de l'ordonnance alimentaire tel que décrit par la Cour suprême dans les affaires *Moge* et *Bracklow* vont dans le sens de reconnaître la spécificité de la mère au foyer. Cette affirmation mérite cependant d'être grandement nuancée en commençant par le fait que la portée de ces jugements a été rétrécie aux cas de mères s'occupant de jeunes enfants⁵⁵⁸.

De surcroît, il ne semble pas clair que l'obligation alimentaire soit reconnue sur la base de l'interdépendance des conjoints mais paraît plutôt fondée sur le besoin de protection de la mère considérée comme dépendante. Nous relevons à cet égard que le très récent jugement de la Cour d'appel dans la cause de *Droit de la Famille - 102866*⁵⁵⁹, qui, rappelons-le, ouvre le cercle des obligataires alimentaires aux conjoints de fait, reste très discret quant au statut de mère au foyer de la demanderesse appelante. En effet, le *ratio* du jugement s'appuie, d'après nous, sur la similitude entre certaines unions de fait et les mariages, et sur la dépendance et la vulnérabilité potentielle d'un conjoint et de ses enfants. Bien que les effets de ce jugement pourraient concrètement soutenir la mère au foyer, la valeur du travail de maternage y est selon nous beaucoup moins reconnue qu'elle l'a déjà été par la Cour suprême dans les affaires *Beblow* et *Moge*, au même titre que le lien entre les conjoints n'y est pas clairement qualifié d'interdépendance.

⁵⁵⁶ *Yelle c. Sherbrooke (Ville)*, EYB 2005-93473 (C.S.) et *Lahaise c. Montréal (Ville)*, REJB 1999-13484 (C.S.).

⁵⁵⁷ Voir la discussion très intéressante sur la normativité externe et interne au couple dans A. ROY, préc., note 403, particulièrement aux pp. 193 - 207.

⁵⁵⁸ *M.W. c. H.N.D.*, préc., note 493.

⁵⁵⁹ Préc., note 437.

De plus, et de manière encore plus importante selon nous, selon des résultats d'une recherche empirique réalisée en 2008 pour le compte du ministère de la Justice du Québec, la très grande majorité des pensions alimentaires (environ 88% dans le cas des dossiers examinés pour la recherche) qui donnent lieu à des jugements de divorce résultent d'ententes convenues par les conjoints plutôt que par des contestations judiciaires. Or, ces ententes prévoient en majorité l'établissement de pensions alimentaires à durée définie et ce, même en cas de pensions ayant un fondement compensatoire. En guise de comparaison, dans les affaires contestées qui ont été examinées, un terme n'a été établi que dans environ 20% des cas alors qu'il était établi dans près de 60% des ententes ou des consentements. Bien que les tribunaux aient l'obligation de veiller à ce que l'intérêt des deux époux (et, le cas échéant, des enfants) soit préservé dans les conventions⁵⁶⁰, les jugements étudiés avaient homologué ces termes. Cet écart entre ce qu'obtinrent les créanciers dans les causes contestées et celles homologuant les ententes conclues entre conjoints étonnent Alain Roy et Jocelyne Jarry: «(...) *l'importante proportion de dossiers dans lesquels la pension alimentaire à l'ex-époux a été assortie d'un terme peut paraître surprenante*».⁵⁶¹

Pour la prestation compensatoire, qui est peut-être l'instrument juridique ayant été conçu le plus spécifiquement pour la mère au foyer mariée, il est important de souligner que dans l'exercice de leur discrétion, les tribunaux de première et de seconde instance ont de manière générale interprété cette disposition de manière très restrictive au point de l'avoir rendue quasiment inutile pour la « simple contribution » de la mère au foyer, et ce malgré l'énoncé par la Cour suprême de critères se voulant normatifs. Nous remarquons également que dans ces causes où une prestation est

⁵⁶⁰ Voir *T.(R.) c. H. (N.)*, EYB 2008-129279 (C.A.) où le tribunal a refusé d'entériner une convention prévoyant un terme à la pension alimentaire de la créancière.

⁵⁶¹ Alain ROY et Jocelyne JARRY, *Regards empiriques sur les pensions alimentaires entre ex-époux : État de situation et application simulée d'un modèle alternatif*, Rapport soumis au Ministère de la Justice du Québec, 2009. Il serait intéressant de voir si les ex-époux avaient offert un avantage supplémentaire en contrepartie de l'obtention d'un terme.

octroyée à la mère au foyer, les montants sont souvent très réduits par rapport aux réclamations⁵⁶².

L'autre élément observé dans la jurisprudence est que l'octroi d'une prestation compensatoire pour la mère au foyer semble être d'avantage lié aux inégalités du passé, des juges justifiant l'octroi d'une prestation en soulevant « la mentalité de l'époque » qui obligeait presque les femmes d'être mères au foyer⁵⁶³. En outre, les jugements font référence au manque de ressource scolaire et d'expérience des mères au foyer plus âgées⁵⁶⁴, plutôt qu'à la situation de la mère contemporaine⁵⁶⁵.

Rappelons que dans ce contexte contemporain, une quantité non négligeable d'époux sont encore régis par un régime matrimonial de type séparatiste, « *que le formulaire standard suggéré par la Chambre des Notaires du Québec pour ces contrats de mariage en séparation de biens ne prévoit aucune clause quant à une compensation quelconque pour le fait qu'un époux perdra le droit au partage égal des biens qui ne font pas partie du patrimoine familial* »⁵⁶⁶ et qu'au Québec, aucune disposition ne prévoit que l'entreprise d'un époux puisse être incorporé au patrimoine familial notamment pour compenser le travail de la mère au foyer, contrairement à ce qui existe dans d'autres juridictions canadiennes.

Le troisième constat que nous faisons en ce qui concerne la reconnaissance de la spécificité de la mère au foyer est que bien qu'il ne vise pas à octroyer un droit

⁵⁶² Voir par exemple *Droit de la Famille – 2145*, [1995] R.D.F. 179 (C.A.) où une demande de 100 000 \$ est réduite à 15 000 \$ ou le cas récent de *Gadbois c. Saucier*, préc., note 482 où une demande de 5 millions \$ est réduite à 1 million \$.

⁵⁶³ Id.

⁵⁶⁴ *L. (C.) c. B (G.)*, EYB 2008-149403.

⁵⁶⁵ Nous avons également remarqué que plusieurs demandes récentes en prestation compensatoire ont été instituées par des hommes réclamant compensation pour avoir par exemple effectué des travaux de rénovation. Voir notamment *S.P. c. M.R.*, préc., note 476 ; *Droit de la famille – 599*, [1989] R.J.Q. 491 ; *M.E.M. c. P.L.*, préc., note 475 ; *D.(A.) c. M. (S)*, EYB 2007-171875 (C.S.) ou, à cause de leur implication au foyer, *C.R. c. V.C.*, J.E. 2006-92 (C.S.). Voir aussi une demande de prestation compensatoire par l'ex-époux dans *B. (S.D.) c. P. (J.)*, EYB 2004-55486 (C.S.). C'est d'ailleurs un homme qui est le seul, à notre connaissance, à avoir contesté la constitutionnalité d'une loi québécoise de la famille en soulevant l'article 47 de la *Charte des droits et libertés de la personne*. Voir *Droit de la famille – 1769*, [1993] R.J.Q. 873 (C.S.), sur le patrimoine familial.

⁵⁶⁶ M. GRASSBY, préc., note 431, à la p. 67

particulier ou subjectif à la mère au foyer, le patrimoine familial comprenait clairement lors de son introduction l'objectif de reconnaître l'apport de celle-ci et il réussit, par son application, à lui assurer une part de reconnaissance matérielle pour son travail. Notons aussi que le caractère obligatoire et le principe du partage égal ont, malgré des jugements des tribunaux de juridictions inférieures, été jusqu'à aujourd'hui, maintenus par la Cour suprême du Canada. Rappelons cependant que le droit à la prestation compensatoire ainsi qu'au partage du patrimoine familial ne sont pas ouverts aux mères au foyer conjointes de fait.

Pour ces dernières, l'inclusion au cercle de l'obligation alimentaire est encore incertaine et comporte aussi des éléments d'application nébuleux. En effet, d'un point de vue pratique, même si l'article 585 C.c.Q. devait être modifié en réponse au jugement de la Cour d'appel dans l'affaire *Lola* pour inclure les conjoints de fait au cercle des créanciers alimentaires, on peut se questionner à savoir comment cette solidarité pourrait être exercée ou concrétisée en un droit à une pension alimentaire qui est, nous le rappelons, prévu et structuré en vertu de la *Loi sur le divorce*⁵⁶⁷.

Par ailleurs, d'un point de vue plus philosophique, la qualification du lien conjugal par la Cour d'appel dans *Droit de la famille – 102866* semble confus, celui-ci étant à la fois fréquemment caractérisé par la *dépendance* et la *vulnérabilité* de l'épouse (nos italiques) et quelques fois par *l'interdépendance* des conjoints.

Pour ce qui est de la reconnaissance par les tribunaux de la validité des ententes conclues entre conjoints de fait, nous notons de nouveau que le droit trouve application à l'égard d'une très petite partie des mères au foyer puisque les observations des chercheurs concluent à la quasi- totale absence de ces contrats.

Quant aux autres mesures législatives qui s'offrent aux conjointes de fait, soit les mesures générales de la société tacite et de l'enrichissement sans cause⁵⁶⁸, ces

⁵⁶⁷ Anne-Marie SAVARD, «Comment l'argument discriminatoire peut masquer la réalité», *Le Devoir*, vendredi, 4 février 2011.

⁵⁶⁸ Rappelons que la mère au foyer conjointe de fait peut aussi faire une demande d'usage de la résidence familiale. Bien que la mère au foyer puisse y tirer un avantage, nous choisissons de ne pas inclure ce

recours n'excluent pas de leur champ d'application la situation de la mère au foyer conjointe de fait. L'accès à ce recours présuppose cependant plus que la contribution usuelle de la mère au foyer. Toutes ces observations nous amènent à constater que le droit privé reconnaît très peu, voire quasiment nullement, la mère au foyer conjointe de fait dans sa relation avec son conjoint.

Finalement, les dispositions qui encadrent la relation de la mère au foyer ou du groupe parental à l'enfant, ne comprennent aucune disposition législative et presque aucune jurisprudence ne reconnaît la situation spécifique de la mère au foyer qui accomplit plus que sa part, voire à la limite la totalité, des tâches reliées à l'éducation et à la surveillance des enfants. Ajoutons à cette observation le fait que dans la presque totalité des actions récentes intentées par des femmes visant à obtenir une prestation compensatoire, les maris ne faisaient pas de preuve à l'égard de leur contribution quant aux soins des enfants ou aux tâches domestiques, bien que ces obligations soient attribuées légalement aux deux conjoints. Cette observation des jugements récents dont nous avons pris connaissance corrobore à cet égard les résultats précédemment obtenus par Cipriani⁵⁶⁹. Le droit privé ne semble pas, et il s'agit là de notre cinquième constat, reconnaître la relation de dépendance du conjoint à l'égard de la mère au foyer en ce qui concerne les responsabilités à l'égard des enfants.

recours à l'analyse du second indicateur puisque ce droit semble tirer sa source de la volonté des tribunaux d'assurer une protection à l'enfant du couple et non pas à la mère au foyer.

⁵⁶⁹ L.CIPRIANI, préc. note 217, à la p. 225.

**Tableau 5 : LA RECONNAISSANCE DE LA SPÉCIFICITÉ DE LA MÈRE AU FOYER
EN DROIT PRIVÉ**

LE DROIT PRIVÉ	QUI EST LE SUJET VISÉ PAR LE DROIT?	LE DROIT RECONNAIT LA SPÉCIFICITÉ DE LA MÈRE AU FOYER
Effets obligatoires du mariage (art. 391 C.c.Q.)	- Tous les conjoints mariés	Non
Droits et devoirs égaux de respect, fidélité, secours et assistance (art. 392 C.c.Q.)	- Tous les conjoints mariés	Non
Obligation de conserver son nom (art. 393 C.c.Q.)	- Tous les conjoints mariés	Non
Direction de la famille et tâches (art. 394 C.c.Q.)	- Tous les conjoints mariés	Non
Contributions aux charges du ménage (art. 396 C.c.Q.)	- Tous les conjoints mariés	Non
Contribution par l'activité au foyer (art. 396(2) C.c.Q.)	- Conjoint marié qui contribue par son activité au foyer	√
Droit de contracter vis-à-vis les tiers (art. 397, 398 et 399 C.c.Q.)	- Tous les conjoints mariés	Non
Droit de demander l'intervention du juge en cas de désaccord (art. 400 C.c.Q.)	- Tous les conjoints mariés	Non
Droit général des époux de conclure des ententes (art. 431 C.c.Q.)	- Tous les conjoints mariés	Non
Droit général des conjoints de fait de conclure une entente	- Tous les conjoints de fait	Non
Régime matrimonial de droit commun (art. 432 C.c.Q.)	- Tous les époux sans contrat - Qui sont présumés interdépendants	√
Libre jouissance et disposition dans la société d'acquêts (art. 461 C.c.Q.)	- Tous les époux mariés en société d'acquêts	Non
Libre jouissance et disposition dans la séparation de biens (art. 486 C.c.Q.)	- Tous les époux mariés en séparation de biens	Non
Création d'un patrimoine familial (art. 414 C.c.Q. et ss.)	- Tous les conjoints mariés - Qui sont présumés interdépendants	√

Division du patrimoine familial (art. 416 C.c.Q.)	- Tous les époux mariés - Qui sont présumés interdépendants	Dans une certaine mesure
Déduction d'un bien du patrimoine familial (art. 418 C.c.Q.)	- Tous les époux mariés	Non
Prestation compensatoire (art. 427 C.c.Q.)	- Tous les conjoints ayant fait un apport extraordinaire qui mérite compensation - Comprend théoriquement la mère au foyer, particulièrement celle mariée en séparation de biens - Le simple fait d'être une mère au foyer n'est cependant pas généralement suffisant	Très peu
Obligation alimentaire entre époux (art. 585 et ss. C.c.Q. et art. 15.2(6) de la Loi sur le divorce)	- Tous les époux ayant subi des désavantages économiques qui découlent du mariage ou de son échec - La très grande majorité des pensions alimentaires prévoyant cependant un terme	Dans une certaine mesure
Société tacite entre conjoints de fait (art. 2250 C.c.Q.)	- Tous les individus ayant formé une société tacite	Non
Enrichissement injustifié d'un conjoint de fait (art. 1493 C.c.Q.)	- Tous les individus ayant subi un appauvrissement lié à l'enrichissement d'un autre	Non
Droit d'usage de la résidence familiale pour l'ex-conjoint de fait	- Les ex-conjoints avec enfant	Non
Obligation alimentaire enfants (art. 585 et ss. C.c.Q.)	- S'impose à tous les parents - Y compris la mère au foyer qui a des actifs	Non
Autorité parentale à l'égard de l'enfant (art. 600 C.c.Q.)	- Droit octroyé à tous les parents	Non
Autorité parentale à l'égard des tiers (art. 603 C.c.Q.)	- Obligation dévolue à chaque parent	Non
Entretien et éducation (art. 599 C.c.Q.)	- S'impose à tous les parents	Non

9.3 Troisième indicateur : Le droit supporte-t-il l'autonomie de la mère au foyer?

Nous visons ici à identifier si le droit permet et supporte l'autonomie de la mère au foyer, bref s'il permet à la mère au foyer d'être la source des normes juridiques qui s'appliquent à elle. Rappelons une fois de plus que, dans le sens où nous l'utilisons, l'autonomie ne veut pas dire une situation où la liberté de l'individu n'est aucunement limitée.

Ainsi que nous l'expliquons ci-bas, nos observations nous amènent à conclure que le droit privé qui encadre la famille favorise concrètement très peu l'autonomie juridique de la mère au foyer tant dans sa relation avec son conjoint que dans sa relation avec son enfant.

Les normes du droit privé qui s'appliquent à la mère au foyer ont été, traditionnellement, différentes pour celle qui est mariée et celle qui ne l'est pas. Ainsi que nous l'avons vu⁵⁷⁰, la jurisprudence récente a entrouvert la porte à étendre aux conjoints de fait une partie des obligations autrefois réservées aux époux aux conjoints de fait. Le gouvernement québécois a demandé à la Cour suprême de renverser cette décision pour préserver la possibilité pour les conjoints de fait de choisir entre deux régimes normatifs, bref pour soutenir leur liberté et leur autonomie.

Or, rappelons que les recherches des sciences sociales ne confirment pas le postulat selon lequel les conjoints prennent la décision de se marier ou pas sur la base des normes juridiques applicables, pas plus que celui selon lequel la décision de ne pas se marier soit la décision des deux conjoints⁵⁷¹. L'assimilation de l'autonomie au libre choix semble trouver peu d'écho dans la réalité des conjoints.

De surcroît, le droit prévoit pour la mère au foyer une série de normes obligatoires. L'article 391 du C.c.Q. énonce au Livre deuxième sur la famille que les

⁵⁷⁰ *Droit de la famille – 1091768*, préc., note 486.

⁵⁷¹ *Supra*, p.166.

dispositions relatives aux effets du mariage (qui comprennent les mesures sur le patrimoine familial)⁵⁷² sont obligatoires. Le caractère impératif de l'article 391 est interprété par certains comme une manifestation des valeurs que le Code veut assurer, soit l'égalité, la solidarité et la protection : il « *protège le groupe familial des agissements plus ou moins « égoïstes» de ses membres* ». ⁵⁷³ L'observation à l'aide cet indicateur met en lumière qu'une partie du droit privé placerait donc en opposition autonomie et solidarité ou autonomie et protection.

Pour ce qui est de l'obligation de solidarité, celle-ci est imposée expressément aux époux et pourrait être étendue aux conjoints de fait si l'on s'en remet au jugement de la Cour d'appel qui rappelle d'ailleurs que la nature de celle-ci est d'être imposée et de ne pas permettre aux obligataires de s'y soustraire⁵⁷⁴. Ajoutons cependant que cette obligation ne se traduira pas automatiquement en l'octroi d'une pension alimentaire.

Quant aux obligations de la mère au foyer à l'égard de ses enfants, tant ses obligations individuelles que celles partagées avec son conjoint, aucune d'elles n'est conçue pour offrir de l'autonomie à la mère au foyer tant dans leur contenu que dans leur partage.

Il existe cependant des exemples de soutien à l'autonomie : le droit prévoit que la mère au foyer mariée peut, avec son époux, choisir le régime matrimonial qui s'appliquera à eux. Ce choix s'appliquera à la gestion des actifs durant la relation ainsi qu'au partage éventuel des actifs qui ne sont pas compris au patrimoine familial. Toutefois, rappelons que pour les actifs qui sont compris au patrimoine familial, leur partage au moment de la dissolution est encadré de façon obligatoire.

Un autre exemple d'autonomie est que le droit permet expressément à la conjointe mariée de remplir ses obligations par son activité au foyer. Notons cependant

⁵⁷² Bien qu'il existe un débat doctrinal sur la qualification du patrimoine familial comme un effet du mariage, nous le considérons tel quel aux fins de ce travail. Voir notamment J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 2, aux pp. 204 et ss.

⁵⁷³ Id., p. 130

⁵⁷⁴ *Droit de la famille – 1091768*, préc., note 486.

que ce choix est peut-être plus symbolique qu'instrumental puisque, rappelons-le, la doctrine nous apprend que le recours approprié pour faire reconnaître la valeur de la contribution de l'article 396(2) C.c.Q. est celui de la prestation compensatoire qui, selon l'interprétation qui en est donnée par les tribunaux du Québec de juridictions inférieures, n'est pas généralement ouvert pour la simple contribution au foyer.

Quant à la possibilité pour les conjoints de fait de négocier un contrat, notamment en ce qui a trait au partage des actifs, les recherches nous enseignent que les individus en relation conjugale ne négocient pas, au sens où les juristes civilistes le comprennent, leurs obligations respectives⁵⁷⁵, pas plus que leur statut conjugal, notamment parce que la « liberté contractuelle » s'exercerait dans un univers de normes extra juridiques aussi diffuses que puissantes⁵⁷⁶. Dans cette perspective, l'absence de normes juridiques a pour effet de laisser le champ libre à ces autres pratiques et normes. Il est logique de formuler l'hypothèse que le résultat, pendant la relation et au moment de la rupture, n'est pas nécessairement synonyme d'égalité ou d'équité⁵⁷⁷. Le droit qui gouverne le partage des actifs pour les conjoints de fait reflèterait beaucoup plus l'anomie ou l'autarcie et beaucoup moins l'autonomie.

Ainsi, les exemples de mesures soutenant l'autonomie de la mère au foyer sont mitigés dans la réalité par l'exercice de la discrétion judiciaire et l'influence des normes extra juridiques toutes aussi diffuses que présentes.

⁵⁷⁵ Voir notamment Charlott NYMAN, et Lars EVERTSSON, « Difficultés liées à la négociation dans la recherche sur la famille : un regard sur l'organisation financière des couples suédois », (2005) 2 *Enfances Familles Générations* 18. Les chercheurs observent que les couples ne négocient pas réellement leurs rôles, tombant le plus souvent dans une routine, selon les lignes traditionnelles des genres, confirmant que toute relation intime comporte des éléments structuraux et normatifs extra relationnels, dont ceux rattachés au genre, et en est affectée.

⁵⁷⁶ J. EEKELAAR, préc., note 255 et H. BELLEAU et C. HENCHOZ, préc., note 136.

⁵⁷⁷ Nous croyons à cet effet que des recherches empiriques sur la situation économique des conjoints de fait, particulièrement ceux qui ont des enfants, sont souhaitables.

Tableau 6 : LE SUPPORT À L'AUTONOMIE DE LA MÈRE AU FOYER EN DROIT PRIVÉ

LE DROIT PRIVÉ	LE DROIT SUPPORTE L'AUTONOMIE DES INDIVIDUS	LE DROIT SUPPORTE L'AUTONOMIE DE LA MÈRE AU FOYER
Effets obligatoires du mariage (art. 391 C.c.Q.)	- Aucun choix de se soustraire aux dispositions obligatoires	Non
Droits et devoirs égaux de respect, fidélité, secours et assistance (art. 392 C.c.Q.)	- Mesures obligatoires - Non exécutoires	Non
Obligation de conserver son nom (art. 393 C.c.Q.)	- Mesure obligatoire	Non
Direction de la famille et taches (art. 394 C.c.Q.)	- Mesure obligatoire - Non exécutoire	Non
Contributions aux charges du ménage (art. 396 C.c.Q.)	- Mesure obligatoire	Non
Contribution par l'activité au foyer (art. 396(2) C.c.Q.)	- Mesure au choix - Qui n'a pas de force exécutoire	Dans une certaine mesure
Droit de contracter vis-à-vis les tiers (art. 397, 398 et 399 C.c.Q.)	- Mesure au choix	√
Droit de demander l'intervention du juge en cas de désaccord (art. 400 C.c.Q.)	- Mesure au choix	√
Droit général de conclure des ententes pour les époux (art. 431 C.c.Q.)	- Mesure au choix - Choix du couple	Dans une certaine mesure
Droit général des conjoints de fait de conclure une entente	- Liberté des conjoints - Choix du couple - Qui se concrétise peu	Dans une certaine mesure
Régime matrimonial de droit commun (art. 432 C.c.Q.)	- Régime de droit commun imposé en l'absence de contrat autre	√
Libre jouissance et disposition dans la société d'acquêts (art. 461 C.c.Q.)	- Mesure visant à procurer une liberté d'action	√
Libre jouissance et disposition dans la séparation de biens (art. 486 C.c.Q.)	- Mesure visant à procurer une liberté d'action	√

Création d'un patrimoine familial (art. 414 C.c.Q. et ss)	- Mesure imposée - Qui permet à la mère au foyer d'avoir la norme qu'elle souhaiterait généralement	Dans une certaine mesure
Division du patrimoine familial (art. 416 C.c.Q.)	- Mesure imposée - Qui permet à la mère au foyer d'avoir la norme qu'elle souhaiterait généralement	Dans une certaine mesure
Déduction d'un bien du patrimoine familial (art. 418 C.c.Q.)	- Mesure permettant une certaine liberté	√
Prestation compensatoire (art. 427 C.c.Q.)	- Mesure ouverte à la mère au foyer - Interprétation jurisprudentielle qui exclut la simple contribution de la mère au foyer	Dans une certaine mesure
Obligation alimentaire entre époux (art. 585 et ss C.c.Q. et art. 15.2(6) de la Loi sur le divorce)	- Mesure ouverte à la mère au foyer - Signatures et homologations d'ententes comportant un terme	Dans une certaine mesure
Société tacite pour les conjoints de fait (art. 2250 C.c.Q.)	- Mesure ouverte à la mère au foyer - Interprétation jurisprudentielle qui exclut la simple contribution de la mère au foyer	Dans une certaine mesure
Enrichissement injustifié pour les conjoints de fait (art. 1493 C.c.Q.)	- Mesure ouverte à la mère au foyer - Interprétation jurisprudentielle qui exclut la simple contribution de la mère au foyer	Dans une certaine mesure
Droit d'usage de la résidence familiale pour l'ex-conjoint de fait	- Ouverture jurisprudentielle visant à permettre une demande de l'ex-conjoint de fait	√
Obligation alimentaire enfants (art. 585 et ss. C.c.Q.)	- Mesure obligatoire	Non
Autorité parentale à l'égard de l'enfant (art. 600 C.c.Q.)	- Mesure obligatoire	Non
Autorité parentale à l'égard des tiers (art. 603 C.c.Q.)	- Mesure obligatoire	Non
Entretien et éducation (art. 599 C.c.Q.)	- Mesure obligatoire	Non

Chapitre 10 : Conclusion de la deuxième partie : regards croisés sur les résultats de l'analyse empirique

Que pouvons-nous comprendre de l'observation du traitement juridique de la mère au foyer, en droit social et en droit privé québécois, à l'aide de la lunette de l'individualisme de la seconde modernité? Nous abordons l'analyse de ce regard croisé de la même manière que pour les analyses précédentes, c'est-à-dire par indicateur.

L'utilisation de notre **premier indicateur**, qui vise à cerner si le droit utilise l'individu comme unité de référence (au lieu du couple ou de la famille par exemple) nous permet de constater que le droit de la famille renvoie à **plusieurs unités de référence**. Alors que le droit social réfère presque exclusivement à un individu, souvent accompagné d'une référence à l'unité familiale, le droit privé, quant à lui, réfère principalement à l'individu ou au couple, mais beaucoup moins à la famille.

Cet individu visé par le droit de la famille est fréquemment un enfant. L'allocation de disponibilité pour les enfants de moins de 6 ans (qui renvoyait alors à la mère) fut rebaptisée *allocation pour jeune enfant*, puis refondue dans le *crédit d'impôt remboursable pour le soutien aux enfants*. Mentionnons aussi l'exemple des *services de garde éducatifs à l'enfance* créés pour assurer des services de qualité pour les *enfants*. Cette référence répétée à l'enfant-individu est aussi observable en droit privé notamment dans l'utilisation large de la notion de la primauté de *l'intérêt de l'enfant* et par l'augmentation du contenu obligationnel des parents à l'égard de *l'enfant*⁵⁷⁸.

En plus de référer fréquemment à l'individu-enfant, le droit renvoie à la mère en tant qu'unité de référence, mais en fait, vise à octroyer un droit à l'enfant. Pensons par exemple à la prestation spéciale qui peut être versée à la mère qui allaite ou au droit d'utilisation de la résidence familiale qui peut, par extension jurisprudentielle, renvoyer à l'ex-conjoint de fait alors que le droit vise à protéger l'enfant. Similairement, la Cour d'appel, dans sa décision d'invalider la disposition qui n'inclut pas le conjoint de fait au cercle des créanciers et débiteurs alimentaires, se fonde de manière significative sur la

⁵⁷⁸ P. NOREAU, préc., note 119.

prise en considération du bien-être de l'enfant. **L'unité de référence n'est pas toujours clairement le sujet visé par le droit**⁵⁷⁹.

Nous pouvons aussi constater qu'il existe en droit de la famille différentes façons de concevoir l'individu : le droit social et le droit privé réfèrent tous les deux à un individu soit lié, soit indépendant, soit communautariste. Pour le droit social, ces différentes conceptions se font indistinctement pour les conjoints de fait et les époux. Le droit privé est moins clair : il renvoie principalement à un individu indépendant qui peut exceptionnellement être considéré comme lié, à la condition d'être marié. Il faudra attendre pour voir de quelle façon cette manière de se représenter l'individu sera étendue au conjoint de fait.

Si nous prenons en considération la proportion toujours croissante de couples (y compris ceux qui ont des enfants) qui ne se marient pas, la décision du gouvernement d'en appeler du jugement incluant les conjoints de fait au cercle des obligataires alimentaires et les propositions du gouvernement d'abroger les mesures du droit social qui renvoient à l'individu comme étant lié (soit les dispositions de la *Loi sur les régimes de rentes du Québec* ou celles de la *Loi sur l'aide aux personnes et aux familles*, nous voyons que le **droit de la famille se définira de plus en plus en référence à l'individu indépendant ou communautariste et de moins en moins à l'individu lié ou interdépendant, exhibant des similitudes avec le droit tel qu'il existait avant 1960.**

En sus de peu viser l'individu interdépendant, l'observation du premier indicateur révèle que l'unité de référence est fréquemment mixte, c'est-à-dire qu'elle vise à la fois l'individu et le couple ou l'individu et la famille. Alors que cette mixité est plus explicite en droit social, elle n'en est pas moins présente en droit privé lorsque l'on pense, par exemple, au choix de se marier et de choisir un régime matrimonial ou au choix d'être en relation de concubinage et de conclure une convention de vie commune qui réfère au couple alors que les obligations et droits qui découleront du choix du

⁵⁷⁹ Nous pourrions par ailleurs soulever la question à savoir si la *Loi sur les services de garde*, qui renvoie à l'enfant, a comme premier objectif d'octroyer un droit à l'enfant.

couple, se rapportent aux individus. **Bien que le droit écrit, dans la loi ou les jugements, ne reconnaissent pas fréquemment l'interdépendance des individus de manière explicite, la pluralité et la mixité des unités de référence laisse à penser que le droit de la famille peut difficilement en faire fi.**

Finalement, l'utilisation de cet indicateur nous permet aussi de constater que **la référence à une unité collective**, que l'on pense au calcul des bénéficiaires fiscaux en fonction du *revenu familial* et non individuel, ou au droit *du couple* comme entité de choisir le régime conjugal ou de conclure une entente chapeautant la relation des individus qui le forme ou encore aux responsabilités *des parents*, **rend invisible la diversité des réalités individuelles au sein de ces groupes.**

L'utilisation du **second indicateur**, soit celui de la reconnaissance de la spécificité de la mère au foyer, nous laisse entrevoir que **les distinctions entre les individus actifs et non actifs ainsi qu'entre les individus économiquement favorisés et défavorisés semblent être plus déterminantes en droit social de la famille dans l'octroi de droits subjectifs que la distinction entre l'individu qui materne et l'autre qui ne materne pas.**

Notre recherche nous laisse soupçonner que le droit social de la famille viserait davantage le soutien au marché du travail et à la consommation qu'une valorisation ou une reconnaissance du maternage. Dans ce sens, le droit social de la famille contemporain présenterait beaucoup de similitudes avec le droit social qui encadrerait la famille avant 1960.

La fiscalisation du droit de la famille ne semble pas étrangère à notre conclusion que le droit de la famille social ne reconnaît pratiquement pas la mère au foyer dans sa particularité. En effet, le jeu combiné des ressources présumées collectives (au moyen du revenu familial), de la taxation progressive, de l'absence de possibilité de fractionner le revenu et des conditions individuelles d'admissibilité aux programmes d'aide qui visent généralement l'individu actif ou défavorisé contribue à la non-reconnaissance de la valeur (à tout le moins économique) du maternage. En fait, le droit fiscal ne contient aucune mesure, soit dans son texte écrit, soit par son

application, qui soutient ou reconnaît la mère au foyer. Il semble contribuer de manière importante à rendre la mère au foyer et son activité invisibles et sans valeur.

Les lois sociales qui encadrent des systèmes assurantiels comme celui du Régime québécois d'assurance parentale et de prestations parentales et le Régime des rentes du Québec **semblent aussi particulièrement mal adaptés à la réalité de la mère au foyer, notamment parce qu'elle n'est pas considérée comme étant active et qu'aucune valeur économique n'est attribuée à son travail par le droit social.**

Il est important de noter qu'il existe des exemples de reconnaissance par le droit québécois de la valeur à tout le moins économique du travail de la mère au foyer. Ces mesures ne font cependant pas partie du droit de la famille. Par exemple, les tribunaux ont évalué la perte de capacité de gains d'une mère au foyer (d'ailleurs caractérisée comme ayant exercé une option) dans une cause intentée contre un tiers à la suite d'un naufrage⁵⁸⁰. Le juge d'instance relève la réticence des tribunaux à estimer le salaire de la mère au foyer. Il reconnaît la difficulté qui existe dans le cadre d'un tel exercice : *« Les liens entre conjoints n'ont rien à voir avec la relation employeur-employé et, jusqu'à un certain point, par un choix qui lui appartient, la personne au foyer opte pour une certaine forme de bénévolat »*. Il poursuit : *« Cependant, la perte de capacité de gains ne saurait être amoindrie par le choix de la personne au foyer. »* Le juge cite également deux sources, soit premièrement le professeur Waddams :⁵⁸¹

« ... This loss is neither enhanced nor diminished by the fact that she might have chosen to devote that capacity to the performance of unpaid household services. »..

Et Jean-Louis Baudouin⁵⁸² :

« ... avec le changement et la progression de la condition féminine, il nous semble toutefois que l'on ne devrait aller plus loin. Pourquoi, par exemple, compte tenu de la formation, de l'éducation, des aptitudes de la victime, ne

⁵⁸⁰ Voir *Marchand c. Champagne*, EYB 1991-74878 (C.S.) et *Godin c. Quintal*, REJB 2002-32391 (C.A.).

⁵⁸¹ Stephen M. WADDAMS, *The Law of Damages*, Toronto, Canada Law Book, 1983, à la p. 235.

⁵⁸² Jean-Louis BAUDOUIN, *La responsabilité civile délictuelle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1985, à la p. 139.

pas chercher à déterminer un travail, un métier ou une profession qu'elle aurait pu exercer et accorder compensation sur cette base, ou au moins prendre comme base la statistique nationale du revenu annuel moyen des femmes pour cette tranche d'âge? Pourquoi ne pas utiliser les critères déjà développés par les tribunaux en matière d'évaluation de la prestation compensatoire prévue aux articles 439, 533 et 599 C.c.Q.? À titre d'exemple, c'est la profession habituelle d'une avocate en congé de maternité sans solde que retiendrait le tribunal pour fixer sa perte de capacité de gains. »

La valeur économique du travail de maternage peut être reconnue en droit québécois privé mais pas en droit social de la famille⁵⁸³.

Qui plus est, le fait d'être en relation conjugale empêche, en droit privé, les membres du couple d'intenter une poursuite pour l'inexécution d'une obligation pendant la relation. Par contre, le fait d'être ou pas en relation conjugale n'est pas pertinent pour évaluer la liberté de négocier des ententes entre les individus, pendant la relation ou au moment de la rupture ou exercer des recours contre des tiers. **Nous pouvons constater que le droit privé de la famille présente une variabilité dans l'importance qu'il accorde à la nature et les dynamiques inhérentes aux relations conjugales et une constance en ce que les conséquences des raisonnements juridiques, particulièrement lorsqu'ils sont fondés sur la liberté contractuelle, désavantagent, le plus souvent, les mères.**

Ces conclusions, lues ensembles, indiquent que les droits et devoirs extrapatrimoniaux qui s'appliquent durant la relation sont conjoints et non exécutoires, alors que les droits patrimoniaux sont individuels et exécutoires. La nature première du droit de la famille serait-elle encore de départager la propriété individuelle de biens?

⁵⁸³ Notons que le droit social reconnaît dans certains cas la valeur économique d'un travail bénévole (qui n'est pas de nature familiale). Par exemple, les bénévoles travaillant sur la mise sur pied du Sentier national sont assurés par le régime de la C.S.S.T. Voir Simon DIOTTE, « Bénévoles recherchés », dans *La Presse*, samedi, 19 juillet 2008, p. V-14.

La situation de la mère au foyer est d'ailleurs fréquemment qualifiée ou analysée par le droit de la famille comme en étant une de dépendance à l'égard de son conjoint ou de l'État. Cette qualification comprend implicitement la dépendance économique. En revanche, le droit de la famille prend peu acte de la dépendance autre qu'économique du conjoint ou de l'État à l'égard de la mère au foyer notamment quant aux soins qu'elle octroie à l'enfant. **Le droit semble difficilement saisir les vases communicants de dépendances de plusieurs natures qui peuvent exister entre l'enfant, la mère au foyer, son conjoint et l'État.**

L'examen du troisième indicateur, qui vise à observer comment le droit permet et supporte l'autonomie de la mère au foyer, nous amène à conclure que le droit de la famille favorise très peu l'autonomie juridique de la mère au foyer. Cette conclusion contraste avec les mesures du droit social qui offrent, par exemple dans le cadre de la *Loi sur l'assurance parentale* ou dans le choix d'utiliser les services de garde subventionnés ou de bénéficier de crédits d'impôt, des choix aux individus pour refléter leurs besoins familiaux différents. Non seulement cette même ouverture n'est-elle pas vérifiable pour la mère au foyer, mais, en fait, **l'autonomie juridique de celle-ci semble avoir diminué en ce qui concerne le droit social.**

Cette même tendance à la diminution de l'autonomie juridique de la mère au foyer s'observe aussi en droit privé, avec une certaine distinction entre l'épouse et la conjointe de fait. **D'un côté, la mère au foyer mariée se voit imposer et bénéficie d'un arsenal de dispositions auxquelles elle ne peut se soustraire. Quant à la mère au foyer conjointe de fait, nous savons que la presque totalité des cas, elles n'ont pas négocié d'entente avec leur conjoint et qu'elles seraient donc en situation d'anomie plutôt que d'autonomie juridique en ce qui concerne à tout le moins le partage des actifs lors d'une rupture.**

Notre recherche nous a aussi permis de voir que **de privilégier l'autonomie par le droit contractuel semble mener à une situation qui désavantage la mère,** que l'on pense à l'absence de convention de vie commune entre conjoints de fait que dévoile la pratique juridique ou à la signature d'une entente alimentaire compensatoire (conclue lors d'un divorce) qui contient un terme au détriment, bien souvent, de la

mère. Enfin, le droit de la famille n'offre aucune autonomie quant au contenu obligationnel à l'égard de l'enfant.

En outre, ce regard croisé nous permet de constater que **le droit de la famille crée peu de liens entre son droit social et son droit privé.**

Ainsi, globalement, notre analyse ne nous permet pas de confirmer notre prémisse de départ. Malgré la présence du vocable et de certaines idées relevant de l'individualisme de la seconde modernité, le droit social et le droit privé de la famille, observés à l'aide de nos indicateurs, reconnaissent et supportent peu la mère au foyer pour ce qui fait d'elle, elle, et pas une autre. Le droit de la famille semble difficilement réconcilier, à tout le moins pour cet acteur, l'individualisme dans le cadre d'une dynamique conjugale et encore plus difficilement dans une dynamique familiale.

CONCLUSION

Cette recherche prend sa source, rappelons-le, dans le fait que des mères au foyer rapportent se sentir exclues, peu supportées ou reconnues, y compris par la politique familiale québécoise. Nous avons choisi de vérifier si, et comment, l'individualisation du droit québécois de la famille se vérifiait pour la mère au foyer. Pour ce faire, nous avons utilisé une approche socio-juridique et une méthodologie empirique, questionnant à l'aide d'indicateurs à la fois le droit privé et le droit social de la famille qui encadrent la mère au foyer.

L'utilisation de ces indicateurs reposait sur certains postulats inspirés des idées de Durkheim, de la sociologie de la famille et de la sociologie du droit. Notre questionnement présupposait que le droit québécois de la famille est un construit social qui peut être empiriquement observé, qu'il est traversé et influencé par les conditions de l'existence qui comprennent l'individualisme, tout autant qu'il participe lui-même à leur création et qu'il est responsable d'attribuer des droits et obligations aux individus dans l'objectif de soutenir à la fois l'intégration et la liberté des individus qui la composent, l'un ne s'opposant pas à l'autre. Dans cette posture, l'intervention du droit par l'imposition de normes, loin de brimer la liberté des individus, la rend possible.

C'est en tenant pour acquis ces postulats que nous avons établi un certain nombre d'indicateurs pour tenter de répondre à notre question de départ. Ainsi, dans un contexte social où la famille, l'enfant et les libres choix sont valorisés et où l'individu différent de l'autre est de plus en plus central comme objet et sujet du droit, nous avons cru logique de présumer que le droit québécois de la famille reconnaissait et supportait la mère au foyer dans ce qui fait d'elle elle, et pas une autre.

Le premier indicateur visait à cerner si le droit utilise l'individu comme unité de référence (au lieu du couple ou de la famille par exemple). Le second indicateur était destiné à découvrir si la mère au foyer est visée par le ou les droits. On voulait identifier « *la reconnaissance de la spécificité de chaque individu, le respect de son identité propre et donc une idée de différenciation entre les sujets* ». ⁵⁸⁴ Le troisième

⁵⁸⁴ P. ADAM, préc., note 75.

indicateur recherchait dans quelle mesure est reconnue l'autonomie de la mère au foyer, c'est-à-dire voir si la mère au foyer est la source de ses normes, de ses lois.

Nos observations ne nous ont pas amené à confirmer notre prémisse de travail. Ainsi, dans un contexte où des changements récents au droit de la famille répondent aux caractéristiques de l'individualisation, l'utilisation de nos indicateurs nous a permis de mettre en lumière certaines limites de cette individualisation du droit. Empruntant au langage de Déchaux⁵⁸⁵, notre étude démontre que l'individualisation du droit québécois de la famille, en ce qui concerne la mère au foyer, est plus un discours qu'une réalité vérifiable.

L'observation à l'aide du premier indicateur révèle que le droit québécois de la famille renvoie à plusieurs unités de référence, soit à un individu, au couple ou (bien que moins fréquemment en droit privé) à la famille. À la pluralité de l'unité de référence se rajoute l'absence de constance dans l'utilisation des termes tant entre le droit privé et social, entre les lois et même au sein de certaines lois. Il existe aussi une pluralité de visions de l'individu visé par le droit comme unité de référence : il est tour à tour considéré comme étant indépendant (entendu comme séparé des autres individus de sa famille), communautariste (entendu comme un individu qui se fond dans l'ensemble familial) ou, moins fréquemment, lié (entendu comme un individu en relation avec d'autres membres de sa famille). Nous observons aussi une tendance à ce que l'unité individuelle visée soit un enfant. Bien que le droit écrit, dans la loi ou les jugements, ne reconnaissent pas fréquemment l'interdépendance des individus, la présence de la mixité des unités de référence laisse soupçonner que le droit de la famille peut difficilement en faire fi.

L'utilisation du deuxième indicateur nous indique que le droit de la famille octroie peu de droits subjectifs pour reconnaître expressément la valeur de l'apport de la mère au foyer et pour répondre à ses besoins concrets. Le droit de la famille privé offre des recours qui peuvent compenser les mères au foyer pour les pertes économiques subies en raison au maternage. Cependant, ces recours, que l'on pense surtout à la prestation

⁵⁸⁵ J.-H. DÉCHAUX, préc., note 249.

compensatoire et à la pension alimentaire compensatoire, s'offrent inégalement selon que la mère au foyer soit mariée ou conjointe de fait et sont sujets à l'exercice d'une grande discrétion judiciaire. Or, nos observations sur l'exercice de cette discrétion nous amènent à conclure qu'elle est au mieux, créatrice d'insécurité et au pire, d'inégalités. Ces exemples sembleraient rejoindre l'affirmation de Jennifer Stoddart suivant laquelle les tribunaux, au Québec, ont plus souvent servi à diminuer le droit des femmes qu'à l'étendre⁵⁸⁶.

De plus, cette deuxième analyse nous indique que le droit privé de la famille présente une variabilité dans l'importance qu'il accorde à la nature et les dynamiques inhérentes aux relations conjugales et une constance en ce que les conséquences des raisonnements juridiques, particulièrement ceux qui touchent aux contrats, sont, le plus souvent, au détriment des mères. Un exemple qui illustre bien cette affirmation est que le fait que d'être en relation conjugale empêche les membres du couple d'intenter une poursuite l'un contre l'autre pour l'inexécution d'une obligation pendant la relation. Offrant un contraste, le fait d'être en couple ne change en rien l'application des règles de la formation ou du contenu obligationnel des contrats qui s'appliquent à la présence ou à l'absence de chartes de vie commune pour les conjoints de fait ou aux ententes conclues lors d'un divorce, qui sont toutes interprétées à travers le prisme traditionnel de la liberté contractuelle.

Vues autrement, ces conclusions indiquent que les droits et devoirs extrapatrimoniaux, qui s'appliquent durant la relation, sont conjoints et non exécutoires, alors que les droits patrimoniaux sont individuels et exécutoires. La nature première du droit de la famille, à tout le moins privé, pourrait être encore de départager la propriété individuelle de biens.

⁵⁸⁶ Cette affirmation est faite dans le contexte de son analyse de la relation entre le mouvement des femmes au Québec et l'émergence de nouvelles normes d'égalité des sexes depuis 1970. Elle donne, pour étayer son propos, les exemples de *Jeunes canadiens pour une civilisation chrétienne c. Théâtre du Nouveau Monde*, [1979] C.S. 83 ; *Daigle c. Tremblay*, [1989] 2 R.C.S. 530 ; *R. c. Morgentaler*, [1976] C.A. 172, [1976] 1 R.C.S. 616, [1988] 1 R.C.S. 30 et [1993] 3 R.C.S. 463 ; Jennifer STODDART, « Des lois et des droits. Considérations à propos d'un cheminement distinct », (1995) 36 *C. de D.* 9, aux p. 15 et 16.

Quant au droit social, bien qu'il assume que la mère au foyer puisse bénéficier de mesures universelles comme le crédit d'impôt pour le soutien aux enfants et, en théorie, les services de garde, nous pouvons affirmer que les champs d'application des lois sociales qui encadrent la famille ne sont pas conçus ou adaptés pour s'adresser directement et spécifiquement à la mère au foyer. En fait, la majorité du droit social de la famille ignore ou exclut spécifiquement la mère au foyer dans l'octroi de droits, la fiscalisation des mesures familiales étant central à cette conclusion. De plus, le gouvernement provincial a annoncé son intention de modifier les lois qui sont présentement modulées pour tenir compte de la situation personnelle de la mère au foyer. Finalement, aucune loi ne prévoit le droit à la compensation des pertes de revenus reliées au maternage. L'attribution d'une valeur économique à l'apport de la mère au foyer n'existe pas en droit social de la famille (bien qu'elle soit possible en droit de la responsabilité lorsqu'un recours est exercé contre un tiers).

Une autre conclusion découlant des observations du droit à l'aide du deuxième indicateur, est que les distinctions entre les individus actifs et non actifs ainsi qu'entre les individus économiquement favorisés et défavorisés semblent être plus déterminantes en droit social de la famille dans l'octroi de droits subjectifs que la distinction entre l'individu qui materne et l'autre qui ne materne pas. Notre recherche nous laisse soupçonner que le droit social de la famille viserait davantage le soutien au marché du travail et à la consommation qu'une valorisation ou une reconnaissance du maternage, la fiscalisation du droit social de la famille étant un facteur contributif déterminant à cette dynamique.

Finalement, tant le droit privé que social de la famille qualifie ou considère fréquemment la mère au foyer comme étant dépendante à l'égard de son conjoint ou de l'État. En revanche, le droit prend peu acte de la dépendance du conjoint ou de l'État à l'égard de la mère au foyer et de son apport. Le droit de la famille semble difficilement saisir les vases communicants qui peuvent exister entre l'individualisation de l'enfant, de la mère, de son conjoint et de l'État.

Le troisième indicateur met en lumière que le droit social de la famille offre très peu, voire de moins en moins, d'autonomie juridique pour la mère au foyer. Plusieurs dispositions législatives du droit social s'inscrivent dans un souci d'offrir plus de liberté

de choix aux individus mais la majorité de ces mesures ne s'appliquent pas à la mère au foyer et les mesures qui offraient des choix à cette dernière ont été modifiées. Quant au droit privé, on peut y voir, en ce qui concerne les relations entre les conjoints, une abondance de règles obligatoires pour certains et un vide législatif pour d'autres, ainsi qu'une absence de choix quant au contenu obligationnel à l'égard de l'enfant ou au partage de ces responsabilités qui peut en être fait au sein d'un couple.

De cette analyse, nous voyons que l'autonomie est fréquemment placée par le droit de la famille en opposition avec la solidarité ou la protection pour la mère au foyer, que des mesures universelles peuvent répondre au critère d'autonomie et que les silences ou exclusions du droit de la famille qui sous-tendent plusieurs de nos conclusions sont souvent présentés comme créant de la liberté individuelle.

Si, comme le soutiennent Renée Dandurand et Agnès Pitrou, la non-intervention est aussi une forme d'action et que les silences du droit affectent et influencent autant les individus que des mesures positives⁵⁸⁷, il est loisible de penser que ce droit, ou plus précisément ce non-droit, peut participer au sentiment d'exclusion et de non-reconnaissance des mères au foyer tout autant qu'il en est un exemple.

De plus, si l'individualisation du droit est plus intense pour certains acteurs familiaux et moins pour d'autres ou au mieux partielle, il est possible de croire que le droit québécois qui encadre la famille est un exemple du renforcement continué d'inégalités sociales tout autant qu'il y participe⁵⁸⁸.

Tout autant que l'utilisation d'indicateurs de l'individualisme s'est avérée utile pour identifier et analyser les enjeux du droit de la famille contemporain, ces indicateurs pourraient aussi être intéressants pour envisager le droit futur : à qui renverra le droit de demander une pension alimentaire? Y aura-t-il un droit de libre choix des parents quant aux services de garde? Le droit applicable aux conjoints de fait sera-t-il fondé sur la dépendance et la précarité de la mère ou sur le lien d'interdépendance

⁵⁸⁷ R. DANDURAND et A. PITROU, préc., note 221.

⁵⁸⁸ Notre conclusion rejoindrait ainsi celle de BECK et BECK-GERNSHEIM qui traitent d'un durcissement des inégalités qui est possible dans le processus d'individualisation, préc., note 3.

entre les membres de la famille? Tous les conjoints de fait se verront-ils imposer un partage des actifs ou y aura-t-il place à l'autonomie? Le droit d'exclusion de certaines années consacrées au maternage sera-t-il sauvegardé? Toutes ces questions pourraient être insérées dans la grille d'analyse de l'individualisme.

Cette méthode que nous avons utilisée a cependant une limite claire, due notamment à la très grande proximité entre le développement du droit et de l'individualisme : elle donne lieu à des conclusions qui portent sur le droit québécois de la famille observé qui ne peuvent pas être généralisées ou transposées automatiquement dans d'autres disciplines scientifiques qui s'intéressent à la famille ou à la mère au foyer.

Outre de nous permettre de procéder à l'analyse du droit à l'aide d'une méthode empirique, le plus grand avantage du concept de l'individualisme nous semble être qu'il permet l'observation et l'analyse du traitement juridique de la diversité des expériences et réalités individuelles qui peuvent autrement être cachées par les groupes conjugaux, familiaux ou générationnels. Il s'en suit qu'il facilite aussi l'examen de la diversité des liens qui peuvent exister ou pas entre certains individus. C'est notamment pourquoi il s'est avéré utile dans l'observation de la mère au foyer.

Cette observation de la mère au foyer est aussi d'intérêt en ce qu'elle nous permet d'enrichir et de raffiner les informations disparates et souvent un peu vieilles que nous avons de ce sujet du droit et permet de fournir des informations scientifiques à un champ de connaissances qui, autrement, est fréquemment occupé par l'opinion ou l'idéologie. Nous croyons que le plus grand avantage au fait de mettre en lumière ces 75 000 mères au foyer québécoises est de nuancer les distinctions, souvent plus fictives que réelles, entre celles-ci et les mères actives et aide ainsi à raffiner les observations qui portent sur toutes les mères et leur traitement juridique⁵⁸⁹. Rappelons

⁵⁸⁹ Notons à cet effet que dans le cadre de leur étude importante sur la parenté et le soutien des jeunes familles montréalaises, Dandurand et Ouellette suggèrent que des recherches portant sur la situation des mères au foyer pourraient, entre autres, permettre de mieux nuancer l'analyse faite de la solidarité qui s'organise autour des mères en emploi. R. B. DANDURAND et F.-R. OUELLETTE, préc., note 206, p. 361. Voir aussi Karine MOE et Dianna SHANDY, *Glass Ceilings and 100 – Hour Couples. What the opt-out phenomenon can teach us about work and family*, Athens, The University of Georgia Press, 2009, qui

que la prise en compte des mères au foyer permet de voir que la proportion du revenu d'emploi de toutes les mères en proportion du revenu de la famille se situe dans trois quarts des cas en bas de 50 % et qu'elle est de 0 à 25 % dans 39 % des cas.

Tout comme la recherche de Katherine Lippel et Claudyne Bienvenu portant sur l'indemnisation des victimes de lésions professionnelles⁵⁹⁰ nous a été utile dans l'analyse du traitement juridique de la mère au foyer, nous croyons que notre étude peut servir à des recherches portant sur le traitement juridique des nombreux individus actifs pour qui le maternage, tout comme les soins aux individus en perte d'autonomie, occupent une place importante. Ainsi, l'observation du traitement juridique des mères au foyer présente un intérêt scientifique non négligeable puisqu'elles sont engagées dans des activités qui sont à la fois centrales à la vie de famille et séparées des dynamiques de la propriété privée ou du marché de l'emploi, qui sont, comme nous l'avons vu, au cœur du développement du droit de la première et deuxième modernité respectivement.

Le fait d'utiliser la trame de fond des deux modernités a eu comme avantage de mettre en lumière la composante dynamique de l'individualisme et de permettre de voir les changements du droit dans ses contextes tout en laissant bien entrevoir les traces de l'individualisme de la première et deuxième modernité qui semblent toujours coexister. Nous croyons cependant qu'un des désavantages de présenter des résultats de recherche en reprenant trop souvent ces séparations fictives dans le temps est de sous représenter la continuité de certaines influences et de survaloriser la nouveauté et l'importance d'autres influences ou phénomènes.

Finalement, nous croyons que l'observation du droit social et privé de la famille tel qu'il s'applique à un individu qui en est le sujet, offre une manière nouvelle et

utilisent l'observation de mères au foyer dans le but de raffiner les observations portant sur les mères et le marché de l'emploi aux Etats-Unis.

⁵⁹⁰ K. LIPPEL et C. BIENVENU, préc., note 222.

complémentaire d'analyse du droit de la famille. La difficulté d'obtenir une prestation compensatoire ou une compensation pour un enrichissement sans cause, la conclusion d'ententes entérinées lors des ruptures qui prévoient un terme, la difficulté à négocier son statut et les obligations conjugales, l'absence de mesures et de services soutenant la garde relativement fréquente d'enfants par leur mère, lorsque considérées ensemble, dressent un portrait du droit de la famille qui est différent de celui qui apparaît lorsque chaque mesure est analysée séparément. Le droit gagne à être appréhendé en observant à la fois le droit privé et social notamment parce qu'en plus de permettre une analyse concrète, cette approche donne la possibilité d'émettre des conclusions plus larges sur le droit de la famille. Nous croyons que ces conclusions plus holistiques devraient cependant être testées par des regards plus spécifiques à chaque droit, une telle méthode d'allers-retours entre un regard global et spécifique, pouvant contribuer à la fois à l'avancement des connaissances sur le droit de la famille et à la formulation de suggestions pour rendre le droit plus intelligible pour le citoyen.

Plusieurs questions qui dépassaient le cadre de nos objectifs nous sont apparues lors de notre recherche. Pourquoi la question de l'encadrement juridique de la mère au foyer reste-t-elle tabou lorsqu'on la compare avec les questions de l'encadrement juridique des couples homoparentaux, de la revendication des pères de pouvoir agir différemment dans l'exercice de leur rôle parental⁵⁹¹ ou de l'appel à la reconnaissance juridique de l'État par le biais de la fiscalité du parent « non-gardien», qui constituerait, selon le Conseil de la famille et de l'enfance : « (...) une question de reconnaissance sociale à l'égard des personnes qui assument leurs responsabilités parentales (...) »⁵⁹²?

Au-delà des différences entre le droit privé et le droit social de la famille et quelles que soient les limites possibles ou souhaitables à l'individualisation du droit, il est possible de soupçonner que le droit de la famille soit aujourd'hui moins mobilisé par des acteurs qui voudraient voir valoriser le maternage et les mères qui l'accomplissent que par des acteurs ayant d'autres intérêts. L'individualisation du droit, particulièrement

⁵⁹¹ Voir notamment CONSEIL DE LA FAMILLE ET DE L'ENFANCE, préc., note 154.

⁵⁹² CONSEIL DE LA FAMILLE ET DE L'ENFANCE, préc., note 293, à la p. 43.

par l'octroi de droits subjectifs, semble intimement liée à la question plus large de la mobilisation du droit de la famille, notamment dans sa production. Nous croyons que ce travail pourrait se poursuivre en collaboration avec des politologues ou des sociologues autour de cette question.

Est-il souhaitable ou même possible que le droit de la famille s'individualise pour tous les membres de la famille?⁵⁹³ Est-il possible pour le droit d'intégrer tous les individus en permettant le plus de liberté? Notre travail pourrait aussi se poursuivre en proposant des modifications au droit de la famille en vue de répondre à la fois aux exigences de la logique interne du droit, tout autant qu'au contexte plus large où les individus aspirent à la fois à la liberté, l'égalité, l'autonomie et l'authenticité.

Une piste de réponse, en ce qui concerne les mères au foyer, pourrait être un encadrement législatif et réglementaire des services de garde qui réponde aux besoins et aux choix des mères au foyer. L'élargissement d'un droit collectif pourrait être un moyen instrumental et symbolique d'individualiser le droit de la famille au bénéfice de ce sujet.

Une autre piste de réponse pourrait résider dans la réorganisation du droit qui encadre tous les conjoints. Nous croyons que les travaux menés par Alain Roy sur le contrat relationnel, le rapport préparé par la Commission du droit du Canada en 2001 sur la reconnaissance et le soutien des rapports de nature personnelle entre adultes⁵⁹⁴, ainsi que les réflexions d'Irène Théry sur le sujet pourraient constituer une base pour l'identification des enjeux et des manières de concevoir des solutions juridiques à ce propos.

Intuitivement, nous soupçonnons, tout comme Théry l'avance, que la solution ne pourra pas résider dans un supermarché de droits individuels que les individus pourront choisir à leur gré. En effet, nous croyons que notre recherche laisse voir les limites de cette approche en mettant au grand jour le fait que le droit de la famille, bien que visant

⁵⁹³ I. THÉRY, préc., note 14.

⁵⁹⁴ COMMISSION DU DROIT DU CANADA, *Au-delà de la conjugalité. La reconnaissance et le soutien des rapports de nature personnelle entre adultes*, 2001.

à rester neutre et pluraliste, ignore tout de même en grande partie certains individus. Le droit de la famille québécois doit tenter de s'organiser de manière à intégrer tous les individus, et ce, malgré la mobilisation du droit par plusieurs groupes internes et externes à cette institution. Par ailleurs, le droit doit tenir compte de la volonté d'une bonne partie des individus de conserver une liberté de choix ou une autonomie quant aux règles qui s'appliquent à eux⁵⁹⁵. De surcroît, le droit doit être compréhensible aux citoyens censés le connaître. Nous croyons que le fait que les individus semblaient jusqu'à tout récemment confus quant à leurs droits et obligations en vertu du droit privé et social de la famille⁵⁹⁶ devrait nous amener vers une conception plus holistique des normes juridiques.

Une telle approche pourrait consister à imaginer un droit social et un droit privé qui reconnaîtraient qu'il existe pour tous les individus, mariés ou pas, deux manières de faire famille : l'une fondée sur l'indépendance des individus, l'autre sur l'interdépendance. Concrètement, le droit permettrait aux individus de se définir selon l'une ou l'autre de ces conceptions, tout en prévoyant, en l'absence de choix de la part des membres du couple ou dans le cas de mésentente entre les conjoints, une présomption établie selon certains critères, dont la présence d'enfants sous la responsabilité du couple.

L'aspect novateur serait que leur choix vaudrait autant pour le droit social que pour le droit privé et que le choix de se marier ou pas n'aurait plus d'importance juridique.

Ainsi, une déclaration d'indépendance des conjoints pourrait entraîner le fisc à considérer séparément les déclarations de revenus des conjoints et les mesures d'aide à la famille seraient octroyées aux deux parents, comme c'est le cas pour les parents ayant la garde partagée, selon une présomption de partage égal. Fait important, aucun avantage lors de la retraite ou du décès ne serait alors octroyé au conjoint par le droit

⁵⁹⁵ Voir notamment les résultats du récent sondage *Léger Marketing - Le Devoir*, en collaboration avec *The Gazette*, portant sur le versement d'une pension alimentaire dans le cas de conjoints de fait, paru dans *Le Devoir* du lundi, 15 novembre 2010, p. A4.

⁵⁹⁶ Voir notamment les résultats dans CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, préc., note 135.

social. De plus, le taux d'imposition de ces conjoints serait plus élevé pour refléter les coûts supplémentaires qu'implique l'absence de créanciers alimentaires pour la société. En matière de droit privé, chaque conjoint serait traité comme un étranger, permettant donc à l'un de pouvoir intenten un recours pour réclamer des dommages-intérêts de l'autre pendant la relation et au moment de la rupture sur une base autre que l'obligation de solidarité.

Les individus ayant fait une déclaration d'interdépendance se verraient quant à eux imposer une obligation de solidarité pendant et après la relation ainsi qu'une obligation de partager leurs actifs. Il serait donc logique d'imposer un niveau de taxation plus bas pour ces individus compte tenu de cette obligation de solidarité qui aurait pour effet de diminuer le fardeau de l'État. De plus, l'État serait alors obligé de verser à cet individu les produits de rentes du conjoint décédé.

Une telle approche aurait l'avantage de faire apparaître les individus interdépendants ou indépendants alors qu'ils étaient autrefois cachés sous le voile de la famille ou du couple, tout en rendant le droit de la famille plus cohérent et équitable.

BIBLIOGRAPHIE

Monographies, thèses, mémoires, rapports et notes

ADAM, P., *L'individualisation du droit du travail. Essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu*, Bibliothèque de droit social, tome 39, L.G.D.J. 2005.

AFEAS, *Les services de garde québécois : Consultations gouvernementales*, Mémoire présenté le 4 septembre 2003.

AFEAS, *Mémoire soumis à la CAS dans le cadre de la commission parlementaire sur le projet de loi 140 – loi sur l'assurance parentale*, 14 septembre 2000.

ALBERTSON FINEMAN, M., *The Neutered Mother, The Sexual Family and Other Twentieth Century Tragedies*, New York et Londres, Routledge, 1995.

ARIÈS, P. et G. DUBY, *Histoire de la vie privée, 1914-1984*, Paris, Éditions du Seuil, 1985-1987.

AUBRY, C. et C. RAU, *Droit civil français, tome VIII, 7^e éd.*, Paris, Librairies techniques, 1973.

BAILLARGEON, D., *Ménagères au temps de la crise*, Montréal, Éditions du Remue-Ménage, 1991.

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.

BAUDOIN, J.-L., *La responsabilité civile délictuelle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1985.

BECK, U. et E. BECK-GERSHEIM, *Individualization*, Londres, Sage, 2002.

BÉLIVEAU, N.-A., *La situation juridique de la femme enceinte au travail*, coll. «Relations industrielles», Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992.

BELLEAU, H., *Enquête qualitative sur les représentations de la conjugalité au Québec, Rapport rédigé pour Goldwater, Dubé, Montréal, Institut national de la recherche scientifique, Urbanisation, Culture et Société, 2008.*

BELLEAU, H. et C. HENCHOZ (dir.), *L'usage de l'argent dans le couple : pratiques et perceptions des comptes amoureux. Perspective internationale*, Paris, l'Harmattan, 2008.

BLACKMAN, D., *Pension pour les femmes au foyer*, Ottawa, Conseil consultatif canadien de la situation de la femme, 1985.

BOURDIEU, P., *La Noblesse d'État. Grandes écoles et esprit de corps*, Paris, Éditions Minuit, 1989.

CARBONNIER, J., « Prolégomènes », dans *Sociologie juridique*, 1^{ère} éd., Paris, P.U.F., 1978.

CHAMBRE DES NOTAIRES ET IPSOS SESCARIÉS, *Rapport de recherche : Sondage sur l'union libre*, octobre 2007, dossier 07-204.

COMMAILLE, J., *L'esprit sociologique des lois*, Paris, P.U.F., 1994.

COMMAILLE, J. et C. MARTIN, *Les enjeux politiques de la famille*, Paris, Éditions Bayard, 1998.

COMMISSION DU DROIT DU CANADA, *Au-delà de la conjugalité. La reconnaissance et le soutien des rapports de nature personnelle entre adultes*, 2001.

CONSEIL DE GESTION DE L'ASSURANCE PARENTALE, *Rapport sur le portrait de la clientèle du Régime québécois d'assurance parentale*, 2007.

CONSEIL DE LA FAMILLE ET DE L'ENFANCE, *Familles et fiscalité. Des remises en question*, 2008.

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*, 2008.

CONSEIL DE LA FAMILLE ET DE L'ENFANCE, *La politique familiale au Québec : visée, portée, durée et rayonnement*, 2007, version révisée 2008.

CONSEIL DE LA FAMILLE ET DE L'ENFANCE, *Transitions familiales. Le rapport 2005-2006 sur la situation et les besoins des familles et des enfants*, Avril 2007.

CORNU, G., *Droit civil. La famille*, 8^e éd., coll. « Domat », Paris, Éditions Montchrestien, 2003.

COTTERREL, R., *The Sociology of Law : An Introduction*, Londres, Buttersworths, 1984.

DANDURAND, R. B. et F.-R. OUELLETTE, *Entre autonomie et solidarité. Parenté et soutien dans la vie de jeunes familles montréalaises*. Rapport déposé au Conseil québécois de la recherche sociale (miméo), INRS, 1992.

D.-CASTELLI, M. et D. GOUBAU, *Précis du droit de la famille*, 5^e éd., Québec, P.U.L., 2005.

- DÉCHAUX, J.-H., *Sociologie de la famille*, coll. «Repères», Paris, la Découverte, 2007.
- DEFLEM, M., *Sociology of Law. Visions of a Scholarly Tradition*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- DE SINGLY, F., *La cause de L'enfant. Enfants. Adultes. Vers une égalité de statuts?*, Le tour du sujet, Paris, Universalis, 2004.
- DE SINGLY, F., *L'individualisme est un humanisme, La Tour d'Aigues*, Éditions de l'Aube, 2005.
- DE SINGLY, F., *Sociologie de la famille contemporaine*, 3^e éd., Paris, Armand Colin, 2007.
- DESLAURIERS, P. et J.-L. BAUDOIN, *La responsabilité civile*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003.
- DRAPEAU, M., *Grossesse, emploi et discrimination*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2003.
- DURKHEIM, É., *La famille conjugale. Cours de 1892*, coll. «Textes III», Paris, Éditions Minit, 1975.
- DURKHEIM, É., *Le Suicide*, Paris, Paris, P.U.F., 1930.
- DURKHEIM, É., *Leçons de sociologie : physique des mœurs et du droit*, Paris, P.U.F., 1950.
- DURKHEIM, É., *Les Règles de la méthode sociologique*, 16^e éd., Paris, P.U.F., 1967.
- DUVAL, M., *Etre mère au foyer à Montréal(...) quant on arrive de l'étranger*, pour le compte du Ministère des communautés culturelles et de l'immigration. Projet formulé et supervisé par DANDURAND, R. B. et F. R. OUELLETTE, Montréal, 1991.
- DUXBURY, L. et C. HIGGINS, *Work-life conflict in Canada in the New Millennium: A Status Report*, Healthy Communities Division, Santé Canada, 2003.
- FAGNAGNI, J., A. FAGNAGNI, C. MATH, C. MEILLAND avec la coll. De A. LUCI-GREULICH, *Comparaison européenne des aides aux familles*, Caisses d'Allocations Familiales, Dossier d'étude 112, 2009.
- FERRY, L., *Familles, je vous aime. Politique et vie privée à l'âge de la mondialisation*, Paris, XO éditions, 2007.
- FORTIN, S. et C. VINCENT, *Mémoire soumis à la Commission des affaires sociales à propos du Projet de loi no140, loi sur l'assurance parentale, et du projet de règlement de l'assurance parentale*, Montréal, Institut de recherche en politiques publiques, 2000.

FOUCAULT, M., *Histoire de la sexualité, tome 3 : Le Souci de Soi*, coll. «tél.», Paris, Gallimard, 1997.

GAUDREAU-DESBIENS, J.-F., *Le Sexe et le droit. Sur le féminisme juridique de Catherine Mackinnon*, coll. « Le droit aussi... », Éditions Liber et Yvon Blais, Montréal et Cowansville, 2001.

GAUTHIER, M. et J. CHARBONNEAU avec la collaboration de M. COTE, L. GAUTHIER, A.-A. BROUILLETTE et M. VULTUR, *Jeunes et fécondité : les facteurs en cause. Revue de la littérature et synthèse critique*, Institut national de la recherche scientifique, Urbanisation, Culture et Société, Montréal, Septembre 2002.

GIDDENS, A., *Modernity and self-identity. Self and Society in the Modern Age*, Stanford, Stanford University Press, 1992.

GILLIGAN, C., *In a Different Voice. Psychological Theory and Women's development*, Cambridge, Harvard University Press, 1982.

GODBOUT, L. et S. ST-CERNY, *Le Québec, un paradis pour les familles? Regard sur la famille et la fiscalité*, Québec, P.U.L., 2008.

HIRSCHAM, L., *Get to Work*, New York, Viking Adult, 2006.

INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Enquête sur les besoins et les préférences des familles en matière de services de garde*, 2004.

INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Rapport d'enquête sur les besoins des familles en matière de services de garde éducatifs*, 2001.

INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, « Répartition des travailleurs de 60 à 64 ans selon le statut d'emploi et le sexe », Tableau 4.8, dans *Données sociales du Québec*, Québec, 2009, *Données sociales du Québec*, 2009.

INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Travail et rémunération, Le marché du travail et les parents*, 2009.

INSTITUT VANIER DE LA FAMILLE et J. BARRETTE, *Conciliation travail-famille : qu'en savons-nous vraiment?*, 2009.

JARRY, J., *Les conjoints de fait au Québec : vers un encadrement légal*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008.

JOBIN, P.-G. et M. CUMYN, *La Vente*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007.

LACASSE, F. D., *Femmes au foyer : aspects économiques; le coût pour l'économie canadienne de l'absence d'une partie importante de la population féminine sur le*

marché du travail, Commission royale d'enquête sur la situation de la femme au Canada, Ottawa, 1970.

LAURIERS, P. et J.-L. BAUDOIN, *La responsabilité civile*, 6^e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2003.

LÉGER MARKETING – *LE DEVOIR*, en collaboration avec *THE GAZETTE*, sondage portant sur le versement d'une pension alimentaire dans le cas de conjoints de fait, paru dans *Le Devoir* du lundi, 15 novembre 2010.

Le Nouveau Petit Robert de la langue française, Paris, SEJER, 2009.

LUCAS, H., *Profession: Mère de famille*, Québec, Éditions Sylvain Harvey, 2006.

MACKINNON, C., *Feminism Unmodified, Discourses on Life and Law*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1987.

MAISON, D., *Femme au foyer. Expériences sociales*. Dossier d'études no. 92, Allocations familiales, Université de Bordeaux 2, 2007.

MARTUCCELLI, D. et F. DE SINGLY, *Sociologies contemporaines: Les sociologies de l'individu*, Paris, Armand Colin, 2009.

MARX, H., M. GAGNON TREMBLAY et MINISTÈRE DE LA JUSTICE ET SECRETARIAT A LA CONDITION FEMININE, *Les droits économiques des conjoints*, Sainte-Foy, Ministère de la Justice - Secrétariat à la condition féminine, 1988.

MINISTÈRE DE LA FAMILLE ET DES AÎNÉS, *Programme de soutien financier des haltes-garderies communautaires*, approuvé le 1er juin 2009.

MINISTÈRE DE LA FAMILLE ET DES AÎNÉS, *Situation des centres de la petite enfance, des garderies et de la garde en milieu familial au Québec en 2008. Analyse des rapports d'activités 2007-2008 soumis par les services de garde et les bureaux coordonnateurs*, Décembre 2009.

MINISTÈRE DE LA FAMILLE ET DES AÎNÉS ET DE LA CONDITION FÉMININE, *Un portrait statistique des familles au Québec*, 2005.

MOE, K. et SHANDY, D., *Glass Ceilings and 100 – Hour Couples. What the opt-out phenomenon can teach us about work and family*, Athens, The University of Georgia Press, 2009.

MORGAN STEINER, L., *Mommy Wars*, New York, Random House Trade Paperbacks, 2007.

MOUNIER, É., *Le Personnalisme*, 7^e éd., Paris, P.U.F., 1961.

NOREAU, P., « *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.

OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, Comité du droit des personnes et de la famille, *Rapport sur la famille, première partie*, Montréal, 1974.

OUELLETTE, M., *Droit de la famille*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1995.

PHILLIPS, P. et E. PHILLIPS, *Women and Work : Inequality in the Canadian Labour Market*, Toronto, James Lorimer and CO, 1993.

PINEAU, J. et M. PRATTE, *La famille*, Éditions Thémis, 2006.

PITROU, A., *Quelques réflexions autour des recherches actuelles sur les solidarités en France : vieux schémas, nouvelles interrogations*, Montréal, INRS, 2005, notes d'une présentation donnée à l'INRS le 21 mars 2005, disponible en format PDF partenariat-familles.inrs-ucs.quebec.ca/DocsPDF/APitroumars05.pdf.

PROJET-PARTAGE, *La situation des femmes mariées en séparation de biens lors de la dissolution du mariage : l'impact du jugement Poirier c. Globensky*, (10 avril 1986), Montréal, 1986.

PROULX, D., *La discrimination dans l'emploi*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993.

PROULX, M., *La femme et le travail : cinq millions de femmes : une étude de la femme canadienne au foyer*, Conseil consultatif canadien de la situation de la femme, Ottawa, 1978.

RÉGIE DES RENTES DU QUÉBEC, « Étude d'impact des pistes de solutions », présenté complément au document de consultation *Vers un Régime de rentes du Québec renforcé et plus équitable 2008*, 2009.

RÉGIE DES RENTES DU QUÉBEC, *Vers un régime de rente du Québec renforcé et plus équitable, 2008*.

REGROUPEMENT NAISSANCE RENAISSANCE, *Pour des prestations parentales universelles et décentes*, Octobre 2005.

ROCHER, G., *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, Montréal, Éditions Thémis, 1996.

ROCHER, G., *Notes de cours DRT 6530 (Sociologie du droit)*, 2006.

ROSE, R., *Reconnaître le travail des femmes auprès de leurs enfants. L'inclusion dans le régime de rentes du Québec*. Document de discussion soumis par les Groupes de femmes québécois associés à la Marche mondiale des femmes en l'an 2000, dans le

cadre du protocole d'entente UQAM-Relais-femmes. Document no.89, Publié par les Services aux collectivités de l'Université du Québec à Montréal, Relais-femmes et la Fédération des femmes du Québec, août 2000, révisé en décembre 2003.

ROSSEN CARDOZO, A., *Sequencing*, Minneapolis, Brownstone Books, 1986.

ROY, A. et J. CLOUET, *Étude des tendances jurisprudentielles et législatives en matière de pensions alimentaires*, Rapport présenté à la Direction de la perception des pensions alimentaires du ministère du Revenu du Québec, dans le cadre du projet de recherche intitulé « Analyse prospective de la clientèle du Programme de perception des pensions alimentaires. Première étape », décembre 2010.

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 soumis au Ministère de la Justice du Québec, 2008.

ROY, A., *La charte de vie commune, ou, L'émergence d'une pratique réflexive du contrat conjugal*, texte publié dans le cadre de la 10^e Conférence Albert-Mayrand tenue le 2 nov. 2006, Montréal, Éditions Thémis.

ROY, A. et V. LEMAY, *Le contrat conjugal : pour l'amour ou pour la guerre? Étude empirique des représentations professionnelles du contrat conjugal chez les juristes et les psychothérapeutes*, Montréal, Éditions Thémis, 2009.

ROY, A., *Le contrat de mariage réinventé. Perspectives socio-juridiques pour une réforme*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 92.

ROY, A. et J. JARRY, *Regards empiriques sur les pensions alimentaires entre ex-époux : État de situation et application simulée d'un modèle alternatif*, Rapport soumis au Ministère de la Justice du Québec, 2009.

THÉRY, I., « *Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée* ». Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au garde des Sceaux, ministre de la Justice, Éditions Odile Jacob, 1998.

STATISTIQUES CANADA, *Revised provincial table 2009. Labour Force Survey, unpublished data*, 2010.

STATISTIQUES CANADA, *Revised table 1976-2009. Labour Force Survey, unpublished data*, 2010.

STECK, P., *Droit et famille. Tous les droits*, Paris, Économica, 1997.

TAHON, M.-B., *Vers l'indifférence des sexes? Union civile et filiation au Québec*. Boréal, 2004.

TAHON, M.-B., *Vers l'indifférence des sexes? Union civile et filiation au Québec*. Boréal 2004.

TAYLOR, C., *The sources of the Self: The Making of the Modern Identity*, Cambridge, Harvard University Press, 1989.

THERRIEN, R. et L. COULOMBE-JOLY, *Rapport de l'AFEAS sur la situation des femmes au foyer*, Montréal, Boréal Express, 1984.

THÉRY, I., *Couple, filiation et parenté aujourd'hui*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1998.

TURNBULL, L., *Double Jeopardy. Motherwork and the Law*, Toronto, Sumach Press, 2001.

VAN PEVENAGE, I., sous la direction de DANDURAND, R. B., M. KEMPENEERS et coll., *Pour agir : comprendre les solidarités familiales. La recherche : un outil indispensable. Fiches synthèses de transfert de connaissances*, Montréal, partenariat Familles en mouvance et dynamiques intergénérationnelles, Montréal, INRS, 2009.

WADDAMS, S. M., *The Law of Damages*, Toronto, Canada Law Book, 1983.

ARTICLES DE REVUES ET D'OUVRAGES COLLECTIFS

ALLARD, F., « L'existence de la personne physique », dans Collection de droit 2010-2011, École du Barreau du Québec, vol. 3, *Personnes, famille et successions*, Montréal, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 31.

ARNAUD, A.-J., dans *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille, Colloque du Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé*, Université de Lille II, L.G.D.J., Paris, 1996, p. 4.

BAILLARGEON, D., « Les politiques familiales au Québec. Une perspective historique », 36 *Lien social et politique – R.I.A.C.*, 22.

BAUDOUIIN, J.-L., « Introduction », dans *Droits de la personne : Solidarité et bonne foi. Actes des Journées Strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures 2000*, Cowansville, Éditions Yvon Blais inc., 2000, p. 13.

BECK, U. et E. BECK-GERNSHEIM, « Individualization and Precarious Freedoms: Perspectives and Controversies of a Subject-oriented Sociology », dans P. HEELAS, S. LASH et P. 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.

BECK, U., « *Le conflit des deux modernités et la question de la disparition des solidarités* », (1998) 39 *Lien social et politiques – R.I.A.C.*15.

BICH, M.-F., « Petits éléments pour une réflexion polémique sur la solidarité en droit du travail », dans *Droits de la personne: Solidarité et bonne foi*, Actes des Journées Strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures 2000, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 93.

BRIÈRE, G. et P. BÉLIVEAU, « Réflexions à l'occasion d'une réforme », (1970-71) 73 *R. du N.* 57.

BUREAU, R., K. LIPPEL et L. LAMARCHE, « Développement et tendances du droit social au Canada (1940-1984) », dans I. BERNIER et A. LAJOIE (coord.), *Le droit de la famille social au Canada*, Commission royale sur l'Union économique et les perspectives de développement du Canada, vol. 49, 1986, p. 79.

BURGUIÈRE, A., « Les sciences sociales et la notion de solidarité familiale : un commentaire d'historien », dans D. DEBORDEAUX et P. STROBEL (dir.), *Les solidarités familiales en question*, Paris, L.G.D.J., 2003, p. 19.

CHARBONNEAU, J., « *La recherche sur les solidarités familiales au Québec* », (2004) 3 *La Revue française des affaires sociales* 173.

CIPRIANI, L., « La justice matrimoniale à l'heure du féminisme : analyse critique de la jurisprudence québécoise sur la prestation compensatoire, 1983-1991 », (1995) 36 *C. de D.* 209.

COMEAU, Y., D. TURCOTTE, A. BEAUDOUIN, J. CHARTRAND-BEAUREGARD, M.-E. HARVEY, D. MALTAIS, C. SAINT-HILAIRE et P. SIMARD, « L'économie sociale et le Sommet socioéconomique de 1996 le bilan des acteurs sur le terrain », 12-2 (2002) *Nouvelles pratiques sociales* 186.

COMMAILLES, J., « Les paradoxes de l'intime et du public », dans C. BURTON-JEANGROS, E. WIDMER et C. LALIVE d'EPINAY (eds.), *Interactions familiales et construction de l'intimité. Hommage à Jean Kellerhals*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 103.

CORBEIL, C., F. DESCARRIES, C. GILL et C. SÉGUIN, « Une pratique de la maternité : les femmes au foyer », dans R. B.-DANDURAND et F. DESCARRIES (dir.), *Mères et travailleuses. De l'exception à la règle*, Québec, Institut québécois de recherche sur la culture, 1992, p. 77.

DANDURAND, R. B., « Introduction », dans R. B. DANDURAND et F. DESCARRIES (dir.), *Mères et travailleuses. De l'exception à la règle*, Québec, I.Q.R.C., 1992, p. 9.

DANDURAND, R. B., « Les parentèles : un lieu privilégié des relations intergénérationnelles », (1998) 22-1 *Possibles* 63.

DANDURAND, R. B. et F.-R. OUELLETTE, « Famille, État et structuration d'un champ familial », (1995) 27-2 *Sociologie et Sociétés* 103.

DANDURAND, R. B. et A. PITROU, « Politiques familiales et vies de femme », (1996) 36 *Lien Social et Politique – R.I.A.C.*, 7.

DAVY, G., « Introduction », dans É. DURKHEIM, *Les Règles de la méthode sociologique*, 16^e éd., Paris, P.U.F., 1967, p. 37.

DÉCHAUX, J.-H., « Ce que l'individualisme ne permet pas de comprendre : Le cas de la famille », (2010) *Revue Esprit* 94.

DELPHY, C., « La maternité occidentale contemporaine : le cadre du désir d'enfant », dans F. DESCARRIES et C. CORBEIL (dir.), *Espaces et temps de la maternité*, Les Éditions du Remue-Ménage, 68.

DE SINGLY, F., « La cause de L'enfant » dans François DE SINGLY (dir.), *Enfants. Adultes. Vers une égalité de statuts?*, Le tour du sujet, France, Universalis, 2004, p. 8.

DE SINGLY, F., « L'éthique dans une « société individualiste », F.-R. OUELLETTE et R. JOYAL et R. HURTUBISE (dir.), *Famille en mouvance: quels enjeux éthiques?*, Québec, I.Q.R.C., P.U.L., 2005, 21.

DES ROSIERS, N., « La responsabilité de la mère pour le préjudice causé par son enfant », (1995) 36 *Les Cahiers de Droit* 61.

DIOTTE, S., « Bénévoles recherchés », dans *La Presse*, samedi, 19 juillet, 2008, p. V-14.

DRAPEAU, M., « La séparation de corps et le divorce : aspects généraux du traitement du litige conjugal », dans Collection de droits 2008-2009, École du Barreau du Québec, vol. 3, *Personnes, famille et successions*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 81.

DUBREUIL C. et B. LEFEBVRE, « L'ordre public et les rapports patrimoniaux dans les relations de couples », 40-2 (1999) *C. de D.* 345.

DUFFY, A. D., « The Traditional Path : Full-Times Housewives », dans A. DUFFY, N. MANDELL et N. PUPO, *Few Choices : Women, Work and Family*, Toronto, Garamond Press, 1989.

EEKELAAR, J., « Personal Obligations », dans M. MACLEAN (dir.), *Family Law and Family Values*, Onati International Series in Law and Society, Oxford et Portland Oregon, Hart Publishing, 2005, p. 9.

FRANKENHAEUSER, M., U. LUNDBERG, M. FREDRIKSON, B. MELIN, M. TUOMISTO, A.-L. MYRSTEN, M. HEDMAN, B. BERGMAN-LOSMAN et L. WALLIN, « Stress on and of the job as related to sex and occupational status in white-collar workers », (1989) 10 *Journal of Organizational Behavior* 321.

GAUTHIER, M., « L'union libre, un état de droit, un état de fait ou un état ambigu? » dans S.F.P.B.Q., *Nouveaux développements en droit familial: les aspects économiques d'une rupture*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 223.

GAVARINI, L., « Les configurations familiales : objet sociologique, diapositive psychique et point de friction éthique », dans F.-R. OUELLETTE, R. JOYAL et R. HURTUBISE (dir.), *Famille en mouvance: quels enjeux éthiques?*, Québec, I.Q.R.C., P.U.L., 2005, p. 41.

GONTHIER, C., « Droits de la personne: solidarité et bonne foi », dans *Droits de la personne : Solidarité et bonne foi*, Actes des Journées Strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures 2000, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 22.

GOUBEAU, D., « La conjugalité en droit privé : comment concilier « autonomie » et « protection? » », dans *L'Union civile, nouveaux modèles de conjugalité et de*

parentalité au 21^e siècle, sous la dir. de P.-C. LAFOND et B. LEFEBVRE, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 153.

GRASSBY, M., « Nouveau regard sur les contrats de mariage au Québec à la lumière de l'arrêt Hartshorne », dans S.F.C.B.Q., vol. 292, *Développements récents en droit familial* (2008), Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 45.

HARDILL, I. et J. VAN LOON, « *Individualization and "identity-risks" in dual-career households* », dans D. PERRONS, C. FAGAN, L. MCDOWELL, K. RAY et K. WARD (dir.), *Gender Divisions and Working Time in the New Economy. Changing Patterns and Work, Care and Public Policy in Europe and North America, Cheltenham et Northampton*, Edward Elgar, 2006.

HENRIPIN, J., « Un arbitraire tenace », dans L. GODBOUT et S. ST-CERNY, *Le Québec, un paradis pour les familles? Regard sur la famille et la fiscalité*, Québec, P.U.L., 2008, p. 48.

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.

JOYAL, R., « Comment et pour qui modifier les lois, ou l'art d'oublier le quoi et le pourquoi. L'exemple récent des modifications au droit québécois de la parenté et de la filiation », dans F.-R. OUELLETTE, R. JOYAL et R. HURTUBISE (dir.), *Familles en mouvance : quels enjeux éthiques?*, I.Q.R.C., coll. « Culture et Société », Québec, P.U.L., 2005, 157.

JOYAL, R., « Les obligations alimentaires familiales et les enfants : de l'exclusion horizontale à l'exclusion verticale », (1999) 33 *R.J.T.* 327.

KASIRER, N., « 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.

KASIRER, N., « *Convoler en justes noces* », dans P.-C. LAFOND et B. LEFEBVRE (dir.), *L'union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21^e siècle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 29.

KEMPENEERS, M. et M.-H. ST-PIERRE, « Discontinuités professionnelles et charges familiales », dans R. B. - DANDURAND et F. DESCARRIES (dir.), *Mères et travailleuses. De l'exception à la règle*, Québec, Institut québécois de recherche sur la culture, p. 45.

LE BOURDAIS, C. et É. LAPIERRE-ADAMCYK, « Portrait des familles québécoises à l'horizon 2020. Esquisse des grandes tendances démographiques. », dans G.

PRONOVOST, C. DUMONT et I. BITAUDEAU (dir.), *La famille à l'horizon 2020*, Québec, Presses de l'université du Québec, 2008.

LECKEY, R., « Families in the Eyes of the Law. Contemporary Challenges and the Grip of the Past », dans Institute for Research on Public Policy, 15-8 (2009) *Choices* 4.

LEFEBVRE, B., « L'union de fait », dans P.-C. LAFOND (dir.), *Personnes et Famille*, JurisClasseur Québec – Fascicule 28, Montréal, Lexis Nexis, 2010.

LEFEBVRE, B., « L'évolution de la notion de conjoint en droit québécois », dans P.-C. LAFOND et B. LEFEBVRE (dir.), *L'union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21e siècle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 3.

LEWIS, J., « The Changing Context for the Obligation to Care and to Earn », dans M. MACLEAN (dir.), *Family Law and Family Values*, Onati International Series in Law and Society, Oxford et Portland Oregon, Hart Publishing, 2005, p. 59.

LIPPEL, K. et C. BIENVENU, « Les dommages fantômes : l'indemnisation des victimes de lésions professionnelles pour l'incapacité d'effectuer le travail domestique », (1995) 36 *Les Cahiers de Droit* 161.

LIPPEL, K., « Assistons-nous à la gestion du social par la fiscalité? », dans D. DEMERS, G. LEBEL et G. VALOIS (dir.), *La gestion du social par la fiscalité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 145.

LUNDBERG, U. et M. FRANKENHAEUSER, « Stress and workload of men and women in high-ranking positions », (1999) 4 *Journal of Occupational Health Psychology* 142.

MACLEAN, M., « Introduction », dans M. MACLEAN (dir.), *Family Law and Family Values*, Onati International Series in Law and Society, Oxford et Portland Oregon, Hart Publishing, 2005, p. 1.

MALENFANT, R., « Concilier travail et maternité : un sens, des pratiques, des effets », dans F. DESCARRIES et C. CORBEIL (dir.), *Espaces et temps de la maternité*, Montréal, Éditions du Remue-Ménage, 2002, p. 478.

MARSHALL, K., « Les pères au foyer », (1998) *Perspectives*, no.75-001-XPF au catalogue de Statistiques Canada.

MARSHALL, K., « L'emploi après la naissance d'un enfant », (1999) *Perspective*, no.75-001-XPF au catalogue de Statistique Canada.

MARTIN, C., « Couple et famille au prisme des inégalités : le retour de la question sociale. », dans C. BURTON-JEANGROS, C. LALIVE D'EPINAY et E. WIDMER, *Hommages à Jean Kellerhals*, collection « Questions sociologiques », Paris, L'Harmattan, 2007, p. 113.

MARTIN, C., « *Les solidarités familiales : bon ou mauvais objet sociologique?* », dans D. DEBORDEAUX et P. STROBEL (dir.), *Les solidarités familiales en question*, Paris, L.G.D.J., 2003, p. 41.

MELKEVIK, B., « Penser le droit québécois entre culture et positivisme: quelques considérations critiques », B. MELKEVIK (dir.), *Transformation de la culture juridique québécoise*, Québec, P.U.L., 1998, p. 9.

MOISAN, L., « Femmes, à vos tableaux! », dans *La Vie en rose*, hors série, 2005, p. 58.

MOORE, B., « Les enfants du nouveau siècle (libres propos sur la filiation) », dans S.F.P.B.Q., 176 *Développements récents en droit familial (2002)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 75.

MOORE, B., « *Variations chromatiques : l'union de fait entre noir et blanc* », dans Généroza B. MIRANDA et B. MOORE (dir.), *Mélanges Adrian Popovici : Les couleurs du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 2010, p. 97.

MOSSMAN, M. J., « Le droit de la famille et l'aide sociale au Canada », dans I. BERNIER et A. LAJOIE (coord.), *Le droit de la famille social au Canada*, Commission royale sur l'Union économique et les perspectives de développement du Canada, vol. 49, 1986, p. 2.

NOREAU, P., « Préface », dans C. 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. XVIII.

NYMAN, C. et L. EVERTSSON, « Difficultés liées à la négociation dans la recherche sur la famille : un regard sur l'organisation financière des couples suédois », (2005) 2 *Enfances Familles, Générations* 18.

OTTENHOF, R., « Individualisation légale et individualisation judiciaire », dans Raynald OTTENHOF (dir.), *L'individualisation de la peine : de Saleilles à aujourd'hui*, Ramonville Saint-Agnes, Érès, 2001, p. 141.

OUELLETTE, F.-R., R. JOYAL et R. HURTUBISE, « Regards éthiques sur les transformations familiales », dans F.-R. OUELLETTE, R. JOYAL et R. HURTUBISE (dir.), *Familles en mouvance : quels enjeux éthiques?*, I.Q.R.C., coll. « Culture et Société », P.U.L., 2005, p. xvi.

PAHL, J., « Individualisation et modèles de gestion des finances au sein des familles », (2005) 2 *Enfances Familles Générations* 1.

PAILHÉ, A. et A. SOLAZ, « Inflexions des trajectoires professionnelles des hommes et des femmes après la naissance d'enfants », dans (2007) 90 *Allocations familiales*.

Recherches et Prévisions, Institut national d'études démographiques – Unité Démographique économique, p. 5.

PHILIPS-NOOTENS, S., « De l'enfant conçu à l'enfant programmé : quand la liberté s'égaré », dans F.-R. OUELLETTE, R. JOYAL et R. HURTUBISE (dir.), *Familles en mouvance : quels enjeux éthiques?*, I.Q.R.C., Collection Culture et Société, P.U.L., 2005, p. 177.

PRATTE, M., « Solidarité familiale en droit privé québécois : les principales tendances », *Actes des Journées Strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures 2000 : Droits de la personne : Solidarité et bonne foi*, Éditions Yvon Blais, p. 177.

PRATTE, M., « La situation juridique de la famille de 2020. Liberté, égalité, solidarité? », dans G. PRONOVOST, C. DUMONT et I. BITAUDEAU (dir.), *La famille à l'horizon 2020*, P.U.L., 2008, p. 401.

PRÉMONT, C., « Obligation alimentaire des parents à l'égard de leurs enfants majeurs : où tracer la ligne? », dans S.F.P.B.Q., *Développements récents en droit familial (2001)*, vol.158, p. 225.

RÉVILLARD, A., « Du droit de la famille aux droits des femmes : le patrimoine familial au Québec », (2006) 62 *Droit et société* 95.

ROCHER, G., « *Le droit canadien : un regard sociologique* », dans I. BERNIER et A. LAJOIE (coord.), *Le droit de la famille et le droit social au Canada, Rapport préparé pour la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada* (Commission MacDonald), ministre des Approvisionnement et Services Canada, 1986, p. 151.

ROSE, R., « Les femmes âgées et l'égalité économique », dans M. CHARPENTIER et A. QUNÉNIART (dir.), *Vielles, et après! Femmes, vieillissement et société*, Québec, Éditions du Remue-Ménage, 2009, p. 225.

ROSE, R., « Un fossé qui persiste », (2002) 675 *Relations* 23.

ROY, A., « La charte de vie commune, ou l'émergence d'une pratique réflexive du contrat conjugal », (2007) 41 *R.J.T.* 399.

ROY, A., « 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.* 447.

ROY, A., « Le contrat en contexte d'intimité », 47 (2002) *R.D. McGill* 855.

ROY, A., « Les contrats de mariage innovateurs », (1995) *R. du N.* 64.

ROY, A., « Préface », dans C. 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. XIIV.

SAINT-JACQUES, M.-C. et S. DRAPEAU, « Dans quel type de familles grandiront les enfants québécois en 2020? », *Un examen de la diversité familiale et des défis qui y sont associés*, dans G. PRONOVOST, C. DUMONT et I. BITAUDEAU (dir.), *La famille à l'horizon 2020*, Québec, P.U.L., 2008, p. 101.

SAVARD, A.-M., « Comment l'argument discriminatoire peut masquer la réalité », *Le Devoir*, vendredi, 4 février 2011.

SCHINDLER ZIMMERMAN, T., « Marital Equality and Satisfaction in Stay-At-Home Mother and Stay-At-Home Father families », (2000) 22 - 3 *Contemporary Family Therapy*, 337.

STODDART, J., « Des lois et des droits. Considérations à propos d'un cheminement distinct », (1995) 36 *Les Cahiers de Droit* 15.

THÉRY, I., « Changements des normes de la vie privée et de la sexualité : de la question individuelle à la question sociétale », dans G. NEYRAND, M. DUGNAT, G. RIVEST et J.-N. TROUVÉ (dir.), *Familles et petite enfance : mutations des savoirs et des pratiques*, Paris, Éditions Érès, 2006, p. 25.

THÉRY, I., « Individu, parenté et droits de l'homme », (2005) 2 *Enfances Familles, Générations* 379.

VIGNEAU, C., « Les rapports entre solidarité familiale et solidarité sociale en droit comparé », (1999) 1 *R.I.D.C.* 51.

ZAY, N., « Sécurité familiale et sécurité sociale », dans *Le droit dans la vie familiale, Livre du centenaire du Code civil*, Montréal, P.U.M., 1970.

TABLE DES JUGEMENTS

- Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143
- B. (S. D.) c. P. (J.)*, EYB 2004-55486 (C.S.)
- B. (D.) (Succession de)*, EYB 2008-152364 (C.S.)
- Bastien c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, [2004] R.D.F.Q. 322 (C.Q.)
- Beaudouin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2
- Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420
- C. R. c. J.B.*, [2005] R.J.Q. 1391 (C.A.)
- C.R. c. V.C.*, J.E. 2006-92 (C.S.)
- Couture c. Gagnon*, [2001] R.J.Q. 2047 (C.A.)
- D. (A.) c. M. (S.)*, EYB 2007-171875 (C.S.)
- Daigle c. Tremblay*, [1989] 2 R.C.S. 530
- Normand c. Vinet*, REJB 97-03376 (C.S.)
- Descôteaux c. Descôteaux*, [1972] C.A. 279
- Droit de la Famille – 102866*, [2009] R.J.Q. 2070 (C.S.) et EYB 2010-181371 (C.A.)
- Droit de la Famille – 12*, J.E. 83-132 (C.S.)
- Droit de la Famille – 13*, [1983] C.S. 42
- Droit de la Famille – 1355*, [1990] R.D.F. 598 (C.S.)
- Droit de la Famille – 1601*, [1992] R.D.F. 346 (C.A.)
- Droit de la Famille – 167*, [1984] C.S. 1047
- Droit de la Famille – 1769*, [1993] R.J.Q. 873 (C.S.)
- Droit de la Famille – 2058*, [1997] R.D.F.436 (C.A.)
- Droit de la Famille – 2145*, [1995] R.D.F. 179 (C.A.)
- Droit de la Famille – 2207*, [1995] R.J.Q. 1506 (C.S.)
- Droit de la Famille – 2366*, [1996] R.D.F. 321 (C.S.)

- Droit de la Famille* – 2445, [1996] R.D.F. 453 (C.A.)
- Droit de la Famille* – 2626, [1997] no. AZ 97-021253 (C.S.) (requête pour appel rejetée)
- Droit de la Famille* - 2760, [1997] R.D.F. 720 (C.S.)
- Droit de la Famille* – 3397, [1999] R.D.F.683 (C.S.)
- Droit de la Famille* – 35, [1983] C.S. 49
- Droit de la Famille* – 3683, [2000] R.D.F. 516 (C.S.)
- Droit de la Famille* – 46, [1983] C.S. 392
- Droit de la Famille* – 594, [1989] R.J.Q. 271 (C.A.)
- Droit de la Famille* – 599, [1989] R.J.Q. 522 (C.A.)
- Droit de la Famille* – 67, [1985] C.A. 135
- Droit de la Famille* – 996, [1991] R.D.F. 471 (C.S.)
- Droit de la Famille* 2207, [1995] R.J.Q. 1506 (C.S.)
- Frenière c. Vézina*, EYB 2010-169847 (C.S.)
- Gagnon c. Routhier*, [2000] R.D.F. 697 (C.S.)
- Godin c. Quintal*, REJB 2002-32391 (C.A.)
- Groulx c. Beaupré*, REJB 1999-15121 (C.S.)
- Hubert c. Commission scolaire Vaudreuil-Soulanges*, [1992] R.R.A. 524 (C.Q.)
- Jeunes canadiens pour une civilisation chrétienne c. Théâtre du Nouveau Monde* [1979] C.S. 83
- Kerr c. Baranow*, EYB 2011-186472 (C.S.C.)
- L. (C.) c. P. (J.)*, EYB 2003-51532 (C.S.)
- L. (M.) c. G. (G.)*, REJB 1998-06859 (C.S.)
- Lacroix c. Valois*, [1990] 2 R.C.S. 1259
- Lahaise c. Montréal (Ville)*, REJB 1999-13484 (C.S.)
- Lefrançois c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, D.F.Q.E. 2008F-75, (C.Q.)

Loi sur l'assurance-emploi, Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général), [2004] R.J.Q. 399 (C.A.)

M. c. H., [1991] 1 R.C.S. 3

M.B. c. L.L., [2003] R.D.F. 539 (C.A.)

M.T. c. J.-Y. T., [2006] R.D.F. 703

M.W. c. H.N.D., J.E. 2004-483 (C.S.)

Marchand c. Champagne, EYB 1991-74878 (C.S.)

M.E.M. c. P.L., [1992] R.C.S.

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

Moreira c. Laliberté, [2009] R.J.Q. 2070 (C.S.) inf. en partie 2010 QCCA 1978.

N.M. c. J.-C.F., J.E. 2005-12 (C.S.)

Normand c. Vinet, REJB 97-3376 (C.S.)

Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh, [2002] 4 R.C.S. 325

O.L. c. R. B., J.E. 2004-488 (C.S.)

P. (L.) c. S. (LO), EYB 2010-172837 (C.A.)

P.L. c. M. I., [2001] R.D.F. 319 (C.S.)

Peter c. Beblow, [1993] 1 R.C.S. 980

R. c. Morgentaler, [1976] C.A.172; [1976] 1 R.C.S. 616; [1988] 1 R.C.S. 30; [1993] 3 R.C.S. 463

Racine c. Harvey, J.E. 2005-1821 (C.A.)

Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.), EYB 2005-96592 (C.S.C.)

S.P. c. M.R., [1996] 2 R.C.S. 842

Soo c. Québec (Sous-ministre du Revenu), D.F.Q.E. 2009F-35, (C.Q.)

S.P. c. M.R., [1996] 2 R.C.S. 842

T. (R.) c. H. (N.), EYB 2008-129279 (C.A.)

Yelle c. Sherbrooke (Ville), EYB 2005-93473 (C.S.)

TABLE DE LA LÉGISLATION

Traités internationaux

Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1989, ratifiée par le Canada le 13 décembre 1991 avec approbation (appui du Québec : Décret 1676-91 du 9 décembre 1991 concernant la *Convention relative aux droits de l'enfant*, (1992) 124 G.O. II, 51)

Textes constitutionnels

Charte canadienne des droits et libertés 1 Partie 1 de la Loi Constitutionnelle de 1982, annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada, c. 11 (R.U.)

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., c. C-12

Textes fédéraux

Loi sur la procréation assistée, L.C. 2004, c. 2

Loi sur le divorce, S.C. 1967-68, c. 24

Loi sur le divorce L.R.C. (1985), c. 3 (2e suppl.)

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

Loi sur l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, c. 1 (5e suppl.)

Textes provinciaux autres que québécois

Le Family Relations Act, R.S.B.C. 1996

Loi sur les assurances, L.R.O., 1980, c. 218.

Textes provinciaux québécois

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

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 modifiant la Loi sur les régimes complémentaires de retraite, la Loi sur le Régime de rentes du Québec et d'autres dispositions législatives, L.Q. 2008, c. 21

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 en matière d'obligation alimentaire, L.Q. 1996, c. 28

Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant les conjoints de fait, L.Q.1999, c.14

Loi sur l'administration publique, L.R.Q., c. A-6.01

Loi sur l'adoption, L.R.Q., c. 1-7

Loi sur l'aide aux personnes et aux familles, L.R.Q. c. A-13.1.1

Loi sur l'assurance automobile, L.R.Q., A-25

Loi sur l'assurance parentale, L.R.Q. c. A-29.011

Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels, L.R.Q., c. I-6

Loi sur l'interprétation, L.R.Q., c. I-16

Loi sur la capacité de la femme mariée, L.Q. 1964, c. 66

Loi sur la protection de la jeunesse, L.R.Q, c. P-34.1

Loi sur le ministère de la Famille et des Aînés, L.R.Q., c. M-17.2

Loi sur le régime de rentes du Québec, L.R.Q., c. R-9

Loi sur le soutien du revenu et favorisant l'emploi et la solidarité sociale, L.R.Q., c. S-32.001

Loi sur les accidents de travail et les maladies professionnelles, L.R.Q., c. A-3.001

Loi sur les centres de la petite enfance et autres services de garde à l'enfance, L.R.Q., c. C-8.2

Loi sur les impôts, L.R.Q. c. I-0.3.

Loi sur les services de garde éducatifs à l'enfance, L.R.Q. c. S-4.1.1

Règlement sur l'aide aux personnes et aux familles, c. A-13.1.1, r.1

Règlement sur la contribution réduite, R.Q., c. S-4.1.1, r.1

Règlement sur la fixation des pensions alimentaires pour enfants, (1997) G.O. II, 958 (R.R.Q., C-25, r. 12)

Règlement sur la promesse et l'octroi de subventions, R.Q., c. A-6.01, r. 2

TABLE DES SOURCES INTERNETS

<http://www.ahgcq.org/>

<http://www.mfa.gouv.qc.ca/fr>

<http://www.rrq.gouv.qc.ca/fr>

<http://www.statcan.qc.ca>

<http://www.stat.gouv.qc.ca>

ANNEXE 1 : Revised provincial table 2009, Labour Force Survey, unpublished data, 2010

Total husband-wife families with at least one child under 16 at home, 2009

	Canada	NFLD	PEI	NS	NB	Quebec	Ontario	Manitoba	Sask	Alberta	BC
Couples, at least one child <16											
Total	2 740 140	39 010	11 575	66 600	57 790	611 165	1 110	93 920	80 465	318 190	350 485
Dual earners	1 834 235	23 045	8 215	45 310	40 495	430 025	940	65 095	60 295	209 530	224 680
Both full-time	1 311 305	19 045	6 490	33 390	31 915	329 335	532 990	45 100	42 055	131 635	139 345
Husb FT, Wife PT	441 335	3 415	1 405	8 905	6 930	82 575	162 690	17 505	15 970	68 900	73 040
Wife FT, Husb PT	50 315	335	225	1 110	905	11 335	21 230	1 530	1 360	5 705	6 580
Husb and Wife PT	22 455	F	F	475	265	5 350	7 565	610	775	2 205	4 985
At least one military	8 825	F	F	1 430	485	1 430	3 075	350	F	1 085	F
Single earners (SE)	779 100	12 365	2 880	17 730	14 395	149 490	328 070	25 655	18 050	98 755	111 710
SE father earner	591 430	7 665	1 865	12 625	9 840	109 840	242 390	21 165	14 585	82 595	88 855
Mother unemployed	96 445	1 825	520	2 515	1 940	19 400	43 615	2 610	2 020	9 845	12 165
Mother not in labour force	494 985	5 835	1 350	10 110	7 905	90 440	198 775	18 555	12 570	72 755	76 695
Permanently unable to work	10 205	F	110	295	460	1 740	5 495	F	F	F	1 295
Attending school	47 785	595	105	980	700	14 190	20 350	1 745	740	3 590	4 805
At home by choice	436 995	5 015	1 135	8 840	6 745	74 515	172 935	16 715	11 715	68 795	70 595
SE mother earner	187 670	4 705	1 015	5 105	4 555	39 650	85 680	4 490	3 460	16 160	22 855
Father unemployed	103 575	2 470	710	2 905	2 375	20 865	51 185	2 105	1 580	8 485	10 900
Father not in labour force	84 095	2 235	305	2 200	2 185	18 790	34 500	2 380	1 885	7 675	11 950
Permanently unable to work	11 450	480	F	435	260	1 690	5 580	285	F	755	1 790
Attending school	14 995	410	F	285	320	3 775	6 695	635	325	1 370	1 150
At home by choice	57 650	1 340	255	1 480	1 605	13 320	22 225	1 460	1 400	5 550	9 015
No earners	126 810	3 595	480	3 560	2 900	31 655	55 325	3 170	2 125	9 905	14 100
Total couples with at least one child <16	2 740 140	39 010	11 575	66 600	57 790	611 165	1 110	93 920	80 465	318 190	350 485
Dual earners	1 834 235	23 045	8 215	45 310	40 495	430 025	940	65 095	60 295	209 530	224 680
% of total couples	67	59	71	68	70	70	65	69	75	66	64
Single earners (SE)	779 100	12 365	2 880	17 730	14 395	149 490	328 070	25 655	18 050	98 755	111 710
% of total couples	28	32	25	27	25	24	30	27	22	31	32
Total SE couples with stay at home parent	494 645	6 355	1 390	10 320	8 350	87 835	195 160	18 175	13 115	74 345	79 610
% of total couples	18	16	12	15	14	14	18	19	16	23	23
Father earner, mother at home	436 995	5 015	1 135	8 840	6 745	74 515	172 935	16 715	11 715	68 795	70 595
% of total stay-at-home couples	88	79	82	86	81	85	89	92	89	93	89
Mother earner, father at home	57 650	1 340	255	1 480	1 605	13 320	22 225	1 460	1 400	5 550	9 015
% of total stay-at-home couples	12	21	18	14	19	15	11	8	11	7	11

Source: Labour Force Survey, unpublished data

F: too unreliable to be published

Note: Definition of stay-at-home parent is the same one used in the article "Stay-at-Home Dads", Perspectives, Spring, 1998.

ANNEXE 2 : Revised table 1976-2009, Labour Force Survey, unpublished data, 2010

Total husband-wife families with at least one child under 16 at home, 1976 to 2008		1976	1977	1978	1979	1980	1981	1982	1983	1984	1985	1986	1987
Couples, at least one child <16													
Total		2 831	2 848	2 829	2 826 955	2 820 135	2 766 825	2 767 090	2 750	2 743	2 748	2 736	2 705
Dual earners		540	590	285	2 826 955	2 820 135	2 766 825	2 767 090	420	345	340	655	825
Both full-time		1 020	1 054	1 113	1 171 540	1 226 205	1 272 330	1 219 030	1 238	1 293	1 367	1 452	1 478
Husb FT, Wife PT		745	455	820	1 171 540	1 226 205	1 272 330	1 219 030	900	055	210	725	080
Wife FT, Husb PT		673 295	684 015	723 580	759 495	777 305	811 930	764 395	770 540	833 050	865 210	938 615	972 170
Husb and Wife PT		329 180	349 955	369 270	392 035	425 480	435 020	425 555	434 490	425 140	466 070	477 460	468 650
At least one military		6 555	8 340	8 170	7 985	8 815	10 895	13 075	15 720	16 555	18 145	17 885	19 810
Single earners (SE)		6 355	6 450	5 755	6 360	8 845	9 095	10 655	13 485	12 575	12 655	14 380	12 710
SE father earner		1 656	1 630	1 554	5 670	5 765	5 385	5 355	4 675	5 730	5 130	4 390	4 745
SE mother earner		945	285	425	1 512 725	1 446 490	1 351 660	1 345 475	1 300	1 253	1 201	1 123	1 077
Mother unemployed		1 593	1 559	1 479	1 440 375	1 364 675	1 274 770	1 219 980	925	525	325	720	958 660
Mother not in labour force		94 635	108 015	115 315	108 755	100 505	112 980	130 670	142 800	151 300	153 585	142 765	138 765
Permanently unable to work		1 498	1 451	1 363	1 331 625	1 264 170	1 161 785	1 089 310	1 022	972 225	921 740	861 955	819 895
Attending school		460	895	855	2 220	2 475	2 510	2 285	2 585	2 360	1 980	1 925	2 665
At home by choice		29 865	26 555	24 830	22 200	26 415	24 525	27 180	26 055	24 785	27 150	33 325	32 740
SE mother earner		1 465	1 423	1 336	1 307 200	1 235 280	1 134 755	1 059 850	993 480	945 080	892 610	826 705	784 485
Father unemployed		745	200	365	72 345	81 815	76 895	125 495	135 300	129 700	126 385	118 685	119 250
Father not in labour force		63 850	70 375	75 255	39 330	46 020	43 770	84 650	91 240	88 945	84 210	74 885	71 325
Permanently unable to work		33 120	37 995	42 605	33 020	35 795	33 125	40 845	44 060	40 755	42 175	43 800	47 925
Attending school		30 725	32 380	32 650	5 800	6 510	3 430	3 880	4 695	4 700	4 945	5 655	6 075
At home by choice		5 985	5 035	4 875	4 670	4 480	4 400	6 025	7 290	7 325	5 780	6 880	8 760
No earners		4 130	4 775	5 270	22 550	24 810	25 055	30 945	32 070	28 725	31 455	31 265	33 090
Total couples with at least one child <16		20 610	22 565	22 505	142 690	147 440	142 830	202 585	211 300	197 070	179 415	160 530	149 835
Dual earners		153 850	163 850	161 040	2 826 955	2 820 135	2 766 825	2 767 090	2 750	2 743	2 748	2 736	2 705
% of total couples		2 831	2 848	2 829	2 826 955	2 820 135	2 766 825	2 767 090	420	345	340	655	825
Single earners (SE)		540	590	285	1 512 725	1 446 490	1 351 660	1 345 475	1 238	1 293	1 367	1 452	1 478
% of total couples		1 020	1 054	1 113	1 171 540	1 226 205	1 272 330	1 219 030	900	055	210	725	080
Total SE couples with stay at home parent		36	37	39	41	43	46	44	45	47	50	53	55
% of total couples		1 656	1 630	1 554	1 512 725	1 446 490	1 351 660	1 345 475	1 300	1 253	1 201	1 123	1 077
Father earner, mother at home		945	285	425	54	51	49	49	220	225	715	400	910
% of total stay-at-home couples		59	57	55	54	51	49	49	47	46	44	41	40
Mother earner, father at home		1 486	1 445	1 358	1 329 750	1 260 090	1 159 810	1 090 795	550	973 805	924 065	857 970	817 575
% of total stay-at-home couples		355	765	870	47	45	42	39	37	35	34	31	30
Father earner, mother at home		52	51	48	98	98	98	97	97	97	97	96	96
% of total stay-at-home couples		1 465	1 423	1 336	1 307 200	1 235 280	1 134 755	1 059 850	993 480	945 080	892 610	826 705	784 485
Mother earner, father at home		745	200	365	98	98	98	97	97	97	97	96	96
% of total stay-at-home couples		99	98	98	22 550	24 810	25 055	30 945	32 070	28 725	31 455	31 265	33 090
		20 610	22 565	22 505	2	2	2	3	3	3	3	4	4
		1	2	2	2	2	2	3	3	3	3	4	4

Source: Labour Force Survey, unpublished data
 Note: Definition of stay-at-home parent is the same one used in the article "Stay-at-Home Dads", Perspectives, Spring, 1998.

ANNEXE 2 : Revised table 1976-2009, Labour Force Survey, unpublished data, 2010

Total husband-wife families with at least one child under 16 at home, 1976 to 2008	1988	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
Couples, at least one child <16												
Total	2 722	2 760	2 760	2 782 645	2 765 915	2 763 030	2 768 830	2 778	2 795	2 785	2 759	2 741
Dual earners	655	995	090	2 782 645	2 765 915	2 763 030	2 768 830	510	735	040	990	890
Both full-time	1 566	1 635	1 637	1 629 760	1 595 045	1 616 505	1 645 585	1 692	1 711	1 751	1 760	1 781
Husb FT, Wife PT	680	665	870	1 063 325	1 041 475	1 063 910	1 092 945	195	580	440	415	785
Wife FT, Husb PT	1 029	1 086	1 085	1 063 325	1 041 475	1 063 910	1 092 945	1 129	1 137	1 158	1 185	1 208
Husb and Wife PT	940	950	125	518 170	501 595	493 800	494 390	320	020	510	885	050
At least one military	501 970	507 750	511 270	26 520	27 640	33 620	31 325	503 425	514 295	531 360	513 975	510 395
Single earners (SE)	16 750	22 090	20 830	15 190	18 335	18 725	18 900	33 175	34 335	35 115	33 800	34 945
SE father earner	12 310	12 240	14 530	6 560	6 005	6 450	8 030	18 525	18 905	20 030	20 330	19 890
Mother unemployed	5 710	6 635	6 110	971 755	969 185	947 915	923 770	7 755	7 030	6 425	6 430	8 505
Mother not in labour force	1 017	989 450	979 595	804 305	787 395	765 030	760 175	902 390	899 340	863 455	846 180	819 630
Permanently unable to work	890	873 560	845 070	148 680	143 590	136 650	136 400	747 315	745 870	718 975	698 820	683 885
Attending school	912 515	136 930	135 120	655 625	4 895	5 880	6 920	127 675	125 140	116 885	108 585	99 465
At home by choice	775 585	739 050	709 950	614 340	602 900	585 535	579 195	619 645	620 730	602 090	590 230	584 420
SE mother earner	3 900	3 405	4 095	35 400	36 005	36 960	37 665	9 085	8 005	9 980	10 250	11 320
Father unemployed	37 725	31 125	33 530	167 450	181 795	182 885	163 595	35 675	34 665	34 005	36 330	37 195
Father not in labour force	733 960	704 520	672 330	103 205	111 655	113 470	95 290	574 885	578 055	558 110	543 650	535 900
Permanently unable to work	105 375	115 890	134 525	167 450	181 795	182 885	163 595	155 075	153 470	144 475	147 365	135 750
Attending school	56 810	62 915	76 640	64 245	70 140	69 415	68 305	85 460	85 210	81 205	76 300	69 985
At home by choice	48 565	52 975	57 885	8 485	10 415	10 150	11 570	69 615	68 265	63 270	71 065	65 765
No earners	6 280	8 420	7 925	12 230	15 085	13 585	15 405	11 065	11 165	12 430	13 855	13 440
Total couples with at least one child <16	7 685	8 615	9 540	43 530	44 640	45 680	41 330	15 105	13 610	11 825	12 805	10 680
Dual earners	34 600	35 945	40 420	181 130	201 685	198 610	199 475	43 445	43 490	39 020	44 405	41 645
% of total couples	138 085	135 880	142 625	2 782 645	2 765 915	2 763 030	2 768 830	183 925	184 815	170 145	153 390	140 475
Single earners (SE)	2 722	2 760	2 760	1 629 760	1 595 045	1 616 505	1 645 585	2 778	2 795	2 785	2 759	2 741
% of total couples	655	995	090	59	58	59	59	510	735	040	990	890
Total SE couples with stay at home parent	1 566	1 635	1 637	1 629 760	1 595 045	1 616 505	1 645 585	1 692	1 711	1 751	1 760	1 781
% of total couples	680	665	870	59	58	59	59	195	580	440	415	785
Father earner, mother at home	58	59	59	971 755	969 185	947 915	923 770	61	61	63	64	65
% of total stay-at-home couples	1 017	989 450	979 595	35	35	34	33	61	61	63	64	65
Mother earner, father at home	890	899 450	899 450	971 755	969 185	947 915	923 770	902 390	899 340	863 455	846 180	819 630
% of total stay-at-home couples	37	36	35	35	35	34	33	32	32	31	31	30
Total SE couples with stay at home parent	768 560	740 465	712 750	657 870	647 540	631 215	620 525	618 330	621 545	597 130	588 055	577 545
% of total couples	28	27	26	24	23	23	22	22	22	21	21	21
Father earner, mother at home	733 960	704 520	672 330	614 340	602 900	585 535	579 195	574 885	578 055	558 110	543 650	535 900
% of total stay-at-home couples	95	95	94	93	93	93	93	93	93	93	92	93
Mother earner, father at home	34 600	35 945	40 420	43 530	44 640	45 680	41 330	43 445	43 490	39 020	44 405	41 645
% of total stay-at-home couples	5	5	6	7	7	7	7	7	7	7	8	7

Source: Labour Force Survey, unpublished data

Note: Definition of stay-at-home parent is the same one used in the article "Stay-at-Home Dads", Perspectives, Spring, 1998.

ANNEXE 2 : Revised table 1976-2009, Labour Force Survey, unpublished data, 2010

Total husband-wife families with at least one child under 16 at home, 1976 to 2008											
	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Couples, at least one child <16											
Total	2 734	2 714	2 705	2 695 285	2 679 415	2 742 665	2 701 700	2 704	2 743	2 740	2 740
Dual earners	225	025	720	2 695 285	2 679 415	2 742 665	2 701 700	330	625	140	140
Both full-time	1 792	1 785	1 800	1 798 235	1 814 130	1 879 100	1 850 310	1 885	1 900	1 834	1 834
Husb FT, Wife PT	425	510	570	1 798 235	1 814 130	1 879 100	1 850 310	160	435	235	235
Wife FT, Husb PT	1 234	1 235	1 247	1 252 195	1 284 540	1 338 535	1 331 490	1 362	1 369	1 311	1 311
Husb and Wife PT	570	055	960	478 020	467 985	466 580	449 710	045	770	305	305
At least one military	490 080	485 010	484 715	37 475	36 175	42 990	40 405	41 465	47 210	50 315	50 315
Single earners (SE)	37 915	36 340	37 480	21 860	16 250	19 235	19 530	18 205	18 825	22 455	22 455
SE father earner	18 815	19 025	20 780	8 690	9 180	11 765	9 175	9 975	9 130	8 825	8 825
Mother unemployed	11 045	10 085	9 640	773 735	756 315	757 075	746 305	719 145	745 770	779 100	779 100
Mother not in labour force	682 885	661 120	627 340	622 555	607 830	616 240	607 910	574 920	601 865	591 430	591 430
Permanently unable to work	92 230	98 910	102 280	111 860	101 255	96 645	87 160	83 765	83 125	96 445	96 445
Attending school	590 655	562 210	525 065	510 695	506 575	519 600	520 745	491 155	518 740	494 985	494 985
At home by choice	8 575	8 310	6 700	8 620	7 775	8 660	8 980	10 140	8 925	10 205	10 205
SE mother earner	42 005	41 090	38 020	39 645	33 475	43 790	45 015	42 560	44 755	47 785	47 785
Father unemployed	540 075	512 810	480 345	462 430	465 330	467 150	466 750	438 455	465 060	436 995	436 995
Father not in labour force	134 410	139 755	155 980	151 185	148 490	140 835	138 395	144 225	143 910	187 670	187 670
Permanently unable to work	61 510	67 670	80 410	77 895	74 890	68 155	62 410	60 785	66 270	103 575	103 575
Attending school	72 900	72 085	75 570	73 290	73 595	72 685	75 985	83 435	77 640	84 095	84 095
At home by choice	13 150	11 550	13 735	11 920	13 240	13 840	12 185	13 675	12 860	14 995	14 995
No earners	47 665	51 625	52 305	50 945	50 040	48 490	52 835	55 085	54 205	57 650	57 650
Total couples with at least one child <16	124 505	127 645	121 830	123 310	108 970	106 490	105 085	100 030	97 420	126 810	126 810
Dual earners	2 734	2 714	2 705	2 695 285	2 679 415	2 742 665	2 701 700	2 704	2 743	2 740	2 740
Single earners (SE)	225	025	720	2 695 285	2 679 415	2 742 665	2 701 700	330	625	140	140
% of total couples	1 792	1 785	1 800	1 798 235	1 814 130	1 879 100	1 850 310	1 885	1 900	1 834	1 834
Total SE couples with stay at home parent	425	510	570	513 375	515 370	515 640	519 585	549 540	519 265	494 645	494 645
% of total couples	66	66	67	19	19	19	19	18	19	18	18
Father earner, mother at home	540 075	512 810	480 345	462 430	465 330	467 150	466 750	438 455	465 060	436 995	436 995
% of total stay-at-home couples	92	91	90	90	90	91	90	89	90	88	88
Mother earner, father at home	47 665	51 625	52 305	50 945	50 040	48 490	52 835	55 085	54 205	57 650	57 650
% of total stay-at-home couples	8	9	10	10	10	9	10	11	10	12	12

Source: Labour Force Survey, unpublished data

Note: Definition of stay-at-home parent is the same one used in the article "Stay-at-Home Dads", Perspectives, Spring, 1998.

