

# QUELLE FAMILLE POUR LE XXI<sup>e</sup> SIÈCLE? : PERSPECTIVES QUÉBÉCOISES

**Benoît Moore\***

*L'auteur, autour du thème de l'avenir de la famille, explore deux manifestations de ce qu'il appelle «l'objectivation» de celle-ci. Ce phénomène, issu d'une pluralisation des modes de vie, s'illustre en un premier temps par l'éclatement de la filiation du à une certaine réification de la personne. D'un modèle binaire et sexué, copié de la nature, on accepte aujourd'hui tant la filiation unilinéaire qu'homosexuelle et on se rapproche d'une possible filiation trilinéaire. En ce sens, l'éclatement du modèle semble consommé. En un second temps, cette «objectivation» de la famille découle de la pluralité des types d'unions. L'auteur, tout en présentant sommairement la réglementation actuelle du mariage et de la récente union civile, soulève la question d'une éventuelle extension de «l'union de droit» dans la législation québécoise.*

## INTRODUCTION

Tenter de décrire une certaine famille pour le XXI<sup>e</sup> siècle, pourtant le nôtre, relève certainement plus d'une gageure que

---

\* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, avocat au Barreau du Québec. L'auteur tient à remercier ses collègues Christianne Dubreuil et Alain Roy pour avoir bien voulu lire et commenter une version antérieure de ce texte rédigé dans le cadre d'une conférence présentée au congrès de l'Académie Internationale de droit comparé tenu en juillet 2002. Ce texte a été initialement écrit à l'automne 2001, soit avant le dépôt du projet qui allait devenir la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, c. 6 (en vigueur depuis le 24 juin 2002). Même si les propos de l'auteur ont été adaptés à cette loi, la structure du texte, partiellement justifiée par le fait que seul le mariage créait des effets de droit n'a pas, elle, subie de modification.

d'un défi<sup>1</sup>. Encore faut-il pour cela, connaître ce qu'est la famille. Or déjà à ce seul niveau, la question pose un défi au juriste en ce que ce vocable même est flou et, étant un construit de l'homme, mouvant<sup>2</sup>.

Certes nous pouvons, afin de délimiter cette famille, nous concentrer sur la nature : la famille c'est le sang, quel que soit le degré : l'union à un auteur commun fonde la famille<sup>3</sup>. Cette famille sanguine [lorsqu'elle l'est réellement] semble être réduite aujourd'hui à un minimum absolu. Ainsi, en guise d'illustration, l'obligation alimentaire, en droit québécois, n'existe plus qu'entre parent en ligne directe au premier degré<sup>4</sup>, et il est maintenant possible de célébrer un mariage entre un oncle et une nièce ou une tante et un neveu<sup>5</sup>.

Le terme même de famille apparaît dans le Code civil au Québec seulement en 1964. Avant cette date on ne retrouvait dans le Code que des dispositions concernant le

---

<sup>1</sup> Voir : Pierre NOREAU, «Formes et significations de la vie familiale : des liens entre famille, espace public et le droit», dans *Démographie et famille – Les impacts sur la société de demain*, Québec, Conseil de la famille et de l'enfance, 2001, p. 45. C'est une opération particulièrement sensible également en ce que l'auteur court le risque de plaider pour ses convictions; il ne prédit alors plus, il souhaite : Jean-Jacques LEMOULAND, «Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ?», D. 1997. Ch. p. 133.

<sup>2</sup> Martha BAILEY, «Le mariage et les unions libres», texte déposé dans le cadre du projet de la Commission du droit du Canada sur les relations personnelles entre adultes ([www.lcc.gc.ca](http://www.lcc.gc.ca)) à la page 7; Françoise DEKEUWER-DÉFOSSEZ, «PACS et famille», (2001) *R.T.D.C.* 529, 531.

<sup>3</sup> Jean CARBONNIER, *Droit civil – 2 – La famille*, 20<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 1999, p. 10.

<sup>4</sup> Art. 585 C.c.Q.

<sup>5</sup> Art. 2(2) *Loi sur le mariage*, L.R.C. M-2.1.

mariage, les époux pris individuellement et la filiation<sup>6</sup>. Aujourd'hui la famille est omniprésente tant en droit québécois que canadien. Ainsi elle se retrouve dans le préambule de la *Déclaration canadienne des droits*<sup>7</sup>, dans la *Charte québécoise des droits et libertés*<sup>8</sup> et à plusieurs reprises dans le Code civil<sup>9</sup>. Cette famille qui prend maintenant l'attention du droit n'est jamais définie mais elle semble être, du moins principalement, une famille plus étroite : Un mari et une épouse ou un père, une mère et un enfant, et, depuis l'entrée en vigueur de la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*<sup>10</sup>, des conjoints, hétérosexuels ou homosexuels, unis civilement.

Les efforts du législateur, depuis les années soixante auront été orientés, certes, vers la protection de cette famille et tout particulièrement des enfants, mais également vers la consécration d'une égalité entre les membres de celle-ci. Égalité des époux dans l'administration de la famille et dans l'exercice de l'autorité parentale; égalité des enfants quelles que soient les circonstances de leur naissance<sup>11</sup>. Si cette égalité

---

<sup>6</sup> Jean PINEAU, *La famille – Droit applicable au lendemain de la «Loi 89»*, Montréal, PUM, 1983, p. 2.

<sup>7</sup> 8-9 Eliz. II, c. 44 (1960); L.R.C. (1985), App. II : «Le Parlement du Canada proclame que la nation canadienne repose sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu, la dignité et la valeur de la personne humaine ainsi que le rôle de la famille dans une société d'hommes libres et d'institutions libres».

<sup>8</sup> L.R.Q., c. C-12, art. 47 et 48.

<sup>9</sup> Voir entre autres : art. 394; 395; 397; 398; 399 C.c.Q. concernant l'administration de la famille.

<sup>10</sup> L.Q. 2002, c. 6.

<sup>11</sup> Voir sur cette question, entre autres : Albert MAYRAND, «Égalité en droit familial québécois», (1985) 19 *R.J.T.* 249; Danielle BURMAN, «Le déclin de la liberté au nom de l'égalité», (1990) 24 *R.J.T.* 461; Benoît MOORE, «La discrimination dans le droit québécois de la

entre les composantes de la famille semble aujourd'hui acquise, la quête de l'égalité devra peut-être maintenant s'orienter vers l'égalité de différents types de familles : monoparentale; recomposée; concubinaire; homosexuelle. Or, sur ce point, le droit est encore embryonnaire, le Code civil se limitant principalement, du moins en l'absence d'enfant, au couple «légitimé», soit par le mariage, soit par l'union civile<sup>12</sup>.

Le présent texte, initialement soumis à titre de rapport québécois pour les fins du congrès de l'Académie Internationale de droit comparé, porte sur cette nouvelle recherche d'égalité et vise à décrire ce qui nous semblent être les deux principales tendances sociales pénétrant actuellement le droit de la famille, soit l'éclatement de la filiation, entre autres issue des techniques d'assistance à la procréation et à « l'homoparentalité » (I) et la pluralisation des types d'unions (II). Ces deux tendances ont ceci en commun qu'elles participent à une « objectivation » du droit de la famille en forçant les juristes à remettre en cause le modèle unique traditionnellement fondé sur la nature d'une part et le mariage d'autre part.

### I. LA PROCRÉATION ASSISTÉE : VERS UNE PRIVATISATION DE LA FILIATION ?

L'évolution des techniques médicales modernes permet à l'Homme d'intervenir sur la personne humaine. Le hasard ou la

---

famille» dans Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS (dir.), *Droit à l'égalité et discrimination : aspects nouveaux*, Cowansville, Yvon Blais, 2002, 265.

<sup>12</sup> Et ce malgré l'article 61.1 de la *Loi d'interprétation*, L.R.Q. c. I-16 qui a pour effet d'inclure sous le terme « conjoint » les conjoints de fait à moins que le contexte ne s'y oppose. Or le code limite tout de même, généralement, les effets du couple aux époux et aux conjoints unis civilement. Seuls de rares articles (ex. : art. 15; 555 et 1938 C.c.Q.) incluent —expressément d'ailleurs— les conjoints de fait.

fatalité de la nature peut maintenant être, partiellement du moins, modifié, par la volonté de celui-ci. Les techniques de procréation assistée ouvrent donc la voie à un contrôle par l'homme du *devenir* du genre humain. Cette réalité nouvelle interroge l'ensemble des sciences humaines et impose au juriste d'adapter les règles de droit qui, prenant racine sur des vérités naturelles immuables, semblaient devoir perdurer. Si elles permettent de donner une progéniture à des couples stériles, elles portent également en elles les germes de dangers importants trop bien connus : eugénisme, commercialisation des gamètes, des embryons, voire du corps humain par la «location» de l'utérus ainsi que l'éclatement de la filiation<sup>13</sup>. C'est ce dernier élément qui retiendra notre intérêt.

En cette matière, qui est de compétence provinciale<sup>14</sup>, le législateur québécois est intervenu une première fois en

---

<sup>13</sup> Voir sur ce point : ORDRE DES INFIRMIÈRES ET INFIRMIERS DU QUÉBEC, *Nouvelles techniques de reproduction : Éléments de réflexion présentés à la Commission Royale dans le cadre de son programme de consultation publique*, Montréal, Ordre des infirmières et infirmiers du Québec, 1991, p. 6. Voir également les différents rapports sur la question de l'assistance à la procréation : CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Sortir la maternité du laboratoire*, Actes du forum international sur les nouvelles technologies de la reproduction tenu à Montréal en 1987, Québec, Gouvernement du Québec, 1988; COMITÉ DU BARREAU DU QUÉBEC SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *Les enjeux éthiques et juridiques des nouvelles techniques de reproduction*, Barreau du Québec, avril 1988. Au plan national : COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *La procréation médicalement assistée*, Document no 65, Ottawa, Ministère des approvisionnements et Services Canada, 1992 et tout particulièrement COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *Un virage à prendre en douceur*, 2 volumes, Ottawa, Ministère de Services gouvernementaux Canada, 1993.

<sup>14</sup> Au niveau fédéral un premier projet de loi fut présenté puis abandonné (*Loi concernant les techniques de reproduction humaine et les opérations commerciales liées à la reproduction*, Projet de loi

1980<sup>15</sup> puis une deuxième fois en 1994 lors de l'adoption du nouveau *Code civil du Québec*<sup>16</sup>. Il ajoute alors, dans le chapitre concernant la filiation par le sang, une section intitulée «De la procréation médicalement assistée». Ces dispositions visent principalement l'adaptation des règles du droit de la filiation à cette nouvelle réalité, l'interdiction des contrats de mère porteuse ainsi que la prise en charge de l'enfant né par ces interventions médicales<sup>17</sup>. Le législateur québécois a à nouveau modifié ce chapitre, en juin 2002, dans le cadre de la récente *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*.

Dans cette dernière réforme, le législateur étend le champ d'application de ces dispositions afin de rendre accessible, au nom de l'égalité, l'établissement d'un lien filial à certaines personnes. Ainsi le projet parental qui est à la source

---

C-47, 2<sup>e</sup> session, 35<sup>e</sup> législature, 1996). Récemment un nouveau Projet de loi fut présenté. Celui-ci vise à criminaliser certaines pratiques et à réglementer les différentes techniques usitées (*Loi concernant les techniques de procréation assistée et la recherche connexe*, Projet de loi C-13, 2<sup>e</sup> session, 37<sup>e</sup> législature, 51 Elizabeth II, 2002, deuxième lecture le 12 décembre 2002). Ce projet repose, entre autres, sur le principe de la subordination de ces techniques au consentement libre et éclairé (art. 2(d)). L'article 6 reprend l'interdiction de la rétribution des mères porteuses et, en cas de contravention, l'article 60 fixe à 500 000\$ l'amende maximale et à un emprisonnement maximal de 10 ans.

<sup>15</sup> Art. 586 C.c.Q. (1980) qui prévoyait : «Le recours en désaveu ou en contestation de paternité n'est pas recevable si l'enfant a été conçu par insémination artificielle, soit des œuvres du mari, soit des œuvres d'un tiers, du consentement des époux».

<sup>16</sup> Art. 538 à 542 C.c.Q.

<sup>17</sup> Sur les objectifs visés par ces dispositions du Code, voir : Monique OUELLETTE, *Droit de la famille*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 1995, p. 86.

de l'assistance peut dorénavant être celui d'une femme seule ou d'un couple de deux femmes (art. 538 C.c.Q.). Également, et dans le même esprit, l'assistance à la procréation n'est plus nécessairement médicale et, éventuellement contrôlée par l'État - d'où le nouveau titre de « procréation assistée ». L'assistance, peut ainsi être privée, voire être faite par la voie non pas d'un don de gamète, mais bien d'une relation sexuelle (art. 538.2 al. 2 C.c.Q.). En ce qui concerne la reconnaissance du lien filial, le Code civil étend à la procréation assistée les modes d'établissement de la filiation par le sang (art. 538.1 C.c.Q.) venant ainsi assurer la réalisation - du moins partiellement - du principe de l'article 522 C.c.Q. selon lequel tous les enfants, quelles que soient les circonstances de leur naissance, possèdent les mêmes droits et les mêmes obligations. En ce sens, les efforts déployés n'ont plus comme objectif de créer une apparence, même ouvertement fictive, de conformité à la réalité biologique, mais plutôt à assurer à l'enfant une filiation bilinéaire (A), tout en refusant, du moins pour l'instant, une filiation «trilinéaire» (B).

#### **A. La Recherche Relative d'une Filiation «Bilinéaire»**

L'article 539 C.c.Q. prévoit qu'il est impossible de contester la filiation d'un enfant pour un motif tenant au caractère assisté de celle-ci. Cette disposition signifie que la mère - par l'accouchement - ne peut nier sa maternité sur le motif que l'ovule ou l'embryon ne provient pas d'elle. Elle empêche aussi, et surtout, le conjoint de refuser sa paternité, ou la conjointe sa co-maternité, sur le motif qu'il ou elle n'est pas biologiquement lié à l'enfant. Mais encore faut-il s'assurer que la filiation du conjoint ou de la conjointe, qui a consenti au projet parental, soit établie. Or, puisqu'il est fréquent que celui-ci ou celle-ci ne soit pas génétiquement le parent de l'enfant, l'établissement d'un tel lien filial ne peut pas se faire par une preuve génétique. Elle devra nécessairement découler d'une intervention volontaire du conjoint ou de la conjointe, à moins que le lien de filiation puisse être établi automatiquement,

même contre le gré de celui-ci ou de celle-ci. Pour ce faire, on pourrait, comme certains auteurs le proposent, faire du consentement à la procréation assistée du conjoint ou de la conjointe de la mère une reconnaissance volontaire de filiation, en principe irrévocable, reconnaissance portée à l'acte de naissance<sup>18</sup>. Mais pour que cette solution, qui ne fait pas l'unanimité<sup>19</sup>, soit réellement efficace, le consentement du conjoint devrait être une condition *sine qua non* à la procréation médicalement assistée, ce qui n'est pas actuellement le cas<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> M. OUELLETTE, *supra* note 17 à la p. 88. C'était là une proposition de la Commission Royale d'enquête sur les nouvelles techniques de reproduction, *supra* note 13, recommandation no 82.

<sup>19</sup> Sonia LEBRIS, «Procréation médicalement assistée et parentalité à l'aube du 21<sup>e</sup> siècle», (1994) *C.P. du N.* 133, 153; Marie PRATTE, «Le nouveau *Code civil du Québec* : quelques retouches en matière de filiation», dans Ernest CAPARROS (dir.), *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1993, 291, 294.

<sup>20</sup> Toujours afin d'écartier la possibilité d'une filiation unilinéaire, une auteure (S. LEBRIS, *supra* note 19, 155) soulève la possibilité que l'article 538.2 al. 1 C.c.Q. n'interdise pas au tiers-donneur de réclamer un lien de filiation lorsqu'il n'y en a pas un autre d'établi. Dans ce cas, l'homme dont le sperme a été utilisé pourrait réclamer la paternité de l'enfant si celui-ci n'en détient aucune. Cette interprétation nous semble cependant devoir être rejetée. L'article 538.2 al. 1 C.c.Q. ne nous semble pas simplement écartier un recours au tiers, mais dénier tout fondement à un lien de filiation, sous réserve de l'al. 2, entre le donneur et l'enfant. Par ailleurs, l'article 539 C.c.Q. n'empêche plus expressément l'enfant de réclamer un autre état [qui serait éventuellement conforme à la réalité génétique]. Mais encore là, cette mention n'était peut-être pas nécessaire si l'on retient, comme nous le faisons, que l'article 538.2 C.c.Q. supprime toute possibilité de filiation autre. Personne ne peut donc, logiquement, réclamer un lien dont la loi nie expressément l'existence.



Le législateur a plutôt opté pour une présomption qui fait du conjoint marié ou uni civilement à la mère, le père ou la co-mère de l'enfant (art. 538.3 C.c.Q.). Cette présomption de filiation étant perçue comme une conséquence du devoir de fidélité, le conjoint peut tout naturellement désavouer l'enfant s'il prouve que celui-ci n'est pas issu de la procréation assistée, donc issu d'une relation extra-conjugale. Il peut également désavouer l'enfant s'il établit qu'il n'avait pas consenti à la procréation assistée. On crée ici, dans le contexte de la procréation assistée, un devoir de sincérité de la femme, devoir inexistant dans une situation de procréation naturelle et auquel on attribue la même sanction qu'à l'infidélité<sup>21</sup>.

La situation est plus problématique lorsque le couple, procédant à la procréation assistée, n'est pas marié. Le concubin ou la concubine n'est alors pas présumé être le père ou la co-mère de l'enfant, l'article 538.3 C.c.Q. ne s'appliquant qu'au mariage ou à l'union civile<sup>22</sup>, ce qui, en matière de procréation assistée hétérologue, comporte des risques particuliers. En effet, rappelons-le, lorsque le concubin ou la concubine n'est pas génétiquement lié à l'enfant, qu'il ne le reconnaît pas lors de la naissance et qu'il agit de façon à empêcher l'établissement d'une possession d'état, l'enfant se voit privé de filiation paternelle ou co-maternelle et n'obtient qu'une filiation unilinéaire. Cet enfant est alors traité inégalement en fonction du statut matrimonial de ses parents et

---

<sup>21</sup> Le consentement du conjoint n'est pas légalement nécessaire afin de permettre à la conjointe de recevoir des traitements visant une procréation médicalement assistée. Ce consentement ne fait qu'empêcher, en principe, le conjoint de désavouer l'enfant. Voir : COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *supra* note 13 à la pp. 44-45.

<sup>22</sup> Pors de la révision du Code civil, l'Office de Révision du Code civil, proposa d'étendre cette présomption aux époux de fait. Le législateur décida de renoncer à cette modification. Voir : Office de Révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, Québec, 1977, Livre II, Titre II, Chapitre I, art. 266.

ce malgré le principe général de l'article 522 C.c.Q. Il est en quelque sorte l'enfant naturel contemporain<sup>23</sup>.

Afin de limiter les conséquences néfastes de l'éventuelle filiation unilinéaire, le législateur, à défaut de forcer une reconnaissance de l'enfant - ce qui eut été difficile - prévoit, à l'article 540 C.c.Q. que «[l]a personne qui, après avoir formé un projet parental commun hors mariage ou union civile, ne déclare pas, au registre de l'état civil, son lien de filiation avec l'enfant qui en est issu engage sa responsabilité envers cet enfant et la mère de ce dernier»<sup>24</sup>.

Mais si cette recherche d'une filiation bilinéaire se voit potentiellement limitée dans un contexte où les parents sont conjoints de fait, elle est écartée lorsque le législateur reconnaît expressément qu'un projet parental peut être celui d'une femme seule (art. 538 C.c.Q.). Si celle-ci a recours à une clinique spécialisée [qui sera potentiellement contrainte d'accepter de lui offrir ses services sans quoi son refus pourrait être jugé discriminatoire aux termes de l'article 10 de la *Charte québécoise des droits et libertés*] l'enfant sera nécessairement condamné à une filiation unilinéaire. Si la mère recourt plutôt à l'assistance d'un ami par voie de relation sexuelle (art. 538.2 C.c.Q.) ce tiers géniteur aura un an à partir de la naissance afin de réclamer un lien filial avec l'enfant. Après quoi l'enfant n'aura, sous réserve d'une hypothétique adoption, qu'une filiation unilinéaire. Ce recul de l'objectif de la parenté «binaire» est d'autant plus surprenant qu'il provient de la réforme instituée par la loi sur l'union civile qui avait

---

<sup>23</sup> Voir : S. LEBRIS, *supra* note 19 à la p. 156.

<sup>24</sup> Cette disposition crée une responsabilité du concubin –probablement par l'obligation alimentaire- mais ne crée aucunement une présomption de paternité comparable à celle du mari ou du conjoint uni civilement. Voir, *contra* : S. LEBRIS, *supra* note 19 à la p. 153.

justement pour but, dans un contexte d'homoparentalité, d'assurer à l'enfant un lien filial bilinéaire<sup>25</sup>.

### **B. Le Refus d'une Filiation «Trilinéaire» en déclin**

La volonté d'éviter, en principe, l'établissement d'un lien filial excédentaire se comprend de l'article 538.2 C.c.Q. qui prévoit que «[l]'apport de forces génétiques au projet parental d'autrui ne peut fonder aucun lien de filiation entre l'auteur de la contribution et l'enfant issu de cette procréation». En d'autres termes, le parent génétique, par le biais d'un don de sperme ou d'embryon, ne peut, sur ce simple motif, réclamer un lien de filiation. Le Code civil, par cette disposition, opte donc pour une filiation sociale ou volontaire plutôt que pour une filiation génétique<sup>26</sup>. Il assure ainsi la maternité à la mère porteuse, par l'accouchement, et ce même si génétiquement l'enfant n'est pas le sien. Il en ira de même, du moins en principe, pour la paternité - ou maintenant la co-maternité - du conjoint.

Cette disposition de principe est complétée, voire garantie, par l'article 542 C.c.Q. qui prévoit que «[l]es renseignements nominatifs relatifs à la procréation médicalement assistée d'un enfant sont confidentiels». Cette question de la confidentialité des informations nominatives est certes l'une des plus contestée<sup>27</sup> en ce qu'elle est l'incarnation même du choix de parenté, du type de famille voulue<sup>28</sup>. Cette

---

<sup>25</sup> Sur les effets de cette réforme voir notre texte : Jacques AUGER, «Les enfants du nouveau siècle [Libres propos sur la réforme de la filiation]», dans *Développements récents en droit familial*, Cowansville, Yvon Blais, 2002, 75.

<sup>26</sup> Voir : Jacques BEAULNE, «Réflexions sur quelques aspects de la procréation médicalement assistée en droit des personnes et de la famille», (1995) 26 *R.G.D.* 235, 254.

<sup>27</sup> S. LEBRIS, *supra* note 19, à la p. 144.

<sup>28</sup> Monique OUELLETTE, «Le Code civil du Québec et les nouvelles technologies de reproduction» dans COMMISSION ROYALE SUR

confidentialité de principe rend ainsi efficace l'impossibilité, pour l'enfant, de prétendre à un lien de filiation avec le tiers donneur mais, par le fait même, l'empêche de connaître ses origines biologiques<sup>29</sup>.

Ce principe, contesté par certains<sup>30</sup>, contraste avec l'assouplissement dont fait preuve le législateur en matière d'adoption. Ainsi, malgré le principe de confidentialité des dossiers d'adoption (art. 582 C.c.Q.) et celui de la novation du lien de filiation (art. 577 C.c.Q.), le Code prévoit certaines situations où l'enfant peut retracer ses parents biologiques. Il en est ainsi, aux termes de l'article 584 C.c.Q., lorsqu'un préjudice grave risque d'être causé à la santé, physique ou

---

LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *Les aspects juridiques liés aux nouvelles techniques de reproduction*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1993, 603, 706.

<sup>29</sup> Il est à noter que le projet de loi sur la procréation assistée (précité, note 13) propose à son article 18(3) de donner à l'enfant la possibilité d'obtenir des informations permettant d'identifier le donneur si ce dernier y consent par écrit. Également, la Cour d'appel, dans une décision ordonnant à un homme de subir un test d'ADN afin de déterminer s'il est le père de l'enfant, a signalé l'existence et l'importance du droit de l'enfant à connaître ses origines : *A.P. c. L.D.*, [2001] R.J.Q. 16, 195 D.L.R. (4th) 354 (C.A.) [en appel devant la Cour suprême]. Cette décision a donné lieu à l'adoption de l'article 535.1 C.c.Q. qui permet au tribunal, dans le cadre d'une action relative à la filiation ordonner une analyse génétique. Dans l'hypothèse d'un refus injustifié de se soumettre à l'ordonnance, le tribunal pourra induire une présomption négative à l'encontre de la personne visée.

<sup>30</sup> Voir : M. PRATTE, *supra* note 19 à la pp. 293 et 299. La Commission de réforme du droit du Canada, dans son rapport, *supra* note 13, recommandait (recommandation no 17, p. 170) un système similaire à celui de l'adoption où la confidentialité peut être levée avec l'accord de l'enfant et du donneur ou de la donneuse.

psychologique<sup>31</sup> de l'enfant adopté ou de l'un de ses proches parents. Également, l'article 583 C.c.Q. prévoit la possibilité de lever cette confidentialité lorsque les parents biologiques ou l'enfant adopté désirent enclencher un processus de retrouvailles. Les renseignements peuvent alors être fournis par l'organisme responsable (le Centre de la protection de l'enfance et de la jeunesse - C.P.E.J. -) lorsque les parents biologiques et l'enfant adopté y auront consenti<sup>32</sup>. Il est prévu au dernier alinéa de l'article 583 C.c.Q. que ce consentement ne peut faire l'objet d'aucune sollicitation, ce qui n'empêche pas par ailleurs le C.P.E.J. d'informer une partie de la volonté de l'autre de procéder à des retrouvailles, démarche qui rend ainsi possible la rencontre d'intérêts<sup>33</sup>.

Si en matière d'adoption un système est implanté afin, non pas de favoriser, mais au le moins de rendre possible la recherche par l'enfant de ses origines biologiques, il en va donc autrement en matière de procréation assistée où cette recherche - sous réserve d'une exception sur laquelle nous reviendrons - est actuellement impossible. Cette apparente contradiction peut s'expliquer par de multiple motifs : la prise en compte du lien créé par la gestation entre la mère et l'enfant; la volonté de favoriser la procréation médicalement assistée et tout particulièrement les dons de gamètes, en empêchant le donneur

---

<sup>31</sup> Voir : Alain ROY, «L'adoption en droit québécois : Aspects civils et procédurax», dans *Répertoire de droit- Nouvelle série*, Chambre des notaires, doctrine – document no 4, 2000, no 151; Mireille D. CASTELLI et Dominique GOUBAU, *Précis de droit de la famille*, 3<sup>e</sup> éd., Québec, P.U.L., 2001, p. 196.

<sup>32</sup> Le consentement des parents adoptifs n'est pas nécessaire sauf si l'enfant est âgé de moins de 14 ans (art. 583 al. 2 C.c.Q.).

<sup>33</sup> Ce même alinéa prévoit que l'enfant mineur ne peut être informé de la volonté de ses parents biologiques. Sur ce sujet, voir : M. CASTELLI et D. GOUBAU, *supra* note 31 à la p. 197; A. ROY, *supra* note 31, no 143; *Droit de la famille – 27*, [1984] C.A. 526.

d'être *a posteriori* troublé par une demande de l'enfant ou encore la prise en compte de l'aspect altruiste de ces dons<sup>34</sup>.

La seule exception actuellement prévue à ce principe est lorsqu'un préjudice grave risque d'être causé à la personne issue d'une procréation assistée ou à l'un de ses descendants. Dans ce cas, l'alinéa 2 de l'article 542 C.c.Q. prévoit que le tribunal peut autoriser la divulgation des renseignements nécessaires mais uniquement aux autorités médicales. Cette dernière particularité rend cette exception partiellement inefficace lorsque le préjudice est d'ordre psychologique<sup>35</sup>. De plus, l'absence de réglementation imposant aux cliniques la conservation des informations rend impossible tant l'exhaustivité que la fiabilité des informations<sup>36</sup>.

Mais ce principe qui interdit au tiers géniteur d'établir un filial, assuré par une confidentialité de l'information, se voit aujourd'hui limité par la possibilité prévue à l'article 538.2 al.

---

<sup>34</sup> Sur ces justifications, voir: S. LEBRIS, *supra* note 19 à la p. 146; J. BEAULNE, *supra* note 26 à la p. 262; M. PRATTE, *supra* note 19 à la p. 298 et suiv. Les parents n'ont d'ailleurs aucune obligation – comme en matière d'adoption – de divulguer à l'enfant les techniques utilisées : M. OUELLETTE, *supra* note 28 à la p. 707.

<sup>35</sup> M. OUELLETTE, *supra* note 28 à la p. 707; M. OUELLETTE, *supra* note 17 à la p. 90.

<sup>36</sup> M. PRATTE, *supra* note 19 à la p. 300. La commission de réforme du droit du Canada recommandait dans son rapport (*supra* note 13, recommandation 17, p. 170) d'imposer aux cliniques le maintien de dossiers «permettant au médecin de relier le donneur ou la donneuse à la receveuse, tout en garantissant l'anonymat des parties». Cette recommandation est reprise dans le projet de loi sur la procréation assistée (précité, note 13). L'éventuelle loi imposerait donc aux cliniques la récolte d'information (art. 14) et la divulgation de celle-ci au ministère responsable (art. 15(2)) qui tiendrait un registre de ces informations (art. 17) et serait responsable de leur divulgation à l'enfant issu de la procréation médicalement assistée (art. 18).

2 C.c.Q. pour ce tiers géniteur d'établir un tel lien lorsque l'assistance a pris la forme d'une relation sexuelle. Ainsi, si le droit québécois ne reconnaît toujours pas un lien filial trilineaire, il reconnaît l'acte procréatif tripartite dans un contexte personnalisé et attribue à cette situation un régime de «lien filial *alternatif*» entre ces trois personnes. Une de celle-ci - le tiers géniteur - possède une option dont dépend l'avenir du lien filial du conjoint ou de la conjointe de la mère. C'est là accepter, dans les faits, une négociation de la filiation de l'enfant, une « réification » de la personne.

Si une telle relation procréatrice tripartite est reconnue dans le contexte d'un géniteur masculin, le droit québécois l'interdit par ailleurs dans celui de la maternité par substitution. L'article 541 C.c.Q. prévoit que «[l]es conventions de procréation ou de gestation pour le compte d'autrui sont nulles de nullité absolue»<sup>37</sup>. Cette disposition empêche donc les parties à ce contrat d'en demander l'exécution forcée au tribunal<sup>38</sup>, mais n'a évidemment pas pour effet de rendre impossible ou inexistante cette situation en pratique<sup>39</sup>. Dans une telle situation, la question de la filiation doit se poser.

Plusieurs cas d'espèces peuvent se présenter. Nous prendrons pour fins d'étude uniquement celui qui semble le plus propice à se produire, soit celui dans lequel le père biologique est celui qui désire l'enfant et qu'il le reconnaît à la

---

<sup>37</sup> Cette disposition vise tous les cas, soit celui où la mère porteuse est également mère génétique et le cas où elle n'assume que la gestation : M. OUELLETTE, *supra* note 28 à la p. 698.

<sup>38</sup> *Id.*

<sup>39</sup> Le législateur fédéral, à l'article 6 du projet de loi sur la procréation assistée (précité, note 13) propose de criminaliser le fait de donner une rétribution à une mère porteuse. Sur la question de la criminalisation de cette pratique, voir : Michelle GIROUX, «L'encadrement de la maternité de substitution au Québec et la protection de l'intérêt de l'enfant», (1997) 28 *R.G.D.* 523, 541.

naissance<sup>40</sup>. Cet homme est alors le père sur l'acte de naissance de l'enfant. Dans ce cas d'espèce, si la mère porteuse [mère gestative et, possiblement, mère génétique] désire garder l'enfant elle est reconnue mère juridique, puisque l'accouchement, par la voie du constat de naissance établi par l'accoucheur, détermine la maternité<sup>41</sup>. De plus, si la mère porteuse est mariée ou unie civilement, son conjoint est alors présumé le père ou la co-mère de l'enfant<sup>42</sup>. Mais qu'advient-il de la filiation de l'enfant lorsque la mère porteuse entend plutôt respecter volontairement son engagement et remettre l'enfant à la mère d'intention, conjointe du père biologique ? Certains auteurs ont soulevé la possibilité que l'adoption puisse régler cette situation en permettant à la mère d'intention d'établir un lien de filiation<sup>43</sup>. Or cela ne nous semble pas évident.

Le droit québécois connaît deux modes d'adoption par consentement. Le premier, qui est celui de principe, est l'adoption par consentement général. Il nécessite le consentement des deux parents, soit ici ceux de la mère porteuse et du père biologique (art. 551 C.c.Q.), et fait perdre à ceux-ci leur lien de filiation, ce qui n'est pas ici – tout au moins pour le père – le résultat escompté. Il faudrait alors que

---

<sup>40</sup> Aux termes de l'article 114 C.c.Q.

<sup>41</sup> Art. 111 C.c.Q. Voir: J. BEAULNE, *supra* note 26 à la p. 254; M. PRATTE, *supra* note 19 à la p. 301; M. GIROUX, *supra* note 39 à la p. 542. L'article 538.2 C.c.Q. ne modifie en rien cette solution. Le fait de porter un enfant ne constitue pas selon nous un apport de forces génétiques rendant impossible la création d'un lien de filiation. Une telle interprétation viendrait en effet nier le principe de l'article 541 C.c.Q. Voir à ce sujet : S. LEBRIS, *supra* note 19 à la p. 152.

<sup>42</sup> Art. 525 C.c.Q.; 538.3 C.c.Q. Voir: M. GIROUX, *supra* note 39 à la p. 545.

<sup>43</sup> Voir, entre autres : M. PRATTE, *supra* note 19 à la p. 302; M. GIROUX, *supra* note 39 à la p. 542; Michèle RIVET, «La vérité et le statut juridique de la personne», (1987) 18 *R.G.D.* 843, 850.



l'organisme administratif responsable trouve des parents adoptifs (au Québec, le Directeur de la protection de la jeunesse), collabore avec les parents d'intention et remet l'enfant au père biologique et à sa conjointe<sup>44</sup>. Cette solution ne nous semble pas possible pour deux raisons. Elle va à l'encontre du principe de l'article 543 C.c.Q. qui précise que l'adoption ne peut avoir lieu dans le but de confirmer une filiation déjà établie par le sang (ce qui serait le cas pour le père)<sup>45</sup> et, également, exigerait de l'administration publique qu'elle participe à une opération que la loi dénonce expressément à l'article 541 C.c.Q.

Le second mode est celui de l'adoption par consentement spécial. Cette forme de consentement permet aux parents de préciser spécifiquement et limitativement la personne qui pourra adopter l'enfant<sup>46</sup>. Aux termes de l'article 607 C.c.Q. (1980), ce consentement pouvait être donné en faveur d'un ascendant de l'enfant, d'un parent en ligne collatérale jusqu'au troisième degré ou du conjoint de cet ascendant ou de ce parent. La controverse consistait à savoir si le consentement spécial pouvait être fait en faveur du conjoint du père ou de la mère<sup>47</sup>. L'article 555 C.c.Q. répond maintenant à cette controverse en ajoutant que le consentement spécial «[...] peut également être donné en faveur du conjoint du père ou de la mère. Cependant, lorsqu'il s'agit de conjoints de fait,

---

<sup>44</sup> Voir : M. PRATTE, *supra* note 19 à la p. 302.

<sup>45</sup> Cette disposition vise à éviter que les parents utilisent l'adoption plutôt que les actions d'état afin d'établir clairement leur lien de filiation : A. ROY, *supra* note 31, no 12.

<sup>46</sup> A. ROY, *supra* note 31, no 44 et suiv.

<sup>47</sup> À ce sujet, voir : A. ROY, *supra* note 31, no 44; Mireille- D. CASTELLI, *Précis du droit de la famille*, 2<sup>e</sup> éd., Québec, PUL, 1990, pp. 184-185; M. RIVET, *supra* note 43 à la p. 852; J. PINEAU, *supra* note 6 à la p. 343; Monique OUELLETTE, *Droit de la famille*, Montréal, Thémis, 1984, p. 138.

ces derniers doivent cohabiter depuis au moins trois ans». Cette disposition est complétée par l'article 579 C.c.Q., selon lequel l'adoption de l'enfant par le conjoint du parent n'a pas pour effet de rompre le lien de filiation de ce dernier.

Ces dispositions peuvent donc clairement être utiles dans le cas - plutôt exceptionnel - où l'accouchement a lieu clandestinement<sup>48</sup>. Le père biologique qui a reconnu l'enfant peut alors donner un consentement spécial en faveur de sa conjointe, mère d'intention. Mais ces dispositions permettent-elles à la mère porteuse de consentir à son propre remplacement en faveur de la conjointe du père<sup>49</sup> ? Une décision semble, implicitement et dans un autre contexte, l'admettre<sup>50</sup>, même si cela ne semble pas la volonté initiale du législateur<sup>51</sup>.

Selon nous, et malgré que le libellé de l'article 555 C.c.Q. ne l'empêche pas, cette interprétation nous semble difficile à accepter dans la mesure où ce serait permettre indirectement une opération qui est expressément déclarée contre l'ordre public aux termes de l'article 541 C.c.Q. Par contre, comme l'a fait remarqué une auteure<sup>52</sup>, l'interdiction des conventions de procréation ou de gestation vise à protéger l'intérêt *a priori* de l'enfant, c'est-à-dire tenter de décourager

<sup>48</sup> S. LEBRIS, *supra* note 19 à la p. 158.

<sup>49</sup> Voir : M. PRATTE, *supra* note 19 à la p. 302.

<sup>50</sup> *Droit de la famille – 2802*, [1997] R.D.F. 891 (C.Q.).

<sup>51</sup> *Commentaires du ministre de la justice*, tome I, Québec, Publications du Québec, 1993. Sous l'article 555 C.c.Q. on lit ce commentaire : «Cet article reprend l'article 607 C.c.Q. (1980) et il en étend la portée de sorte qu'une personne puisse donner un consentement spécial à l'adoption de son enfant par *son concubim*» (nous soulignons).

<sup>52</sup> M. GIROUX, *supra* note 39 à la p. 544. L'article 543 C.c.Q. prévoit que l'adoption ne peut avoir lieu que dans l'intérêt de l'enfant et aux conditions prévues par la loi.

cette pratique et ainsi éviter qu'un enfant naisse dans une telle situation. Une fois qu'une telle convention existe et que la mère porteuse semble vouloir respecter son consentement, l'intérêt *a posteriori* de l'enfant demande peut-être que les personnes désirant réellement assumer le rôle de parents puissent le faire, et ainsi assurer à l'enfant une « filiation bilinéaire normale ». La question mérite certainement d'être débattue<sup>53</sup>.

Il ressort donc de ce que nous avons vu que si le législateur, face aux possibilités qu'offrent la procréation assistée, semble axer son régime sur *l'intérêt* de l'enfant, il reconnaît maintenant aux parents une marge de liberté, acceptant ainsi une certaine « privatisation » de la filiation. Cette modification en profondeur est tout particulièrement venue des revendications de la communauté homosexuelle au nom du principe de l'égalité, principe qui a aussi été mis au centre de la question concernant l'opportunité de réglementer les relations de type conjugal autres que le mariage.

## II. LA «DÉSACRALISATION» DE L'UNION : VERS UNE RÉGLEMENTATION DE L'UNION DE FAIT ?

Qu'est-ce que la famille ? Qu'est-ce que le couple ? Si ce ne sont pas là des interrogations nouvelles, elles prennent aujourd'hui avec, entre autres, l'éclatement de la famille traditionnelle et les revendications des couples homosexuels, un sens et une importance tout particuliers<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> En France, la jurisprudence considère que c'est là un détournement de l'institution de l'adoption et par conséquent la refuse. Voir : Ass. Plén. 31 mai 1991, D. 1991. 417; Cass. Civ. 1<sup>ere</sup>, 29 juin 1994, J.C.P. 1995, éd. Gén. II. 22362, note Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI.

<sup>54</sup> Voir entre autres : COMMISSION DU DROIT DU CANADA, *Au-delà de la conjugalité*, Ottawa, 2001 ([www.lcc.gc.ca](http://www.lcc.gc.ca)); Clotilde BRUNETTI-PONS (dir), *La notion juridique de couple*, Paris, Economica, 1998.

Traditionnellement, le modèle juridique de la famille reposait tout naturellement sur le mariage. Cette approche formaliste s'appliquait tant pour le couple lui-même que pour les enfants. En 1980, afin d'enrayer une certaine discrimination subsistante, le législateur québécois, par le biais de la réforme du droit de la famille, établit l'égalité entre les enfants, quelles que soit les circonstances de leur naissance. Également, l'Office de Révision du Code civil avait, dans son rapport déposé en 1977, proposé d'étendre, pour certains effets, la famille aux couples de fait<sup>55</sup>. Cette proposition fût rejetée tant en 1980 qu'en 1994. Le *corpus* du droit de la famille québécois, inclus dans le Code civil du Québec, n'intéresse donc que la famille-mariage ou union civile et la famille-filiation<sup>56</sup>. Après avoir exposé cette réalité juridique, (A) nous soulèverons la question d'une éventuelle réforme (B).

### A. L'union dans les faits et L'union dans le droit

---

<sup>55</sup> C'était l'article 49 du Chapitre VII, Titre I, Livre II (précité, note 21) qui étendait aux «époux de fait» l'équivalent des actuels articles 396 et 397 C.c.Q. prévoyant la contribution aux charges du ménage en proportion des facultés respectives et la solidarité envers les tiers pour les dettes contractées pour les fins du ménage.

<sup>56</sup> Et ce malgré l'article 61.1 de la *Loi d'interprétation*, précité note 12 qui a pour effet d'inclure sous le terme « conjoint » les conjoints de fait à moins que le contexte ne s'y oppose. Or le code limite tout de même, généralement, les effets du couple aux époux et aux conjoints unis civilement. Seuls de rares articles (ex. : art. 15; 555 et 1938 C.c.Q.) incluent –expressément d'ailleurs– les conjoints de fait. Voir : Pierre NOREAU, «Notions juridiques et réalité sociale : un éternel divorce ou un divorce nécessaire ? – Le cas du droit de la famille», (1999) 33 *R.J.T.* 307, 320; P. NOREAU, *supra* note 1 à la p. 59. Cet auteur fait remarquer que c'est en fait l'enfant qui est maintenant le réel élément fondateur de la famille.

On a beaucoup parlé et écrit ces dernières années sur la crise du mariage et le déclin de la famille traditionnelle. Les gens se marient moins et forment des unions de fait, le divorce est de plus en plus fréquent et le taux de natalité de plus en plus faible<sup>57</sup>. Même si ces réalités ne sont pas nouvelles, les différentes statistiques<sup>58</sup> démontrent qu'elles sont certainement plus importantes et révélatrices de changements de mentalités qu'il ne nous appartient pas ni de commenter ni d'analyser. Néanmoins, si nous pouvons soutenir que ces phénomènes ne sont pas nécessairement la critique du mariage<sup>59</sup>, ils sont peut-être, partiellement du moins, une réaction à un certain mariage; au modèle retenu par le législateur; à cette «[...] loi unique et pédagogique qui prétend dresser les mœurs»<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> Jacques COMMAILLE, «La construction du couple par les individus, la société et le politique. Approche sociologique», dans C. BRUNETTI-PONS, *supra* note 54 à la pp. 9, 12. L'auteur ajoute également l'accroissement des couples où les deux conjoints travaillent.

<sup>58</sup> En 1996, si 14% des couples hétérosexuels au Canada vivaient en union de fait c'est au Québec que le taux est le plus élevé (24%) [M. BAILEY, *supra* note 2 à la p. 29 ; Claudia P. PRÉMONT et Michèle BERNIER, « Un engagement distinct qui engendre des conséquences distinctes », dans *Développements récents sur l'union de fait*, Cowansvill, Yvon Blais, 2000, 1, 4 ]. En 1986, 10.8% des enfants avaient des parents vivant en union de fait et 74.7 % mariés, alors qu'en 1996 les taux sont respectivement de 20.5% et 63.6% [*Un portrait statistique des familles et des enfants au Québec*, Québec, Conseil de la famille et de l'enfance, p. 66. Le reste des enfants vivaient en famille monoparentale. Il est intéressant de constater que le taux n'a pas significativement changé (de 14.4% en 1981 il est passé à 15.9% en 1996)].

<sup>59</sup> Clotilde BRUNETTI-PONS, «L'émergence d'une notion de couple en droit civil» R.T.D.C. 1999. 27, 28.

<sup>60</sup> J.-J. LEMOULAND, *supra* note 1 à la p.134.

Au Québec, cette loi «unique et pédagogique» modélise l'union tant dans sa forme, en la limitant au mariage ou à l'union civile qui s'y copie, que dans son mode de fonctionnement, en lui réservant encore un caractère institutionnel et en lui imposant une conception associationniste. En cela la pédagogie prend plus le visage de la discipline.

(i) «L'union de droit» dans sa forme.

Si c'est au Québec qu'il y a le taux le plus important de couples vivant en union de fait, c'est paradoxalement [...ou logiquement] au Québec que ceux-ci sont le moins protégés [...ou réglementés]. Le couple, en droit civil, se limite donc généralement à celui dont les partenaires ont officialisé leur union, soit par le mariage, soit par l'union civile. Ce choix législatif emporte des effets importants non seulement en droit de la famille, mais également en droit des personnes et des successions<sup>61</sup>.

Cette ignorance législative des conjoints de fait n'est pas universelle. Ainsi, les différentes lois sociales et fiscales, tant provinciales que fédérales, poussées en cela par des décisions judiciaires qui invalidaient les dispositions limitant

---

<sup>61</sup> Ainsi en matière de droit des personnes, élément symbolique essentiel, seuls les conjoints mariés ou unis civilement jouissent d'une reconnaissance étatique. Le nom du conjoint de fait n'apparaît donc ni sur l'acte de décès, ni sur le certificat d'état civil de la personne (art. 93; 125-126; 146 C.c.Q.). Quant au droit successoral il ne reconnaît pas le conjoint de fait qui ne figure ainsi pas dans la succession *ab intestat* du défunt [Voir : Serge ALLARD, «Union homosexuelle», (1985) 26 *C. de D.* 451, 468. Par ailleurs le concubin, s'il est héritier et s'il résidait avec le défunt, a un droit de préférence quant à l'attribution de l'immeuble (évidemment en l'absence d'époux ou unis civilement) (art. 857 C.c.Q.)].

les avantages sociaux aux seuls conjoints mariés<sup>62</sup>, donnent maintenant aux conjoints de fait, tant hétérosexuels qu'homosexuels, les mêmes droits et avantages qu'aux couples mariés<sup>63</sup>. Mais là s'arrête essentiellement la reconnaissance du concubinage en droit québécois<sup>64</sup>. Cette non intervention du législateur peut être justifiée, et a certes été un jour motivée, par une conception morale de la famille. Pour certains, on doit promouvoir la procréation dans un cadre marital, garantissant ainsi le meilleur intérêt des enfants<sup>65</sup>. Pour eux, le mariage est la famille «socialement idéale»<sup>66</sup> et mérite d'être

---

<sup>62</sup> Voir entre autres : *Lemieux c. Théorêt*, [1999] R.J.Q. 1706, [1999] R.P.A. 738 (C.S. Qué.); *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, 29 C.R.R. (2d) 189 (S.C.C.).

<sup>63</sup> Voir pour le Québec : *Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant les conjoints de fait*, L.Q. 1999, c. 14. Pour le fédéral : *Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations*, L.C. 2000, c. 12. La définition de ce que constituent des conjoints de fait tourne toujours autour du critère de la vie maritale, mais le temps requis varie sensiblement d'une loi à l'autre. Ainsi un couple peut se voir reconnaître le statut de conjoints de fait aux termes d'une loi et ne pas l'être aux termes d'une autre. Nous y reviendrons.

<sup>64</sup> Sous réserve de l'article 61.1 de la *Loi d'interprétation* qui inclut les concubins dans le terme conjoint. Mais malgré cela seules de rares articles du Code civil visent les conjoints de fait. Par exemple l'article 15 sur le consentement aux soins, l'article 555 concernant le consentement spécial à l'adoption et l'article 1938 sur le droit au maintien dans les lieux dans le cadre du bail.

<sup>65</sup> Voir entre autres: Philippe MALAURIE, «Couple, Procréation et Parenté», dans C. BRUNETTI-PONS (dir.), *supra* note 54 à la p. 17.

<sup>66</sup> Don HENDY, «Strangers at law ? The treatment of conjoints de fait in the civil law of Québec and the development of unjust enrichment», (1995) 55 *R. du B.* 71, 77.

spécifiquement protégé<sup>67</sup>. Mais ces motivations semblent devoir être mises en doute lorsqu'il devient incontestable que les fonctions du mariage [procréation, soutien mutuel]<sup>68</sup> peuvent aussi bien se retrouver à l'extérieur de celui-ci et que le législateur reconnaît l'union civile dans ses lois sociales. Le refus d'intervention législative dans l'union de fait doit aujourd'hui plutôt s'expliquer par le libre choix que font les partenaires de ne pas se marier. Selon cette justification, les conjoints de fait qui refusent le mariage le font précisément dans le but de ne pas être encadrés par le régime primaire d'ordre public que prévoit le Code civil. Cela étant, le législateur ne doit alors pas intervenir dans le concubinage afin de préserver ce dernier bastion de la liberté contractuelle<sup>69</sup>.

Or comme on a pu le relever<sup>70</sup>, la justification à la non-réglementation de l'union de fait fondée sur la volonté doit être relativisée<sup>71</sup> en ce qu'il n'est pas certain que les futurs époux

---

<sup>67</sup> Par ailleurs il ne nous semble pas certain que de réserver un régime économiquement très directeur au mariage participe à sa protection, ce régime pouvant éloigner certains couples de l'institution. De plus étendre la conception associationniste du mariage à l'union de fait ne fragilise pas le modèle du mariage, mais au contraire pourrait le renforcer : J.-J. LEMOULAND, *supra* note 1 à la p. 135.

<sup>68</sup> Voir: M. BAILEY, *supra* note 2 à la p. 18.

<sup>69</sup> C.P. PRÉMONT, M. BERNIER, *supra* note 58 à la pp. 8 et 22; S. ALLARD, «Le concubinage», in *Chambredes Notaries du Québec, Répertoire de droit, Famille, Doctrine, doc. 3* (Montreal : 1993).

<sup>70</sup> Denis LAPIERRE, «Les contrats de vie commune», dans *Développements récents sur l'union de fait*, Cowansville, Yvon Blais, 2000, 31,33 ; José WOEHRLING, «L'impact de la Charte canadienne des droits et libertés sur le droit de la famille», (1988) 19 *R.G.D.* 735, 765.

<sup>71</sup> *Miron c. Trudel*, précité, note 62. Cette décision portait sur la limitation aux seuls conjoints mariés d'une indemnité d'assurance. Cette décision est intéressante en ce que la juge McLachlin [pour la



décident de se marier uniquement ou principalement pour être soumis aux effets légaux du mariage pas plus, qu'à l'inverse, les conjoints de fait décident de ne pas se marier pour ne pas y être soumis<sup>72</sup>. Au contraire, il se pourrait même, dans ce dernier cas, qu'une majorité d'entre eux considèrent qu'ils seront traités par la loi, après un certain temps, comme des conjoints mariés. Cette réalité - qu'il y aurait lieu de confirmer par une enquête empirique - est d'autant plus grave qu'elle crée un sentiment de fausse sécurité qui incite les concubins à ne pas conclure de convention de vie commune.

En dernière analyse, ce qui pose un problème et qui complique le débat est le fait de joindre, sous un même consentement, la volonté d'union et d'intégration au statut social et historique de l'institution du mariage, à la volonté de se soumettre aux effets juridiques et patrimoniaux de l'union. Cela est d'autant plus délicat que ces effets juridiques s'imposent en bloc aux époux, le choix se limite entre adhérer à tout ou adhérer à rien. En ce sens, ce consentement ne nous

---

majorité] relève que le choix de se marier n'est pas absolu (p. 498) et qu'il peut donc être discriminatoire de limiter certains avantages aux seuls couples mariés. Or, il y a quelque chose d'antinomique ici (le juge Gonthier, écrivant pour la minorité l'a d'ailleurs relevé à la page 456). En effet, on soutient que la non-application aux conjoints de fait du régime visant les couples mariés est discriminatoire alors qu'à l'inverse on refuse, au Québec, d'intervenir pour étendre aux conjoints de fait des effets du mariage –tel l'obligation alimentaire– afin de préserver la liberté des concubins (voir : Michelle GIROUX, Anouk LAURENT, «Portrait critique de l'union de fait en droit québécois», (1989) 20 *R.G.D.* 129, 137).

<sup>72</sup> Voir les propos de la juge L'Heureux-Dubé (dissidente) dans l'arrêt *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, 2002 CSC 83, par. 143. Également : *Miron c. Trudel*, précité, note 62, p. 471. Voir en droit français, concernant l'égalité de traitement entre le PACS et le mariage : Jean HAUSER, «Jurisprudence en matière de droit civil- Personnes et droit de la famille», (2002) *R.T.D.C.* 71, 76.

semble pas laisser suffisamment place à la nuance pour en tirer toutes les conséquences que certains lui prêtent. Certes, l'adoption du régime de l'union civile, institution libre de tout stigmatisme religieux, donne maintenant un choix supplémentaire aux conjoints, choix qui amenuise les conséquences symboliques du consentement<sup>73</sup>. Mais celles-ci existent encore. De plus, les effets de l'union civile étant les mêmes que ceux du mariage ils s'appliquent impérativement aux conjoints. Ce nouveau type d'union de droit basé sur la volonté n'enlève donc pas le fait que certains conjoints de fait, qui ne voulaient pas se soumettre à l'ensemble du régime légal ou encore qui ne voulaient pas assujettir leur union à une reconnaissance étatique, puissent nécessiter une certaine protection économique.

(ii) «L'union de droit» dans son contenu.

Non seulement le Code civil limite-t-il la notion de couple à ceux qui sont mariés ou unis civilement mais il donne à ces unions, et tout particulièrement au mariage, une signification bien précise. En un premier temps, malgré une laïcisation significative du mariage, celui-ci reste fondamentalement empreint d'une «gravité religieuse»<sup>74</sup>. Ainsi, il est, contrairement aux règles du droit des obligations, un contrat à perpétuité; le législateur marque clairement, même dans la *Loi sur le divorce*, sa préférence à ce que les conjoints restent unis<sup>75</sup>. Aussi il demeure, pour le moment du moins, interdit aux

---

<sup>73</sup> Voir sur le possible impact de ce nouveau régime sur la constitutionnalité de la non-réglementation de l'union de fait : Alain ROY, «Partenariat civil et couples de même sexe : la réponse du Québec», (2001) 35 *R.J.T.* 663, 685.

<sup>74</sup> J. CARBONNIER, *supra* note 3 à la p. 368.

<sup>75</sup> Voir par exemples les articles 9 et 10 de la *Loi concernant le divorce et les mesures accessoires*, L.R.C., c. D-3.4 qui prévoient que les avocats et le tribunal doivent, avant de demander ou d'octroyer le

couples de même sexe et est soumis à un cérémonial empruntant significativement à la liturgie du mariage (publication, échange des consentements, célébrant, témoins...). Si ces caractéristiques constituent probablement «[...] des vestiges historiques plutôt qu'une indication de la vitalité des valeurs religieuses par rapport au mariage»<sup>76</sup> il reste que les symboles sont là et qu'ils continuent à donner au mariage une dimension méta-juridique et sacralisante<sup>77</sup>, qui lui est indissolublement lié. Quant à la toute récente union civile, même si elle n'a pas le sens que seule peut procurer l'histoire, elle possède tout de même un caractère résolument institutionnel, caractère qui était d'ailleurs recherché par le législateur. En guise d'exemple, elle est fondée, tout comme le mariage, sur une obligation de fidélité (art. 521.6 C.c.Q.)<sup>78</sup> et la célébration de l'union civile suit les mêmes règles que celles du mariage (art. 521.3 C.c.Q.).

Or le législateur québécois uniformise plus encore le mariage dans ses effets patrimoniaux, en lui imposant une dominante associationniste. Le mariage est une entreprise commune qui, impliquant une interrelation et une interdépendance économique, doit se baser sur des principes de partage et d'égalité économique afin de protéger les conjoints contre les effets économiquement néfastes de cette réalité. De plus, le législateur, dans l'objectif de l'égalité des types d'union de droit, a étendu les effets du mariage à l'union civile

---

divorce s'assurer qu'il n'y a pas de possibilités de réconciliation entre les époux. Voir également : M. BAILEY, *supra* note 2 à la p. 13.

<sup>76</sup> M. BAILEY, *supra* note 2 à la p. 11.

<sup>77</sup> Ou «quasi sacré» : *Couture c. Gagnon*, J.E. 2001-1697 (C.A.), paragraphe 75.

<sup>78</sup> Même si cette obligation n'est plus réellement importante dans la mesure où la preuve d'une faute en général ou de l'adultère en particulier n'est plus nécessaire afin d'obtenir le divorce.

(art. 521.6 C.c.Q.). Tous deux, donc, comportent ce caractère associationniste tel que l'illustre le régime légal de la société d'acquêts<sup>79</sup>, les règles de la protection de la résidence familiale<sup>80</sup> ou encore celles de la prestation compensatoire<sup>81</sup>. Sous réserve du régime matrimonial ces règles, d'ailleurs, sont impératives (art. 391 C.c.Q.).

Mais c'est surtout le patrimoine familial qui constitue la consécration par excellence de cette conception du mariage. Cette institution, adoptée en 1989, s'applique à tous les couples mariés depuis le 1<sup>er</sup> juillet 1989 sans possibilité pour eux d'y déroger<sup>82</sup>. Aux termes de ces dispositions il y a partage égal, au moment de la dissolution du mariage, de la valeur nette des biens inclus dans le patrimoine familial. Ceux-ci sont, aux termes de la *liste limitative* de l'article 415 C.c.Q. : 1) les résidences de la famille ou les droits qui en confèrent l'usage ; 2) les meubles qui les garnissent et les ornent et qui servent à l'usage du ménage ; 3) les véhicules automobiles utilisés pour

---

<sup>79</sup> Ce régime juridique qui s'applique de façon supplétive a été adopté en 1969. Il est basé sur les principes d'indépendance dans l'administration de ses biens et dans le partage des acquêts (art.448 et suiv.).

<sup>80</sup> Art. 401 et suiv. C.c.Q. Essentiellement ces règles empêchent le propriétaire de la résidence familiale ou des meubles qui la garnissent ou la ornent de les vendre sans le consentement de son conjoint.

<sup>81</sup> Art. 427 C.c.Q. La prestation compensatoire est ni plus ni moins la transcription dans le mariage (ou l'union civile) de l'action en enrichissement injustifié.

<sup>82</sup> *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. Cette loi s'applique également aux personnes mariées antérieurement au 1<sup>er</sup> juillet 1989 sous réserve pour eux de s'être exclus de l'application de la loi par acte notarié avant le 31 décembre 1990 (art. 42 de la loi)[la loi prévoyait également d'autres exceptions à son l'application immédiate].

les déplacements de la famille ; 4) les droits accumulés durant le mariage au titre d'un régime de retraite. Ces biens sont inclus dans le patrimoine familial même s'ils ont été acquis avant le mariage. Par ailleurs sont exclus les biens reçus par l'un des époux en guise de succession ou de donation<sup>83</sup>.

Cette façon de rendre uniforme le mariage, et par conséquent la famille-couple, concourt probablement à l'éloigner de certains et en ce sens ne participe peut-être pas à sa protection en tant qu'institution. Certes, comme le démontre le professeur Noreau, la famille n'a jamais été uniforme à travers les âges et cette réalité aujourd'hui se retrouve, par exemple, dans la pluralité des types d'union (de fait, homosexuel, mariage) et dans la variété de *modus vivendi* économique de ceux-ci : si le mariage traditionnel, où un seul époux travaille existe encore, il ne correspondait plus en 1996 qu'à 18.9% des couples<sup>84</sup>. Plusieurs couples peuvent donc ne pas se retrouver dans le modèle légal de l'union très directif et mieux adapté au mariage traditionnel<sup>85</sup>. Mais le droit objective cette notion de famille et l'idéalise en lui attribuant, à défaut

---

<sup>83</sup> Le patrimoine familial ne donne aucun droit réel au conjoint non-propriétaire, il ne fait qu'octroyer un droit de créance éventuel (*Droit de la famille* – 977, [1991] R.J.Q. 904 (C.A.)). Ce droit est, en principe, équivalant à la moitié de la valeur nette des biens inclus au moment du partage, déduction faite des sommes versées sur ce bien par l'un des époux avant le mariage, ou encore pendant le mariage avec des fonds reçus par donation ou succession ou en emploi d'une telle somme ou d'un bien du patrimoine familial possédé avant le mariage (art. 417 et 418 C.c.Q.). Ce régime de «partage des profits du mariage» a priorité sur les régimes matrimoniaux et limite donc l'efficacité de la séparation de biens aux seuls biens non inclus dans le patrimoine.

<sup>84</sup> *Un portrait statistique des familles et des enfants au Québec, supra* note 58 à la p. 165.

<sup>85</sup> Voir : A. ROY, *supra* note 73, 664 et suiv.

d'une définition, une signification. Modifier la législation de la famille, en élargissant celle-ci, c'est modifier le rôle que le droit, l'État, se donne dans celle-ci<sup>86</sup>. Si, comme nous l'avons vu, la volonté du législateur de protéger le maintien du lien marital et de défendre son caractère institutionnel, perdure encore aujourd'hui, force est d'admettre qu'il est concurrencé, inévitablement, par celui de protéger les composantes de la famille en cas de désunion, et c'est d'ailleurs pourquoi le régime du mariage a été étendu à l'union civile. Or, cet objectif de protection économique, pour être atteint, nécessite peut-être une réorientation de la notion même de famille-couple, qui devrait dépasser le seul régime volontaire.

### **B. Pour un Élargissement de «l'union de droit»**

Si le législateur favorise un modèle particulier d'union de droit, celui de l'union-association, c'est dans le but de compenser pour les inégalités économiques que le mode de vie du couple, que l'interdépendance économique, a pu causer<sup>87</sup>. Or, bien des unions de fait fonctionnent sur un modèle semblable à celui du mariage ou de l'union civile<sup>88</sup>. Malgré cela, certains sont d'avis, nous l'avons vu, que la non réglementation de l'union de fait est nécessaire afin de protéger le dernier bastion de la liberté et

---

<sup>86</sup> Le professeur Noreau fait une démonstration saisissante de cette idée. Il relève trois phases à la législation québécoise en matière de famille : 1. Le temps de la lignée où la famille «[...] tourne largement autour de la transmission du patrimoine» (p. 51); 2. Le temps du couple; 3. Le temps de l'enfant (*supra* note 1 à la p. 50 et suiv.)

<sup>87</sup> Sur cette idée que le mariage peut créer ou accélérer une vulnérabilité économique de l'un des conjoint : M. BAILEY, *supra* note 2 à la p. 21.

<sup>88</sup> À bien des égards l'union de fait se copie effectivement sur le mariage : J. CARBONNIER, *supra* note 3 à la p. 701; J. LEMOULAND, *supra* note 1 à la p. 135.

de la différence<sup>89</sup>. D'autres sont plutôt d'avis que la limitation du régime légal aux seuls conjoints mariés constitue une discrimination à l'égard des conjoints de fait. C'est ce que la jurisprudence a décidé, à plusieurs reprises, à propos des avantages prévus dans les différentes lois sociales<sup>90</sup>, ce qui a amené les législateurs tant fédéraux que provinciaux à étendre ces lois aux concubins hétérosexuels et homosexuels. Certains tribunaux ont décidé dans le même sens, plus récemment, pour plusieurs effets du mariage, tel l'obligation alimentaire entre époux<sup>91</sup>, la vocation à la succession *ab intestat* de l'époux<sup>92</sup> et la loi sur le partage des biens familiaux<sup>93</sup>. Dans ce dernier cas la Cour suprême, dans un jugement majoritaire, a par ailleurs renversé la décision de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse et a reconnu la validité de la limitation de cette loi aux seuls couples mariés, principalement par ce que cette loi visait des effets *entre* les conjoints - et non des avantages conférés par l'État - et que son application était fondée sur la volonté des parties de se marier<sup>94</sup>.

Il nous semble donc utile face à ces débats de se questionner sur l'étendue de l'élargissement potentiel du modèle juridique de la famille et sur le régime à attribuer à cette nouvelle famille-union.

---

<sup>89</sup> Voir : C.P. PRÉMONT, M. BERNIER, *supra* note 58 à la pp. 8 et 22; D. HENDY, *supra* note 66 à la p. 76.

<sup>90</sup> Voir entre autres : *Miron c. Trudel*, précité, note 62; *Lemieux c. Théorêt*, précité, note 62.

<sup>91</sup> *Taylor c. Rossu*, [1999] 1 W.W.R. 85, [1998] A.J. No 648.

<sup>92</sup> *Johnson c. Sand*, [2001] A.J. no. 390, [2001] 10 W.W.R. 188 (Surrogate Court Alb.).

<sup>93</sup> *Walsh c. Bona*, [2000] N.S.J. No. 117, 19 avril 2000, 186 D.L.R. (4th) 50 (pourvoi en Cour suprême).

<sup>94</sup> *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, précité, note 72, par. 50 à 54 .

(i) *Définition de «l'union de droit» hors-mariage ou union civile.*

La force du mariage ou de l'union civile, comme constitutif de la famille – union est qu'il fournit un critère formel à l'application du *corpus* juridique de la famille<sup>95</sup>. Mais cette conception formelle de la famille qui vise la protection de l'institution en raison de ses fonctions sociales particulières<sup>96</sup>, résulte en un régime unique qui s'applique même en présence d'une diversité de modèle et donc à des unions qui ne comportent pas une de ces fonctions sociales, telle par exemple la procréation. À l'inverse, l'élargissement de l'encadrement législatif aux couples non mariés ou unis civilement confronte le juriste à l'inexistence d'un critère délimitant cette nouvelle famille [ce que le critère formel évite] et laisse entière la difficulté provenant de la pluralité de ces rapports personnels qui, loin d'être niée, devra être une composante essentielle d'une éventuelle intervention législative. À l'extérieur d'une conception formelle, où le critère d'application des effets de l'union est tout simplement le consentement, se pose donc la question de la qualification.

Nous pouvons tout d'abord penser, comme élément discriminant, à la présence d'enfant, mais ce seul critère nous semble réducteur et laisserait de côté un trop grand nombre de couples. Si ce critère peut certainement être inclusif, il ne peut donc être automatiquement éliminatoire, du moins pas pour tous les effets du régime. C'est d'ailleurs en ce sens que vont plusieurs lois sociales qui attribuent plus facilement la qualité de conjoint à des personnes non mariées lorsqu'il y a présence

---

<sup>95</sup> Claire BERNARD, «Le statut juridique de la famille recomposée et l'intérêt de l'enfant», (1999) 33 *R.J.T.* 327, 366.

<sup>96</sup> M. BAILEY, *supra* note 2 à la p. 18; J. CARBONNIER, *supra* note 3 à la p. 12.



d'enfant, mais ne font pas de celle-ci une condition *sine qua non*<sup>97</sup>.

L'autre critère «formel» possible est celui de la cohabitation physique. Mais encore ici, ce seul critère semble trop technique. Il ne faut effectivement pas confondre cohabitation et vie commune<sup>98</sup>. Deux personnes vivant dans deux domiciles distincts peuvent très bien faire vie commune. Cette possibilité est expressément prévue dans le *Code civil* qui, à l'article 392 C.c.Q. exige des époux qu'ils fassent vie commune mais permet, à l'article 82 C.c.Q., qu'ils aient des domiciles distincts. Si cela est vrai dans le mariage, il devrait en être de même pour l'union de fait si ce n'est, peut-être, par nécessité d'un critère objectivement observable<sup>99</sup>.

---

<sup>97</sup> Voir par exemple : *Loi sur l'assurance automobile*, L.R.Q. c. A-25, art. 2; *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q. c. N-1.1, art. 1 (3); *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q. A-3.001, art. 2; *Loi sur l'aide juridique*, L.R.Q. c. A-14, art. 1.1. Il est à noter par ailleurs que la présence d'un enfant (du couple ou de l'un des conjoints) est un élément essentiel de la définition de conjoint aux termes de la *Loi sur l'aide financière aux études*, L.R.Q., c. A-13.3, art.2.

<sup>98</sup> Sur la distinction entre cohabitation (purement matérielle) et vie commune (incluant un aspect d'intention), voir le texte de : Nicholas KASIRER, «What is vie commune ? Qu'est-ce que living together ?» dans *Mélanges offerts par ses collègues de McGill à Paul-André Crépeau*, Cowansville, Yvon Blais, 1997,487.

<sup>99</sup> Voir : M. CASTELLI, D. GOUBAU, *supra* note 31 à la p. 405; N. KASIRER, *supra* note 98 à la pp. 487, 518; *Droit de la famille – 117*, [1986] R.J.Q.638, 647 : «Il est exact que les époux sont tenus de faire vie commune sans que cela implique nécessairement une contribution aux charges de cette vie. Toutefois, faire vie commune implique vivre sous le même toit à moins de circonstances particulières, tels l'appel sous les drapeaux, la prison, l'absence temporaire, etc., [...]». Il est à noter que cette décision a été rendue avant l'adoption de l'article 82 C.c.Q. L'article 555 C.c.Q. précise que les concubins doivent, afin de bénéficier de l'article, cohabiter depuis au moins trois ans. La

À bien y réfléchir, ce critère ne peut donc pas suffire. Toutes personnes cohabitant ne le font pas «maritalement»; ne font pas vie commune. Le critère serait-il celui de l'existence ou non de relations sexuelles<sup>100</sup>? Ou plus largement encore serait-il d'une attirance initiale<sup>101</sup>, du sentiment, de l'échange intellectuel et

---

cohabitation semble être un critère qui se rajoute à celui de la qualité de concubin et non pas un facteur afin d'établir celle-ci.

<sup>100</sup> Voir : N. KASIRER, *supra* note 98 à la p. 521; *Droit de la famille – 117*, précité, note 99, p. 646 : «Il est également vrai que «vie commune» implique relation sexuelle, mais vie sexuelle n'implique pas nécessairement vie commune». Pour reprendre la jolie formule de la professeure Françoise DEKEUWER-DÉFOSSEZ «communauté de toit; communauté de lit»: «Couple et cohabitation» dans C. BRUNETTI-PONS, *supra* note 54 à la p. 61. De l'avis contraire : M. CASTELLI, D. GOUBAU, *supra* note 31 à la p. 405. Évidemment cette existence de relation sexuelle ou, à tout le moins, d'attirance sexuelle ou d'interdépendance physique, pose la question de savoir s'il faut, comme ce qu'a permis la loi belge [*Loi instaurant la cohabitation légale* : [www.cass.be/justice/fr](http://www.cass.be/justice/fr)], inclure dans la notion de couple d'autres cas de cohabitation que celui de la relation conjugale (par exemple deux sœurs vivant ensemble). Si la question mérite certainement d'être posée elle nous semble être significativement différente de celle des couples de type conjugal et déployer une multitude de formes distinctes de relations. Si l'objectif de la réglementation est l'existence d'une interdépendance économique, il peut alors être légitime d'intervenir dans ces relations non conjugales si cette interdépendance existe. Or, si cela peut être le cas, ce ne le sera pas nécessairement, la relation de type non conjugal pouvant ne pas contenir l'élément de «l'aventure commune» présente dans l'union conjugale. Pour cette raison nous ne l'aborderons pas dans le présent texte. Voir sur cette question : COMMISSION DU DROIT DU CANADA, *supra* note 54; *Canada c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, 630, 100 D.L.R. (4th) 658.

<sup>101</sup> *Brunette c. Tribunal administratif du Québec*, [2000] R.J.Q. 2664, [1999] J.Q. No. 5693 (C.S.). Dans cette affaire Madame Brunette, personne handicapée ne pouvant vivre seule, se trouve un locataire à qui elle exige un faible loyer en contrepartie de divers services

affectif<sup>102</sup>? D'un critère purement formel on semble résolument glisser vers une approche plus fonctionnelle<sup>103</sup> qui devrait nécessairement reprendre l'ensemble de ces éléments, contextualisés, afin d'apprécier, en fonction des circonstances, si nous sommes ou non en présence véritablement d'un couple<sup>104</sup>. C'est ce critère fonctionnel, sous le vocable de «vie maritale» qui se retrouve dans la majorité des définitions du terme «conjoint» des différentes lois sociales<sup>105</sup>. L'élément intentionnel est alors un indice important. Quel était le *modus*

---

(emplettes, déneigement, pelouse...). De l'autre côté ce locataire, démuné psychologiquement, reçoit l'aide de Madame Brunette dans la gestion de ses affaires et pour tout ce qui implique une activité intellectuelle. Les deux parties peuvent ainsi vivre ensemble, alors qu'elles ne pourraient, ni l'une ni l'autre, vivre seules. Il n'y a par ailleurs pas d'intimité ou de lien affectif, sexuel ou amoureux entre elles. Leur relation, selon le tribunal, ressemble à celle entre une mère vieillissante et son fils. Le tribunal devant déterminer s'il y avait «vie maritale» en l'espèce conclut par la négative, parce que la relation ne repose pas sur la qualité d'un lien affectif. Ce n'est qu'un échange de services, certes plus important que ceux inclus dans une relation normale entre un bailleur et un locataire, mais qui n'implique pas une vie maritale.

<sup>102</sup> Critère qui, pour la Cour d'appel n'est ni suffisant, ni nécessaire : *Droit de la famille - 117*, précité, note 99, p. 646.

<sup>103</sup> Voir : *Canada c. Mossop*, précité, note 100, p. 637.

<sup>104</sup> *Droit de la famille - 117*, précité, note 99, p. 645.

<sup>105</sup> La durée minimale de cette vie maritale varie selon les lois. Voir : *Loi sur l'assurance automobile*, précitée, note 105, art. 2; *Loi sur les normes du travail*, précitée, note 105, art. 1 (3); *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, précitée, note 105, art. 2; *Loi sur l'aide juridique*, précitée, note 105, art. 1.1; *Loi sur l'aide financière aux études*, précitée, note 105, art.2. Il est à noter que dans plusieurs de ces lois les conjoints mariés doivent en plus cohabiter [critère probablement purement matériel] pour être considérés comme «conjoint» aux termes de la loi. Dans ces cas il en va certainement de même pour les conjoints non mariés ...

*vivendi* de la relation; comprenait-elle un soutien économique<sup>106</sup>, provenait-elle d'un sentiment amoureux et surtout les parties se considéraient-elles face à la communauté en général comme un couple véritable<sup>107</sup>. C'est d'ailleurs ce dernier critère qui est essentiellement utilisé par le nouvel article 61.1 de la Loi d'interprétation<sup>108</sup> qui, adoptée dans le cadre de la Loi sur l'union civile, vise à inclure, en principe, les conjoints de fait homosexuels ou hétérosexuels dans le vocable «conjoint». Pour ce faire, les personnes doivent faire vie commune et se présenter publiquement comme un couple. La durée de la cohabitation ne sera prise en compte qu'en cas de doute. Dans ce cas la cohabitation doit être au minimum d'une année ou dès qu'il y a un enfant.

Enfin, l'objectif du régime, le rôle que se donne l'État dans la réglementation de la famille, devrait être un critère utile à la délimitation de la notion de couple<sup>109</sup>. Ainsi, si cette

---

<sup>106</sup> *Droit de la famille – 117*, précité, note 99, p. 646.

<sup>107</sup> Ce critère de la notoriété ou de la «possession d'état» se retrouve également dans plusieurs définitions légales : *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, précitée, note 105, art. 2; *Loi sur l'assurance automobile*, précitée, note 105, art. 2; *Loi sur les coopératives*, L.R.Q., c. C-67.2, art. 69. Ce critère était également présent dans la définition «d'époux de fait» proposée par l'O.R.C.C. dans son rapport, *supra* note 21.

<sup>108</sup> *Loi d'interprétation*, précité, note 12. Cette disposition a été ajoutée par l'article 143 de la Loi sur l'union civile.

<sup>109</sup> L'objectif visé par le législateur influence très nettement la définition de conjoint. Ainsi, par exemple, la *Loi sur l'aide financière aux études*, (précitée, note 105, art.2), afin de ne pas inclure les «amours passagers de jeunesse», impose la présence d'un enfant (du couple ou de l'un des conjoints) afin d'être reconnu comme conjoint. Dans le *Code civil du Québec*, le délai de vie commune varie selon les dispositions. Ainsi, s'il n'est que de 6 mois dans le cadre de l'article 1938 C.c.Q. (droit dans le maintien des lieux dans le bail), il est de

intervention porte sur la protection patrimoniale des parties contre les effets de l'interdépendance et de «l'osmose» économique provoquée par le *modus vivendi* du couple, la réglementation devrait logiquement s'appliquer lorsque de telles circonstances existent. Certes une telle approche implique possiblement une appréciation du tribunal, mais en toute logique, les cas la nécessitant devraient être somme toute exceptionnels.

(ii) Régime législatif de «l'union de droit» hors-mariage.

Les conjoints de fait peuvent, aujourd'hui, pallier l'absence de réglementation à leur égard par la contractualisation de leur relation et des effets d'une éventuelle séparation. Ce contrat de vie commune n'étant pas un contrat de mariage, il n'est pas soumis aux formalités de ce dernier. Il s'agit en fait d'un contrat innommé dont le contenu n'est limité que par l'ordre public<sup>110</sup>. Ainsi, les parties peuvent y inclure, par exemple, un soutien alimentaire mutuel<sup>111</sup>, l'adoption des règles du patrimoine familial<sup>112</sup> ou encore celle du régime matrimonial légal. Or, malgré la possibilité de conclusion de telles conventions et la souplesse qu'elles offrent, il semble, quoique nous n'ayons pas de données empiriques à ce sujet, qu'elles ne soient pas nombreuses<sup>113</sup>. Cet état de fait vient possiblement de l'assimilation, dans les lois sociales et fiscales, des conjoints de fait aux couples mariés; les concubins croient alors, à tort, qu'ils sont soumis aux effets du mariage et donc qu'une telle convention est inutile. Une première solution, minimale,

---

trois ans pour l'article 555 C.c.Q. (adoption). Voir : *Canada c. Mossop*, précité, note 100, p. 626.

<sup>110</sup> *Droit de la famille- 2760*, [1997] R.D.F. 720 (C.S.).

<sup>111</sup> S. ALLARD, *supra* note 61 à la p. 467; *Droit de la famille- 2760*, précité, note 110.

<sup>112</sup> *Couture c. Gagnon*, précité, note 77.

<sup>113</sup> D. LAPIERRE, *supra* note 70 à la p. 33.

pourrait être une meilleure information et publicisation de l'importance de conclure de telles ententes<sup>114</sup>.

Parallèlement à cela, il nous semble que la création d'un régime minimal s'appliquant à toutes les relations concubinaires - telles que délimitées par une approche fonctionnelle, homosexuelles et hétérosexuelles, devrait être envisagé. Ce souhait ne découle pas, pour nous, d'un objectif de non-discrimination, mais plutôt d'une nécessité sociale de protection. Un tel régime devrait viser une certaine protection économique des parties, mais demeurer minimal afin de respecter le choix d'autonomie des partenaires<sup>115</sup>. Il pourrait par conséquent viser deux institutions. Premièrement, dans le cas où le couple vit avec un enfant, l'application des règles de la protection de la résidence familiale, permettant au juge, aux termes de l'article 410 C.c.Q., d'octroyer, lors de la désunion, l'usage de la résidence familiale au parent gardien et plus généralement protéger le conjoint non propriétaire contre une décision unilatérale de son partenaire<sup>116</sup>. Puis, un support

<sup>114</sup> M. GIROUX, A. LAURENT, *supra* note 71 à la p. 153.

<sup>115</sup> Plutôt que la solution récemment choisie par la Saskatchewan où les régimes légaux -mais en principe supplétifs- de l'union de fait et du mariage sont les mêmes : *Loi modifiant certaines lois concernant les relations domestiques (no 2)*, S.S. 2001, Loi no 48. Sur cette loi, voir : Donald G. CASSWELL, «Moving toward Same-sex Marriage», (2001) *Rev. Bar. Can.* 810, 820; 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, 453.

<sup>116</sup> Les tribunaux québécois ont d'ailleurs récemment tenté de pallier timidement à la non application du régime de protection de la résidence familiale lorsqu'il y a un enfant. Ils l'ont fait, soit en utilisant les règles de la copropriété indivise, soit, plus audacieusement, en attribuant pour la durée des mesures provisoires, l'usage de la résidence au parent gardien : *Droit de la famille – 3302*, [1999] R.D.F. 384 (C.S.); *Droit de la famille – 3457*, [1999] R.D.F. 777 (C.S.). Concernant cette question, voir : Raymonde LASALLE, «Les conjoints de fait et la résidence familiale», dans *Service de la*

alimentaire, à l'instar des autres provinces canadiennes<sup>117</sup>, devrait être envisagé<sup>118</sup>. Ce support, seul outil réellement économique de ce régime, permettrait au tribunal d'intervenir,

---

formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents sur l'union de fait*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 88; Dominique GOUBAU, «Le Code civil du Québec et les concubins : un mariage discret», (1995) 74 *Rev. Bar. Can* 474, 481; B. MOORE, *supra* note 11 à la p. 105.

<sup>117</sup> Reconnaissent une obligation alimentaire aux conjoints mariés et aux conjoints de fait hétérosexuels : Ile-du-Prince-Édouard (*Family law Act*, 1988 R.S.P.E.I., c. F-2.1, art. 29(1)); Nouveau-Brunswick (*Family Services Act*, S.N.B., 1980, c. F.22, art. 112(3)(4)); Manitoba (*Family Maintenance Act*, R.S.M. 1987, c. F.20, art. 4(3)); Terre-Neuve (*Family Law*, R.S.N. 1990, c. F-2, art. 35(c)); Saskatchewan (*Family Maintenance Act*, S.S. 1997, c. F-6.2, art. 2 et 4); Yukon (*Family Property and support Act*, R.S.Y.T., 1986, c. 63, art. 35). Le cas de l'Alberta est intéressant puisque cette province était la seule avec le Québec à ne pas prévoir une obligation alimentaire entre conjoints de fait. Or en 1999 la Cour d'appel de cette province dans l'affaire *Taylor c. Rossu*, précitée, note 149 a invalidé cette limitation. Le législateur est donc intervenu la même année pour étendre l'obligation alimentaire aux conjoints de fait mais uniquement hétérosexuels : *Domestic Relations Act*, R.S.A., c. D-37, art. 16.1. Reconnaissent une obligation alimentaire à tous les concubins : Colombie-Britannique (*Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128, art. 1(c)); l'Ontario (*Family Law Act*, R.S.O., 1990, c. F.3, art. 29-30); Nouvelle-Écosse (*Maintenance and Custody Act*, R.S.N.S. 1989, c. 160, art. 2(aa)).

<sup>118</sup> Les juges de la majorité dans l'affaire *Walsh* (précité, note 72) soulèvent d'une façon ou d'une autre la particularité de la question des aliments. Ainsi le juge Bastarache, rendant jugement au nom de la majorité, prend la peine de mentionner que la Nouvelle-Écosse reconnaît une obligation alimentaire entre les conjoints de fait (par. 60). Le juge Gonthier quant à lui, dans les motifs qu'il ajoute à ceux de ses collègues auxquels il souscrit, souligne expressément la différence fondamentale qui existe entre l'obligation alimentaire et le partage des biens (par. 203).

selon les circonstances, afin de réparer des conséquences de l'interdépendance économique causée par l'union. Devrait entre autre être considérés comme facteurs d'attribution, la présence ou non d'enfants communs ainsi que, plus généralement, le *modus vivendi* et les attentes créées par le mode de fonctionnement de l'union<sup>119</sup>. En présence d'une convention de vie commune, le juge devrait également prendre en considération une éventuelle quantification, voire même renonciation à ce droit, sans toutefois y être absolument lié.

### CONCLUSION

La famille est plurale. C'est un phénomène qui n'a rien de nouveau si ce n'est, peut-être son ampleur et son horizontalité. Ainsi, si les différentes formes d'union (mariage; union de fait hétérosexuel; homosexuel) coexistent depuis longtemps, leur légitimité et leur égalité, au moins pour les lois dites sociales, sont choses nouvelles. De même, la famille-filiation voit son visage complexifié par la possibilité d'avoir une parenté homosexuelle, unilinéaire ou peut-être un jour «trilinéaire». Le droit doit, d'une façon ou d'une autre, répondre à cette réalité, soit en renforçant son modèle unique et en tentant, illusoirement, de faire correspondre la réalité à celui-ci; soit en pluralisant son modèle.

Si cette question en matière de filiation devrait naturellement être centrée vers l'intérêt de *l'enfant né* - ce qui n'est actuellement pas toujours le cas - il en va différemment en matière de famille-union où la liberté des parties doit être prise en compte. Or, en cette matière, est-ce réellement par respect de cette pluralité des unions que le droit de la famille ne l'est pas ? En d'autres termes, la non réglementation, en droit civil, de l'union de fait est-elle la reconnaissance ou la négation

---

<sup>119</sup> Voir sur ce critère, en matière de divorce : *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420, [1999] S.C.J. No. 14)..



de ce pluralisme conjugal. Si, encore une fois, en ce qui concerne les enfants, la reconnaissance d'un même statut donne une légitimité à la famille concubinaire, peut-on en penser de même pour le couple lui-même, si épris l'un de l'autre et de liberté ? La solution, nous l'avons vu, nous semble être un entre-deux. Sans dirigisme, mais plutôt en veillant à promouvoir cette liberté et cette pluralité des rapports personnels de type conjugal, le législateur se doit tout de même d'intervenir afin d'assurer une protection minimale, et ainsi reconnaître que la vie concubinaire participe à la vie matrimoniale, en ce qu'elle crée, comme elle, une interdépendance économique.

